

Copenhagen Business School 2020

Knock-for-knock-systemets anvendelse og retsvirkning

The applicability and legal effect of the knock-for-knock system

Forfatter:

Nasser Ajine (57966)

Vejledere:

Professor MSO Kim Østergaard

Professor, Ph.d. Henrik Lando

Anslag og sider:

181.906 anslag | 80 normalsider



CBS

COPENHAGEN
BUSINESS SCHOOL

HANDELSHØJSKOLEN

Indhold

Indhold.....	1
Abstract	3
KAPITEL 1 — METODE	4
1.1 Indledning og baggrund.....	4
1.2 Problemformulering	4
1.3 Synsvinkel	5
1.4 Afgrænsning.....	5
1.5 Juridisk metode	5
1.5.1 Domsanalyserne	6
1.6 Økonomiske metoder	7
1.7 Struktur.....	7
KAPITEL 2 — JURIDISK ANALYSE	8
2.1 Indledende overvejelser	8
2.2 Indledning til ansvarsregulering, adgange til erstatning og tilsidesættelsesgrunde.....	9
2.2.1 Typer af ansvar	9
2.2.2 Ansvarsregulering.....	16
2.2.3 Tilsidesættelsesgrunde	19
2.3 Grundelementer i en knock-for-knock-klausul.....	22
2.4 Et praktisk eksempel på en knock-for-knock-klausul	25
2.4.1 Definitioner.....	26
2.4.2 Gensidigt afkald på krav	27
2.4.3 Reciprok skadesløsholdelse fra tredjepartskrav.....	28
2.4.4 Reciprok skadesløsholdelse mellem leverandøren og klientens øvrige leverandører	29
2.4.5 Afgrænsning af tab efter art	30
2.4.6 Kvantitativ ansvarsbegrænsning (cap)	31
2.5 Domspraksis.....	32
2.5.1 U.1993.851H Ansvarsbegrænsning tilsidesat på grund af særlig uforsvarlig optræden.....	32
2.5.2 U.1975.339S Klausul om afhjælpning af fejl indebar ansvarsfraskrivelse, men dækkede ikke misligholdt afhjælpning og rådgivningsfejl.....	35
2.5.3 U.2017.2272V Lykke Hametner og Libas.....	41
2.5.4 U.2006.632H NSAB-dommen	48
2.6 Sammenfatning og konklusion	52
2.6.1 Vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse	52
2.6.2 Bortfortolkningsbegrundet tilsidesættelse	54
2.6.3 Ugyldighedsbegrundet tilsidesættelse	55

KAPITEL 3 — ØKONOMISK ANALYSE	57
3.1 Indledende overvejelser	57
3.2 Tvistløsningsomkostningerne	58
3.3 En model over fordelene i mere sikker tvistløsning	60
3.3.1 Lovgivning	62
3.3.2 Et eksempel på modellens anvendelse	64
3.3.3 Relationelle gevinster ved hurtigere tvistløsning	65
3.3.4 Incitamentet til at anvende Knock-systemet	66
3.3.5 Domsstolsstyring som alternativ til regulering	66
3.3.6 Kollektive 'agreed documents' som alternativ til regulering	68
3.3.7 Fejlkilder	69
3.4 Økonomisk konklusion	70
KAPITEL 4 — FORMALIA	71
4.1 Litteraturoversigt	71
4.2 Domsoversigt	73
4.3 Bilag	75
4.3.1 Bilag 1) Eksempel på Knock-klausul	76
4.3.2 Bilag 2) Uddrag fra U.1993.851H	78
4.3.3 Bilag 3) Ansvarsfraskrivelsen i betingelserne i U.1975.339S	80

Abstract

This master's thesis regards the application of the knock-for-knock-system under Danish law. The system is generally accepted in the oil and gas industry and is significantly different from the regular system for liability for damages. This thesis investigates the limits of the legal applicability of the system under Danish law and concludes that several factors decide whether the courts will dismiss the application of the Knock-system in favour of Danish liability rules.

It is found that in the eyes of the court, there are three routes to dismiss the Knock-system under Danish law: 1) contesting that the Knock-system was adopted to by the parties, 2) interpreting the content and legal consequence of the clause differently than intended, and 3) dismissing the clause by ruling it invalid.

The thesis concludes that adoption of the system is less likely to be dismissed by the courts if 1) the parties are large firms, 2) the clause has been highlighted, 3) the clause has not been 'hidden' in terms that are merely attached to the main agreement, and 4) the clause is normal in the industry, and will we even harder to dismiss if it is adopted in general by industry associations.

The thesis concludes that the interpretation of the clause is most likely to be remain unchanged by the courts if 1) both parties involved have contributed to the wording of the clause, and 2) the clause is 'fleshed out' beyond reasonable interpretation.

The thesis concludes that the system is generally unlikely to be deemed invalid for sheer invalidity 'unfairness', especially when parties are large, and when not exposed to dismissal on the grounds mentioned above.

The economic analysis in this thesis suggests that regulating the applicability of the Knock-system can reduce risk of dismissal by the courts, but concludes that a more efficient option is available in the form of the actors and industry organizations adopting general terms, model contracts or model clauses in the term of collectively agreed documents in the industry. This will nearly eliminate the risk of the knock-system being dismissed save for third-party-interests not being covered.

Acknowledging that the market would've thought of this itself and acknowledging that this hasn't occurred yet, the thesis suggests that the deselection of court proceedings in favour of arbitration may be the reason, and that arbitration may in fact be the best currently available option for optimizing relational rent and minimizing dispute resolution costs.

Kapitel 1 — Metode

1.1 Indledning og baggrund

Knock-for-knock-systemet er et ansvarsreguleringssystem, som er relativt almindeligt i olie- og gasindustrien.¹ Systemet bestemmer, at hver part skal afholde egne omkostninger til skade på egne personer og ting. Dette indebærer en markant afvigelse fra de almindelige erstatningsretlige regler, hvor fordeling af ansvaret sker efter hensyn til den udviste skyld, og ikke blot efter en foruddefineret fordeling.

Samtidig er det ikke unormalt, at knock-for-knock-klausuler også omfatter ansvar for skader, som er indtrådt som følge af grov uagtsomhed eller forsæt – en omstændighed, som klassificerer knock-for-knock-klausulerne som vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår i den danske kontraktret.

Hertil kommer, at ansvarsreguleringsvilkår var nummer 7 på listen over de mest forhandlede vilkår i internationale kontrakter i 2018 ifølge den internationale forening for kontraktstyring IACCM².

Af disse årsager er det relevant at undersøge de juridiske grænser for knock-for-knock-systemets anvendelsesområde i relation til dansk rets lempelsesregler og tilsidesættelsesmuligheder. Dette undersøger denne afhandling.

Der er en række økonomiske fordele ved anvendelse af knock-for-knock-systemet, primært i form af besparelser i forsikringsomkostningerne, hurtigere kontraktindgåelse med leverandører, som normalt bruger systemet, og lavere tvistløsningsomkostninger, når retten ikke skal tage stilling til spørgsmålet om skyld.

Afhandlingen vil gå i dybden med tvistløsningsomkostningerne, herunder om de kan reduceres ved etablering af direkte regulering eller kollektiv vedtagelse af *agreed documents* i branchen. Afhandlingen vil undersøge, om domstolene er bedre rustet til at varetage regulering af klausulen end lovgiver, idet Knock-systemet ikke er underlagt direkte regulering. Endvidere vil afhandlingen undersøge tvistløsningsomkostningernes forhold til parternes evne til at skabe overnormal profit gennem relationelle gevinster.

1.2 Problemformulering

I hvilket omfang kan lempelsesregler anvendes af domstolene til at tilsidesætte knock-for-knock-klausuler efter dansk ret, særligt med fokus på vedtagelse, bortfortolkning og ugyldighed?

Efterfølgende undersøges det, om omkostningerne ved brug af lovgivning eller *agreed documents* som værktøjer til lavere tilsidesættelsesrisiko opvejes af fordelene ved større sikkerhed for knock-for-knock-systemets gyldighed.

¹ (Andersen M. B., Praktisk aftaleret, 2019) s. 431.

² Tim Cummins, President of IACCM (International Association for Contract and Commercial Management), Professor, Leeds University School of Law; Chair, International Commercial & Contract Management, i artiklen “Most negotiated terms 2018” udgivet på blog.iaccm.com

1.3 Synsvinkel

Den **juridiske del** af afhandlingen skrives med udgangspunkt i kontraktparternes (de erhvervsdrivende virksomheder i olie- og gasindustrien) synsvinkel.

Dette betyder, at det juridiske spørgsmål i virkeligheden berører overvejelser som: 'hvad er risikoen for, at domstolene tilsidesætter den aftale, vi har indgået?', 'hvordan indgår vi denne aftale lovligt?', og 'hvordan kommer vi ud af aftalen igen, hvis vi ombestemmer os?'.

Det er efter forfatterens overbevisning ikke afgørende for den juridiske del af spørgsmålet, om afhandlingen tager udgangspunkt i samfundets synsvinkel eller i virksomhedernes synsvinkel. Juridiske analyser af denne karakter falder tilbage på den retsdogmatiske analyse: Hvad er (efter de gældende retskilder og det relevante retsfaktum) den rigtige juridiske afgørelse og derfor gældende ret på området?

For det **økonomiske spørgsmål** spiller synsvinklen til gengæld en afgørende rolle, og hertil er valgt samfundssynsvinklen. I den henseende tager afhandlingen udgangspunkt i, hvordan de samlede omkostninger i samfundet kan minimeres, under hensyntagen til både parterne og omkostningerne til offentlig administration og domstolsprøvelse. I den sammenhæng bemærkes det, at parterne i vidt omfang også er interesserede i, at de samlede omkostninger minimeres, og som aktører er der visse underspørgsmål, som kan synes at tage udgangspunkt i, hvorledes det er optimalt for parterne at agere.

1.4 Afgrænsning

Der afgrænses grundlæggende set til de juridiske problemer, ansvarstyper, skadestyper (indirekte tab osv.) og økonomiske problemer, som er almindelige når der sker salg af **varer og ydelser i olie- og gasindustrien**.

Givet emnets omfattende natur er det også nærliggende at afgrænse fra analyseelementer, som **udelukkende** vedrører personskade eller forbrugertingskade. Det primære fokus vil således være på erhvervstingskaden, om end der kan være situationer og sager, som vil behandle flere typer af skader under ét. Der afgrænses derfor også fra miljøskader samt fra lov om erstatning for miljøskader.

Afhandlingen vil også udelukkende beskæftige sig med aftaler indgået af danske parter, og som foregår i Danmark under dansk ret – derved udelukkes også den internationale købelov.

1.5 Juridisk metode

Den juridiske del vil naturligvis tage afsæt i anvendelsen af den retsdogmatiske metode. Gennem retskilderne udledes den gældende retsstilling på området.³

Grundlæggende set er ansvarsreguleringsbestemmelser tyndt reguleret, og den primære retskilde vil derfor være retspraksis. Afhandlingen vil anvende grundige og omfattende domsanalyser til at udlede grænserne for ansvarsregulering gennem knock-for-knock-klausuler (herefter "Knock-klausuler") i dansk ret.

³ (Nielsen & Tvarnø, 2014) s. 30.

Metodikken i domsanalyserne følger bogen Domsanalyse af Lilja og Olesen⁴ om samme emne, mere herom nedenfor i afsnit 1.5.1 nedenfor.

I denne sammenhæng er det væsentligt at bemærke, at en lang række af de internationale kontraktforhold i olie- og gasbranchen, hvor kun den ene part er en dansk virksomhed, er underlagt andre regler end de danske regler. Det kan være relativt almindeligt i branchen at vælge et neutralt værneting med et neutralt regelsæt. F.eks. vil det i en kontrakt med en dansk part og en amerikansk part være relativt almindeligt enten at vælge engelske eller schweiziske regler. Disse situationer er naturligvis uden for rimelig rækkevidde for denne afhandling.

Der foreligger en retskildemæssig udfordring i den omstændighed, at ansvarsreguleringsbestemmelser ikke er genstand for direkte regulering, samt at der slet ikke foreligger nogen retspraksis på anvendelsen af Knock-klausuler i dansk ret. En central retskilde til brug i afhandlingen er derfor retspraksis i tilstødende og nærliggende retsområder, primært vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår i erhvervsforhold.

Tilsvarende gælder det, at selve Knock-systemet kun sparsomt er nævnt i den retsvidenskabelige litteratur – dette betyder både, at det sjældent er nævnt, men også at *når* det er nævnt, så er det nævnt overfladisk, i hvert fald i juridiske lærebøger. Mere dybdegående er det nævnt i enkelte artikler.

Det vil fremgå i domsanalysen, at en række domme ikke begrundes deres afgørelser i så tilstrækkelig grad, at det er muligt at udlede af domsanalyse, hvilken regel de anvender.

1.5.1 Domsanalyserne

Metodikken følger overordnet set eksemplerne og metoden i (Olesen & Lilja, 2016).

I de tilfælde, hvor en sag har flere juridiske problemstillinger, og hvor en eller flere af problemerne ikke relaterer sig til afhandlingens problemformulering, vil jeg undlade at gennemgå og behandle det, som falder uden for.

På grund af afhandlingens volumenmæssige restriktioner vil gennemgangen af sagens faktiske omstændigheder, parternes anbringender og deres påstande også være særligt kortfattet, og kun på en helt skarp måde inkludere det centrale, som er udfaldsgivende for afgørelsen.

En udfordring har været, at det ikke altid er tydeligt, hvad der er dommenes *ratio decidendi*, særligt når afgørelserne er truffet af Højesteret. Det synes at være et generelt problem, at Højesterets præmisser i visse tilfælde kan være så kortfattede, at det er svært at se (eller i visse tilfælde altså helt undladt), hvilken retsregel retten træffer sin afgørelse på baggrund af. Dette er forsøgt afhjulpeth ved, at de forskellige muligheder er gennemgået.

1.5.1.1 Udvælgelse

I mangel på direkte regulering er retspraksis en central retskilde, når problemformuleringens juridiske spørgsmål skal besvares. Derfor er de domme, som bliver gennemgået i afsnit 2.5 (gennemgang af domspraksis) også nøje udvalgt.

For det første anvendes kun **civilretlige og privatretlige** domme.

⁴ (Olesen & Lilja, 2016)

For det andet er det domme, hvor sagens parter er **erhvervsdrivende** – navnlig fordi det må formodes (og også i domsanalyserne bekræftes), at en stor del af argumenterne for at lade ansvarsreguleringen bestå i erhvervsforhold næppe også gælder i forbrugerforhold, eksempelvis argumentet om kalkuleret risiko.

For det tredje er det domme mellem erhvervsdrivende parter, hvor der er forvoldt en skade **inden for kontrakt**. Dette er begrundet i, at ansvarsreguleringsbestemmelser er kontraktvilkår, og derfor giver det næppe mening at analysere på perifere domme, med ansvar uden for kontrakt, som også generelt hører til et slappere ansvarsgrundlag.⁵

For det fjerde jeg har kun valgt domme **uden dissens**, om end jeg kunne (og gladeligt ville) have inddraget fire gange så mange domme, som afhandlingens grænser giver mig lov til.

1.6 Økonomiske metoder

Det økonomiske afsnit udformes efter den deduktive metode. Det vil sige, at den økonomiske del af spørgsmålet forsøger at anvende økonomiske teorier til at udlede, hvad de økonomiske konsekvenser ville være af en given situation eller et givent eksempel.

De grundlæggende værktøjer til dette er naturligvis cost-benefit-begrebet⁶ og teorien om ressursers knaphed⁷. Med disse begreber undersøges det, om et givent valg er bedre end alternativet.

Hertil anvendes transaktionsomkostningsteorien, som oprindeligt er udviklet af Coase i 1937-artiklen Nature of the Firm, og som er videreudviklet af Oliver Williamson. Teorien anvendes alternativt og partielt til at aplikere på genstandsfeltet, men ikke direkte på den måde, den er udviklet af Williamson.

Visse teorier fra den relativt nye videnskab om strategisk kontrahering anvendes, som den er udviklet af (Dyer & Singh, 1998) og undersøgt nærmere af (Tvarnø & Østergaard, 2018) og (Petersen & Østergaard, 2018).

Som en central del af den retsøkonomiske metode anvendes teorien om samfundsefficiens gennem forbedringer efter Kaldor-Hicks-kriteriet.

1.7 Struktur

I afhandlingen besvares først det juridiske spørgsmål. Den juridiske del skal først og fremmest afklare, hvad den gældende retsstilling er. Den vil bestå af en retsdogmatisk analyse med stor vægt på domsanalyser.

Når så den juridiske del har afklaret, hvilke juridiske spilleregler der gælder på området, kan økonomien inddrages til at besvare, hvordan parterne og samfundet kan optimere tvistløsningsomkostningerne på området under de givne juridiske rammer, herunder ved at stille spørgsmålstegn ved, om det gældende regelsæt sikrer, at parterne har samfundsoptimale incitamenter i forbindelse med tvister.

⁵ Se eksempelvis U.1964.806H om hvordan kontraktforhold også skærper erstatningsansvarsgrundlaget.

⁶ (Frank, Microeconomics and Behavior, 2010), s. 4

⁷ (Frank, Microeconomics and Behavior, 2010)

Kapitel 2 — Juridisk analyse

2.1 Indledende overvejelser

Kapitlets formål er at udlede grænserne for Knock-klausulers anvendelse i praksis samt risikoen for tilsidesættelse af domstolene. I kapitlet vil følgende blive gennemgået:

- Afsnit 2.2: en kort analyse af, hvad der er det juridiske udgangspunkt.
- Afsnit 2.3 og afsnit 2.4: en analyse af en Knock-klausul, hvad den er, hvordan den fungerer og vedtages, samt et praktisk eksempel herpå.
- Afsnit 2.5: en analyse af domspraksis på området for vedtagelse og tilsidesættelse af ansvarsreguleringsbestemmelser i erhvervsforhold, fortrinsvist i nærliggende sektorer og brancher.
- Afsnit 2.6: en sammenfattende analyse af, hvilke faktorer som spiller ind på, om en Knock-klausul anses for vedtaget, eller om den tilsidesættes, samt en konkluderende besvarelse af problemformuleringens juridiske spørgsmål.

Det juridiske spørgsmål er retsvidenskabeligt interessant af flere årsager.

En årsag er, at spørgsmålet behandler en markant afvigelse fra baggrundsretten. Culpareglen har været hovedreglen i dansk erstatningsret i flere hundrede år⁸, og den omstændighed, at olie- og gasindustrien har en langvarig kutyme for at tilsidesætte denne til fordel for sin egen knock-for-knock-konstellation, kan kun klassificeres som bemærkelsesværdig.

En anden årsag er, at dansk kontraktret er underlagt en ikke ubetydelig grad af aftalefrihed, jf. aftalelovens § 1, DL 5-1-1 og DL 5-1-2, og derfor er det centralt at undersøge, om det overhovedet giver mening at tilsidesætte ansvarsfraskrivelse indgået af parter, der i så høj grad er professionelle og fuldt ud bevidste om, hvad det er for en risiko, de påtager sig.

⁸ (Isager & Eyben, 2015) kapitel 2

2.2 Indledning til ansvarsregulering, adgange til erstatning og tilsidesættelsesgrunde

Det synes nærliggende at foretage en indledningsvis analyse af, hvad der er det juridiske udgangspunkt for henholdsvis vedtagelse og tilsidesættelse af ansvarsreguleringsbestemmelser, samt hvad det bagvedliggende ansvarsbegreb indeholder.

