
Copenhagen Business School

Brexits påvirkning på længerevarende kontrakter

The effects of Brexit on long-lasting contracts

Ulrik Kirkegaard Meibom

Kandidatafhandling på Cand.merc.jur

Copenhagen Business School

15. Maj 2020

Vejledere: Kim Østergaard og Lasse Holt

Sideantal: 74 sider inkl. Forside, Ekskl. Bilag. 149.145 anslag ekskl. Bilag og Kildefortegnelse (svarende til 65,5 sider)

Studienummer: 72960

Executive Summary

The purpose of this thesis is to find out what impact Brexit can have on those long-lasting contracts that were agreed upon before the vote by the British people to leave the European Union.

Brexit has brought along many political, legal and economic uncertainties for corporations operating internationally between a European Union member state and Great Britain. Furthermore, these uncertainties can have an impact on corporations trading with other corporations within a member state, by an unforeseen affect to their contract partners. The goal of this thesis is to examine these uncertainties impact on a specific long-lasting contractual relationship, with the hope of providing some illumination to a broader area of affected parties. This examination is done through an analysis of the macro- and micro-economic environment, in conjunction with an analysis of the legal framework, in which the parties operate. These include, but are not limited to, an analysis of Force Majeure and other legal remedies that can allow a breach of contract in Danish law under hardship. Furthermore, the preventative effect of a hardship-clause, including the economic and legal properties of such a clause, will be examined.

After examination the analysis shows that Brexit's negative effects on the contract partners might not merit a breach of contract under Danish law. A hardship-clause may, after a legal and economic analysis, not be the most effective solution for the parties to prevent Brexit's impact. Despite the added transaction costs a more tailored approach to Brexit's possible outcomes might be necessary to maintain the contract's efficient balance. A Brexit clause that has a more specific focus on the parties' mutually beneficial relational rents can provide a better method to maintain these relational rents.

Finally, the thesis will use the economical and legal analysis to develop a recommendation of the strategic contracting elements in a proactive contract clause. This proactive contract clause can addresses the uncertainties of Brexit more effectively than more commonly used hardship-clauses from international trade.

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse.....	2
Kapitel 1.....	4
1.1 - Indledning.....	4
1.2 - Problemformulering.....	6
1.2.1 - Undersøgelse spørgsmål/problemstillinger.....	6
1.3 - Synsvinkel.....	6
1.4 - Afgræsning.....	7
1.5 - Metode.....	7
1.5.1 - Erhvervsjuridisk metode.....	7
1.5.2 - Økonomisk metode.....	8
1.5.3 - Juridisk metode.....	9
1.6 - Struktur.....	9
1.6.1 - Aftalen imellem virksomhed A og virksomhed B.....	10
Kapitel 2 - Økonomi.....	11
2.1 - Mulighed for toldunion.....	11
2.1.1 - Britiske perspektiv.....	11
2.1.2 - Tidspres.....	15
2.2 - Økonomiske konsekvenser uden toldunionsaftale.....	18
2.2.1 - Most Favoured Nation (MFN) princippet.....	19
2.2.2 - Regulatoriske Non-tariff Barriers (NTB).....	21
2.2.3 - Delkonklusion på økonomisk konsekvenser.....	24
2.3 - Den perfekte kontrakt og hardship-klausuler.....	24
2.3.1 - Den perfekte kontrakt.....	25
2.3.2 - Hardshipklausul.....	31
2.4 - Delkonklusion.....	35
Kapitel 3 - Jura.....	36
3.1 - Udgangspunkt.....	36
3.2 - Forudsætningslæren.....	36
3.2.1 - Forudsætningslæren i forhold til aftalen.....	38
3.3 - Aftalelovens § 36.....	39
3.3.1 - Aftl. § 36 i erhvervsmæssige forhold.....	40

3.3.2 - Aftl. § 36 i forhold til aftalen	42
3.4 - Købelovens (KBL) § 24 og Force Majeure.....	46
3.5 - Opsigelse	48
3.6 - Genforhandling.....	48
3.7 - Delkonklusion på dansk ret.	49
3.8 - Hardshipklausuler.....	50
3.8.1 - Hvad er hardshipklausuler?.....	50
3.8.2 - UNIDROIT International Commercial Contracts	51
3.8.3 - (ICC) International Chamber of Commerce.....	52
3.8.4 - Fælles for modellovene	53
3.8.5 - Hardship-klausuler i dansk ret.....	55
3.8.6 - Konklusioner på modelloves hardship-klausuler	56
3.9 – (Delkonklusion) Anbefaling fra et juridisk perspektiv	57
3.9.1 - Forløbelig anbefaling	57
Kapitel 4 - Integreret analyse	60
4.1 - Indledning.....	60
4.2 - Kilder til vedvarende konkurrencemæssige fordele	60
4.2.1 - Opsummering af kilder til vedvarende konkurrencemæssige fordele.....	63
4.3 - Reaktiv kontrahering og proaktiv kontrahering	63
4.4 – Anbefaling ved En Proaktiv Klausul	64
4.4.1 - Indholdet af en proaktiv klausul imellem virksomhed A og virksomhed B	64
Konklusion	67
Litteraturliste	68
Bøger.....	68
Artikler	68
Modellove.....	70
Rapporter.....	70
Lovgivning.....	71
Domme, Afgørelser og Kommunikation	72
Hjemmesider	73
Bilag 1	74

Kapitel 1

1.1 - Indledning

Den 23. juni 2016 valgte den britiske befolkning med 51,9% af de fremmødte stemmer at stemme for at forlade den Europæiske Union¹. Afstemningen var ikke juridiske bindende² for det britiske parlament, om end parlamentet lovede at følge afstemningens resultat, og indledte den 29. marts 2017³ med meddelelse jf. TEU Art. 50 nr. 2. de officielle forhandlinger med den Europæiske Union om den britiske unions udtræden af det europæiske samarbejde ved TEU Art. 50. Det Europæiske råd har udpeget den europæiske kommission til at forhandle på vegne af den Europæiske Union og har samtidig nedsat retningslinjerne for forhandlingerne. I den Europæiske Unions historie er det aldrig sket at et medlemsland, har besluttet at forlade samarbejdet, og derfor eksisterer der ikke en historisk linje, forhandlingerne kan støtte sig til.

Forhandlingerne er delt op i forskellige faser grundet den store sammensmeltning af politik, økonomi, handel og jura imellem den Europæiske Union⁴ og den Britiske Union⁵. Den nu overståede fase 1 af forhandlingerne omhandlede hovedsagligt EU og de britiske borgers fremtidige rettigheder og den irske/nordirske grænse såvel som de økonomiske mellemværender imellem EU og UK. Fase 2 omhandlede overgangstiden indtil UKs endelige udtrædelse af EU og blev offentliggjort den 19 marts 2018 og er, hvor parterne nu befinder sig.

Fase 3 omhandler de meget omdiskuterede fremtidige handelsaftaler imellem EU og UK. De to store spørgsmål angår, hvorvidt UK vil forsætte med at være en del af EU's handelsunion⁶ og EU's toldunion. Samtidig er det usikkert, hvorvidt UK vil beholde de europæiske direktiver og forordninger, der regulerer alt fra produktsikkerhed⁷ til misligholdelses muligheder i internationale kontraktrelationer.

På nuværende tidspunkt er der stor usikkerhed, om hvordan handlen imellem europæiske og britiske virksomheder bliver påvirket af den britiske udmeldelse af EU. Der er publiceret flere rapporter der forsøger at belyse den makroøkonomiske påvirkning af Brexit og som generelt viser en negativ effekt på den internationale handel med UK. Disse rapporter har et fælles fokus på fremtidige handelsaftaler, men

¹ Referendum on the United Kingdom's membership of the European Union, juni 2016.

² Dette er ikke tilfældet da referendums, medmindre specifikt angivet i referendummet, ikke er bindende i engelsk ret.

³ Letter of Prime Minister Theresa May to European Council President Donald Tusk (marts 29, 2017).

⁴ Herefter angivet som EU.

⁵ Herefter angivet som UK.

⁶ "Single market"

⁷ Direktiv 2001/95/EF af 3. december 2001

tager generelt ikke hensyn til de i forvejen eksisterende aftaler imellem britiske og europæiske virksomheder. Det må forventes, at der på nuværende tidspunkt eksisterer flere langtidsløbende kontrakter imellem danske virksomheder, der er blevet indgået før den førnævnte afstemning og forventes at forsætte, uafhængig af de fremtidige politiske aftaler imellem EU og UK. Særligt den juridiske usikkerhed giver anledning til forventelige økonomiske påvirkninger på disse eksisterende aftaler.

I værste tilfælde kan de politiske aftaler ende i at samhandlen bliver underlagt MFN toldafgifter. I bedste tilfælde forsætter UK som medlem af toldunion og den europæiske handelsunion, der dog stadig kan skabe usikkerhed omkring den juridiske regulering. Uagtet resultatet af de politiske forhandlinger vil der ske påvirkninger på de eksisterende kontrakter, og særligt fordelingen af de sandsynligvis stigende toldomkostninger⁸ giver de danske virksomheder et ønske om et proaktivt genbesøg af de eksisterende kontrakter for at forsøge at beholde en gensidig værdiskabelse.

Denne afhandling vil forsøge at kortlægge de juridiske og økonomiske usikkerhedsmomenter som danske virksomheder skal være opmærksomme på i de eksisterende langtidsvarende kontrakter med andre danske virksomheder. Dette gøres med det formål at prøve at skaffe virksomhederne en anbefaling til en klausul, hvis mål er at undgå de værste økonomiske og juridiske konsekvenser.

Til benyttelse af denne kortlægning vil en fiktiv aftale imellem den danske virksomhed A og den danske virksomhed B blive antaget⁹.

⁸ Ved indførelsen af told eller toldbehandling.

⁹ Nærmere om aftalen i sektion 1.6 - Struktur.

1.2 - Problemformulering

I denne afhandling ønskes følgende overordnede problemformulering besvaret:

Hvad er Brexits konsekvenser for danske virksomheder i langtidsvarende kontraktforhold og hvorledes kan dette afhjælpes igennem strategisk kontrahering?

1.2.1 - Undersøgelse spørgsmål/problemstillinger

- Hvad er de juridiske og økonomiske konsekvenser af Brexit på et dansk kontraktforhold?
- Hvordan påvirker Brexit kontraktrelationen?
- Hvordan kan virksomhed A bevare kontrakten uden at afholde alle de økonomiske konsekvenser alene?
- Kan en indførelse af en hardship-klausul eller anden klausul hjælpe virksomhed A ved Brexit?

1.3 - Synsvinkel

Jeg har valgt at anlægge en virksomheds synsvinkel med det formål at besvare virksomhedens problemstillinger. Ved at benytte en synsvinkel fra en part i et kontraktforhold kan det bedre analyseres hvilke problemstillinger der kan opstå såvel som hvordan problemstillinger bedst kan løses til gavn for kontraktforholdet. Dermed bliver kontrakten og relationen imellem parterne i kontrakten analyseobjektet. I denne afhandling er synsvinkel virksomhed A, som har indgået i en kontrakt med virksomhed B, der nu bliver påvirket af udefrakommende omstændigheder. Synsvinklen hvori fokusering på en virksomhed som aktør, i det kontraktmæssige forhold med en anden virksomhed, giver god mulighed for at inkludere flest mulige problemstillinger i kontraktforholdet.

1.4 - Afgræsning

Afhandlingen fokuserer på forretningsforhold, business-to-business, hvorfor forbrugerkontrakter ikke behandles.

Det antages, at alle kontrakter nævnt er indgået gyldigt og fastsætter rettigheder og pligter over for parterne. Derudover antages det, at misligholdelse af kontrakten vil medføre et erstatningsansvar, hvis der ikke er en juridisk gyldig grund til misligholdelsen. Erstatningsstørrelsen og dennes nærmere juridiske virkning vil ikke indgå i behandlingen.

Alle lande har deres egen måde at håndtere ændrede omstændigheder. Denne afhandling har til formål at belyse retsstillingen imellem to danske virksomheder, hvori den ene handler med en britisk virksomhed. Den britiske og internationale lovgivning vil derfor ikke blive anvendt, og det antages, at de danske virksomheder ikke har indgået et lovvalg eller fravalgt danske deklaratoriske love.

Det antages, at virksomhederne har en interesse i at kontraktforholdet består. Dette vil sige, at kontraktforholdet havde bestået, hvis det havde fået lov til at fortsætte uden at blive påvirket af Brexit.

1.5 - Metode

Nedenfor følger den metodiske fremgang der er valgt i afhandlingen. Denne består af den retsdogmatiske metode og økonomiske metoder. Derudover vil den erhvervsjuridiske metode blive benyttet til at integrere de økonomiske og den juridiske metode med det formål at komme med en samlet anbefaling.

1.5.1 - Erhvervsjuridisk metode

Hvor den juridiske metode er aktørforudsætningsuafhængig, vil den erhvervsjuridiske metode ofte blive brugt med en virksomhed som aktør. Dette gør den erhvervsjuridiske metode velegnet i brug med kontraktøkonomien hvori synsvinkel kan placeres som en virksomhed. Dette er også tilfældet i denne afhandling, hvori synsvinkel er fastsat som virksomhed A¹⁰. Den erhvervsjuridiske metode kan siges at være problemorienteret¹¹, hvori der skal foretages valg for at optimere økonomisk. Denne afhandling vil derfor

¹⁰ Se eventuelt afsnit 1.3 – Synsvinkel.

¹¹ Metode på cand.merc.jur, Kim Østergaard Julebog 2003, side 281.

bruge den retsdogmatiske metode til at finde gældende ret ud fra de nævnte problemstillinger og derefter bruge de valgte økonomiske metoder som guide til en handling fra en aktør. Dog går sammenspillet imellem den juridiske metode og de økonomiske metoder videre og forsøger at finde en optimal løsning ud fra den erhvervsjuridiske metode i lyset af strategisk kontrahering.

Hvor det i den ny institutionelle økonomi tankegang er nærliggende at betragte juraen som en institution der påvirker ressourceallokering¹², er juraen i synet af den erhvervsjuridiske metode et middel, der kan bruges til forbedring. I denne afhandling vil denne forbedring komme til udtryk som en anbefaling til den videre ageren for virksomhed A.

Målet med den erhvervsjuridiske metode i denne afhandling er derfor at bruge metoden som et styringsredskab til virksomheden i et forsøg på at skaffe virksomheden en mere præventiv tilgang til dennes juridiske problemstillinger, da en indtil videre reaktiv tilgang til de juridiske problemstillinger har skaffet virksomheden videre økonomiske problemstillinger. Dette betyder ikke at virksomheden med sin reaktive tilgang nødvendigvis har skabt - det er jo en uforudset hændelse - de økonomiske problemer. Men den erhvervsjuridiske metode kan forsøge at formindske de økonomiske problemstillinger ved en proaktiv tilgang til jura.

1.5.2 - Økonomisk metode

I først del af den økonomiske analyse vil det først forsøges at kvantificere de makroøkonomiske påvirkninger på UK for at vurdere de politisk-motiverede scenarier. Derefter vil disse scenarier blive analyseret for at finde de kontraktøkonomiske konsekvenser for analyseenheden (virksomhed A) ved Brexit.

I anden del af den økonomiske analyse vil den normative tilgang om den perfekte kontrakts forudsætninger analyseres. Denne neoklassiske tilgang til kontraktøkonomi kan derefter betragtes som værende en referenceramme for den følgende, ny institutionelle økonomiske analyse, af parternes muligheder for at opnå efficiens trods senere indtrufne omstændigheder. Den neoklassiske tilgang til den perfekte kontrakt vil hovedsageligt omhandle teorier om optimal risikoallokering, transaktionsomkostninger og parternenes rationalitet, dog vil disse inkludere modifikationer fra den ny institutionelle tilgang for at forsøge at sætte kontrakten i et mere realistisk lys. Målet med den økonomiske analyse er at berige den juridiske tankegang i kontraktforholdet.

¹² Metode på cand.merc.jur, Kim Østergaard Julebog 2003, side 273.

1.5.3 - Juridisk metode

Ved afhandlingens juridiske del vil det forsøges afklaret, hvad gældende ret er på området. Den juridiske analyse vil derfor benytte den retsdogmatiske metode, hvor der ved en analyse af relevante danske retskilder det være sig, regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur, vil findes frem til hvad gældende ret på området er. I den retsdogmatiske metode følger man retskilderne igennem en bestemt rangorden, hvorefter man så udleder gældende ret ud fra en samlet vurdering. Udgangspunktet vil være den trindhøjeste norm, loven, og derefter arbejde sig igennem retskilderne. Men da denne afhandling hovedsageligt omhandler Aftl. § 36, forudsætningslæren og force majeure, vil afhandlingen mest forholde sig til retspraksis samt obligationsretlige grundsætninger grundet de førnævntes natur.

Den retsdogmatiske metode kan beskrives som problemstillingsafhængig¹³, og derfor er det nærliggende, at der ved de opsatte problemstillinger for virksomhed A og B er klare juridiske problemstillinger, der med den retsdogmatiske metode kan forsøges redegjort for.

Analysen vil hovedsageligt vedrøre dansk ret men grundet hardship-klausulernes form, og dennes manglende eksistens i dansk ret, vil internationale modellove blive inddraget. Disse modellove er primært fra UNIDIT¹⁴ og ICC¹⁵.

Derudover vil EU lovgivning og forløbelige aftaletekster imellem EU og UK benyttes, hvor dette er aktuelt.

1.6 - Struktur

Afhandlingen er opdelt i tre hovedkapitler; et økonomisk, et juridisk og et integreret.

Først vil det økonomiske kapitel analysere Brexits påvirkninger på virksomhed A. Efterfølgende vil teorien om den perfekte kontrakt blive analyseret for at belyse kontraktindgåelsens elementer. Endeligt vil disse to økonomiske analyser resultere i en økonomisk analyse af hardship-klausuler.

Det juridiske kapitel vil for det første analysere retsstillingen for virksomhed A ved uforudsete efterfølgende omstændigheder, derefter vil retsvirkningen af hardship- og opsigelsesklausuler på forholdet vurderes.

¹³ Metode på cand.merc.jur, Kim Østergaard Julebog 2003, side 277.

¹⁴ UNIDIT Principles of International Commercial Contracts.

¹⁵ ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003.

Endeligt vil det integrerede kapitel, med resultaterne fra de juridiske og økonomiske kapitler, analyserer strategisk kontrahering imellem kontrahenter, med det formål at udarbejde en anbefaling til en klausul på forholdet.

1.6.1 - Aftalen imellem virksomhed A og virksomhed B

De to danske virksomheder, virksomhed A og virksomhed B, har før Brexit afstemningen indgået en længerevarende kontrakt. Ved denne aftale forpligter virksomhed A sig til at importere løvsøre¹⁶ fra UK og videresælge disse til virksomhed B. Kontrahenterne har ikke foretaget lovvalg, fravalgt deklaratoriske danske bestemmelser eller inkluderet en klausul til behandling af uforudsete efterfølgende begivenheder. Parterne har bestemt at der skal inkluderes et opsigelsesvarsel i kontrakten med to tidsrammer: 1. Hvis kontrakten har varet imellem 0 og 12 måneder er opsigelsesvarslet 3 måneder. 2. Hvis kontrakten har varet 12 måneder er opsigelsesvarslet 6 måneder og derefter stiger opsigelsesvarslet med en måned per år kontrakten har varet, dog kan det længste opsigelsesvarsel ikke overstige et år.

¹⁶ Genusvarer.

Kapitel 2 - Økonomi

I denne del vil det forsøges besvaret hvad de økonomiske konsekvenser ved Brexit kan være for virksomhed A. Dette afhænger hovedsageligt af muligheden for en aftale om en toldunion og dennes sandsynlighed for at blive vedtaget.

Først vil det blive undersøgt hvorvidt der er en mulighed for at EU og UK indgår i en fremtidig aftale om en toldunion, dernæst hvad konsekvenserne for virksomhed A er afhængig af om en aftale om toldunion lykkedes eller ej. Efterfølgende vil den perfekte kontrakt blive analyseret og brugt til en økonomisk vurdering af hardship-klausuler og genforhandling i kontraktforholdet.

2.1 - Mulighed for toldunion

Sandsynligheden for en fremtidig toldunionsaftale imellem EU og UK afhænger af begge parter incitamenter til at deltage i et sådant økonomisk samarbejde, såvel som at en aftale kan nås færdigforhandlet inden UKs allerede aftalte og lovbestemte udgangsdato.

Først vil det blive analyseret, hvorvidt UK har et økonomisk incitament til at indgå i en aftale med EU. Derefter vil det blive analyseret om det praktisk er muligt og sandsynligt at UK og EU kan nå at indgå en handelsaftale før førstnævntes udtrædelse af EU.

2.1.1 - Britiske perspektiv

Da det er lykkedes for EU og UK at nå til enighed omkring en udtrædelse af EU med tilhørende overgangsperiode¹⁷, har parterne påbegyndt forhandlingerne om en varig toldunion. Efter folkeafstemningen om UKs udmeldelse af EU er der blevet udarbejdet forskellige økonomiske modeller, der forsøger at forudse udmeldelsens påvirkning på den britiske økonomi. Disse modeller understreger det makroøkonomisk behov for en aftale imellem EU og UK om et forsat samarbejde. Hovedsageligt benytter disse modeller NiGEM (National institute's Global Econometric Model) i flere rapporter om brexits påvirkning af den britiske og/eller specifikke europæiske medlemslandes økonomi. Modellen af udviklet af National Institute of Economic and Social Research og benytter historiske data såvel som nuværende accepteret økonomisk teori til at vurdere påvirkninger fra økonomiske begivenheder, herunder politiske og

¹⁷ *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, 2019/C 384 I/01

monetære beslutninger, på en regions makroøkonomiske situation. I det nedestående er NiGEM modellen brugt i henholdsvis HM Government¹⁸, OECD¹⁹, Ebell and Warren²⁰ og af Rabobank²¹ med forskellige resultater. Da NiGEM betragtes som standard modellen for at undersøge makroøkonomiske påvirkninger af politiske og økonomiske beslutninger, er det vigtigt at undersøge hvad modellen indeholder, og hvorfor forskellige brugere af modellen kan komme frem til forskellige resultater.

