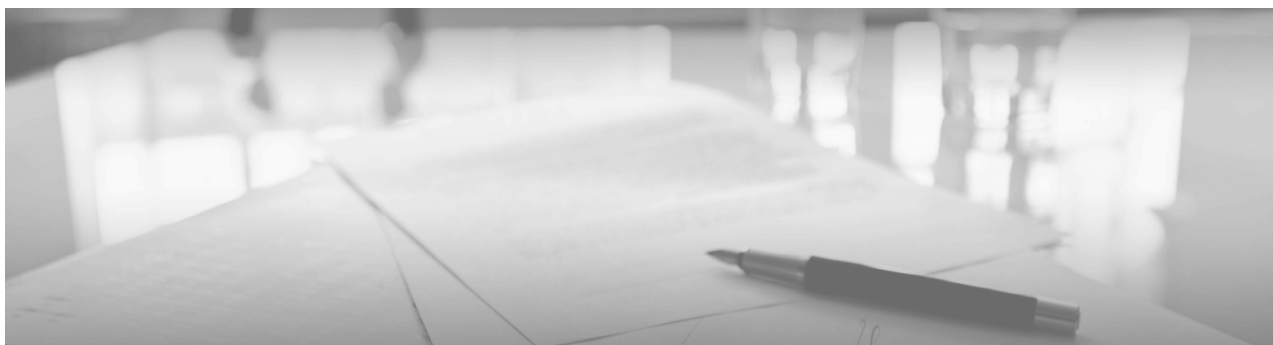




Hardship-klausuler

En økonomisk og juridisk analyse af hvorvidt en hardship-klausul kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering i dansk ret ved efterfølgende omstændigheder.

Hardship-clauses

An economic and legal analysis of whether an hardship-clause can be used as an alternative to the general basis of interpretation and gap-filling in danish law in the event of unexpected circumstances.

Kandidatafhandling

Cand.merc.(jur.)

Copenhagen Business School

Afleveringsdato: 15.09.2017

Udarbejdet af: Sabrina Støttrup

Økonomisk vejleder: Henrik Lando

Juridisk vejleder: Kim Østergaard

Antal anslag: 181.998



Abstract

The purpose of this master thesis is to investigate whether a hardship clause can be used as an alternative to the general starting point of interpretation and gap-filling in the case of unexpected circumstances. In order to assess this, a transaction cost theoretical point of view is taken, as a hardship clause may involve excessive transaction costs on the basis that contracting parties may have problems foreseeing all future circumstances.

This thesis is based on assumptions that economic agents are limited rational as well as opportunistic, which is the basis for incomplete contracts and hence the background to the vague nature of the hardship clause. Transaction costs are assessed according to whether they are held *ex ante* or *ex post*. The distribution of *ex ante* and *ex post* transaction costs will be the focus of the economic part of the thesis as to assess the extent to which transaction costs should be distributed optimally before a hardship clause should be applied. The economic part denotes the circumstances that should be taken into consideration when contracting parties assess the extent to which they should specify their hardship clause. It is estimated that the parties may leave their hardship clause vague when the parties communicate, share a common belief and can be sure that a court is competent enough to verify the parties' intentions with the clause. If this is possible, the parties may let their hardship clause appear vague and not exert excessive transaction costs *ex ante* but instead incur them in the event of an unexpected circumstance materializes *ex post*.

The hardship clause is not prevalent in Danish contract law, so it is doubtful how a court will interpret a dispute, based on a hardship clause. The legal part of the thesis highlights the extent to which a hardship clause may be an alternative to the general regulatory contractual supplementation regarding unexpected circumstances. This is done by means of a selected hardship clause, where it states that it has a scope of application with The Sale of Good Act, section 24, the Danish Contract Act, section 36, the Doctrine of Assumptions and Closest to carry the risk. In addition to this, it is illustrated to what extent there are differences and how a hardship clause may act as a proactive contract adjustment mechanism, as opposed to the legal effects of the used legal figures, which include invalidity or breach to a greater or lesser extent. The thesis concludes that a hardship clause can both serve as an alternative and a supplement to the general starting point for interpretation and gap-filling in the case of unexpected circumstances.

Indholdsfortegnelse

Abstract	2
Kapitel 1 – Problemfelt og metode	5
1.1 Indledning og problemfelt	5
1.2 Problemformulering	6
1.3 Metode.....	6
1.3.1 Økonomisk metode	6
1.3.2 Juridisk metode	7
1.4 Afgrænsning	9
1.5 Synsvinkel.....	10
1.6 Struktur for afhandlingen	10
Kapitel 2 – Hardship-klausuler	12
2.1 Generelt om hardship-klausuler.....	12
2.2 Hardship-klausulens formål	12
2.3 Hardship-klausulens indhold	13
2.3.1 Lex Mercatoria	13
2.3.2 ICC Hardship-Clause 2003	14
2.4 Kritik af hardship-klausuler	20
Kapitel 3 – Økonomisk teori	21
3.1 Transaktionsomkostningsteorien	21
3.1.1 Transaktionsomkostninger.....	22
3.2 Ufuldstændige kontrakter.....	23
3.3 Risikoallokering	24
3.4 Fortolkning af kontrakter i et økonomisk perspektiv.....	26
3.5 Verificerbarhedsproblemer	28
Kapitel 4 – Anvendelse af hardship-klausuler i et økonomisk perspektiv	31
4.1 Transaktionsomkostningers betydning for anvendelse af hardship-klausuler	31
4.2 Anvendelse af hardship-klausuler.....	31
4.2.1 Genforhandling.....	32
4.2.2 Domstolens betydning.....	33
4.3 At specificere eller ikke at specificere?	33
4.3.1 Specificering af en hardship-klausul	34
4.3.2 Parternes incitament.....	37
4.3.3 Genforhandlingspligt	39

4.3.4 Parternes forventning til retssystemet	40
4.4 Delkonklusion	45
Kapitel 5 – Anvendelse af hardship-klausuler i et juridisk perspektiv	47
5.1 Anvendelse af hardship-klausuler i dansk ret	47
5.2 Domstolens fortolkning	48
5.3 Force Majeure	49
5.3.1 Force majeure-begrebet	49
5.3.2 Force majeure-begrebet i købeloven § 24	49
5.3.3 Force majeure-klausuler	51
5.3.4 Forholdet mellem force majeure og hardship-klausuler	52
5.3.5 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003	53
5.3.6 Retspraksis inden for købeloven § 24	54
5.3.7 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003 for at undgå tvivl om force majeure	56
5.4 Aftaleloven § 36	58
5.4.1 Forholdet mellem aftaleloven § 36 og hardship-klausuler	60
5.4.2 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003	61
5.4.3 Retspraksis inden for aftaleloven § 36	61
5.4.4 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003 for at forhindre tvivl om kontraktuel ubalance	64
5.4.5 Brugen af hardship-klausuler fremfor aftaleloven § 36?	65
5.5 Forudsætningslæren	66
5.5.1 Forholdet mellem forudsætningslæren og hardship-klausuler	68
5.5.2 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003	68
5.6 Nærmest til at bære risikoen	70
5.6.1 Forholdet mellem Nærmest til at bære risikoen og hardship-klausuler	71
5.6.2 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003	72
5.7 Delkonklusion	73
Kapitel 6 – Konklusion	75
Litteraturliste	79
Bilag 1: ICC Hardship-klausul 2003	83

Kapitel 1 – Problemfelt og metode

1.1 Indledning og problemfelt

Kontrakter danner rammen om hvordan kontraherende parter skal agere i et kontraktforhold, og udgør endvidere grundlaget for parternes samarbejde. Kontrakter af længerevarende karakter består i dag af mange forskellige slags transaktioner, som har stor samfundsmæssig betydning, og som bidrager positivt til samfundet. Disse transaktioner er kendetegnet ved at være komplekse og ressourcekrævende, hvilket kan indebære afholdelse af relativt mange transaktionsomkostninger på forhandlingsindgåelsestidspunktet. Kontraktens længerevarende karakter indebærer samtidig, at der efter kontraktindgåelsen kan opstå uforudsete efterfølgende omstændigheder, der kan være væsentligt bebyrdende for kontraktforholdet, og som kan ændre kontraktbalancen. Dette skaber usikkerhed for parterne, som, for at bevare kontraktrelationen, i så vidt mulig omfang ønsker at kunne tilpasse kontrakten til de efterfølgende omstændigheder, uden at afholde for mange transaktionsomkostninger. For at forhindre, at efterfølgende omstændigheder bebyrder kontrakten mere end højst nødvendigt, samt for at undgå at afholde for mange transaktionsomkostninger på kontraktindgåelsestidspunktet, er det i de kontraherende parter interesse at foretage proaktive valg, som kan afhjælpe de omkostninger der kan opstå ved en efterfølgende omstændighed. Hardship-klausuler er et kontraktjusteringsværktøj, som kan anvendes af parter i længerevarende kontraktforhold, til at justere og genetablere kontraktforholdet ved hjælp af en genforhandlingspligt. Ved at anvende en hardship-klausul optimerer kontraherende parter i fællesskab kontrakten, og undgår samtidig at afholde for mange transaktionsomkostninger, i forbindelse med at forsøge at forhandle om samtlige omstændigheder, der kan antages at indtræde i løbet af kontraktens levetid.

Ved længerevarende kontrakter er det en ulempe, at den almindelige aftale- og obligationsret, der regulerer efterfølgende omstændigheder, i vid omfang er baseret på transaktioner af kortere varighed. Den fleksibilitet der er behov for i længerevarende kontraktforhold, er derfor ikke til rådighed, hvilket sætter de kontraherende parter i en usikker situation. Denne usikkerhed er uholdbar, da kontraherende parter ofte har et væsentlig behov for at kunne forudse, hvilken retsstilling de kan forvente i tilfælde af, at der opstår en efterfølgende omstændighed, som giver anledning til en tvist. For at undgå usikkerhed, søger parter ofte at regulere sig ud af dette ved kontraktforhandling. En hardship-klausul kan give parterne den sikkerhed som de søger, idet klausulen regulerer hvilke efterfølgende omstændigheder, der skal have indvirkning på kontraktforholdet, samt hvilke

retsvirkninger der skal træde i kraft, i tilfælde af at et forhold materialiserer sig. Ved brug af hardship-klausuler kan kontraherende parter forsøge at gardere sig mod evt. usikkerheder, der er forbundet med at anvende baggrundsretten. Men når parterne anvender en hardship-klausul, som i sig selv er af vag karakter, opstår spørgsmålet om hvorvidt en hardship-klausul reelt er et godt alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder.

1.2 Problemformulering

På baggrund af ovenstående problematisering, stilles følgende overordnede spørgsmål:

Med udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien undersøges det, hvorvidt en hardship-klausul kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder?

Det overordnede spørgsmål søges besvaret ved hjælp af følgende delspørgsmål:

- Økonomisk: I hvilket omfang bør parterne specificere en given hardship-klausul på baggrund af de transaktionsomkostninger, der er forbundet hermed?
- Juridisk: I hvilket omfang er det fordelagtigt for kontraherende parter at anvende en hardship-klausul fremfor de almindelige obligations- og aftaleretlige regler, der regulerer efterfølgende omstændigheder?

1.3 Metode

1.3.1 Økonomisk metode

I nærværende afhandling anvendes der retsøkonomisk kontraktøkonomi til at belyse, i hvilket omfang kontraherende parter gør klogt i at anvende en hardship-klausul ud fra et økonomisk synspunkt. Der tages afsæt i en transaktionsomkostningsteoretisk tilgang til problemstillingen, hvorved økonomiske agenter selv er i stand til at velfærdsforbedre, og statslig intervention ofte ikke er nødvendig.¹ Transaktionsomkostningsteorien er opstået under den ny-institutionelle økonomiske skole, hvor afhandlingen tager udgangspunkt i Oliver E. Williamsons antagelser om, at økonomiske agenter er begrænset rationelle, samt at de agerer opportunistisk.² Ved ny-institutionel økonomi er der ligeledes en antagelse om, at der ikke kan foreligge perfekt information på markedet, hvilket opstår på baggrund af, at økonomiske agenter er begrænset rationelle. Anskuelserne der fremgår af den ny-institutionelle økonomi er i høj grad forskellig fra de antagelser, som den neo-klassiske skole

¹ Raaschou-Nielsen & Foss (1997, s. 22)

² Williamson (1975, s. 20ff.)

bygger på. Neo-klassisk økonomi bygger på en antagelse om, at økonomiske agenter er rationelle agenter med fuld information, hvor ressourcerne er begrænsede og agenternes behov umætteligt.³ Neo-klassisk økonomi giver i følgende sammenhæng ikke et retvisende billede af problemstillingen. Hovedårsagen til dette er, at neo-klassisk økonomi, i forhold til ny-institutionel teori, bl.a. ikke omhandler transaktionsomkostninger.

I nærværende afhandling er det netop transaktionsomkostninger, der er omdrejningspunkt for at vurdere, i hvilket omfang det kan betale sig for kontraherende parter at anvende en hardship-klausul som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder. Transaktionsomkostningsteorien anvendes først og fremmest til at forstå, hvordan kontraherende parter, der anvender en hardship-klausul i en kontrakt mellem dem, anvender, og bedst muligt bør anvende, ressourcer ud fra et økonomisk synspunkt. Teorien anvendes ud fra et ex ante, kontra ex post synspunkt, hvor det vurderes, hvorvidt det bør være op til parterne at specificere en hardship-klausul, eller om de, på baggrund af hardship-klausulens uforudsete karakter, bør lade denne være vag, og forholde sig til en efterfølgende omstændighed ex post, i det tilfælde denne lader sig materialisere. Ved ex post betragtninger vurderes det, hvorvidt parterne kan lade hardship-klausulen være vag på baggrund af genforhandlingspligten, eller om de i stedet bør forlade sig på forventningerne til en domstols afgørelse.

1.3.2 Juridisk metode

Den juridiske del af afhandlingen foretages med afsæt i den retsdogmatiske metode, hvorunder retskildelæren anvendes. Nærværende afhandling vil på denne baggrund systematisere, beskrive og analysere gældende ret.⁴ Ud fra analysen af gældende ret, vil det af afhandlingens juridiske problemfelt forsøges belyst og besvaret.

Der tages udgangspunkt i de retskilder som er relevante for afhandlingen, og som fremgår af retskildelæren, hvorefter der bliver suppleret med fortolkningsbidrag inden for retslitteraturen til at støtte op om de relevante retskilder.⁵ På baggrund af dette bliver der nedenfor redegjort for brugen af de valgte retskilder, og ikke for anvendelsen af retskilder generelt.

³ Nielsen & Tvarnø (2017, s. 433)

⁴ Nielsen & Tvarnø (2017, s.29)

⁵ Tvarnø & Denta (2015, s. 49)

I forhold til afhandlingens problemfelt er der retskildemæssige udfordringer, da hardship ikke kan påberåbes som en udfyldende retsregel. Der er derfor et fravær af retspraksis, der vedrører fortolkningen og anvendelsen af hardship-klausuler i dansk ret. Dette forhindrer dog ikke kontraherende parter i at indgå en kontrakt indeholdende en hardship-klausul, da det følger af princippet om aftalefrihed, at parterne har fri mulighed for at inddrage en hardship-klausul som en del af kontraktgrundlaget.

For at besvare afhandlingens juridiske problemstilling er det vigtigt at rammerne fastsættes, hvorfor kontraktens analyseobjekt – hardship-klausulen - først og fremmest introduceres. På grund af den manglende regulering i dansk ret, og den generelt manglende fortolkning af hardship-klausuler, inddrages udenlandske fortolkningsbidrag.⁶ Desuden trækkes der på fortolkningen af internationale standardklausuler inden for hardship, for at give en forståelse af hvad en hardship-klausul indeholder. ICC Hardship Clause 2003⁷ anvendes af denne årsag som analyseobjekt.

For at få en forståelse af hvorvidt hardship-klausuler kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder i dansk ret, vurderes de kontraktretlige retsfigurer, der har et overlappende anvendelsesområde med afhandlingens analyseobjekt. Dette afspejles i en vurdering af det obligationsretlige force-majeure begreb i købeloven § 24⁸, generalklausulen i aftaleloven § 36⁹, hvor det er dennes stillingtagen til *”senere indtrufne omstændigheder”*, der vil være i fokus, samt i mindre grad *”bristende forudsætninger”* under forudsætningslæren og retsfiguren nærmest til at bære risikoen. Hardship-klausulens anvendelsesområde sammenlignes med de nævnte obligationsretlige – samt aftaleretlige retsfigurer, hvor både retsfakta og retsvirkningerne diskuteres.

Da hardship-klausulens anvendelsesområde ikke er lovreguleret i dansk ret, består en del af afhandlingens juridiske analyse af retspraksis efter ovenstående obligations- samt aftaleretlige retsfigurer, som regulerer efterfølgende ændrede omstændigheder i dansk ret. Retsspraksis på disse

⁶ Bruserud (2010), Fontaine & de Ly (2009), Hondius & Grigoleit (2011)

⁷ International Chamber of Commerce, Publication no. 650: ICC Force Majeure Clause 2003 / ICC Hardship Clause 2003

⁸ Bekendtgørelse af lov om køb, LBK nr. 140 af 17/02/2014

⁹ Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, LBK nr. 193 af 02/03/2016

områder anvendes til at danne et indtryk af, hvordan dansk ret på nuværende tidspunkt forholder sig til efterfølgende ændrede omstændigheder, hvorefter der foretages en vurdering af, hvorvidt kontraherende parter i de af dommene nævnte situationer, kunne have draget fordel af at anvende en hardship-klausul i kontrakten.

Ovenstående retsfigurer danner således, sammen med relevant retspraksis på området, grundlag for en vurdering af, under hvilke forudsætninger det vil være fordelagtigt for kontraherende parter at inddrage en hardship-klausul som en del af parternes kontraktregulering, samt hvorvidt en hardship-klausul kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder.

I Danmark er der ikke faste regler for, hvilke domstoles afgørelser der har præjudikatværdi, hvor længe og for hvem,¹⁰ hvorfor der anvendes både afgørelser fra Højesteret, Landsretterne samt Sø- og Handelsretten. Ifølge Tvarnø & Nielsen tillægges Højesteretsdomme normalt betydelig vægt, hvilket også ofte gør sig gældende for Landsretsdomme.¹¹ Begge retsinstansers afgørelser anses for at have en vis præjudikatværdi, og har samtidig betydning for det overordnede juridiske problem. I forhold til afgørelser afgjort af Sø- og Handelsretten er de anvendt som eksempler på at klargøre, hvorvidt de anvendte retsfigurer kan finde anvendelse på erhvervsforhold. De anvendes derfor ikke i sin helhed. I relation til afgørelser hvor købeloven § 24 eller aftaleloven § 36 finder anvendelse, findes der et større antal afgørelser på området inden for efterfølgende omstændigheder. Der er derfor udvalgt nogle få afgørelser på baggrund af, at de omhandler forhold, som anses for at være inden for afhandlingens genstandsfelt, som er af nyere dato, hvor der er tale om erhvervsforhold af længerevarende karakter og hvor der er væsentligt ændrede forhold, end da aftalen blev indgået.

1.4 Afgrænsning

I nærværende afhandling afgrænses der fra kontraktforhandlingen generelt, hvilket betyder at der ses på hardship-klausulen i en individuel kontekst, uden ageren med andre kontraktbestemmelser. Der ses derimod på hardship-klausulens interaktion med baggrundsretten. På baggrund af ovenstående afgrænses fra klausuler der kan relateres til en hardship-klausul, såsom gevinstklausuler,

¹⁰ Nielsen & Tvarnø (2017, s. 146)

¹¹ Nielsen & Tvarnø (2017, s. 147)

indeksklausuler mv., udelukkende af hensyn til afhandlingens omfang. Der afgrænses ligeledes fra kontrakter af kortvarig karakter, såkaldte spotkontrakter, da disse er karakteriseret ved en samtidig eller umiddelbar udveksling af ydelser, uden binding i lange kontrakter. Dette anses ikke for at være aktuelt på baggrund af hardship-klausulens kriterie om, at det skal være en efterfølgende omstændighed, der ikke er kendt på kontraktindgåelsestidspunktet.

I forhold til den økonomiske del af afhandlingen afgrænses der fra brugen af den komplette ny-institutionelle økonomiske tilgang. Der fokuseres på de to grundlæggende antagelser inden for transaktionsomkostningsteorien, samt hvilken konsekvens afholdelsen af transaktionsomkostninger har for konciperingen af en hardship-klausul. Da det i nærværende afhandling er transaktionsomkostningsteoriens ovenstående antagelser, der er omdrejningspunktet for den økonomiske del af afhandlingen, vil den neoklassiske økonomi heller ikke berøres yderligere, udover hvor den fuldstændige kontrakt anvendes som referencepunkt.

Der afgrænses fra anvendelsen af international ret, da udgangspunktet er aftaler, som er underlagt dansk ret som lovvalg. Dette indebærer også, at der afgrænses fra at anvende komparativ ret. Desuden anvendes der ikke voldgift, hverken som tvistløsningsmekanisme eller som eksempler på retspraksis, da voldgift er et område, hvor det er relativt svært at finde og anvende domme, da dette foregår bag lukkede døre og offentligheden derfor ikke får kendskab til tvistens afgørelse.

1.5 Synsvinkel

Synsvinklen er kontraktniveauet, da der tages afsæt i hvorvidt kontraherende parter ud fra et transaktionsomkostningsteoretisk synspunkt, bør anvende en hardship-klausul som alternativ til baggrundsretten. Det er herefter hardship-klausulen, der udgør selve analyseobjektet.

1.6 Struktur for afhandlingen

I *kapitel 1* introduceres læseren for det overordnede problemfelt, der lægges til grund for den videre fremførelse, samt de metodiske overvejelser der står bag. Der angives ligeledes en afgrænsning, samt hvilken synsvinkel der anvendes.

Kapitel 2 giver en præsentation af hardship-klausulen og dens anvendelsesområde. Der tages udgangspunkt i ICC Hardship-klausul 2003.

Kapitel 3 danner et overblik over den økonomiske tilgang til afhandlingen, hvorved der gives en forståelse for den transaktionsomkostningsteoretiske fremstilling, der følger.

Kapitel 4 indeholder den økonomiske kerne. Kapitlet indeholder en fremstilling af hvorledes transaktionsomkostninger påvirker brugen af hardship-klausuler, samt i hvilket omfang kontraherende parter bør anvende ressourcer ex ante kontra ex post.

I *kapitel 5* bliver der redegjort for, samt analyseret på, hvorledes hardship-klausuler kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder. Dette bliver belyst ud fra relevante obligations– samt aftaleretlige retsfigurer.

Kapitel 6 indeholder en overordnet konklusion, som besvarer problemstillingen. Der bliver derved med udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien besvaret, hvorvidt en hardship-klausul kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder.

Kapitel 2 – Hardship-klausuler

2.1 Generelt om hardship-klausuler

Det kontraktretlige begreb *hardship* er en betegnelse for de forhold, der indebærer, at en aftaleforpligtelse bliver væsentlig mere byrdefuld for den ene eller begge aftaleparter i et kontraktforhold, end man ved aftaleindgåelsen havde forudset. Der er derved tale om efterfølgende omstændigheder, som påvirker kontrakten i væsentlig omfang, og ud over hvad der er forventeligt ved kontraktindgåelsestidspunktet.¹²

I kommercielle aftaleforhold af længerevarende karakter, ser man derfor ofte at parterne indsætter en hardship-klausul som en del af kontrakten. Hensigten med en hardship-klausul er bl.a., at kontraherende parter kan have et ønske om at bevare relationen, i stedet for blot at bringe kontrakten til ophør i tilfælde af efterfølgende bebyrdende omstændigheder, og samtidig forsøge at løse konflikten uden indblanding fra en domstol. En hardship-klausul kan derfor virke som et relationsbevarende element i langvarige kontrakter¹³. Dette er begrundet i, at klausulen ofte indeholder en pligt for parterne til at genforhandle kontraktens indhold, på baggrund af de efterfølgende bebyrdende omstændigheders indvirkning på kontraktforholdet, således at kontraktbalancen genskabes, samt relationen mellem parterne bevares. Det kan dog ske, at parterne ikke kan nå til enighed om genforhandlingen, hvorfor domstolene ikke kan udelukkes som et muligt tvistløsningsorgan.

2.2 Hardship-klausulens formål

En hardship-klausul har til formål at bidrage med en vis form for fleksibilitet hvad angår parternes rettigheder og forpligtelser i kontraktforholdet.¹⁴ Når parterne vælger at indsætte en hardship-klausul i kontrakten, indvilger de i, at der skal være plads til at genforhandle, hvis der opstår omstændigheder, der viser sig at være bebyrdende for den ene eller begge parter. Der er derved tale om, at parternes rettigheder og forpligtelser i kontraktforholdet ændres, hvilket forskubber den balance, som blev aftalt ved kontraktindgåelsestidspunktet. En hardship-klausul har blandt andet til formål at være et værktøj til at genfinde denne balance. Parterne beslutter selv hvilke kriterier hardship-klausulen skal

¹² Østergaard (2005, s. 214)

¹³ Østergaard (2005, s. 214)

¹⁴ Bruserud (2010, s. 30)

indeholde, og hvornår disse kriterier skal udløse de af klausulen fastsatte retsvirkninger. Klausulen har samtidig til formål at begrænse fleksibiliteten idet, at hardship-klausulen begrænser de områder og omstændigheder, hvorefter de kontraherende parter kan påberåbe sig hardship. Det overordnede formål med en hardship-klausul kan derfor antages at være et ønske om, at relationen mellem de kontraherende parter skal fortsætte, idet hardship-klausulen i sin udformning opsætter nogle kriterier for hvordan samarbejdet bevares i tilfælde af bebyrdende omstændigheder.