Ansvarsregulering indebærer i sin natur en fravigelse fra baggrundsrettens regler om ansvar. Derfor er det også naturligt at starte ved begyndelsen, nemlig **(1) hvilke former for ansvar der søges reguleret, (2) hvilke måder de kan reguleres på, og (3) hvilke muligheder der findes for at tilsidesætte klausulen, efter den er indgået.**

2.2.1 Typer af ansvar

Det er nødvendigt at etablere en række forudsætninger for, hvilke typer af ansvar der skal omfattes af denne analyse. Som pejlemærke har vi afgrænsningen i punkt 1.4, som specificerer, at det forretningsområde som er afhandlingens genstandsfelt, er salg af varer og tjenesteydelser i olie- og gasindustrien.

Som et eksempel på en vare kan nævnes salg af gear til et skib (eksempelvis et olietankskib), hvilket var eksemplet i U.2017.2272V⁹.

Som eksempler på tjenesteydelser kan nævnes slæbetanktest til nyudvikling af nye skibsmodeller, kalibrering af gasmålere eller on-site undervandsinspektion af systemer til katodisk beskyttelse¹⁰.

Fælles for disse er, at en sælger grundlæggende set (inden der sker modifikation ved hjælp af ansvarsreguleringsbestemmelser) kan ifalde fire forskellige typer af ansvar:

- Erstatningsansvar for økonomiske tab jf. de almindelige erstatningsretlige regler, både i og uden for kontrakt,
- Erstatningsansvar for økonomiske tab efter de retspraksisudviklede regler om produktansvar
- Ansvar for overholdelse og efterlevelse af de køberetlige mangelsbeføjelser, som køber måtte have i tilfælde af en mangel
- Ansvar for skadeserstatning efter købeloven, eksempelvis § 43 stk. 3.

En almindelig risikoanalyse indeholder primært to elementer: på den ene side *hvor farlig skaden er, hvis den indtræder*, og på den anden side *hvad risikoen er for, at skaden realiseres*.¹¹ Tilsammen udgør disse i økonomiens verden *den forventede skade*.¹²

I denne sammenhæng er det tilsvarende relevant at undersøge de forskellige ansvarsadgange i lyset af risikoovervejelser inden for afgrænsningen af anvendelsesområdet.

⁹ Levering af et defekt skibsgear resulterede i, at et dansk skib påsejlede et norsk skib i en dansk havn. Dommen behandles i gennemgangen af domspraksis.

¹⁰ En metode til korrosionsbeskyttelse af metalkonstruktioner, som er under vandet, eksempelvis en olieplatform.

¹¹ (Frank, Microeconomics and Behavior, 2010)

¹² (Frank, Microeconomics and Behavior, 2010)

2.2.1.1 Erstatningsansvar, herunder både produktansvar og deliktsansvar

Det bredeste ansvar i denne sammenhæng er det almindelige erstatningsansvar for ansvarspådragende adfærd. Man kan opliste utallige situationer, hvor en uagtsom handling kan medføre et betydeligt tab for skadelidte, når den sker på en olieplatform eller ombord på et olietankskib. Det kan både være erstatningsansvar inden for kontrakt, når en af to kontraherende parter forvolder skade på den anden, eller uden for kontrakt, når en part forvolder skade på en tredjepart, hvor skadelidte ikke er i et kontraktforhold med skadevolder, men hvor både skadevolder og skadelidte er i parallelle kontraktforhold med eksempelvis en operatør af en olieplatform.¹³

I den erstatningsretlige sammenhæng er skadens farlighed høj, fordi en skade kan være omkostningsfuld, når den foregår i så risikabelt et miljø. Samtidig er det svært at komme nærmere, hvad risikoen for skadens indtræden kan være, to faktorer, som ellers i samspil har stor risikohåndteringsmæssig og erstatningsretlig betydning.

Det synes nærliggende, ud fra en logisk betragtning, at forsøge at særregulere ansvar, eller fra den udsattes synsvinkel og ud fra en kommerciel betragtning, at begrænse ansvaret, når skade kan føre til ikke ubetydelige økonomiske konsekvenser. Ud fra en kommerciel *risk management* -betragtning er det logisk at begrænse udsættelsen for juridisk risiko for store erstatningsansvar.

Det er en konsekvens af den manglende direkte regulering af rækkevidden af erstatningsretten, at der også er manglende direkte regulering af den aftaleretlige rækkevidde af ansvarsfraskrivelser og ansvarsbegrænsning.¹⁴

Erstatningsansvarsloven er ej heller til hjælp, når det drejer sig om at undersøge retstilstanden vedrørende regulering af erstatningsansvar. Det nærmeste, vi overhovedet kommer herpå, er lempelsesreglen i § 24, som i sig selv regulerer ansvaret, men som ikke opstiller grænser for parternes adgang til selv at regulere lempelser.¹⁵

I direkte og naturlig forlængelse af de almindelige erstatningsretlige regler kommer ansvaret for skader forvoldt af produkter og de retspraksisudviklede regler herfor. Det praktiske udgangspunkt herfor er næsten identisk: leverandører af produkter i olie- og gasindustrien har af hensyn til handlingers skadevoldelsesevne kommercielt logiske grunde til at forsøge at afgrænse deres ansvar, heraf udviklingen af særlige betingelser som Orgalime S 2000¹⁶ og i dag S 1012, der regulerer ansvar, og som eksempelvis er set i U.2017.2272V om det defekte skibsgear.

Lignende juridiske overvejelser gør sig gældende: der findes en lov, som til dels regulerer selve ansvaret – i dette tilfælde produktansvarsloven – men som næsten ikke regulerer grænser for fraskrivelse af ansvar efter loven. Det er ikke umuligt at fraskrive sig ansvar for skader forårsaget af produkter inden for kontraktforhold, men der er kun meget få holdepunkter i produktansvarsloven til at regulere fraskrivelsen,¹⁷ og så gælder produktansvarsloven i øvrigt slet ikke for erhvervstingskade jf. lovens § 2 stk. 2. Dette forhindrer dog ikke

¹³ I denne sammenhæng kan produktansvaret være i gråzonen, fordi et defekt produkt både kan forvolde skade inden for kontraktforholdet, men også uden for kontraktforholdet – eller begge dele samtidig.

¹⁴ Det bemærkes, at PAL § 12 har enkelte begrænsninger, men vedrører ikke erhvervstingskade.

¹⁵ Det bemærkes, at lempelsesreglen i EAL § 24 kan finde anvendelse på handlinger på person-niveau, men at det centrale for afhandlingens genstandsfelt er retstilstanden mellem de erhvervsdrivende parter.

¹⁶ Udviklet af den belgiske juridiske enhed *Orgalim aisbl.*: "They are primarily intended for use in international contracts for delivery of engineering industry products in general. They can also be used for national contracts, but they are not suitable for use in consumer contracts."

¹⁷ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 485 ff.

produktansvarsloven i at finde anvendelse på skader, som et defekt produkt forårsager på ikke-erhvervsting, eksempelvis hvis eksemplet i U.2017.2272V havde været, at det danske skib havde påsejlet en privat sejlbåd i stedet og derfor stadig kunne finde anvendelse i casen.

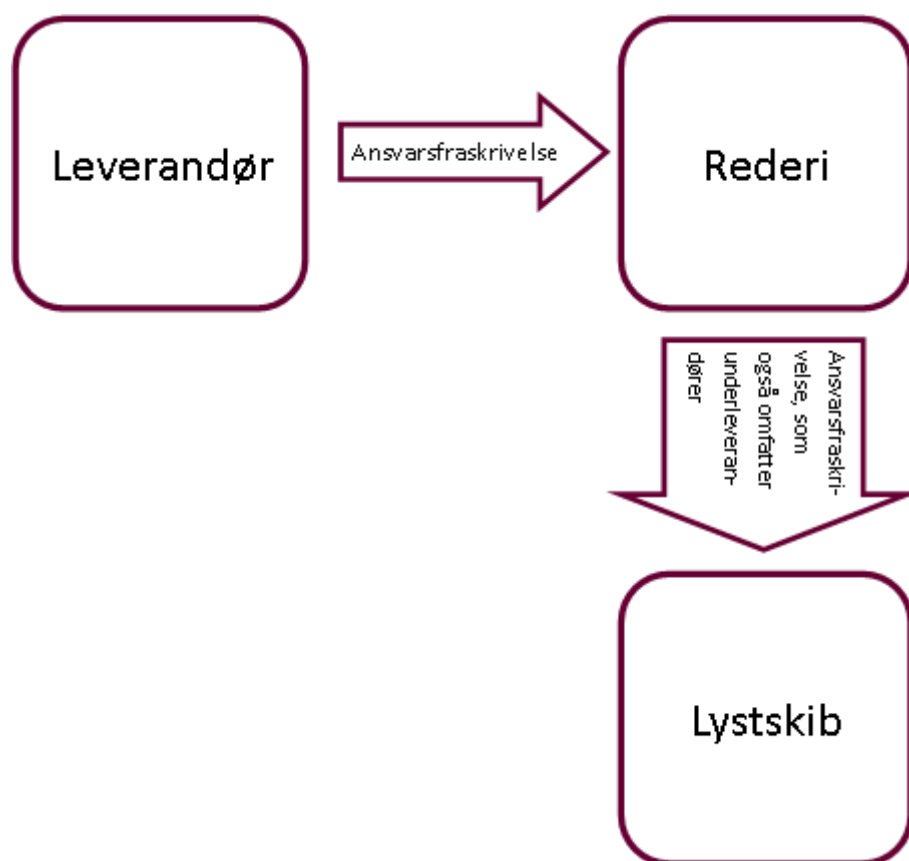
Produktansvarsloven adskiller sig fra erstatningsansvarsloven ved i det mindste at angive en ufravigelig regel i PAL § 12:

Loven kan ikke ved forudgående aftale fraviges til skade for skadelidte eller den, som indtræder i skadelidtes krav.

Det er vigtigt at forstå konsekvensen af denne bestemmelse nøje i lyset af casen. I første omgang synes bestemmelsen at udelukke muligheden for at aftale ansvarsreguleringsvilkår, som afskærer den direkte skadelidte fra at rejse krav. Imidlertid må det dog bemærkes, at denne bestemmelse ikke gælder for erhvervstingsskade, og givet Knock-klausulernes anvendelsesområde er det i første omgang netop erhvervstingsskade, som det skal søges at afgrænse ansvaret for. Derfor er det alligevel i dét led muligt at aftale ansvarsfrihed for produktskader – i hvert fald i det omfang, at det herfra kan udledes, at PAL ikke forhindrer det. Andre omstændigheder vil spille ind i det følgende afsnit.

Hvis der anvendes det modificerede eksempel baseret på U.2017.2272V: en leverandør af skibsgear sælger et gear til en installatør, som sælger og installerer gearet til et dansk rederi, hvorefter en defekt i gearet medfører, at skibet påsejler – i dette eksempel – et privatejet lystskib, som skibet med det defekte gear skulle yde service på.

Fra leverandørens side er PAL § 12 ikke til hinder for at regulere eller begrænse leverandørens ansvar over for skaden på rederiets skib, men den ansvarsfraskrivelse må ikke være til skade for den part, som er omfattet af PAL § 12, nemlig ejeren af det privatejede lystskib. Dels er ejeren naturligvis ikke part i aftalen, men hvis lystskibet i sit kundeforhold til rederiet i en serviceaftale havde indgået aftale om, at der var ansvarsfraskrivelse for skader forårsaget ved produktansvar, og som også omfattede underleverandørerne (her leverandøren), så var denne ugyldig efter PAL § 12 – selv hvis der var indgået bindende og i øvrigt gyldig ansvarsfraskrivelse gennem hele kæden.



Det må derimod fortolkes, at PAL § 12 ikke er til hinder for ansvarsregulering inter-partes, så en part som udreder erstatning kan rejse krav om friholdelse mod en anden erhvervspart, så længe det ikke er til ulempe for den endelige skadelidte, som derfor stadig kan gøre krav om mellemhandlerhæftelse gældende.¹⁸

Tilsvarende begrænsning må gøre sig gældende for personskade efter PAL § 2 stk. 1.

Bortset fra denne relativt simple begrænsning er der ikke mere hjælp at hente i produktansvarsloven i relation til regulering af ansvar for produktskader i erhvervsforhold.

Til støtte for den påstand, at det er muligt at fraskrive sig produktansvar for erhvervstingskade, kan nævnes 2006.2052H¹⁹ som eksempel. Her kunne en mellemhandler fraskrive sig ansvaret for producentens produktansvar for en erhvervstingskade.

Af den relevante litteratur fremgår det, at domstolene fortolker klausuler om begrænsning og fraskrivelse af produktansvar indskrænkende jf. (Lookofsky & Andersen, 2010) side 486, som også henviser til Bryde Andersen (2008) s.331 ff., og til dommen U.1999.255H.

¹⁸ (Lookofsky & Andersen, 2010) s. 487

¹⁹ Karnov's resumé: Et gartneri, G, havde siden 1995 anvendt et vækstretdærende middel i sin produktion. Midlet blev produceret af et engelsk firma P, importeret til Danmark af I og distribueret af en forhandler F. I december 1997 købte G nogle dunke af midlet og brugte det på planter i begyndelsen af 1998. Kort tid efter konstaterede G misvækst på de planter, som var sprøjtet med midlet indkøbt i december 1997. G anlagde sag mod F med krav om erstatning for skaderne på planterne. F og I adciterede I henholdsvis P med påstand om friholdelse. Højesteret fastslog, at det efter bevisførelsen var godtgjort, at misvæksten var forårsaget af, at midlet indkøbt i december 1997 afveg fra det tidligere anvendte. Efter F's almindelige salgs- og leveringsbetingelser var sælger imidlertid »Ved faktiske mangler og produktskader . . . kun ansvarlig, hvis det kan bevises, at manglen eller skaden skyldes fejl eller forsømmelse fra sælgers

Gennemgang af domspraksis skal forsøge at afdække, i hvilket omfang Knock-klausuler gyldigt kan anvendes til at fraskrive ansvar i olie- og gasindustrien.

2.2.1.2 *Ansvar efter købeloven, skadeserstatning og misligholdelsesbeføjelser*

Hvad angår ansvar efter købeloven er situationen anderledes, både ud fra den regulering, som eksisterer, og ud fra den natur, kravet kan have.

Det er centralt at forstå sammenhængen mellem på den side de misligholdelsesbeføjelser, som parterne aftaler, at køber kan gøre gældende, og på den anden side de aftalte ansvarsreguleringsvilkår.

Købeloven indeholder forskellige ansvarsgrundlag afhængig af misligholdessituationen²⁰, og i reglerne om handelskøb er de relevante i denne sammenhæng navnlig §§ 23 og 24 for forsinkelse fra sælgers side, §§ 42 og 43 om mangler ved salgsgenstanden og § 59.

Ud over den *skadeserstatningsretlige* adgang i købeloven kommer de enten *køberetlige* eller *aftalte* misligholdelsesbeføjelser²¹, som parterne hver især må bære ansvaret for, at modparten kan gøre gældende under de rette forudsætninger. Begrænsning af misligholdelsesbeføjelser og en regulering af erstatningsansvaret inden for kontrakt eller deliktserstatningsansvaret anses normalt for at være adskilt, men de to elementer kan tilsyneladende påvirke eller påvirkes af hinanden jf. U.2017.2272V som er kommenteret i afsnit 2.5.3.

Paralleller fra begrænsning af misligholdelsesbeføjelser kan drages til ansvarsfraskrivelsen for erstatningsansvar: skadeserstatningsadgangen er mindst lige så relevant i sin køberetlige forstand som i sin almindelige erstatningsretlige forstand. Afhjælpningsbeføjelsen må anses for at have en mildere kommerciel konsekvens end erstatningen, om ikke andet fordi det trods alt er muligt for realdebitor – hvis han anser afhjælpning for mere byrdefuldt end erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse – at misligholde afhjælpningspligten, og falde tilbage på erstatningen. Afhjælpningen (som ikke er obligationsretlig grundsætning, og som i sin '*KBL § 49*'-form kun må kunne antages at finde meget begrænset anvendelse i praksis, under hensyn til den omstændighed, at manglen må antages at blive opdaget efter leveringsfristens udløb) må som ret eller pligt aftales konkret mellem parterne, men under forudsætning af, at sælger forhandler sig til en afhjælpningspligt, er U.2017.2772V central til at forstå samspillet mellem ansvarsreguleringsvilkår og aftalte misligholdelsesbeføjelser.

Hæveadgangen kan være mindst lige så bebyrdende for en realdebitor, fordi han kan miste hele den investering i projektet, han allerede har realiseret omkostningerne til, og samtidig miste hele sit provenu²². Det er i øvrigt ikke et urealistisk scenarie inden for det behandlede emne, at en realdebitor må investere betydeligt i et projekt.

I komplekse aftaler kan det være svært at overskue, om det kan være muligt at opretholde genoprettelsessynspunktet²³ ved aftalers ophævelse. Det skal bero på en vurdering af den konkrete vare og ydelse, som er leveret i samarbejdet. Selv i genuskøb, hvor det logisk kan betragtes som 'lettere' at genoprette købers ex-ante tilstand, er det nemt at forestille sig en kompleks transaktion, hvor ophævelse ikke i sig selv er tilstrækkelig til at restituere realkreditor.

²⁰ Der ses bort fra det særlige kontrolansvar efter CISG § 79

²¹ Ophævelse ved væsentlig misligholdelse, afslag ved værdiforringelse over bagatelgrænsen, og afhjælpning hvis det er aftalt eller efter § 49 hvis det kan ske inden leveringstidens udløb.

²² (Lookofsky & Andersen, 2010) side 397 ff.

²³ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 236 og 231

Som eksempel på en sådan situation kan nævnes U.2017.2272V, hvor der netop var tale om et genuskøb i form af et solgt skibsgear, og hvor ophævelse af købet ikke var tilstrækkelig til at genoprette køber, fordi køber måtte afholde udgifter, som direkte konsekvens af gearrets defekt.

Det er derfor oplagt i det tilfælde, hvor der foreligger en så væsentlig misligholdelse, at det åbner adgangen for ophævelse af aftalen, at ophævelsen parres med et erstatningskrav, hvorfor begge dele kan være relevante for realdebitor at forsøge at beskytte sig fra gennem ansvarsregulering, når køber har valget imellem erstatning op til den negative kontraktsinteresse eller den positive opfyldelsesinteresse. I det behandlede emne kan manglende ansvarsregulering føre til krav af en størrelse, som realdebitor kan have svært ved at kalkulere.

For skadeserstatningens vedkommende er det svært at skelne skarpt mellem fraskrivelse af de adgange til erstatning, som fremgår af afsnit 2.2.1.1, og den skadeserstatningsretlige adgang i købeloven. Egenskaber, som adskiller de to, er blandt andet objektiviteten i § 43 stk. 3 om mangler, at "Sælgeren er, *selv om han er uden skyld*, pligtig at betale skadeserstatning" og tilsvarende § 24 stk. 1 om forsinkelse fra sælgers side, "er sælgeren, selv om forsinkelsen ikke kan tilregnes ham, pligtig til at svare skadeserstatning".