Som set i [bilag 1](#) indeholder NiGEM en lang række udregninger til at vurdere forskellige cirkulærer påvirkninger af økonomiske beslutninger med alt fra forbrug til arbejdsløshed.

Hver enkel udregning og dertil påvirkning af den samlede model og dens output kan underkastes videnskabelig kritik. Dog opstår forskellen i resultater fra brug af modellen sjældent fra en kritik af de individuelle udregningsmetoder (som er bygget på gældende accepteret makroøkonomisk teori), men i brugen af inputs til modellen og tilvalget/fravalget af inputs. F.eks. vælger OECD rapporten at inkludere påvirkninger fra Brexit på Business R&D, imens HM Government ikke vælger at medtage dette i deres brug af NiGEM modellen.²²

Som i al brug af en model med NiGEM størrelse, hvortil man kan fravælge/tilvælge dele og som i alle makroøkonomiske modeller er stærkt afhængig af valget af data som input, vil der opstå forskelligheder. Det er op til de enkelte rapporter at forklare, hvorfor valgene i deres modelbrug er, som de er. Dog er dette ikke en større analyse af brugen af NiGEM modellen, og denne del har forsøgt at forklare hvordan forskellige rapporter, der har brugt NiGEM, kan komme til forskellige resultater. Fælles for de fem rapporter er at de, trods en forholdsvis stor variation, at alle har samme konklusion: Brexit vil have en kort og langsigtet negativ påvirkning på den britiske økonomi, som målt i ændring af GDP. Den negative påvirkning afhænger af de mulige sandsynlige aftaler med den Europæiske Union om et forsat samarbejde på handel efter Brexit.

Nedestående **Tabel 1** indeholder de vigtigste konklusioner, målt i ændring af GDP, fra de fem rapporter der bruger NiGEM som hovedmodel for deres fremtidsforudsigelser indlagt i de tre sandsynlige Brexit scenarier: 1. Blød Brexit, hvori UK forbliver en del af det indre marked. 2. Mellem Brexit, hvori UK og EU bliver enige om en FTA (Free trade agreement) 3. Hård Brexit, hvori al fremtidig handel imellem UK og EU bliver indenfor begges medlemskab til WTO.

¹⁸ HM Treasury, April 2016.

¹⁹ OECD Economic Policy Paper, April 2016.

²⁰ Ebell og Warren, Maj 2016.

²¹ Rabobank, Oktober 2017.

²² OECD Economic Policy Paper, April 2016, Tabel 5 side 35.

Rapport/scenarie	Blød	Mellem	Hård
HM Treasury analysis	-3,8%	-6,2%	-7,5%
OECD	-	-5,1% ²³	-
NIESR	-1,8%	-2,1%	-3,2%
Rabobank	-10%	-12,5%	-18% - -18,5%
Ebell and Warren	-1,8%	-2,1%	-3,3%

Tabel 1 Hvori de forskellige procenter angiver ændring i GDP for UK.

Bemærk at Rabobank har den mest negative konklusion af alle rapporter, der benytter NiGEM model. Dette skyldes hovedsageligt Rabobanks brug af en anderledes told model i NiGEM og en selvbygget produktionsmodel. Dette er grundet CPB (2016)²⁴ kritik af NiGEM som model for langsigtet effekt af Brexit, hvoraf NiGEM vurderes ikke at være brugbar til at forudse handelspolitiske choks baseret på importinflation ved handelsbarrierer eller ændringer i mængden af sammenhandel, da NiGEM ikke som sådan er en handelsmodel.²⁵

Hvorvidt Rabobanks benyttelse af en ændret NiGEM model giver en mere præcis forudsigelse af den britiske økonomi vil ikke blive analyseret videre. Dog er det værd at bemærke, at en individuelt ændret model, der tager større hensyn til ændringer i handlen afhængigt af de nævte scenarier som udgangspunkt må antages at være mere præcis end benyttelsen af NiGEM's standard makroøkonomiske model.

Alle rapporter medtaget i **Tabel 1** har tilfælles, at Brexit vil have en *større* negativ påvirkning på UKs fremtidige økonomiske vækst jo mindre omfattende en fremtidig (eller mangel på) handelsaftale imellem UK og EU bliver. Herunder er det værste scenarie for UKs fremtidige økonomiske vækst, at fremtidig handel imellem UK og EU sker under deres respektive medlemskaber i WTO. Dermed kan det konkluderes, at der må være stærke økonomiske incitament for UK for at forhandle en relativ omfattende handelsaftale med EU før den endelige udtræden af EU. Hvorvidt den britiske politiske motivation følger den økonomiske i dette tilfælde er derimod stadig uklart.

²³ OECD Economic Policy Paper, April 2016 benytter sig ikke af en opdeling af Brexit scenarier, og derfor benytter modellen en blød eller hård scenarie.

²⁴ CPB, Juni 2016.

²⁵ CPB, Juni 2016, side 8.

Derudover skal det inkluderes, at UK har overgivet sin forhandlings suverænitet²⁶ til EU, der på medlemslandenes vegne forhandler handelsaftaler med tredjelande. Hertil skal det nævnes at Rådet²⁷ jf. art. 31 TEUF fastlægger todsatserne i den fælles ydre toldtarif overfor tredjelande. Ved hård Brexit scenariet er UK ikke længere dækket af EU's eksisterende handelsaftaler. Dog vil en frihandelsaftale imellem EU og UK kunne resultere i en lettere tilgang til fremtidige handelsaftaler for UK. Hvis UK politisk signalerer, ved en aftale med EU, at de er klar til at handle med tredjelande²⁸ på fælles præmisser vil forhandlingsarbejdet imellem UK og de tredjelande, der har eksisterende handelsaftaler med EU, kunne øges betydeligt. Tredjelande der er interesseret i at deltage i det europæiske marked vil, ved en frihandelsaftale imellem EU og UK, kunne til vælge UK som adgangspunkt. Dog er udgangspunktet at UK kun vil have en handelsaftale med EU og ikke længere være dækket af EU's handelsaftaler fra overgangsperiodens afslutning. Der er, ved overgangsperiodens aftale²⁹, artikel 124 nr. 4 givet tilladelse fra EU's side til at UK kan forhandle internationale aftaler på egne vegne, så længe disse først træder i kraft efter overgangsperioden³⁰. Dermed har UK mulighed for at forhandle fremtidige aftaler med tredjelande i håbet om, at disse kan være på plads til den 31. december 2020. Dette giver et større økonomisk incitament til at færdigforhandle en aftale med EU om en deltagelse i en handelsaftale

²⁶ Art. 133 TEUF angående den fælles handelspolitik.

²⁷ Rådet for Den Europæiske Union jf. Rådsafgørelse 93/591, EFT L 281.

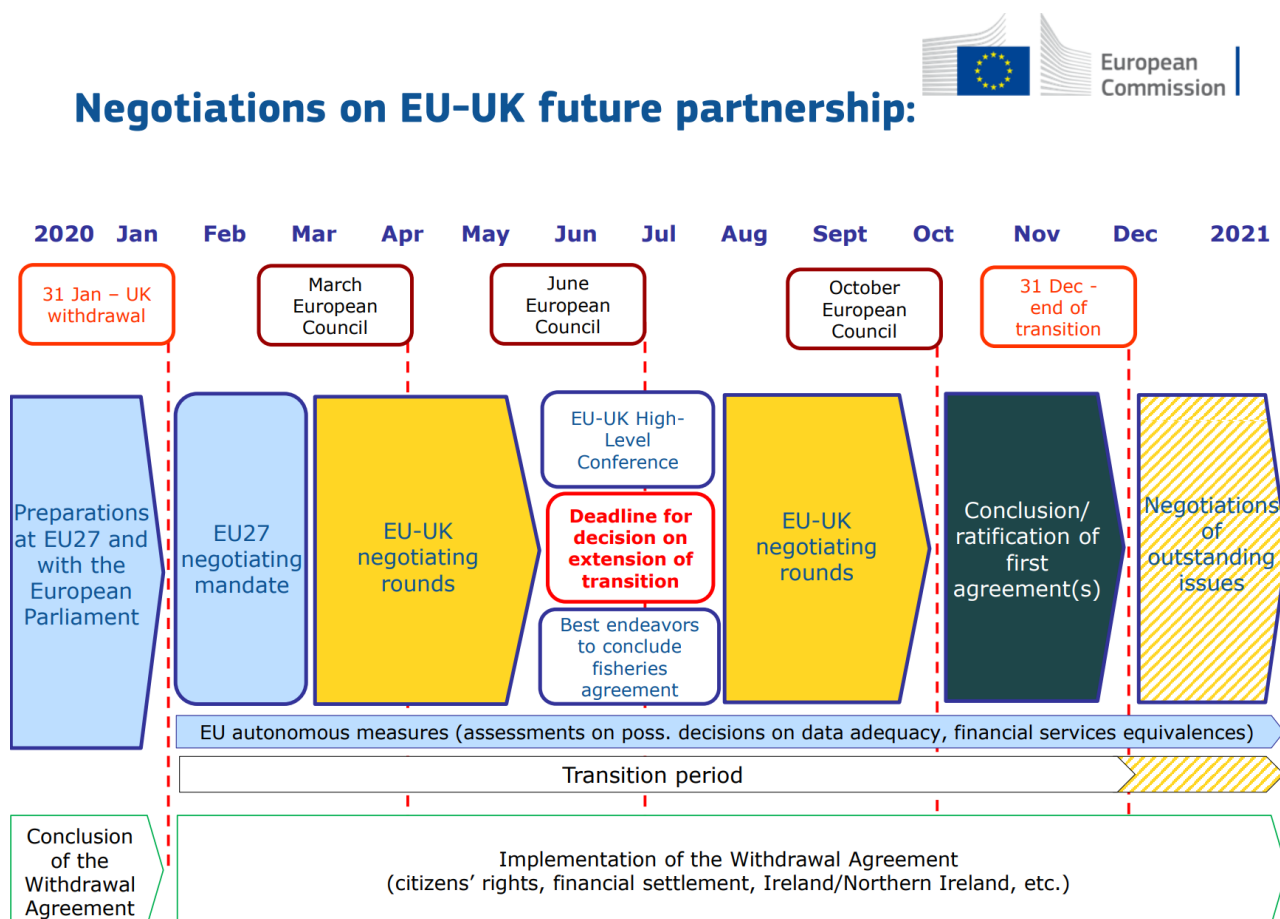
²⁸ Hermed er EU angivet som tredjeland i forhold til handelsaftaler fra UKs perspektiv.

²⁹ TF50 (2018) 35 – Commission to EU27, 19 marts 2018.

³⁰ Såvel som ikke strider imod Artikel 124 nr. 3. Denne vil ikke blive diskuteret nærmere.

2.1.2 - Tidspres

Den 3. februar 2020 udlagde Michael Barnier, EU-kommissionen chefforhandler, tidslinjen for forhandlingerne mellem EU og UK om det fremtidige samarbejde imellem EU og UK. (Se nedenstående *figur 1*).



Figur 1 Slides used by M. Barnier on occasion of the presentation of the Commission's proposal for a Council recommendation on directives for the negotiation of a new partnership with the UK. https://ec.europa.eu/info/publications/slides-used-m-barnier-occasion-presentation-commissions-proposal-council-recommendation-directives-negotiation-new-partnership-uk_en

Den overstående plan blev påbegyndt med første forhandlingsrunde imellem UK og EU den 2 marts 2020 til den 5. marts 2020.

Planen for forhandlingsrunderne blev allerede efter den første runde udskudt grundet Coronavirus indtog i Europa³¹ og senere sat på pause da både Michel Barnier (EU chefforhandler) og David Frost (UK's chefforhandler) blev sat i karantæne med coronavirus³². Den 15. april blev forhandlingerne genoptaget og

³¹ <https://www.theguardian.com/politics/2020/mar/12/uk-and-eu-agree-to-dial-down-rhetoric-in-brexit-talks>

³² <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/26/covid-19-puts-post-brexit-relationship-talks-in-deep-freeze>

tidsplanen for forhandlingerne skubbet fra maj til juni.³³ Dette betyder at de 5 forhandlingsrunder indsat i Terms Of Reference On The UK-EU Future Relationship Negotiations³⁴, bortset fra allerede afholdt første runde, er blevet udskudt. Konsekvensen ved disse udskydelser er kortere tid for parterne til at nå til enighed om en eventuel indgåelse af toldunion. I "Brexit withdrawal agreement"³⁵ er der sat en hård deadline (1. januar 2021) for forhandlingerne om fremtiden for UKs deltagelse i det indre marked. Hvis forhandlingerne ikke er fuldendte og de nødvendige love ratificeret på dette tidspunkt vil overgangsperioden slutte og UK forlade EU med tredjelands rettigheder og tolsatser. Der er indsat en mulighed for forlængelse af overgangsperioden med op til 2 år, hvis EU og UK begge ønsker dette. Jf. overstående plan i **figur 1**, skal beslutningen om en forlængelse af overgangsperioden tages inden juli 2020.³⁶ Dog er dette en politisk beslutning, som fra UK's premiereminister Boris Johnson allerede er blevet afvist.³⁷ Dermed står forhandlingsparterne i den situation, at de har få måneder til at gennemforhandle en mulig aftale.

Dette, i handelsaftalereg, må betragtes som værende kort tid til at forhandle en handel og toldaftale i den størrelsesorden nødvendig for at forhindre de især økonomiske komplikationer ingen handelsaftaler vil medføre. EU har flere handelsaftaler som vist i **Tabel 2** nedenfor, hvilket angiver en præcedens for EU om at forhandle handelsaftale med nuværende og fremtidige tætte samarbejdspartnere. Samtidig er det angivet, hvor lang tid, det tog at forhandle den pågældende aftale. Det skal bemærkes at internationale handelsaftaler forefindes i mange størrelser med vidt forskelligt grundlag, og tidsrammerne derfor skal tages som et oplysende udgangspunkt og ikke en eksakt forventelig tidshorisont for en UK/EU aftale, da denne skal opnås ved en væsentlig kortere og dedikeret forhandlingsperiode.

³³ <https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-by-uk-and-eu-negotiators-following-the-videoconference-on-15-april-2020>

³⁴ <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms-of-reference-eu-uk-future-relationship.pdf>

³⁵ *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, 2019/C 384 I/01

³⁶ Som fastsat i 2019/C 384 I/01

³⁷ <https://www.reuters.com/article/uk-britain-eu-johnson-transition/uk-will-not-extend-brexit-transition-period-johnsons-spokesman-idUSKBN1Z5139>

Type/Navn	Parter	Tid (i år) ³⁸
CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)	Canada/European Union	7
EPA (Economic Partnership Agreement)	Japan/European Union	6
FTA (Free Trade Agreement)	South Korea/European Union	8

Tabel 2 – En oversigt over hvor lang tid en handelsaftale har taget at færdiggøre.

Hvorvidt EU og UK kan nå til enighed på under 7 måneder omkring en så vidtgående og politisk anspændt aftale som en forsættelse af UKs medlemskab i toldunionen er ukendt. Dog virker det på nuværende tidspunkt, med udsættelse af forhandlingsrunder og overstående tabel med tidligere (og langt mindre vidtrækkende) aftalers tidsforbrug, ikke sandsynligt.

Nedestående økonomiske analyse vil tage udgangspunkt i situationen hvori UK og EU ikke opnår en aftale om en forsat toldunion. Dette udgangspunkt er valgt af to hovedgrunde:

1. Sandsynligheden for at UK og EU opnår en fuldstændig handelsaftale, på samme niveau som den eksisterende situation med UKs medlemskab i EU, under det gældende tidspres og politisk landskab forekommer usandsynligt.
2. Hvis UK og EU opnår en ønsket handelsaftale er indholdet på nuværende tidspunkt tvivlsomt. Det er sandsynligt at en eventuel aftale vil eksistere imellem de to yderpunkter³⁹, dog vil selve aftalens indhold på nærværende tidspunkt være for spekulativ i dens natur.

Dog vil situationen hvori UK og EU indgår en toldunionsaftale blive benyttet hvor dette er passende for den videre analyse.

³⁸ Bemærk at tiden er angivet fra den officielle forhandlingsstart. Det må antages at der har været en længere forberedelsestid før den officielle forhandlingsstart.

³⁹ Yderpunkt 1. En forlængelse af den nuværende situation med, på handelsområdet, et de facto medlemskab i toldunionen. Yderpunkt 2. Et såkaldt hård Brexit med ingen handelsaftale hvori UK betragtes som et tredjeland.

2.2 - Økonomiske konsekvenser uden toldunionsaftale

Et af fundamentene bag den europæiske union er den frie bevægelighed for varer imellem medlemsstaterne. Medlemsstater er jf. art. 30 TEUF forpligtet til ikke at indføre told, og andre afgifter, ved indførsel og udførsel af varer mellem medlemsstaterne. UK har, såvel som andre EU medlemslande, været forpligtet til at følge denne traktatbestemmelse. Ved UKs udtrædelse af EU vil medlemslandene ikke længere, overfor UK, været bundet af denne bestemmelse, og der kan (og skal) indføres told på varer imellem EU og UK.

UK er per dets medlemskab i den europæiske union en del af den indre europæiske toldunion, der blev oprettet som en del af fundamentet i den forudgående europæiske union i 1958 med EEC, hvoraf UK tilsluttede sig i 1973. Hvis UK forlader den europæiske union uden en aftale omkring en fremtidig deltagelse i toldunionen vil det medføre økonomiske konsekvenser for samhandlen mellem medlemsstater og UK.

Dog er det muligt, at EU og UK når at blive enige om en toldaftale, der medfører fremtidig medlemskab, sandsynligvis på samme vilkår som ikke EU medlemslande medlemskab til den europæiske toldunion. Der er præcedens for en inklusion af UK ved Tyrkiets⁴⁰ medlemskab per 1996 i den europæiske toldunion. Hvis en sådan aftale ikke når at blive færdigforhandlet, vil UKs toldsatser i sammenhandel med europæiske lande blive reguleret igennem UKs medlemskab af World Trading Organisation (WTO). UKs medlemskab er som udgangspunkt betragtet som værende en del af deres medlemskab i den europæiske union⁴¹, dog var UK en af grundlæggerne af forgængeren til World Trading Organisation – General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) i 1948 og dermed bevarer de automatisk deres medlemskab til WTO.

I tilfælde af at Brexit ikke ender med en særskilt toldunionsmedlemskab for UK i den europæiske toldunion vil UKs forhold med de tilbageværende EU-lande derfor blive reguleret af WTO's toldsatser under Most Favoured Nation (MFN) princippet.

⁴⁰ Såvel som Andorra, Monaco og San Marino.

⁴¹ Jf. Marrakesh aftalen af 1995

2.2.1 - Most Favoured Nation (MFN) princippet

MFN princippet indebærer at alle WTO's medlemmer skal behandles ens i forhold til toldsatter. Et land kan godt anvende lavere toldsatter til et andet land end bestemt i WTO, men dette kan kun gøres, hvis disse fordelsagtige toldsatter bliver tildelt til alle WTO's medlemmer⁴². Dermed kan et land ikke forskelsbehandle, ved importtoldsatter, negativt eller positivt imellem WTO's medlemslande. Hvis et land ønsker at give et andet land en lavere importtold på en vare skal dette land udvide denne toldsats til alle medlemmer af WTO.

Der findes undtagelser til MFN princippet fra WTO, dette er den europæiske unions toldunion et godt eksempel på, hvori sammenhandelen imellem medlemslande foregår uden told. Dette betyder naturligvis at toldsatterne imellem EU landene er langt lavere (realt ikke eksisterende) end MFN princippet generelt tillader imellem lande. Men WTO tillader regionale handelsblokke, hvori medlemslandene kan have anden eller slet ingen toldsatter imellem sig, dog bibeholdes MFN princippet overfor tredjelande (ikke medlemmer af den pågældende toldunion). Hvorefter UK uden en toldaftale med EU i fremtiden vil blive behandlet som et tredjeland underlagt MFN princippet. Dette princip har inspireret en økonomisk analyse, der ønsker at EU og UK ikke bliver enige om en toldunion aftale, og at UK derimod handler på WTO princippet men uden importtold.

*Should Britain Leave the EU?*⁴³ Af Patrick Minford, Sakshi Gupta, Vo P.M. Le, Vidya Mahambare og Yongdeng Xu.

Analysen "Should Britain leave the EU" udarbejdet af økonomer fra "Economists for Brexit" viser at Brexit uden en toldaftale vil påvirke den britiske økonomi positivt. Hovedargumentet bag resultaterne er Minford et al politiske anbefaling at sammen med en fratrædelse af den Europæiske Union skal UK fjerne al told på varer importeret til UK og forsætte med at betale told på eksport til andre lande⁴⁴. Dette er en interessant ide da, hvis det bliver indført af de britiske politikere, kan betyde at danske virksomheder kan forsætte sammenhandlen med britiske virksomheder uden told på selv uden en toldunionsaftale imellem UK og EU. Kritikere af Minford et al's analyse⁴⁵ påpeger to hovedpunkter hvor "Should britian leave the EU" er mangelfuld i sin analyse:

⁴² <https://www.eu.dk/samling/20181/almdel/euu/spm/19/svar/1523024/1958101.pdf>

⁴³ Minford, 2015.

⁴⁴ Med et fremtidigt håb at andre lande vil følge UKs eksempel og fjerne deres import told.