2.3 Hardship-klausulens indhold

En hardship-klausul fastslår, hvornår der foreligger hardship, samt hvilke retsvirkninger der indtræder, hvis en af klausulen fastlagt omstændighed materialiseres.¹⁵ Der foreligger ingen gængs accepteret fastlæggelse af begrebet "*hardship-klausuler*" samt hvilket indhold klausulen "bør" have¹⁶, hvorfor klausulen ofte er genstand for individuel forhandling mellem parterne, for at tilpasse denne bedst muligt til den givne industri, samt det kontraktuelle forhold mellem parterne. Nedenfor følger eksempler på hyppigt anvendte regler og principper inden for lex mercatoria, hvorunder hardship-klausuler ofte anvendes.

2.3.1 Lex Mercatoria

Lex mercatoria består af et bredt sæt af principper og regler, som er internationalt anerkendte og udviklet til at regulere international handel.¹⁷ Når parter vælger at henvise til lex mercatoria, eller vælger at anvende dette i deres aftale, er det ifølge Arnt Nielsen usikkert, hvorvidt domstolene i Danmark vil anerkende en henvisning til lex mercatoria som en stærk lovvalgsaftale, hvorimod det dog er sikkert, at de danske domstole vil acceptere det som en svag lovvalgsaftale.¹⁸ Sigtet er dog, at principperne og reglerne inden for lex mercatoria kan anvendes af internationale kommercielle parter som en slags udfyldende regler. Det er derfor en form for samlebetegnelse for international handelsret, hvoraf der er udviklet sædvaner og typeforudsætninger, der kan benyttes af erhvervsdrivende på tværs af landegrænser.¹⁹

¹⁵ Andersen & Lookofsky (2015, s. 197-198)

¹⁶ Bruserud (2010, s. 21)

¹⁷ Arnt Nielsen (2015, s. 110ff.)

¹⁸ Arnt Nielsen (2015, s. 111f.)

¹⁹ Andersen (2013, s. 343)

Der er forskellige organisationer, som har udarbejdet modellove og principper herunder også principper og modellove om hardship. Disse bliver samlet betegnet som ”soft law”, da de ikke er retlig bindende, men kan benyttes som guidelines, og endvidere aftales mellem kontraherende parter.²⁰ Af hyppigt anvendte principper kan nævnes ICC²¹, UNIDROIT principles²², DCFR²³ og PECL²⁴.

Idet det antages, at erhvervsdrivende parter i Danmark ligeledes kan have gavn af anvendelsen af disse principper ved konciperingen af en hardship-klausul, bliver ICC’s hardship-klausul fra 2003 anvendt. Den anvendes, da den er udformet som en modellov, fremfor et sæt af principper, hvorfor klausulen er mere anvendelig for kontraherende parter. Den er desuden baseret ud fra princippet i UNIDROIT principle art. 6.2.1 og 6.2.2²⁵, hvorfor det antages, at den spænder forholdsvist bredt.²⁶

2.3.2 ICC Hardship-Clause 2003²⁷

I introduktionen til ICC Hardship-klausul 2003 nævnes det, at intentionen med klausulen er, at den skal kunne anvendes i enhver kontrakt enten direkte eller ved henvisning. Kontraherende parter opfordres til at inkorporere klausulen med sit fulde indhold i deres aftale. Hvis parterne ikke gør dette, forventes det, at i tilfælde af at parterne i deres kontrakt blot laver en henvisning *til* ”ICC Hardship Clause”, og intet andet fremgår af kontrakten, at dette skal forstås som en henvisning til den klausul der fremgår af ICC Hardship Clause 2003.²⁸ Klausulen er meget bredt formuleret, men der vil i det nedenstående foretages en fortolkning af, hvad der må forstås ved begrebet ”hardship” ud fra den pågældende klausul.

²⁰ Se fx Unidroit principles 2016, s. 1 (preamble)

²¹ ICC Force Majeure Clause 2003/Hardship Clause 2003

²² UNIDROIT Principles 2016, Kapitel 6, sektion 2: Hardship

²³ Draft Common Frame of Reference, book III art. 1:110

²⁴ Principles of European Contract Law, art. 6:111 – Changed circumstances

²⁵ ICC Hardship Clause (2003, s. 16)

²⁶ Se hertil Bruserud (2010, s. 33, note 42), som er af den overbevisning, at der er trukket veksler både på CISG art. 79, Unidroit principles art. 6.2.1-6.2.3 og PECL art. 6:111.

²⁷ Se bilag 1 for klausulens indhold

²⁸ ICC Hardship Clause (2003, s. 15)

2.3.2.1 Hovedregel – Pacta sunt servanda

ICC Hardship-klausul 2003, Paragraf 1) Paragraf 1 i klausulen binder parterne til at præstere de af parterne aftalte forpligtelser, uanset om forhold har gjort, at det bliver mere byrdefuldt at præstere end den bebyrdede part havde mulighed for at forudse ved kontraktindgåelsestidspunktet.

Som nævnt i noterne, til ICC Hardship-klausul 2003, så er paragraf 1 det altovervejende udgangspunkt, som også gælder i dansk ret – nemlig "*pacta sunt servanda*".²⁹ Denne del af klausulen er indsat, da hovedreglen selvsagt er, at aftaler skal holdes. Hardship er i denne sammenhæng en undtagelse til hovedreglen, hvorefter den resterende del af klausulen nævner, hvad der skal til for, at der foreligger en hardship-situation samt hvilken retsvirkning dette kan få for parterne.

ICC Hardship-klausul 2003 benytter sig af ordet "*event*" til at beskrive ændrede forhold eller omstændigheder, som har været mere byrdefulde at præstere end hvad parterne kunne have forudset ved kontraktindgåelsestidspunktet.

2.3.2.2 Retsfakta

En hardship-klausuls retsfakta fastslår, hvornår der skal foreligge hardship i et kontraktforhold mellem kontraherende parter og sætter derved visse krav til de indtrådte omstændigheder i den forstand, at disse skal have en vis påvirkelig effekt på partens/parternes interesse i kontraktforholdet.³⁰ Selvom det er anført ovenfor, at en hardship-klausul ofte er udformet ud fra individuelle forhandlinger parterne imellem, så vil der desuagtet denne varierende udformning være nogle karakteristiske hovedtræk ved hardship-klausulens retsfakta. Klausulens retsfakta vil ofte være bygget op af: 1) ændringer indtrådt efter aftalens indgåelse og 2) ændringer som har en betydelig indvirkning på kontraktforholdet mellem parterne.³¹

Ad 1) Ændringer indtrådt efter aftalens indgåelse

For at hardship-klausulen kan finde anvendelse kræves det, at de ændrede omstændigheder har fundet sted efter kontraktindgåelsen. I mange hardship-klausuler stilles det endvidere som krav, at de indtrådte ændringer ikke var noget man med rimelighed kunne forudse eller tage i betragtning på

²⁹ ICC Hardship Clause (2003, s. 16)

³⁰ Bruserud (2010, s. 46)

³¹ Bruserud (2010, s. 46ff.)

selve aftaleindgåelsestidspunktet.³² Der skal altså være tale om, at de ændrede omstændigheder skal være uforudsigelige. Udover dette kriterie opstiller man sædvanligvis et krav om, at de ændrede omstændigheder der er indtrådt, skal være uden for parternes kontrol³³, hvilket betyder, at der skal være tale om forhold af eksogen karakter.

Ad 2) Ændringer som har en betydelig indvirkning på kontraktforholdet mellem parterne

Udover at de ændrede omstændigheder skal være indtrådt efter aftalens indgåelse er det ligeledes et krav, at den ændrede omstændighed skal have en betydelig indvirkning på kontraktforholdet mellem parterne. Der er grundlæggende tre måder hvorpå ændringen kan have betydning for indvirkning på kontraktforholdet mellem parterne: 1) det bliver mere byrdefuldt at opfylde, 2) værdien af ydelsen en part skal modtage reduceres eller 3) balancen i kontraktforholdet forskubbes.³⁴

Det kan både være økonomiske, finansielle, kommercielle, politiske eller juridiske ændrede omstændigheder,³⁵ der kan have en betydelig indvirkning på kontraktforholdet mellem parterne, hvilket kan udløse, at det enten bliver mere byrdefuldt at opfylde kontrakten, at en part modtager en reduceret ydelse eller at balancen i kontraktforholdet ændres. Der stilles dog i de fleste hardship-klausuler krav til graden af indvirkning, idet det ikke er al indvirkning der er nok til at kunne udløse klausulens retsvirkninger.³⁶

ICC Hardship-klausul 2003, Paragraf 2) Det er i paragraf 2, at retsfakta af hardship-klausulen fremgår. Paragraffen opstiller kriterierne for, hvornår en bebyrdet part kan benytte hardship-klausulen. Som det fremgår af paragraf 2(a), skal der være indtrådt en omstændighed, der har gjort videreførelsen af kontrakten "*excessively onerous...*". Med dette må det forstås, at den ændrede omstændighed, skal være væsentligt mere byrdefuld. Det antages, at det ikke er nok, at den ændrede omstændighed blot påvirker kontraktudførelsen, men at der er et væsentlighedskriterie der skal være opfyldt, førend, at klausulen kan anvendes. Paragraffen fortsætter med, at det skal være "*...due to an event beyond its reasonable control...*". Parterne må derved ikke have haft "*rimelig*" kontrol over den efterfølgende omstændighed. Dette kan antages for at være et kontrolansvar, men i og med, at ordene

³² Bruserud (2010, s. 48)

³³ Bruserud (2010, s. 49)

³⁴ Bruserud (2010, s. 47)

³⁵ Fontaine & de Ly (2009, s. 465)

³⁶ Bruserud (2010, s. 47)

"beyond its reasonable" anvendes, bliver det usikkert hvor grænsen går, da der bliver knyttet en kvalificering til kriteriet i hardship-klausulen.³⁷ Ordlyden af kontrakten tilsiger, at det skal være en omstændighed der er udenfor (*"beyond"*) partens kontrol, hvorfor det antages at omstændigheden skal være af eksogen karakter. Det bliver dog stadig en rimelighedsbetragtning, da ordet *"reasonable"* er medtaget, hvilket giver anledning til en bredere fortolkning af klausulen, end princippet der er at finde i Unidroit Principle art. 6.2.2, litra (c)³⁸, som er tilsvarende, men ikke benytter sig af ovenstående ordvalg.

Det er dog ikke nok, at de kontraktuelle forpligtelser er blevet væsentligt mere byrdefulde på grund af en omstændighed, som var udover parternes rimelige kontrol. De efterfølgende omstændigheder skal samtidig være uforudsete ved kontraktindgåelsen. Dette udtrykkes på følgende måde i klausulen: *"...which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract..."*. Årsagen til denne ordlyd er, at hardship-klausulen både dækker over forhold der ikke kunne forudses på kontraktindgåelsestidspunktet og som blev byrdefulde for parterne ex post, samt uventede efterfølgende omstændigheder.³⁹ Igen anvendes ordet *"reasonably"*, hvorefter det bliver en rimelighedsvurdering, hvilke forhold der burde tages med i betragtningen.

Udover ovenstående kriterier, fremgår det af paragraf 2(b), at *"it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences"*. Det formodes, at det er den økonomiske opfyldelsesbyrde, der er ved at skulle forhindre eller overkomme den efterfølgende omstændighed, som bliver urimelig for den bebyrdede part at opfylde.

2.3.2.3 Retsvirkninger

Når det er konstateret, at der foreligger hardship er der brug for indtræden af en given retsvirkning. Hardship-klausulen indeholder udover retsfakta ligeledes de retsvirkninger, som parterne har valgt, at klausulen skal indeholde og som de kan støtte ret om. De fleste hardship-klausuler er bygget op af et sæt af relativt ens kriterier, som beskrevet nedenfor, om end forskelligt formuleret.

³⁷ Bruserud (2010, s. 159)

³⁸ Unidroit Principle (2016), art. 6.2.2, litra (c): *"the events are beyond the control of the disadvantaged party"*

³⁹ ICC Hardship Clause (2003, s. 17)

Genforhandling

Den umiddelbare retsvirkning, der træder i kraft, såfremt det fastslås, at der foreligger hardship er parternes pligt til at indgå i en genforhandling. Genforhandlingsforpligtelsen er et af de mest centrale elementer i hardship-klausulen, da udgangspunktet er, at det er de kontraherende parter der er bedst egnede til at finde den bedste løsning⁴⁰. Hvis det efter en genforhandling lykkes parterne at opnå enighed, har hardship-klausulen tjent sit formål og kontraktbalancen er genoprettet. Det er dog ikke en pligt, at parterne skal nå til enighed gennem genforhandling og det er også meget forskelligt hvorvidt de forskellige hardship-klausuler regulerer konsekvenserne af, at parterne ikke når til enighed.⁴¹

ICC Hardship-klausul 2003, Paragraf 2) Sidste led af paragraf 2 anfører, at parterne er bundet til at genforhandle, inden for rimelig tid efter påberåbelse af klausulen, og anfører herefter at parterne skal forhandle alternative kontraktuelle bestemmelser, som med rimelighed tillader konsekvenserne af den efterfølgende omstændighed.

Kontraktens ophør

I nogle hardship-klausuler er det muligt for parterne at bringe aftaleforholdet til ophør, hvis det ikke er muligt for parterne at opnå en løsning gennem genforhandling. Det vil herefter være den bebyrdede part der har mulighed for at ophæve kontrakten.

ICC Hardship-klausul 2003, Paragraf 3) Klausulen indeholder i paragraf 3 en formulering, hvoraf det fremgår hvilken alternativ retsvirkning parterne har i tilfælde af, at paragraf 2 gør sig gældende, men hvor den anden part i kontraktforholdet ikke vil gå med til en ændring af kontrakten, hvorefter parten er berettiget til at ophæve kontrakten efter denne klausul.

Subsidiære tvistløsningsorganer

I de tilfælde hvor parterne ikke når til enighed ved genforhandling og ikke ønsker at bringe aftaleforholdet til ophør, kan en anden mulighed være at indbringe spørgsmålet om ændringer af

⁴⁰ Østergaard (2016, s. 446)

⁴¹ ICC Hardship Clause (2003), angiver i paragraf 3, en mulighed for at ophøre kontrakten efter forgæves genforhandling. Unidroit Principles (2016), art. 6.2.3(3) giver parterne mulighed for at få tvisten løst ved en domstol i tilfælde af forgæves genforhandling.

parternes rettigheder og forpligtelser til afgørelse hos et tvistløsningsorgan.⁴² Tvistløsningsorganet vil som oftest være enten de nationale domstole eller en voldgiftsret⁴³, alt efter hvad der er fastsat i kontrakten. Parterne overgiver deres kompetence til tredjepart, i dette tilfælde det valgte tvistløsningsorgan, som herefter kan ændre parternes kontraktforhold. Hvilken kompetence der skal overlades til tvistløsningsorganet er et spørgsmål af aftaleretlig karakter, hvorfor det sædvanligvis må fastlægges ved fortolkning af klausulen.⁴⁴

I de tilfælde hvor der er uenighed mellem parterne om hvorvidt der foreligger hardship efter den indgæede kontrakts ordlyd, skal tvistløsningsorganet ligeledes tage stilling til dette.⁴⁵ Det bliver herefter tvistløsningsorganets ansvar at vurdere, hvorvidt der i realiteten foreligger hardship, og hvordan og i hvilket omfang kontrakten skal videreføres, inden for den kompetence som er overgivet tvistløsningsorganet.

ICC Hardship-klausul 2003 indeholder i princippet kun to retsvirkninger; pligten til at genforhandle og ophør af kontrakten, i tilfælde af, at genforhandling mislykkes. Det fremgår dog af noterne til ICC Hardship-klausulen 2003, at årsagen er, at hardship-klausulen skal tilskynde parterne til at finde deres egne løsninger gennem en generel tvistløsningsklausul i kontrakten. Det anføres endvidere, at hvor paragraf 3 ikke fungerer, på grund af, at parterne af en årsag ikke kan blive enige om kontraktbestemmelserne, kan tvisten ligeså vel ende ved et tvistløsningsorgan, hvis en part mener, der er sket et brud på kontrakten.⁴⁶ Dette vil dog ske med henvisning til en indsat tvistløsningsklausul i kontrakten og ikke med henvisning til hardship-klausulen.

Som det fremgår af ovenstående klausul, forudsætter anvendelsen af en hardship-klausul, at tre kumulative betingelser er opfyldt. Disse er beskrevet, af Østergaard på følgende måde:⁴⁷

⁴² Bruserud (2010, s. 23)

⁴³ Der kan, jf. Bruserud (2010, s. 367) også være tale om opmænd, eksperter eller lignende som kan være tvistløsningsorganet. Disse kan have en anbefalende funktion, så det i princippet ikke har en bindende virkning for parterne, men blot er en anbefaling. Det er dog sjældent, at dette forekommer. Det vil desuden kræve enighed mellem parterne for at de godkender anbefalingen fra eksperten, så man står de facto med en ordning som kan hjælpe parterne til enighed end med et egentligt tvistløsningsorgan.

⁴⁴ Petersen (2013, s. 1)

⁴⁵ Bruserud (2010, s. 371)

⁴⁶ ICC Hardship Clause (2003, s. 17)

⁴⁷ Østergaard (2016, s. 444)

- Den efterfølgende omstændighed væsentlig forrykker kontraktbalancen
- Den efterfølgende omstændighed må ikke være kendt eller kunne forudses på kontraktindgåelsestidspunktet
- Den efterfølgende omstændighed er eksogen, hvilket er karakteriseret som uundgåelig og uden for den bebyrdede parts kontrolsfære.

2.4 Kritik af hardship-klausuler

En ulempe ved hardship-klausuler som også belyses yderligere i både det økonomiske og det juridiske afsnit, kan være dens vage karakter. Hagstrøm nævner bl.a., at hardship-klausuler specielt i nordisk ret ikke er særlig velafgrænset, hvorfor der opstår usikkerhed om klausulens anvendelsesområde.⁴⁸ Kritikken er ligeledes baseret på genforhandlingspligten, da det hævdes, at denne hverken har reel indvirkning på kontraktforholdet eller retslig virkning.⁴⁹ Andersen argumenterer for, at der ikke er grundlag for at skabe hjemmel til en hardship-regel, såsom Unidroit Principles art. 6.2, som en regulerings-mekanisme.⁵⁰ Han mener, at der opstår et problem i det tilfælde, hvor parterne ikke kan blive enige ved genforhandling, og hvor det efterfølgende er op til en ”udefrakommende instans” at fastslå forhandlingsresultatet. Han anfører, at risikoen for, at en instans rammer skævt er stor, hvis der ikke er tale om en kompetent instans, hvorefter han påpeger, at denne instans skal have særlige forudsætninger såsom en voldgiftsret. Andersen sætter derved spørgsmålstegn ved, om det overhovedet er hensigtsmæssigt at involvere en dømmende ret i aftaledannelsen.⁵¹ Denne kritik vil der blive taget stilling til løbende i nærværende afhandling.

⁴⁸ Hagstrøm (2011, s. 153)

⁴⁹ Hagstrøm (2011, s. 153)

⁵⁰ Andersen (2005, s. 383)

⁵¹ Andersen (2005, s. 383)

Kapitel 3 – Økonomisk teori

Hardship-klausuler indebærer, at kontraherende parter ved kontraktindgåelsestidspunktet skal tage stilling til, hvilke fremtidige omstændigheder der bør være en del af aftalegrundlaget for klausulen. Da dette antages at være en opgave der kan indebære uforholdsmæssige mange omkostninger, på baggrund af hvor svært det er for parterne at forudse alle fremtidige omstændigheder, er det relevant at se på en hardship-klausul ud fra et transaktionsomkostningsteoretisk synspunkt. Der vil derfor i det følgende blive redegjort for de af afhandlingen økonomiske overvejelser.

3.1 Transaktionsomkostningsteorien

Inden for den ny-institutionelle økonomi anses begrebet transaktionsomkostninger, som værende det mest centrale begreb i forhold til at forstå økonomiske agenteres ageren på markedet. Transaktionsomkostningsbegrebet blev diskuteret af Ronald H. Coase i 1960, som diskuterede omkostningerne ved markedstransaktioner.⁵² Transaktionsomkostningsteorien er sidenhen blevet videreudviklet. Oliver E. Williamson spiller her en fremtrædende rolle. Williamson bygger sin teori omkring antagelser om, at økonomiske agenter er begrænset rationelle, samt at de er opportunistiske⁵³. Agenter er begrænset rationelle i den forstand, at det ikke er muligt for dem at forudsige alle fremtidige begivenheder. De er ligeledes opportunistiske i deres adfærd, hvorved skal forstås, at de står sig selv nærmest.⁵⁴ Opportunistiske agenter er ifølge Williamson styret af selviske interesser, hvilket giver plads til strategisk adfærd og involverer, som Williamson anfører det; *"self-interest seeking with guile"*.⁵⁵

Ovenstående antagelser, og især den begrænsede rationalitet, resulterer bl.a. i, at der vil forekomme usikkerhed hos agenterne og dermed ufuldstændige kontrakter. Der er derfor ikke ved kontraktforhandlinger mellem kontraherende parter mulighed for ex ante at tage højde for, eller at nå til enighed om, enhver fremtidig tænkelig situation der kan opstå. Der opstår derfor en nødvendighed for, at parterne både afholder omkostninger ex ante, men samtidig tager hensyn til de omkostninger der kan opstå ved den videre gennemførelse af kontrakten ex post.

⁵² Coase (1960)

⁵³ Knudsen (1997, s. 213)

⁵⁴ Knudsen (1997, s. 213)

⁵⁵ Williamson (1975, s. 26)

3.1.1 Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger er en samlet betegnelse over de omkostninger, som parterne skal tage højde for i forbindelse med indgåelsen og overholdelsen af deres transaktion/kontrakt. Disse inddeles ofte i søgeomkostninger, forhandlingsomkostninger og kontrolomkostninger.⁵⁶ En kontraheringsproces mellem parter er præget af disse transaktionsomkostninger. Jo lavere transaktionsomkostningerne er, jo flere aftaler vil blive indgået, og jo tættere på et fravær af transaktionsomkostninger, jo tættere vil parterne være på et Pareto-effektivt resultat, jf. Coase-teoremet (stærk version).⁵⁷ Ifølge transaktionsomkostningsteorien vil det pareto-effektive resultat indebære, at parterne vil nøjes med at afholde transaktionsomkostninger til regulering af de forhold, der vurderes som værende af betydning for aftaleforholdet.

3.1.1.1 Transaktionsomkostninger ved anvendelse af hardship-klausuler

Ved anvendelsen af en hardship-klausul må ovenstående inddeling af transaktionsomkostninger ifølge Kim Østergaard udvides med yderligere to slags transaktionsomkostninger: *kontraktjustering og kommunikation*.⁵⁸ Disse transaktionsomkostninger opstår ex post, da der ved en proaktiv kontraktklausul, såsom en hardship-klausul, vil være et behov for at kunne justere kontrakten undervejs, hvis der opstår efterfølgende omstændigheder af bebyrdende karakter. Anvendelsen af en hardship-klausul mellem kontraherende parter indebærer derfor ikke blot kontrolomkostninger ex post, men imidlertid også andre former for transaktionsomkostninger, hvorefter parterne er tvunget til at afholde disse omkostninger i tilfælde af efterfølgende omstændigheder. På baggrund af dette opstår der en ufuldstændig kontrakt ex ante, hvilket binder i afholdelse af transaktionsomkostninger forbundet ved at forudsige mulige efterfølgende omstændigheder, når kontrakten forhandles.

⁵⁶ Eide & Stavang (2009, s. 129). Se endvidere Østergaard (2016, s. 440), som inddeler transaktionsomkostningerne i kontakt-, kontraktforhandlings-, kontraktudfærdigelses- og kontrolomkostninger.

⁵⁷ Eide og Stavang (2009, s. 137 og 142)

⁵⁸ Østergaard (2016, s. 440)

3.2 Ufuldstændige kontrakter

Når kontraherende parter er rationelle begrænsede, og dermed ikke har uendelige muligheder til brug for hvordan de modtager, lagrer og behandler information⁵⁹, på baggrund af de mange transaktionsomkostninger dette indebærer, resulterer dette også i ufuldstændige kontrakter. De fleste kontrakter der konciperes, kan ikke indeholde enhver tænkelig situation, der kan tænkes at påvirke kontraktforholdet, hvorfor de fleste kontrakter må antages at være mere eller mindre ufuldstændige. Kontrakter indeholder typisk de variabler og betingelser, som er relevante for de kontraherende parter, men det vil af flere forskellige årsager være i parternes interesse at lade en given kontrakt være mere eller mindre ufuldstændig.⁶⁰ Dette er grundlaget for teorien om ufuldstændige kontrakter, hvilket også er baggrunden for konciperingen af en hardship-klausul.

Grundlaget for teorien om ufuldstændige kontrakter står i stærk kontrast til teorien om komplette kontrakter, hvorved kontraherende parter har specificeret kontrakten mellem dem ned til mindste detalje og for hver mulig fremtidig hændelse. Ifølge teorien om komplette kontrakter, vil alle betingelser være beskrevet udførligt, hvorfor en domstol også nemt kan verificere intentionen med kontrakten i tilfælde af en tvist. Teorien om komplette kontrakter har dog sjældent hold i virkeligheden, da det er urealistisk at kontraherende parter tager forbehold for alle tænkelige fremtidige situationer i en given kontrakt. I så fald er dette betydeligt omkostningsfuldt, og vil indebære afholdelse af en meget stor mængde af transaktionsomkostninger.