Afhjælpningsretten afskærer ikke almindeligvis køber fra at gøre skadeserstatningskrav gældende jf. KBL §49 stk. 2

Der synes ikke at findes en kilde på, hvad der er almindeligt i olie- og gasindustrien for regulering af misligholdelsesbeføjelser. En oplagt forklaring kan være, at der ikke findes en standardiseret praksis på området, og heller ingen modelkontrakt. Gennemgangen af domspraksis vil alligevel forsøge at udlede generelle regler for begrænsning af misligholdelsesbeføjelser, og deres samspil med de almindelige misligholdelsesbeføjelser og erstatningsansvaret inden for kontrakt.

En bestemmelse, som er med i det eksempel på en kontrakt, som bliver gennemgået i 2.4, og som er baseret på en Technical Services Agreement fra en europæisk olieigigant, indeholder imidlertid en bestemmelse, som IKKE bliver gennemgået i 2.4, og som passer bedre til analyse i dette afsnit.

16. LIQUIDATED DAMAGES. CONTRACTOR shall be liable for the payment of Liquidated Damages in the amounts, if any, as specified in the Exhibit X. Such Liquidated Damages set out in Exhibit X are agreed as a genuine pre-estimate of the losses which may be sustained by COMPANY in the event that the CONTRACTOR fails in its respective obligations under AGREEMENT, and not as a penalty, and shall be COMPANY's sole and exclusive financial remedy in the event CONTRACTOR fails to achieve the respective obligations for which liquidated damages are applied in accordance with the AGREEMENT. COMPANY may, without prejudice to any other method of recovery, deduct the amount of any liquidated damages from any monies due, or which become due, to the CONTRACTOR.

Bestemmelsen udgør uden tvivl en regulering af købers misligholdelsesbeføjelser under kontrakten og udgør tilsvarende en ansvarsregulering af det ansvar, som sælger i medfør af købers misligholdelsesbeføjelser kan blive udsat for.

Klausulen synes bestemt at løse nogle af de ovenstående kommercielle problemer ved at reducere hele misligholdelsesbeføjelsesparadigmet til udelukkende at bestå af en konventionalbod. Centralt for denne type

begrænsning er, at den anerkender, at køber skal kompenseres for misligholdelsen, og den har derfor ikke karakter af den direkte *fraskrivning* af ansvar, men snarere en begrænsning af, *hvilke* beføjelser køber har, mere om denne sondring i afsnit 2.2.2.

Om brugen af en konventionalbod på en måde som den forestående skal nævnes, at den skal opfylde de øvrige betingelser for konventionalbødgers gyldighed, eksempelvis at den ikke må have et pønalt sigte²⁴, hvilket den også tager stilling til i sin formulering.

Når betingelserne for konventionalbodens isolerede gyldighed er opfyldt, kan det undersøges om den ansvarsbegrænsning, som bestemmelsen udgør, kan være gyldig i sin funktion som begrænsning fra de øvrige misligholdelsesbeføjelser.

En dybdegående analyse af konventionalboden må anses for at være ude af afhandlingens grænser, da den ikke er en integreret del af Knock-klausulen, og afgrænsningen af brugen af de øvrige køberetlige misligholdelsesbeføjelser vil kun indgå i det omfang, det er relevant for Knock-klausulen.

²⁴ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 420

2.2.2 Ansvarsregulering

Det obligationsretlige landskab har mange veje til ansvar. En introduktion til disse er givet i afsnit 2.2.1, og dette afsnit vil beskæftige sig med, hvilken form en ansvarsreguleringsbestemmelse kan have. Grundlæggende set dækker ordet *ansvarsreguleringsbestemmelse* efter sin ordlyd over en bestemmelse, som regulerer ansvaret i et kontraktforhold, og efter en logisk afvejning kan bruges, hvis (1) bestemmelsen skal regulere ansvaret i en anden retning end baggrundsretten, eller hvis (2) bestemmelsen skal søge at undgå tvivl om, hvordan ansvaret er fordelt, uanset at den måske fordeler ansvaret på samme måde som i baggrundsretten, men hvor baggrundsretten måske er en tvivlsom gråzone.

Jeg tror med rimelighed, at jeg kan sige, uden kildehenvisning, at det kun er fantasien, som sætter grænser for, hvor mange forskellige måder man kan formulere grænserne for en allokering af ansvar og risiko.

I denne afhandling vil det forsøges at sondre mellem følgende begreber:

- Ansvarsfraskrivelse
- Ansvarsbegrænsning
- Skadesløsholdelse

For de første to kan det ses i flere domme, at retten bruger både *begrænsning* og *fraskrivelse* om samme klausul, og der er givetvis også et overlap, men til brug i denne afhandling vil der forsøges at sondre mellem dem som beskrevet i det følgende.

2.2.2.1 Ansvarsfraskrivelse

Med begrebet *ansvarsfraskrivelse* skal i denne afhandling forstås en bestemmelse i en aftale, som allokterer risikoen for en begivenheds indtræden til en bestemt part og afskærer parten fra at gøre krav (erstatningskrav eller andre krav) gældende over for modparten for omkostninger, som er opstået i forbindelse med den indtrådte begivenhed.

Det kan være en skade eller en anden begivenhed, som fører til et tab, og hvor parterne altså på forhånd har aftalt, hvilken part skal bære omkostningen. Den anden part anerkender derved slet ikke *noget* ansvar for skaden.

Knock-klausuler indeholder almindeligvis en sådan fraskrivelse²⁵ – en absolut og total fraskrivelse for ansvar for skader, i modsætning til et begrænset ansvar, men mere herom i afsnit 2.4.

2.2.2.2 Ansvarsbegrænsning

En *ansvarsbegrænsning* adskiller²⁶ sig i denne afhandling fra *fraskrivelsen* ved, at den part, som bærer et begrænset ansvar, anerkender, *at* den har et ansvar, men har begrænset enten:

1. *hvad* den skal erstatte (en absolut fraskrivelse af visse retsfølger, f.eks. for tab af en bestemt art)
2. *midlet* med hvilket den skal erstatte (for afgrænsning af misligholdelsesbeføjelser)
3. *hvor meget* den maksimalt skal erstatte (en kvantitativ begrænsning af retsfølgen^{27 28})

²⁵ (Klingberg-Jensen & Christensen, 2014)

²⁶ (Andersen M. B., Praktisk aftaleret, 2019) s. 428

²⁷ På engelsk kendt som *cap*, som i konteksten kan oversættes til 'loft'

²⁸ (Andersen M. B., Praktisk aftaleret, 2019) s. 430

Der er i retspraksis forskellige grænser for hver af disse ansvarsbegrænsninger, og det er centralt at behandle dem, som om de grundlæggende set er dybt forskellige – for det er de.

De deler imidlertid en række fælles egenskaber til en grad, hvor end ikke retspraksis altid skelner fuldstændig skarpt imellem dem. De deler en række ens betingelser for vedtagelse og tilsidesættelse, men et eksempel på en 'udstikker' kan være *midlet*, eksemplificeret i U.2017.2272V, hvor en ansvarsbegrænsning indebar, at købers eneste mangelsbeføjelse var afhjælpning. Da afhjælpning mislykkedes, tilsidesatte retten begrænsningen, selvom den ansås for gyldigt vedtaget, fordi det ansås for at være en forudsætning for begrænsningen, at afhjælpningen rent faktisk lykkedes.

For afgrænsning af tab af en bestemt art kan henvises til eksempelvis AB 18 § 53 stk. 2, hvorefter "entreprenøren ikke er ansvarlig for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab", en eksemplificering af en potentiel anvendelsesmulighed skrevet direkte ind i en lovregel. Det er nærliggende at bemærke, at der er domspraksis for, at det ikke kræver særlig fremhævelse at vedtage en ansvarsfraskrivelse af sædvanligt indhold som eksempelvis indirekte tab eller driftstab²⁹ i modsætning til en bestemmelse med et mere atypisk indhold, som kan kræve fremhævelse³⁰.

For et eksempel på en beløbsmæssig ansvarsbegrænsning kan nævnes U.2006.87H, hvor et køb blev ophævet efter købelovens § 43, men erstatningen efter § 43 stk. 3 måtte begrænses, da tilbuddet var angivet under forbehold af et sæt vedhæftede salgs- og leveringsbetingelser, hvori der var anført en sålydende bestemmelse:

Såfremt varerne eller dele heraf er defekte på grund af materialefejl, fabrikationsfejl eller Plannja AS' mangelfulde arbejde, yder Plannja AS i en 12 måneders periode erstatning svarende til varens fakturerede pris eller foretager vederlagsfri omlevering eller reparation af dele heraf efter Plannja AS' valg. Plannja AS' ansvar er udtrykkeligt begrænset til den ovenfor anførte erstatning eller omlevering eller reparation, og Plannja AS kan ikke gøres ansvarlig for direkte eller indirekte skader eller tab, herunder driftstab, avancetab, tidstab, o.l

Bestemmelsen indeholder en åbenbar kombination af de nævnte begrænsningsmuligheder. Af retten anses betingelserne for gyldigt vedtaget, og i mangel på tilsidesættelsesgrunde bliver resultatet, at ansvaret opgjordes til et beløb svarende til købesummen.

En fjerde sondring kan være at begrænse ansvar under hensyn til *den udviste skyld*, eksempelvis at skader, som forvoldes under simpel eller grov uagtsomhed, ikke er ansvarspådragende, men at ansvaret er begrænset til kun at opstå, hvis der er udvist forsæt, et eksempel, som netop blev gennemgået i U.2006.632H, hvor en ansvarsreguleringsbestemmelse indebar, at et ansvar var kvantitativt begrænset, medmindre der var udvist forsæt.

Det vil efter det foreliggende eksempel på en Knock-klausul ikke være almindeligt, at ansvar er *begrænset* (versus *fraskrevet*), idet *begrænsningen* indebærer en erkendelse af, at parten i det mindste er delvist ansvarlig, men det kan være mere almindeligt, at dette kun gælder under simpel eller grov uagtsomhed, og ikke hvis der er udvist forsæt.

²⁹ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 404

³⁰ Se eksempelvis U.1975.339S, hvor en ansvarsreguleringsbestemmelse blev tidsidesat, fordi den var vidtrækkende, uden at den var fremhævet.

2.2.2.3 Skadesløsholdelse

Med skadesløsholdelse menes i denne afhandling en bestemmelse, som forpligter en part til at erstatte modpartens tab, hvis en bestemt begivenhed indtræder. Det kan være, at A skal installere sensorer på B's olieplatform. I aftalen mellem A og B er anført, at hvis en ansat ved en underleverandør til A er til stede på olieplatformen, og B ved grov uagtsomhed skader underleverandørens ting, så skal A dække det tab, som B måtte lide. Underleverandøren har ikke direkte adgang til at rejse kravet over for A, kun sin deliktserstatningsretlige adgang til at rejse krav overfor B. Det er ikke en *ansvarsfraskrivelse*, fordi hverken B eller A er *ansvarsfri*.

Det er en inter-partes allokering af tabet på en på forhånd aftalt måde, som giver B adgang til at rejse sit krav mod A. I sin ånd adskiller den sig ikke væsentligt fra de øvrige bestemmelser, fordi den stadig vedrører forhåndsallokering af ansvar og risiko for indtræden af bestemt tab, men den er en *positiv afgræsning* til tabet, ikke en negativ afgræsning. Om disse i rettens øjne vil adskille sig fra de øvrige bestemmelser, eller om grænsen mellem skadesløsholdelsesklausulens gyldighed og de øvrige ansvarsreguleringsbestemmelser gyldighed er sløret, vil være genstand for analyse, når det undersøges, om domspraksis behandler dem forskelligt. Lejlighedsvist betegnes de blot som ansvarsfraskrivelser.³¹

³¹ (Madsen, 2018), hvor forfatteren beskriver en skadesløsholdelsesbestemmelse som en vidtrækkende ansvarsfraskrivelse.

2.2.3 Tilsidesættelsesgrunde

Et af de centrale omdrejningspunkter til besvarelse af problemformuleringen er, hvilke muligheder en part eller retten har til at *angribe* en knock-klausul. Disse adgange kan grundlæggende set koges ned til tre grupper: anfægtelse af *vedtagelsen*, af *fortolkningen* eller af *gyldigheden*.³²

I mangel på særregulering er bestemmelserne underlagt almindelige obligationsretlige principper om deres gyldige vedtagelse, deres udfyldning og fortolkning og deres ugyldighed, herunder efter aftalelovens § 36 om urimelige aftalevilkår, jf. (Andersen & Madsen, Aftaler og mellemænd, 2017) s. 77 ff., 201 ff. og 352 ff. (navnlig s. 356 f. og 382 ff.).

Det må være centralt for virksomheder, som ønsker at indgå knock-klausuler, at de har orienteret sig om mulighederne for klausulens tilsidesættelse – det er givet, at hele knock-klausulens begrundelse bygger på en interesse fra parternes side i at kunne kalkulere deres egne omkostninger uden økonomisk risiko for erstatningskrav og uden risiko for egen skade, da denne skal forsikres.³³ Potentiel tilsidesættelse af klausulen er et risikoelement i sig selv, og hvis klausulens anvendelse skal være velbegrundet, så skal det være med afvejning af risikoen for tilsidesættelse.

2.2.3.1 Bestridelse af aftaleindgåelsen

Det fremgår af flere domme i domsanalysen, at en af de typiske begrundelser for tilsidesættelse af en vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelse er at anfægte, om bestemmelsen overhovedet er vedtaget.

Hvis der er holdepunkter for at anvende dem, så kan de helt basale og konkrete angreb i aftalelovens kapitel 1 om aftalers indgåelse selvfølgelig anvendes, og de finder anvendelse som på en hvilken som helst anden aftale i erhvervsforhold.

Mere interessant er de mere 'flyvske' angreb på aftalens gyldige indgåelse og om enkelte bestemmelsers vedtagelse. Et helt særligt eksempel er U.2017.2272V. I sagen har to parter, som handler inden for deres erhverv, indgået en købsaftale. I sælgers ordrebekræftelse henviser sælger til et sæt betingelser, Orgalime S 2000, som sælger ikke har vedhæftet. Betingelserne indeholder en vidtrækkende ansvarsfraskrivelse.

Landsretten fandt, at betingelserne **som udgangspunkt var vedtaget** mellem parterne af årsager, som vil blive gennemgået i afhandlingens afsnit 2.5.3, en analyse af dommen. *Alligevel* fandt landsretten, at ansvarsfraskrivelsen *ikke* var vedtaget.

Den *delvise* tilsidesættelse af aftalen er speciel, fordi det kun er få aftaleretlige angreb, som tillader delvis tilsidesættelse af en aftale. Ligesom en part, som påberåber sig, at en aftale ikke var gyldigt indgået, ikke samtidig kan påberåbe sig retten til positiv opfyldelsesinteresse, fordi disse grundlæggende er modstridende, så kan en part under almindelige omstændigheder heller ikke påberåbe sig delvis tilsidesættelse af en aftale efter aftalelovens kapitel 1. Den *delvise* tilsidesættelse er efter forfatterens oprettelse normalt (uden for nicheområderne) begrænset til f.eks. aftalelovens § 36, som efter sin ordlyd kan give adgang til *delvis* tilsidesættelse.

Det virker alligevel til at være tilfældet, at der kan ske delvis tilsidesættelse under henvisning til, at en vidtrækkende bestemmelse ikke i tilstrækkelig grad var fremhævet, men dette vil være omdrejningspunkt for dybere analyse senere i afhandlingen.

³² (Lookofsky & Andersen, 2010) side 403

³³ (Madsen, 2018) afsnit om knock-for-knock-klausuler

I sondringen mellem de ansvarsreguleringsbestemmelser, som er mere generelle (eksempelvis klausuler, der forbeholder debitor ansvarsfrihed for enhver mangel), og de bestemmelser, som er mere atypiske og individuelle, kan Knock-klausuler (afhængigt af hvordan de indgås) tilhøre enten den ene eller den anden lejr, og det vil tale imod opretholdelsen, hvis de hælder mere til den første lejr.³⁴

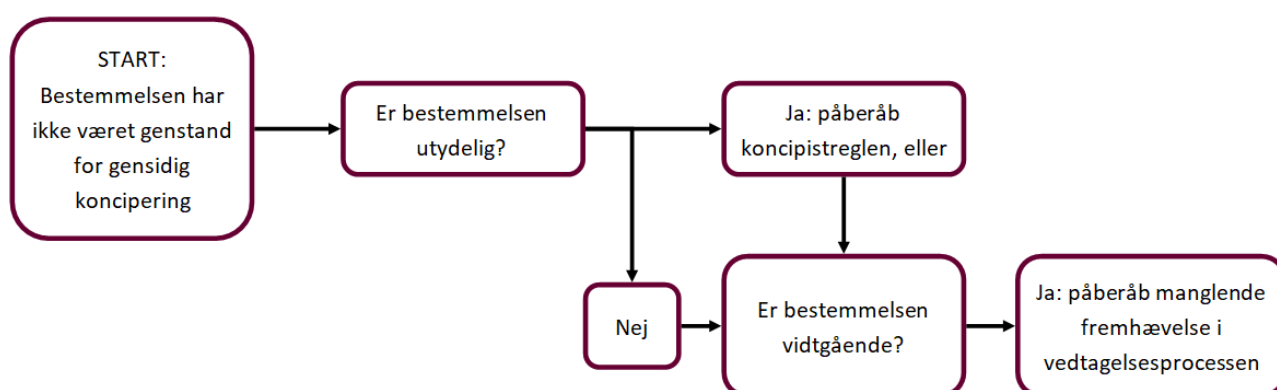
2.2.3.2 Bortfortolkning

Næste logiske og kronologiske led i kæden af angreb imod en ansvarsfraskrivelse må være bortfortolkning: når det er ubestridt eller af anden årsag uanvendeligt som angreb, at aftalen ikke er indgået, kan det anføres, at den fælles forståelse efter en subjektiv fortolkning er anderledes end den egentlige ordlyd.^{35 36}

Hvis det tillige efter domspraksis kan udledes, at vidtrækkende bestemmelser som udgangspunkt skal fortolkes restriktivt, understøtter dette, at bortfortolkning kan være et stærkt angreb imod en Knock-klausul, som ikke er konciperet så grundigt, at den ikke giver anledning til tvivl om sin fortolkning.

Det er også nærliggende at nævne koncipistreglen, når der tales om aftalefortolkning af denne kaliber.³⁷ Koncipistreglen må antages at finde sin helt almindelige anvendelse. I det omfang, der opstår tvivl om, hvordan aftales skal fortolkes, skal aftales fortolkes på den måde, som er mest gunstig for koncipistens modpart.

Det er ikke det samme, som at manglende fremhævelse af en vidtgående bestemmelse har den virkning, at den ikke er gyldigt vedtaget – det hørte jo til i aftaleindgåelsen – men det er en forudsætning for anvendelsen af argumentet om manglende fremhævnings, at bestemmelsen ikke har været genstand for gensidig forhandling.



Figur 1 - det er naturligvis et meget større puslespil, men heraf fremgår forholdet mellem manglende fremhævelse (vedtagelsesargumentet) og manglende gensidig koncipering (fortolkningsargumentet)

Begge argumenter kræver, at bestemmelsen ikke har været genstand for gensidig koncipering.