⁴⁵ <http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/08/23/economists-for-brexit-predictions-are-inconsistent-with-basic-facts-of-international-trade/>

1. Minford et al påstår, at den Europæiske Union skader sammenhandlen imellem de europæiske medlemslande, da han vurderer, at de europæiske priser ligger 20 % over verdensprisen på landbrug og produktion⁴⁶, og en fjernelse af told vil medføre et fald til 10 %. Minford et al vurderer ikke andre industrier og nævner ikke, hvorfor de europæiske priser kan ligge over verdensværdi, hvoraf en af de vigtigste grunde er ensretning på produktsikkerhed. Det er korrekt, at højere produktsikkerhed skaber højere omkostninger med en stigning i indgangsbarriere og kvalitetskontrol, men det er usikkert, om der vil være politisk velvilje i befolkningen til at mindske produktsikkerheden efter en opløsning af den Europæiske Union. Lande der ønsker lavere produktsikkerhed end nuværende niveau, ville stadig skulle følge produktsikkerhedslovene i de lande de vælger at eksportere til. Derudover tager analysen ikke hensyn til de lavere omkostninger ved et ens sæt af regler for 28 forskellige lande, som følger af at vide, at hvis ens produkter følger reglerne i f.eks. UK, så følger de også reglerne i Sverige. Minford et al mener, at det der som oftest betragtes som værende en af den europæiske unions største styrker (Single Market reglerne) forhindrer et effektivt handelsmarked for medlemslandene.

2. Minford et al mener at fjernelse af alle afgifter på importerede varer vil medføre, at engelske varer automatisk kommer til at handle til verdenspriser, dog ignorerer han et vigtigt element i handlen imellem lande; produkt forskelle. Minford et al's tal bygger på ideen at alle produkter, uanset kvalitet og ophavsland, er ens. Volvo og Mercedes biler er lig med kinesiske biler i forbrugerens øjne og alle køber deres produkter fra det billigst sælgende lands virksomheder. Dette følger ikke "Gravity model of international trade"⁴⁷, hvoraf f.eks. distance har en påvirkning på sammenhandlen⁴⁸ imellem to økonomier, der gør, at engelsk handel vil blive påvirket af ændrede forhold imellem de geografiske tætteste handelspartnere som ikke fuldkommen kan blive dækket af andre, fjernere, handelspartnere. Minford et al baserer deres tal på at andre handelspartnere, ved lavere verdenspriser, kan dække for det naturlige tab af salg til de europæiske lande diskuteret mikroøkonomisk ovenover uagtet at de alternative handelspartnere kan være på den anden side af Jorden med de større omkostninger dette naturligt medfører.

De to overstående makroøkonomiske argumenter imod fjernelsen af told gør det usandsynligt, at de britiske politikere vælger at følge denne anbefaling. Derudover vil en fjernelse af importtold i UK ikke nødvendigvis betyde en ensartet handling fra de europæiske lande. For at vores danske importører ikke bliver negativt påvirket af en manglende toldunionsaftale, kræver det at Danmark (og dermed EU) også vælger at fjerne al told på varer importeret ind i Danmark. Dette må på nuværende tidspunkt betragtes som værende en usandsynlig politisk beslutning.

⁴⁶ Minford et al, 2015, side 13.

⁴⁷ Tinbergen, 1962.

⁴⁸ Nello, 2012, side 116.

Dermed skal det analyseres hvad påvirkningen for overgangen fra et medlemskab i EU med tilhørende indre marked og toldunions medlemskab til en situation, hvori UK ikke har en handelsaftale med EU og (grundet overstående analyse angående indførelsen af ikkeeksisterende toldsatser) dermed må handle med de europæiske lande via WTOs toldsatser og MFN princippet.

Den gennemsnitlige told som WTO medlemmer, hvori der ikke findes en gældende aftale med det pågældende land, sætter på import er 9 %⁴⁹. Dog skal det bemærkes, at toldsatser sat af WTO afhænger af den pågældende vare, så toldsatsen kan være mere eller mindre makroøkonomisk byrdeful på et lands eksport afhængig af, hvad landet eksporterer mest af. Ved virksomheder kan toldsatsen både være forholdsvis lav, og ualmindelig høj afhængig af virksomhedens handelsvare. Denne toldsats skal holdes op imod den nuværende situation, hvori der ikke findes told imellem EU landene. I denne analyse vil det antages, at virksomhed A importerer løsøre fra UK og videresælger disse i Danmark til den danske virksomhed B. Disse løsøre vil ved importen til Danmark blive underlagt importtold under MFN princippet.

2.2.2- Regulatoriske Non-tariff Barriers (NTB)

Regulatoriske NTB'er er alle former for barrierer, der forhindrer eller mindsker import eller eksport af varer, som ikke er direkte told som defineret af FN⁵⁰: *"Non-tariff measures are generally defined as policy measures other than ordinary customs tariffs that can potentially have an economic effect on international trade in goods, changing quantities traded, or prices or both."*

Barrikader efter denne definition eksisterer allerede i al international handel⁵¹, men må antages at være stærkt formindsket i sammenhandel imellem EU lande, da der forefindes fælles regler angående handel som alle medlemslande skal implementere såvel som overholde. I EU lovgivning er der et forbud mod national lovgivning, der direkte eller indirekte, kan forhindre sammenhandlen imellem medlemslande jf. art. 18 TEUF, art. 34 TEUF, art. 45 TEUF, art. 49 TEUF og art. 56 TEUF. Igennem Dassonville-doktrinet⁵² og Cassis de Dijon dommen (120/78) har de europæiske domstole sat en relativ høj barriere imod nationale bestemmelser, der kan forhindre sammenhandel imellem landene. Om end de europæiske domme og bestemmelser generelt omhandler forbud imod diskrimination, er de også et udtryk for et udbredt ønske i EU om, så vidt muligt, at undgå NTB'er imellem medlemslandene.

⁴⁹ WTO, 2015.

⁵⁰ UNCTAD, 2019.

⁵¹ Der findes ikke to helt ens lande med præcis samme regler på alle områder, derfor vil der altid eksisterer NTB'er der påvirker sammenhandlen.

⁵² 8/74

En af de største barrierer ved NTB'er, forskellige national lovgivning, antages at være fjernet af UK ved European Union (Withdrawal) Act 2018⁵³ part 2, stk. 1 der angiver: *"EU-derived domestic legislation, as it has effect in domestic law immediately before exit day, continues to have effect in domestic law on and after exit day."* Påvirkningen fra forskelle i national lovgivning er dermed formindsket i den nærmeste fremtid.⁵⁴ Dog må påvirkningen antages at stige i scenarier, hvori UK ikke implementerer EU lovgivning løbende efter Brexit, så den britiske lovgivning udvikler sig anderledes end den europæiske lovgivning. Økonomiske modeller^{55 56} betragter generelt NTB'er som havende en større påvirkning på sammenhandelen end todsatser. Hvor stor påvirkningen af NTB'er er på sammenhandlen, i forhold til todsatser, kommer til at afhænge af den britiske politiske, juridiske og økonomiske udvikling efter Brexit. Dog kan det antages fra de økonomiske modeller, at en aftale om Brexit, der inkluderer todsatser, vil i sammenhæng med hvor tæt et forhold UK og EU efterfølgende vil have, have en større påvirkning end selve todsatserne på sammenhandlen.

For at forsøge at kvalificere NTB'ers påvirkning på sammenhandlen og dermed påvirkningen på de eksisterende kontrakter, og eventuel forøgelse af omkostningerne, vil det nedestående scenarie angive en forholdsmæssig forøgelse af NTB'ernes påvirkning afhængig af det givne scenarie hvori UK ikke længere er en del af toldunion.

I den økonomiske litteratur betegnes NTB'er opgjort som en værdi af de eksisterende NTB'er og den forventede værdi ved fremtidige ændringer. F.eks. Dinghra et al, 2016 hvori resultat af NTB'er er opgjort som en værdi af forventede eksisterende NTB'er mellem EU og USA. Værdien 1 vil dermed tilskrives samme effekt som de nuværende NTB'er mellem EU og USA. Ændringer, der formindsker NTB'er, giver en lavere værdi, og ændringer, der forøger NTB'er, giver en højere værdi.

Den nuværende situation imellem EU og UK giver anledning til stigende NTB'er i fremtiden, som UK bevæger sig længere og længere væk fra nuværende udgangspunkt som medlem af EU. De gældende NTB'er må antages allerede at være overvejet af virksomhed A, da denne indgik kontrakten med virksomhed B. Grundet denne antagelse kan vi betragte kontraktens indgåelses tidspunkt som værende hvor omkostningerne af NTB'er er en konstant. Virksomhed A har ved kontraktens indgåelse taget stilling til omkostninger for import af løsøre fra UK, herunder de gældende NTB'er, såvel som (teoretisk set) omkostningerne ved told – om end de ved kontraktens indgåelse var 0. Dermed kan NTB'er betragtes som

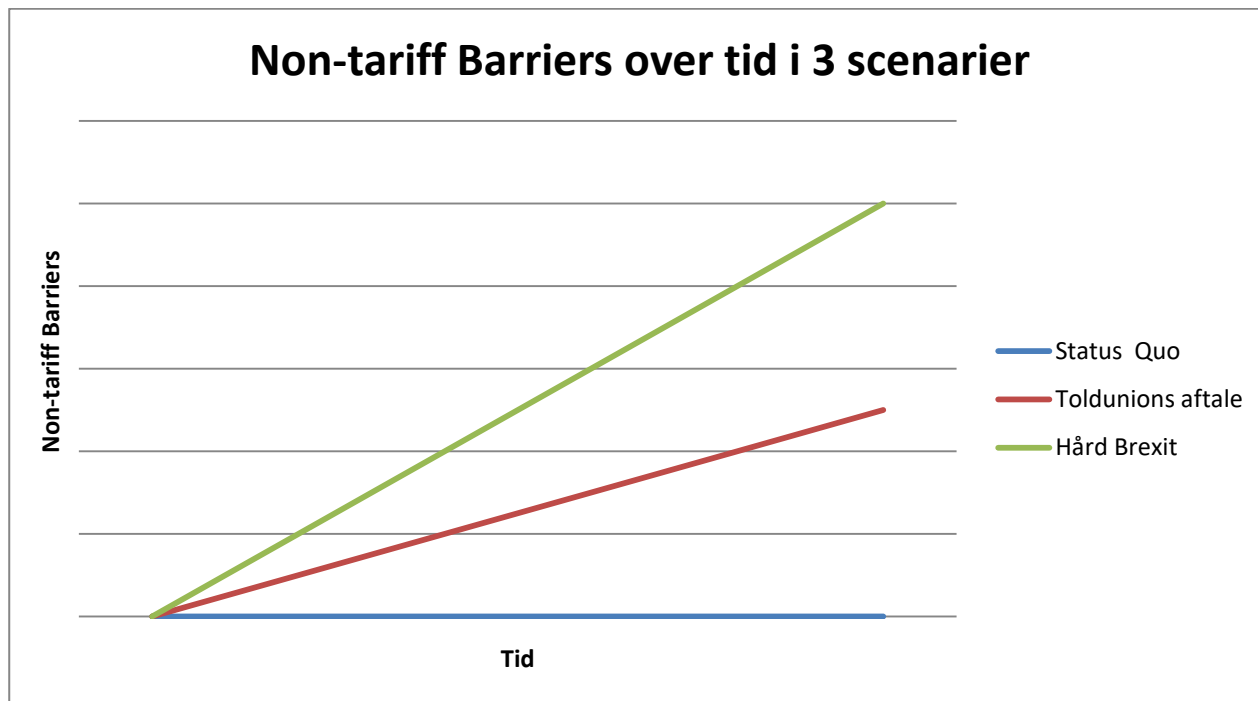
⁵³ 2019, c. 16.

⁵⁴ Hermed menes at EU og UK (i den pågældende) lovgivning i en senere tidsperiode vil have udviklet sig forskelligt i forhold til den nuværende situation hvor den med European Union (Withdrawal) Act 2019 er ens.

⁵⁵ Dinghra et al, 2016.

⁵⁶ Anderson og Wincoop, 2004.

en funktion af tid, hvori vi betragter dem som ikke relevante ved kontraktens indgåelse, altså 0. Dette er fordi virksomhed A har taget stilling til eksisterende NTB'er, da kontrakten blev indgået. I **Figur 2** nedenfor er dette afbilledet:



Figur 2 - Viser non-tariff barriers påvirkning på kontrakten givet 3 scenarier.

De tre scenarier er 1. Status Quo 2. Toldunions aftale og 3. Hård Brexit:

Status Quo dækker over den teoretiske situation hvori UK ikke forlader EU. Dette er angivet som nulpunktet for non-tariff barriers, da kontrakts-parterne har taget hensyn til de eksisterende non-tariff barriers ved kontraktens indgåelse. Dette er udelukket et teoretisk udgangspunkt for illustration, da non-tariff barriers kan forhøjes og formindskes uagtet den europæiske unions eksistens. Medlemskab i EU betragtes som havende en formindskende påvirkning på non-tariff barriers imellem medlemslandene, men dette betyder ikke at der ikke eksisterer non-tariff barriers imellem medlemslande. Disse non-tariff barriers bliver påvirket positivt og negativt løbende.

Toldunions aftale dækker over den situation hvori EU og UK bliver enige om en toldunionsaftale. Der vil opstå non-tariff barriers, men det antages at en toldunionsaftale vil tage hensyn til visse af disse og dermed forhindre de værste påvirkninger.

Ved hård Brexit vil indførelsen af told medvirke introduktionen af flere non-tariff barriers. Dette kan f.eks. være forsinkelser i forbindelse med toldbehandling og toldbehandlingens omkostninger. Over tid vil disse

non-tariff barriers stige. I forhold til ved en toldunions aftale er der ikke nødvendigvis samme krav til parterne om at formindske NTB'er og give erhvervspartnerne så gnidningsfri en proces som muligt. Ved en toldunionsaftale må det formodes at begge parter i aftalen vil forsøge, så vidt muligt, at lette sammenhandel ved at fremsætte ensartet foranstaltninger. Dette er ikke nødvendigvis tilfældet for en hård Brexit, hvori parterne ikke har en handelsaftale at forholde sig til og agere ud fra.

2.2.3 - Delkonklusion på økonomisk konsekvenser

I den nuværende situation foreligger der flere muligheder for en økonomisk påvirkning af kontraktforholdet imellem virksomhed A og B. Der er to scenarier, hvori aftalen kan blive påvirket: 1. Indførelsen af toldunion 2. Hård Brexit hvorved der ikke realiseres en toldunionsaftale. Scenarie 1 har en relativ lille økonomisk påvirkning på kontraktforholdet imellem virksomhed A og B, hovedsageligt vil der være en påvirkning af stigende non-tariff barriers. Dog findes det, at scenarie 1 på grund af tidspres og usikre politiske ambitioner som værende usandsynlig. Scenarie 2 vil resultere i en række økonomiske konsekvenser for virksomhed A i dennes import af varer fra UK. Først og fremmest vil denne økonomiske konsekvens være indførelsen af told ved landendes medlemskab i WTO, under MFN princippet.

2.3 - Den perfekte kontrakt og hardship-klausuler.

I overstående situation imellem virksomhed A og B er der dermed tale om mulig udefrakommende omstændigheder, der påvirker den ene part negativt, og som der ikke er taget hensyn til ved aftalen. Hvis kontrakten havde taget hensyn til indførelsen af en toldunion, ville parterne sandsynligvis have fordelt denne risiko som et led i kontraktforhandlingerne. Dog er der ved den manglende stillingstagen til problematikken opstået en situation, hvori virksomhed A bliver ramt med en større økonomisk byrde end oprindeligt tiltænkt. Der er nærliggende at stille spørgsmålet, hvorfor virksomhed A er endt i en sådan situation, når der er aftalefrihed, og denne kunne have dækket sig ind imod den efterfølgende omstændighed ved kontraktens indgåelse. Dette spørgsmål vil forsøges besvaret nedenfor ved en analyse af de forhold, der frembringer en kontrakt, der giver parterne de rette incitamenter til bevarelsen af kontraktforholdet. Dette gøres for at belyse, hvordan problemet kan være opstået såvel som at være givende information i forbindelse med en eventuel genforhandling, der bedre kan fordele risikoen for det ovenover nævnte scenarie.

2.3.1 - Den perfekte kontrakt

Den fuldstændige eller perfekte kontrakt er en kontrakt, der tager hensyn til alle tænkelige og utænkelige forhold, der kan opstå i fremtiden⁵⁷. Dette er uagtet om forholdene opstår som en eksogen omstændighed parterne ikke har påvirkning på. Den perfekte kontrakt vil stadig tage hensyn til disse omstændigheder og angive parternes fremtidige forpligtelser.

Det er realistisk set alle kontrakter, der bliver indgået, der er karakteriseret ved at være ufuldstændige kontrakter, da parterne umuligt kan tage stilling til alle tænkelige og utænkelige hændelser. Særligt utænkelige hændelser er per deres definition netop utænkelige og dermed svære at inddække sig fuldkommen imod. Dette betyder ikke nødvendigvis, at alle ufuldstændige kontrakter giver anledning til opståen af tvister i aftaleforholdet. Der er et utal af simple kontrakter, som alle parter forstår og opfylder uden tvister.

Den perfekte kontrakt vil blive analyseret for at belyse kontraktindgåelsens forskellige elementer. Disse elementer kan derefter blive behandlet i forhold til hardship-klausuler.

Den perfekte kontrakt forudsætter fuld information, fuldstændig risikofordeling, fravær af transaktionsomkostninger og ubegrænset rationalitet⁵⁸.

2.3.1.1 - Fuld information

Fuld information dækker over en række forhold. Først og fremmest sidder parterne med deres egne private ønsker til kontrakten, hvor visse kan være skjult for kontraheringspartneren. Derudover er det ikke nødvendigvis sikkert, at den ene part kender sin egne ønsker. Ved fuld information kender begge parter hinandens (og egne) behov og ønsker og kan agere ud fra denne viden. Særligt moral hazard⁵⁹ og adverse selection⁶⁰ er reduceret ved fuld information.

⁵⁷ Pomar, 2006.

⁵⁸ Pomar, 2006.

⁵⁹ Moral Hazard (Skjulte handlinger) I kontrakter dækker over usikkerheden om en medkontrahent handler loyal og i overensstemmelse med kontrakten eller om denne handler i egne interesser med en øget risiko for medkontrahenten.

⁶⁰ Adverse selection I kontrakter dækker over den skjulte viden en part har men den anden ikke har.

2.3.1.2 - Fuldstændig risikofordeling.

Ved en kontraktindgåelse er de forpligtelser som parterne binder sig til et udtryk for den risiko, de dermed har påtaget sig. Fordelingen af risiko er et hovedelement bag kontraktindgåelsen, hvori der opnås en fordeling af risiko, der kan bibeholde kontraktpartnernes interesse i at handle i overensstemmelse med kontrakten. Hvis en af parterne ikke handler i overensstemmelse med kontrakten vil denne blive ramt af en konsekvens. Denne konsekvens er et udtryk for fordelingen af risiko imellem parterne. Ved allokering af risiko rettet imod den part, der kan forhindre uoverensstemmelse, vil denne have incitament til at undgå uoverensstemmelsen for at forhindre, at denne får en uønsket konsekvens. I kontraktens indgåelse vil der stort set altid være en risiko forbundet med den andens parts manglede præstation. Ved en risikofordeling vil denne risiko være fordelt imellem parterne.

Risikofordelingen er særligt interessant i situationer, som ingen af parterne direkte kan påvirke, f.eks. tredjemands misligholdelse eller overnævnte scenarie med indførelsen af told. I disse situationer er der en række af muligheder for fordelingen af risikoen. For det første er der den økonomiske force majeure, hvori den part, der bliver urimeligt hårdt ramt af den udefrakommende situation, kan holdes ansvarsfri. Dog kan denne ansvarsfrihed ramme den anden kontraktpart hårdt, da denne har en forventning om at aftalen bliver overholdt, og har fordelt sine egne økonomiske hensyn med henblik på kontraktens opfyldelse. Ved en ultimativ ansvarsfrihed for den ene part vil der ikke nødvendigvis opstå en optimal allokering af risiko og en parato-optimal kontrakt. Den misligholdende part kan være økonomisk interesseret i at kontrakten bibeholdes, dog med en mindre byrdeful fordeling af dennes risiko. Den anden part kan også have en interesse i at kontraktforhold består, selv hvis denne skal påtage sig en større risiko eller skal allokere flere ressourcer til den første part. Posner og Rosenfield⁶¹ viste, at hvis en udefrakommende hændelse, der ikke kan knyttes til parterne, påvirker den ene part særdeles byrdefuldt, vil en allokering af risiko til den part, der bedre kan bære risikoen være effektiv. Dette er dog et ekstremt synspunkt, da resultatet ofte vil være *pacta sunt servanda*⁶², hvorved parterne kan undlade at foretage en risikofordeling i håbet om, at den anden part vil håndtere risikoen⁶³.

I den økonomisk teori arbejdes der i allokeringen af risiko med forskellige risikoprofiler. Dette er et udtryk for at det ikke nødvendigvis er passende for parterne at fordele risikoen "lige-over", men at der derimod kan opstå situationer, hvori en part ønsker mere eller mindre risiko. Det virker som udgangspunkt ikke rationelt, at den ene part ønsker at påtage sig mere risiko for en hændelse end den anden part. Dog må det

⁶¹ Posner og Rosenfield, 1977.

⁶² Aftaler skal holdes.

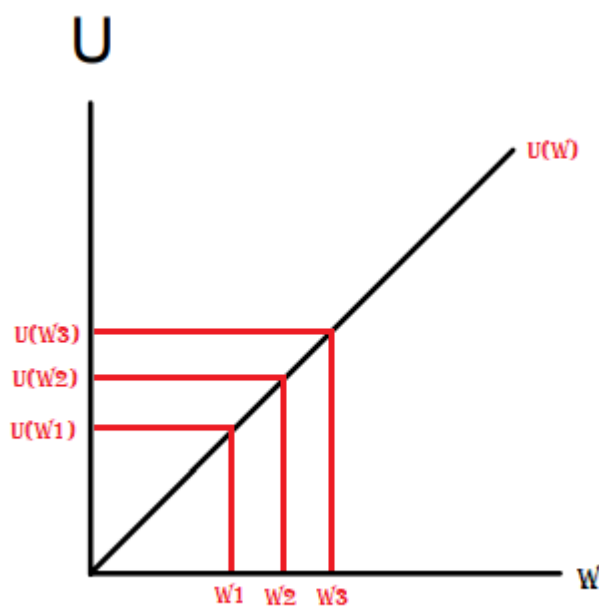
⁶³ Hondius og Grigoleit.

understreges, at denne risikofordeling ikke nødvendigvis sker uden kompensation til den risiko-påtagende part. Betragt nedestående eksempel med en risikoavers part og en risikoneutral part:

Det klassiske eksempel på en forskel i risikoprofil er valget mellem at deltage i et lotteri med mulighed for en større gevinst, eller ikke at deltage og dermed modtage en mindre gevinst. Parten har herved to valgmuligheder:

1. Gevinst på 50 kr. med sandsynlighed 100%
2. Gevinst på 100 kr. med sandsynlighed 50% eller gevinst på 0 kr. med sandsynlighed 50%.