Ud over den store mængde af transaktionsomkostninger der følger af den begrænsede rationalitet, opstår ufuldstændige kontrakter ligeledes på baggrund af den anden antagelse under ovenstående transaktionsomkostningsteori – parters opportunistiske adfærd. Kontraherende parter vil alt andet lige altid sidde inde med egen viden omkring specifikke forhold, som modparten ikke kender til, og som de af den ene eller anden årsag ikke ønsker at dele. Privat, eller asymmetrisk information, kan derved være en hindring for et efficient udfald af kontraktforhandlingerne⁶¹, da opportunistisk adfærd kan opstå ved udnyttelse af denne private viden, hvorefter risikofordelingen mellem parterne skævvrides. Opportunistisk adfærd kan medføre et ”hold up”-problem, som opstår når kontraherende parter er blevet afhængige af hinanden i kontraktforholdet. Denne afhængighed kan

⁵⁹ Knudsen (1997, s. 213)

⁶⁰ Shavell (2004, s. 299)

⁶¹ Cooter & Ulen (2012, s. 355)

misbruges i form af, at den ene part truer med at afslutte kontraktforholdet, hvis ikke den anden part går med til at tilpasse kontraktvilkårene til den opportunistiske parts fordel, som herefter sætter den truede part i en ufordelagtig position. Dette kan ske i situationer hvor en uforudset efterfølgende omstændighed opstår, som påkræver, at parterne tilpasser deres kontraktvilkår.⁶²

Endelig kan en årsag til at parterne i et længerevarende kontraktforhold vælger at kontrahere en ufuldstændig kontrakt være, at de ønsker deres forhold skal bygge på tillid. Tillid er en væsentlig relationsbevarende samt samarbejdsmotiverende faktor, og parterne viser hinanden en vis form for tillid ved ikke at kræve, at hver en detalje skal skrives ind i kontrakten.⁶³ Tillid kan blandt andet opstå ved brug af aktivspecifikke investeringer, hvorved en sælger investerer i ressourcer på baggrund af en bestemt købers specifikationer.⁶⁴ Der opstår derved en relationsrente, som parterne opnår på baggrund af den relation, de kun kan have i forholdet til hinanden.⁶⁵ Derved opstår et strategisk fit, hvor det økonomiske udbytte parterne får ud af relationen, overgår enhver anden alternativ anvendelse. Der skal dog lægges en stor indsats i at opretholde relationen, da forholdet kan bryde sammen på baggrund af opportunistisk adfærd.

3.3 Risikoallokering

De fleste kontraktforhold er forbundet med en vis form for risici for parterne, uanset om disse er medtaget i kontrakten eller ej. Parterne kan bevidst vælge ikke at medtage disse ved aftaleindgåelsen, eller der kan opstå situationer, som parterne ikke havde forudset.⁶⁶ En kontrakt vil normalt indeholde en vis form for ansvarsregulering mellem parterne, men ved uventede efterfølgende omstændigheder er det selvsagt tilfældet, at parterne ikke har aftalt, hvorledes risikoen skal fordeles. Dette skyldes en overvejelse omkring afholdelsen af de transaktionsomkostninger, der er forbundet med at skulle forudse disse efterfølgende omstændigheder. Parterne vil i de fleste tilfælde holde sig til transaktionsomkostninger, som de anser for værende af væsentlig betydning for kontraktforholdet, og som ex ante kan anslås med nogenlunde sikkerhed.⁶⁷ Det giver derfor mere mening for parterne at efterlade et tomrum i kontrakten, hvorefter de kan fordele tabet ex post, i tilfælde af en

⁶² Raaschou-Nielsen & Foss (1997, s. 94f.)

⁶³ Herold (2010, s. 1)

⁶⁴ Knudsen (1997, s. 216)

⁶⁵ Dyer & Singh (1998, s. 660). Se også Knudsen (1997, s. 216), som anvender begrebet kvasi-renter.

⁶⁶ Eide & Stavang (2009, s. 348)

⁶⁷ Eide & Stavang (2009, s. 348)

efterfølgende omstændighed skulle opstå. Hvis en efterfølgende omstændighed opstår, og parterne ikke har aftalt en evt. risikofordeling imellem sig, er det altovervejende udgangspunkt, at placere risikoen hos den part, som kan bære risikoen til den laveste mulige omkostning.⁶⁸ Dette afhænger af, hvilken af parterne der kan reducere og sprede risikoen til den laveste mulige omkostning og på denne måde mest efficient bære risikoen.⁶⁹ Posner & Rosenfield bedømmer dette ud fra en efficiensbetragtning.⁷⁰ De omtaler den part, som er den mest efficiente til at bære den pågældende risiko, som "*the superior risk bearer*".⁷¹ De anfører, at en part kan være en "*superior risk bearer*" på baggrund af, at han er i en bedre position til at forhindre en risiko i at materialisere sig, samt at han er den part, der billigst kan forsikre sig mod konsekvenserne af den pågældende risiko.⁷² Posner & Rosenfield argumenterer for, at i tilfælde af, at parterne på kontraktindgåelsestidspunktet har mulighed for at allokere risikoen mellem sig, er dette den mest efficiente løsning. Posner & Rosenfield anfører derfor, at for at finde ud af hvem der er den mest efficiente risikobærer, skal der tages udgangspunkt i en ex ante vurdering, hvor man skal se på hvordan forholdene var på kontraktindgåelsestidspunktet.⁷³ På baggrund af dette kommer man frem til den mest efficiente løsning, da dette også er den løsning, som parterne ville komme frem til, hvis det var muligt for dem at forudse de efterfølgende omstændigheder på kontraktindgåelsestidspunktet.

Ved brug af en hardship-klausul kræver det, at parterne har et incitament til at anvende denne, da det økonomisk set kan være problematisk for især køber at indvilge i at indgå en hardship-klausul, hvor der sker en reallokering af risici, da det højst sandsynlig er sælger der bliver ramt af en efterfølgende omstændighed som kan betegnes som hardship.⁷⁴ Hvis risikoen herefter skal reallokeres ved genforhandling, kan det meget vel indebære en mindre profit for køber, som køber alt andet lige ikke er interesseret i. Det kræver derfor, at der indsættes en form for risikopræmie, i form af en nedsat pris for det pågældende produkt, i tilfælde af en efterfølgende omstændighed, som giver køber et incitament til at indvilge i at indsatte en hardship-klausul. På den måde bevares parternes forhold,

⁶⁸ Cooter & Ulen (2016, s. 350)

⁶⁹ Cooter & Ulen (2016, s. 351)

⁷⁰ Posner & Rosenfield (1977, s. 90)

⁷¹ Posner & Rosenfield (1977, s. 90)

⁷² Posner & Rosenfield (1977, s. 90)

⁷³ Posner & Rosenfield (1977, s. 98)

⁷⁴ Østergaard (2016, s. 442)

og parternes evne og vilje til både at dele fremtidige risici, men også fremtidige gevinster⁷⁵ forstærkes, hvilket forøger det strategiske fit.

Hvis parterne ved deres aftaleforhandling indsætter en hardship-klausul, er det netop de uventede efterfølgende omstændigheder der er i fokus, hvorefter parterne qua genforhandlingspligten allokerer en del af risikoen til forhandling ex post, i tilfælde af, at en uventet efterfølgende omstændighed opstår. I tråd med Posner & Rosenfields argument, tillader hardship-klausulen derved parterne at finde den mest efficiante reaktion på den efterfølgende omstændighed, og herved genskabe kontraktbalancen - en mulighed parterne ikke ville have haft i fraværet af en hardship-klausul. Parterne kan ved hjælp af en hardship-klausul derved sikre sig en mere efficiant risikoallokering, ved at forpligte hinanden til at genforhandle i tilfælde af at kontraktbalancen bliver væsentligt påvirket på baggrund af en efterfølgende omstændighed.

3.4 Fortolkning af kontrakter i et økonomisk perspektiv

Kontraherende parter kan ved en kontraktindgåelse bevidst vælge, at bestemte betingelser i kontrakten ikke skal uddybes. Parterne efterlader derved et "tomrum" i kontrakten angående omstændigheder, som de vurderer er så usandsynlige, at det er billigere ikke at bruge omkostninger på at identificere disse, endvidere forhandle om dem. Der kan ligeledes opstå "tomrum" i kontrakten på baggrund af efterfølgende omstændigheder, som parterne ikke udelader bevidst, og som opstår enten på grund af usikkerheder ved fortolkningen af den givne bestemmelse, eller på grund af en uforudset omstændighed.

Når parterne bevidst lader en given kontrakt være ufuldstændig, kan det være begrundet ved, at det kan være billigere for parterne at undlade at forhandle om den givne bestemmelse, da sandsynligheden for at omstændigheden opstår er meget lille, hvorefter det bedre kan betale sig, at lade det være op til en domstol i tilfælde af, at bestemmelsen materialiseres.⁷⁶ Det kan dog også være, at parterne er bevidste om, at der er sandsynlighed for, at den givne omstændighed kan ske, men alligevel ikke kontraherer om den, da parterne ikke kan blive enige herom på kontraktindgåelsestidspunktet.⁷⁷ De sørger på denne måde for, at holde transaktionsomkostningerne

⁷⁵ Dette bør gøres gennem en gevinstklausul, som ikke behandles i denne afhandling.

⁷⁶ Posner (2014), s. 96

⁷⁷ Posner (2004, s. 4)

nede. Parterne ønsker dog, at kontrakten skal fortolkes på en måde, som er i tråd med parternes hensigter og intentioner, hvis de havde konciperet den givne bestemmelse mere detaljeret.⁷⁸

Fra et økonomisk synspunkt, kan dette også forklares som, at jo mere parterne investerer i kontraktindgåelsesfasen, jo mindre vil de forventede omkostninger til en evt. retssag. Posner⁷⁹ har vist dette ved formlen:

$$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$$

hvor,

C = transaktionsomkostningerne bredt defineret

x = forhandlings – og tegningsomkostningerne

p = sandsynligheden for en retssag

y = parternes retssagsomkostningerne

z = omkostninger ved retssagen til retsvæsenet

e = fejlomkostninger

Det første led på højre side, x, repræsenterer første stadie i at bestemme forståelsen af kontraktbestemmelsen. Det er stadiet hvor parterne beslutter hvad der skal stå i kontrakten. Det andet led, $p(x)[y + z + e(x, y, z)]$, er en sandsynlighedsfunktion, der er aftagende i x, som betyder at et spørgsmål vil blive fremlagt til afgørelse, hvis der er en tvist over forståelsen. De omkostninger der opstår derved, omfatter udgifter fra parterne og domstolene, plus en forventet omkostning som følge af, risikoen for at domstolen vil misfortolke aftalen. Denne risiko er påvirket af parterne og domstolens investering i retssagen, men også af parternes investering i, at gøre kontrakten så klar som mulig. På denne måde kan parterne få en præcis og hurtig afgørelse, i tilfælde af, at en tvist over fortolkning af kontrakten skulle opstå og bringes for domstolen. Alle omkostningerne i andet stadie, skal dog diskonteres med sandsynligheden for en tvist, som alt andet lige vil være lavere, jo mere parterne investerer i det første stadie hvor parterne har mulighed for at gøre kontrakten så klar som muligt.⁸⁰ Som nævnt ovenfor, vil de forventede omkostninger til en retssag derfor være lavere, jo

⁷⁸ Shavell (2004, s. 301ff.)

⁷⁹ Posner (2004, s. 4f.)

⁸⁰ Posner (2004, s. 4f.)

flere ressourcer parterne bruger på at kontrahere kontrakten, da p jo som nævnt er aftagende i x . Opgaven for parterne består i, at bestemme det x , som er tegnings – og forhandlingsomkostninger, og som gør udtrykket for C så småt som muligt.

Som det også gjaldt i afsnit 3.3 fungerer en hardship-klausul som en justeringsmekanisme, da den tillader parterne at justere størrelsen af x . Parterne kan overveje at mindske tegnings – og forhandlingsomkostninger, idet genforhandlingspligten giver en større sikkerhed for en efficient løsning hvis en efterfølgende omstændigheds indtræder. På baggrund af dette, giver en hardship-klausul parterne større frihed til at bestemme det x , der minimerer udtrykket for C .

3.5 Verificerbarhedsproblemer

Genforhandlingspligten ved en hardship-klausul er ikke nævnt ved ovenstående formel, men det formodes, at der ved tvist over forståelsen af klausulen, eller usikkerhed og uenighed over det indholdsmæssige af denne, anlægges sag, som skal afgøres af en domstol.

Det er herefter en dommers opgave, at finde frem til parternes fælles vilje og intention med kontrakten i tilfælde af, at en bestemmelse ikke er udfyldt. Det er således dommerens målsætning at nå frem til det resultat, som parterne ville være kommet frem til, hvis der ikke havde været transaktionsomkostninger.⁸¹ Ud fra en økonomisk betragtning bør en domstol, når den skal forholde sig til hvilke konsekvenser efterfølgende omstændigheder skal have for de kontraherende parter og kontraktforholdet, tage udgangspunkt i en perfekt, Pareto-optimal kontrakt. Så længe dommeren formår at opfylde denne opgave, sparer det parterne tid og penge, da de slipper for forhandlingsomkostningerne ved at forsøge at kontrahere en bestemmelse, som tager højde for alle fremtidige uforudsete omstændigheder.

Når der foreligger domstolsfortolkning, kan der opstå en del domstolsomkostninger grundet problemer forbundet med tolkningen af parternes fælles vilje og hensigt med kontraktbestemmelsen.⁸² Dette vil især være tilfældet, hvor parterne ikke bevidst har søgt, at bestemmelsen skal være ufuldstændig, og hvor der efterfølgende opstår en tvist mellem parterne,

⁸¹ Eide & Stavang (2009, s. 354)

⁸² Eide & Stavang (2009, s. 133)

som de ikke kan løse gennem genforhandling. Her kan der opstå situationer, hvor retten kan have problemer med at identificere og verificere parternes fælles hensigt med kontrakten.

En underliggende antagelse ved ufuldstændige kontrakter er bl.a., at domstolene skal kunne observere relevant information med den samme nøjagtighed som parterne, for at det er muligt at håndhæve kontrakten efter parternes ønskede hensigt.⁸³ For at en dommer kan nå frem til det bedst mulige resultat for parterne, og udfylde kontrakten efter deres hensigt, er det dog altafgørende, at retten er i stand til at verificere den givne problemstilling. Det afgørende er her, hvad parterne fremlægger i procesførelsen, og som retten efterfølgende skal basere sin afgørelse på. Det er efterfølgende dommerens opgave at tage stilling til, hvad der er fakta i sagen. Det er altså ikke kun af betydning hvad retten kan observere, da det ligeledes kommer an på, hvilke beviser parterne fremfører. Verificerbarheden afhænger derfor i stor grad af parternes incitament. Hvis der er usikkerhed om de i sagen fremførte beviser og verificerbarheden af disse, vil dette skabe problemer for den efterfølgende beslutningsproces.⁸⁴ Domstolens kompetence vil samtidig spille en rolle i forhold til dens evne til at verificere. Hadfield beskriver problemstillingen på følgende måde:

*"(...) The reality of generalist courts, however, is that they possess only limited competence in any one area. Put simply, courts make mistakes about efficient outcomes. The more important question for both economic and legal analysis is, What is the appropriate response of a limitedly competent court to contractual incompleteness?"*⁸⁵

Hun nævner endvidere, at verificerbarhedsproblematikken indtil videre er blevet behandlet som et enten/eller spørgsmål, hvorefter domstolen enten kan eller ikke kan verificere en potentiel kontraktuel variabel.⁸⁶

Det er derfor interessant at se på, hvor mange ressourcer kontraherende parter i virkeligheden bør bruge på at specificere en hardship-klausul på baggrund af de forholdsvis store transaktionsomkostninger ved specifikation, men også på baggrund af de problemer det kan volde

⁸³ Zhang & Zhu (2000, s. 1)

⁸⁴ Eide (2016, s. 13)

⁸⁵ Hadfield (1994, s. 162)

⁸⁶ Hadfield (1994, s. 162)

en domstol at verificere, hvorvidt den efterfølgende omstændighed har betydning for kontraktforholdet.

For at kunne vurdere hvor mange ressourcer kontraherende parter skal bruge på at specificere en hardship-klausul, er der mange forskellige forhold, der er relevante for parterne at tage højde for. Dette er forhold såsom; hvor god relation man har til sin medkontrahent, hvor meget information ønsker man at udveksle/afsløre til medkontrahenten, og hvordan en evt. tvist vil ende ud i retten. Det er derfor et spørgsmål om hvor dybt parterne skal gå i detaljerne med deres klausul, og hvad der egentlig giver mening ud fra bevæggrunden for en hardship-klausul.

Kapitel 4 – Anvendelse af hardship-klausuler i et økonomisk perspektiv

4.1 Transaktionsomkostningers betydning for anvendelse af hardship-klausuler

Transaktionsomkostninger spiller en stor rolle, når kontraherende parter skal koncipere en kontrakt. Det er navnlig disse som kan sætte begrænsninger for hvor specificeret parterne kan koncipere kontrakten, da de underliggende antagelser bag transaktionsomkostningsteorien, begrænser parterne i at koncipere fuldstændige kontrakter, samt at dele al information indbyrdes. Det kan have store konsekvenser for parterne senere hen i forløbet, hvis de på kontraktindgåelsestidspunktet har udeladt at forhandle om visse omstændigheder, hvilket kan påvirke kontrakten og dens efficiens. Der vil dog ved uforudsete omstændigheder ikke være mulighed for at have indberegnet disse i kontraktgrundlaget, hvorfor det ud fra et økonomisk rationale taler for, at parterne anvender en kontrakt, der på kontraktindgåelsestidspunktet er ufuldstændig. Det er derfor i parternes interesse at vurdere, hvilke proaktive tiltag de kan foretage sig på kontraktindgåelsestidspunktet, for at undgå at afholde for mange transaktionsomkostninger til at specificere kontrakten, herunder forsøge at specificere efterfølgende omstændigheder, som i sig selv ikke lader sig forudse.

Ved at kontraherende parter indsætter en hardship-klausul i kontrakten mellem sig, kan parterne begrænse de transaktionsomkostninger der er forbundet med at forudse alle fremtidige omstændigheder, idet hardship-klausulen gør det muligt for parterne at efterlade kontrakten uspecificeret, på baggrund af pligten til at genforhandle. En videre drøftelse af hardship-klausulen i et økonomisk perspektiv følger nedenfor.

4.2 Anvendelse af hardship-klausuler

Anvendelse af en hardship-klausul i et længerevarende kontraktforhold indebærer som oftest, at de kontraherende parter er opmærksomme på, at der kan forekomme efterfølgende omstændigheder, der i væsentlig grad kan påvirke kontraktbalancen, og som de på grund af at de er begrænset rationelle, ikke har mulighed for at forudse på kontraktindgåelsestidspunktet. Parterne ønsker derfor, ved brug af klausulen, at have mulighed for at justere kontrakten så risikoen mellem parterne genforhandles for at genfinde kontraktbalancen. En hardship-klausul er generelt set vag i sin karakter, da det vil forvolde parterne uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger at forsøge at forudsige hvilke efterfølgende omstændigheder der kan forekomme. Ved indsættelse af en hardship-klausul i kontrakten kan der dog forekomme transaktionsomkostninger i den forstand, at en hardship-klausul

indebærer afholdelse af transaktionsomkostninger i det tilfælde, at parterne er nødt til at genforhandle kontrakten. Som det fremgår af afsnit 3.4, er det dog denne afvejning mellem eventuelle ex ante og ex post transaktionsomkostninger, der giver parterne mulighed for at kontrahere den mest efficiente kontrakt, ved at allokere den rette mængde tegnings- og forhandlingsomkostninger i kontraheringsfasen.

4.2.1 Genforhandling

Genforhandlingspligten er en central del af hardship-klausulen, og fungerer som en kontraktjusteringsmekanisme for parterne, hvorefter de har mulighed for at allokere en del af deres risiko ex post, da de ved genforhandling har mulighed for at justere på kontrakten og genetablere en evt. forskydning af kontraktbalancen. Genforhandlingspligten indebærer et mindre omfang af transaktionsomkostninger ex ante, men et større omfang af transaktionsomkostninger ex post i tilfælde af, at en bebyrdende efterfølgende omstændighed materialiserer sig. Parterne bør tage disse omkostningerne med i betragtningen, så de opnår det bedst mulige udfald. Der vil forudsætningsvist ikke være nogen grund til, at parterne indleder en genforhandling, hvis omkostningerne ved at genforhandle overstiger hvad parterne kan forvente at tjene på kontraktrelationen. Shavell anfører, at hvis omkostningerne til at forhandle og genforhandle en bestemmelse er lig hinanden, så vil genforhandling være at foretrække, i og med, at der kun er en vis sandsynlighed for, at genforhandlingsomkostningerne opstår, hvorfor der kun vil være forventede omkostninger forbundet hermed.⁸⁷ Der vil derimod uundgåeligt være forhandlingsomkostninger forbundet med, at skulle forhandle på kontraktindgåelsestidspunktet. Det vil ofte kunne betale sig at genforhandle ved kontrakter af længerevarende karakter, da der er andre faktorer der spiller ind, såsom parternes omdømme, aktivspecifikke investeringer osv.

Hardship-klausulens genforhandlingspligt indeholder ikke en decideret pligt for parterne til at blive enige, hvorfor der kræves et vist incitament for parterne til at opnå enighed. Hvis parterne ikke kan opnå enighed, af den ene eller anden årsag, vil det, hvis en part vælger at anlægge sag, være op til en given domstol at foretage aftalesupplering.

⁸⁷ Shavell (2004, s. 318)

4.2.2 Domstolens betydning

Domstolen er ved brug af en hardship-klausul en alternativ tvistløsningsmekanisme, som parterne kan vælge at gøre brug af i tilfælde af, at der opstår uklarheder omkring fortolkningen af klausulen, eller parterne ikke opnår enighed ved genforhandling. Domstolen kan derved komme til at spille en afgørende rolle for parternes videre forhold. Når en tvist opstår og ender hos domstolen er det jf. afsnit 3.1 og 3.2 på grund af antagelsen om begrænset rationalitet, som fører til ufuldstændig information, hvorefter parterne ikke er i stand til at specificere en komplet hardship-klausul, uden uforholdsmæssige høje transaktionsomkostningerne, hvorfor de er nødt til at koncipere en vag affattet klausul. Dette kan give anledning til forståelsesmæssige tvister om, hvad der skal inddrages og hvad der ikke skal inddrages i klausulen. Det er derfor op til en given domstol at afgøre, hvorvidt den efterfølgende omstændighed er omfattet af klausulen eller ej. I tilfælde af, at en domstol er nødt til at foretage aftalesupplering, vil dette givetvis også indebære afholdelse af en stor mængde af transaktionsomkostninger for de kontraherende parter i form af domstolsomkostninger (kontrolomkostninger), hvilket skal pålægges de transaktionsomkostninger der er ved at forhandle og genforhandle kontrakten. Det er derfor et spørgsmål om, hvorvidt parterne i kontraktindgåelsesfasen kunne forhindre dette ved at specificere deres hardship-klausul yderligere, og derfor afholde flere transaktionsomkostninger i kontraktindgåelsesfasen (ex ante) i stedet for i håndhævelsesfasen (ex post).

4.3 At specificere eller ikke at specificere?

Hvorvidt parter bør specificere deres kontrakt eller ej, har skabt stor uenighed og usikkerhed i den kontraktretlige litteratur, da det diskuteres hvorvidt det er optimalt for parterne at allokere deres ressourcer ex ante eller lade det være op til en domstol at fortolke og udfylde ex post. Usikkerheden består bl.a. i, hvorvidt en domstol er i stand til at verificere et givent forhold og vurdere dette ud fra hensigten med kontrakten. Ved hardship består usikkerheden også i hvorvidt parterne burde bruge ressourcer på at gardere sig mod uventede omstændigheder, ved kontraktindgåelsestidspunktet, da de er nærmest til at kunne vurdere hvilke omstændigheder der kan opstå ex post, og samtidig har adgang til information, som domstolen ikke har.

Det vil dog aldrig være et valg som udelukkende består af enten den ene yderlighed eller den anden – det vil i stedet være et optimalt valg mellem skrevne betingelser, som parterne ex ante har ment var vigtige for kontraktforholdet og ex post forhold, som parterne har besluttet, det ikke var værd at bruge ressourcer på eller ikke havde forudset på kontraktindgåelsestidspunktet. Hvis de kontraherende parter formår at vælge kvalificeret mellem vage og præcise kontraktbestemmelser, kan parterne sænke deres transaktionsomkostninger til et optimalt niveau. Dette er ligeledes i tråd med Posner's ligning, som er benævnt i ovenstående afsnit 3.4, hvor det vises, at hensigten med håndhævelse af en kontrakt er, at minimere summen af omkostningerne ved at forhandle kontrakten og føre retssag (x og sandsynlighedsfunktionen).⁸⁸ Det afgørende spørgsmål er således, hvordan parterne formår, at vælge rigtigt mellem vage og præcise kontraktbestemmelser, og derved om de skal bruge ressourcer ex ante eller lade det være op til en domstol i tilfælde af tvist.