Når en klausul er uklar, men klausulen har været genstand for gensidig koncipering, kan retsfiguren 'nærmest til at bære risikoen'³⁸ anvendes, og anvendes også i en dom som senere behandles, U.1975.339S.

³⁴ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 405 og med henvisning til Bryde Andersen (2008) afsnit 7.5 og U 1984.191/3 H.

³⁵ (Andersen M. B., Grundlæggende aftaleret, 2013) side 313

³⁶ (Hansen & Ulfbeck, 2014) side 72

³⁷ (Hansen & Ulfbeck, 2014) side 81

³⁸ (Østergaard & Madsen, 2017)

Tilsvarende vil det tale imod opretholdelsen, hvis ansvarsfraskrivelsen vedrører en del af ydelsen, som anses for at være central for købers anvendelse.³⁹

Det kan ske, at retten vælger at fortolke stik imod ordlyden af en vidtrækkende bestemmelse, særligt hvis den er atypisk eller indeholder en markant afvigelse fra baggrundsretten⁴⁰, se her U.2005.2438H. Sagen vedrører ansvarsbegrænsningen i NSAB, som begrænser skadelidtes erstatningskrav på grund af grov uagtsomhed, og kun giver fuld erstatning for forsætlige skader. Sø- og Handelsretten fortolker stik imod NSAB's ordlyd, ved at fortolke, at begrænsningen i NSAB alligevel ikke gælder grov uagtsomhed. Højesteret finder frem til det modsatte.

2.2.3.3 Ugyldigheden

På grund af kompleksiteten i både selve Knock-klausulen, dens indhold, og dens vedtagelse, kan man ikke sige, at et af argumenterne er stærkere eller mere relevant end de andre – det er situationsbestemt.

Om ugyldighedsargumentet kan det dog siges, at det potentielt kan være et ikke ubetydeligt argument for tilsidesættelsen af en Knock-klausul, men det er igen situationsbestemt. Eksempelvis er det ikke mange domme, der har som omdrejningspunkt, hvorvidt en vidtgående ansvarsreguleringsbestemmelse kan tilsidesættes efter aftalelovens § 36 om urimelige aftaler.

Som eksempel på en sådan dom kan nævnes U.2006.632H, hvor en ansvarsfraskrivelse indebar, at der ikke var dækning for grov uagtsomhed, og hvor spørgsmålet var, om det var et urimeligt vilkår, omstændighederne taget i betragtning. Dommen behandles i domsanalysen.

En anden dom, som også tager stilling til ugyldighedsargumentet, men som ikke analyseres i den kommende domsanalyse, er U.2006.87H (også nævnt i 2.2.2.2 om kvantitativ begrænsning). Her ansås en ansvarsbegrænsning i et erhvervsforhold som vedtaget og kunne ikke anses som ugyldig efter AFTL § 36.

På den anden side kommer en kommentar om aftalelovens forarbejder: Stig Jørgensen skriver i et værk, som Lennart Lynge Andersen henviser til: "Aftaler, hvorved en skyldner fraskriver sig ansvar, er efter gældende ret kun gyldige inden for visse grænser. Det antages således, at skyldneren ikke i almindelighed kan fraskrive sig ansvaret for forsæt og grov uagtsomhed."⁴¹

Med den gældende praksis må det formodes, at der skal særligt meget til, før en bestemmelse som knock-for-knock kan tilsidesættes efter ugyldighedslæren i erhvervsforhold, hvor parterne er bekendte med konsekvenserne – det vil domsgennemgangen forsøge at komme nærmere.

Andre ugyldighedsregler, som finder deres almindelige anvendelse, er forudsætningslæren om bristede forudsætninger og andre forudsætningssvigt.

Endnu et parameter i denne sammenhæng er de såkaldte 'agreed documents', hvor branchen som helhed har deltaget i vedtagelsen af en kollektiv standard inden for et bestemt område. Her er der under hensynet til kalkuleret risiko praksis for at lade vidtrækkende ansvarsfraskivelser bestå jf. FED.2004.2412V, U.2006.632H, U.2001.1511H, U.1995.856/2H og U.2005.2438H (men ikke i U.2004.2421H)

³⁹ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 405 og med henvisning til U 2004.2012 Ø.

⁴⁰ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 405

⁴¹ (Andersen L. L., Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol, 2018)

2.3 Grundelementer i en knock-for-knock-klausul

Knock-klausuler kan ses i flere afarter, og derfor er det nødvendigt at konkretisere, præcis hvilket indhold som analyseres.

En Knock-klausul består af følgende elementer⁴²:

1. gensidigt afkald på at rejse erstatningskrav mod hinanden efter de almindelige erstatningsregler
2. frafald af regres parterne imellem for krav rejst af egne ansatte samt tredjemænd
3. gensidig skadesløsholdelse for krav, som modparten har måtte afholde til dækningen af krav fra ansatte eller tredjemænd, som modparten har måtte afholde til dækning af krav, som efter Knock-klausulen skal bæres af parten

I denne afhandling vil tilføjes et ben til Knock-klausulen:

4. gensidig forpligtelse til at tegne primærforsikringer (i modsætning til ansvarsforsikringer)⁴³ på personer og ting, som med rimelighed kan blive subjekter for skader forvoldt af modparten

Denne 'skabelon' vil være genstand for analysen, med antagelsen om at den overholdes og følges.

De første tre punkter indebærer den væsentligste afvigelse fra baggrundsretten, navnlig erstatningsretten, mens det fjerde punkt i mindre grad udgør en afvigelse fra baggrundsretten og generelt kan betragtes som en mere rimelig bestemmelse, der i mindre grad er behæftet med juridisk usikkerhed.⁴⁴

Om punkt 1

Med punkt 1, der omhandler gensidigt afkald på retten til at kræve erstatning, skal her forstås alle erstatningskrav mellem parterne. Dette gælder erstatningskrav, som opstår på grund af ansvarspådragende uagtsomhed, uanset om denne er simpel eller grov. Ligeledes skal bestemmelsen også forstås, således at den skal afskære skadelidte fra at rejse krav mod skadevolder, selv i de tilfælde hvor skadevolder har udvist forsæt. Hvorvidt den kan have den ønskede virkning, er omdrejningspunkt for diskussion i afsnit 2.6 og generelt i hele afhandlingen.

Det er ikke uset i branchen, at Knock-klausuler kan være begrænsede til kun at omfatte ansvarsfraskrivelser for simpel uagtsomhed, men ikke for grov uagtsomhed og forsæt.⁴⁵ I denne situation er det dog ikke i samme omfang usikkert, hvorledes domstolene vil lade ansvarsfraskrivelsen bestå. Derfor beskæftiges der i denne omgang kun med en variation af Knock-klausulen, hvor der også fraskrives ansvar for skader forvoldt ved grov uagtsomhed og forsæt.

⁴² (Klingberg-Jensen & Christensen, 2014)

⁴³ (Isager & Eyben, 2015) kapitel 1

⁴⁴ Det er nærliggende at spørge sig selv hvilke juridiske tvister, der kan udspringe af den fjerde pind. Ved overholdelse af en kontrakt (i dette tilfælde manglende tegning af primærforsikring) kan modparten normalt højst kræve ophævelse af aftalen som følge af væsentlig misligholdelse, eventuelt suppleret med et rimeligt erstatningskrav. Lad os tage et eksempel: A er køber (driver en olieplatform) og B er leverandør af en tjenesteydelse til olieplatformen. B begår en ansvarspådragende fejl på olieplatformen, som destruerer en række vigtige komponenter, som tilhører A. A skulle have tegnet primærforsikring men har ikke gjort det. B er ikke erstatningsansvarlig jf. aftalens første pind. Derfor har B ikke 'mistet' noget, og har i realiteten slet ikke incitament til at kræve aftalen ophævet.

⁴⁵ (Klingberg-Jensen & Christensen, 2014)

Om punkt 2

Med punkt 2 om gensidigt afkald på retten til at gøre regreskrav gældende skal her særligt forstås forsikringsselskabernes regreskrav over for skadevolder.

Efter de almindelige regler kan skadelidte i den situation, hvor han er blevet offer for en ansvarspådragende handling, i første omgang normalt kræve sit tab dækket af sit tingsforsikringsselskab. Herefter indtræder forsikringsselskabet i skadelidtes ret imod skadevolder jf. EAL § 22 stk. 1.⁴⁶

Bestemmelsens første punkt, sammenholdt med bestemmelsens andet punkt, betyder samlet set, at skadelidte ikke selv kan rette krav mod skadevolder – og når forsikringsselskabet forsøger at rette sit regreskrav, er det bundet af samme aftale som skadelidte og kan derfor heller ikke rette regreskrav mod skadevolder.

Forsikringsselskabet er altså bundet af ansvarsfraskrivellesbestemmelsen, selvom de ikke er part i den oprindelige aftale mellem skadevolder og skadelidte.

Denne situation vil forsikringsselskaber typisk have taget højde for på forhånd. I vilkårene for den enkelte forsikring vil der typisk være aftalt en objektiv ansvarsfraskrivellesklausul, dvs. en bestemmelse, der indskrænker den ansvarsbærende bestemmelse i forsikringsaftalen, således at der ikke er dækning for tab, som forsikringstager har fraskrevet sig retten til at gøre krav gældende for.

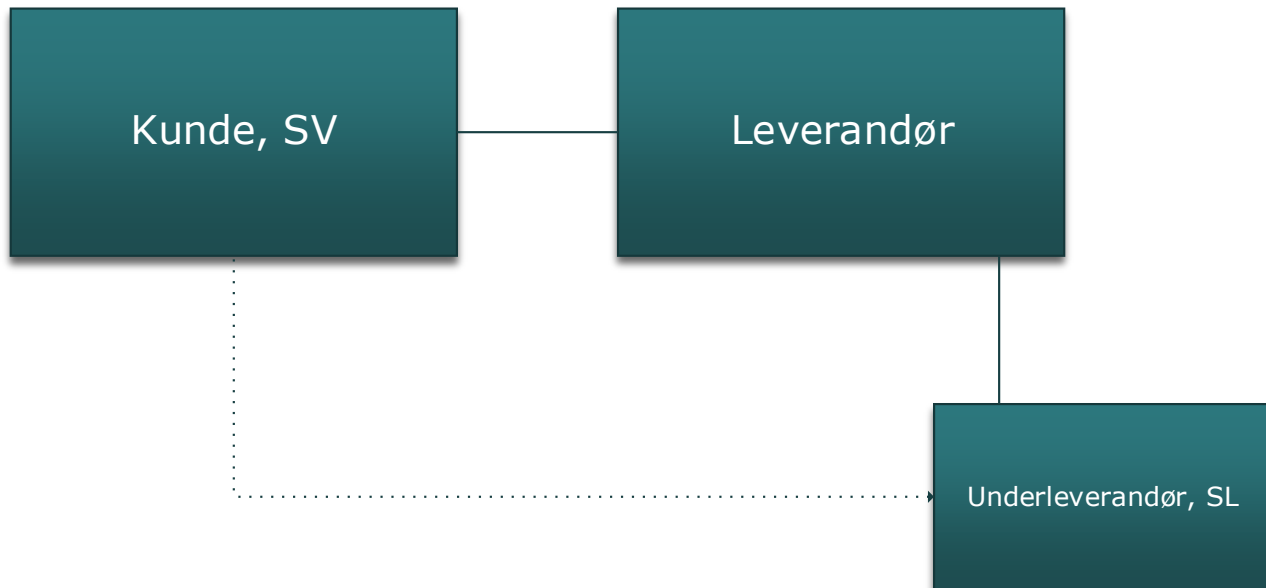
Sagt på en anden måde har forsikringsselskaberne typisk vilkår om, at "hvis du har aftalt, at du ikke kan søge erstatning, så yder vi heller ikke dækning". For at dække vil forsikringsselskaberne have lov til at beholde deres regreskrav.

For at Knock-klausulen fungerer, skal der således laves en særskilt aftale med et tingsforsikringsselskab, en "Waiver of subrogation". Forsikringsselskabet accepterer, at du indgår en Knock-klausul, hvilket indebærer, at de skal selv skal bære tabet, naturligvis imod en stigning i præmien.

⁴⁶ (Isager & Eyben, 2015)

Om punkt 3

Bestemmelsens tredje punkt illustreres bedst ved et eksempel.



Det forestilles, at en kunde og en leverandør i olie- og gasindustrien er ved at indgå en aftale, hvor de også aftaler en Knock-klausul. Det forestilles os samtidig, at leverandøren skal bruge en underleverandør til arbejdet. Leverandøren får ved en fejl ikke aftalt den rette back-to-back-klausul⁴⁷, så leverandøren og underleverandøren har ikke indgået knock-for-knock.

Ved en ansvarspådragende handling fra kundens (SV) side, får underleverandøren (SL) ødelagt noget udstyr i forbindelse med sit arbejde på olieplatformen.

SL, som ikke er med i ansvarsfraskrivelsesbestemmelsen, retter sit krav direkte mod SV. Der er ingen aftale mellem SV og SL, og derfor behandles spørgsmålet efter de almindelige regler om erstatning uden for kontrakt, hvorefter SV er pligtig til at betale skadeserstatning.

I denne situation beholder Knock-klausulen kun sin rette struktur, hvis SV kan rette et skadesløsholdelseskraft til bage til den leverandør, som ikke sikrede, at den rette Knock-klausul var aftalt i hele kæden, back-to-back.

Med punkt 3 forstås derfor, at en part skal være pligtig til at holde modparten skadesløs, hvis modparten må afholde omkostninger til at dække krav, som modparten efter Knock-klausulen ikke skulle have afholdt.

Ved at sammenholde disse tre effektive ansvarsreguleringsbestemmelser bliver det samlede resultat, at en part, når han har indgået Knock-klausul med en modpart, kan være næsten sikker på, at han ikke skal afholde omkostninger til at dække skader, der sker på eller hos modparten, hvis blot modparten er betalingsdygtig. Knock-klausulen er en bestemmelse med mange facetter, der samlet set både afskærer skadelidte fra at rejse krav og gør skadelidte ansvarlig for sig selv og for hele sin gruppe af underleverandører.

⁴⁷ En back-to-back-klausul skal i denne opgave forstås som en klausul, som substantielt fører de vilkår, som er aftalt mellem kunden og leverandøren videre til forholdet mellem leverandøren og underleverandøren.

2.4 Et praktisk eksempel på en knock-for-knock-klausul

Hvis afhandlingen skal skrives så tæt på virkeligheden som muligt, er det i højeste grad relevant at inddrage et eksempel på en konkret Knock-klausul.

I dokumentets Bilag 1) Eksempel på Knock-klausul findes et konkret eksempel på en formulering af en ansvarsreguleringsbestemmelse. Bestemmelsen er lang og stammer fra en standardkontrakt for udførsel af tekniske serviceydelser hos en **europæisk olieigigant**.

Af den årsag skal det bemærkes, at selve bestemmelsen i sin nuværende form ikke har været genstand for gensidig koncipering parterne imellem. Ud over at det betyder, at koncipistreglen kun finder ensidig anvendelse⁴⁸, betyder det også, at bestemmelsen kan virke ved at hælde til klientens fordel.

Det er en almindelig forudsætning, jævnfør hvad der tidligere er blevet beskrevet om Knock-klausuler, at disse bestemmelser er genstand for forhandling parterne imellem.⁴⁹ Det er netop den omstændighed, at bestemmelsen er forhandlet til en grad, hvor det ikke kan formodes, at parterne ikke i tilstrækkelig grad vidste, hvilken risiko de havde påtaget sig, som er en af de afgørende parametre for, hvorledes bestemmelsen skal opretholdes.

Det kan ikke udelukkes, at visse leverandører, især de 'mindre' leverandører, undlader at forhandle bestemmelsen og i stedet underskriver den i mere eller mindre den form, som klienten fremlægger den i. Dette må formodes at spille en rolle i forhold til, hvorledes bestemmelsen opretholdes. Dette diskuteres nærmere i afsnit 2.6.

Bestemmelsen er omfattende, men kan opdeles i følgende dele:

1. Definitioner
2. Leverandørens afkald på erstatningskrav og øvrige krav + skadesløsholdelse
3. Klientens afkald på erstatningskrav og øvrige krav + skadesløsholdelse
4. Reciprok skadesløsholdelse fra tredjepartskrav
5. Reciprok skadesløsholdelse mellem leverandøren og klientens øvrige leverandører
6. Afgrænsning af tab efter art
7. Kvantitativ ansvarsbegrænsning (cap)
8. Særlige regler om IPR og tab baseret på forretningshemmeligheder

Denne bestemmelse vil indgå som punkt for analysen til at binde de teoretiske overvejelser sammen med noget virkelighedsnært. Analysen er ikke møntet helt eksklusivt på bestemmelser af denne type, men for at undgå at analysen bliver 'flyvsk' pga. manglende konkrete holdepunkter vil bestemmelsen i sin ordlyd indgå som en form for fortolkningsbidrag i forhold til, hvordan faktum kan se ud i en sag.

De næste sider vil skille bestemmelsen ad og analysere dens enkelte dele med henblik for på at forstå, hvordan det enkelte element i Knock-klausulen påvirker besvarelsen af problemformuleringen.

⁴⁸ I modsætning til "undtagelsen" om, at koncipistreglen kan finde anvendelse på begge parter samtidig efter gældende retspraksis jf. U.2004.2894H

⁴⁹ (Klingberg-Jensen & Christensen, 2014)

2.4.1 Definitioner

Bestemmelsen lyder:

10. RELEASE AND INDEMNITY. *For the purpose of the indemnity provisions set forth in this Agreement, CONTRACTOR Group shall be defined to mean, individually and collectively, CONTRACTOR, its Affiliates, owners, agents, subcontractors and the directors, officers, personnel, and invitees of all of them.*

COMPANY Group shall be defined to mean, individually and collectively COMPANY, its Joint Venturers, Affiliates, owners, contractors, and agents which are involved in or have an interest in the Project, or facility which is the object of the Work, and the directors, officers, personnel, and invitees of all of them, other than the parties included in the CONTRACTOR Group.

Herved defineres to grupper: leverandørens gruppe og klientens gruppe.⁵⁰ Grupperne defineres som ejere, agenter, underleverandører mm. Det er denne gruppe, hver part er ansvarlig for, og som hver part derfor (efter principperne i Knock-klausulen) skal facilitere back-to-back-terms til. Med back-to-back-terms menes, at en part skal aftale tilsvarende vilkår igennem kæden i sine forhold til sin gruppe for at sikre, at Knock-klausulen får den ønskede virkning, mere herom i afsnit 2.3.

Det er nærliggende at bemærke, at 'gruppen' er formuleret bredt. Bestemmelsen må også forstås, således at alle potentielle parter, der ikke er defineret i bestemmelsens udtømmende liste, må betragtes som tredjemænd efter bestemmelsen. Hver part har derfor en interesse i, at modpartens gruppe er så stor som mulig, da dette betyder, at modparten er ansvarlig for dennes skader samt for at sikre back-to-back-terms til denne. Ligeledes er hver part interesseret i at indskrænke sin egen gruppe mest muligt for at afskære modparten fra vha. Knock-klausulen at gøre parten ansvarlig for denne.

Det er ligeledes nærliggende at bemærke, at bestemmelsen ikke er symmetrisk i sin nuværende form.