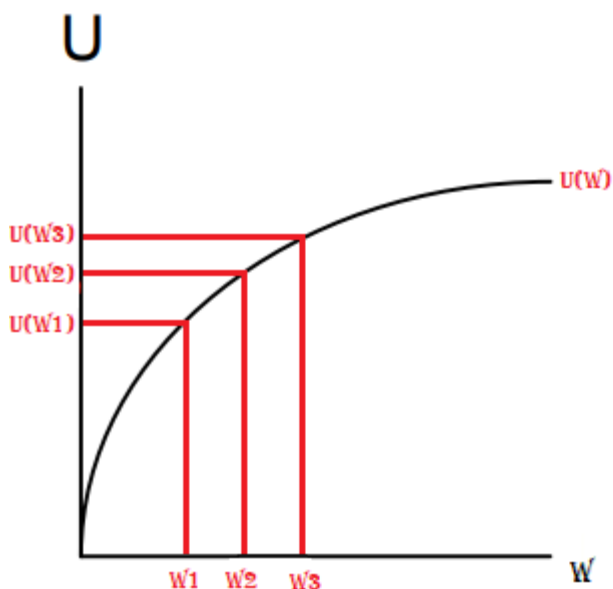
Herved er værdien af de to valgmuligheder: 1. ($1 \cdot 50 \text{ kr.} = 50 \text{ kr.}$) 2. ($0,5 \cdot 100 \text{ kr.} + 0,5 \cdot 0 \text{ kr.} = 50 \text{ kr.}$) Begge valgmuligheder giver værdien 50 kr. og der er dermed ikke en matematisk forskel på valget. For en risikoneutral part er valget mellem de to muligheder ligegyldigt da denne får samme værdi uagtet af mulighederne og risikoen i valgmulighed 2. Den værdi som parten får af valgmulighederne kan beskrives som dennes nytte. For den risikoneutral part vil denne indifferens imellem den risikobetonede valgmulighed med større numerale værdi og den sikre, mindre, gevinst betyde en nyttefunktion $U=W$. Dette er illustreret i nedestående graf (**Figur 3**):



Figur 3 - Risikoneutral nyttekurve, hvoraf U står for nytte og W står for indkomst.

Denne funktion er lineær. Ved en stigning imellem $W1$ og $W2$ ⁶⁴ giver den samme nytte til den risikoneutrale part som en stigning fra $W2$ til $W3$ ⁶⁵.

Dog findes der parter, der har et mere kompliceret forhold til risiko. Ved en risiko avers part vil en nyttefunktion for eksempel se sådanne ud: $U = \sqrt{W}$ hvilket plottet på en graf (**Figur 4**) giver:



Figur 4 – Risikoavers nyttekurve, hvoraf U står for nytte og W står for indkomst.

Det kan ses at marginalnyttens $\frac{du}{dw}$ er en faldende funktion, hvilket betegner en risiko-avers part. Ved $W1$ vil en stigning til $W2$ give en større nytte⁶⁶ end den større nytte⁶⁷ ved en stigning mellem $W2$ og $W3$. Ved indsættelsen af nyttefunktionen $U = \sqrt{W}$ i det førnævnte lotteri:

Mulighed 1: $1 * U(50) = \sqrt{50} = 7$

Mulighed 2: $0,5 * U(100) + 0,5 * U(0) = 0,5 * \sqrt{100} = 5$

Dermed får den risiko-averse part en større nytte fra at vælge mulighed 1 med den garanterede gevinst da $7 > 5$.

⁶⁴ Forskellen imellem $U(W1)$ og $U(W2)$

⁶⁵ Forskellen imellem $U(W2)$ og $U(W3)$

⁶⁶ Forskellen imellem $U(W1)$ og $U(W2)$

⁶⁷ forskellen imellem $U(W2)$ og $U(W3)$

Overstående eksempel⁶⁸ viser at parterne kan have forskellige risikoprofiler, der ønsker forskellige fordelinger af risiko. Dermed er den optimale risikofordeling ikke nødvendigvis ligetil. En risikoneural part vil betale deres forventede udgift til en risiko for at slippe for risikoen, og dermed vil de også kompenseres på samme måde. En risikoavers part vil derimod betale en højere sum for at slippe for risikoen end den forventede udgift til en risiko. For at få en risikoavers part til at påtage sig en risiko kræver det derfor en større kompensation for risikoen end selve risikoens forventede udgift.

Hvis en part ønsker at påtage sig større risiko vil denne også ønske kompensation for at påtage sig risikoen. For at opnå en optimal allokering af risiko, og dennes kompensation, kræver det at parterne kender deres egen og kontraheringspartnerens risikoprofiler. Hvis dette er tilfældet vil en fordeling af risiko og kompensation kunne ske optimalt.

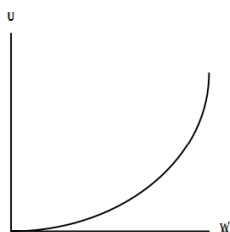
Ved kontraktens indgåelse har parterne i den perfekte kontrakt fordelt risiko optimalt imellem parterne baseret på deres pågældende risikoprofil.

2.3.1.3 - Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger er fælles betegnelsen for alle omkostninger forbundet med indgåelsen og håndhævelse af kontrakten. Ved den perfekte kontrakt er det antaget, at der ikke eksisterer transaktionsomkostninger.

Den perfekte kontrakt er særligt interessant ved Coase-teoremet der angiver at parterne i en forhandling ved fravær af transaktionsomkostninger altid vil nå frem til en pareto-optimal kontrakt⁶⁹. Ved Coase-teoremet vil parterne allokere risiko og kompensation på en optimal måde ved ubegrænsede ressourcer. Dette vil ske igennem en konstant strøm af genforhandlinger indtil forhandlingsparterne ender i en pareto-optimal tilstand. Dog eksisterer der i den virkelige verden transaktionsomkostninger der kan forhindre parterne i at opnå en pareto-optimal tilstand.

⁶⁸ Der eksisterer også en risiko profil med tiltagende positiv hældning, kaldet en risikopervers part:



⁶⁹ Coase, 1960.

Ifølge Robert E. Scott og George G. Triantis⁷⁰ er der to hovedomkostninger i forbindelse med transaktionsomkostninger i kontraktindgåelse, front-end og back-end.

Front-end transaktionsomkostninger er de transaktionsomkostninger, som skal afholdes ved kontraktens indgåelse. Dette kan være forbundet med at forudse fremtidige omstændigheder, bestemme håndtering af disse, korrekt nedskrivning og endda forhandlingen af priser. Det er disse omkostninger parterne ofte fokuserer på ved kontraktindgåelse, og de er da også mere håndgribelige end Back-end transaktionsomkostningerne. Back-end transaktionsomkostninger bliver af Scott og Triantis betegnet som håndhævningsomkostninger⁷¹. Det er de omkostninger, der skal afholdes, hvis kontrakten skal håndhæves. Særligt interessant i denne diskussion er de håndhævningsomkostninger der fremkommer, hvis kontrakten bliver underlagt tredjemand.⁷² Omkostningerne til behandling ved tredjemand kan være store og vil være forbundet med en vis usikkerhed om udfaldet. Dog kan både usikkerheden og omkostningerne væsentligt formindskes ved at formindske sandsynligheden for, at der opstår en tvist. Ved at bruge et større beløb på front-end omkostninger, kan parterne muligvis undgå visse håndhævningsomkostninger.

2.3.1.4 - De ubegrænset rationelle partnere

For ubegrænset rationalitet må parterne have adgang til fuldkommen information og derefter tage rationelle beslutninger baseret på informationen. For at være rationel tager man beslutninger ved at afveje fordele og ulemper, derefter tager man en beslutning, der maksimerer ens nytte.

I den ny-institutionelle økonomiske teori er der en antagelse om, at parterne ikke er fuldkommen rationelle. Dette bygger på psykologiske og adfærds orienteret studier. Matthew Rabin har i sin artikel *Psychology and Economics*⁷³ forsøgt at inkludere disse studier i et økonomisk perspektiv. I den økonomiske teori har man ofte forudsat, at en part har stabile og forståelige præferencer, som denne forsøger at maksimere. Dette skal dog modificeres, da parter ofte ikke har stabile og forståelige præference og ikke vil agere fuldkommen rationelt. Som eksempel på dette er at en part ikke er indifferent imellem muligheden for at tabe en opnået værdi, som de er for at opnå den samme værdi igen. I virkeligheden viser empirisk analyse⁷⁴ at en part vurderer et tab dobbelt så stort som en gevinst af samme størrelse som det tabte. Dette kommer blandt andet til udtryk i den førnævnte nyttekurve for en risiko avert part:

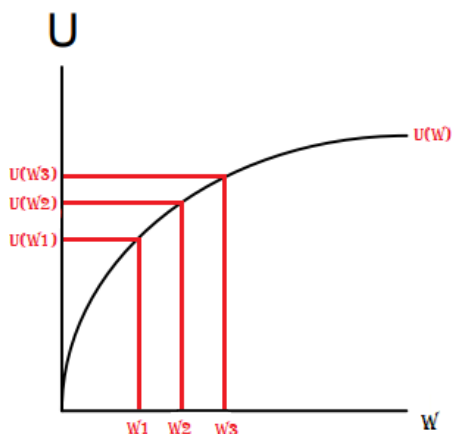
⁷⁰ Scott og Triantis, 2006.

⁷¹ Min oversættelse af "enforcement costs", fra Scott og Triantis, 2006 side 823.

⁷² Voldgift eller domstol.

⁷³ Rabin, 1998.

⁷⁴ Tversky and Kahneman, 1991.



Figur 5 - Hvoraf U står for nytte og W står for indkomst

Ved tab fra W_2 til W_1 er nytten faldet mere end det tilsvarende fald i indkomst mellem W_2 og W_1 .⁷⁵

2.3.2 - Hardshipklausul

Den overstående analyse af den perfekte kontrakt viser hvilke elementer, der indgår ved koncipering af en aftale imellem kontraktspartner. Det er tydeligt at den perfekte kontrakt kræver en stor mængde ressourcer og tid at frembringe. Dog kræver den efficiente kontrakt ikke at være den perfekte kontrakt. Parterne kan stadig opnå den efficiente kontrakt ved lavere omkostninger. En kontrakt på f.eks. virksomhed A og Bs kontraktområde kræver ikke nødvendigvis, at parterne afholder uanede mængder af ressourcer på at undersøge og tage højde for alle omstændigheder. En noget nær efficient kontrakt kan stadig opnås. Ved allokeringen af ressourcer til kontraktindgåelsesområdet skal det overvejes, hvad der er nødvendigt, og hvad der ikke er nødvendigt at afholde front-end omkostninger til.

For at formindske transaktionsomkostninger og stadig bevare en fornuftig risikofordeling kan parterne vælge at indsætte en hardshipklausul. En sådan klausul forsøger at håndtere fordelingen af risikoen for en uforudset hændelse på en optimal måde. Dette gør klausulen ved enten at opfordre til genforhandling eller ved at give parterne mulighed for, at tredjemand finder en fordeling af risiko for parterne. En hardshipklausul kan findes i modellove.⁷⁶ Brugen af modellove formindsker parternes forbrug af ressourcer ved indgåelsen af kontrakten. Parterne behøver ikke at afholde store transaktionsomkostninger til at forsøge at forudse alle uforudsigelige eksogene omstændigheder og tilmed komme til enighed om dem i kontraktforhandlingerne. En hardship klausul vil behandle de situationer, hvori en ukendt efterfølgende

⁷⁵ Dette er dog ikke hele historien; Rabin finder at ingen faldende nytte kurve kan fuldkommen forklarer parternes forskellige håndteringer og præferencer i forbindelse med tab.

⁷⁶ Se afsnit XX-XXX-XX

begivenhed, opstået af eksogene faktorer, vil forrykke kontraktens balance. En hardship-klausul vil først og fremmest forsøge at få parterne til at genforhandle for at undgå de omkostninger, der medfølger af en ex post tredjeparts kontrol. Derudover kan en hardship-klausul ved manglende genforhandling, ex post, friholde en part for en bebyrdende situation, denne ikke har taget hensyn til i sin risiko-allokering ved kontraktindgåelsen.

Ved en juridisk vurdering af kontraktforholdet kan det findes, at en opsigelse af kontrakten kræver en erstatning ved positiv opfyldelsesinteresse. Det er dermed nærliggende at undersøge den positive opfyldelsesinteresse på kontraktforholdet i et økonomisk perspektiv. Ved denne erstatningsregel vil særligt virksomhed A have interesse i indsættelsen af en hardshipklausul, der forhindrer denne erstatningspligt. Modsatvis er udgangspunktet, at virksomhed B ikke er interesseret i en hardshipklausul, da denne ved brud af kontrakten får erstatning for det tabte. Dog er dette udgangspunkt modificeret ved tabet af de allerede afholdte relations omkostninger. Dertil skal det også påpeges, at en hardship-klausul indsat ex ante ikke kun har haft til formål at beskytte virksomhed A og formindske dennes risiko, men også fungerer som en beskyttelse for virksomhed B i andre situationer. Hvis virksomhed B ikke har ønsket en hardship-klausul ex ante vil denne have krævet en godtgørelse for en inklusion af klausulen.

Indsættelsen af en klausul til behandling af en senere indtruffen hændelse er ikke nødvendigvis en pareto-optimal løsning, da transaktionsomkostningerne til koncipering af denne kan overstige de forventede omkostninger til hændelsens indtræden. Inspireret af Shavell⁷⁷ kan dette for virksomhed A og B betegnes med følgende formel:

Hvis,

S: sandsynligheden for hændelse (der ikke kommer en aftale om toldunion)

O: de forventede omkostninger til konfliktløsning imellem A og B.

⁷⁷Shavell, 1980, side 469, fodnote 7: "Suppose that t , is the cost of including in the contract a Pareto efficient provision for a contingency that will occur with probability p , that e is the cost of enforcing the provision if the contingency occurs, that $t_2 > e$ is the cost of dispute resolution if there is no contract provision for the contingency and it occurs, and that b is the cost attributable to deviation from Pareto efficiency under the system for dispute resolution. Then there will be no provision for the contingency included in the contract if the expected cost of making a provision, t , + pe , exceeds the expected cost of not doing so, $p(t_2 + b)$, or, equivalently, if $t > p(t + b - e)$. Hence, a low probability of occurrence (or a low cost due to deviation from Pareto efficiency, etc.) militates against including a provision for the contingency in the contract."

Er mindre end,

TO: Transaktionsomkostninger til koncipering og afdækning af hændelsen.

Så vil det ikke være optimalt at forsøge at afdække hændelsen i aftaleforløbet, derimod vil det for parterne være økonomisk optimalt at lade hændelsen behandles ved konfliktløsning - hvis hændelsen overhovedet opstår. Dog skal det i situationen mellem virksomhed A og B understreges, at det i overstående findes sandsynligt at situationen indtræffer⁷⁸. Ved en stor sandsynlighed vil formelen generelt nedkoges til spørgsmålet om transaktionsomkostninger på nuværende tidspunkt er højere end omkostningerne til konfliktløsningen.

Ved den forventede omkostning til konfliktløsning menes de omstændigheder hvori der ikke er en klausul og der opstår en hændelse. Disse omkostninger er nærmere undersøgt i overstående sektion vedrørende konsekvenserne ved en manglende toldunions aftale. Dog inkluderer dette kun omkostninger for virksomhed A, hvis denne stadig opfylder kontrakten trods hændelsen. Der findes i omkostninger til konfliktløsning også omkostningerne, hvis virksomhed A vælger ikke at opfylde kontrakten. Ved manglende opfyldelse vil den forurettede part forsøge at få tredjepart⁷⁹ til at bestemme konsekvenserne for bruddet. Domstol eller voldgift kræver mange omkostninger, for parterne uden det er garanteret at domstolene vil komme til en, for den forurettede part, efficient løsning. Dermed kan domstolene fungere som et incitament⁸⁰ til at forsøge ved genforhandling at finde en løsning begge parter er interesseret i. Truslen om domstols afprøvelse, og dennes usikkerhed, kan alene være grund nok for parterne til at genforhandle. Derfor må de forventede omkostninger inkludere udgifter til både afprøvelse ved tredjemand og muligheden for en inefficent løsning.

Da det findes sandsynligt, i overstående økonomisk analyse, at der vil blive indført importtold på vare fra UK er det økonomisk rationelt for virksomhed A at ønske en ændring af kontraktforholdet. Dog er denne ændring ikke nødvendigvis økonomisk rationelt for virksomhed B, dette afhænger af dennes villighed til at forsætte kontraktforholdet på ændrede, og sandsynligvis for denne mindre givende, betingelser.

I forbindelse med risiko elementerne ved genforhandling er det vigtig at se på Hart, Zehnder og Fehrs⁸¹ undersøgelse af ulemperne ved en kontrakt der forlanger genforhandling. Til grund for Hart, Zehnder og Fehrs artikel ligger Hart & Moores⁸² undersøgelse af reference punkter. I Hart & Moore beskriver de at

⁷⁸ Hermed menes situationen med en indførelse af told på varer fra UK.

⁷⁹ Domstol eller voldgiftsret.

⁸⁰ Hillmann, 1987.

⁸¹ Hart, Fehr og Zaehnder, 2015.

⁸² Hart og Moore, 2008.

kontrakter bruges som referencepunkter for parterne til at bedømme hvad der er fair. I senere, ex post, genforhandlings situationer bruger parterne kontrakten til at bedømme deres forventninger til genforhandlingen. Kontrahenter benytter kontrakten til at sammenligne hvad de skulle have haft, ifølge kontrakten, med hvad de faktisk får. Det skal bemærkes at der kan være forskellige forventninger, mellem de kontraherende parter, baseret på den samme forudsætning (kontrakten ex ante).

Dette betyder, ifølge Hart og Moore, at fleksible kontrakter i forhold til rigide kontrakter kan føre til "shading", men dog lettere kan tillade kontraktændringer ved en genforhandling. For at undersøge dette opstiller Hart, Zehnder og Fehr en model hvori der kan forhandles ex post og der er mulighed for en ændring af produktionsomkostninger. Ved en fleksible kontraktsform opstod der en betydelig del shading. Dette kan forklares ved i fleksible kontrakter, med mulighed for at ændre priserne baseret på sælgers omkostninger, vælger køber og sælger at refererer til den forgående kontrakt til at vurdere hvad de forventer at få ud af samarbejdet. Hvis sælgers omkostninger stiger og denne dermed forventer at blive kompenseret for dette i genforhandlingen ved en kontrakts justering til ulempe for køber. Så kan køberen føle at hans udbytte, i forhold til hvad han forventede fra den originalt indgåede kontrakt, er unfair.

Alt andet lig vil en omkostning stigning for sælgeren føre til et mindre samlet udbytte. Hvordan parterne skal fordele denne stigning i omkostning kan føre til konflikt. Dette er fordi de begge havde en anden forventning, udledt af den første kontrakt, til deres individuelle udbytte. Dermed kan det angives at hvis parterne benytter den første kontrakt som referencepunkt til hvad der er fair ved en genforhandling. Så kan det i den fleksible kontrakt føre til konflikt imellem dem ved ændrede omstændigheder.

En indførelse af en hardship-klausul på kontraktforholdet på nuværende tidspunkt kan, afhængig af de juridiske vurderinger, være en omkostningsformindskende løsning, der tager stilling til problemet. Dog kan parterne sandsynligvis opnå en bedre løsning ved at afholde større forhandlingsomkostninger. Som Robert E. Scott og George G. Triantis⁸³ udtrykker: *"The goal of contracting parties is to maximize the incentive bang for the contracting-cost buck."*⁸⁴ Hvis parterne indsætter en generisk hardship-klausul fra modellovene vil denne sandsynligvis⁸⁵ opfordre parterne til genforhandling og derefter en afprøvning hos tredjemand. Hvis parterne er sikre på et positivt resultat af genforhandlingen og at denne ikke fører til større håndhævelsesomkostninger, eller en negativ fordeling af risikoen, så vil en hardship-klausul fra en modellov være en relativ lille omkostning til bevarelsen af en efficient kontrakt.

⁸³ Scott og Triantis, 2006.

⁸⁴ Scott og Triantis, 2006 side 823.

⁸⁵ Dette er nærmere analyseret i det juridiske afsnit.

Dog er der i dette en del formodninger (information, risikoprofiler, rationale aktører etc.) parterne skal tage om hinanden, som ikke nødvendigvis er støttet op af den virkelige verden. Faren for at forlade sig på en klausul, der kun foreskriver genforhandling og eventuel tredjemandsbedømmelse, er de økonomiske konsekvenser ved en fejlslagen genforhandling. Derfor kan det være et bedre økonomisk valg for parterne, at bruge flere ressourcer på en større genforhandling på nuværende tidspunkt. En klausul der derimod allerede nu dækker over den situation, at der bliver indført told, og hvordan parterne skal agere, kan være front-end omkostningerne værd.