4.3.1 Specificering af en hardship-klausul

Der vil i det følgende foretages en analyse af forhold der kan antages at blive taget i betragtning, når kontraherende parter skal vurdere, hvorvidt det er optimalt for dem at anvende ressourcer på at specificere en hardship-klausul i deres kontrakt ex ante, eller blot lade den fremgå vag, og hvorvidt domstolen kan verificere en efterfølgende omstændighed ex post på baggrund af den information som er tilgængelig.

4.3.1.1 Ex ante omkostninger kontra ex post omkostninger

Scott & Triantis, inddeler kontraktomkostninger i to kategorier; front-end (ex ante omkostninger) og back-end (ex post omkostninger).⁸⁹ Front-end omkostningerne er transaktionsomkostningerne der er ved at forhandle kontrakten, og back-end omkostningerne er de omkostninger der kan være ved at håndhæve kontrakten.⁹⁰ De henviser til to primære grunde til hvorfor kontraherende parter vælger at acceptere kontrakter, som ikke er komplette:

"First, the front-end transaction costs of anticipating all future states of the world, calculating the efficient outcome in each state, and providing specifically for low-probability states may exceed the resulting gains in

⁸⁸ Posner (2004, s. 4f.)

⁸⁹ Scott & Triantis (2006, s. 822ff.)

⁹⁰ Scott & Triantis (2006, s. 822)

contractual surplus. Second, the back-end costs of enforcing contracts may exceed all gains, owing to the difficulty of observing and then verifying to a court private information known only to the parties".⁹¹

Som nævnt ovenfor, vil kontraherende parter i et kontraktforhold bruge ressourcer ex ante på at beskrive deres forpligtelser, men i og med der er mange omkostninger forbundet med at kontrahere en kontrakt, vil der altid være omstændigheder, som parterne ikke kan tage i betragtning og som er umulige at forudse, hvorfor der er betingelser som må efterlades mere eller mindre uregulerede. Det vil herefter være op til domstolen, at udfylde disse ex-post. Målet er at nå en optimal kombination af front-end og back-end omkostninger, da de kontraherende parter herved kan minimere de aggregerede kontraktomkostninger.⁹²

Parterne kan både ønske at forøge eller formindske ressourcerne de bruger på at kontrahere kontrakten. De kan ønske at forøge, i de tilfælde, hvor dette skaber et incitament til at forbedre parternes relation og investeringen kan forøge værdien af parternes udveksling. En investering i ex ante fasen gør parterne i stand til at skrive en mere komplet kontrakt, som giver mere effiente betingelser i et større antal fremtidige tilfælde. Dette kræver dog afholdelse af uforholdsmæssigt mange transaktionsomkostninger i forhold til at skulle kontrahere en hardship-klausul på baggrund af den uforudsigelige karakter en hardship-klausul indebærer. Parterne kan ligeledes ønske at minimere kontraktomkostninger hvis antallet af mulige udfald i kontrakten kan holdes konstante.⁹³ Dette vil dog sjældent, hvis aldrig, være tilfældet ved mulige udfald af hardship, da der kan være utallige udfald, som må antages at falde ind under hardship. Parterne ved, at de er begrænset rationelle i forhold til at kunne forudsige efterfølgende omstændigheder, hvorfor det er svært for dem, at holde kontraktomkostningerne konstante. Som det fremgår, er der altså fordele og ulemper at tage højde for, når parterne foretager et proaktivt valg om, hvorvidt de ønsker at forøge ressourcerne de bruger på at kontrahere kontrakten. Når parterne vælger at kontrahere en hardship-klausul kræver det således altid transaktionsomkostninger i den ene eller anden forstand. Det afgørende for parterne er, at fortsætte med at investere i kontraktomkostningerne indtil den marginale omkostning ved en videre investering er større end den marginale fordel der er i incitamentet til at forbedre parternes relation.

⁹¹ Scott & Triantis (2006, s. 816)

⁹² Scott & Triantis (2006, s. 817)

⁹³ Scott & Triantis (2006, s. 823)

4.3.1.2 Tillid

Parternes relation til hinanden spiller en væsentlig rolle, når det skal vurderes hvorvidt en kontraktbestemmelse skal specificeres eller ej. I længerevarende kontraktforhold mellem kontraherende parter er det essentielt, parterne formår at stole på hinanden, for at kunne bevare det gode forhold. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt det indbyrdes forhold mellem parterne bør påvirke hvor mange ressourcer parterne skal bruge på at kontrahere en hardship-klausul, og i hvilket omfang det egentlig gør det.

Som det fremgår i teoriafsnittet ovenfor, bygger transaktionsomkostningsteorien bl.a. på antagelsen om, at en økonomisk agent er opportunistisk, hvilket betyder at agenten søger at gavne sine egne interesser.⁹⁴ Bekymringen for, at der skal opstå opportunistisk adfærd fra en kontraktpart, kan være særdeles stor, i situationer, hvor parterne ikke har mulighed for at forudsige alle fremtidige omstændigheder der kan forekomme, samtidig med, at parterne hver især har privat information, som kan være af betydning for forholdet. Parterne kan derfor have behov for, at foretage transaktionsspecifikke sikkerhedsforanstaltninger, ved at kontrollere kontrakten ned til mindste detalje, for at undgå risikoen for udnyttelse. Dette skaber mange transaktionsomkostninger, som kan være overflødige og vise sig unødvendige og uprofitable for kontraktforholdet.

Når kontraherende parter vælger at anvende en hardship-klausul vælger de også at indgå et samarbejde som i sig selv er af en relationsbevarende karakter på baggrund af den genforhandlingspligt som en hardship-klausul indebærer. Parterne er ligeledes forpligtede til at kommunikere for at kunne bevare relationen, hvorfor dette er med til at eliminere en del af den opportunistiske adfærd, som der er risiko for at der kan opstå imellem parterne. Ved at parterne kommunikerer ex post, vil parterne opnå bedre relationer til hinanden.⁹⁵ Parterne fastholder derved hinanden i et relationsbevarende forhold, hvilket fremmer den indbyrdes tillid, og på lang sigt kan skabe en værdi, der overgår transaktionsomkostningerne ved ex post kommunikation.

⁹⁴ Williamson (1993, s. 458)

⁹⁵ Østergaard (2016, s. 440)

Efter dansk ret er parterne ligeledes underlagt en pligt til at agere loyalt og tage rimeligt hensyn til hinandens interesser.⁹⁶ Dette gælder både på forhandlingsstadiet og hele vejen igennem kontraktforløbet. Hvis parterne anvender en hardship-klausul, hvorefter en efterfølgende omstændighed opstår, der ændrer væsentligt på kontraktforholdet, vil parterne i første omgang skulle genforhandle kontrakten. Denne genforhandling skal ske med ovenstående loyalitetskrav i mente. Hvis parterne stadig ikke kan blive enige, ender tvisten formentlig ved en domstol, som ser på hvad parternes intention var med klausulen. I Danmark, er der derfor ikke stor fare for, at parterne misbruger hinandens tillid, uden at de kommer til at ”bøde” for det, på baggrund af loyalitetskravet. Desuden har en bebyrdet part muligheden for at påberåbe sig aftaleloven § 36, hvis parten mener der foreligger urimelighed, hvorefter en domstol helt eller delvist kan tilsidesætte aftalen eller aftalebestemmelsen. Behøvet for transaktionsspecifikke sikkerhedsforanstaltninger som kan forhindre opportunistisk adfærd, vil derfor alt andet lige være af forholdsvis lav karakter i Danmark.

4.3.2 Parternes incitament

Valget af ressourceallokering afhænger af de incitamenter parterne har for at opnå en efficient kontrakt samt information om forhold, der skal tages i betragtning, såfremt sagen skal for retten.⁹⁷ Fra et økonomisk synspunkt er domstolen indifferent omkring, hvorvidt parterne benytter ressourcer i kontraheringsfasen. Det er dermed kun parterne, der har et incitament til at bruge ressourcer i denne fase. De kontraherende parter, har et incitament til at opnå en efficient kontrakt, hvorfor parterne ved kontraktindgåelsen har hvad Scott & Triantis kalder ”*superior incentives*” overfor domstolen.⁹⁸ Blot fordi det udelukkende er parterne der har incitament til at bruge ressourcer i kontraheringsfasen, er det ikke altid givet, at det nødvendigvis er i denne fase, at ressourcerne skal allokeres. Det afhænger i høj grad af karakteren af forhold tidligere beskrevet i opgaven, samt i hvilket omfang parterne besidder privat information, som ikke er tilgængelig for en domstol.

Generelt gælder, at hvor parterne besidder en vis mængde privat information, om forhold, som kan antages at falde ind under en given hardship-klausul, taler dette for, at parterne specificerer deres kontrakt i den forstand de kan, i forhold til den information de har til rådighed. Denne information besidder domstolen ikke og har heller ikke adgang til, hvorfor det kan være svært for kontraherende

⁹⁶ Andersen & Madsen (2017, s. 423)

⁹⁷ Scott & Triantis (2006, s. 841)

⁹⁸ Scott & Triantis (2006, s. 842)

parter at få dømt en given tvist korrekt, i tilfælde af, at denne information ikke er anvendt i kontrakten.

Heroverfor står domstolen som til gengæld har fordel af, at den kan vurdere forholdet ex post og på denne måde fokusere på den efterfølgende omstændighed, som har materialiseret sig.⁹⁹ Af ovenstående kan udledes, at forhold, som der er usikkerhed om i kontraheringsfasen, og hvor parterne ikke har særlig meget, eller slet ingen, privat information om og hvorom der er en risiko for ændringer ex post, bør defineres vagt. Det formodes, at domstolen har ligeså god mulighed, hvis ikke bedre, for at tage hånd om disse forhold, da domstolen i bagklogskabens lys, har bedre mulighed for at vurdere den efterfølgende uventede omstændighed. Her bør parterne, ifølge Scott & Triantis, overlade det til en domstol, at foretage aftalesupplering. Modsætningsvist, så bør forhold hvorved parterne har en stor mængde privat information, herunder branchespecifikke faktorer, som ikke forventes at være strengt påvirkelige af udefrakommende begivenheder, konciperes tydeligt i kontrakten.

4.3.2.1 "Possible future states of the world"

Som det belyses ovenfor, kan det være en stor opgave, at specificere alle relevante facetter af en given kontraktbestemmelse, og en endnu større opgave ex ante at vurdere, hvilke omstændigheder der kan antages at have betydning for kontraktforholdet, da disse kan variere fra dag til dag. Scott & Triantis benævner disse forhold som "*possible future states of the world*".¹⁰⁰ De anfører, at usikkerhederne ved at skulle forholde sig til omstændigheder som varierer fra dag til dag, hvorefter nogle forhold kan være vigtige den ene dag og andre den næste dag, skaber et incitament til at videredelegere denne opgave til fortolkning hos en domstol, og efterlade klausulen vag. Det samme gør sig i høj grad gældende ved en hardship-klausul, hvor der kan være omstændigheder den ene dag, som kan føre til hardship, men som overhovedet ikke er af betydning den næste dag. Usikkerheden ved ikke at vide, hvilke forhold der kan antages at have betydning for kontraktforholdet, taler for, at efterlade hardship-klausulen som en vag bestemmelse. Der er dog ved en hardship-klausul et ekstra led inden en evt. sag anlægges ved domstolen, på baggrund af genforhandlingspligten. De usikre forhold kan parterne vente med at tage stilling til, til de opstår på baggrund af pligten til at genforhandle, hvilket blot

⁹⁹ Scott & Triantis (2006, s. 842)

¹⁰⁰ Scott & Triantis (2006, s. 846)

forstærker argumentationen om, at efterlade klausulen vag ex ante. Genforhandlingspligten bliver behandlet yderligere straks nedenfor.

4.3.3 Genforhandlingspligt

Scott & Triantis, tager ikke højde for situationer, hvor kontraherende parter har mulighed for at genforhandle en kontrakt. I tilfælde af, at parterne har mulighed for at genforhandle, hvis en bebyrdende efterfølgende omstændighed har materialiseret sig, vil der formentlig på baggrund af hvad Scott & Triantis har anført, gælde det samme, men hvor parterne er ”det andet led”, og dem som kan se tilbage i bagklogskabens lys og genforhandle kontrakten, så denne står mere skarpt på baggrund af den efterfølgende omstændighed.

Når der i kontrakten er indsat en pligt til at genforhandle, kan parterne undgå verifikationsomkostninger i kontraheringsfasen, da de på derved kan udskyde uforudsete omstændigheder til disse materialiserer sig. Parterne kan finde det meget fordelagtigt at indsætte en genforhandlingspligt i deres kontrakt, da de ikke behøver at bruge ressourcer ex ante, på at forholde sig til en problemstilling, som måske slet ikke opstår. I tilfælde af, at der opstår et problem som de ikke har taget stilling til, vil dette i stedet blive løst når det opstår, hvorefter parterne har pligt til at genforhandle kontrakten.

Genforhandlingspligten er, som nævnt tidligere, én af de karakteristika der kendetegner en hardship-klausul, da parterne har pligt til at genforhandle i tilfælde af, at hardship er indtrådt.¹⁰¹ Genforhandlingspligten er et hjælpemiddel for parterne til at få genoprettet kontraktbalancen og giver dem mulighed for, at ændre på kontraktvilkår, efter hardship er indtrådt. Det er derfor en såkaldt kontraktjusteringsmekanisme, som parterne kan anvende, når der opstår efterfølgende bebyrdende forhold.

Der vil dog opstå et problem i det tilfælde, hvor parterne ikke kan blive enige om fortolkningen af hardship-klausulen og indholdet af denne, og ikke ved hjælp af genforhandling kan blive enige om nye forhold. I dette tilfælde er parterne formentlig nødt til, at få sagen afgjort ved en domstol¹⁰², som

¹⁰¹ Det bemærkes dog, at det ikke nødvendigvis er alle hardship-klausuler der indeholder en pligt til genforhandling.

¹⁰² Eller bringe kontrakten til ophør, men dette behandles ikke yderligere i afhandlingen.

herefter må foretage en fortolkning og evt. udfyldning af parternes aftale. Det bliver på denne måde domstolens opgave, at verificere en evt. vag udfyldning af en hardship-klausul, hvilket sparer parterne for transaktionsomkostninger ex ante, men i stedet pålægger dem en del transaktionsomkostninger i forbindelse med genforhandlingen¹⁰³ samt når de skal anlægge sagen for domstolen.¹⁰⁴

I det tilfælde, hvor det bliver domstolens opgave at fortolke og udfylde aftalen, vil der forekomme usikkerhed, i form af, at parterne ikke ved hvordan domstolen vil afgøre sagen. Der kan derfor argumenteres for, at parterne på forhånd vil være nødt til at tage stilling til hvilke forventninger de har til en tvist om en kontraheret hardship-klausul, for at vurdere hvorvidt de bør lade det være op til en domstol at tage stilling til det pågældende forhold.

4.3.4 Parternes forventning til retssystemet

Når kontraherende parter konciperer en kontraktbestemmelse, kan dette ske ud fra en forventning om, at domstolen dømmer på en bestemt måde, hvis der opstår en tvist om den givne bestemmelse. Parterne kan derved have en vis forventning til retssystemet og dennes måde at håndtere lignende sager, hvorfor de i kontraheringsfasen tager højde for dette. Realiteten er dog ifølge Hadfield, at domstolen kun har en begrænset viden inden for et givent område, hvorfor der kan ske fejl vedr. et efficient udfald. Hun mener derfor, at det vigtige spørgsmål at stille i et retsøkonomisk lys er hvad det passende svar vil være i forhold til kontraktuel ufuldstændighed, når en domstol har begrænset kompetence.¹⁰⁵

Verifikationsomkostninger bliver i teorien identificeret som en afgørende forhindring for, at en kontrakt bliver konciperet, så den anses for at være komplet. Parter kan dermed ikke betinge bestemmelser i deres kontrakt på faktorer, som ikke kan verificeres af en domstol.¹⁰⁶ Dette skaber et problem for hardship-klausuler, som netop omhandler efterfølgende omstændigheder der er uforudsete, og hvor det kan være svært for domstolen at vurdere parternes hensigt med klausulen. En hardship-klausul er i natur ufuldstændig, og er baseret på forhold, der kan være uverificerbare for domstolen, hvorfor det kan være svært for domstolen at nå frem til et rimeligt resultat. Hadfield

¹⁰³ I form af kontraktjusteringsomkostninger og kommunikationsomkostninger.

¹⁰⁴ Eide & Stavang (2009, s. 133)

¹⁰⁵ Hadfield (1994, s. 162)

¹⁰⁶ Kvaløy & Olsen (2009, s. 2196)

mener dog, at det ligeså meget er domstolens begrænsede kompetence der står i vejen for, hvorvidt det er muligt at verificere en potentiel variabel. Hun mener, at verificerbarheden er mere eller mindre begrænset, fordi en given domstol laver fejl i at observere en kontraktvariabel eller oversætte en observation til en konklusion, som er efficient for parterne.¹⁰⁷ Det vil derfor være baseret på hvor kompetent domstolen er, og ikke hvorvidt domstolen er i stand til at verificere en bestemt faktor.

Denne tankegang er i tråd med Scott & Triantis, som er af den overbevisning, at tre vigtige forhold bliver overset af teoretikere, når en kontrakt bliver håndhævet af en domstol. De anfører, at:

- 1) Parterne, som har en egeninteresse i sagens udfald, bringer selv information til domstolen i form af beviser, som kræver ressourcer for parterne at fremskaffe,
- 2) domstolen kommer frem til sin afgørelse på baggrund af en relativ, fremfor en absolut vurdering af de fakta der foreligger (i Danmark – bevisstyrkekravet¹⁰⁸) og
- 3) parterne har en vis indflydelse over hvilken kurs en fremtidig retssag skal tage, enten ved deres indgåede kontrakt eller gennem senere aftale.¹⁰⁹

Scott & Triantis mener på denne baggrund, at verificerbarheden af en kontraktbetingelse er kontekstspecifik og endogen. I relation til hardship-klausuler kan det derfor antages, at det ikke så meget handler om hvorvidt domstolen kan vurdere, om den efterfølgende uventede omstændighed kan verificeres eller ej, men mere om hvilken interesse og indsats parterne lægger i at bevise den efterfølgende omstændighed, samt hvilken bedømmelse domstolen pålægger beviserne, som parterne har fremlagt. Parter, som har indsat en hardship-klausul, vil i de fleste tilfælde, være interesseret i at bevare relationen, evt. på grund af aktivspecifikke investeringer, andre økonomiske forhold, omdømme el.lign., hvorfor det formentlig afhænger af den kompetence, som domstolen besidder. Der kan derfor argumenteres for, at hvis domstolen ikke har den nødvendige kompetence til at vurdere ovenstående forhold, så vil domstolen ikke nå frem til det mest efficiente udfald.

Zhang & Zhu beskriver, hvorledes verifikationsproblemer i en eventuel konfliktsituation ikke behøver at være til hinder for, at man kan indgå en optimal kontrakt.¹¹⁰ Dette gøres under en

¹⁰⁷ Hadfield (1994, s. 162)

¹⁰⁸ Ved civile sager kræves der sandsynlighedsovervægt, hvilket må være mere end 50% bevisstyrke, jf. Lindenkrone & Werlauff (2017, s. 303)

¹⁰⁹ Scott & Triantis (2006, s. 825f.)

¹¹⁰ Zhang & Zhu (2000)

forudsætning om, at så længe de kontraherende parter er vidende om den andens parts forventninger til, hvordan udfaldet af en evt. afgørelse ender ud, er der ikke nogen grund til at bruge unødige ressourcer på at kontrahere en detaljeret kontraktbestemmelse.¹¹¹ Denne påstand bliver dog mere plausibel, jo mere viden og erfaring dommeren har inden for det respektive område. Det er derfor af afgørende betydning, hvilken domstol, den eventuelle tvist føres ved. I Danmark er hovedreglen, at alle sager anlægges ved byretten som 1. Instans, medmindre de falder ind under Sø – og Handelsrettens område, eller der henvises hertil.¹¹² I byretterne er der normalt kun én dommer, som ikke har fagkyndig viden inden for det eksplicitte område, men i de tilfælde, hvor det anses at have betydning for afgørelsen af en sag, kan to sagkyndige retsmedlemmer dog bistå byretten, jf. retsplejeloven § 20. I Sø – og Handelsretten, hvor sager mellem erhvervsdrivende der har international karakter altid anlægges og sager der anses for at være principielle sager, hvor kendskab til erhvervsforhold har betydning, vil der altid være sagkyndige der har viden og erfaring inden for et område.¹¹³

Zhang & Zhu nævner, at en dommer med meget viden og erfaring inden for et specifikt område, hurtigere og med mindre information kan komme frem til en korrekt afgørelse. De er samtidig mindre tilbøjelige til at afgøre en tvist på en måde, som ikke er i tråd med parternes fælles forventninger, end en dommer, der ikke har viden og erfaring inden for det pågældende felt.¹¹⁴

I relation til hardship-klausuler, hvor verifikationsproblematikken er genstand for debat, er det usikkert hvorvidt domstolen kan verificere den givne hardship-situation eller ej. I tråd med ovenstående, bør dette dog ikke være et ressourcekrævende fokus, så længe parternes forventninger til en evt. afgørelse er kendt. I praksis kan det dog være usikkert, hvorvidt parterne er bekendt med hinandens forventninger til domstolen, da der i tilfælde af asymmetrisk information mellem parterne, altid vil foreligge information, som den anden part ikke er kendt med, og som vil have indvirkning på kontraktforholdet og derfor forventningerne. Ved hardship-klausuler spiller kommunikationsomkostningerne en væsentlig rolle, da ideen er, at man fællesoptimerer ved brug af en hardship-klausul, fremfor at egenoptimere. Det må derfor antages, at parterne vil kommunikere i

¹¹¹ Zhang & Zhu (2000, s. 285)

¹¹² Lindenkrone & Werlauff (2017, s. 17)

¹¹³ Lindenkrone & Werlauff (2017, s. 20)

¹¹⁴ Zhang & Zhu (2000, s. 286)

tilfælde af, at en efterfølgende omstændighed har materialiseret sig, hvorfor parterne også vil kommunikere om hvilke forventninger de har i tilfælde af, de ikke kan blive enige. Denne kommunikation kan formentlig eliminere en del af den asymmetriske information, der er til stede, men da der altid vil være privat information, taler dette for, at parterne er opmærksomme på privat information ved konciperingen af klausulen.

4.3.4.1 Domstolens håndtering af sager

Af ovenstående fremgik det, at verifikationsproblematikken ikke behøver at være genstand for debat, så længe parterne har afklaret forventningerne til hinanden. Det vil dog hjælpe, at domstolen besidder en vis viden og erfaring, da domstolen derved er bedre i stand til at afgøre tvisten i tråd med parternes fælles vilje. Men i hvilken grad er domstolen egentlig i stand til at fortolke og udfylde en hardship-klausul præcist og efter parternes hensigt med kontrakten? Domstolen besidder i realiteten kun en begrænset kompetence til at vurdere en sag, og vil være begrænset i sin viden og information. Der vil derfor ikke kunne undgås fejl angående udfaldet af en afgørelse. Hadfield udtrykker dette forholdsvist præcist ved at spørge: *"What is the appropriate response of a limitedly competent court to contractual incompleteness?"*.¹¹⁵

Hadfield nævner, at en domstol ikke kan vælge hvorvidt fejl skal opstå, men at fejlene er et produkt af domstolens måde at håndtere afgørelser, hvorfor der kan rettes op på sandsynligheden for at lave fejl, ved at rette op på måden hvorpå domstolen håndterer afgørelser.¹¹⁶ En måde hvorpå en domstol håndterer afgørelser, er den måde hvorpå en domstol fortolker og udfylder en aftale. Hadfield benævner dette som et valg mellem *"standards and bright line rules"*.¹¹⁷ I dansk ret dækker fortolkning som regel dækker over aftalens indhold eller betydning og selve udlægningen af dette, hvorimod udfyldning indebærer, en generel, regelorienteret, retlig vurdering af det anlagte forhold.¹¹⁸ Man kan derved sige, at *fortolkning* er en slags *"standard"* i det nævnte eksempel, da fortolkning er et udtryk for at finde parternes hensigt med aftalen, hvorimod *udfyldning* er *"bright line rules"*, idet der er tale om, at lovgiver kan anvende lovgivningens deklaratoriske regler som udfyldning i de tilfælde, hvor parterne ikke har indgået aftale om et bestemt punkt.

¹¹⁵ Hadfield (1994, s. 162)

¹¹⁶ Hadfield (1994, s. 175)

¹¹⁷ Hadfield (1994, s. 175)

¹¹⁸ Andersen & Madsen (2017, s. 352f.)

Hadfield anfører, at der kan ske fejl ved fortolkningen af ”standards”, hvis domstolen ikke besidder nok kompetence.¹¹⁹ Som det nævnes i afsnit 2.4, bliver hardship-klausuler kritiseret for, ikke at være egnet til at involvere en dømmende ret i aftaledannelsen, på grund af risikoen for at komme frem til det forkerte forhandlingsresultat. Der bliver derfor tvivlet på, at domstolen har nok kompetence til at fortolke hensigten med klausulen. Domstole med mindre kompetence bør derfor ifølge Hadfield bero sig på ”bright line rules”, som ikke kræver det samme skøn. Dette taler derfor imod, at parter efterlader deres klausul vag, da det er sværere for en domstol at fortolke på en ”standard”, end det er at anvende ”bright line rules”.