Company group	Contractor group
Company	Contractor
Joint ventures	
Affiliates	Affiliates
Owners	Owners
Contractors	Subcontractors
Agents which are involved in or have an interest in the Project, or facility which is the object of the Work	Agents
Directors, officers, personnel and invitees of all of them	Directors, officers, personnel and invitees of all of them
Other than the parties included in the CONTRACTOR Group	

⁵⁰ Mere læsning herom (samt om den praktiske anvendelse af Knock-klausuler i engelsk ret) i (Gordon, Paterson, & Usenmez, 2010)

For Company (klienten) er 'Joint ventures' omfattet, men til gengæld er der skåret i, hvilke agenter der er omfattet. Den nederste linje må opfattes meget naturlig, idet en juridisk person ikke kan være omfattet af begge grupper. Asymmetrien i denne bestemmelse vurderes ikke at være betydelig.

2.4.2 Gensidigt afkald på krav

Aftalens næste to bestemmelser, hhv. COMPANY Indemnification og CONTRACTOR Indemnification er til gengæld helt symmetriske. Disse bestemmelser lyder:

10.2 COMPANY Indemnification. *COMPANY agrees to protect, defend, indemnify, hold harmless, and release CONTRACTOR Group from and against any and all claims, demands, causes of action, damages and costs, including attorney's fees and court costs, for personal injury, illness or death of any member of COMPANY Group, or loss of or damage to property of any member of COMPANY Group, directly or indirectly arising out of the services performed hereunder, including ingress and egress loading and unloading, and presence on any platform, aircraft, vessel, or other premises owned, leased, chartered, or rented by COMPANY Group or CONTRACTOR Group, whether or not caused in whole or in part by the sole or concurrent negligence, strict liability, unseaworthiness, or other fault or pre-existing condition of CONTRACTOR Group.*

Det kan være relativt almindeligt, at ansvarsfraskrivelser gælder andet end bare erstatningsansvar, og derfor i nogle tilfælde også gælder f.eks. mangelsbeføjelser.⁵¹ At en part ønsker at være fri for ansvar, kan betragtes ikke kun som fritagelse fra erstatningsansvar, men også ansvar fra mangelfuld levering. Dette gælder særligt i tilfælde af totale ansvarsfraskrivelser i modsætning til de mildere ansvarsbegrænsninger.

Den nævnte bestemmelse kan her ikke fortolkes, således at den også afskærer køber fra at gøre mangelsbeføjelser gældende.

En part efter denne aftale forpligter sig til at "beskytte, skadesløsholde og frigøre" modparten fra ethvert "krav, skade og omkostninger" for "personskade, sygdom, dødsfald hos partens gruppe og tingsskade hos partens gruppe", som "direkte eller indirekte udspringer af samarbejdet", uanset om den er "helt eller delvist forskyldt af modpartens uagtsomhed, *strict liability*, usødygtighed, eller andre fejl fra modparten".

I denne konkrete bestemmelse er en part altså ikke afskåret fra at gøre krav gældende for tab, den har lidt som følge af modpartens grove uagtsomhed. Afhandlingen vil fortsat tage udgangspunkt i, at Knock-klausulen også omfatter grov uagtsomhed og forsæt. Den juridiske analyse går ud på, om det er rimeligt at tilsidesætte Knock-klausulen, og hvis svaret er ja, så falder aftalen alligevel tilbage på *severability*-klausulen, i hvilket tilfælde det alligevel er nødvendigt at forholde sig til de mildere variationer⁵².

Bestemmelsen indeholder på samme tid den pind, som forpligter parten til at frigøre (release) modparten fra de erstatningskrav, som parten måtte have på modparten efter almindelig erstatningsret, og den pind,

⁵¹ (Andersen M. B., Praktisk aftaleret, 2019) s. 427 f.

⁵² Med *severability*-klausul menes en bestemmelse i en kontrakt, som bestemmer, at hvis en eller flere bestemmelser i aftalen tilsidesættes af domstole, eller på anden måde er ulovlige eller ugyldige, så skal de i første række fortolkes så restriktivt, at de kan være gyldige, eller i næste række udgå fra aftalen, uden at påvirke resten af aftalen.

som forpligter parten til at skadesløsholde (indemnify) modparten på krav, som partens gruppe måtte have på modparten.

Her er det værd at bemærke, at denne frigørelse/skadesløsholdelse omfatter både direkte og indirekte krav og også omfatter omkostninger til advokater, sagsomkostninger ved domstole mm., som formegentlig skal gælde den situation, hvor modparten skal beskytte sig selv mod krav fra partens gruppe i tilfælde af manglende back-to-back-vilkår.

Som forklaret er bestemmelserne symmetriske og ens begge veje (selvfølgelig med undtagelse af, at grupperne, som bestemmelsen omfatter, ikke er ens).

2.4.3 Reciprok skadesløsholdelse fra tredjepartskrav

Den næste bestemmelse gælder også symmetrisk begge veje og forpligter en part til at skadesløsholde modparten for krav, som tredjepart (en part uden for grupperne) måtte rette imod modparten, hvis kravet skyldes fejl eller mangler fra partens side:

10.3 Third Party Claims. *CONTRACTOR shall protect, defend, indemnify, hold harmless, and release COMPANY Group from and against any and all claims, demands, causes of action, damages and costs, including attorneys' fees and court costs, for personal injury, illness or death, or loss of or damage to property (other than damage caused by pollution, liability for which is covered in the preceding sub-Article 9.3) incurred by third parties (parties other than those included in CONTRACTOR Group and COMPANY Group), to the extent such personal injury, illness or death, or death, or loss of or damage to property is caused by the fault or negligence of CONTRACTOR Group, directly or indirectly arising out of the Work hereunder.*

Denne bestemmelse udgør en undtagelse til hovedreglen i Knock-klausulen om, at parterne ikke kan rette krav mod hinanden, og at omkostninger skal bæres der, hvor de sker. Bestemmelsen skal sikre imod den situation, hvor eksempelvis leverandøren har begået en ansvarspådragende handling (og derfor efter almindelige erstatningsretlige regler bør være ansvarlig herfor), men hvor tredjeparten har adgang til at rette sit krav direkte mod den (i de fleste større) kunde. Det kan eksempelvis være, at leverandøren begår en fejl på en olieplatform, som forårsager et olielæk, som kunden efter særregler (lex specialis regler som eksempelvis lov om erstatning for miljøskader) hæfter objektivt for.

Efter almindelige regler ville kunden (olieplatformen) have mulighed for at rette et regreskrav mod parten, men efter Knock-klausulens hovedregel ville der ikke være adgang til at rette et sådant krav. Derfor er nærværende bestemmelse nødvendig for at genoprette balancen.

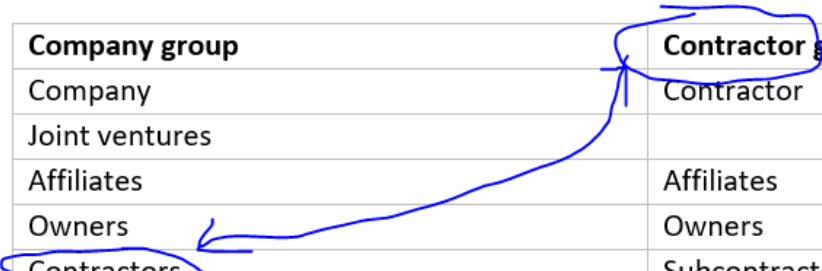
Når denne del af bestemmelsen ses i lyset af problemformuleringen, så skal der (ligesom med de øvrige elementer) foretages en vurdering af, i hvor høj grad bestemmelsen er eller kan være problematisk at opretholde.

Det er ikke i sig selv problematisk, at bestemmelsen gentager baggrundsretten, nemlig at den, som forårsager skade ved en ansvarspådragende handling, må bære tabet. Det er også relativt almindeligt, at en aftale af den størrelse/med det omfang kan indeholde flere bestemmelser, som blot gentager gældende retsregler, om ikke andet så alene af den grund, at gældende ret i sin natur er dynamisk og kan ændres af en ny dom eller af en ændringslov.

Hvis hovedreglen er almindelig erstatningsret, og den kontraktuelle modifikation (Knock-klausulen) er release-and-indemnify-klausulen, så er denne tredjepartsbestemmelse en undtagelse til modifikationen.

Det er heller ikke logisk, at retten vil tilsidesætte undtagelsen (tredjepartsbestemmelsen) uden at tilsidesætte modifikationen (release-and-indemnify-klausulen). Tredjepartsbestemmelsen er i realiteten en afgrænsning af modifikationens anvendelsesområde – uden den ville Knock-klausulen være mere restriktiv/længere væk fra baggrundsretten.

2.4.4 Reciprok skadesløsholdelse mellem leverandøren og klientens øvrige leverandører



Company group	Contractor group
Company	Contractor
Joint ventures	
Affiliates	Affiliates
Owners	Owners
Contractors	Subcontractors
Agents which are involved in or have an interest in the Project, or facility which is the object of the Work	Agents
Directors, officers, personnel and invitees of all of them	Directors, officers, personnel and invitees of all of them
Other than the parties included in the CONTRACTOR Group	

10.4 Company's Other Contractors. *The indemnities given by CONTRACTOR in favor of COMPANY's other contractors will only be enforceable by those other contractors and their respective group members if and to the extent that, prior to the event giving rise to a claim under the indemnity, the other contractor has provided an enforceable indemnity which operates in favor of CONTRACTOR's Group in substantially the same manner as the indemnities provided by CONTRACTOR operate in favor of COMPANY's other contractors ("reciprocal indemnities"). A COMPANY contractor that has not provided reciprocal indemnities in favor of CONTRACTOR is not entitled to the benefit of the indemnities provided by CONTRACTOR under this Article 10. COMPANY shall use all reasonable commercial means to ensure in its respective contracts with other contractors that the indemnities contained in such contracts in favor of CONTRACTOR Group are substantially similar to the indemnity provisions given by the CONTRACTOR under this Article 10 in favor of COMPANY's other contractors.*

Denne bestemmelse fraskriver leverandørens forpligtelse over for kundens øvrige leverandører (som i hierarkiet er på linje med leverandøren selv). Fraskrivelsen består i, at en leverandør kun er ansvarlig for at skadesløsholde en anden leverandør, hvis den anden leverandør er underlagt en skadesløsholdelsesklausul, som er mindst lige så restriktivt til fordel for den første leverandør.

I forhold til problemformuleringen er det næppe denne bestemmelse, som bliver genstand for dybdegående juridisk arbejde, men den understreger et af de vigtige argumenter i den juridiske diskussion, nemlig at Knock-klausulen er grundig og gennearbejdet af professionelle parter. Denne bestemmelse om reciprok skadesløsholdelse mellem leverandører på samme niveau udtrykker en del af den professionalisme og

nuancerede 'gennemarbejdethed', som kendetegner kontrakter i denne klasse. Bemærk også, at det nærværende eksempel ikke har været genstand for gensidig koncipering.

Det er ikke til kundens ulempe at inkludere en klausul, som udelukkende beskytter leverandøren – så den omstændighed at beskyttelsen er i aftalen på forhånd demonstrerer også et forarbejdet paradigme.

2.4.5 Afgrænsning af tab efter art

Udover den særlige Knock-klausul indeholder aftalen også en langt mere almindelig⁵³ afgrænsning af tab efter art.

11. CONSEQUENTIAL DAMAGES. *For the purposes of this Agreement, 'Consequential or Indirect Damage or Loss' shall mean loss of contract, business opportunity, profit, production, revenue or interest payable, or any loss of similar nature howsoever caused, arising out of or in connection with the Agreement and whether or not foreseeable at the date of the Agreement, irrespective of whether such loss is caused by the negligence of COMPANY Group and/or CONTRACTOR Group or by any other act, omission or breach of the Agreement by COMPANY Group and/or CONTRACTOR Group.*

Neither COMPANY nor the CONTRACTOR shall be liable to the other for the other's Consequential or Indirect Loss. CONTRACTOR shall indemnify and defend the COMPANY Group against all Consequential or Indirect Loss of the CONTRACTOR Group, and COMPANY shall indemnify and defend the CONTRACTOR Group against all Consequential or Indirect Loss of the COMPANY Group.

En sådan afgrænsning er en absolut ansvarsfraskrivelse af retsfølgen,⁵⁴ når den kun afgrænser visse typer af økonomiske tab, her: *loss of contract, business opportunity, profit, production, revenue or interest payable, or any loss of similar nature*, som kendes generelt som driftstab eller indirekte tab.

Denne bestemmelse er i langt højere grad almindelig, og den almindelige kvantitative ansvarsbegrænsning behandles i næste klausul.

Den absolutte ansvarsfraskrivelse for tab af denne art er ikke som udgangspunkt problematisk, og den er ikke omfattet af samme mængde juridisk usikkerhed som nogle af de mere specielle klausuler.

⁵³ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 404

⁵⁴ (Andersen M. B., Praktisk aftaleret, 2019) s. 430

2.4.6 Kvantitativ ansvarsbegrænsning (cap)

Til slut kommer endnu en almindelig ansvarsbegrænsning, nemlig den kvantitative:

12. LIMITATION OF LIABILITY. *Notwithstanding anything to the contrary in the AGREEMENT, CONTRACTOR'S total aggregate liability for claims arising out of this AGREEMENT, regardless of how the same may be caused, and whether the claim be at law or in equity and whether or not based upon contract, tort, negligence, strict liability, or otherwise, shall be limited to one hundred percent (100%) of the compensation received by CONTRACTOR pursuant to this AGREEMENT.*

Notwithstanding the foregoing, the limitation of liability set forth in this Article 12 shall not

- (i) apply to CONTRACTOR'S indemnification obligations under this AGREEMENT for third party claims or its obligations under Article 13;*
- (ii) apply to any breach of CONTRACTOR'S confidentiality obligations under this AGREEMENT;*
- (iii) include the payment of proceeds under any insurance policy of CONTRACTOR under this AGREEMENT (unless the proceeds are paid to COMPANY and/or COMPANY GROUP as additional insured); or*
- (iv) apply in the event of CONTRACTOR'S fraud, willful misconduct (including willful delay in performing the WORK), abandonment of the WORK, gross negligence or violation of applicable laws.*

Der er heller ikke i denne bestemmelse noget bemærkelsesværdigt fra et juridisk analytisk perspektiv. Det er værd at nævne, at tredjepartsskadesløsholdelsen er ubegrænset. Det kan med rimelighed antages, at det ikke er her det store fokus bliver.

Den afsluttende bestemmelse om ansvar for IP-rettigheder undlades fra analyse.

2.5 Domspraksis

2.5.1 U.1993.851H Ansvarsbegrænsning tilsidesat på grund af særlig uforsvarlig optræden

Indledende kommentar: dommen behandler forskellige områder. Af særlig relevans for denne opgave er spørgsmålet om tilsidesættelse af den indgåede aftale om ansvarsbegrænsning. Dommen vil tage stilling til, hvorvidt en aftale om ansvarsbegrænsning overhovedet er indgået. De tilfælde, hvor der kunne være tvivl om, hvorvidt aftalen om en Knock-klausul er indgået, kunne være situationer, hvor Knock-klausulen udelukkende står i et sæt betingelser, som bliver genstand for en Battle-of-Terms-lignende tvist.

2.5.1.1 *Sagens faktiske omstændigheder og påstande*

I sommeren 1987 købte selskabet Tibro Invest ApS en række løsøregenstande og ønskede kort efter at opbevare dem hos sagsøgte A/S Salicath's Express Co., et selskab, som udbød møbelopbevaring og møbeltransport. I alt 77 kolli blev indsat til opbevaring hos sagsøgte, herunder en blanding af Edb-maskiner og anden løsøre. Genstandene blev indsat til opbevaring d. 1. og 6. juli.

Den 21. juli udstedte sagsøgte til sagsøger et opbevaringsbevis med følgende tekst (uddrag heraf kan findes i Bilag 2) Uddrag fra U.1993.851H), hvorpå det er anført, at "Det magasinerede gods udleveres kun mod tilbagelevering af oplagsbeviset"

På opbevaringsbevisets bagside er trykt bl.a. ansvarsreguleringsbetingelser, teksten kan findes i Bilag 2) Uddrag fra U.1993.851H, men er et uddrag fra *Dansk Møbeltransportforenings almindelige betingelser vedrørende møbeltransport og opbevaring*, og indeholder en kvantitativ ansvarsbegrænsning, hvorefter lejer kun gøre krav gældende svarende til prisen for ét års leje.

På forsiden af opbevaringsbeviset var en specificeret opgørelse over, det gods som var indleveret, heraf bl.a. 21 kartoner computerudstyr.

Samme dag som for udstedelsen af opbevaringsbeviset, d. 21. juli 1987, udleverede en ansat hos sagsøgte 18 kolli af de 77 kolli opbevarede gods, og indlagrede i stedet 18 nye kolli, således at det samlede antal opbevarede gods fortsat udgjorde 77 kolli.

Blandt de udleverede 18 kolli var 16 telefaxmaskiner til en værdi af 572.521 kr.

Den vognmand, som ombyttede de 18 kolli, havde med sig en skrivelse med følgende ordlyd:

København den 21/7-1987
O.K. for udlevering af 18 kolli til vognmanden
Med venlig hilsen
Leif Tidemann Jørgensen«

Den pågældende vognmand har ikke kunnet identificeres.

Underskriften »Leif Tidemann Jørgensen« var skrevet i hånden over en maskinskreven angivelse af navnet. Skrivelsen var påført to firmastempler hidrørende henholdsvis Tibro Invest ApS og Leti Invest ApS. Leif Tidemann Jørgensen var direktør for Tibro Invest ApS. Det har senere vist sig, at der var tale om en falsk fuldmagt.

Sagsøger, Tibro Invest ApS under konkurs, har påstået, at sagsøgte er tilpligtet at betale sagsøger principalt 572.521,60 kr., subsidiært et mindre beløb efter landsrettens skøn med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg den 15. juli 1988, til betaling sker.

Sagsøgte påstand var frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

2.5.1.2 *Anbringender*

Sagsøger gjorde gældende, at de betingelser, som stod på bagsiden af oplagringsbeviset, slet ikke var gældende i relationen, fordi de ikke var aftalt mellem parterne. Derfor gjorde sagsøger gældende, at dansk rets almindelige regler skulle finde anvendelse i stedet (i dette tilfælde Danske Lovs 5-8-14).

Sagsøger gjorde også gældende, at sagsøgte havde handlet groft uagtsomt i forbindelse med udleveringen af godset, idet man i mangel på et opbevaringsbevis end ikke forlangte at få kvitteringen for indleveringen af godset forevist. Desuden var den fuldmagt, der blev forevist ved udleveringen, så særpræget og mangelfuld, at sagsøgtes folk burde have været særligt agtpågivende og have rettet henvendelse til sagsøgeren forud for udleveringen til vognmanden. Subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at den ansvarsfraskrivelse, der er indeholdt i Dansk Møbeltransportforenings almindelige betingelser, ikke kan gøres gældende af sagsøgte, når der foreligger en så grov uagtsomhed, som det er tilfældet i den foreliggende sag.

Sagsøgte har til støtte for sin påstand om frifindelse gjort gældende, at Dansk Møbeltransportforenings almindelige betingelser vedrørende møbeltransport og opbevaring er vedtaget mellem parterne, idet betingelserne er kommet til Tibro Invests kundskab gennem modtagelsen af opbevaringsbeviset, hvorpå betingelserne er optrykt.