2.4 - Delkonklusion

I forholdet mellem virksomhed A og B er der, grundet senere indtrufne omstændigheder, opstået en situation der kan være økonomisk bebyrdende for virksomhed A. Det findes at indførelsen af told mellem UK og EU er en mulig og sandsynlig konsekvens af Brexit. Dette vil have en negativ økonomisk påvirkning på virksomhed A. For at undgå at skulle bære hele denne negative økonomiske påvirkning kan parterne genforhandle kontrakten. Hvis det er antaget at den originale kontrakt, ante Brexit, er pareto optimal, så vil en genforhandling være nødvendig, post Brexit, for at genskabe kontraktens balance. En genforhandling er dog ikke ligetil. For at opnå en perfekt kontrakt vil parterne skulle have fuld information, fuldstændig risikofordeling, fravær af transaktionsomkostninger og ubegrænset rationalitet. Analysen viser at parterne sandsynligvis ikke har nogle af disse kriterier. For at forsøge at formindske transaktionsomkostningerne kan parterne indføre en hardship-klausul der stipulerer genforhandling post Brexit. Genforhandling kan dog være besværeligt-gjort af parternes brug af den originale kontrakt som reference punkter.

Endeligt, kan parterne sandsynligvis få en bedre håndtering af de økonomiske konsekvenser ved at afholde flere kontraheringsomkostninger til at skabe en mere specifik, end en hardship-klausul fra modellovene, klausul der allerede ante Brexit fordeler risikoen efter parternes risikoprofiler.

Kapitel 3 - Jura

3.1 - Udgangspunkt

Det almindelige udgangspunkt i dansk obligationsret er det aftaleretlige princip om aftalefrihed jf. DL 5-1-1, DL 5-1-2 og aftalelovens (herefter betegnet som Aftl.) § 1. Derudover også at aftaler er bindende, *Pacta Sunt Servanda*, jf. Aftl. § 1, 1. pkt. Aftalefrihed betyder, at enkeltpersoner og virksomheder frit kan indgå retligt bindende aftaler⁸⁶. Dette udgangspunkt er dog begrænset i lovgivning såvel som den juridiske teori. Særligt kan nævnes begrænsninger i hensyn til situationer, hvori den ene part betragtes som den svage part og dermed ikke har samme forudsætninger for at forstå en aftales påvirkninger på denne.

Derved er det rimeligt, at der forefindes en begrænsning til aftalefriheden i situationer, hvori der eksisterer en "svag" part, der skal beskyttes imod en stærk part. I denne afhandling undersøges retstillingen ved en kontrakt imellem ligeværdige parter. Dermed er spørgsmålet, om der i dansk ret eksisterer begrænsninger til aftalefriheden, lempelsesregler, i tilfælde hvor den ene, ligeværdige part, ved efterfølgende og ukendte omstændigheder har påtaget sig en særlig stor byrde. Og om den bebyrdede part, helt eller delvist, kan blive løst fra sine forpligtelser.

Undersøgelsen vil blive baseret på forudsætningslæren, Aftalelovens generalklausul § 36, Købelovens § 24 såvel som force majeure. Til sidst vil der være en analyse af mulighederne for virksomhed A til at opsiges kontrakten.

3.2 - Forudsætningslæren

Forudsætningslæren er en undtagelse til hovedreglen om at aftaler skal holdes, hvori den ene kontraktspart grundet bristede eller urigtige forudsætninger ønsker sig løst fra sine kontraktlige forpligtelser⁸⁷. Ved *urigtige forudsætninger* menes anderledes forhold ved løftets afgivelse, end løftegiver havde regnet med ved aftalens indgåelse. Derimod omhandler *bristede forudsætninger* det tilfælde, hvori forholdene har udviklet sig anderledes end beregnet ved kontraktens indgåelse (efterfølgende omstændigheder). Aftalen imellem virksomhed A og B blev indgået før Brexit afstemningen, og der er dermed tale om bristede

⁸⁶ Andersen og Madsen, side 19.

⁸⁷ Andersen og Madsen, side 188.

forudsætninger, hvori forholdende har udviklet sig anderledes (mulig indførelse af told, toldkontrol etc.) end forventet. Behandlingen af forudsætningslæren nedenfor tager derfor udgangspunkt i bristede forudsætninger, og ikke urigtige forudsætninger, medmindre andet er angivet.

Begrebet forudsætning skal ikke forveksles med begrebet betingelse, uagtet af disse begrebers synonyme benyttelser. Betingelse dækker over en kendt og udtrykkeligt formuleret omstændighed der er blevet kendt af parterne under forhandlingerne i forbindelse med aftalens indgåelse. Hvis løftegiver stiller en betingelse under forhandlingerne, er denne kendt af den løftemodtager og godkendt eller grund til at sætte modbetingelser.⁸⁸ Derimod menes der med forudsætning noget, der ikke nødvendigvis er kendt af løftemodtager og ikke er direkte inkorporeret i kontrakten. Som eksempel er der for virksomhed A en betingelse, at denne skal indføre en britisk vare til levering til virksomhed B i Danmark. Dette er kendt og behandlet af begge parter og nedfældet i aftalen. Derimod kan det ved aftalen være en forudsætning for virksomhed A, at der ikke indføres told, som denne dermed skal afholde.

Der er 3 betingelser⁸⁹ der skal være opfyldt før løftegiver kan påberåbe sig forudsætningslæren og dermed ikke være bundet af sit løfte. Dette er, hvis løftegivers bristede forudsætning er: 1. Bestemmende, 2. Kendelig, og 3. Relevant.

Den første forudsætning er bestemmende, hvorved løftegiver ikke ville have afgivet sit løfte, hvis denne var bekendt med, hvordan forholdet ville have udviklet sig. Dvs. hvis virksomhed A var bekendt med Brexit og dennes konsekvenser, ville denne virksomhed så have indgået i aftalen?

Den anden forudsætning er kendelig, hvorved løftemodtager indså eller kunne/burde indse den pågældende forudsætning. Dette kan særligt komme til udtryk i aftaleforhold hvor løftemodtager, har større viden end løfteafgiver.

Den tredje forudsætning er relevans, og om risikoen for den bristede forudsætning bør lægges på løftemodtager.

Hvis de overstående betingelser for løftegivers bristede forudsætninger findes mødt er det sandsynligt at domstolene helt eller delvis annullerer aftalen.

⁸⁸ Andersen og Madsen, side 190.

⁸⁹ Andersen og Madsen, side 192, baseret på Ussing: "Bristende forudsætninger", 1918.

3.2.1 - Forudsætningslæren i forhold til aftalen

De 3 betingelser vil hermed blive analyseret i lyset af aftalen imellem virksomhed A og B. Betingelsen om, at forudsætningen er bestemmende, må betegnes som opfyldt, da virksomhed A ikke ville have indgået den pågældende kontrakt hvis denne var bekendt med Brexits konsekvenser. Den pågældende kontrakt er ikke givende, men derimod bebyrdende for virksomhed A, der mister rentabiliteten i kontrakten ved den ændrede situation. Dermed er det usandsynligt at virksomhed A ville have indgået i kontrakten, hvis denne var klar over den efterfølgende udvikling i forholdet. Den anden forudsætning, at forudsætningen er kendelig, er derimod usandsynlig. Virksomhed A, der som led i sin virksomhed, importerer varer fra UK, er væsentligt mere sandsynlig til at kende og behandle ændrede forudsætninger baseret på politiske beslutninger. Dette er ikke direkte kravet til kendelig, hvorved løftemodtager indså eller kunne/burde indse den pågældende forudsætning. Dog er det sandsynligt at løftegiver, virksomhed A, hvis forretning specifikt omhandler et geografisk område som løftemodtager, virksomhed B, derimod ikke omhandler giver løftegiver et større kendskab til de givende forudsætninger. Modsætningsvis kan det siges, at det er usandsynligt at virksomhed B i dette tilfælde indså eller kunne/burde indse Brexit, når virksomhed A ikke kunne. Dette argument er ikke udtømmende, men derimod givet til støtte for den videre vurdering af kendelighed. Det kan ikke blankt afvises, at virksomhed B havde forventet både afstemningen, dennes resultat og dennes påvirkning på kontrakten, dog må dette betragtes som særdeles usandsynligt og derfor vil kendelighed betingelse i forhold til forudsætningslærens tre betingelser antages som ikke værende opfyldt.

Den tredje betingelse vedrørende relevans virker i lyset af overstående argument med hensyn til kendelig ikke til at være overholdt. Hvis virksomhed B ikke indså eller kunne/burde indse virksomhed A's forudsætning i forhold til Brexit, er det sandsynligvis urimeligt at dennes omkostninger efterfølgende lægges på virksomhed B (løftemodtager).

Dermed er det ved brugen af forudsætningslærens tre betingelser sandsynligt at situationen imellem virksomhed A og B ved domsprøvelse ikke leder til en ændring eller ophævelse af kontraktforholdet imellem de to virksomheder.

3.3 - Aftalelovens § 36

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

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

Generalklausulen i Aftl. § 36 giver domstolene mulighed for at ændrer, tilsidesætte helt eller delvis indgåede aftaler. Dette gælder uagtet om de urimelige omstændigheder er opstået før eller efter kontraktens indgåelse. En vigtig del af Aftl. 36, er at en aftale, der er særligt bebyrdende for den ene part kan, trods parternes fulde viden ved aftalens indgåelse, senere tilsidesættes af domstolene.

Aftl. § 36 giver domstolene en række muligheder, hvis en aftale findes stridende imod Aftl. 36.

- a) Hele aftalen kan tilsidesættes eller lempes
- b) Enkelte vilkår i aftalen kan tilsidesættes eller lempes
- c) Anvendelsen af aftalen eller et vilkår kan tilsidesættes i det konkrete tilfælde, men aftalen eller vilkåret opretholdes i øvrigt.
- d) Aftalen kan ændres.⁹⁰

Dermed kan domstolene, som set i retspraksis, ændre aftaler, så de er mere rimelige for parterne såvel som at fuldkommen tilsidesætte hele aftalen. Sidstnævnte er sjældent set i retspraksis imellem erhvervsdrivende, da det er en ganske indgribende undtagelse imod aftalers bindelse og konciperings friheden. I nedenfor nævnte dom U 2004. 1968 V blev en aftale fuldkommen tilsidesat. Dog blev dette kun gjort i sammenhæng med at en anden aftale korrekt var opsagt.

Hvis domstolene finder aftalen imellem virksomhed A og virksomhed B urimelig ifølge Aftl. § 36 kan domstolene ændre vilkårene (eller eventuelt tilsidesætte hele aftalen), så aftalen bliver mere rimelig for virksomhed A.

⁹⁰ Andersen og Madsen, side 217.

3.3.1 - Aftl. § 36 i erhvervsmæssige forhold

Aftl. 36 er ifølge forarbejderne til loven generelt indført med det formål at beskytte forbrugere mod urimelige standardvilkår⁹¹. Domstolene har igennem årene været påpasselige med at benytte Aftl. § 36 i erhvervsmæssige forhold, hvilket blandt andet kommer til udtryk i Folketingstidende 1994/95, tillæg A, sp. 352 ved ændringen af Aftl. § 36 hedder: *"Det forudsættes, at der udvises særlig tilbageholdenhed med at ændre aftalevilkår i rene erhvervsforhold, hvor aftalen bl.a. bygger på økonomiske og risikomæssige overvejelser m.v."*⁹². Dette er en forsættelse fra domspraksis hvor domstolene ofte har fravalgt direkte brug af Aftl. § 36 på erhvervsaftale:

U 1982. 958 Ø⁹³

Hvori den ene part påberåbte sig aftl. § 36 og den anden part gjorde gældende at: *"(...) § 36 ikke kan anvendes på den foreliggende situation, idet sagsøgeren, som er en professionel finansieringsinstitution, der til daglig beskæftiger sig med pantebrevsforhold, ikke hører til den gruppe af kontraktsparter, som aftalelovens § 36 har til formål at beskytte."* Landsretten fulgte denne frifindelsespåstand med bemærkningen at betingelserne for benyttelsen af aftl. § 36 ikke ses at foreligge.

U 1988. 76 V

Hvori den ene part havde påberåbt Aftl. § 36 og dommerne, uden at referer selve Aftl. § 36, gav denne medhold. Dog udtalte den ene dissenterende dommer Lyngsø: *"(...)Da der ikke findes grundlag for at tilsidesætte denne bestemmelse helt eller delvis i medfør af aftalelovens § 36, stemmer denne dommer derfor for at tage appellantens påstand om fagedforretningens fremme til følge."* Hvoraf situationen var at den ene part havde påberåbt sig Aftl. § 36 og domstolen havde taget en beslutning der støttede op om dennes påberåbelse - uden dog at refererer Aftl. § 36. Imens den dissenterende dommer direkte nævner at aftalen ikke kunne tilsidesættes ved Aftl. § 36. Dette må være et udtryk for domstolenes tilbageholdenhed ved at benytte Aftl. § 36 i erhvervsmæssige forhold.

⁹¹ Andersen og Madsen, side 204.

⁹² LFF 1994-1995. 1.71, side 5, og Andersen og Madsen, side 259.

⁹³ Andersen og Madsen, side 258.

Der forefindes dog en række domme hvori domstolene har valgt at benytte Aftl. § 36 i erhvervsmæssige forhold:

U 1978. 678 B

Hvori en gårdejer (G) havde underskrevet en abonnementsbegæring og senere et vedligeholdelsesabonnement for 10 år hos (A) angående elektriske installationer på gården. (A)s prøvemester efterså derefter de elektriske installationer. (G) mente ikke at selve abonnementet efter (A)s gennemgang at have mere værdi. Domstolene valgte at delvis tilsidesætte aftalen efter § 36: *"(...) findes det, uanset at abonnementet ikke kan anses for værdiløst, urimeligt at sagsøgeren gør aftalen gældende i sin fulde udstrækning, hvorfor denne i medfør af aftalelovens § 36, stk. 1 og 2 delvist vil være at tilsidesætte, (...)"* Derefter nedsatte domstolen abonnementets periode fra de aftalte 10 år til et halvt år.

U 1987.526 H

En benzinforhandlerkontrakt bestemte at nedgravede beholdere tilhørte leverandøren og ved kontraktens ophør skulle forhandleren levere de nedgravede beholdere tilbage til leverandøren. Forhandleren ønskede ikke at opgrave beholderne og leverer dem tilbage til leverandøren da dette ville være et større arbejde der ikke kunne betragtes som værende forholdsæssig med omkostningerne. Forhandleren tilbød i stedet at betale leverandøren en passende godtgørelse som leverandøren dog afviste. Leverandøren fandtes ikke at kunne forlange tilbagelevering af beholderne jf. Aftl. § 36.

U 2004. 1968 V

En købmand havde indgået to aftaler med en supermarkedskæde hhv. en samarbejdsaftale og en kædeaftale. Købmanden opsigte kædeaftalen (indenfor aftalen om opsigelse) men opsigte ved en fejl ikke samarbejdsaftalen. Købmanden krævede derefter samarbejdsaftalen opsagt da den var økonomisk bebyrdende for denne. Landsretten fandt at aftalerne havde en snæver indbyrdes sammenhæng og at den økonomiske byrde for købmanden var betydelig uden at supermarkeds-kædens økonomiske interesse i samarbejdsaftalen var stor nok til at fastholde parterne i aftalen.

Se derudover eventuelt U 2009. 2800 S⁹⁴ og U 2004. 2894 H.⁹⁵

⁹⁴ Hvori en række vognmænd reelt kun havde et valg imellem at miste deres forretning eller undergive sig urimelige klausuler.

⁹⁵ Hvori en konkurrenceklausul indeholdte en bod ved krænkelser. Bodden blev stærkt nedsat (2 millioner kr. til 350.000 kr.) ved brug af Aftl. § 36.

Fælles for de overstående domme, er at på trods af at begge parter indgår i aftalerne som erhvervsdrivende er der stadig et misforhold i parternes forhandlingsstyrke. Dette kan betragtes som værende et udtryk for at Aftl. § 36 i erhvervsdrivende forhold for det meste er brugt i situationer hvori der er en større forskel på parternes forhandlings styrke. Dette kan betragtes som en videreudvikling af Aftl. § 36 oprindelige formål, hvori forbrugere skulle beskyttes imod erhvervsdrivendes forventelige større forhandlingsstyrke end forbrugerne.

Kriteriet for anvendelse af aftl. § 36 i et kontraktforhold er trods overstående ikke begrænset til aftaler, hvori den ene part er underlagt en forværret forhandlingsstyrke i forhold til kontraherings parterne. Generalklausulen kan benyttes på længevarende kontraktforhold imellem to forretningskyndige parter⁹⁶, dog er det forventeligt, at der i de fleste længevarende kontraktforhold er taget hensyn til ændrede omstændigheder for den ene part (såsom genforhandlingsklausuler). Derfor findes der ikke mange eksempler i dansk retspraksis hvori aftl. § 36 er brugt i forbindelse med jævnbyrdige erhvervsdrivenes kontraktforhold. Trods dette er udgangspunktet at aftl. § 36 kan benyttes mellem jævnbyrdige erhvervsdrivenes kontraktforhold.⁹⁷

3.3.2 - Aftl. § 36 i forhold til aftalen

Aftl. § 36 giver ved stk. 2. med ordlyden *"tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder."* mulighed for domstolene til at fritage den ene kontraktpart for sin forpligtelse grundet senere indtrufne omstændigheder. Ved kontraktens indgåelse antages det at parterne ikke var bekendt med den fremtidige afstemning om Brexit og dennes efterfølgende konsekvenser på aftaleforholdet. Med hensyn til spørgsmålet om den forventelige risiko ved aftalens indgåelse vil der refereres til overstående analyse angående kendelighed i forudsætningslæren, da selve argumentet imod forventelighed er det samme. Det antages dermed, at en indførelse af told ikke var forventeligt for parterne ved aftalens indgåelse. Hvis indførelsen af told var forventelig for parterne kan det argumenteres at parterne ville have taget hensyn til dette ved kontraktens indgåelse.

Generelt i et kontraktforhold vil der være en fordeling af risiko, som parterne accepterer ved indgåelse i forholdet. Dette kan i den pågældende situation komme til udtryk som risikoen for virksomhed A til at der opstår prisudsving der kan påvirke partens mulighed for profitabilitet. Dette accepteres generelt af parten

⁹⁶ Andersen og Madsen, side 206.

⁹⁷ Andersen og Madsen, side 206 og Andersen, side 264.

ved at muligheden for prisudsving ligeledes kan komme denne til gode. Hvis virksomhed A har indgået en aftale med Virksomhed B af levering af et produkt til pris 100 kr., og virksomhed A importerer varen fra et andet land, kan der opstå senere indtrufne omstændigheder i virksomhed A's forudsætninger for aftalen der ikke nødvendigvis kan betragtes som værende urimelige. Dette kan komme til udtryk som en lang række ændringer. F.eks. transportomkostninger og valutaudsving. Dog er det fælles for disse ændringer at de også kan komme virksomhed A til gode ved f.eks. lavere transportomkostninger grundet faldende oliepriser og positive valutaudsving. Så længe aftalen ikke tager direkte stilling til disse ændrede, og senere indtrufne omstændigheder, må de betragtes som værende en general risiko ved at indgå forpligtelser overfor virksomhed B.

Hvorved aftl. § 36 ikke bør bruges til efterfølgende at ændre den almindelige risikofordeling (den vurdering af gevinstchancer og tabsrisici) som to forretningskyndige parter bevidst har foretaget, da de indgik aftalen.⁹⁸

Dette kan i dansk dompraksis blandt andet ses af U 1983.429 V, hvori et udstykningsselskab skulle have taget forbehold om en belåningsgrænse fra et realkreditslån, da dette var en realistisk mulighed, som udstykningsselskabet kunne have forudset og taget forbehold for ved aftalens indgåelse.

Dermed er f.eks. prisudsving betragtet som en naturlig accept af risiko for parten, som må forventes overvejet i kontraktforholdes indgåelse. Dog er det centrale spørgsmål i analysen, hvorvidt den nu mulige stigning i importtold kan betragtes som værende en forventelig risiko på linje med den almindelige risikofordeling og dermed, om parterne kan betragtes som havende taget stilling til dette ved kontraktforholdets indgåelse. Da aftalen ikke indeholder en decideret stillingstagnation til spørgsmålet om indførelse af told, skal der undersøges om svaret kan findes ved aftalefortolkning og eventuel udfyldning.

3.3.3 - Aftalefortolkning i dansk ret.

Ved indgåelse af en gyldig aftale vil dennes retsvirkning findes igennem fortolkning og udfyldning af aftalen. Fortolkning dækker over den objektive udlægning af aftalen og dennes indhold, imens udfyldning af aftalen dækker over de situationer, som ikke direkte er reguleret i aftalen.⁹⁹ Aftaleloven indeholder ikke almindelige fortolkningsregler, og derfor må fortolkning baseres på retspraksis, den juridiske teori og naturligvis aftalens ordlyd. Hvis der ikke kan udledes parternes hensigter i kontrakten ud fra førnævnte, må fortolkeren benytte udfyldningsregler for at vurdere aftalens hensigt. Da udfyldning kan betragtes som et

⁹⁸ Andersen og Madsen, side 207

⁹⁹ Andersen og Madsen, Side 340.

større indgreb i aftalefriheden må det først og fremmest vurderes, om aftalefortolkning kan udelede aftalens retsvirkning med hensyn til indførelse af told.

Minimumsreglen

Minimumsreglen dækker over den almindelig juridiske antagelse at der i tvivlstilfælde må fortolkes i retning af *den forståelse, der er mindst byrdefuld for løftegiveren*.¹⁰⁰ Dette er et udslag af bevisbyrdereglen, hvoraf den part, der kræver en omtvistet ret ved aftalen, også skal redegøre for denne. Minimumsreglens brugbarhed ved gensidigt bebyrdende aftaler¹⁰¹ er lettere tvivlsom, da der sjældent vil være tvivl om, at den ene parts ydelse vil inkludere en modydelse fra den anden part. Dog kan minimumsreglen være interessant i det tilfælde, i gensidigt bebyrdende aftaler, hvori løftegiver har mere end en mulighed for opfyldelse af aftalen. Herved vil det være givet, at løftegiver kan tildeles ret til at udvælge den mulighed der er passende for løftegiver for opfyldelse. Ved den nuværende analyse antages det at løftegiver, virksomhed A, ikke kan finde alternativ løsøre til opfyldning af kontrakten. Det antages, at der ikke er tvivlsspørgsmål om løftegivers opfyldelseskrav, og at der ikke forefindes alternative leveringer til fuldførelsen af aftalen.