4.3.4.2 Kontrahering af kontrakten på baggrund af gældende ret

Det kan antages, at parterne vælger at undlade at udforme en bestemmelse specifikt, da det er muligt at påberåbe sig forskellige præceptive foranstaltninger ex post, som er fastlagt ved lov, i tilfælde af, at der opstår en tvist. I dansk ret, er det ikke ualmindeligt, at en bebyrdet part påberåber sig urimelighed, jf. aftaleloven. § 36. Der er også anført flere eksempler på dette i det juridiske afsnit, hvor parter har fundet, at de efterfølgende omstændigheder, har ført til et urimeligt resultat og herefter påberåbt sig aftaleloven § 36.¹²⁰ I de fleste hardship-klausuler er der dog indføjet en pligt til at genforhandle, hvorefter det først herefter vil være muligt for parterne at indbringe sagen for domstolen. Men det er ikke utænkeligt, at parter i tilfælde af tvivl eller hvor parter mener, der foreligger urimelighed, at de desuagtet genforhandlingspligten vælger at indbringe sagen for domstolen. Det vil dog være en risikoafvejning for parterne, hvorvidt de fravælger at specificere en hardship-klausul nærmere ex ante, for i stedet at påberåbe sig aftaleloven § 36 eller andre foranstaltninger ex post, da det langt fra er sikkert, at domstolen finder det godtgjort, at betingelserne efter aftaleloven § 36 el.lign. er opfyldt. Der er også flere usikkerheder forbundet med at påberåbe sig udfyldningsregler efter dansk lov, da kontraherende parter ikke kan vide sig sikker på i hvilken forstand en domstol vil dømme. Dette er diskuteret i videre omfang i det juridiske kapitel.

¹¹⁹ Hadfield (1994, s. 182)

¹²⁰ Se fx U.2002.1224H og U.2003.23H

4.3.4.3 Parternes forventning til retssystemet på baggrund af tidligere dømte sager

Når en domstol afgør en dom på baggrund af efterfølgende omstændigheder, er der en del forhold som domstolen tager hensyn til i sin afgørelse. Dette giver også de parter der skal kontrahere en hardship-klausul, en vis forventning om hvordan de bedst muligt konciperer deres bestemmelse, så de ikke ender i retten. På denne måde, kan de gardere sig mod forhold, som domstolen tidligere har baseret deres afgørelser på, men samtidig ikke behøve at kontrahere alt, da de på baggrund af præcedens der er blevet skabt i tidligere sager, kan vurdere om dette er noget der er taget stilling til af domstolene før. Det antages, at parter der har forventningsafstemt i forhold til et evt. udfald af en fremtidig dom, kan tage højde for tidligere præjudicielle afgørelser ved kontraheringen af deres hardship-klausul. Parterne kan derefter kontrahere hardship-klausulen ud fra den overbevisning, at når der foreligger tidligere afgjorte sager på området, så er der ikke behov for at bruge særlige ressourcer på at specificere kontraktbestemmelsen.

Parterne er dog nødt til at tage højde for, at domstolen kan have taget fejl og ikke ved lignende tidligere sager er kommet frem til den rigtige afgørelse. Det tyder dog på, at jo mere kompetent domstolen er, jo mindre sandsynlighed er der for dette. I Danmark vil der dog nok alligevel være et incitament til at bruge ressourcer på at specificere en hardship-klausul, hvis man alene ser på fortilfælde. I og med, at retspraksis inden for hardship-klausuler er ikkeeksisterende, er det risikabelt for parterne at forlade sig på dette, men da der er fælles anvendelsesområder med de obligations – samt aftaleretlige retsfigurer, som er nævnt nedenfor i det juridiske afsnit, er det ikke utænkeligt, at kontraherende parter kan bruge dette som inspirationsgrundlag, når de skal koncipere en hardship-klausul.

4.4 Delkonklusion

Ved brug af en hardship-klausul i en given kontrakt, antages det at kontraherende parter har erkendt, at de er begrænsede rationelle, og derfor ikke kan forudse alle fremtidige omstændigheder der kan opstå. Det er derfor heller ikke muligt for dem at koncipere en fuldstændig kontrakt, hvorfor en hardship-klausul kan spare dem for transaktionsomkostninger på kontraktindgåelsestidspunktet på baggrund af pligten til at genforhandle. Parterne har derved mulighed for at justere kontrakten i tilfælde af, at en bebyrdende efterfølgende omstændighed materialiserer sig, hvorefter parterne skal afholde transaktionsomkostninger på at kontraktjustere. Disse kontraktjusteringsomkostninger opstår kun i tilfælde af, at en efterfølgende omstændighed materialiserer sig. Det kan derfor betale

sig for kontraherende parter at efterlade deres hardship-klausul vag i de tilfælde hvor omkostningerne ved at specificere overgår omkostningerne ved at genforhandle. Samlet set, er den økonomiske efficiente kontrakt, den kontrakt, der minimerer ex ante tegnings – og forhandlingsomkostninger, under hensynstagen til eventuelle ex post transaktionsomkostninger. I tilfælde hvor parterne besidder privat information, som ikke er tilgængelig for andre end dem selv, taler det for at specificere hardship-klausulen. Dette er både på grund af risikoen for opportunistisk adfærd, men også på baggrund af, at domstolen ikke har mulighed for at verificere det givne forhold. En hardship-klausul mindsker risikoen for opportunistisk adfærd i den forstand, at genforhandlingspligten indebærer at parterne forudsætningsvist er nødt til at kommunikere med hinanden. Denne kommunikationsforpligtelse øger ligeledes parternes tillid til hinanden og er med til, at sørge for, at en hardship-klausul overordnet kan forblive vag. Uanset hvor meget parterne dog stoler på hinanden, kan den vage karakter af en hardship-klausul dog forårsage, at der opstår tvivl om, hvorvidt en materialiseret efterfølgende omstændighed skal betragtes som en del af hardship-klausulens anvendelsesområde. For at parterne kan lade deres hardship-klausul forblive vag, og for at undgå tvivl bør parterne foretage en forventningsafstemning i forhold til en evt. retssag. De bør herefter koncipere deres klausul ud fra, hvordan domstolen har dømt i tidligere sager. Dette kræver dog, at parterne kan være sikker på, at domstolen kan verificere parternes hensigt med hardship-klausulen. Parterne bør derfor være opmærksomme på hvor kompetent den givne domstol er, da det kommer an på domstolens kompetence om domstolen er i stand til at verificere parternes hensigt. Når en domstol er i stand til at verificere, kan parterne også have en forventning om, at de kan efterlade deres hardship-klausul vag, da der ikke vil opstå usikkerhed om, hvorvidt domstolen formår at fortolke klausulen ud fra parternes fælles hensigt. Parterne kan derved undgå at afholde uforholdsmæssigt store transaktionsomkostninger ex ante, da de kan forlade det på forhold ex post. Men som nævnt, kan kontraherende parter, der anvender en hardship-klausul i Danmark ikke forlade sig helt og holdent på deres forventninger til en kompetent domstol, da hardship-klausuler ikke er udbredt i den danske kontraktret. Dette fører til, at parterne i videst muligt omfang bør vide hvilken retsstilling de har i forhold til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder i dansk ret, og hvorvidt hardship-klausuler kan anvendes som et alternativ hertil. Dette følger nedenfor.

Kapitel 5 – Anvendelse af hardship-klausuler i et juridisk perspektiv

5.1 Anvendelse af hardship-klausuler i dansk ret

I Danmark har begrebet *Hardship* ingen lovfæstet betydning¹²¹, hvorfor det ikke er muligt at påberåbe sig hardship som en udfyldende retsregel.¹²² Dette er bl.a. på grund af, at vi i Danmark følger det grundlæggende princip, *pacta sunt servanda*, hvorefter aftaler er bindende.¹²³ Princippet er i dansk ret lovfæstet i DL 5-1-1 og 5-1-2¹²⁴, som overordnet indeholder en pligt for parterne til at overholde og opfylde de aftaler, de har indgået. Princippet kommer ligeledes til udtryk i aftaleloven § 1, der anfører, at tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiveren. Der er derfor ikke i dansk ret en generel udfyldningsregel, hvorefter de kontraherende parter har pligt til at genforhandle i tilfælde af en efterfølgende omstændighed. De kontraherende parter må i stedet ved kontraktens indgåelse proaktivt sørge for at indsætte en bestemmelse i kontrakten, som giver dem retten til at genforhandle ved bebyrdende efterfølgende omstændigheder.¹²⁵ Dette er bl.a. muligt, da det følger af princippet om kontraktfrihed, hvorefter de kontraherende parter selv kan aftale, om kontrakten skal indeholde en bestemmelse, der indebærer genforhandling i situationer, der kan karakteriseres som hardship. Hvis de kontraherende parter ikke har indgået aftale om genforhandling, og en aftale er blevet væsentlig mere byrdefuld end forventet ved kontraktindgåelsen, er det som udgangspunkt den bebyrdede part selv, der bærer risikoen for dette.¹²⁶ Der er dog alligevel under dansk ret nogle undtagelser til dette, hvorefter den bebyrdede part ikke er forpligtet. Dette er bl.a., hvis den efterfølgende omstændighed kan karakteriseres som force majeure, der foreligger urimelige kontraktvilkår, jf. aftaleloven § 36, hvis læren om bristede forudsætninger under forudsætningslæren kan påberåbes eller hvis domstolen vælger at anvende retsfiguren om hvem der er nærmest til at bære risikoen. Vilkårene for at anvende disse bestemmelser er underlagt en del usikkerheder og fortolkningsovervejelser fra domstolens side, hvilket kan tale for at anvende en hardship-klausul. Denne usikkerhed kan veje tungt, ved vurderingen af, om kontraherende parter i et længevarende kontraktforhold, skal vælge at anvende en hardship-klausul, da der ofte er flere ting på spil, end blot det økonomiske incitament til at indgå kontrakten. Det er derfor relevant at vurdere hvorvidt en

¹²¹ Andersen & Lookofsky (2015, s. 196)

¹²² Østergaard (2016, s. 441)

¹²³ Østergaard (2005, s. 216)

¹²⁴ Kong Christian Den Femtis Danske Lov, Lov nr. 11000 af 15/4/1683

¹²⁵ Østergaard (2005, s. 216)

¹²⁶ Østergaard (2005, s. 216)

hardship-klausul kan anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder.

5.2 Domstolens fortolkning

Kontraktfortolkning skal i juridisk forstand forstås som *”ved tolkning af kontraktdokumenter og erklæringer m.m. at fastlægge indholdet af kontrakten (aftalen) i det omfang, dette er muligt ud fra parternes kontraktdokumenter, erklæringer m.m.”*.¹²⁷ Som det implicit fremgår, skal der ske en fortolkning i tvivlstilfælde, og en udfyldning på baggrund af almindelige retsregler, hvis der opstår ”tomrum” i kontrakten eller kontraktbestemmelsen, som parterne ikke har taget stilling til.¹²⁸ Ved fortolkning og udfyldning af en aftale, tillægger domstolen baggrundsretten betydelig vægt, da denne kan anvendes hvor der opstår usikkerhed ved aftalen, eller aftalen ikke indeholder den specifikke påberåbelse.¹²⁹ Når en domstol skal afklare, hvorvidt der foreligger hardship i en given situation, har domstolen til opgave at fortolke aftalens retlige betydning, samt udfylde denne inden for rammerne af de ufravigelige retsregler der er på området, for så vidt dette ikke fremgår af aftalen, og ikke er opfyldt i forvejen.¹³⁰

Domstolene har i Danmark mulighed for at foretage aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder, hvorved den bebyrdede kontrahent helt eller delvist kan blive frigjort fra sine forpligtelser ved at påberåbe sig force majeure, ugyldighedsreglerne i Aftalelovens kapitel 3¹³¹, forudsætningslæren, koncipistreglen samt reglen om hvem der er nærmest til at bære risikoen. Fokuspunktet for nærværende afhandling er de tilfælde, hvor baggrundsretten og hardship-klausulen forsøger at regulere samme område, hvorfor det undersøges, hvorledes en hardship-klausul kan anvendes som et alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder. I nedenstående analyse er det derfor hardship-klausulens forhold til force majeure, aftaleloven § 36, forudsætningslæren samt retsfiguren om, hvem der er nærmest til at bære risikoen, som er omdrejningspunktet.

¹²⁷ Gomard, Pedersen & Ørgaard (2015, s. 228)

¹²⁸ Gomard, Pedersen & Ørgaard (2015, s. 228)

¹²⁹ Andersen: Grundlæggende (2013, s. 320)

¹³⁰ Andersen & Madsen (2017, s. 352)

¹³¹ Her vil kun aftaleloven § 36 være relevant i nærværende sammenhæng.

5.3 Force Majeure

5.3.1 Force majeure-begrebet

Begrebet *force majeure* dækker overordnet set over en tilstand, hvor udefrakommende omstændigheder medvirker til at opfyldelsen af en forpligtelse hindres, og hvor almindelige forsvarlige forholdsregler ikke hjælper på at sikre opfyldelse.¹³² En part er selvsagt ikke forpligtet til at gøre det umulige, hvilket følger det grundlæggende retsprincip om "*Impossibilia nulla est obligatio*". Hvad der skal forbindes med begrebet "*umulighed*" eller hvad der sidestilles hermed, har i den juridiske litteratur været meget omdiskuteret, og beror på en konkret vurdering i det givne tilfælde.

5.3.2 Force majeure-begrebet i købeloven § 24

I dansk ret ses force majeure som en almindelig udfyldningsregel der fremgår af købeloven § 24, og som kan anvendes, hvis ikke andet er aftalt mellem parterne. Bestemmelsen forpligter en genussælger til at svare skadeserstatning, uanset om en evt. forsinkelse kan tilregnes ham eller ej. Den misligholdende sælger kan kun undtagelsesvist slippe for at skulle svare erstatning. Dette er navnlig i tilfælde, hvor sælgeren kan bevise, at:

"... muligheden af at opfylde aftalen må anses for udelukket ved omstændigheder, der ikke er af sådan beskaffenhed, at sælgeren ved køkets afslutning burde have taget dem i betragtning, såsom ved hændelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, ved krig, indførselsforbud eller lignende", jf. Købeloven § 24.

Bestemmelsen kan påberåbes inden for alle kontrakttyper uanset om kontrahenterne har taget stilling hertil eller ej.¹³³

Selvom force majeure-begrebet kan være ganske vidtrækkende, så er købelovens § 24 som nævnt en udfyldningsregel, som forholder sig til nogle oplistede (dog ikke udtømmende) eksempler på omstændigheder. Førend, at disse omstændigheder kan blive ansvarsfritagende for sælger, skal sælger bevise, at det ikke længere er muligt at opfylde den lovede forpligtelse, samt at dette skyldes uforudsigelige omstændigheder af ekstraordinær karakter.¹³⁴ Der er ved de danske domstole, en vis

¹³² Andersen (2015, s. 418)

¹³³ Østergaard (2005, s. 219)

¹³⁴ Lookofsky & Ulfbeck (2015, s. 181)

tilbageholdenhed med at anse andre omstændigheder end de oplyste der fremgår af købeloven § 24, som værende af ”*lignende*” karakter.¹³⁵

En omstændighed, som i meget sjældne tilfælde kan falde ind under ”*lignende*” i købeloven § 24, er *økonomisk force majeure*. Dette kendetegnes ved at opfyldelse kan ske ved anvendelse af tilstrækkelige pengemidler, men at denne opofrelse kan være så høj, at det ingenlunde er fornuftigt eller rimeligt at opfyldelse sker på denne baggrund. Der skal dog rigtig meget til, førend en part kan påberåbe økonomisk force majeure, da den økonomiske offergrænse er meget høj.¹³⁶ I nordiske domme ses ikke eksempler på domme, hvor man ansvarsfrit har fritaget sælger for leveringspligten alene med den begrundelse, at opfyldelse pålægger sælger en så høj økonomisk byrde, at det anses for urimeligt at opfylde.¹³⁷ Det samme gør sig gældende for køber, i tilfælde hvor fx markedsprisen er faldet drastisk, og dette resulterer i, at køber lider et betydeligt tab.¹³⁸

Der kan argumenteres for, at grænserne for det køberetlige force majeure-begreb, i en vis udstrækning er forældede i forhold til, hvordan samfundet og teknologien har udviklet sig. Kriteriet om, at der skal være en form for artsumulighed¹³⁹ førend en genussælger kan anses for ansvarsfritaget, jf. Købeloven § 24, er ganske svær, hvis ikke umulig, at falde ind under, når der er tale om tjenesteydelser. Der vil ved tjenesteydelser aldrig være tale om decideret artsumulighed, hvorfor det kan være stort set umuligt for en bebyrdet part, at påberåbe sig købeloven § 24, når det vedrører tjenesteydelser. Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen, nævner i forhold til vedvarende kontrakter, som ikke angår almindelige handelsvarer¹⁴⁰, at der kan være en ”*anledning til at anlægge en lempeligere bedømmelse af sælgerens forpligtelser*”.¹⁴¹ De er derfor inde på, at der skal anlægges et blødere bedømmelsesgrundlag når det angår tjenesteydelser. Ved tjenesteydelser må det antages, at der kan være tale om midlertidig umulighed. Midlertidig umulighed suspenderer i almindelighed kun sælgers opfyldelsespligt, uden at han kan pådrages erstatningsansvar.¹⁴² Midlertidig umulighed, kan være at

¹³⁵ Lookofsky & Ulfbeck (2015, s. 183)

¹³⁶ Andersen & Lookofsky (2015, s. 253)

¹³⁷ Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 410)

¹³⁸ Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 417)

¹³⁹ Ifølge Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 384) kan ”*relativ artsumulighed*” også være en tilstrækkelig hindring.

¹⁴⁰ De henviser til begrebet ”*forsyningskontrakter*”, se Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 418)

¹⁴¹ Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 418f.)

¹⁴² Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 429)

sammenligne med forbigående force majeure, som i praksis kan være svært at påberåbe sig under købeloven § 24. Et eksempel på dette er fx askeskyen fra den islandske vulkan Eyjafjallajökul som i 2010 lammede al flytrafik i store dele af Europa, herunder Københavns lufthavn. Flyselskaber og butiksindehavere stod overfor en ekstraordinær situation, hvor der var en meget stor økonomisk byrde at bære. Omstændigheden må i høj grad antages at have karakter af midlertidig force majeure, men det fremgår ikke af retspraksis, at der efterfølgende er blevet anlagt sager, hvoraf der er blevet påberåbt force majeure på baggrund af omstændigheden. Dette kan selvsagt være fordi, der ikke var grund til det, men det virker også plausibelt, at det er grundet i, at der ikke har været mulighed for at påberåbe sig det efter købeloven § 24.

Retsvirkningen ved force majeure er positiv opfyldelsesinteresse, hvorefter sælger er pligtig til at svare dette, hvis der ikke foreligger en uforudset ekstraordinær omstændighed der gør det ”umuligt” at levere, og kan karakteriseres som én af de omstændigheder der oplistes i købeloven § 24 eller ”lignende”. Der er altså tale om et udgangspunkt hvor genussælgeren bærer et betinget objektivt ansvar¹⁴³, og hvor genussælger kun går fri for ansvar hvis der foreligger et force majeure-tilfælde. I tilfælde af, at der er tale om en force majeure-situation efter købeloven § 24, bliver genussælgeren dog fritaget for erstatning, hvis undtagelsesbetingelserne i købeloven § 24 er opfyldt. Normalt er der ved force majeure-situationer tale om, at kontrakten ophører på baggrund af den ekstraordinære omstændighed, hvorefter genussælger ikke er pligtig til at opfylde kontrakten eller til at svare erstatning. Hvis der foreligger midlertidig umulighed, som det fremgår ovenfor, og sælger ikke er i stand til at levere varen til det aftalte tidspunkt, vil køberen have ret til at hæve købet, da enhver forsinkelse anses for at være væsentlig ved handelskøb jf. købeloven § 21, stk. 3.

5.3.3 Force majeure-klausuler

Kontraherende parter i et aftaleforhold, kan frit vælge at aftale sig ud af købelovens deklaratoriske regler, jf. købeloven § 1, stk. 1. Det står derfor kontraherende parter frit for at aftale en force majeure-klausul, som lempeliggør de retsvirkninger løftemodtager kan gøre gældende mod en løftegiver i tilfælde af væsentligt ændrede omstændigheder.¹⁴⁴ Hvilke retsfakta der skal udløse de pågældende retsvirkninger, beror på aftale mellem parterne, og kan afgrænses på forskellig vis.¹⁴⁵

¹⁴³ Andersen & Lookofsky (2015, s. 252)

¹⁴⁴ Andersen & Lookofsky (2015, s. 425)

¹⁴⁵ Se bl.a. Andersen (2015, s. 422) for en liste over forhold der bør tages i betragtning.

5.3.4 Forholdet mellem force majeure og hardship-klausuler

Begrebet force majeure efter købeloven § 24 adskiller sig fra begrebet hardship i den forstand, at force majeure anvendes om omstændigheder, der går ud over hvad sælger forventede at skulle præstere som led i sin ydelse ("*umulighed*"), og som ikke på forhånd hverken kunne forudses eller afværges. Begrebet hardship omhandler i stedet forhold, der ikke decideret omhandler umulighed, men blot gør pligten væsentlig mere byrdefuld end oprindelig forudsat.

En hardship-byrde kan derfor ikke på samme måde, som hvis der foreligger force majeure, være fysisk umulig at opfylde. Der er ved hardship-situationer en noget lempeligere offergrænse end hvad er tilfældet ved force majeure.¹⁴⁶ Hardship er derudover relateret til intentionen om at opfylde kontrakten, da målet med hardship er, at bevare relationen mellem parterne. Force majeure er derimod, som det fremgår af købeloven § 24, en retsregel genussælger kan påberåbe sig, for at slippe for at svare positiv opfyldelsesinteresse, i tilfælde af, at der foreligger ekstraordinære byrdefulde omstændigheder, der kan kategoriseres som force majeure efter bestemmelsen. Hvad angår force majeure-klausulers retsvirkning vil denne oftest bestå af en fritagelse for en pligt, såsom en opfyldelsespligt eller ansvarsfritagelse ved misligholdelse.¹⁴⁷ Retsvirkningerne ved hhv. force majeure og hardship er derfor vidt forskellige i deres virkemåde. Uanset hvor klar denne opdeling er i teorien, er den dog i praksis ikke så lige til. Mange kontrakter indeholder force majeure klausuler som er bredere end det force majeure begreb der fremgår af købeloven § 24, hvorfor grænsedragningen mellem hardship og force majeure kan være ganske svær.

Denne svære grænsedragningen kan medføre en verificerbarhedsproblematik. Denne bliver nævnt flere steder i den juridiske litteratur, hvor der som udgangspunkt blot bliver nævnt den teoretiske forskel mellem de to. Grænsedragning bliver gransket af Fontaine & de Ly, som anerkender, at selvom forskellen på det teoretiske niveau er ret ligetil, så er det ikke lige så let at distingvere i praksis, da force majeure og hardship ofte håndterer sammenlignelige situationer, men hvor udfaldet er forskelligt.¹⁴⁸ De pointerer, at det især er svært at differentiere i tilfælde, hvor parterne har kontraheret en mere fleksibel force majeure klausul, og ikke helt er klar over hvilke muligheder de har i forhold

¹⁴⁶ Andersen & Lookofsky (2015, s. 197)

¹⁴⁷ Andersen (2015, s. 423)

¹⁴⁸ Fontaine & de Ly (2009, s. 456)

til loven, når de skal kontrahere en god force majeure klausul.¹⁴⁹ Fontaine & de Ly nævner også, at kontrakter kan indeholde begge klausuler og man endda finder, klausuler som kombinerer reguleringsteknikkerne fra hhv. force majeure og hardship.¹⁵⁰ De anfører, at det kan være et problem, at have både en force majeure - samt hardship-klausul i samme kontrakt. For at dette kan fungere, skal de to klausuler være fuldkommen perfekt koordineret, og indholdet af de to klausuler skal være meget præcis. De mener, at man forøger risikoen for misforståelser, hvis man inddrager både force majeure og hardship i samme kontrakt.¹⁵¹

5.3.5 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003

I ICC modelklausul fra 2003 er der forfattet både en force majeure-klausul og en hardship-klausul, hvor det i noterne til hardship-klausulen nævnes, at klausulerne står separate, da force majeure-klausuler bruges meget oftere, hvorfor en samlet klausul evt. ville mindske anvendelsen, samt at de to klausuler opererer inden for forskellige omstændigheder og har forskellige effekter, hvorfor klausulerne også kan anvendes i samme kontrakt.¹⁵²

I både ICC Hardship-klausul 2003 og i købeloven § 24 (og dansk ret i øvrigt) er udgangspunktet ”*pacta sunt servanda*”. Dette fremgår af klausulens paragraf 1, hvorved en kontraktpart er bundet til at præstere sine forpligtelser uanset om omstændigheder har gjort udførelsen mere byrdefuldt end hvad der rimeligt kunne forventes ved aftaleindgåelsestidspunktet. Som nævnt ovenfor, kan den bebyrdede part frigøres fra sine forpligtelser ved efterfølgende omstændigheder efter paragraf 2 i klausulen. Det fremgår ikke af ICC Hardship-klausul 2003 hvilke eksplicitte omstændigheder der er tale om, hvorfor det er op til parterne at udfylde aftalen herom. Da det er en modellov, som ICC anbefaler at inkorporere som den er¹⁵³, kan det dog antages, at det ikke er sikkert, at kontraherende parter udfylder aftalen med hvilke efterfølgende omstændigheder der kan være tale om, hvilket kan efterlade tvivl.