I øvrigt er det almindeligt kendt, at et møbelopbevaringsfirma altid foretager ansvarsfraskrivelse. Der er ikke tale om, at gods er bortkommet, idet der alene er sket en ombytning af kolli, og sagsøgte har ikke påtaget sig noget ansvar for indholdet af disse. Den fuldmagt, der blev forevist sagsøgtes folk i forbindelse med udleveringen af godset, opfylder alle krav til en gyldig fuldmagt og må derfor anses for en fuldt ud så god legitimation som et opbevaringsbevis. Sagsøgtes folk har således været i god tro og har ikke handlet culpøst ved at udlevere godset til vognmanden. Under alle omstændigheder følger det af ansvarsbegrænsningsreglerne i Dansk Møbeltransportforenings almindelige betingelser, at der højst kan blive tale om erstatning svarende til 1 års leje. Endelig har sagsøgte anført, at sagsøgeren er nærmest til at bære risikoen for, at det har været muligt at udfærdige en falsk fuldmagt med anvendelse af stempler hidrørende fra sagsøgeren.

2.5.1.3 *Landsrettens afgørelse*

Landsretten tiltrådte, at det ikke forud for indleveringen af de i sagen omhandlede effekter til opbevaring hos sagsøgte var aftalt, at Dansk Møbeltransportforenings almindelige betingelser skulle være gældende mellem parterne.

At det nævnte regelsæt er optrykt på bagsiden af opbevaringsbeviset, kan heller ikke bevirke, at regelsættet kan påberåbes af sagsøgte, idet opbevaringsbeviset først er kommet Tibro Invest ApS i hænde, efter at telefaxmaskinerne var udleveret til en uvedkommende person. Sagen må herefter bedømmes efter Danske Lovs 5-8-14.

Landsretten fandt, at sagsøgte havde pådraget sig erstatningsansvar for genstandenes bortkomst, og at der ikke var grundlag for at fastslå, at ansvaret kunne begrænses.

2.5.1.4 Højesterets dom

A/S Salicath's Express Co. ankede landsrettens dom til Højesteret med påstand om frifindelse, subsidiært påstand om betaling af et mindre beløb svarende til ét års leje.

Til spørgsmålet om ansvarsbegrænsningen skriver Højesteret:

Ved udleveringen har appellantens folk på så uforsvarlig måde fraveget selskabets egen velbegrundede praksis, at appellant er afskåret fra at påberåbe sig ansvarsbegrænsning. Højesteret tiltræder allerede af disse grunde, at appellant er fundet erstatningsansvarlig.

2.5.1.5 Kommentarer til dommen i lyset af Knock-klausuler

I relation til ansvarsbegrænsningen har Højesteret en anden tilgang til dommen. Landsretten fandt, at ansvarsbegrænsningen slet ikke var aftalt.

Højesteret fandt i stedet, at årsagen til, at appellant var afskåret fra at påberåbe sig ansvarsbegrænsningen, var, at appellantens folk havde handlet på en uforsvarlig måde.

Dommen er kortfattet i Højesterets bemærkninger, men formuleringen kan fortolkes på den måde, at aftalen om ansvarsbegrænsningen egentlig var indgået, men at der er en adgang til at afskære en part fra at påberåbe sig ansvarsbegrænsningsbestemmelsen, når parten har handlet tilstrækkeligt uforsvarligt.

Dommen er 'relativt' ung og er afsagt af landets højeste instans uden dissens. Der er heller ikke sket væsentlige ændringer i den del af aftaleloven, som dommen beskæftiger sig med.

Mest væsentlig er måske "Lov 1994-12-21 nr. 1098 om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love", som ændrer aftalelovens § 36, men der er ingen holdepunkter i dommens formulering til at antage, at tilsidesættelsen sker ved hjælp af AFTL. § 36.

Grundlæggende set er det **ikke** i tilstrækkelig grad tydeliggjort, hvad der er dommens ratio decidendi.

Med udgangspunkt i dommen er der grund til at undersøge nærmere, hvorvidt en ellers i øvrigt vedtaget ansvarsbegrænsningsbestemmelse kan tilsidesættes med henvisning til graden af den udviste skyld.

Når der drages paralleller mellem dommen og Knock-klausulerne, så er det relevant at bemærke, at særligt den omstændighed, at aftalen er genstand for gensidig koncipering mellem meget professionelle parter, ikke gælder i dommen.

2.5.2 U.1975.339S Klausul om afhjælpning af fejl indebar ansvarsfraskrivelse, men dækkede ikke misligholdt afhjælpning og rådgivningsfejl

2.5.2.1 Sagens faktiske omstændigheder og påstande

2.5.2.1.1 Aftalens indgåelse

I sagen har en Frederikshavn Værft & Tørdok A/S ("FVT") som køber anlagt sag imod Monsun Hydraulik A/S ("MH") som sælger. MH har solgt en række skibskomponenter til FVT i forbindelse med konstruktion af to tankskibe.

I december 1968 afgav MH tilbud på komponenterne, som omfattede:

- 8 stk. Gotec aksialstempelenheder
- 4 stk. spædeoliepumper med forsatsleje for kileremtræk
- 1 stk. olietank på 300 liter med returoliefilter

Købesummen udgjorde 74.500 ekskl. rørledninger og montering. Tilbuddet henviste til vedlagte salgs- og leveringsbetingelser.

I samme skrivelse stillede MH sig til disposition:

"med udarbejdelse af forslag for et ventilsystem til valgfri kombination mellem hydrodieselaggregatet og cargopumpemotor, ligesom vi beregner rørdimensioner og oliekløler efter nærmere opgivelse af aktuelle rørlængder og omgivelsestemperaturområde.

For det tilbudte materiel haves de bedste referencer for Kvalitet og funktionsduelighed, og vi er til tjeneste med eventuelle yderligere oplysninger og bearbejdelse af sagen"

Efterfølgende i januar har MH suppleret deres oprindelige tilbud på opfordring af køber med et supplerende tilbud på en hydraulisk motor for slikkepumpen, og igen i januar et supplerende tilbud på en hydraulisk tandhjulsmotor.

Med skrivelse af 18. februar 1969 fremsendte sagsøgeren på ny, til sagsøgtes orientering og udtalelse, en tegning vedrørende forslag til hydraulisk transmission for cargopumper m.m.

D. 1. marts 1969 blev tilbuddene accepteret via indkøbsordre, som var betinget af, at bl.a. Gotec aksialstempelenhederne blev leveret med certifikat fra British Lloyd's of Shipping.

2.5.2.1.2 Leverancerne

Den 10. april 1969 besøgte en hos sagsøgte ansat ingeniør værftet. Parterne aftalte, at der var forskellige punkter, som skulle undersøges nærmere, bl.a. rørlængderne og spædeolieindgangens og spædeolietankens placering. Herefter sendte sagsøgte efter aftale et diagram og en stykliste for et hydraulisk system for cargopumper og en bovpropel, hvorpå var anført hvilke størrelser rørledninger sagsøgte anså for egnet til systemet. På dette grundlag udarbejdede sagsøgeren et skematisk arrangement af systemet, hvoraf kopi den 31. maj 1969 tilsendtes sagsøgte, som ingen indvendinger havde herimod.

I dommen er der ikke anført detaljer om vareleverancen, andet end at de to skibe, systemet bruges på, er færdigproducerede hhv. d. 16/01/1970 og 10/04/1970, hvorefter de forlader værftet.

2.5.2.1.3 Manglerne

I den efterfølgende årrække viser det sig, at leverancerne er behæftet med en serie af mangler. I løbet af en firemåneders periode fra marts 1970 til juni 1970 havarede samtlige Gotec-pumper, hvilket resulterede i udskiftning af 23 enheder.

Et GTS-institut blev af parterne antaget til at undersøge sagen nærmere, mens sagsøgte forsøgte at udbedre manglerne.

Undersøgelserne viste, at der var en lang række forskellige mangler, både produktionsfejl i varerne, som sagsøgte havde solgt, og også i den rådgivning, som sagsøgte havde ydet i forbindelse med produktionen af diagrammer til konstruktionen.

Sælger forsøger i den sammenhæng at omlevere i et forsøg på at udbedre manglerne. Trods gentagne forsøg på at udbedre de forskellige mangler kunne det ikke lykkes. Fabrikanten (som er sagsøgtes underleverandør) fortsatte med at levere pumper med fejl.

2.5.2.1.4 Erstatningskravet og ansvarsfraskrivelsen

I brev af 7. december 1970 rejser sagsøger sit erstatningskrav over for sagsøgte, en specificeret opgørelse over kravet for reparations- og ændringsarbejder, som udgør 302.028 DKK⁵⁵.

I sit svar henviser sagsøgte til sine salgs- og leveringsbetingelser, som var bilag til de oprindelige tilbud.

For komponenter

Følgende erstattes ikke:

Driftstab.

Rejser og diæter.

Adskillelse af rørsystem eller andet forekommende arbejde med det formål at kunne demontere aggregatet.

Elektriske installationers demontering og genmontering.

Skader opstået på tilkoblede elektriske hydrauliske eller mekaniske systemer, uanset disse skyldes fejl i den komponent (aggregat) der dækkes af garantien.

Udskiftning af hydraulikolie på det hydrauliske aggregat eller tilsluttede system.

Skader på person eller ejendom.

Garanti:

Komponenter og reparationer af sådanne er dækket af en 6 mdr. garantiperiode for fabrikations- eller materialefejl. Garantiperiodens begyndelse er leveringsdatoen og kan

⁵⁵ Er man nysgerrig, så svarer dette til 2.287.912 kroner i 2019-kroner, hvis man lægger til grund at inflationen fra 1970 til 2019 er 615.5%, eller 4,2% per år, og som er baseret på PRIS8 tabellen (forbrugerprisindeks, årsgennemsnit) fra Danmarks Statistik.

I et andet sæt betingelser, også vedlagt aftalen, findes en ansvarsfraskrivelse, som er vedlagt denne afhandling som "4.3.3 Bilag 3) Ansvarsfraskrivelsen i betingelserne i U.1975.339S".

Ansvarsfraskrivelsen indeholder en afhjælpningspligt for fejl og mangler i forbindelse med leverancen. Sælger skal straks afhjælpe fejlen, og derudover gælder følgende:

30. Med undtagelse af bestemmelserne i punkt 21 (afhjælpningspligten, red), har sælgeren, efter at faren for leverancen er overgået til køberen, intet ansvar for fejl selv om de skyldes årsager, der forelå før farens overgang. Det vedtages udtrykkeligt, at sælgeren ikke over for køberen er forpligtet til nogen erstatning for personskade eller skade på ejendom, som ikke omfattes af aftalen, eller for tabt fortjeneste, medmindre det af sagens omstændigheder fremgår, at sælgeren har gjort sig skyldig i grov uagtsomhed: ved at undlade at tage tilbørligt hensyn til sådanne alvorlige følger, som en samvittighedsfuld leverandør normalt burde have kunnet forudse, eller ved bevidst at se bort fra følgerne af en sådan handling eller undladelse.

35. Såfremt den ene part skal betale skadeserstatning til den anden, skal skadeserstatningen kun dække sådan skade, som den skyldige part med rimelighed kunne have forudset ved aftalens indgåelse, og indirekte skade kun under de i punkt 30 nævnte omstændigheder. - - -«

2.5.2.1.5 Påstande

Sagsøgeren har herefter ved stævning indleveret den 29. september 1972 påstået sagsøgte dømt til at betale 302.020 kr. med renter på 5% p. a. fra sagens anlæg.

Sagsøgte har principalt påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end det påstævned.

Parterne er enige om foreløbig at begære rettens afgørelse af, hvorvidt de påberåbte ansvarsfraskrivelsesklausuler afskærer sagsøgeren fra erstatning.

Sagsøgeren har herved nedlagt anerkendelsespåstand om, at sagsøgte tilpligtes at anerkende, at ansvarsfraskrivelsesklausulerne i sagsøgtes egne »Salgs- og leveringsbetingelser« og i »Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande« hverken helt eller delvis afskærer sagsøgeren fra at kræve de påstævned beløb erstattet.

Sagsøgte har påstået frifindelse under henvisning til ansvarsfraskrivelsesklausulerne.

2.5.2.2 Anbringender

Til støtte for sagsøgers sag har sagsøger gjort gældende, at der forelå et ansvarsgrundlag for sagsøgte efter købelovens § 43 og ved culpaansvar.

Sagsøgte har pådraget sig et culpaansvar ved at fejlberegne lækoliemængden i lækoliesystemet i forhold til lækolierørene og pumpekapaciteten.

I forhold til fejlene ved de leverede pumper og for mangelfuld færdiggørelse af bovpropelmotoren bliver sagsøgte ansvarlig efter KBL § 43 (stk. 3., red.), selvom sælger er uden skyld i fejlene.

Sagsøger gør gældende, at ansvarsfraskrivelse for culpaansvar eller grove forhold ikke kan fraskrives i mangel af særlig klausul herom, samt at begrænsningen ikke er fremhævet. Sagsøger gør gældende at aftale om ansvarsfraskrivelse ikke er indgået, fordi den ikke er fremhævet og blot er en del af et sæt vedlagte betingelser.

Til støtte for sin frifindelsespåstand har sagsøgte gjort gældende, at ansvarsfraskrivelsen er gyldigt vedtaget og er en del af kontraktgrundlaget i det accepterede tilbud. Givet købers størrelse er det berettiget at antage, at leveringsbetingelserne er nøje gennemgået, samt at køber må kende disse betingelser fra mange tidligere aftaler. Sagsøgte gør gældende, at ansvarsbeskrivelsen gælder ethvert ansvar for sælger. Herefter har sagsøgte alene pligt til omlevering, en pligt, som sagsøgte også har opfyldt.

Sagsøgte gør gældende, at de ikke kan stå til ansvar for producentens fejl, når produkterne var certificeret af British Lloyd's of Shipping. I øvrigt har sagsøger svigtet sin pligt til at begrænse skadens omfang, fordi sagsøger kunne have foretaget prøver med pumperne i drift i så lang tid, at fejlene kunne være konstateret – en foranstaltning, som sælger ikke kunne have foretaget.

Sagsøgte medgiver i et vist omfang at have leveret konsulentydelse, men gør gældende, at selve rådgivningen ikke var mangelfuld.

2.5.2.3 Sø- og Handelsrettens afgørelse

2.5.2.3.1 Om aftalens indgåelse

På baggrund af køberens størrelse, "et ikke ubetydeligt forretningsforetagende, der ofte køber maskiner" finder retten, at man ikke uden videre kan bortse fra bestemmelserne i »Salgs- og leveringsbetingelser« eller »Almindelige leveringsbetingelser«.

Sælgers forpligtelse ved første sammenbrud er derfor begrænset til omlevering, hvilket også er sket.

2.5.2.3.2 Om mangler ved løsørestandene, spædeoliepumperne

Retten udtaler, at en forudsætning for ansvarsfraskrivelse imidlertid må være, at udbedring af manglen lykkes, hvilket ikke er tilfældet. Når omlevering ikke har afhjulpnet mangler er der altså sket misligholdelse af afhjælpningspligten, hvorfor ansvarsfraskrivelsen ikke kan gøres gældende over for køber. Hertil nævner retten, at sælger må være nærmest til at bære risikoen for, at fabrikanten fortsatte med at levere pumper med fejl.

2.5.2.3.3 Om mangler i rådgivningen, lækoliesystemet

For den del af erstatningskravet, som vedrører udgifter til ændring af lækoliesystemet, udtaler retten, at disse ikke er en følge af salg af genstande, som kontrakten behandler, men af rådgivning, som ikke er omfattet af tilbuddet og derfor ikke er omfattet af ansvarsbegrænsningsbestemmelsen.

2.5.2.4 Kommentarer til dommen i lyset af Knock-klausuler

Indledningsvist kan det bemærkes, at sagens parter udfører deres erhverv i en industri, som lægger sig meget tæt op ad den industri, som afhandlingen beskæftiger sig med.

Ansvarsfraskrivelsen er en absolut fraskrivelse af retsfølgen og ikke en kvantitativ 'cap'. Den fraskriver ikke ansvar for grov uagtsomhed og forsæt som Knock-klausulen.

Med sine 46 år er dommen ikke ligefrem nylig, men den er afsagt af en specialiseret domstol uden dissens. Der er heller ikke sket væsentlige ændringer i den del af aftaleloven, som dommen beskæftiger sig med.

Om aftalens indgåelse kan det bemærkes, at dommen bekræfter en formodning i teorien om, at ansvarsreguleringsklausuler i større grad består i erhvervsforhold end i forbrugerforhold.⁵⁶ Særligt er det, at der direkte kan lægges vægt på størrelsen af parternes forretningsforetagende. Det er også interessant, at ansvarsreguleringsbestemmelsen i første omgang er gyldig, selvom den ikke har været genstand for gensidig koncipering, og herefter at den får lov til at bestå, for så alligevel at blive tilsidesat efterfølgende. Det bekræfter måske, at det er 'nemmere' at vedtage en mindre restriktiv bestemmelse end en meget restriktiv bestemmelse.

Hvad angår størrelsen af parternes forretningsforetagende, er det tidligere i denne afhandling beskrevet, at Knock-klausuler typisk indgår i situationer, hvor en 'større' kunde antager en 'mindre' leverandør til at udføre arbejde.

Størrelser er relative, og en 'større' olie-gigant kan måske have 100.000 ansatte, mens en 'mindre' leverandør måske har 1.500 ansatte og en milliardstor omsætning i danske kroner. En 'mindre' virksomhed i den sammenhæng er bestemt ikke nogen lille virksomhed, og det formodes, at den i rettens øjne vil have samme egenskab af "et ikke ubetydeligt forretningsforetagende", som bruges i dommen.

Hvad angår ansvarsfraskrivelsens funktion, bekræfter retten, at den udgør en absolut fraskrivelse af alle andre retsfølger end afhjælpning. Grundlæggende set skal ansvarsfraskrivelsen altså stå ved magt, men det er relevant at bemærke, at sammenlignet med en toA4-siders Knock-klausul er den også meget mindre omfattende.

Når den så alligevel ender med at blive tilsidesat, så skyldes det tilsyneladende, at "en forudsætning for ansvarsfraskrivelse imidlertid må være, at udbedring af manglen lykkes." Det er endnu uvist, hvorvidt vi finder konsensus i domspraksis til at konkludere, at en ansvarsreguleringsbestemmelse, som begrænser ansvaret til en eller flere retsfølger, kun kan finde anvendelse, hvis de beføjelser, som ansvaret afgrænses til, reelt lykkes med at erstatte skadelidtes tab. Når vi ser en afgørelse som denne, så fremstår det klart, at

- i. hovedreglen er, at der foreligger et ansvarsgrundlag, som bevirker, at tabet skal erstattes
- ii. at parterne erkender, at tabet skal erstattes, ved at de aftaler, *hvordan* tabet skal erstattes
- iii. at når erstatning ikke lykkes, som parterne havde aftalt, og at der ikke særskilt er aftalt, at der ikke er ansvar derudover, så falder der tilbage på hovedreglen

Hvis det er tilfældet, at ovenstående kan lægges til grund for gældende ret, så må det også formodes, at det er nødvendigt i praksis (bemærk virksomhedssynsvinklen), at juristen, som rådgiver en part i forbindelse med ansvarsreguleringsbestemmelse i en aftale, skal koncipere ansvarsreguleringsklausulen så omfattende, at den også tager stilling til, at der ikke er yderligere ansvar af nogen art, selv hvis det viser sig, at afhjælpning ikke lykkes.