I dette tilfælde er minimumsreglen ikke videre relevant for den videre fortolkning af kontrakten.

Uklarhedsreglen

Uklarhedsreglen er i tilfælde, hvori den ene aftalepartner har udformet kontrakten på egen hånd og den anden part kun har underskrevet denne uden videre forhandling om kontraktens form. Dette kaldes oftest også koncipistreglen. Generelt set skal den uklarhed, der er opstået i kontrakten fortolkes imod den aftalepart, der har haft bedst mulighed for at forhindre uklarhedens opståen. Dette vil typisk være forfatteren (koncipisten) af aftalen.

Det er dog klart, at for at benytte uklarhedsreglen skal der være opstået en fortolkningstvivil. Hvis aftalen ikke indeholder uklarhedspunkter, er det unødvendigt at benytte uklarhedsreglen. Dette er blandt andet kommet til udtryk i retspraksis ved U 1994. 228 H, hvori den ene part hævdede, at en bankgaranti skulle fortolkes imod banken, da banken var koncipist. Højesteret afviste dette, da der ifølge dommerne ikke eksisterede et fortolkningsproblem.

I længerevarende kontraktforhold, hvoraf det kan udledes, at begge parter kan betragtes som koncipister af aftalen, vil uklarhedsreglen ikke være direkte relevant for forholdet. Dog kan dette være tilfældet, hvis uklarhedsspørgsmålet opstår på en mindre del af aftalen, der er konciperet specifikt af den ene part.

¹⁰⁰ Andersen og Madsen, Side 369.

¹⁰¹ Modsætningsvis; ikke gaveløfter eller ensidige løfter.

En udvidelse af uklarhedsreglen er tilfælde, hvor den ene part optræder som specialist på aftalens område. I disse tilfælde vil uklarhedsreglen kunne komme til udtryk ved, at tvivlstilfælde går imod specialisten (koncipisten), da denne burde have bedre kendskab til at kunne forebygge fremtidige tvivlsspørgsmål. Denne udvidelse kan også benyttes på tilfælde, hvor den ene part har søgt professional rådgivning i forbindelse med aftalens indgåelse, som set nedenfor i U 2011. 655 V.

U 2001. 655 V I forbindelse med et kurstab på et optaget obligationslån, hvori parterne var uenige om hvem der skulle bære tabet anførte byretten i præmisserne (og tiltrådt af et flertal i landsretten) *”Det tilføjes, at købsaftalen er udfærdiget af den af sagsøgeren [sælger] antagne mægler, og sagsøgeren [sælger], der har været repræsenteret af advokat og har godkendt købsaftalen uden bemærkninger, herefter findes at være nærmest til at bære risikoen for den mulige uklarhed, der er i aftaledokumentet.”*

I den pågældende aftale imellem virksomhed A og virksomhed B kan det argumenteres at virksomhed A, som importør af varer fra UK, vil have en større sagkyndighed og viden om de politiske bevægelser, der kan give anledning til tvivlsspørgsmål i aftalen. Dog kan dette også betragtes som værende en for stor udvidelse af uklarhedsreglen, dette afhænger af hvor stor en viden virksomhed A burde have om et fremtidigt ønske fra den britiske befolkning om udtrædelse af EU og dennes konsekvenser for aftalen. Da det er antaget at virksomhed A ikke har haft kendskab til Brexit (dermed ikke specialist) ved kontraktens indgåelse, og at begge parter bliver betragtet som koncipister af aftalen, vil uklarhedsreglen ikke være aktuelt.

Gyldighedsreglen

Så vidt parterne ved aftalens indgåelse tydeligvis har haft til hensigt at forpligte sig til aftalen, bør fortolkningen af uklarhedspunkter ske med det formål at bevarer kontraktforholdet. Så hvis parterne tydeligt har ønsket aftalen, bør aftalen ikke automatisk frafalde ved en eller flere uenigheder om forståelsen af dele af aftalen. Derimod skal det så vidt muligt forsøges at bevare aftalen ved en løsning, begge parter kan gennemføre og leve med. Hvis senere indtrufne begivenheder gør aftalen umulig at virkeliggøre efter sit indhold kan gyldighedsreglen tale for at opretholde aftalen gennem enten omfortolkning eller udfyldning af aftalen.¹⁰² Særligt situationer hvori den ene part, gennem senere indtrufne begivenheder, har påtaget sig en uforholdsmæssig stor bebyrdelse taler for en omfortolkning eller udfyldning af aftalen.

¹⁰² Andersen og Madsen, Side 383.

Konklusion på aftalefortolkning

Aftalefortolkning i dansk ret giver ikke noget endegyldigt svar på, om virksomhed A skal bære hele byrden for indførelsen af told ved import af varer fra UK baseret alene på aftalen. Hverken minimumsreglen eller uklarhedsreglen synes at kunne belyse hvorvidt virksomhed A, baseret på aftalen, kan frifindes for at afholde de uventede toldomkostninger. Ved minimumsreglen forefindes der ikke utvetydighed om løftegiveres forpligtelse til levering af den specifikke vare. Tilmed kan uklarhedsreglen ikke rykke ansvaret for de forventede toldomkostninger over på virksomhed B, da begge virksomheder betragtes som koncipister af aftalen og virksomhed B ikke betragtes som specialist på området. En domsafprøvning af sagen ville føre til betydelig udfyldning på aftalen fra retten, før virksomhed A kan findes at være i sin gode ret til at ophæve kontrakten.

På trods af at parterne har haft tydelig hensigt til at forpligte sig til aftalen jf. gyldighedsreglen, betyder det ikke nødvendigvis at det er korrekt at omfortolkning eller udfyldning af aftalen til skade for virksomhed B er den mest retfærdige løsning. Sammenholdt med diskussionen i forudsætningslæren-afsnittet, kan vurderingen af det samlede forhold give det resultat at virksomhed A er nærmest til at bære risikoen og dermed konsekvenserne af indførelsen af told.

3.4 - Købelovens (KBL) § 24 og Force Majeure

I KBL § 24 er der mulighed for genussælger at blive fritaget for ansvar, hvis det er objektivt umuligt for sælger at opfylde en aftale, og dette ikke skyldes sælger selv. Den objektive umulighed dækker over, at det er umuligt for alle og enhver at opfylde aftalen.

Force Majeure eksisterer, når sælgers opfyldelse er hindret eller umuliggjort af udefrakommende begivenheder i sådan en grad, at denne ikke kan opfylde aftalen. Traditionelt bliver de udefrakommende begivenheder eksemplificeret som f.eks. indførelsesforbud, krig og lignende. U 1928. 796 Ø illustrerer de restriktive krav til Force Majeure ved KBL § 28 i dansk ret:

U 1928. 796 Ø:

Godset Fuglsang havde forpligtet sig til at leverer "15 tons Hundegræs af Deres egen avl på Fuglsang". Godset Fuglsang høstede dog kun 8 ton Hundegræs det pågældende år og køberen indkøbte de manglende 7 ton hos tredjepart og forlangte differencen mellem tredjeparts pris og den aftaltes pris afholdt at Fuglsang. Fejlsagen høst blev af landsretten ikke betragtet som værende en kvalificeret ekstraordinær

opfyldelseshindring der kunne begrunde ansvarsfrihed for sælger. Det skal bemærkes, at landsretten betragtede det som et genuskøb, trods aftalens ordlyd, der kunne indikerer, at der er tale om specieskøb.

Dog er der en lempelse ved Force Majeure, at der ikke er påkrævet bogstavelig umulighed, men at der eksisterer opfyldelseshindringer, som kræver uforholdsmæssige opofrelser at overvinde. Denne *relativ umulighed* dækker også over situationer, hvori der eksisterer økonomisk force majeure. Dette er situationer, hvori det vil være uforholdsmæssigt dyrt at gennemfører aftalen. Kravet til økonomisk force majeure er, jf. nedestående 2 domme, stor:

UfR 1922. 858 H:

En grosserer (S) havde i september 1919 solgt en bil til køber (K) for 43.264 Mark til levering i april-maj 1920. I januar 1920 meldte den tyske bilfabrik, at der grundede prisstigninger ikke kunne foretages levering til (S) for den aftalte pris¹⁰³. (S) annullerede derefter aftalen med (K). (S) gav senere tilkende overfor (K) at prisstigningerne fra den tyske bilfabrik resulterede i, at denne kun kunne leverer den aftalte bil til pris 202.885 Mark. Domstolen fandt at annulleringen var uberettiget da det ikke fandtes godtgjort at der var indtrådt sådanne uforudsete begivenheder, at kontraktens opfyldelse ville pådrage (S) eksorbitant tab. (S) blev derfor dømt til at betale differencen i prisen (159.591 mark) trods en prisstigning på hele 368 %.

UfR 1940. 214 SH:

Der var indgået aftale om levering af *40 hi Cinders til 2,30 kr. pr. hi*. Efterfølgende steg prisen til 4 kr. pr. hi og leverandør (S), som var mellemhandler, stoppede sine leveringer. Køber (K) indkøbte den manglende levering fra tredjemand til 4 kr. pr. hi og krævede forskellen betalt af (S). (S) ønskede fritagelse af aftalen og kompensationen grundet prisstigning. Retten fandt, at (S) skulle betale forskellen med følgende grund: *"(...) skal fremhæves, at de Sagsøgte ikke har taget Forbehold med Hensyn til Prisstigning, og at en Kontraktspart efter almindelige Retsregler kun kan paaberaabe sig en Prisstigning som Frigørelsesgrund, naar denne — foruden at skyldes ved Kontraktens Indgaaelse uforudselige Omstændigheder — har været af ganske ekstraordinær Karakter."* Hertil skal bemærkes at prisstigningen var på 73 %.

De ovenstående 2 domme angiver, at der ved økonomisk force majeure kræves en ikke-beskeden stigning i pris eller omkostninger. Dog kan der ved længerevarende kontrakter tillægges en blødere vurdering, da der ofte er tale om gentagne leveringer, der dermed kan være økonomisk bebyrdende over længere tid for den ene part.

¹⁰³ Bemærk at dommen ikke omhandler aftalen imellem den tyske fabrik og grosseren, men derimod grossererens aftale med køberen.

I aftalen imellem virksomhed A og B eksisterer der ikke en objektiv umulighed, da det stadig er muligt for virksomhed A at leverer til virksomhed B. Dog eksisterer der en situation, hvori det kan betragtes som værende uforholdsmæssigt dyrt for virksomhed A at forsætte leveringer til virksomhed B, altså økonomisk force majeure ved relativ umulighed. Kravet til økonomisk force majeure er dog i domspraksis stor. Selv ved længevarende kontrakter er det usandsynligt, at domstolene finder økonomisk force majeure i situationen imellem virksomhed A og B. Hertil tilgår det også i vurderingen for domstolene, hvorvidt virksomhed A kan opsig kontrakten og hvornår dette eventuelt kan ske. Hvis virksomhed A kan opsig kontrakten indenfor en forholdsvis kort tidsramme, er det sandsynligt, at domstolene vurderer, at virksomhed A skal bære omkostningerne indtil denne opsigelse.

3.5 - Opsigelse

Det er vigtigt at adskille *opsigelse* fra misligholdelsens begreb *ophævelse*, hvori en kontraktspart kan ophæve en kontrakt baseret på den anden part(er)s misligholdelse. Ved opsigelse er det derimod aftalt i kontrakten, at en pågældende part kan opsig kontraktforholdet, hvis de angivende betingelser, eller ingen, er mødt.

I den undersøgte situation, hvor kontraktforholdet er blevet indledt før parterne kendte resultatet af den britiske afstemning¹⁰⁴, vil de pågældende kontrakter have varet mindst et år og dermed være underlagt et opsigelsesvarsel på mindst 6 måneder. Hvis aftalen har varet i over 7 år er opsigelsesvarsel derimod 12 måneder. Den tidligste dato hvorpå kontraktforholdet kan blive påvirket af overgangsperiodens afslutning og eventuelt mangel på en fremtidig handelsaftale er den 01.01.2021. De store usikkerhedsmomenter nævnt i Sektion 2.1 – Mulighed for en toldunion, med hensyn til muligheden for en gældende handelsaftale ved denne dato betyder, at der ved brug af kontraktens opsigelsesvarsel kan gå minimum 6 måneder, og maksimum 12 måneder hvori aftalen stadig er gældende trods de ændrede omstændigheder.

3.6 - Genforhandling

Da der er aftalefrihed i dansk ret, vil en kontrakt altid være mulig at genforhandle. Som i alle konciperinger af aftaler afhænger genforhandling om enighed blandt parterne om genforhandlingen. Princippet Pacta Sunt Servanda er uændret. Hvis den ene part ikke ønsker genforhandling, har denne ret til at afvise dette og kræve den originale aftale opfyldt. Der skal dog tages hensyn til den almindelig aftale- og

¹⁰⁴ United Kingdom European Union membership referendum, 23. Juni 2016.

obligationsretlige grundsætning om en *"vis pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesser"*.¹⁰⁵ Denne grundsætning kaldes oftest også et loyalitetskrav mellem aftaleparterne, der ved brud kan give anledning til ændringer i aftale eller endda mulighed for at ophæve aftalen¹⁰⁶.

Ved loyalitetskravet kan der opstå situationer, hvori en part ikke kan afvise genforhandling. Dette er illustreret i U 1981. 300 H:

U 1981. 300 H

Hvori højesteret fandt, at den ene part ikke kunne modsættes sig en ombytning af en pantesikkerhed da parten *ikke havde anført nogen loyal grund til at modsætte sig ombytningen af sikkerheden*¹⁰⁷. Det er dog vigtigt at understrege, at der i U 1981. 300 H ikke var væsentlig ulempe for parten ved ombytningen af sikkerheden, og at denne kun modsatte sig ombytning grundet en uenighed om et andet retsforhold.

I aftalen imellem virksomhed A og B må en genforhandling, baseret på en ændring i omkostninger til told for virksomhed A, betragtes som blivende en ulempe for virksomhed B. En genforhandling vil givetvis resulterer i en ændret fordeling af risiko til virksomhed Bs ulempe eller endda en ophævelse af kontrakten. Overstående U 1981. 300 H vil dermed ikke være gældende for kontraktforholdet, da der forefindes en loyal grund for virksomhed B til at modsætte sig denne ændring i kontraktforholdet¹⁰⁸.

En nærmere analyse af fordelene og ulemperne for genforhandling for virksomhed B følger senere i afhandlingen.

3.7 - Delkonklusion på dansk ret.

I dansk ret er der undtagelser til princippet Pacta Sunt Servanda som domstolene kan benytte til at ophæve eller modificere aftaler. Disse undtagelser kræver alle forudsætninger, som parter ikke nødvendigvis har mødt. Forudsætningslæren krav om kendelighed synes at forhindre et indgreb i kontraktforholdet. Derudover har domstolene været påpasselige med at benytte Aftl. § 36 imellem erhvervsdrivende af samme forhandlingsstyrke, og parterne kan sandsynligvis ikke passivt forlade sig på at domstolene vil benytte Aftl. § 36 til behandling af kontraktforholdet. Benyttelsen af Aftl. § 36 på kontraktforholdet kræver tillige en større udfyldning, da aftalefortolkning på forholdet ikke resulterer i en åbenlys retsstilling, der

¹⁰⁵ Andersen og Madsen, Side 413.

¹⁰⁶ Se her U 1976.21 H, hvori et loyalitetsbrud blev betragtet som en væsentlig misligholdelse og dermed gav mulighed for at ophæve aftalen.

¹⁰⁷ Andersen og Madsen, Side 417.

¹⁰⁸ Navnlig ophævelse af en kontrakt der er givende for virksomhed B eller ændring i dennes fordeling af risiko til ulempe for virksomhed B.

formindsker virksomhed A's større byrder. Force majeure ved genuskøb i dansk ret kan fra dompraksis sige at kræve en stor økonomisk byrde for at annullere en løftegivers forpligtelser. Fra den overstående økonomiske analyse, vil domstolene sandsynligvis ikke finde at virksomhed A har oplevet økonomisk force majeure i en sådan en grad at denne kan blive fritaget sine forpligtelser overfor virksomhed B. Der findes tillige ikke at være en loyalitets baseret pligt for virksomhed B til at genforhandle med virksomhed A set i lyset af den ændrede omstændigheder.

Dette resulterer i at virksomhed A ikke sandsynligt har adgang til en juridisk ophævelse eller modifikation af kontraktforholdet. Dog vil dette kræve en domsafprøvelse med en dybere vurdering af forholdets natur.

3.8 - Hardshipklausuler

3.8.1 - Hvad er hardshipklausuler?

En hardship-klausul er en kontraktbestemmelse, hvorefter kontrahenterne er forpligtet til at genforhandle dele af kontraktens indhold, idet opfyldelse heraf er blevet mere byrdeful som følge af en efterfølgende eksogen omstændighed, som kontrahenterne ikke på kontraktindgåelsestidspunktet kunne forudsige som følge af begrænset rationalitet eller skulle alternativt afholde uforholdsmæssige mange transaktionsomkostninger til at kunne fastlægge indholdet heraf. – Kim Østergaard, 2016, side 441.¹⁰⁹

Typisk er hardship-klausuler indført i kontrakten ex ante i situationer, hvor kontraktsparterne ikke kan forudse efterfølgende eksogene omstændigheder eller for at minimere transaktionsomkostninger. Det økonomiske hensyn til at minimere transaktionsomkostninger vejer ofte tungt i ex ante kontraktforhandlingerne, hvori parterne kan være mere fokuseret på de mulige økonomiske gevinster ved udførelsen af kontrakten, end på at eftergive ressourcer til håndteringen af sandsynlige og usandsynlige efterfølgende omstændigheder. Dette hensyn taler for benyttelsen af hardship-klausuler fra modellove. Derved er begge parter sikre på en anderkendt formulering af hardship-klausulen, uden at skulle afholde de omkostninger, det kræver at formulerer en særlig hardship-klausul.

Det antages at parterne ved brug af en hardship-klausul benytter en af de nedestående anerkendte modellove fra enten UNIDROIT eller ICC¹¹⁰.

Der vil fremkomme to juridiske perspektiver på hardship klausuler i den følgende analyse:

¹⁰⁹ Kim Østergaard, 2016.

¹¹⁰ Bemærk at der eksisterer en række andre modellove der også kunne være benyttet. Det antages at fællestrækkende (angående hardship-klausuler) fra de forskellige modellove er relativt ens og de to valgte modellove giver en forståelse for den juridiske virkning angående de ikke valgte modellove.

1. Tilfælde hvori en hardship-klausul skal indsættes på nuværende tidspunkt i kontraktforholdet. Heri antages det, at parterne i kontraktforholdet ikke ex ante har indført en hardship klausul, men i lyset af Brexits fremtidige konsekvenser, vælger at indføre en sådan klausul til at forsøge at håndtere de juridiske usikkerheder.

2. Det tilfælde hvori parterne har brugt en hardship-klausul og dennes påvirkning på kontraktforholdet.

3.8.2 - UNIDROIT International Commercial Contracts

UNIDROIT, International Institute for Unification of Private Law, er en organisation som arbejder for harmonisering og koordinering af privatreten, herunder i særdeleshed handelsretten¹¹¹. Senest er UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts blevet opdateret og udgivet i fjerde udgave af 2016. Kapitel 2 sektion 2 angiver modelloven for hardship.

I artikel 6.2.1 angiver UNIDROIT princippet om at kontrakter skal overholdes af parterne også selvom opfyldelse er blevet mere besværlig for den ene part.

I artikel 6.2.2 opsættes definition på hardship:

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

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

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

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

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

Artikel 6.2.3 behandler effekterne af påvist hardship hvori den part, der påberåber hardship-klausulen, har ret til at påberåbe sig genforhandling¹¹². Retten til genforhandling er i sig selv ikke en særlig stærk ret, da den anden part ikke er bundet til at acceptere en anden aftale end den først indgåede. Derfor følger det i

¹¹¹ Peter Arnt Nielsen, side 101.

¹¹² Artikel 6.2.3 nr. 1.

artiklen, at parterne må bringe sagen for domstolene¹¹³, som derefter kan ophæve kontrakten¹¹⁴ eller ændre i kontrakten¹¹⁵.

3.8.3 - (ICC) International Chamber of Commerce

ICC er en interesseorganisation, der varetager den internationale handels interesser.¹¹⁶ ICC udvikler blandt andet standardkontrakter og standardklausuler til brug for virksomheders sammenhandel. Organisationen har i 2003¹¹⁷ udviklet et forslag til en hardship-klausul til frit brug for kontraktparter, der ønsker det. I klausulens noter¹¹⁸ er det angivet, at klausulen forener overstående artikel 6.2.2 af UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts med den italienske *Civil Code* artikel 1467.

Klausulen starter ligesom UNIDROIT artikel 6.2.1 med det velkendte juridiske princip, at en kontrakt er bindende også selvom: *"events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract"*. Derefter forsætter klausulen i del 2 med selve hardship-klausulen:

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.

Klausulen afsluttes i del 3 med muligheden for den påvirkede part at ophæve kontrakten, hvis del 2 er opfyldt, og genforhandling ikke har resulteret i et acceptabelt resultat.

¹¹³ Artikel 6.2.3 nr. 3.

¹¹⁴ Artikel 6.2.3 nr. 4 litra a.

¹¹⁵ Artikel 6.2.3 nr. 4 litra b.

¹¹⁶ Peter Arnt Nielsen, 2012, side 102.

¹¹⁷ ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003

¹¹⁸ ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003, side 16, note B.

3.8.4 - Fælles for modellovene

Ved anvendelsen af hardship-klausuler fra modellovene er der tre kumulative betingelser der skal være opfyldt¹¹⁹:

1. Den efterfølgende begivenhed skal ikke være kendt på kontraktindgåelsestidspunktet.
2. Den efterfølgende begivenhed væsentligt forrykker kontraktens balance.
3. Der skal være tale om en eksogen begivenhed som parterne ikke har kunnet påvirke.