Det overlappende anvendelsesområde mellem hardship og force majeure opstår, hvor en force majeure-klausul er anvendt bredere end hvad der skal forstås ved force majeure-begrebet i købeloven § 24, klausulen ikke er specificeret i aftalen eller slet ikke er eksisterende.

¹⁴⁹ Fontaine & de Ly (2009, s. 443)

¹⁵⁰ Bruserud (2010, s. 22, fodnote 9)

¹⁵¹ Fontaine & de Ly (2009, s. 444f.)

¹⁵² ICC Hardship Clause (2003, s. 16)

¹⁵³ ICC Hardship Clause (2003, s. 15)

Der kan herved opstå tvivlsspørgsmål om, hvorvidt der er indtrådt force majeure og om det er muligt at påberåbe sig dette efter købeloven § 24 strenge offergrænse, eller om det kunne tænkes at være fordelagtigt for parterne at inddrage en hardship-klausul for at undgå, at en efterfølgende omstændighed falder udenfor købeloven § 24 anvendelsesområde.

5.3.6 Retspraksis inden for købeloven § 24

Der findes et stort antal af afgørelser inden for købeloven § 24, hvorved en domstol har fundet, at bestemmelsen ikke fandt anvendelse, da der ikke var tale om en force majeure situation. Det meste af den retspraksis der er på området, er efterhånden fra starten og midten af 1900-tallet, hvilket kan skyldes, at det var en tid, hvor det var sværere at finde alternative løsninger på omstændigheder såsom krig og indførselsforbud.¹⁵⁴ I dag er det nemmere at forudse disse, da den teknologiske udvikling har gjort, at kontraherende parter formentlig vil vide, når der foregår omstændigheder, der kan påvirke deres aftaleforhold. Det kan ligeledes tænkes, at flere og flere kontraherende parter aftaler sig til mere lempelige forhold end hvad gælder efter købeloven § 24. Der findes dog også nutidige sager, hvor force majeure-begrebet giver anledning til tvivl.

I Højesteretsdommen *H2015.298-2013* gav en bredt formuleret force majeure-klausul anledning til et tvist-spørgsmål, da der opstod en efterfølgende omstændighed, som den ene part mente faldt under klausulen, hvorfor der ikke kunne kræves fuld betaling i perioden.

Dommen omhandler en sag mellem parterne 'Vattenfall Europe Transmission GmbH' (Vattenfall), 'Energi E2 A/S' (Energi E2) og adciteret part 'Energinet.dk'¹⁵⁵. Energi E2, som producerer elektricitet og Vattenfall, som handler med elektricitet indgik i 1991 en aftale kaldt "Kontek-aftalen", hvorefter Energi E2 for egen regning skulle etablere en transmissionsforbindelse mellem Danmark og Tyskland gennem Østersøen – den såkaldte "Kontek-forbindelse".

Der var i aftalegrundlaget mellem parterne indsat en force majeure klausul i aftalens § 1 med følgende ordlyd: *"Enhver hændelse uden for aftaleparternes indflydelse og enhver hændelse hos en af aftaleparterne, som ikke kan hindres ved normal agtpågivenhed eller en efter omstændighederne rimelig indsats, når og i det omfang de hindrer opfyldelsen af de kontraktlige*

¹⁵⁴ Se hertil Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 380ff.)

¹⁵⁵ Vattenfall har senere skiftet navn og omstruktureret til *50Hertz Transmission GmbH* og *Vattenfall Trading Services GmbH*. Energi E2 har senere skiftet navn til *Dong Energy Thermal Power A/S*. For enkeltheds skyld vil navnene anvendes som henvist til i ovenstående afsnit.

forpligtelser eller gør deres opfyldelse uforholdsmæssigt belastende. Bevisbyrden for at force majeure foreligger, påhviler den, der påberåber sig den". Der var i aftalen ligeledes indsat en bestemmelse i § 42, som regulerede reduktionen af effektbetalingen i tilfælde af helt eller delvist bortfald af leverancer til Vattenfall på baggrund af force majeure, forsætlighed, simpel eller grov uagtsomhed.

I 2003 opstod der problemer med de kabelmuffer, som samlede Kontek-forbindelsens kabler. Der var tale om en systematisk fejl, hvorfor kablet måtte tages ud af drift og kabelmufferne repareres. Kabelmufferne var leveret af et eksternt selskab (NKT Cables Group), men idet garantiperioden var udløbet var det ikke muligt for Energi E2 at reklamere herfor.

Vattenfall anlagde under sagen i Sø – og Handelsretten flere forskellige krav¹⁵⁶, hvoraf påstand A1 er relevant for denne afhandling. Vattenfall krævede i påstand A1 reduktion i allerede erlagte betalinger for tilsikret elektrisk effekt i perioden juni 2004 til februar 2006. Vattenfall anlagde kravene, da der havde været nogle afbrydelser af Kontek-kablet, pga. defekte kabelmuffer. Vattenfall mente, at der var tale om force majeure, som var en del af aftalegrundlaget.

I Højesteret gentog appellantens Energi E2¹⁵⁷ sine påstande. Vattenfall ønskede sagen stadfæstet og havde oprindeligt rejst krav om reduktion af effektbetalingerne for den periode, hvor Kontek-forbindelsen var afbrudt på grund af de defekte kabelmuffer, som skulle udbedres. Vattenfall gjorde dette krav gældende, jf. Kontek-aftalens § 42.2 om force majeure.

Sø – og Handelsrettens afgørelse

Hvad angår påstand A1 i Sø – og Handelsretten afgørelse lagde retten vægt på, at der i aftalen mellem de kontraherende parter var indskrevet en force majeure klausul som skulle fortolkes bredere end dansk rets sædvanlige force majeure begreb. Retten lagde indholdet af Kontek-aftalens § 42, stk. 2 og 3 til grund for den bredere fortolkning, idet § 42, stk. 2 og 3 var tilsigtet at gøre op med situationer, hvor der var helt eller delvist bortfald af Energi E2's leverancer til Vattenfall. Dette stemmer overens med parternes fælles opfattelse af, at kernen for spørgsmålet omkring reduktion af kapacitetsbetalingerne må bestemmes ud fra Kontek-aftalens § 42. Retten påpegede endvidere at

¹⁵⁶ Påstand A1, A2, B1 og B2.

¹⁵⁷ På dette tidspunkt overgik til DONG Energy Thermal Power A/S, men for enkeltheds skyld, videreføres brugen af navnet Energi E2

antagelsen om den brede fortolkning af force majeure klausulen støttes op af aftalens opbygning og ordlyd, samt de forhold der forløb op til aftaleindgåelsen samt af aftalens indhold.

Højesterets afgørelse

Højesteret lagde flere gange i afgørelsen vægt på, at der var enighed mellem parterne om, at der var tale om oprindelige konstruktionsfejl ved kabelmufferne, hvilket forårsagede afbrydelserne og hvorfor afbrydelserne måtte anses for at være omfattet af aftalens brede force majeure-begreb, som fremgår af § 1 i Kontek-aftalen. Højesteret nævnte ikke, ligesom Sø – og Handelsretten, at den brede fortolkning af klausulen skulle støttes op af aftalens opbygning og ordlyd.

Hverken Sø – og Handelsretten eller Højesteret kommer i sin afgørelse videre ind på hvad der må antages at falde ind under force majeure begrebet. Den bemærker blot, at der i aftalens § 1 er tale om et bredere force majeure begreb, end hvad der må forstås ved dansk rets sædvanlige force majeure begreb, og at de anførte omstændigheder er omfattet af Kontek-aftalens § 42, stk. 2, som anses for at være en force majeure situation. Det antages, at retten i sin afgørelse refererer til force majeure begrebet der findes i Købeloven § 24, og som efter sin ordlyd og omfattende retspraksis på området opstiller forholdsvis klare og strenge retningslinjer for hvad der må antages at falde ind under force majeure begrebet i Købeloven § 24. Det kan navnlig også være derfor, at retten i sin afgørelse ikke er gået mere i dybden med hvad der skal forstås ved et bredere force majeure begreb, idet retten i sin afgørelse har medtaget forhold, som efter retspraksis normalt ikke antages for at være force majeure efter købelovens forstand.¹⁵⁸ Domstolen har i stedet tillagt aftalens indhold betydning. Parterne har i deres aftale fraveget det almindelige køberetlige force majeure begreb, og indsat et langt bredere. At retten fortolker det endnu bredere end hvad det må antages Energi E2 har ment, da de kontraherede aftalen med Vattenfall, beror som nævnt ovenfor, på en konkret vurdering af den procesførelse der var i sagen, samt aftalens opbygning og ordlyd.

5.3.7 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003 for at undgå tvivl om force majeure

Når der mellem kontraherende parter enten er anvendt en bred force majeure-klausul, en force majeure-klausul der ikke er specificeret i aftalen eller en klausul slet ikke er en del af aftalegrundlaget,

¹⁵⁸ Driftsforstyrrelser, foruden strejke og lock-out, anses normalt ikke at falde ind under købeloven § 24, når det drejer sig om produktionsapparatet. Der er tale om omstændigheder, der ikke er uden for sælgers kontrol, hvorfor de ikke er ansvarsfritagende. Se hertil Nørager-Nielsen, Theilgaard, Hansen & Pallesen (2008, s. 399)

kan det være en fordel at anvende en hardship-klausul, for at undgå tvivl om, hvor grænsen går mellem force majeure og hardship. I Højesteretsdommen *H2015.298-2013*, var der anvendt en force majeure klausul, som domstolen nævnte skulle fortolkes bredt og bredere end dansk rets sædvanlige force majeure begreb. I det pågældende tilfælde, mente domstolen, at der var tale om en force majeure-situation, som faldt ind under den af parterne aftalte force majeure-klausul. I og med at der opstod en tvist om, hvorvidt den efterfølgende omstændighed skulle falde ind under den pågældende force majeure-klausul, taler dette for, at en grænse for hvornår der foreligger force majeure bør specificeres. Det kan alternativt gøres ved at inddrage en hardship-klausul i kontrakten, som inddrager de efterfølgende omstændigheder, som ikke er en del af force majeure-begrebet. Parterne har herved, gennem en proaktiv tilgang til kontrakten, på bedste vis sikret en fordeling af risikoen, i tilfælde af efterfølgende omstændigheder. En betingelse for at kunne anvende en hardship-klausul er dog, at parterne specificerer klausulen, så den passer sammen med force majeure-klausulen, og de derved regulerer hver deres efterfølgende omstændigheder. Ellers vil der, som også nævnt i afsnit 5.3.4, kunne opstå misforståelser og herefter misfortolkning af de anvendte bestemmelser, hvilket kan give anledning til tvist-spørgsmål mellem parterne, hvorefter en hardship-klausul ikke er til nogen anvendelse. Den vage ICC Hardship-klausul 2003 er herved problematisk, da den ikke angiver specifikt hvilke efterfølgende omstændigheder der skal være til stede, førend der kan statueres hardship. ICC Force Majeure-klausul 2003¹⁵⁹ er derimod specificeret, da det fremgår af paragraf 3, hvilke ekstraordinære bebyrdende omstændigheder, der anses for at falde ind under betegnelsen for force majeure. I relation til dette kan en hardship-klausul anses som en ”oprydnings-klausul”, der regulerer efterfølgende omstændigheder, som ikke falder ind under de betingelser, der er opstillet under en force majeure-klausul. Det kan derfor overvejes, om det er nok, at blot force majeure-klausulen er specificeret tilstrækkeligt, i de tilfælde hvor kontraherende parter vælger at benytte sig af både en force majeure-klausul samt en hardship-klausul. Det må antages, at hardship-klausulen i princippet kan regulere ”alt det overskydende”, som stadig må antages at forrykke kontraktbalancen betydeligt, og ellers opfylder de kumulative betingelser for en hardship-klausul.¹⁶⁰

En hardship-klausul, såsom ICC Hardship-klausul 2003, kan dog alt andet lige, være en god idé for parterne at anvende, for at undgå problemer med, hvorvidt det er muligt at påberåbe sig købeloven

¹⁵⁹ ICC Force Majeure Clause (2003, s. 9)

¹⁶⁰ Se hertil Østergaard (2016, s. 444)

§ 24 i tilfælde af tvivl. Den er dog kun relevant at inddrage, så længe den er specificeret tilstrækkeligt. Derved undgår parterne, at en dommer efterfølgende skal aftalesupplere, og parterne kan derved undgå for meget usikkerhed. Ved brug af en hardship-klausul, kan det også antages at være nemmere for en dommer at lave en analogi-slutning over, hvad parterne har haft som intentioner skulle høre under hardship-klausulen, hvorfor en hardship-klausul kan bidrage til en evt. fortolkning. Dette er dog betinget af, at domstolen kan respektere klausulens indhold.¹⁶¹ Desuden har hardship-klausuler et relationsbevarende element ved længerevarende kontraktforhold, som force majeure-klausuler ikke opfylder, navnlig på grund af pligten til at genforhandle kontrakten. Retsvirkningerne efter købeloven § 24 er alt andet end relationsbevarende for parterne, da det kræver at en part påberåber sig force majeure efter købeloven § 24 ved en anlagt retssag, hvorefter kontraktforpligtelserne samt erstatning kan bortfalde, i tilfælde af, at en domstol mener der foreligger force majeure. Dette giver ikke parterne et godt fundament at bygge et evt. videre samarbejde på. En pligt til at genforhandle kontrakten vil derimod være med til, ikke blot at bevare en relation mellem de erhvervsdrivende, men evt. også mindske antallet af tvister.

5.4 Aftaleloven § 36

Generalklausulen i aftalelovens § 36 har til formål at ændre eller tilsidesætte aftaler helt eller delvist, hvis de er urimelige eller er i strid med redelig handlemåde. Aftaleloven § 36 benævnes som en generalklausul idet, den er udformet som en retlig standard, da den knytter ugyldighed til et kriterium, som er formuleret i generelle termer. Dette gør den anvendelig over for nye kontraktformer og konstante forandringer.¹⁶² Bestemmelsen er både i sin ordlyd og i sin fortolkning ret vidtgående og udtryk for en urimelighedsnorm.¹⁶³

Aftaleloven § 36 blev indført for at beskytte forbrugerne mod urimelige standardvilkår. Det er dog meget omdiskuteret, hvorvidt bestemmelsen kan anvendes mellem erhvervsdrivende, da Jørgensen bl.a. anvender ordene ”(...) at beskytte forbrugere og andre (...)”.¹⁶⁴ Jørgensen fremhæver ligeledes, at erhvervsdrivende også kan være i en position hvorved de er underlegne, og derfor ikke har mulighed for at påvirke indholdet af de kontrakter de indgår.¹⁶⁵ Det er dog af konkret betydning, hvorvidt den

¹⁶¹ Se hertil Andersen & Lookofsky (2015, s. 410-415) vedr. ”Aftaleretlige modifikationer”.

¹⁶² Andersen & Madsen (2017, s. 183)

¹⁶³ Andersen & Madsen (2017, s. 201)

¹⁶⁴ Jørgensen (1974, s. 19)

¹⁶⁵ Jørgensen (1974, s. 20)

bebyrdede erhvervsdrivende bevidst har valgt at påtage sig en risiko, hvorfor aftaleloven § 36 ikke bør bruges til at ændre den almindelige risikofordeling, der er aftalt mellem parterne ved kontraktindgåelsestidspunktet.¹⁶⁶ Dette forhold blev bl.a. lagt til grund i Højesteretsdommen U.2003.23H (Tintin-dommen), hvor det fik afgørende betydning for sagen, at sagsøger på aftaleindgåelsestidspunktet havde accepteret en fraskrivelse af en fremtidig gevinstmulighed, og derfor bevidst havde påtaget sig en risiko. Højesteret fandt derfor at aftaleloven § 36 ikke fandt anvendelse¹⁶⁷. Når en anvendelse af aftaleloven § 36, finder sted mellem jævnbyrdige, er der ofte tale om længerevarende aftaleforhold, hvor der opstår efterfølgende omstændigheder, som forrykker kontraktbalancen i en grad som anses for at være urimelig.¹⁶⁸ Et tilfælde, hvor dette fandt sted, var i Højesteretsdommen U.2002.1224H (Tango Jalousie-dommen), hvor Højesteret valgte at anvende aftaleloven § 36 desuagtet, at der på aftaletidspunktet havde været en fraskrivelse af fremtidige gevinstmuligheder. Højesteret fandt, at aftalen mellem Jacob Gade, som var ophavsmanden til Tango Jalousie, og W, som var forlaget der tjente på værket, men ikke havde haft nogen risiko herved, var urimelig i medfør af aftaleloven § 36, da de usædvanlige høje indtægter der var indtjent pga. den uventede succes havde skabt en ubalance i kontraktforholdet. Domstolene er dog generelt meget tilbageholdne med at anvende aftaleloven § 36 i erhvervsforhold, da det forventes at professionelle parter er bedst egnede til at fordele en evt. risiko imellem sig. Dette bliver også nævnt af bl.a. Andersen & Madsen, som ikke mener, at aftaleloven § 36 bør bruges til efterfølgende at ændre to erhvervsdrivendes risikofordeling, hvis de på aftaleindgåelsestidspunktet, bevidst har allokeret denne på en bestemt måde.¹⁶⁹

Det følger af aftaleloven. § 36, stk. 2, hvilke forhold der skal tages hensyn til, når det skal vurderes hvorvidt en given aftale eller et aftalevilkår er i strid med aftaleloven § 36, stk. 1. Der skal navnlig tages hensyn til *”forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder”*, jf. aftaleloven § 36, stk. 2. Det følger af aftaleloven § 36, stk. 2, 3. led, at der er mulighed for at påberåbe sig aftaleloven § 36 i de tilfælde hvor der foreligger efterfølgende omstændigheder (*”senere indtrufne omstændigheder”*), som bevirker, at opfyldelse af aftalen vil være urimelig. Der er i relation til efterfølgende omstændigheder mellem erhvervsdrivende tale om en risikovurdering, hvorved

¹⁶⁶ Andersen & Madsen (2017, s. 210)

¹⁶⁷ U.2003.23H diskuteres i detaljer nedenfor.

¹⁶⁸ Andersen & Madsen (2017, s. 209)

¹⁶⁹ Andersen & Madsen (2017, s. 210)

domstolen vurderer, hvorvidt det er rimeligt at tilsidesætte aftalen helt eller delvist på baggrund af den aftale som de kontraherende parter har indgået, de risici de har indvilget i, samt de omstændigheder der foreligger på det tidspunkt, hvor aftalen skal anvendes.¹⁷⁰ Det er dog værd at bemærke, at der generelt skal meget til førend en domstol anser en kontraktbestemmelse i et erhvervsforhold for urimelig, jf. aftaleloven § 36. Brugen af generalklausulen i forhold til efterfølgende omstændigheder er derfor møntet på omstændigheder der skal være af en ganske ekstraordinær karakter.¹⁷¹

5.4.1 Forholdet mellem aftaleloven § 36 og hardship-klausuler

Uanset om det følger af aftaleloven § 36, stk. 2, 3. led, at det er muligt at påberåbe sig aftaleloven § 36 i tilfælde af aftalens urimelighed ved efterfølgende omstændigheder, er det ikke altid det mest oplagte valg. Som nævnt ovenfor, er der stadig en vis tilbageholdenhed fra domstolene med at anvende aftaleloven § 36 mellem to erhvervsdrivende, samtidig med, at domstolene har anlagt en streng tone for brugen af aftaleloven § 36 i forhold til, hvornår den kan anvendes til at tilsidesætte en kontraktbestemmelse helt eller delvist på baggrund af efterfølgende omstændigheder. Det kan derfor være en fordel for kontraherende parter i et kontraktforhold at søge at løse sager om urimelighed på anden vis, for at være sikker på, at kontraktbalancen ikke forrykkes. Dette kan som nævnt opfyldes gennem en hardshipklausul, som kan have stort set samme urimelighedskriterier som aftaleloven § 36.¹⁷² De fleste hardship-klausuler søger i sit indhold at regulere situationer, hvor der foreligger urimelighed. Dette ses blandt andet ved, at der i majoriteten af hardship-klausuler er indsat en pligt til at genforhandle kontrakten, i tilfælde af, at kontraktbalancen forrykkes ved efterfølgende omstændigheder af en væsentlig karakter. Dette er et udslag for, at parterne har en vis rimelighedsvurdering med i betragtningen. Der er derfor et ræsonnement for, at hardship-klausulen, inden for sit pågældende anvendelsesområde overtager den rimelighedsvurdering som normalt bliver udprøvet efter aftaleloven § 36.¹⁷³ Dette er ligeledes i tråd med, at parternes udøvelse af deres partsautonomi ikke begrænses, og kontraktfriheden består. Dette kan også være én af årsagerne til, at domstolene er påpasselige med at benytte sig af aftaleloven § 36 i erhvervsforhold. Ved at anvende en hardship-klausul forpligter parterne sig til at genforhandle, hvorfor det først er ved en fejlslagen

¹⁷⁰ Andersen & Madsen (2017, s. 227)

¹⁷¹ Bruserud (2010, s. 69)

¹⁷² Bruserud (2010, s. 235)

¹⁷³ Bruserud (2010, s. 134)

genforhandling eller uenighed om klausulens indhold, at en bebyrdet part kan indbringe sagen for domstolene.

5.4.2 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003

En bredt udformet hardship-klausul, som den af afhandlingen anvendte, vil ofte søge at regulere flere forskellige omstændigheders indvirkning på det aktuelle kontraktforhold.¹⁷⁴ I denne regulering ligger der et overordnet krav om rimelighed, som minder om rimelighedsvurderingen i aftaleloven § 36. I ICC Hardship-klausulen 2003, paragraf 2, er dette belyst ved brugen af ordet "*reasonably*", hvorefter den bebyrdede part ikke er forpligtet til at overholde sine kontraktuelle forpligtelser, hvor dette anses for urimeligt i den ene eller anden forstand. Én af de kumulative betingelser som anvendelsen af ICC Hardship-klausulen 2003 forudsætter, og som en hardship-klausul i øvrigt forudsætter, er som nævnt tidligere, at den efterfølgende omstændighed væsentligt forrykker kontraktbalancen. Efter aftaleloven § 36 kan en aftale tilsidesættes helt eller delvist, i tilfælde af urimelighed, hvorefter der skal foretages en afvejning af det specifikke kontraktforhold. Det antages derfor, at der i begge tilfælde skal foretages en afvejning af kontraktbalancen, for at det kan vurderes hvorvidt en efterfølgende omstændighed må antages for at være rimelig eller ej. Anvendelsesområdet for en hardship-klausul og aftaleloven § 36 har derfor overlappende elementer. Der er dog ikke den samme retsvirkning for brugen af ICC Hardship-klausul 2003, som der er ved aftaleloven § 36. ICC Hardship-klausul 2003 forudsætter, at parterne genforhandler en kontraktforpligtelse i tilfælde af, at denne er blevet for bebyrdende for en part på baggrund af efterfølgende omstændigheder. Det er dog ikke et krav at parterne bliver enige om en genforhandling, hvorfor en bebyrdet part ikke kan være sikker på, at få ændret en kontraktbestemmelse. I tilfælde af, at det ikke lykkes parterne at blive enige om genforhandling, opstiller ICC Hardship-klausul 2003, paragraf 3, en mulighed for ophør af kontrakten. Så selvom både hardship-klausulen og aftaleloven § 36 foretager en afvejning af kontraktbalancen, og vurderer, hvorvidt denne er urimelig eller ej, har retsvirkningerne forskellige konsekvenser for parternes videre forhold.

5.4.3 Retspraksis inden for aftaleloven § 36

Der er nogle forholdsvise klare kriterier, som udmønter sig i retspraksis for hvornår en domstol mener, at aftaleloven finder anvendelse på urimelighed ved efterfølgende omstændigheder. For det

¹⁷⁴ Bruserud (2010, s. 133)

første må forholdet ikke være kendt på aftaleindgåelsestidspunktet. Det er dog i mange sager ikke nok, da domstolen godt kan tilsidesætte en aftale helt eller delvist på baggrund af aftaleloven § 36 alligevel, hvis der er andre omstændigheder ved aftalen der anses for at være urimelig. Dette forhold sås bl.a. i U.2004.2518V (Lejet Mark-dommen), hvor lejen blev opjusteret, da denne fandtes urimeligt lav, desuagtet, at forholdet var kendt på aftaletidspunktet og lejen var accepteret. For det andet kan aftaleloven § 36, som nævnt ovenfor, ikke anvendes på forhold, hvor den bebyrdede part har accepteret den pågældende risiko. Dette gjaldt i dommene U.2002.1224H (Tango Jalousie-dommen) og U.2003.23H (Tintin-dommen), som dog faldt ud til hver sin fordel, idet, aftaleloven § 36 fandt anvendelse i U.2002.1224H, grundet en fundamental ubalance i kontraktforholdet, som i U.2003.23H slet ikke blev drøftet, hvorfor at den af sagsøger accepterede gevinstmulighed, blev afgørende for, at aftaleloven § 36 ikke kunne finde anvendelse. På baggrund af ovenstående kan det antages, at det helt afgørende punkt for, hvorvidt aftaleloven § 36 finder anvendelse, når der påberåbes urimelighed ved efterfølgende omstændigheder beror på kriteriet om, hvorvidt den efterfølgende omstændighed har påvirket kontraktforholdet i en grad, der har forårsaget en fundamental ubalance. Denne fundamentale ubalance er blevet lagt til grund både i U.2004.2518V, hvorefter det blev fundet, at lejen var sat urimeligt lav, og derefter blev opjusteret og i U.2002.1224H, hvor domstolen fandt, at risikoen mellem de to parter var urimelig. I begge sager blev aftalen tilsidesat delvist på baggrund af aftaleloven § 36.