⁵⁶ Mads Bryde Andersen, (2015), Praktisk Aftaleret s. 429

Efter min opfattelse er det i øvrigt bærende for afgørelsen, at parterne ikke i første omgang har aftalt, at der slet ikke skal erstattes tab af nogen art. I mangel af opgørelse af erstatningen er det ikke muligt i tilstrækkelig grad at undersøge en efter min opfattelse anden central overvejelse:

Lad os forestille os, at tabet består af to poster: (1) erstatning for den mangelfulde genstand (generhvervelse fra en anden side) og (2) Adskillelse af rørsystem eller andet forekommende arbejde med det formål at kunne demontere aggregatet.

Ovenstående overvejelse om, at det ER aftalt, at ansvaret skal være begrænset til afhjælpning, gælder kun den første post. For så vidt angår den næste post, er det jo aftalt:

Følgende erstattes ikke:

Driftstab.

Rejser og diæter.

Adskillelse af rørsystem eller andet forekommende arbejde med det formål at kunne demontere aggregatet.

Elektriske installationers demontering og genmontering.

Skader opstået på tilkoblede elektriske hydrauliske eller mekaniske systemer, uanset disse skyldes fejl i den komponent (aggregat) der dækkes af garantien.

Det vil sige, at parterne ikke har erkendt, at post nummer 2 overhovedet skulle erstattes, og derfor ville jeg gerne have set, at der var taget stilling til dette i dommen. Min formodning er, at det består, at ansvarsfraskrivelsen afskærer køber fra at kræve erstatning for post nummer 2 ved brug af købelovens § 43 stk. 3.

Anderledes er det for det erstatningsansvar, som sælger har pådraget sig, ikke efter KBL § 43 stk. 3, men efter de almindelige erstatningsretlige regler. Retten lægger til grund, at rådgivningsydelsen, som sælger har leveret til køber, ikke er omfattet af ansvarsreguleringsbestemmelsen, fordi den ikke er en del af aftalegrundlaget. Det er uklart, hvorvidt retten finder, at det er på baggrund af ansvarspådragende uagtsomhed, at sælger ifalder ansvar, men dommen understreger, at ansvarsreguleringsbestemmelsen tilsyneladende kun finder anvendelse på de leverancer, ydelser og varer, som parten er forpligtet til at levere under aftalen.

Konsekvensen heraf bliver, at det ikke kun er centralt at skrive en nøjagtig ansvarsreguleringsbestemmelse, men også at formulere de leverancer nøje, som skal være omfattet af bestemmelsen, ved at være nøjagtig med hvad der er omfattet af hele aftalen.

Bemærk at retsfiguren *nærmest til at bære ansvaret* anvendes af SØ- og handelsretten i sin begrundelse med henvisning til, at sælger må bære risikoen for, at leverandøren fortsat leverer mangelfulde pumper – *enten* i mangel af, at parterne har aftalt, hvad der skal ske, hvis afhjælpning mislykkes, og retten de facto behandler et udfyldningsspørgsmål herom, eller mere sandsynligt som led i *forudsætningsrisikoen*.⁵⁷ at sælger bør bære ansvaret for, at forudsætningen om, at afhjælpning ville lykkes, er bristet.

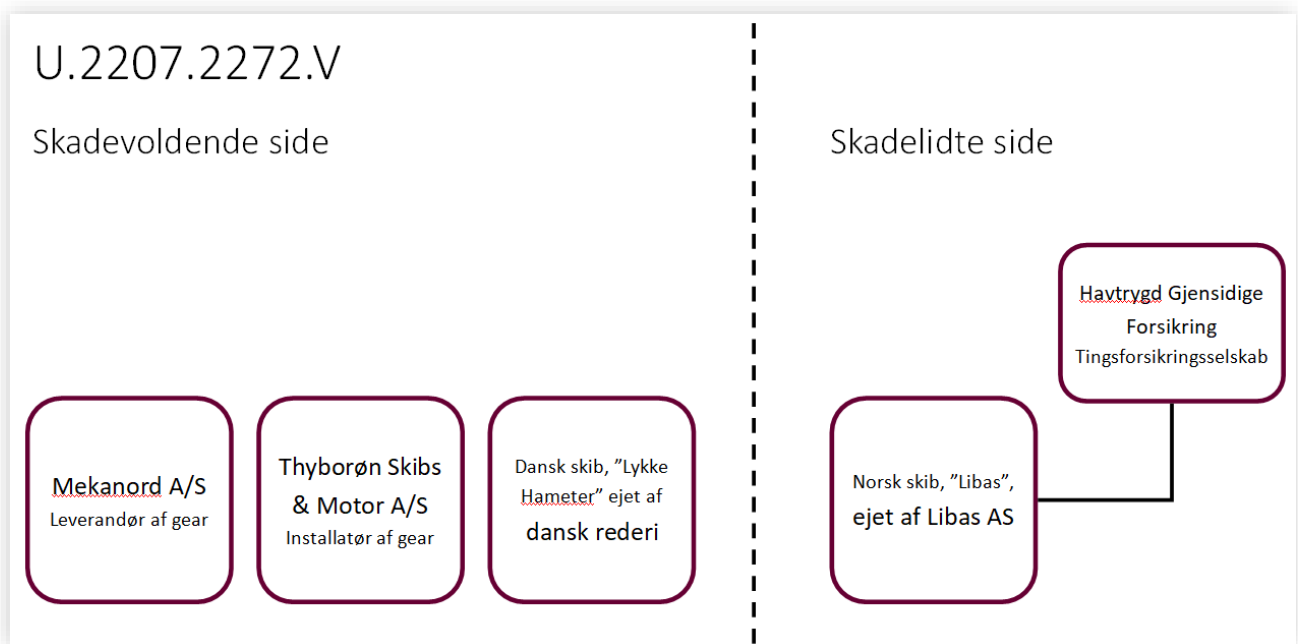
⁵⁷ (Østergaard & Madsen, 2017) side 7 afsnit 2.3

2.5.3 U.2017.2272V Lykke Hametner og Libas

Nogle ord inden domsanalysen starter. I 2.5.2 behandledes en dom, hvor en ansvarsreguleringsbestemmelse, som var skrevet i et sæt betingelser, ansås for vedtaget under henvisning til størrelsen på købers forretningsforetagende. I det følgende behandles en dom på den anden side af den fine grænse, hvor en ansvarsreguleringsbestemmelse anses for IKKE at være vedtaget, trods at parterne driver ikke ubetydelige forretningsforetagender, og at de har et længerevarende forretningsforhold.

2.5.3.1 Sagens faktiske omstændigheder og påstande

2.5.3.1.1 Sagens faktiske omstændigheder



Den 24. august 2012 bliver den norske ståltrawler Libas påsejlet af det danske skib Lykke Hametner.

Påsejlingen sker på grund af svigt i en omstyringsfunktion i reduktionsgearet på det danske skib. Gearet er installeret på skibet af Thyborøn Skibs & Motor A/S kort inden ulykken og er leveret af Mekanord A/S.

Ulykken skete, mens det norske skib lå til kaj i Thyborøn Havn, og mens det danske skib var i gang med at manøvrere til kaj.

Det norske skib og dets forsikringsselskab rejser krav imod alle tre parter på den skadevoldende side ovenfor: (i) rederiet, der ejer det danske skib, (ii) installatøren af gearet og (iii) leverandøren af gearet.

Under sagen fremlægges en ordrebekræftelse, som er udstedt af leverandøren Mekanord til installatøren Thyborøn Skibs & motor d. 18/10/2011, hvor det fremgår, at der leveres en gearboks til ombygningsprojektet

af Lykke Hametner. På side 3 af ordrebekræftelsen er det nævnt, at leveringsbetingelserne er "Orgalime S 2000"⁵⁸.

Af en faktura fra installatøren til skibet fremgår det, at ombygningen har kostet 5.846.000 DKK ekskl. moms.

Af et skema fremlagt af Mekanord fremgår resultaterne af den prøvekørsel af gearet, som Mekanord har forestået. Skemaet er dateret den 22. februar 2012. Gearet er ISO-certificeret og suppleres med brugsanvisning, tegninger & fotos.

I en foreløbig besigtigelsesrapport af 27. september 2012 udarbejdet af Nordic Marine Consult ApS, som blev antaget af Lykke Hametners forsikringsselskab If Skadesforsikring, beskrives årsagen til ulykken som følgende:

Det er vores vurdering at F/S Lykke Hametner påsejlede F/S Libas som følge af manøvreresvigt. Mekanord gearet har et indbygget hydraulisk stempel, der via en trækstang styrer skruebladenes stigning. Gearolie til aktivering af dette stempel tilføres via to 25 mm rør, som er monteret på gearet med klemringe og omløbere. Det ene rør tilfører olie til »baksiden« og det andet til »fremtiden« af hydraulikstemplet i gearet.

Skibet skulle under havnemanøvren »slå« bak, hvilket mislykkedes som følge af rørforbindelsen til »baksiden« af stemplet var løsgået, da klemringen på røret var gået løs og gled af røret. Ud over dette bevirker den manglende kontrol med skruens stigning, at fremstigningen øges, hvorved skibets »frem« hastighed øges. Dette skyldes, at skruens stigning i forhold til omløbsretningen bevirker, at skruebladene går mod fuld frem.

Rørforbindelserne til stigningskontrollen er monteret af gearfabrikanten Mekanord og er således en integreret del af gearet. Der var ikke tegn på, at rørstykket havde fysiske skader / ridser. Gearet blev monteret komplet af smedefirmaet Thyborøn Skibs & Motor, der også indkøbte gearet fra Mekanord. Gearet er som tidligere anført fremstillet og leveret i 2012.

Installatøren bestrider, at der mellem leverandøren og installatøren er indgået aftale om, at leveringsbetingelserne Orgalime S 2000 er gældende mellem parterne.

Mekanord har i den forbindelse fremlagt en række ordrebekræftelser, hvor der i alle ordrebekræftelser er en henvisning til de pågældende leveringsbetingelser.

Sagen er anlagt ved Retten i Holstebro d. 12. september 2013.

⁵⁸ Orgalime S 2000, General Conditions for the Supply of Mechanical, Electrical and Electronic Products. Brussels, August 2000. Efter artikel 38 "Allocation of Liability for Damage Caused by the Product" er det bestemt, at leverandøren er ansvarsfri efter produktet er leveret, samt at installatøren skal skadesløsholde leverandøren for tredjepartskrav.

2.5.3.1.2 Påstande

Sagsøgerne, Havtrygd Gjensidige Forsikring og Libas AS har nedlagt følgende påstand:

1. De sagsøgte tilpligtes in solidum, subsidiært alternativt, at betale til sagsøger 1, Havtrygd Gjensidige Forsikring, NOK 768.061,00 og DKK 64.720,00 med tillæg af rente i henhold til rentelovens § 3, stk. 2, fra den 20. marts 2013.
2. De sagsøgte tilpligtes derudover principalt in solidum, subsidiært alternativt, at betale til sagsøger 2, Libas AS, NOK 440.000,00 med tillæg af rente i henhold til rentelovens § 3, stk. 2, fra den 20. marts 2013.

Af hensyn til omfanget kan de resterende påstande læses i dommen.

2.5.3.2 Anbringender

Til støtte for **sagsøgernes** påstand har **sagsøgerne** anført:

- Anbringender i forhold til Mekanord:
 - Påsejlingen ubestridt indtrådte udelukkende som følge af, at omstyringsfunktionen i reduktionsgearet på grund af en defekt ikke fungerede på det tidspunkt, hvor Lykke Hametner forsøgte at slå bak for at manøvrere til kaj
 - At det er godtgjort med de fremlagte skønsrapporter i sagen, at defekten i gearkassen var forårsaget af, at skæreringen, der skulle fastholde hydraulikrøret, var placeret for yderligt, og at udførelsen af samlingen derfor ikke var foretaget håndværksmæssigt korrekt
 - At Mekanord er ansvarlig for produktskaden, medmindre Mekanord kan godtgøre, at defekten ikke var til stede på det tidspunkt, hvor gearkassen blev bragt i omsætning af Mekanord
- Anbringender i forhold til installatøren:
 - For det tilfælde, at det måtte kunne godtgøres (af Mekanord), at den konstaterede defekt i gearkassen ikke var til stede på tidspunktet, hvor gearkassen blev bragt i omsætning, gøres det gældende, at det påhviler installatøren at dokumentere, at gearkassens hydraulikrør så ikke blev afmonteret – og dernæst genmonteret – i forbindelse med ombordløftningen/indsætningen af gearsystemet
- Anbringender i forhold til Lykke Hametner:
 - at Lykke Hametner efter sølovens § 161, jfr. § 151 er erstatningsansvarlig for at have påsejlet Libas, idet der ombord Lykke Hametner burde have været foretaget en fartreduktion i forbindelse med manøvren til havnen
 - at Lykke Hametner burde have foretaget en almindelig undersøgelse af gearkassen, efter at den var blevet installeret på skibet
 - at Lykke Hametner under alle omstændigheder er ansvarlig for den indtrådte skade, uanset om skaden ikke er forårsaget af Lykke Hametners egne fejl, men af fejl begået af Mekanord eller installatøren, idet Lykke Hametner også hæfter for fejl, der måtte være begået af disse sagsøgte, jf. sølovens § 151.

De øvrige anbringender kan læses i selve dommen og udelades af hensyn til deres volumen.

2.5.3.3 Byrettens afgørelse

Byretten lægger til grund, at gearet var defekt og finder ikke, at der var ansvarspådragende adfærd fra rederiets side, som derfor skal frifindes. Efter sølovens §§ 161 og 151 ifalder rederiet ikke ansvar.

Da Mekanord ikke har påvist omstændigheder, som indikerer, at der er udvist fejl eller forsømmelser fra Thyborøn Skibs & Motor, finder retten, at Mekanord er ansvarlig for det pågældende gearhavari, formegentlig her efter konstituering af ansvarsgrundlag efter de retspraksisudviklede regler om produktansvar. Mekanord er derved erstatningsansvarlig over for sagsøgerne.

Det kan ikke lægges til grund, at personalet hos Thyborøn Skibs & Motor har gjort sig skyldig i fejl eller forsømmelser i forbindelse med isætning og montage af den omhandlede gearkasse, men retten finder, at Thyborøn Skibs & Motor som erhvervsdrivende hæfter over for sagsøgerne for producentens ansvar for fabrikationsfejl (objektiv mellemhandlerhæftelse for produktansvar).

Som følge heraf tager retten sagsøgernes påstand til følge overfor sagsøgte Thyborøn Skibs & Motor A/S.

I det indbyrdes forhold mellem Mekanord A/S og Thyborøn Skibs & Motor A/S finder retten, at de almindelige betingelser Orgalime S 2000 **som udgangspunkt må anses som vedtaget** i retsforholdet mellem Mekanord og Thyborøn Skibs & Motor med henvisning til den omstændighed, at der mellem parterne har været en løbende samhandel, hvor Mekanord i de udstedte ordrebekræftelser efter de foreliggende oplysninger hver gang har henvist til »Orgalime S 2000«, uden at Thyborøn Skibs & Motor har fremsat indsigelse.

Til gengæld finder retten, at ansvarsreguleringsbestemmelsen ikke i tilstrækkelig grad af klarhed og udtrykkelighed er blevet fremhævet over for køber, særligt i lyset af, at bestemmelsen afskærer køber fra at gøre krav gældende, selv i den situation, hvor der er tale om skjulte fejl fra sælgers side.

Retten finder derfor, at mens Orgalime S 2000 er vedtaget mellem parterne, så er artikel 38 i Orgalime S 2000 (ansvarsreguleringsbestemmelsen) ikke vedtaget.

Som følge heraf frifindes installatøren for Mekanord's skadesløsholdelsespåstand, og Mekanord pålægges i stedet af skadesløsholde installatøren (formegentlig efter reglerne om produktansvar, men måske efter købeloven, det fremgår ikke).

2.5.3.4 *Landsrettens dom*

Appellanten Mekanord har gentaget sin frifindelsespåstand over for de skadelidte og gentaget sin friholdelsespåstand over for installatøren.

I relation til frifindelsespåstanden stadfæster landsretten, at Mekanord ifalder produktansvar.

I forholdet mellem Mekanord og installatøren tiltræder landsretten, at Orgalime S 2000 er vedtaget, under henvisning til den løbende samhandel og den måde, aftalerne blev indgået på.

Landsretten finder dog, at ansvarsreguleringsbestemmelsen i artikel 38 er en vidtrækkende ansvarsfraskrivelse, og under hensyn til den omstændighed, at (i) betingelserne ikke har været genstand for drøftelse, (ii) ansvarsfraskrivelsen ikke er fremhævet over for køber, (iii) betingelserne slet ikke er sendt til køber, men kan købes hos organisationen Orgalime, og at (iv) betingelserne ikke findes i en dansk oversættelse, tiltræder landsretten, at artikel 38 ikke er vedtaget mellem parterne, og at Mekanord derfor skal friholde installatøren.

2.5.3.5 *Kommentarer til dommen i lyset af Knock-klausuler*

Indledningsvist kan det fremhæves, ansvarsfraskrivelsen i Orgalime S 2000 indeholder en skadesløsholdelse for tredjepartskrav i lighed med Knock-klausulerne, og at denne skadesløsholdelse er en del af årsagen til, at landsretten finder ansvarsreguleringsbestemmelsen "vidtrækkende".

Det er nærliggende at anføre, at dommen er afsagt i en meget nærliggende industri for afhandlingens arbejdsområde, og at den er afsagt uden dissens. Overordnet set en, efter min opfattelse, meget relevant afgørelse i sammenhængen.

Retten gentager ræsonnementet omkring vedtagelsen af betingelser – at på grund af det længerevarende forhold samt den måde, aftalerne indgås på, så er betingelserne vedtaget. Det formodes, at det til en udstrækning kun gælder, fordi det er uden tvivl, at begge parter er erhvervsdrivende med "et ikke ubetydeligt forretningsforetagende".

Retten gentager i forhold til ræsonnementet i 1975-dommen, at selvom et sæt af betingelser er vedtaget, så kan enkelte dele tilsidesættes – eller i hvert fald anses ikke som vedtagne. Det fremstår tvivlsomt i min fortolkning af dommen, om det i virkeligheden er et spørgsmål om aftalers indgåelse, eller om aftalen anses for gyldigt indgået, og det er et spørgsmål om tilsidesættelse efter aftalelovens § 36 eller en anden tilsidesættelsesgrund.

Retten lægger tilsyneladende ikke vægt på den bagvedliggende natur af erstatningskravets opståen, ansvarsgrundlaget og den udviste skyld (i modsætning til 1993-dommen). Dette kan til dels skyldes, at ansvarsgrundlaget er objektivt efter reglerne om produktansvar. Det kan dog umuligt være uden betydning, i hvilken udstrækning ansvarsreguleringsbestemmelsen afskærer skadelidte fra at gøre krav for både grov uagtsomhed og forsæt, fordi retten netop udtaler i dommen, at en årsag til tilsidesættelse er, at bestemmelsen er "vidtgående".