1. Den efterfølgende begivenhed skal ikke være kendt på kontraktindgåelsestidspunktet.

Denne betingelse følger af UNIDROIT artikel 6.2.2 litra a: *“the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;”*

I ICCs model for hardshipklausul er dette udtryk i del 2, litra a. med ordende: *“(….)which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract(…)”*

Det må antages, at den efterfølgende begivenhed angående Brexit ikke har været kendt på kontraktindgåelsestidspunkt. Den betydelige økonomiske og juridiske risiko for parterne taler for, at disse ville have ageret anderledes i deres risikofordeling, hvis de havde været bekendt med Brexit. Hvis parterne forudså dette som et sandsynligt scenarie, ville de sandsynligvis have fordelt risikoen på en optimal måde, hvori virksomhed A ikke skulle bære alle omkostningerne for denne efterfølgende begivenhed, medmindre den opnåede kompensation for at påtage sig risikoen.

På nuværende tidspunkt vil en indsættelse af hardship-klausul dog være mere usikker. Det er nu kendt af parterne, at der vil indtræffe en begivenhed, som påvirker deres kontraktforhold. Den nuværende situation, med hensyn til betingelserne for hardship-klausuler, kan koges ned til et spørgsmål: Er den efterfølgende begivenhed nu kendt af parterne? Brexit giver på nuværende tidspunkt ikke et endegyldigt svar i forhold til *hvad* den efterfølgende begivenhed indebærer. Dog er det tydeligt, at der *vil* komme en efterfølgende begivenhed med konsekvenser for kontraktforholdet. Dette taler for, at den part der kan blive påvirket af den efterfølgende begivenhed skal forsøge at tage hensyn til denne. Modsatvis kan en manglende stillingstagnation til spørgsmålet, trods at det er kendt, at denne kan få vidtrækkende konsekvenser, muligvis betragtes som en automatisk accept af risiko for den senere indtrufne

¹¹⁹ Østergaard, 2016, side 444.

omstændighed. Hvorvidt Brexits konsekvenser på kontraktforholdet på nuværende tidspunkt kan betragtes som værende en ukendt begivenhed vil til syvende og sidst afhænge af en doms afprøvelse. Denne usikkerhed, der forlader sig på en eventuel doms afprøvelse, gør at parterne ikke nødvendigvis er bedre tjent med indsættelse af en modellov hardshipklausul end de var i den overstående juridiske analyse. Derfor kan denne usikkerhed bedst forhindres ved at parterne ikke forlader sig på en modellov hardshipklausul, men derimod tager et mere aktivt valg omkring håndtering og fordelingen af de efterfølgende omstændigheder.

2. Den efterfølgende begivenhed væsentlig forrykker kontraktens balance.

Denne betingelse følger af UNIDROIT artikel 6.2.2: “(...) *where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract(...)*”

I ICCs model for hardshipklausul er dette udtryk i del 2, punkt a. med ordene: “*the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous(...)*” Dette kan løst udtrykkes som at besværliggørelsen for den ene part til at opfylde dennes forpligtelser også skaber en forrykkelse i kontraktens balance.

Ved brugen af hardship-klausul fra modellovene på nuværende situation afhænger dette af en videre økonomisk analyse. Fra nedenstående økonomiske afsnit er det forklaret, hvordan den efterfølgende omstændighed (Brexit) har påvirket kontraktens balance. En indførelse af told vil kun ramme virksomhed A imens virksomhed B ”går fri” af dennes konsekvenser. Hvis kontrakten på indgåelsestidspunktet kan betragtes som værende balanceret (hvilket den i det juridiske må antages, så vidt muligt, at være), vil en stigning i omkostninger, og dermed dennes mulighed for profit, skabe en forrykning i kontraktens balance.

En indførelse af hardship-klausul fra modellovene på nuværende tidspunkt, ændrer ikke på det overstående argument for kontraktens balance. Dog kan det argumenteres at selve indsættelsen af hardship-klausulen, nu da der eksisterer et kendskab til den efterfølgende begivenhed, kan betragtes som en ændring af kontraktens balance. Tidligere har der af parterne ikke været taget stilling til efterfølgende begivenheder. Med indsættelsen af en hardship klausul er der imellem virksomhed A og B opstået en form for behandling af kontraktens balance. Når virksomhed A ønsker en hardship klausul, med det specifikke mål at undgå dennes forpligtelser ved uventede omstændigheder, har denne part taget et valg, der kan påvirke kontraktens balance. Virksomhed B kan blive påvirket, ved klausulens aktivering, af dette og kan derfor ønske en compensation for den ændring i risiko-fordelingen der er opstået. Hvis en sådanne

komensation bliver fordelt, er der derfor tale om en anden balance i kontrakten end først udtryk i aftalens indgåelse. Derfor vil kontraktens balance dermed ikke blive påvirket på samme måde, som ved indgåelse af hardship-klausulen ved den originale koncipering, ved aktiveringen af klausulen. Virksomhed B har da allerede modtaget komensation, for den mulige aktivering af hardship-klausulen, i den ændrede fordeling i kontraktforholdet. Hvorvidt en sådan komensation kan siges at have bragt kontraktforholdet til en balance, hvorved en aktivering af hardship-klausul ikke reelt har påvirkning på kontraktens balance, vil kræve en nærmere analyse af først parterne- og ved tvivl af domstolene.

3. Der skal være tale om en eksogen begivenhed som parterne ikke har kunnet påvirke.

Denne betingelse følger af UNIDROIT artikel 6.2.2 litra c og d: *“the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”* I ICCs model for hardshipklausul er dette udtryk i del 2, punkt b. med ordende: *“it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences,”*

Afstemningen om Brexit blev udskrevet af daværende statsminister David Cameron og blev den 23. juni 2016 afholdt. Hverken udskrivelsen af afstemningen, eller dennes afholdelse og efterfølgende resultat, kan siges at have været påvirkelig af aftalepartnerne. Da den efterfølgende begivenhed er et resultat af eksogene begivenheder såsom folkeafstemning og den politisk forhandlingsproces synes denne betingelse at være opfyldt. Dette gælder både fra aftaleindgåelsestidspunktet og den senere genforhandling.

3.8.5 - Hardship-klausuler i dansk ret

Det følger af princippet om partsautonomi at parterne har frit valg til at aftale forholdende vedrørende deres kontrakt. Dette frie valg inkluderer som udgangspunkt ønsket om at medtage klausuler, der regulerer aftaleforholdet. Standardklausuler bruges til at beskytte parterne for ikke forventet og uønsket økonomisk risiko. Derudover benyttes standardklausuler som en måde hvorpå at nedsætte transaktionsomkostninger. Ved forhandlinger om en kontrakt vil en inklusion af alle tænkelige og utænkelige forbehold (og deres retsvirkning) være uforholdsmæssigt dyrt. Derfor kan standardklausuler give parterne et værktøj til at inkludere forbehold uden nødvendigvis at skulle undersøge alle disse tænkelige og utænkelige begivenheder igennem. Derfor er Hardship, såvel som andre standardklausuler, vidt udbredte i danske længerevarende kontraktforhold.

Det er nærliggende, at de danske domstole, ved en afvejning af de økonomiske forhold og om disse fører til hardship, bruger samme analysेमønster som i tilfælde af force majeure¹²⁰. Dog vil dette ofte føre til ret høje krav om størrelsen af den bebyrdende økonomiske situation for virksomhed A. Ved inklusionen af en hardship-klausul har parterne taget et bevidst valg om, at deres kontraktforhold skal underlægges et mindre krav end ved økonomisk force majeure. Dette følger af, at hvis virksomhed A og virksomhed B ønskede kravene, set i domspraksis, ved økonomisk force majeure, havde de ikke inkluderet en hardship-klausul. Derimod kunne de have sparet transaktionsomkostningerne ved dennes inklusion og blot ladet forholdet blive behandlet af KBL § 24 og force majeure. Inklusionen af en specifik klausul for at modstå økonomisk force majeure taler dermed for, at domstolene skal sætte en lavere offergrænse end i situationer, hvor denne klausul er ekskluderet.

3.8.6 - Konklusioner på modelloves hardship-klausuler

Alle 3 kumulative betingelser er opfyldt i forhold en aftale, der ved kontraktindgåelse indeholder en af de nævnte modelloves hardship-klausuler. Dog er det ikke ensbetydende med, at en inklusion af en hardship-klausul fra modellovene ved kontraktens indgåelse også har skabt den ønskede regulatoriske effekt på kontraktforholdet.

Modellovene lægger først og fremmest op til genforhandling imellem parterne, hvis der påberåbes en hardship klausul. Hvis virksomhed B ikke ønsker genforhandling, vil det stadig kræve en domsafgørelse, med nærmere analyse af forholdene, for at virksomhed A kan undgå Brexits negative implikationer.

Ved en inklusion af hardship-klausul fra modellovene på nuværende tidspunkt er den juridiske usikkerhed endda forøget. Analysen af de kumulative betingelser giver muligheder for tvivlsspørgsmål om hvorvidt betingelserne overhovedet er nået i dette scenarie. Hvis betingelserne findes opfyldt vil situationen være den samme som ovenover – modellovene henviser først og fremmest til genforhandling.

Genforhandling kan i sin natur ske på alle de tidspunkter parterne ønsker i kontraktforholdet. At der fremkommer et tydeligt ønske for genforhandling kan være en vigtig signalværdi til virksomhed B om at kontraktens forhold er ændrede, og at virksomhed A ikke "bare" vil følge den originale kontrakt, men faktisk har et dybere ønske om en genforhandling for at kunne varetage kontraktforholdet. En hardship-klausul fra modellovene kan give den signalværdi, da det antages klausulen ikke ville blive taget i brug ved mindre uoverensstemmelser.

¹²⁰ Se om økonomisk force majeure og dennes høje offergrænse i dansk domspraksis den overstående juridiske analyse.

3.9 – (Delkonklusion) Anbefaling fra et juridisk perspektiv

Den juridiske analyse viser, at der ved Brexit kan opstå usikkerhed om kravene til kontraktens fuldbyrdelse. Virksomhed A kan ikke kun forsætte kontraktforholdet og forvente at en eventuel stigning i omkostninger berettiger denne til at bryde aftalen.

Virksomhed A og B kunne ex ante have indsat en hardship-klausul med det formål at inddække sig bredt imod efterfølgende omstændigheder. Sådant en hardship-klausul ville først og fremmest "tvinge" virksomhederne til at forsøge at genforhandle ved de senere omstændigheders indtræden. Om end betingelserne for en hardship-klausul synes mødt ved Brexit, er dennes retsvirkning stadig plaget af usikkerhed, hvis den ene part ikke ønsker at indgå i en givende genforhandling. Ved en hardship-klausul fra modellovene, indsat på nuværende tidspunkt, vil der endda opstå tvivl om denne overhovedet kan blive påberåbt, eftersom parterne på nuværende tidspunkt er bevidste om Brexit. Disse usikkerheder om hardship-klausulens retsvirkninger, og hvorvidt parterne på tidspunktet for overgangperiodens afslutning kan indgå i en givende genforhandling, gør at en standardiseret hardship-klausul ikke ufortrødent kan anbefales.

3.9.1 - Forløbelig anbefaling

Grundet de ovenover nævnte usikkerhedsmomenter ved at lade kontraktforholdet forsætte ufortrødent og lade dansk ret håndtere de mulige konflikter, anbefales det, at parterne på nuværende tidspunkt påbegynder en genforhandling. Genforhandlingens resultat kan ikke kun være en inklusion af hardship-klausuler fra modellovene, da disses anvendelse på forholdet kan være tvivlsom. Derimod bør genforhandlingen og dennes resultat tage form af en mere præcis håndtering af Brexit. Dette kan f.eks. ske igennem et kort opsigelsesvarsel afhængig af Brexits endelige resultat.

Det er forventeligt at de opståede transaktionsomkostninger ved at aftale et præcis opsigelsesvarsel understiger de sandsynlige omkostninger ved en forsættelse af kontraktforholdet i den anvendte periode. Ved at opdele opsigelsesvarslet i de mulige scenarier for Brexit forhandlingerne kan kontraktparterne forsætte kontrakten til det punkt, hvori det forventeligt ikke længere er økonomisk givende for parterne.

Grundet aftalefriheden findes der et utal af muligheder for en ændring af et, i kontrakten indgået, opsigelsesvarsel. Det er nærliggende, givet usikkerheden om en fremtidig handelsaftale, at

opsigelsesvarslet tager hensyn til de fremtidige scenarier. Dette kan gøres ved at indsætte et kort opsigelsesvarsel for virksomhed A, hvis der ikke bliver aftalt en handelsaftale i slutningen af overgangsperioden. Samtidig kan kontraktparterne indføre en senere opsigelsestid, hvis der ikke bliver indført told på importen af varer for virksomhed A, da kontraktforholdet må antages ikke at være særligt påvirket af de eksterne omstændigheder. De tidligere analyseret Non-Tariff Barriers¹²¹ påvirkning på kontrakten antages ikke at være ekstraordinært bebyrdende for virksomhed A indenfor selv det længste opsigelsesvarsel på 12 måneder.

Et særskilt formindsket opsigelsesvarsel fra virksomhed A baseret på virksomhed A's analyse af de fremtidige økonomiske byrder for denne er dog ikke nødvendigt. Det må antages at en aftale om formindsket opsigelsesvarsel vil tage stilling til netop virksomhed A's fremtidige økonomiske byrder, da denne vil vælge at forsætte kontrakten, selv ved indførelse af told, så længe den er fordelsagtig for virksomhed A. Dermed er det ikke påkrævet for en indsættelse af formindsket opsigelsesvarsel at virksomhed A godtgør et økonomisk tab. Det er nok at virksomhed A får muligheden for at opsiges kontraktforholdet, i god tid, hvis denne finder det nødvendigt.

I længevarende kontrakter kan der eksistere en uopsigelighedsperiode, dvs. en periode hvori kontrakten fra indgåelsen ikke kan opsiges af parterne. Ved genforhandling og supplementering til en længerevarende eksisterende kontrakt er det nødvendigt at vurdere hvorvidt der er en uopsigelighedsperiode, og om denne skal erstattes af den overstående diskuterende opsigelsesklausul. Førnævnt diskussion om fordelene ved en kort opsigelsesperiode er gældende for en eventuel uopsigelighedsperiode. Dog er der ikke nødvendigvis en økonomisk hindring til at inkludere en uopsigelighedsperiode afhængig af scenerierne og dennes optimale opsigelsestidspunkt. Herved kan nævnes overgangsperioden på 2 år ved en, usandsynlig, forlængelse af overgangsperioden, hvori der kan eksistere en uopsigelighedsperiode der løber op til de 2 år, hvoraf der efterfølgende vil være et kort/øjeblikkeligt opsigelsesvarsel. Det eksisterende opsigelsesvarsel vil derefter afhænge af selve aftalen imellem EU og UK. Ved uopsigelighedsperiode er der typisk tale om relationsspecifikke investeringer¹²² der både sikrer, at den part der skal foretage investeringen får udbytte af dennes investering, såvel som at parten har incitament til at foretage investeringen fuldt ud. Ved denne type uopsigelighedsperioder, der inkluderer relationsspecifikke investeringer, såvel som kontrakter, der indeholder relationsspecifikke investeringer uden uopsigelighedsperiode, er der en overvejende incitament for den ene part (den der skal afholde denne udgift) til ikke at ønske en kort opsigelsesperiode. Dette er

¹²¹ Se afsnit 2.2.1 om NTB'er

¹²² Herved menes der investeringer hvori den ene part har foretaget større økonomiske investering baseret udelukkende på, og i kraft af det pågældende kontraktforhold og som ikke kan/eller med økonomiske konsekvenser, konvertere denne investering om til et andet kontraktforhold.

især tydeligt i forhold hvori parten der skal afholde den relationsspecifikke investering ikke bliver så byrdefuldt påvirket af de økonomiske konsekvenser vedrørende Brexit som den anden part. Herved vil der eksistere modstående ønsker til det fortsatte kontraktforhold og en genforhandling med en kort eller Brexit-afhængig opsigelsesperiode vil synes umuliggjort. I dette tilfælde kan en indarbejdelse af kompensation til den part, der har foretaget relationsspecifikke investeringer modvirke forbeholdet overfor genforhandling. Ved det mest byrdefulde Brexit scenarie kan en aftale om kompensation af udførte relationsspecifikke investeringer sandsynligvis være mindre økonomisk byrdefuldt for virksomhed A end at fuldføre de kontraktuelle forpligtelser overfor virksomhed B.

Kapitel 4 - Integreret analyse

4.1 - Indledning

I denne sektion vil vi begynde med at identificere, hvilke kilder til vedvarende konkurrencemæssige fordele der eksisterer, med det formål at belyse hvorfor det kan være givende for virksomhed B at genforhandle med virksomhed A. Derefter vil reaktiv og proaktiv kontrahering analyseres for at kunne opstille en guide til virksomhed A og B's genforhandling med det formål at bedre håndtere Brexit.

4.2 - Kilder til vedvarende konkurrencemæssige fordele

Dyer og Singh¹²³ identificerer fire kilder til vedvarende konkurrencemæssige fordele opstået ved et strategisk samarbejde mellem firmaer:

1. Relation-specific assets
2. Knowledge-sharing routines
3. Complementary resources/capabilities
4. Effective governance

Relation-specific assets

Ved relation-specific asset menes der den specialiserede investering foretaget med det ene formål at udføre kontrakten imellem de to virksomheder. Disse kan fordeles i 3 kilder: 1. Fysiske aktiver¹²⁴. Dette kan f.eks. være ved at virksomhed B har bygget en forarbejdningsfabrik med det ene mål og formål at forarbejde de varer, virksomhed A leverer. 2. Geografisk placering¹²⁵. F.eks. en placering af en ny fabrik af virksomhed B, tæt på virksomhed A's varelager. 3. Menneskelige aktiver¹²⁶. Dette kan være en ansat ved virksomhed B, der har erfaring og et positivt erhvervsmæssigt forhold til en ansat ved virksomhed A.

Disse relations-specifikke investeringer vil ofte være et resultat af den indgåede kontrakt, hvori den ene part foretager investeringer baseret på kontraktens indhold. Dermed kan en relations-specifik investering også betragtes som en forpligtelse for den part, der afholder investeringen. Dette kan, som alle forpligtelser, være en kilde til uoverensstemmelser. For at opnå en vedvarende konkurrencemæssig fordel

¹²³ Dyer og Singh, 1998.

¹²⁴ *Physical asset*

¹²⁵ *Site specificity*

¹²⁶ *Human asset*

ved relations-specifikke investeringer skal disse investeringer dog foretages og varetages. Parterne vil ved kontraktforhandlingerne forpligtelse sig til at afholde disse omkostninger, men vil modsat ønske kompensation eller garanti for kontraktens overholdelse for ikke at miste de specifikke investeringer.

Knowledge-sharing routines

Virksomheder lærer ofte af at sammenarbejde med andre virksomheder og udvikler derefter ideer, der kan give dem konkurrencemæssige fordele overfor tredjemænd.

Complementary resources/capabilities

Complementary resources/capabilities er oftest set, hvori to virksomheder kan opnå noget de ikke kunne alene. Dette kan f.eks. være, hvis virksomhed B har et netværk af distribution i Danmark, imens virksomhed A ikke har men, derimod har en bedre adgang til det britiske marked. Ved at benytte begge virksomheders ressourcer på de to markeder kan virksomhed A's varer blive distribueret i Danmark. Dette er givende for begge parter. For virksomhed A kan samarbejdet med virksomhed B give denne en fordel, for eksport af vare fra UK til Danmark, over dennes konkurrenter. Ligeledes opnår virksomhed muligheden for at håndterer varer fra UK, uden nødvendigvis at skulle bruge omkostninger til at ekspandere virksomheden til det britiske marked.

Effective governance

Effective governance er særlig interessant i denne afhandling, da det undersøges, hvordan virksomhed A og B bedst kan håndtere den opståede juridiske problemstilling. Der er to typer¹²⁷ af regulering; 1. tredjeparts regulering¹²⁸ og 2. selvregulering.

1. Tredjepartsregulering

Ved tredjepartsregulering eksisterer der to måder, hvorpå en konflikt kan blive behandlet: Voldgift og ved domstole. For at undersøge disse to muligheder tages der udgangspunkt i voldgift som alternativ til domstolene.

Det er normalt i større kontraktforhold for parterne at vælge voldgift som den måde, hvorpå parterne får afgørelse for deres uoverensstemmelser.¹²⁹ Voldgift kan i dansk ret aftales af parterne ved brug af f.eks.

¹²⁷ Dyer og Singh, 1998.

¹²⁸ F.eks. voldgift eller domstole

¹²⁹ Scott og Triantis, 2006, side 856.

den danske voldgiftslov¹³⁰ der bygger på UNCITRALs modellov¹³¹ om international voldgift¹³². Ved voldgift kan parterne bestemme behandling ved et voldgiftsudvalg¹³³ eller endda oprette en privat voldgift¹³⁴ med udpegning af voldgiftsmænd. Fordelene ved en aftale om voldgift i modsætning til de nationale domstole vil nu kort blive gennemgået: For det første kan parterne i enighed udpege voldgiftsmænd, så begge parter dermed kan have tillid til en fair behandling af deres uoverensstemmelse. Den anden fordel er, at voldgift ofte tager væsentligt kortere tid end afgørelse ved de nationale domstole, der kan have mange sager ventende. Den tredje fordel er at voldgift kan koste færre ressourcer end at føre en sag ved de nationale domstole. Den fjerde og sidste fordel er at voldgift, ved parternes valg, kan afholdes privat, så udefrakommende tredjeparter¹³⁵ ikke får indsigt i parternes affærer. Dog vil både domstole og voldgift kræve tid og omkostninger til konfliktløsning.