I U.2003.23H, findes dog et eksempel der falder helt anderledes ud end hvad tilfældet er i ovenstående sager, og hvor både Landsretten og efterfølgende Højesteret finder, at aftaleloven § 36 ikke kan finde anvendelse på aftaleforholdet, uanset at der forelå væsentligt ændrede omstændigheder der ikke kunne påregnes ved aftalens begyndelse.

Sagen omhandlede Jørgen Sonnergaard's (herefter benævnt Sonnergaard) oversættelse af 23 Tintin-albums fra fransk til dansk, som udkom i perioden 1960-1976 og et yderligere album, som han oversatte i 1984. Sonnergaard var på daværende tidspunkt underdirektør i Forlaget Carlsen A/S (herefter benævnt Forlaget), som udgav de oversatte Tintin-albums og blev honoreret med et bestemt beløb pr. side. Sonnergaard fratrådte i 1975 sin stilling hos Forlaget, hvorefter han i august 1975 udfærdigede et dokument hvor han overgav alle nuværende og fremtidige rettigheder til Forlaget mod et engangsvederlag på 6000kr. Han bekræftede ligeledes, at han havde modtaget alt, hvad der tilkom ham. Alle oversatte Tintin-albums blev sidenhen genoptrykt, idet efterspørgslen efter tegneserien eskalerede i forhold til de salgstal der var i 1960'erne. Sonnergaard fik dog

ikke yderligere betaling herfor. Sonnergaard anlagde derfor sag an mod Forlaget, med påstand om bl.a., at betale erstatning for det manglende honorar, samt påstand om at Forlaget skulle ophøre med udgivelsen af Tintin-værkerne.

Både Landsretten og Højesteret var enige i, at aftaleloven § 36 ikke kunne finde anvendelse på aftaleforholdet. Landsretten bemærkede i denne anledning, at de ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte aftalen i medfør af aftaleloven § 36, da det ikke fandtes godtgjort, at de vilkår som aftalen var indgået under var afgørende ringere end den nugældende aftalepraksis. Højesteret bemærkede i stedet, at Tintin-værkernes omsætning ikke kunne påregnes ved aftalens indgåelse, men at Sonnergaard ved sin fraskrivelse af nuværende og fremtidige rettigheder til Forlaget i 1975, var klar over, at Forlaget disponerede over gevinstmulighederne. Højesteret fandt derfor heller ikke grund til at anvende aftaleloven § 36. Højesterets anerkender i virkeligheden i sin afgørelse, at der foreligger ændrede omstændigheder i form af en uventet omsætning på baggrund af Tintin-værkerne, som ikke kunne forudses ved aftaleindgåelsestidspunktet. Men idet, at Sonnergaard reelt set anerkender denne gevinstmulighed og fraskriver sig denne i 1975, mener Højesteret ikke, at der er grundlag for at tilsidesætte aftalen efter aftaleloven § 36.

Afgørelsen indikerer, at uanset om der foreligger væsentligt ændrede omstændigheder, som ikke kunne forventes på aftaletidspunktet, vil domstolene lægge den oprindelige aftale til grund, når der foreligger beviser for, at den bebyrdede part har vidst det på aftaleindgåelsestidspunktet. Det vil derfor være uden betydning i hvilken grad den uventede ændrede omstændighed påvirker aftaleforholdet når det kan bevises, at det var kendt på aftaleindgåelsestidspunktet.

Dommen er i tråd med U.2002.1224H hvad angår det forhold, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte en aftale i medfør af aftaleloven § 36, når parten er bevidst om den gevinstmulighed der foreligger, og accepterer at fraskrive sig denne ved overdragelse af rettigheder. De to domme differentierer dog, da domstolen i U.2002.1224H finder det af betydning, at der må antages at være en fundamental ubalance i kontraktforholdet, hvilket er urimeligt efter aftaleloven § 36. Det er ganske opsigtsvækkende, at der ikke tages stilling til dette forhold i sagen, da forholdet reelt set kunne siges at have en væsentlig betydning for sagens udfald. Det er netop dette forhold der gør, at sagsøger i U.2002.1224H får medhold i en subsidiær påstand.

I begge sager har parterne været bevidste om en eventuel gevinstmulighed, da de overdrog deres rettigheder, og i begge sager har der på baggrund af en voldsom og uventet forøget succes været

indtægter, som på aftaleindgåelsestidspunktet ikke kunne forudses. Det er derfor et spørgsmål, om Højesteret ved sin afgørelse af U.2003.23H burde have taget højde for den eventuelle urimelige kontraktuelle ubalance der kunne forekomme, ligesom retten gjorde i U.2002.1224H.

5.4.4 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003 for at forhindre tvivl om kontraktuel ubalance

Man kan argumentere for, hvorvidt en hardship-klausul med fordel kunne være anvendt i nogle af de ovenstående nævnte sager, for at forhindre, at der forekom tvivl om en evt. kontraktuel ubalance på baggrund af efterfølgende omstændigheder, eller at parterne på baggrund af en given hardship-klausul i hvert fald ville have en mulighed for at genforhandle deres kontraktuelle forpligtelser, uden at inddrage et tvistløsningsorgan i første omgang.

En dom, hvor man kan argumentere for, at ICC Hardship-klausul 2003 med fordel kunne være anvendt, men hvor det alligevel lader sig begrænse, er U.2004.2518V. Hvis vilkårene for at leje marken ikke havde været kendt på aftaleindgåelsestidspunktet, ville en hardship-klausul have været ideel at benytte, da der er tale om en situation, der minder om en hardship-situation, da kontraktbalancen er blevet forskubbet i en så væsentlig grad, at der foreligger en fundamental ubalance i kontraktforholdet (lejen er urimelig lav i forhold til nutidig standard). Det ville dog ikke være muligt, at anvende en hardship-klausul, da vilkårene for at leje marken er kendt på aftaleindgåelsestidspunktet, hvorfor der ikke kan siges at foreligge en efterfølgende omstændighed som er uforudsigelig. Betingelserne for anvendelsen af ICC Hardship-klausul 2003 er derfor ikke opfyldt.

Man kan følge ovenstående tanke videre og se på, hvorvidt en hardship-klausul i stedet giver mening at anvende i tilfælde, hvor den efterfølgende omstændighed ikke er kendt på aftaletidspunktet, men hvor den bebyrdede part har valgt at fraskrive sig sine rettigheder og accepteret, at der kan forekomme en fremtidig gevinstmulighed, som derefter tilfalder modparten. I disse tilfælde er det mere relevant at indsætte en hardship-klausul, da klausulen regulerer situationer, hvor efterfølgende omstændigheder medvirker at kontraktbalancen væsentligt ændres. Aftaleloven § 36 kan, som det ses af ovenstående også regulere dette¹⁷⁵, men den bebyrdede part, kan ikke være sikker på dette er tilfældet. Dette ses navnlig i U.2003.23H, hvor aftaleloven § 36 ikke fandt anvendelse, og Sonnergaard

¹⁷⁵ Jf., U.2002.1224H

derfor endte med at få et meget ubetydeligt beløb ud af den succes, som i princippet nok burde have tilfaldt ham i en væsentligt større grad. Hvis der i aftalen mellem Sonnergaard og forlaget var blevet indsat en hardship-klausul i lighed med ICC Hardship-klausul 2003, ville Sonnergaard have mulighed for at påberåbe sig paragraf 2 i denne, i tilfælde af en efterfølgende omstændighed, som opfylder de tre kumulative betingelser heri. Parterne ville derefter være pålagt at genforhandle aftalen, hvilket måske kunne have ført til et mere fair resultat, da parterne af forretningsmæssige årsager også vil være mere tilbøjelige til at nå til enighed¹⁷⁶.

I tilfælde af, at parterne ikke kan nå til enighed, og sagen ender ved domstolen alligevel, kan hardship-klausulen stadig gøre en forskel, da domstolen højst sandsynlig vil tage højde for, hvad der må antages at være parternes fælles vilje med kontrakten. Hvis parterne har indsat en hardship-klausul i kontrakten, viser de netop en fælles vilje til at genforhandle, og underforstået at ville genfinde den kontraktuelle balance. Dette ses bl.a. i Højesteretsdommen U.2005.2218, som omhandler en tvist mellem tre interessenter i et kraftvarmeværk om fordelingen af udgifterne imellem sig, hvor genforhandlingsklausulen i kontrakten blev lagt til grund for afgørelsen. Højesteret anfører i dommen, at der må tages hensyn til hvordan samarbejdsaftalen er blevet til, samt at der er indsat en særlig genforhandlingsklausul. Højesteret fortolker parternes fælles vilje med kontrakten, og hvilken intention der har ligget bag ved kontraktindgåelsen, hvor Højesteret har ment, at genforhandlingsklausulen var et vigtigt element i forhold til at fortolke, hvilken intention parterne havde med selve kontrakten. I relation til U.2003.23H kunne dette tyde på, at domstolen også ville tage højde for den fundamentale ubalance af kontrakten i deres fortolkning, da de ville tage højde for, hvilken intention der lå bag indførelsen af en evt. hardship-klausul, hvilket kan føre til et helt andet resultat for Sonnergaard.

5.4.5 Brugen af hardship-klausuler fremfor aftaleloven § 36?

Som ovenfor anført, kan en hardship-klausul være fordelagtig at anvende, hvor kontraherende parter vurderer, der kan forekomme kontraktuel ubalance. Dette kan være svært at forudsige, men parterne er alt andet lige nærmest til at vurdere under hvilke omstændigheder denne risiko kan opstå. Selv om det ikke er muligt for dem at vurdere, hvilke omstændigheder der eksplicit er tale om, kan parterne proaktivt vælge at indsatte en hardship-klausul, som pålægger parterne at genforhandle i tilfælde af,

¹⁷⁶ Andersen (2005, s. 383)

at der opstår en efterfølgende omstændighed der forskyder kontraktbalancen væsentligt. Parterne har derved mulighed for at justere kontrakten, så den tilpasses til den nutidige situation og samtidig er relationsbevarende. Efter aftaleloven § 36 er der ikke denne mulighed, da aftalen i stedet bliver helt eller delvist tilsidesat. Rimelighedsvurderingen efter aftaleloven § 36 foretages af domstolen, hvorfor parterne ikke kan vide sig sikker på udfaldet. Det giver derfor mening for parter i et længerevarende kontraktforhold, der ønsker at bevare deres relation, at indsætte en hardship-klausul i kontrakten.

Selvom parterne indsætter en hardship-klausul i kontrakten, vil anvendelsen af denne ikke udelukke brugen af aftaleloven § 36. Aftaleloven § 36 er en præceptiv bestemmelse, som en aftalepart kan påberåbe sig i tilfælde af urimelighed. Det er derfor muligt for en bebyrdende part at supplere hardship-klausulen med aftaleloven § 36, hvis dette findes relevant. Det kan dog tænkes, at i og med at en hardship-klausul er en relationsbevarende klausul, hvorimod aftaleloven § 36 pålægger hel eller delvis ugyldighed, at det ikke er i parternes interesse at påberåbe sig aftaleloven § 36. Det er derfor op til en domstol at vurdere, hvad der har været parternes fælles hensigt med brugen af en evt. hardship-klausul, hvorefter domstolen har fuld ret til at fortolke mod hardship-klausulen på baggrund af at aftaleloven § 36 er præceptiv, hvis der foreligger omstændigheder der taler for dette. Som det fremgår af ovenstående Højesteretsdom U.2005.2218¹⁷⁷, lægger domstolen dog vægt på, at parterne har indsat en genforhandlingspligt, da dette viser at parterne har haft en intention om, at forholdet skulle have en relationsbevarende karakter.

5.5 Forudsætningslæren

Forudsætningslæren er en uskreven retsgrundsætning i dansk ret, som omhandler hvorvidt en løftegivers forudsætninger for at afgive et fejlagtigt løfte, bør påvirke løftets retsvirkninger.¹⁷⁸ Når en aftale svigter, kan det skyldes, at der foreligger *urigtige forudsætninger*, som knytter sig til omstændigheder der forelå ved løftets afgivelse og hvor løftegiver ved aftalens indgåelse var i den tro, at forholdene var anderledes. Det kan dog også skyldes at, der er *bristende forudsætninger*, som knytter sig til senere indtrufne forhold, hvor forholdene har udviklet sig anderledes end den pågældende part havde regnet med¹⁷⁹. I den følgende sammenhæng er det læren om bristende forudsætninger, der har relevans. Ifølge forudsætningslæren kan løftegiver frigøres fra sit løfte, hvis

¹⁷⁷ Se afsnit 5.4.4

¹⁷⁸ Andersen (2013, s. 57)

¹⁷⁹ Andersen & Madsen (2017, s. 190)

den urigtige eller bristende forudsætning er *bestemmende*¹⁸⁰, *kendelig* og *relevant*¹⁸¹. Med dette må forstås, at forudsætningen skal være bestemmende for løftegiver, kendelig for løftemodtager samt være retlig relevant.¹⁸² Det er domstolen der foretager et skøn af, hvorvidt ovenstående tre kumulative betingelser er opfyldt¹⁸³, hvorefter retsvirkningen af anvendelsen af forudsætningslæren indebærer tilsidesættelse af aftaler eller aftalevilkår som ugyldige og erstatning op til den negative kontraktinteresse.¹⁸⁴

Der har efter indførslen af aftalelovens § 36, stk. 2, 3.led om "*senere indtrufne omstændigheder*", været diskussion om, hvorvidt læren om bristende forudsætninger under forudsætningslæren blev overflødiggjort¹⁸⁵. Både aftaleloven § 36 og forudsætningslæren kan dog anvendes i den situation, hvor der er tale om efterfølgende omstændigheder. I situationer mellem erhvervsdrivende fremgår det af litteraturen, at forudsætningslæren til tider kan være et instrument der er bedre egnet til at løse tvister om efterfølgende omstændigheder, da den subjektive karakter af læren, bedre kan forholde sig til parternes situation, og derved træffe passende foranstaltninger baseret ud fra en risikovurdering.¹⁸⁶ Der er dog i flere nutidige afgørelser en tendens til, at domstolen ikke vil tilsidesætte den nedlagte påstand, hverken ud fra aftaleloven § 36 eller ud fra forudsætningslæren, ved erhvervsforhold. Dette er navnlig på grund af, at aftalen er indgået som led i et erhvervsforhold og hvor parterne på baggrund af deres professionelle virke, har været fuldt bekendt med den risici der kan opstå. Dette ses bl.a. i U.2014.558H, hvor Højesteret hverken ville tilsidesætte aftalen under henvisning til forudsætningslæren, svig eller aftalelovens § 36, da aftalen blev indgået i et erhvervsforhold.¹⁸⁷ Det samme gør sig gældende i Sø – og Handelsretsafgørelsen, SH2014.H-0097-10/SH2014.U-0003-11, hvor retten bl.a. ikke mente der forelå bristende forudsætninger. Retten begrundede dette med, at: "*...der er tale om en aftale indgået mellem to professionelle parter*".¹⁸⁸

¹⁸⁰ Begrebet bliver i nogle fremstillinger også fremført som "*væsentlig*". Se hertil Hansen & Ulfbeck (2014, s. 108)

¹⁸¹ Andersen & Madsen (2017, s. 195)

¹⁸² Hansen & Ulfbeck (2014, s. 108)

¹⁸³ Andersen & Madsen (2017, s. 199)

¹⁸⁴ Madsen & Østergaard (2017, s. 9)

¹⁸⁵ Se bl.a. Andersen & Madsen (2017, s. 227) og Jørgensen (1974, s. 25)

¹⁸⁶ Andersen & Madsen (2017, s. 228)

¹⁸⁷ U.2014.558H, s. 9

¹⁸⁸ SH2014.H-0097-10/SH2014.U-0003-11, s. 16

5.5.1 Forholdet mellem forudsætningslæren og hardship-klausuler

Bristende forudsætninger under forudsætningslæren indebærer, at forholdene udvikler sig på en anden måde, end hvad en given part regnede med ved kontraktindgåelsen.¹⁸⁹ Anvendelsen af en hardship-klausul kan derved forhindre brugen af forudsætningslæren i et vist omfang på baggrund af, at parterne tager højde for, at der kan forekomme uforudsete efterfølgende omstændigheder. Dette kommer dog an på hvor specificeret den pågældende hardship-klausul er konciperet.¹⁹⁰ Parterne kan ved kontraheringen af en hardship-klausul, både aftale hvilke bristende forudsætninger der skal være reguleret i aftalen, samt hvilke retsvirkninger disse skal have ved opstået brist. Ved forudsætningslærens anvendelse, er det op til en domstol at vurdere, hvorvidt de tre kumulative betingelser er opfyldt, hvilket, efterlader parterne i en usikker situation. I forudsætningslærens tilfælde er det især det sidste kriterie – relevanskriteriet, der kan bidrage til en del usikkerhed. Dette kriterie skal underlægges en forholdsvis subjektiv vurdering fra domstolens side af. Afgørende for relevanskriteriet er, om der er tilstrækkelig grund til at pålægge løftemodtageren risikoen for det pågældende forudsætningssvigt fremfor løftegiveren. Domstolen skal med andre ord foretage en risikoafvejning, som beror på et domstolsskøn.¹⁹¹

5.5.2 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003

Det fremgår af ICC Hardship-klausulen 2003, at de efterfølgende omstændigheder skal have gjort det mere byrdefuldt at præstere end hvad der kunne forudses på kontraktindgåelsestidspunktet. Den efterfølgende omstændighed skal altså have en vis påvirkning på kontraktforholdet, som skal være udover den bebyrdede parts kontrol og som i væsentlig grad har forrykket kontraktbalancen. ICC Hardship-klausul 2003, i sin rene form, er bredt formuleret, og regulerer diverse kategorier af efterfølgende omstændigheder som forårsager bristende forudsætninger for parterne, hvorfor klausulen kan have samme anvendelsesområde som læren om bristende forudsætninger inden for forudsætningslæren. ICC Hardship-klausul vil dog ikke negligere brugen af forudsætningslæren i sin helhed, da forudsætningslærens anvendelsesområde strækker sig længere, end hvad tilfældet er med ICC Hardship-klausul 2003. Der kan derfor også være tvivl om, hvorvidt forudsætningslæren i realiteten har et helt andet fokuspunkt end hvad tilfældet er med bl.a. ICC Hardship-klausul 2003. I

¹⁸⁹ Andersen & Madsen (2017, s. 191)

¹⁹⁰ Bruserud (2010, s. 129)

¹⁹¹ Andersen & Madsen (2017, s. 196)

dansk retspraksis, er det, som det fremgår ovenfor¹⁹² sjældent at en aftale bliver ugyldiggjort efter forudsætningslæren, især i erhvervsforhold hvor parterne agerer professionelt. Tvisterne ses ligeledes sjældent mellem store virksomheder, men er i stedet ofte personligt drevet. Krydsfeltet for brugen af en hardship-klausul og hvor forudsætningslæren anvendes er derfor i praksis forholdsvis snæver.

Ved ICC Hardship-klausul 2003 er der genforhandlingspligt i tilfælde af efterfølgende omstændigheder, hvorimod retsvirkningen efter forudsætningslæren er ugyldighed af aftalevilkåret eller hele aftalen. Det vil dog efter ICC Hardship-klausul 2003 kun være den bebyrdede part der har ret til at kræve genforhandling, hvorefter at den bebyrdede part efter forudsætningslæren har mulighed for at få ugyldiggjort aftalen. Der er derfor vidt forskellige retsvirkninger, alt efter om der er indsat en hardship-klausul eller forudsætningslæren bliver anvendt. Idet forudsætningslæren er en uskreven retsgrundsætning, som parterne har mulighed for at påberåbe sig i tilfælde af bristede forudsætninger, så har parterne også mulighed for, på baggrund af princippet om partsautonomi at gardere sig mod påberåbelsen af disse ved brug af en hardship-klausul, som klart regulerer hvilke retsvirkninger der skal foreligge for parterne ved bristede forudsætninger. Da en hardship-klausul af natur er svær at specificere i detaljer, når det kommer til retsfakta, er det spørgsmålet, hvorvidt det ikke stadig er muligt at påberåbe sig forudsætningslæren. Der må her argumenteres for, at der især ved længerevarende kontraktforhold mellem professionelle parter må være foretaget en risikoafvejning på kontraktindgåelsestidspunktet, hvorefter parterne har forsøgt så vidt muligt at forudse risici ved senere begivenhedsforløb og garderet sig mod disse gennem kontraktforhandlinger. Ifølge Lynge Andersen & Madsen skal domstolen, når der opstår en tvist mellem parterne, ikke lade sig påvirke for meget af, at risikoen kan udmønte sig ufordelagtigt for den ene part.¹⁹³ Der bør derfor lægges vægt på, når der er tale om en kontrakt mellem professionelle parter, at de alt andet lige selv vil være bedst til at vurdere hvordan risikoen skal fordeles mellem sig, hvorfor det må vurderes at kontraherende parter ikke vil have mulighed for at påberåbe sig forudsætningslæren, ved brug af en hardship-klausul, i det omfang hardship-klausulen regulerer det samme anvendelsesområde.

¹⁹² Se afsnit 5.5

¹⁹³ Andersen & Madsen (2017, s. 228)

5.6 Nærmest til at bære risikoen

I dansk ret følger det, at begrebet *risiko* i almindelighed betegner en situation, hvor en part ikke kan rette krav mod en anden part i anledning af en uforudset eller tabsforvoldende hændelse.¹⁹⁴ Det er således også udgangspunktet, at hver part bærer hver sin risiko og som hovedregel ikke kan rejse krav mod andre, hvis egne ejendele bliver beskadiget. Dette udgangspunkt kan dog modificeres, både med henvisning til princippet om partsautonomi, men også hvor der opstår en efterfølgende omstændighed, som ingen af parterne er herre over eller har kunne forudse og hvor det ikke kan udledes af kontrakten hvorledes risikoen skal fordeles.

*Nærmest til at bære risikoen*¹⁹⁵ er en retsfigur, som i dansk ret er ulovreguleret og som ifølge Østergaard, i væsentlig grad er overset i den retsvidenskabelige litteratur, når det angår retsfigurens anvendelsesområde inden for kontraktretten.¹⁹⁶ Retsfiguren er udviklet i retspraksis, og har været påberåbt i flere domme, samt anvendt af domstolene såvel ved aftalefortolkning som aftalesupplering.¹⁹⁷ Nærmest til at bære risikoen kan anvendes til at regulere, samt allokere risikoen for en efterfølgende byrdefuld omstændighed.¹⁹⁸ Retsfiguren følger et såkaldt pulveriseringssynspunkt, hvorved domstolen kan foretage en afvejning af aftaleforholdet, og tildele risikoen til den part der vil have lettest ved at bære den økonomiske byrde.¹⁹⁹ Dette er også tilfældet, hvor der foreligger en hændelse, som ingen af parterne kan bebrejdes, hvor domstolen pålægger risikoen til den part som har lettest ved at pulverisere det tab, der indtræder, når risikoen realiseres.²⁰⁰ I erhvervsforhold er dette som oftest den part, som kan minimere risikoen eller afdække denne bedst ved hjælp af at tegne forsikring.²⁰¹ Dette følger af, at retsordenen har en interesse i at minimere tab samt sikre forudsigelighed.²⁰²

Nærmest til at bære risikoen omfatter, at der foretages udfyldning af aftalen i tilfælde af en efterfølgende omstændighed, som parterne ikke i deres kontraktgrundlag har taget stilling til.

¹⁹⁴ Andersen & Lookofsky (2015, s. 145)

¹⁹⁵ Begrebsnavnet kan variere, men i nærværende afhandlingen benyttes "*Nærmest til at bære risikoen*".

¹⁹⁶ Se hertil Østergaard (2014) og Madsen & Østergaard (2017)

¹⁹⁷ Madsen & Østergaard (2017, s. 2)

¹⁹⁸ Madsen & Østergaard (2017, s. 1)

¹⁹⁹ Andersen (2013, s. 456f.)

²⁰⁰ Andersen (2013, s. 469)

²⁰¹ Andersen (2013, s. 469)

²⁰² Andersen & Lookofsky (2015, s. 147)

Domstolen har herefter til opgave at allokere risikoen til den part, der ud fra et økonomisk perspektiv, bedst kan bære byrden heraf. Nærmest til at bære risikoen bliver herefter en retsfigur hvorefter den ene part, må bære den økonomiske byrde der foreligger ved den efterfølgende omstændighed, og som formentlig er væsentlig anderledes og mere byrdefuld end antaget på aftaleindgåelsestidspunktet.²⁰³

Retsfiguren har i sit anvendelsesområde en del ligheder med både aftaleloven § 36 og forudsætningslæren. Både aftaleloven § 36 og Nærmest til at bære risikoen bliver anvendt ved udfyldning. Nærmest til at bære risikoen anvendes dog til at udfylde en aftale, hvor der foreligger en efterfølgende omstændighed, hvorimod aftaleloven § 36 kan udfylde, samt aftalekorrigere en urimelig forpligtelse. I forhold til forudsætningslæren kan Nærmest til at bære risikoen antages at være anvendelig i de situationer, hvor de tre kumulative betingelser for at anvende forudsætningslæren ikke er opfyldt i forholdet til bristede forudsætninger. Ifølge Madsen & Østergaard kan Nærmest til at bære risikoen anses for at være et udtryk for den relevansvurdering, som normalt er et led i de kumulative bestemmelser ved brug af forudsætningslæren.²⁰⁴ De nævner, at der i begge tilfælde, er tale om *"allokering af en given risiko, der ikke er kommet til udtryk i en kontraktbestemmelse"*.²⁰⁵

5.6.1 Forholdet mellem Nærmest til at bære risikoen og hardship-klausuler

Sagerne hvorved retsfiguren Nærmest til at bære risikoen kan anvendes, opstår bl.a. i tilfælde hvor de kontraherende parter ikke har imødeset den pågældende risiko ved kontraktindgåelsestidspunktet, og hvor der opstår en efterfølgende omstændighed der påvirker kontraktforholdet i en bebyrdende grad. Som det fremgår af det økonomiske afsnit²⁰⁶, så er den manglende kontrahering ex ante grundet i ufuldstændig information på kontraktindgåelsestidspunktet, samt de transaktionsomkostningerne der er forbundet med at forudse alle fremtidige omstændigheder. Der opstår derved en juridisk usikkerhed, som kommer til syne, når en efterfølgende omstændighed materialiseres ex post. Parterne vil derefter, i mangel af kontraktgrundlag, samt andet hjemmelsgrundlag i lovgivningen, få deres tvist løst ved aftalesupplering, hvor det meget vel kan tænkes, en domstol dømmer efter et økonomisk synspunkt, om hvilken af parterne der er nærmest til at bære risikoen. Denne juridiske usikkerhed

²⁰³ Madsen & Østergaard (2017, s. 9)

²⁰⁴ Madsen & Østergaard (2017, s. 8)

²⁰⁵ Madsen & Østergaard (2017, s. 8). For nærmere gennemgang, se hertil Madsen & Østergaard (2017, s. 8) og Østergaard (2014, s. 140)

²⁰⁶ Se bl.a. afsnit 3.2

skaber en del transaktionsomkostninger for parterne ex post, i form af kontrolomkostninger, som evt. kunne være undgået ved brug af en hardship-klausul. En hardship-klausul regulerer usikkerheden forbundet med parternes forpligtelser overfor hinanden hvad angår efterfølgende omstændigheder. Parternes risikofordeling ændres herefter gennem en genforhandling, som er relationsbevarende. I tilfælde af, at det er en domstol der skal regulere denne risikofordeling, kan parterne derimod ikke være sikker på, at denne bliver som de ønsker.

5.6.2 Brugen af ICC Hardship-klausul 2003

ICC Hardship-klausul 2003 anfører i selve klausulen ikke hvordan en evt. risikofordeling mellem kontraherende parter bør være opstillet. Klausulen forpligter derimod, i paragraf 2(b) parterne til at genforhandle alternative kontraktbestemmelser, som med rimelighed tillader konsekvenserne af den efterfølgende omstændighed. Det er derefter op til parterne selv at blive enige om en rimelig allokering af den risiko, den efterfølgende omstændighed har pålagt en kontraktpart.

En genforhandlingspligt efter ICC Hardship-klausul 2003, kan antages at være langt bedre til at bevare relationen mellem parterne, end hvis en domstol skal aftalesupplere med retsfiguren Nærmest til at bære risikoen. Et problem der opstår, med at anvende Nærmest til at bære risikoen i forhold til at indsætte en hardship-klausul, såsom ICC Hardship-klausul 2003 er, at domstolen påtvinger en part de bebyrdende økonomiske konsekvenser, der kan opstå ved en efterfølgende omstændighed, fremfor at lade parterne blive enige om allokeringen gennem en genforhandling. Det er derfor oplagt for kontraherende parter i et kontraktforhold at inddrage en hardship-klausul, i stedet for at forlade sig på aftalesupplering fra domstolens side i tilfælde af, at en tvist opstår. Problemet med genforhandling efter ICC Hardship-klausulen 2003 er dog, at der ikke er pligt til at blive enige ved genforhandling, og at klausulen blot forlader sig på ophør af kontraktforholdet, som alternativ retsvirkning, jf. paragraf 3, i tilfælde af, at der ikke opnås enighed. Denne alternative retsvirkning, er alt andet end relationsbevarende, og hele grundlaget for hardship-klausulen bortfalder, hvis dette alternativ tages i brug. Det fremgår derfor også af note e) til ICC Hardship-klausul 2003, at i tilfælde af at betingelserne i paragraf 3 ikke kan anvendes, så er sandsynligheden for, at der anlægges en tvist på baggrund af uenigheder mellem parterne være sandsynlig, hvorefter der kan anlægges sag an ved en domstol på baggrund af en generel tvistløsningsklausul i kontrakten.²⁰⁷ Hvis parterne vælger at

²⁰⁷ ICC Hardship Clause (2003, s. 17)

lægge sag an på baggrund af en tvistløsningsklausul, er de tilbage til udgangspunktet, hvorefter det er op til en domstol at allokere risikoen på baggrund af hvem der er Nærmest til at bære risikoen. Det optimale for kontraherende parter, ud fra et relationsbevarende synspunkt, er derfor, hvis de kan blive enige ved hjælp af genforhandlingen.

5.7 Delkonklusion

Af ovenstående juridiske analyse, kan det udledes, at en hardship-klausul i flere situationer er fordelagtig for kontraherende parter at anvende.

I relation til købeloven § 24, er dette navnlig en fordel, når der i kontraktgrundlaget mellem parterne er anvendt en force majeure-klausul der er bredere end hvad der forstås efter købeloven § 24, hvis force majeure-klausulen ikke er ordentlig specificeret i aftalen eller hvis force majeure-klausulen ikke fremgår. Hardship-klausulen kan i disse tilfælde fordelagtigt anvendes for at undgå tvivl om, hvor grænsen går for påberåbelse af force majeure. Hardship-klausulen kan derved fungere som ”oprydnings”-klausul. Ved en ”oprydnings”-klausul skal forstås, at for at en hardship-klausul er fordelagtig for kontraherende parter at anvende, bør den specificeres i den forstand, at den kun inddrager de efterfølgende omstændigheder, som ikke er en del af købeloven § 24 anvendelsesområde eller i øvrigt er en del af anvendelsesområdet for en af parterne anvendt force majeure-klausul. Hvis parterne formår at præcisere en given hardship-klausul, vil denne i og for sig ikke kunne fungere som et alternativ til at påberåbe sig force majeure, jf. købeloven § 24. Den kan derimod fungere som et supplement til at undgå tvivlstilfælde og situationer, hvorved det ikke er muligt at påberåbe sig købeloven § 24. Dette kan gavne kontraktforholdets videre forløb, da hardship-klausulens genforhandlingspligt stiller parterne i en bedre position, end retsvirkningerne efter købeloven § 24.

I forhold til aftaleloven § 36 er det fordelagtigt at anvende en hardship-klausul i de tilfælde, hvor der kan forekomme kontraktuel ubalance på baggrund af en uforudset efterfølgende omstændighed. Ved at kontrahere en hardship-klausul fremfor at påberåbe sig urimelighed efter aftaleloven § 36 har parterne mulighed for at justere og optimere aftalen på fælles præmisser, fremfor at det er en domstol der tilsidesætter eller justerer aftalen helt eller delvist. En hardship-klausul fungerer derfor som et proaktivt, relationsbevarende alternativ til de retsvirkninger der fremgår efter aftaleloven § 36. Brugen af en hardship-klausul eliminerer dog ikke risikoen for at en part påberåber sig aftaleloven § 36, da denne anses for at være præceptiv.

Forudsætningslæren er en retsgrundsætning som ikke relaterer særlig godt til en hardship-klausuls anvendelsesområde. Forudsætningslærens anvendelsesområde forholder sig i langt større omfang til andre typer forhold end længerevarende kontraktforhold, hvorimod hardship-klausuler som oftest anvendes ved disse. Det angives både i retspraksis og retslitteraturen, at professionelle parter bør kunne foretage en risikoafvejning på kontraktindgåelsestidspunktet, som domstolen ikke bør regulere. Der kan derfor argumenteres for, at forudsætningslæren ikke kan påberåbes eller anvendes i tilfælde hvor der er anvendt en hardship-klausul mellem parterne.

Nærmest til at bære risikoen, er den retsfigur, hvor både lighederne og fordelene ved at anvende en hardship-klausul kan antages at være af størst betydning. Forskellen på at en domstol aftalesupplerer med retsfiguren nærmest til at bære risikoen og parterne anvender en hardship-klausul, består i, hvilke retsvirkninger der medfølger. Hardship-klausulen har fordelen af at være relationsbevarende, hvorimod der kan opstå usikkerhed i tilfælde af at en domstol skal aftalesupplere med retsfiguren Nærmest til at bære risikoen, da parterne ikke kan vide sig sikker på hvordan domstolen vælger at allokere den pågældende økonomiske byrde. Denne byrde vil formentlig blive tillagt den part der økonomisk bedst kan bære den, hvilket ikke er sikkert er den måde hvorpå parterne ville gribe det an, hvis de havde anvendt en hardship-klausul og i stedet havde pligt til at genforhandle. En hardship-klausul fungerer derfor ikke blot som et alternativ i dette tilfælde, men også som det oplagte valgt.

Kapitel 6 – Konklusion

Hardship-klausuler er kritiseret for at være for vage af karakter, ikke tilstrækkeligt velafgrænsede og indeholde en genforhandlingspligt uden retslig virkning, hvor det kan være svært for en dømmende ret at fastslå det korrekte forhandlingsresultat, i tilfælde af, at der ikke er tale om en kompetent instans. Denne kritik står i kontrast til hvad der belyses i denne afhandling, og det er med en vis forundring, at klausulen har fået dette ry, på baggrund af ovenstående betragtninger.

Nærværende afhandling viser ikke blot, at en hardship-klausul kan være ideel at anvende for parter, der ikke har mulighed for at forudse samtlige omstændigheder der kan opstå, men også at hardship-klausulen kan mindske opportunistisk adfærd, og øge tilliden mellem kontraherende parter. De får derved mulighed for at efterlade klausulen vag, da de ved at anvende en proaktiv og relationsbevarende klausul, såsom en hardship-klausul, øger relationsrenten. Kontraherende parter, som vælger at anvende en hardship-klausul, ønsker at indgå i et samarbejde, hvor de er underlagt fællesoptimering fremfor egenoptimering. De har derfor en forpligtelse til at kommunikere i tilfælde af, at kontrakten skal justeres, og har ligeledes en pligt til at genforhandle i tilfælde af bebyrdende efterfølgende omstændigheder. Dette medfører en ansvarsfølelse overfor hinanden, og et indbyrdes forhold, som alt andet lige opbygger relationsrenter, som det ikke er muligt for parterne at finde andre steder, uden at skulle afholde unødvendige transaktionsomkostninger. Parterne er derved blevet hinandens strategiske fit. Hardship-klausulen kan ydermere mindske kontraherende parters transaktionsomkostninger ex ante, da det ikke er nødvendigt at specificere sin hardship-klausul i videre omfang, end den information som parterne er i besiddelse af, i forhold til branchespecifikke forhold og risici. Dette indebærer, at kontraherende parter kan spare utrolig mange transaktionsomkostninger i tilfælde af, at en efterfølgende omstændighed ikke materialiserer sig. Hvis en efterfølgende omstændighed dog opstår, indebærer genforhandlingspligten, at parterne skal afholde omkostninger til at kontraktjustere, hvilket dog ingenlunde bør være den samme mængde omkostninger, som der er forbundet med at skulle afholde transaktionsomkostninger til at forudsige alle fremtidige omstændigheder ex ante, eller afholde kontrolomkostninger i tilfælde af en tvist.

Denne afhandling viser ligeledes, at genforhandlingspligten, som ellers er under kritik, ligeledes er altafgørende for at kontrakter kan anses for at være proaktive og relationsbevarende. Kritikken har dog noget sandt i sig, da domstolens kompetence er vigtig for hvordan kontraherende parter bør

koncipere deres hardship-klausul. Parterne bør i kontraheringsfasen ikke blot forventningsafstemme, men også koncipere deres hardship-klausul ud fra, hvordan domstolene har dømt i tidligere sager. Domstolenes kompetence er derfor afgørende for, hvor vag parterne kan efterlade deres hardship-klausul. Jo mere kompetent og kvalificeret en domstol er, jo bedre er den til at verificere parternes fælles hensigt. Som retssystemet er opbygget i dag, vil der ofte være mulighed for at inddrage sagkyndige, som har viden og erfaring inden for et område, hvorfor det ikke anses for et større problem at efterlade klausulen vag. Argumentationen i den nævnte kritik om, at det kan være svært for en instans at fastslå det rigtige forhandlingsresultat, anses derfor også som værende af meget lille betydning. Dette gør sig især gældende, når det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder tages med i betragtning.

De i afhandlingen nævnte obligations- og aftaleretlige retsfigurer er hverken proaktive eller relationsbevarende. De er tværtimod reaktive i sin tilgang, og flere af dem er baseret på en skønsvurdering samt rimelighedsbetragtning fra domstolens side, som skaber usikkerhed for parterne. Det kan derved være ligeså svært, hvis ikke sværere, at fastslå det rigtige resultat, og det er da også vist, at flere af de retsfigurer der regulerer efterfølgende omstændigheder, sjældent anvendes i retspraksis når det drejer sig om længerevarende kontraktforhold eller erhvervsforhold i øvrigt. I disse tilfælde er holdningen, at det bør være op til parterne selv at foretage den risikoafvejning, der forekommer når en part bliver bebyrdet af en efterfølgende omstændighed.

En hardship-klausul har mange lighedstræk med de af afhandlingen nævnte retsfigurer, når det angår retsfakta, da hardship-klausulen og retsfigurerne begge regulerer efterfølgende omstændigheder. Spørgsmålet der blev stillet i afhandlingen var derfor, hvorvidt en hardship-klausul kunne anvendes som alternativ til det almindelige udgangspunkt om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder. Hardship-klausulen kan i relation til force majeure fungere som en ”oprydnings”-klausul, hvorimod den fungerer på lige fod med aftaleloven § 36 når det kommer til rimelighedsvurderingen, men den vil dog ikke eliminere denne på baggrund af bestemmelsens præceptive karakter. I relation til forudsætningslæren antages det, at hardship-klausulen i princippet kan eliminere brugen af forudsætningslæren når det angår læren om bristende forudsætninger, men at forudsætningslærens fokus i virkeligheden er et helt andet sted. Nærmest til at bære risikoen er en retsfigur, hvoraf der heller ikke er taget højde for den pågældende risiko ex ante, hvilket også er tilfældet med hardship-klausulen. Hardship-klausulen har derved på retsfakta-siden ikke blot

mulighed for at fungere som alternativ, når det angår aftaleloven § 36, forudsætningslæren og Nærmest til at bære risikoen. Den har også mulighed for at fungere som supplement i forhold til det strenge force majeure-krav, der er oplyst i købeloven § 24.

Dette leder hen til, at det især er retsvirkningssiden af ovenstående retsfigurer, der er interessant at belyse. Alle retsvirkningerne fra de anvendte retsfigurer er oplyst i nedenstående figur:

Retsfigur/Retsvirkninger	Erstatning	Øvrige retsvirkninger
Købeloven § 24	Bortfalder	Kontrakten bortfalder efter 6 måneder
Aftaleloven § 36	Op til negativ kontraktinteresse	Partiel/fuldstændig ugyldighed
Forudsætningslæren	Op til negativ kontraktinteresse	Fuldstændig ugyldighed
Nærmest til at bære risikoen	N/A	Hvem bærer omkostningerne for den efterfølgende omstændighed

Som det fremgår af retsvirkningerne, indebærer disse retsfigurer forskellige grader af ugyldighed eller en påtvunget økonomisk byrde. I længerevarende kontraktforhold, hvor parterne er interesserede i at bevare relationen, er det ikke ideelt at påberåbe sig disse i tilfælde af efterfølgende omstændigheder. Selv ved retsfiguren Nærmest til at bære risikoen, vil der foreligge en vis usikkerhed for parterne, da det er domstolen, der påtvinger en økonomisk byrde på den part, der bedst kan bære den økonomiske byrde. Det er dog ikke sikkert, det er den måde, hvorpå parterne havde allokeret byrden, hvis de havde pligt til at genforhandle, da de også besidder privat information, som domstolen ikke har adgang til. Der forekommer ligeledes usikkerhed ved at fastlægge kontraherende parteretsposition ved efterfølgende omstændigheder, hvilket indebærer afholdelse af en stor mængde transaktionsomkostninger. Dette gør det fordelagtigt for parter at anvende en hardship-klausul som alternativ til ovenstående retsfigurer, da genforhandlingspligten ikke indebærer afholdelse af de samme mængder af transaktionsomkostninger, så længe parterne har specificeret deres hardship-klausul i en så tilstrækkelig grad, at der ikke forekommer tvivl om indholdet. Derved slipper parterne for at afholde transaktionsomkostninger i form af kontrolomkostninger, samt de søgeomkostninger

der alt andet lige vil være i tilfælde af, at parterne skal ud og finde nye samarbejdspartnere, da ovenstående retsfigurer ikke er relationsbevarende. Hvis kontrakten ophæves, vil de relationsspecifikke investeringer ligeledes være gået tabt, og relationsrenten der er oparbejdet mellem parterne, vil være noget nær umulig at genfinde igen.

Det er hermed belyst, at det er muligt at anvende en hardship-klausul, selv i sin vage form, og at der ud fra et transaktionsomkostningsteoretisk synspunkt er rationale for at anvende denne. Kontraherende parter vil ligeledes kunne gøre gavn af at anvende en hardship-klausul, ikke blot som alternativ, men også som supplement til de almindelige regler om aftalesupplering ved efterfølgende omstændigheder.

Litteraturliste

Bøger

- Andersen, M. B. (2005). *Domstolenes adgang til at ændre aftaler: Nogle bemærkninger om forudsætninger og efterrationaliseringer i lyset af Højesterets dom i U 2000.656 H. I Avtalslagen 90 År – Aktuell nordisk retspraxis* (1.udg., s. 377-384). Nordstedts Juridik.
- Andersen, M. B. (2013). *Grundlæggende aftaleret* (4.udg.). Gjellerup.
- Andersen, M. B. (2015). *Praktisk aftaleret* (4.udg.). Gjellerup.
- Andersen, M. B., & Lookofsky, J. (2015). *Lærebog i Obligationsret I: Ydelsen, Beføjelser* (4.udg.). Karnov group.
- Andersen, L. L., & Madsen, P. B. (2017). *Aftaler og mellemmand* (7.udg.). Karnov Group.
- Bruserud, H. (2015). *Changed circumstances*. I *The Nordic Contract Act – Essays in Celebration of its One Hundredth Anniversary* (1.udg., s. 59-82). Djøf/Jurist-og Økonomforbundet.
- Bruserud, H. (2010). *Hardshipklausuler* (1.udg.). Fagbokforlaget.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics* (6.udg.). Addison. Wesley.
- Eide, E. (2016). *Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet* (1.udg.). Cappelen Damm forlag.
- Eide, E., & Stavang, E. (2009). *Rettsøkonomi* (2.udg.). Cappelen Damm AS.
- Fontaine, M., & de, L. F. (2019). *Drafting international contracts* (2.udg.). BRILL.
- Gomard, B., Pedersen, H. V. G., & Ørgaard A. (2015). *Almindelig kontraktsret* (5.udg.). Jurist – og økonomforbundets forlag.
- Hagstrøm, V. (2011). *Obligasjonsrett* (2.udg.). Universitetsforlaget.
- Hansen, O. & Ulfbeck, V. (2014). *Lærebog i aftaleret* (1.udg.). Djøf/Jurist-og Økonomforbundet.
- Hondius, E., & Grigoleit, C. (2011). *Unexpected circumstances in European contract law* (1.udg.). Cambridge University Press.
- Jørgensen, S. (1974). *Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler* (1.udg.). Justitsministeriet.
- Knudsen, C. (1997). *Økonomisk metodologi: virksomhedsteori & industriøkonomi* (2.udg.). Jurist-og Økonomforbundet.
- Lindencrone, L., & Werlauff, E. (2017). *Dansk retspleje* (7.udg.). Karnov Group.

- Lookofsky, J., & Ulfbeck, V. G. (2015). *Køb: Dansk indenlandsk købsret (4.udg.)*. Djøf/Jurist-og Økonomforbundet.
- Nielsen, P. A. (2015). *International Handelsret (3.udg.)*. Karnov Group.
- Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2017). *Retskilder og retsteorier (5.udg.)*. Djøf/Jurist-og Økonomforbundet.
- Nørager-Nielsen, J., Theilgaard, S., Hansen, M. B., & Pallesen, M. H. (2008). *Købeloven - med kommentarer (3.udg.)*. Forlaget Thomson.
- Posner, R. A. (2014). *Economic analysis of law (7.udg.)*. Wolters Kluwer Law & Business.
- Raaschou-Nielsen, A. & Foss, N. J. (1997). *Indledning til Rets – og kontraktøkonomi (1.udg.)*. GadJura.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Tvarnø, C. D., & Denta, S. M. (2015). *Få styr på metoden: Introduktion til juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode (1.udg.)*. Ex Tuto Publishing.
- Williamson, O. E. (1975). *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization*. University of Pennsylvania. The Free Press.

Artikler

- Coase, R. H. (1960). *The problem of social cost*. Journal of law and economics, 3(1), (s. 1-44).
- Dyer, J. H., & Singh, H. (1998). *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*. Academy of management review, 23(4), (s. 660-679).
- Goetz, C. J., & Scott, R. E. (1981). *Principles of relational contracts*. Virginia Law Review, (s. 1089-1150).
- Hadfield, G. K. (1994). *Judicial competence and the interpretation of incomplete contracts*. The Journal of Legal Studies, 23(1), (s. 159-184).
- Hart, O. (2017). *Incomplete Contracts and Control*. American Economic Review, 107(7), (s. 1731-1752).
- Herold, F. (2010). *Contractual incompleteness as a signal of trust*. Games and Economic Behavior, 68(1), (s. 180-191).

- Kvaløy, O., & Olsen, T. E. (2009). *Endogenous Verifiability and Relational Contracting*. American Economic Review, 99(5), (s. 2193-2208).
- Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2017). *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten: En overset obligationsretlig grundsætning?* Juristen, 2017(1), (s. 35-43).
- Petersen, C. S. (2013). U.2013B.35. *Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler*. UfR Online
- Posner, R. A. (2004). *The Law and Economics of Contract Interpretation*. Texas Law Review, 83, (s. 1581-2185).
- Posner, R. A., & Rosenfield, A. M. (1977). *Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis*. The Journal of Legal Studies, 6(1), (s. 83-118).
- Schwartz, A. (1992). *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*. The Journal of Legal Studies, 21(2), (s. 271-318).
- Scott, R. E., & Triantis, G. G. (2006). *Anticipating litigation in contract design*. The Yale Law Journal, 115. (s. 814-879).
- Shavell, S. (2006). *On the Writing and the Interpretation of Contracts*. Journal of Law, Economics, & Organization, (s. 289-314).
- Williamson, O. E. (1993). *Calculativeness, Trust, and Economic Organization*. The Journal of Law & Economics, 36(1), (s. 453-486).
- Zhang, J. Z., & Zhu, T. (2000). *Verifiability, incomplete contracts and dispute resolution*. European Journal of Law and Economics, 9(3), (s. 281-290).
- Østergaard, K. (2005). *Anvendelse af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv*. I Julebog 2005 (s. 213-228).
- Østergaard, K. (2014). *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv*. I Rettsøkonomi I Nordiske Dommer (s. 137-160). Universitetet i Oslo. Det juridiske Fakultet.
- Østergaard, K. (2016). *Strategisk kontrahering-efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship-og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. I Ikke Kun Retsfilosofi (s. 435-449). Djøf/Jurist-og Økonomforbundet.

Regulering

- Aftaleloven: Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, LBK nr. 193 af 02/03/2016
- Danske Lov: Kong Christian Den Femtis Danske Lov, Lov nr. 11000 af 15/4/1683
- Købeloven: Bekendtgørelse af lov om køb, LBK nr. 140 af 17/02/2014
- Retsplejeloven: Bekendtgørelse af lov om rettens pleje, LBK nr. 1257 af 13/10/2016

Retspraksis

- UfR 2002.1224H, Jacob Gades Legat mod Edition Wilhelm Hansen A/S, Højesterets dom af 15. Marts 2002.
- UfR 2003.23H, Jørgen Sonnergaard mod Forlaget Carlsen A/S, Højesterets dom af 8. Oktober 2002.
- UfR 2004.2518V, Niels Tapgaard Nielsen mod Evald Skarregård, Vestre Landsrets dom af 19. Juni 2004
- UfR 2005.2218, S.H. Andelsselskab og I/S Alssund Affald mod Sønderborg Fjernvarme A.m.b.A, Højesterets dom af 27. April 2005
- SH2014.H-0097-10/SH2014.U-0003-11, A/S Deres Design mod Smartguy A/S, Sø – og Handelsrettens dom af 9. september 2014
- UfR 2014.558H, MVF 3 ApS mod Intelligent Insect Control SARL og Ole Skovmand, Højesterets dom af 25. november 2013
- H2015.298-2013, DONG Energy Thermal Power A/S mod 50Hertz Transmission GmbH og Energinet.dk, Højesterets dom af 13. Maj 2015

Lex Mercatoria

- DCFR: Draft Common Frame of Reference, book III, 2009
- ICC Publication No. 650: Force Majeure Clause 2003/Hardship Clause 2003
 - <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>
- PECL: The Principles of European Contract Law 1998/2002
- Unidroit principles: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016

Bilag 1: ICC Hardship-klausul 2003

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

- (a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that
- (b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences,

the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.