2. Selvregulering

Dyer og Singh¹³⁶ benytter Telser's¹³⁷ definition på selvregulering: *"(...) self-enforcing agreements, (in which) no third party intervenes to determine whether a violation has taken place."* Den største forhindring for opståen af konflikt, der kræver tredjemandsbehandling, er de førnævnte relations-specifikke investeringer. Hvis parterne afholder omkostninger til, for kontraktforholdet, specifikke investeringer vil parterne have et ønske om, at disse investeringer ikke går tabt. Hvis der er afholdt tilpas store relationsspecifikke investeringer er det næstbedste valg at bryde kontrakten. Det bedste valg vil derimod være at forsøge at bibeholde kontrakten og undgå at konflikter eskaleres til tredjepartsregulering. Så længe parterne har et økonomisk ønske om at selvregulere opståede konflikter, kan de opnå eller bibeholde de vedvarende konkurrencemæssige fordele. Dyer og Singh udtrykker den økonomiske forskel på selvreguleringer og tredjemandsbehandling således: *"In general, self-enforcing mechanisms are more effective than third-party enforcement mechanisms at both minimizing transaction costs and maximizing value-creation initiatives."*¹³⁸

¹³⁰ Lov nr. 553 af 24. juni 2005.

¹³¹ Peter Arnt Nielsen, side 597.

¹³² Dog kan voldgiftsloven også benyttes på ikke-internationale forhold, altså rent danske forhold, ved voldgiftsloven § 1.

¹³³ Dahl, Side 61.

¹³⁴ Dahl, Side 61.

¹³⁵ I dette tilfælde menes der ikke med tredjeparter voldgiftsmændene da disse ofte vil blive underlagt tavshedspligt.

¹³⁶ Dyer og Singh, 1998, side 669.

¹³⁷ Telser, 1980.

¹³⁸ Dyer og Singh, 1998, side 670.

4.2.1 - Opsummering af kilder til vedvarende konkurrencemæssige fordele

Virksomhederne kan opnå vedvarende konkurrencemæssige fordele ved et strategisk samarbejde. Dette er et opgør med den klassiske tankegang, hvori værdiskabelsen kun sker ved selve overførelsen af goder imellem virksomheder og kunder. Afhængig af kontraktparternes forhold kan et strategisk samarbejde skabe en værdi, der kan være værd at beskytte. Dermed kan kontraktparterne undgå omkostningerne ved kontraktbrud og tredjepartsregulering.

I lyset af virksomhed A og Bs situation betyder dette at virksomhed B ikke kun kan tænke på hvad denne opnår ved virksomhed As misligholdelse. Men derimod skal virksomhed B overveje hvilke vedvarende konkurrencemæssige fordele denne kan tabe ved at kontrakten med virksomhed A bliver ophævet. Det kan, baseret på disse vedvarende konkurrencemæssige fordele, være givende for virksomhed B at indgå i et samarbejde med virksomhed A om kontraktens videre forløb med det formål at bevare kontraktforholdet.

4.3 - Reaktiv kontrahering og proaktiv kontrahering

Hvor reaktiv kontrahering ved kontraktindgåelse ofte har et fokus på de juridiske problemer der kan opstå og at overføre risiko og ansvar til modparten, ønsker proaktiv kontrahering modsat at benytte kontraheringen til at opbygge et fungerende og givende forhold imellem parterne. Dette kan dermed skaffe parterne en konkurrencemæssig fordel overfor tredjeparter.¹³⁹ Hvor reaktiv kontrahering har til mål at maksimere ens egen nytte, hvis nødvendigt, på bekostning af kontraheringspartneren, fokuserer proaktiv kontrahering på, at der ved kontraktskabelsen kan skabes en samlet maksimering af alle parter nytte ved, at kontraheringen resulterer i vedvarende konkurrencemæssige fordele¹⁴⁰.

Hvis genforhandling ikke finder et givende resultat kan det være at det for virksomhed A kan betale sig at bryde kontrakten. Steven Shavell¹⁴¹ skrev "(...)We can say that if damages equal the buyer's expectation, breach can be inferred to be moral because it will occur only when the parties would have allowed nonperformance in a complete contract."

¹³⁹ DiMatteo, 2010, side 729.

¹⁴⁰ Petersen og Østergaard, 2018, side 267.

¹⁴¹ Shavell, 2010, side 263.

Hvis en kontrakt, trods genforhandling på kontrakten, kan findes at være inefficent, vil det være korrekt for en part at bryde kontrakten. Dette kræver dog stor viden for parterne om deres egen forventede, og allerede afholdte, omkostninger og fordele. Særligt kræves der et kendskab til de vedvarende konkurrencemæssige fordele som virksomhed A har opnået, da disse vil blive tabt. Hvis virksomhed B tillige har afholdt relationsspecifikke investering, kan denne have et ønske om at kontrakten forsætter, dette er særlig tildfældet, hvis omfordelingen af risikoen ved Brexit ikke er mere bebyrdende for virksomhed B end et kontraktbrud af virksomhed A. Teorien om proaktiv kontrahering giver endda flere spørgsmål ved det efficiente kontraktbrud. Analysen af hvornår det er efficient at bryde en kontrakt vil derfor indeholde større elementer end kun omkostningerne for virksomhederne ved dom af tredjemand og tab.

4.4 – anbefaling ved En Proaktiv Klausul

Proaktiv kontrahering vil indeholde instrumenter, der effektivt kan forhindre eller løse uenigheder før de eskaleres til konflikter.¹⁴² Disse instrumenter kan betegnes som proaktive klausuler. I nedestående vil indholdet til en anbefaling mellem virksomhed A og B til en proaktiv klausul blive analyseret.

4.4.1 - Indholdet af en proaktiv klausul imellem virksomhed A og virksomhed B

Som set i den økonomiske analyse kan Brexit få konsekvenser for forholdet imellem virksomhed A og virksomhed B. I et forsøg på at bevare kontraktforholdet og de opnåede vedvarende konkurrencemæssige fordele skal parterne proaktivt tage stilling til Brexit og dennes konsekvenser. Den juridiske analyse viser at en indførelse af hardship-klausul, på nuværende tidspunkt, ikke har en sikker og forventelig retsvirkning der kan fritage virksomhed A for sine økonomiske forpligtelser. Derfor kan det anbefales, at en mere specifik klausul angående Brexit og dennes konsekvenser bliver indsat i kontrakten¹⁴³. Dette er trods de større forventede transaktionsomkostninger til en mere "skræddersyet" proaktiv klausul.

Brexit

Som udgangspunkt bør parterne indføre en klausul, der allerede på nuværende tidspunkt kan håndtere de opståede omkostninger ved de to sandsynlige Brexit scenarier. En ændret fordeling af risiko vil afhænge af parternes risiko-profiler, så vidt disse er kendte for parterne. Ved indførelsen af en toldunion forventes det ikke at omkostningerne bliver særdeles byrdefulde for virksomhed A i forhold til status quo. Dog vil der

¹⁴² Petersen og Østergaard, 2018, side 267.

¹⁴³ Dette betyder dog ikke at det ikke er givende at bruge en hardship klausul fra en modellov til at regulerer andre fremtidige uventede omstændigheder end Brexit. Denne kan med fordel indsættes på samme tid i kontrakten.

over tid opstå en øgning af omkostninger fra non-tariff barriers. Ved Brexit uden en toldaftale, vil omkostningerne derimod stige fra den ene dag til den anden. Dette kræver en stilling tagelse fra parterne. Grundet EU og UKs medlemskab i WTO og MFN princippet kendes toldsatsene på varer allerede på nuværende tidspunkt. En klausul, der håndterer en udtræden af den europæiske toldunion kan derfor allerede nu forsøge at fordele risikoen. Dog må det anbefales at der både i denne situation og andre foretages en nærmere genforhandling, når alle omkostningerne, og disses fordeling, er kendt af parterne. Dette kan opnås ved en scenarie opdelt klausul: 1. Ved forsættelse af toldunion ønskes der genforhandling når de økonomiske konsekvenser bliver kendt. 2. Ved et brud i toldunionen vil der automatisk ske en omfordeling i kontrakten baseret på parternes nærmere specifikke risikoprofiler, og der skal ske genforhandling når omfanget af omkostninger er bedre kendt. Hvis den nærmere fordeling er for usikker at bedømme på nuværende tidspunkt, kan en aftale om at begge parter afholder omkostningerne til told indtil en genforhandling har fundet sted være givende.

Genforhandling

Det anbefales at parterne indfører en tydelig genforhandlingsklausul, i tilfælde af ikke forventede efterfølgende omstændigheder, der binder parterne til at forsøge at genforhandle før parterne tyr til ophævelse af kontrakten og tredjemands håndhævelse af ophævelsen.

Andre ubestemte opstående konflikter

Ved en proaktiv klausul kan parterne opstille en specifik, selvregulering, håndteringsmetode angående opståede problemer. Dette kan udarbejdes ud fra det princip, at mindre uoverensstemmelser kan håndteres af de, for problemet, relevante ansatte på et dagligt samarbejde-niveau. Hvis disse uoverensstemmelser viser sig ikke at kunne blive håndteret, bevæger virksomhederne sig stille og roligt op af virksomhedsstigen indtil der findes en løsning. Dette kan dog føre til opportunistisk adfærd, hvori en part forsøger at benytte uoverensstemmelsen til at maksimere sin egen nytte til et muligt tab for kontraheringspartneren. For at forhindre opportunistisk adfærd i denne løsning foreslår Petersen og Østergaard¹⁴⁴, at en uoverensstemmelse skal løses indenfor et bestemt tidsrum. Hvis dette ikke løses skal konflikten op skaleres til en dertil opsat styrings-komite¹⁴⁵ bestående af medlemmer fra begge virksomheder. Hvis styringskomiteen også fejler i at finde en passende løsning på konflikten, kan konflikten derefter blive forsøgt løst af en uafhængig forligsmand/mægler. Til sidst kan parterne, hvis alt andet beskrevet fejler, gå til tredjemand. Dette sikrer, at de fleste opståede konflikter og tvivlsspørgsmålet kan

¹⁴⁴ Petersen og Østergaard, 2018, side 271

¹⁴⁵ På kontraktens indgåelse er styringskomiteen medlemmer, ansvarsområde og formål opsat.

blive håndteret imellem virksomhederne uden med det samme at hoppe til den traditionelle, reaktive kontrahering, tredjemands regulering. For virksomhed A og virksomhed B kan dette, grundet usikkerheden om Brexit, være en god fremgangsmåde til at sætte en ramme for behandling af de fremtidige opstående konflikter.

Tvivlspørgsmål

Hvis parterne ikke ved genforhandling eller overstående konflikthåndtering kan nå til en givende løsning, kan det være nødvendigt for parterne at søge sagen afgjort ved tredjemand. Hvis en sådan konflikt er nået til et punkt, hvori parterne ikke selv kan håndtere denne, må det anbefales, at parterne først forsøger at finde en løsning igennem en uafhængig forligsmand. Derefter vil en indførelse af en voldgiftsaftale, eventuelt igennem den danske voldgiftslov, være at foretrække grundet de økonomisk og tidsmæssige hensyn.

Konklusion

Den originale problemformulering var: *"Hvad er Brexits konsekvenser på danske virksomheder i langtidsvarende kontraktforhold og hvorledes kan dette afhjælpes igennem strategisk kontrahering?"*

Brexit kan have vidtrækkende juridiske og økonomiske konsekvenser på længerevarende kontraktforhold. De økonomiske påvirkninger af Brexit kan forøge virksomhed A's omkostninger. Det findes at indførelsen af told mellem UK og EU er en mulig og sandsynlig konsekvens. Dette kan lede til et behov for en fornyet fordeling af risiko i kontraktforholdet. Derudover viser analysen, at retsstillingen for virksomhed A sandsynligvis ikke friholder denne for ansvar, hvis virksomheden vælger at forsøge at ophæve kontrakten. Den endelige retsstilling på kontraktforholdet vil dog kræve en udfyldning af aftalen ved en tredjemandsbehandling.

En analyse af de kumulative betingelser af hardship-klausuler fra modellove viser, at der ved en vedtagelse af en typisk hardship-klausul, på nuværende tidspunkt, ikke nødvendigvis vil ske en aktivering af klausulen ved Brexit. Derudover opfordrer en hardship-klausul til genforhandling, hvilket vil afhænge af begge parter ønske for en ny-fordeling af risiko. Den økonomiske analyse af hardship-klausuler viser, at en genforhandling kan være omkostningsfuld, og at genforhandling ikke kan garantere opnåelse af en pareto optimal kontrakt. På trods af dette viser den økonomiske analyse også, at en genforhandling er nødvendig for at forsøge at bevare en pareto optimal kontrakt og forhindre omkostninger til tredjemandsbehandling af kontraktforholdet.

En samlet analyse af de juridiske og økonomiske konsekvenser, baseret på strategisk kontrahering, viser at konsekvenserne for kontraktens ophør er mere end kun omkostninger ved tredjemandsbehandling. Tabet ved kontraktens ophør skal også inkludere de vedvarende konkurrencemæssige fordele, kontraktens forhold har skabt for virksomhederne.

Hvis parterne er villige til at afholde flere transaktionsomkostninger til genforhandling, kan der skabes en mere specifik klausul end en typisk hardship-klausul, der bedre kan håndtere følgerne af Brexit. For at imødekomme dette resultat har jeg forsøgt at udvikle en anbefaling til dennes klausuls indhold. Denne anbefaling er sammensat på baggrund af teorier fra strategisk kontrahering til skabelsen af vedvarende konkurrencemæssige fordele.

Uagtet om parterne vælger at håndtere Brexit igennem en hardship-klausul, eller en klausul baseret på min anbefaling, er den overordnede konklusion, at parterne ikke skal vente til overgangsperiodens slutning med at adressere problemstillingerne ved Brexit. Parterne skal så snart som muligt forsøge at genforhandle kontrakten og i fællesskab tage stilling til hvordan Brexit bedst håndteres.

Litteraturliste

Bøger

"Andersen og Lookofsky"

Mads Bryde Andersen og Lookofsky: "Lærebog i Obligationsret I", 4. udgave, 2015.

"Peter Arnt Nielsen"

Peter Arnt Nielsen, "International Handelsret", 1. udgave, 2012.

"Nello"

Nello, Susan S., "The European Union: Economics, Policies and History", 3. Udgave, 2012.

"Hondius og Grigoleit"

Ewoud Hondius og Hans Christoph Grigoleit, "Unexpected Circumstances in European Contract Law", 2011.

"Andersen og Madsen"

Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 2012.

"Andersen"

Lennart Lynge Andersen, "Aftaleloven med Kommentarer", 6. Udgave, 2014.

"Dahl"

Børge Dahl, "Erhvervsjura", 12 udgave, 2012.

Artikler

"Coase, 1960"

R. H. Coase. "The Problem of Social Cost", The University of Chicago, 1960.

"Minford et al, 2015"

Patrick Minford, Sakshi Gupta, Vo P.M. Le, Vidya Mahambare og Yongdeng Xu. "Should Britain Leave the EU? An economic analysis of a troubled relationship", 2015.

"Posner, 2004"

Richard A. Posner. "Law and Economics of Contract Interpretation", Texas Law Review, 2004.

"Posner og Rosenfield, 1977"

R.A. Posner and A.M. Rosenfield. "Impossibility and Related Doctrine in contact Law: An economic analysis", 1977.

“Pomar, 2006”

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

“Tinbergen, 1962”

Tinbergen. “Shaping the World Economy”, 1962.

“Dhingra et al, 2016.”

Swati Dhingra, Hanwei Huang, Gianmarco Ottaviano, Joao Paulo Pessoa, Thomas Sampson og John Van Reenen. “The Costs and Benefits of Leaving the EU: Trade Effects”, 2016

“Anderson og Wincoop, 2004”

James E. Anderson og Eric van Wincoop, “Trade Costs”. Journal of Economic Literature Vol. XLII, 2004.

“Scott og Triantis, 2006”

Robert E. Scott og George G. Triantis, “Anticipating litigation in Contract Design”, The Yale Law Journal, Vol. 115, No. 4, 2006, side 814-879.

“Rabin, 1998”

Matthew Rabin, “Psychology and Economics”, Journal of Economic Literature, Vol. 36, No 1, 1998.

“Tversky og Kahneman, 1991”

Tversky og Kahneman, “Loss Aversion in Riskless Choice: A reference-dependent Model”, The Quarterly Journal of Economics Vol. 106, No. 4, 1991.

“Shavell, 1980”

Steven Shavell, “Damage Measures for Breach of Contract”, The Bell Journal of Economics, Vol. 11, No. 2, 1980, side 466-490.

“Shavell, 2010”

Steven Shavell, “Why Breach of Contract May Not be Immoral Given the Incompleteness of Contracts”, Fault in American Contract Law, 2010, side 257-270.

“Hillman, 1987”

Robert A. Hillman, “Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analyses under Modern Contract Law, Duke Law Journal, Vol. 1987, No. 1, 1987, side 1-33.

“Hart, Fehr og Zaehnder, 2015”

Oliver Hart, Ernst Fehr og Christian Zaehnder, “How do informal agreements and revision shape contractual reference points?”, Journal of the European Economic Association, 2015, side 1-28.

“Hart og Moore, 2008”

Oliver Hart og John Moore, “Contracts as Reference Points”, *The quarterly Journal of Economics*, Vol. CXXIII, 2008.

“Kim Østergaard, 2016”

Kim Østergaard, “Strategisk Kontrahering – Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer”, *Fra bogen af Nis Jul Clausen, Jørgen Dalberg-Larsen, Bent Ole Gram Mortensen og Hans Viggo Godsk Pedersen, ”Ikke kun Retsfilosofi, Festskrift til Sten Schaumburg-Müller”, 1 udgave, 2016.*

“Dyer og Singh, 1998”

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

“Tesler, 1980”

L.G. Tesler, “A Theory of Self-enforcing Agreements”, *Journal of Business*, 53, 1980, side 27-44.

“DiMatteo, 2010”

Larry A. DiMatteo, “Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage”, *American Business Law Journal*, Volume 47, Issue 4, 2010, side 727-794.

“Petersen og Østergaard, 2018”

Bent Petersen og Kim Østergaard, “Reconciling Contracts and Relational Governance through Strategic Contracting”, *Journal of Business & Industrial Marketing*, 33/3, 2018, side 265-276.

Modellove

International Chamber of Commerce - Force Majeure Clause 2003, ICC Hardship Clause 2003.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 4. udgave, 2016.

Rapporter

“HM Treasury, April 2016”

HM Treasury analysis: the long-term economic impact of EU membership and the alternatives, April 2016

“OECD Economic Policy Paper, April 2016”

The Economic Consequences of Brexit: A Taxing Decision, OECD Economic Policy Paper, April 2016 No. 16.

“Ebell og Warren, Maj 2016”

The long-term economic impact of leaving the EU, Monique Ebell og James Warren, National Institute Economic Review No. 236, Maj 2016.

“Rabobank, Oktober 2017”

The permanent damage of Brexit, Rabobank, Oktober 2017.

“CPB, Juni 2016”

Trade effects of Brexit for the Netherlands, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, Juni 2016.

“UNCTAD, 2019”

International Classification of Non-Tariff Measures, UNCTAD/DITC/TAB/2019/5.

“WTO, 2015”

WTO 20 years “Trade and Tariffs”, 2015.

Lovgivning

Aftaleloven - Lov om aftaler på og andre retshandler på formuerettens område lov nr.781 af 26/08/1996.

Danske Lov - Lov nr. 11000 af 15/04/1683 som ændret ved lov nr. 383 af 22/05/1996, § 116, lov nr. 336 af 14/05/1992, § 17, lov nr. 469 af 30/06/1993, § 3 og lov nr. 522 af 06/06/2007.

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

Voldgiftsloven – Lov nr. 553 af 24. juni 2005.

Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, 2019/C 384 I/01.

Direktiv 2001/95/EF af 3. December 2001 om produktsikkerhed i almindelighed.

Marrakesh aftalen af 1995.

Danske Lov 5-1-1

Danske Lov 5-1-2

Voldgiftsloven § 1.

Aftaleloven § 36

Købeloven § 28

Art. 18 TEUF

Art. 31 TEUF

Art. 34 TEUF

Art. 45 TEUF

Art. 49 TEUF

Art. 56 TEUF

Art. 133 TEUF

Domme, Afgørelser og Kommunikation

Afgørelser og kommunikation:

Referendum on the United Kingdom's membership of the European Union, Juni 2016.

Letter of Prime Minister Theresa May to European Council President Donald Tusk (marts 29, 2017).

LFF 1994-1995. 1.71.

Rådsafgørelse 93/591, EFT L 281.

TF50 (2018) 35 – Commission to EU27, 19. Marts 2018.

Danske domme:

UfR 1922. 858 H

U 1928. 796 Ø

UfR 1940. 214 SH

U 1976. 21 H

U 1978. 678 B

U 1981. 300 H

U 1982. 958 Ø

U 1983. 429 V

U 1987. 526 H

U 1988. 76 V

U 1994. 228 H

U 1995. 277 H

U 2001. 655 V

U 2004. 2894 H

U 2004. 1968 V

U 2009. 2800 S

Udlandske domme:

C-120/78, Domstolens dom af 20. februar 1979, Rewe-Zentral AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (1979 00649)

8/74, Domstolens dom af 11. juli 1974, Procureur du Roi mod Benoît og Gustave Dassonville.

Hjemmesider

<https://www.theguardian.com/politics/2020/mar/12/uk-and-eu-agree-to-dial-down-rhetoric-in-brexit-talks>

<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/26/covid-19-puts-post-brexit-relationship-talks-in-deep-freeze>

<https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-by-uk-and-eu-negotiators-following-the-videoconference-on-15-april-2020>

<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms-of-reference-eu-uk-future-relationship.pdf>

https://ec.europa.eu/info/publications/slides-used-m-barnier-occasion-presentation-commissions-proposal-council-recommendation-directives-negotiation-new-partnership-uk_en

<https://www.reuters.com/article/uk-britain-eu-johnson-transition/uk-will-not-extend-brexit-transition-period-johnsons-spokesman-idUSKBN1Z5139>

<https://www.eu.dk/samling/20181/almdel/euu/spm/19/svar/1523024/1958101.pdf>

<http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/08/23/economists-for-brexit-predictions-are-inconsistent-with-basic-facts-of-international-trade/>

Bilag 1

Vedhæftet i digital eksamen.