I lighed med ansvarsbegrænsningen i 1975-dommen (hvor sælgers beføjelser var begrænset til afhjælpning, **medmindre** der var udvist grov uagtsomhed) gælder:

- i. at ansvarsfraskrivelsen i Orgalime S 2000 også kun gælder, når der ikke er handlet groft uagtsomt
- ii. at i det tilfælde, at der **ikke** er handlet groft uagtsomt fra sælgers side, så er køber helt afskåret fra at rejse krav for erstatning af skade forårsaget på løsøre
- iii. at køber kun bevarer sin køberetlige mangelsbeføjelse i afhjælpning

The Supplier shall not be liable for any damage to property caused by the Product after it has been delivered and whilst it is in the possession of the Purchaser. Nor shall the Supplier be liable for any damage to products manufactured by the Purchaser, or to products of which the Purchaser's form a part.

If the Supplier incurs liability towards any third party for such damage to property as described in the preceding paragraph, the Purchaser shall indemnify, defend and hold the Supplier harmless.

*The limitation of the Supplier's liability in the first paragraph of this Clause shall **not apply** where the Supplier has been guilty of gross negligence.*

I modsatning til ansvarsbegrænsningen i 1975-dommen er ansvarsfraskrivelsen i Orgalime S 2000 mere restriktiv, fordi den også indeholder skadesløsholdelsesbestemmelsen, at køber skal **friholde** sælger for tredjepartskrav.

Landsretten tilføjer til listen over holdepunkter, som enten kan tale for eller imod tilsidesættelse af en vidtgående ansvarsreguleringsbestemmelse, fire interessante punkter:

- (i) Om betingelserne har været genstand for drøftelse (ikke nødvendigvis gensidig koncipering eller forhandling, men alene, at parterne har drøftet klausulen og derved anerkendt dens eksistens)
- (ii) Om ansvarsfraskrivelsen er fremhævet over for modparten (svært at adskille fra punkt 1, men forskellen må ligge i, at punkt 1 kræver **dialog**, hvor punkt 2 alene kræver **monolog** fra partens side, selvom denne ikke bliver besvaret)
- (iii) Om betingelserne overhovedet er sendt til modparten
- (iv) Om betingelserne er oversat til det sprog, modparten driver forretning på, eller det sprog, som de øvrige aftaler er vedtaget med

Ud fra disse tilføjelser kan udledes en form for trappe (uafhængigt af alle andre parametre, som påvirker, om en bestemmelse kan tilsidesættes), som illustrerer de forskellige niveauer, bestemmelsen er blevet drøftet på.

1. Begge parter har haft indflydelse på formuleringen
2. Kun den ene part har formuleret bestemmelsen, men formuleringen eller konsekvensen er drøftet mellem parterne
3. Bestemmelsen er sendt til modparten, og modparten har accepteret den
4. Bestemmelsen er sendt til modparten, og modparten har slet ikke reageret på den
5. Bestemmelsen er slet ikke sendt til modparten

Jo højere tallet er, **des flere holdepunkter er der for tilsidesættelse af vidtgående fravigelser fra baggrundsretten.**

Hvorvidt betingelserne er oversat, er et separat parameter, som kan påvirke punkt 3, 4 og 5 i den retning, at det taler endnu mere for tilsidesættelse af bestemmelsen.

Det gælder fortsat (og der er tilsyneladende konsensus i domspraksis om), at en vidtgående ansvarsreguleringsbestemmelse kan tilsidesættes – i denne dom (i modsætning til f.eks. 1993-dommen) ikke under hensyn til den udviste skyld, men under hensyn til den manglende drøftelse af bestemmelsen.

Dommens præjudikatsværdi er præget af, at den er relativt ung. Hændelserne foregik i 2012, mens landsretsdommen blev afsagt i 2017.

2.5.4 U.2006.632H NSAB-dommen

En interessant bemærkning til den næste dom er, at det er ubestridt, at Nordisk Speditørforbunds Almindelige Bestemmelser (NSAB) finder anvendelse.

NSAB er et sæt betingelser udviklet efter drøftelser mellem transportører og transportkøbere, og de indeholder en ansvarsbegrænsning, som afskærer skadelidte fra at gøre krav gældende over for transportøren, medmindre skaden er forårsaget ved **forsæt**, dvs. at den afskærer fra krav opstået ved grov uagtsomhed.

Det er første dom som behandles i denne afhandling, hvor det er ubestridt, at betingelserne er vedtaget. Afgørelsen er grundigt begrundet, og dommen beskæftiger sig med spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at tilsidesætte ansvarsreguleringsklausulen efter aftalelovens § 36 under hensyn til graden af den udviste skyld.

2.5.4.1 Sagens faktiske omstændigheder og påstande

Dansk Computer Center A/S ("DCC") skal sende et antal solgte computere fra Jylland til Sjælland. Deres varer er forsikret hos The British and Foreign Marine Insurance Company Limited ("BFM").

Til at forestå transporten antager DCC firmaet DFDS Transport A/S ("DFDS") som transportfirma. I DFDS antages G.V. Robdrups Vognmandsforretning ApS ("vognmanden") til at udføre transporten.

Fredag d. 15. december 2000 afhenter vognmanden varerne hos DFDS' terminal i Risskov ved Århus sammen med en række andre varer, som også skal til Sjælland. Af ukendte årsager er det ikke muligt for vognmanden at komme med færgen samme aften, og vognmanden bestiller igennem DFDS billet med færgen søndag.

Fredag aften efterlader vognmanden traileren, som er en aflåst presenningstrailer, på en plads uden for DFDS' terminal ved Risskov. Han kører med trækkeren hjem til sin egen bopæl i Hinnerup.

Vognmanden kommer retur søndag d. 17. december 2000 for at afhente traileren med trækkeren, og konstaterer, at der er begået indbrud i traileren. Indbruddet politianmeldes.

Tabet opgøres af sagsøgerne, som er DCC og BFM, til 248.295 kroner.

Vognmandens ansvarsforsikringsselskab udbetaler til skadelidte en erstatning på 44.026 under henvisning til bestemmelsen i NSAB § 22, hvorefter speditørens erstatningsansvar er begrænset til 8,33 SDR pr. kg. Sagen vedrører således den resterende del af kravet på 205.347 kr. inkl. DCC's selvrisiko på 5.000 kr.

Sagsøgerne har nedlagt påstand om, at de sagsøgte, DFDS Transport A/S og G.V. Robdrups Vognmandsforretning ApS in solidum, subsidiært alternativt til The British and Foreign Marine Insurance Company Limited skal betale 200.347 kr. med procesrente fra den 23. september 2001 og til Dansk Computer Center A/S 5.000 kr. med procesrente fra samme dato.

Sagsøgte DFDS har nedlagt frifindelsespåstand over for sagsøgere og friholdelsespåstand over for vognmanden.

Vognmanden har nedlagt frifindelsespåstand over for sagsøgere og friholdelsespåstand over for DFDS.

2.5.4.2 Anbringender

Til støtte for deres sag har sagsøgerne anført:

- at der er udvist grov uagtsomhed med hensyn til transportens tilrettelæggelse og gennemførelse, og i et sådant tilfælde kan ansvarsbegrænsningen i NSAB § 22 ikke opretholdes, uanset at NSAB § 5 alene tilsidesætter reglerne om ansvarsbegrænsning m.v. i tilfælde af forsæt, jf. FED 2000.3017S
- at det er dansk rets almindelige regel, at klausuler om ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrænsning ikke kan anvendes i tilfælde af grov uagtsomhed, jf. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemmænd, 4. udgave, side 362 med henvisninger, herunder til UfR 1993.851H⁵⁹ og den ovennævnte dom i FED 2000.3017S
- at dansk rets almindelige regel om ansvarsfraskrivelse ved grov uagtsomhed henvises til Dansk Speditørforenings kommentar til NSAB 2000 § 5: »Grov uagtsomhed har traditionelt i de ufravigelige transportlove den konsekvens, at retten til ansvarsbegrænsning og andre bestemmelser, som indrømmer speditøren en fordel, fortabes«

Sagsøgte DFDS har til støtte for sin sag anført:

- at der efter bestemmelsen i NSAB 2000 § 5 kun er ansvar for forsætlige handlinger eller undladelser, jf. Per Ekelund NSAB med kommentarer, 1991, s. 95 f., og Dansk Speditørforenings kommentar til NSAB 2000 § 5: »Det fremgår ... ikke af NSAB, at retten til ansvarsbegrænsning fortabes ved grov uagtsomhed.«
- Der er efter de foreliggende oplysninger ikke udvist forsæt fra nogen side. Det må følge af dommen i UfR 2001.1511 H, at ansvarsbegrænsningsklausulen i NSAB 2000 skal opretholdes i det foreliggende tilfælde. Der er begået fejl, og det er erkendt, men fejlene er ikke udtryk for så grov uagtsomhed, at klausulen bør tilsidesættes, jf. herved U1999.1161 H
- Over for vognmanden gøres gældende, at fejlen, der førte til tabet, består i, at vognmandens chauffør henstillede presenningbilen uden opsyn på en ubevogtet plads i et industrikvarter. Et eventuelt ansvar må derfor i sidste ende bæres af vognmanden.

Sagsøgte Vognmanden har til støtte for sin sag anført:

- at hverken vognmanden eller nogen, vognmanden svarer for, har handlet forsætligt. Der er derfor ikke ansvar efter NSAB § 5
- at der ikke bør ske tilsidesættelse af NSAB i et tilfælde som det foreliggende. Der kan næppe opstilles en almindelig regel om tilsidesættelse af ansvarsfraskrivelsesklausuler i alle tilfælde af grov uagtsomhed, jf. Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse, 1957, side 47, og U 1971.81 H.
- Over for DFDS gøres gældende, at der ikke er udvist grov uagtsomhed fra vognmandens side

⁵⁹ Den første dom, som behandles i denne afhandling, hvor ansvarsfraskrivelse tilsidesættes under hensyn til den udviste skyld.

2.5.4.3 Søm- og Handelsrettens dom

I Søm- og Handelsrettens dom frifindes vognmanden, da det var uforsigtigt at hensætte traileren som sket, men det på det foreliggende grundlag ikke kan anses for en så grov uagtsomhed, at der kan pålægges ansvar.

Retten finder, at det må anses for en markant fejl ved tilrettelæggelsen og udførelsen af hvervet, at DFDS ikke gjorde den udførende vognmand bekendt med indholdet af tyverifarligt gods. Da fejlen i tilrettelæggelsen er sket på ledelsesniveau hos DFDS og ikke kun gælder Vognmanden, men alle vognmænd, som kører for DFDS, finder retten grund til at tilsidesætte ansvarsfraskrivelsen i NSAB til fordel for sagsøger med henvisning til grov uagtsomhed udvist på ledelsesniveau hos DFDS.

Retten begrundet blandt andet dette med, at ansvar for DFDS i tilfælde som det foreliggende ikke vil føre til, at forudberegneligheden i transportforhold forstyrres. Speditøren vil fortsat kunne begrænse ansvaret for almindelig, ukvalificeret uagtsomhed, og forsikringer kan tegnes ud fra dette.

2.5.4.4 Højesterets dom

I højesteret deltager fem dommere.

DFDS har gentaget sine påstande.

DFDS og vognmanden har heroverfor anført, at NSAB er et *agreed document*, der er blevet til ved forhandling mellem de nordiske interesseorganisationer for transportører og transportkøbere. Der må udvises endog meget betydelig tilbageholdenhed med at tilsidesætte enkelte aftalevilkår i et sådant regelsæt, der er udtryk for en samlet afvejning af de involverede interesser [herunder afvejning af mulighederne for forsikringsdækning, red.].

Højesteret lægger til grund, at det er ubestridt, at NSAB er vedtaget mellem parterne, og at det følger af NSAB, at ansvaret er begrænset, medmindre der er handlet forsætligt, jf. Højesterets dom gengivet i U 2005.2438 H. Det er desuden ubestridt, at de parter, som har forvoldt skaden, ikke har forvoldt den ved forsæt.

Spørgsmålet er herefter, om ansvarsbegrænsningen i § 22, jf. § 5 bør tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36 som et urimeligt kontraktvilkår. Højesteret lægger til grund, at NSAB 2000 er blevet til efter drøftelse mellem brancheorganisationer for transportører og transportkøbere. Ansvarsbegrænsningen i § 22, jf. § 5, indgår sammen med en række andre bestemmelser i disse standardvilkår, som må antages at hvile på en samlet afvejning, herunder af hensynet til forsikringsmulighederne. På denne baggrund finder Højesteret ikke grundlag for i medfør af aftalelovens § 36 at tilsidesætte ansvarsbegrænsningen i videre omfang end bestemt i § 5.

Højesteret frifinder derfor skadevolderne.

2.5.4.5 Kommentarer til dommen i lyset af Knock-klausuler

Som nævnt er denne dom karakteristisk, ved at den ikke beskæftiger sig med spørgsmålet om, hvorvidt de betingelser, som indeholder ansvarsreguleringsklausulen, er vedtaget. Der er i dommen slet ikke anført oplysninger om aftalernes indgåelse, ud over at det er almindeligt, at transport kan bestilles telefonisk og bekræftes per fax.

Det er dog anført, at DFDS som sælger og DCC som køber af transportydelser har haft et længerevarende forretningsforhold på i hvert fald et par år.

Dommen har derved alene som sit omdrejningspunkt og sit ratio decidendi, hvorvidt ansvarsbegrænsningen kan tilsidesættes efter henvisning til, om den ikke kan opretholdes under henvisning til graden af den udviste skyld (grov uagtsomhed) eller under henvisning til aftalelovens § 36 om rimelige kontraktvilkår.

Dommen tilføjer til vores analyse et nyt holdepunkt for at lade vidtgående (og til sammenligning mere vidtgående end 2017-dommen, fordi NSAB afskærer for krav pga. grov uagtsomhed, men også mindre restriktiv, fordi NSAB ikke indeholder skadesløsholdelse for tredjepartskrav) ansvarsreguleringsbestemmelser bestå, nemlig hvorvidt bestemmelsen er ét led i en samlet pakke af betingelser, som i sin helhed og på et mere overordnet plan er drøftet og vedtaget, ikke af parterne, **men af hele branchen**, med både repræsentation og køberes og sælgeres interesser.

Til sammenligning med Knock-klausuler, så gælder det ikke for Knock-klausulerne, at deres vilkår er generelt anerkendt af hele branchen. Hver Knock-klausul er som udgangspunkt konciperet af køberen og vil almindeligvis for aftaler af en vis størrelse være anført som bestemmelse i aftalegrundlaget (eksempelvis en Technical Services Agreement). Derfor kan holdepunktet heller ikke anvendes direkte for Knock-klausuler, at der er enighed omkring dem universelt i branchen, men kan tages med videre, at der kan være grund til at undlade at tilsidesætte en vidtgående ansvarsreguleringsbestemmelse, selvom der er udvist grov uagtsomhed.

Hvis Højesterets bemærkninger skal suppleres med bemærkninger fra Sø- og Handelsrettens afgørelse, er det nærliggende at bemærke, at én af de omstændigheder, som gør, at Sø- og Handelsrettens tilsidesætter ansvarsfraskrivelsen, er, at fejlen er begået af de overordnede hos DFDS, ikke af de underordnede. Dette hviler på, at det er retspraksis fra en norsk højesteretsdom i NRT 1994.626 vedrørende NSAB 75 § 25, at retten specifikt i relation til ansvarsfraskrivelsen i **NSAB** skal lægge vægt på, hvor højt oppe i hierarkiet en fejl er sket: det er mere undskyldeligt, at en underordnet begår en grov fejltagelse, end at der fra ledelsens side enten systematisk, eller på baggrund af en **kalkuleret risiko**, er truffet en groft uagtsom beslutning. Der kan ikke anvendes den overvejelse fra norsk retspraksis parallelt, men det er værd at tage med videre, at det måske kan spille en rolle, hvor i hierarkiet en fejl begås.

Højesterets dom rejser også spørgsmålet om, hvornår betingelser har natur af *agreed documents*. Det er tvivlsomt, om afhandlingen kan rumme at dykke yderligere og mere specifikt ned i generelle overvejelser om aftalers indgåelse og betingelsers for vedtagelse, andet end hvad der helt specifikt vedrører vedtagelsen af ansvarsreguleringsbestemmelser. For Knock-klausuler er det i øjeblikket almindeligt, at klausulerne er anført direkte i hovedaftalen, men det behøver det ikke være i fremtiden, mere herom i afsnit 3.3.6.

Det synes nærliggende i det juridiske spørgsmål at behandle både det tilfælde, at en Knock-klausul skrives direkte ind i aftalen, hvor parternes forpligtelser og rettigheder samt købesummen er anført, og det tilfælde, at en Knock-klausul står i et sæt betingelser, vedhæftet eller ej. For nuværende styrker dommen kraftigt formodningen om, at vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelser i *agreed documents* vil bestå på trods af graden af den udviste skyld.

2.6 Sammenfatning og konklusion

Delkonklusioner på tværs af de analytiske afsnit 2.2, 2.3, 2.4 og 2.5 samles her i en samlet juridisk besvarelse af problemformuleringen. Spørgsmålet om, hvorledes Knock-klausuler kan tilsidesættes, besvares overordnet set med samme opbygning som afsnit 2.2: med opdeling af argumenter i *vedtagelse*, *bortfortolkning* og *ugyldighed*.

2.6.1 Vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse

Efter domspraksis virker *vedtagelsesproblematikken* som en central faktor i relation til tilsidesættelse af vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår. Følgende argumenter taler for eller imod tilsidesættelse af en knock-klausul (og andre vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelser):

- i. Det taler for vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse, hvis en eller flere af parterne er en mindre virksomhed – eller i endnu højere grad hvis en eller flere af parterne handler uden for deres erhverv.

I dommen U.1975.339S fandt retten, begrundet i størrelsen af købers forretningsforetagende, at et sæt betingelser, som indeholdt en vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelse, var vedtaget. Det må formodes, at erhvervsdrivende parter, og især med et ikke ubetydeligt forretningsforetagende, er i stand til at kalkulere med den risiko, de påtager sig.

Det må formodes at være ualmindeligt for erhverv i olie- og gasindustrien (eller i skibsfartsindustrien og vindmølleindustrien, hvor Knock-klausuler lejlighedsvist også kan ses), at en part er en lille virksomhed, og især ualmindeligt, at en part er forbruger. Dette faktum må være genstand for en individuel vurdering fra sag til sag, men argumentet vil sandsynligvis sjældent gøre sig gældende i en konkret sag.

- ii. Det taler for vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse, hvis ansvarsreguleringsbestemmelsen ikke er fremhævet.

Der er uden tvivl niveauer af denne. I første (og sikreste) led kommer den situation, hvor begge parter har haft indflydelse på, hvordan bestemmelsen er formuleret. Et eksempel kan være, at olieplatformoperatør A sender et kontraktudkast til sin leverandør B. I stedet for at underskrive sender B kontrakten tilbage med rettelser til ansvarsreguleringsbestemmelsen. Der er intet her, der taler for tilsidesættelse, men jo længere ned ad trappen, jo højere risiko for tilsidesættelse:

1. Begge parter, har haft indflydelse på bestemmelsens ordlyd.
2. Kun den ene part har formuleret bestemmelsen, men formuleringen eller konsekvensen **er drøftet mellem parterne.**
3. Bestemmelsen er sendt og fremhævet til modparten, og modparten har eksplicit godkendt den.
4. Bestemmelsen er sendt uden fremhævelse til modparten i et større dokument, eller vedhæftet i et sæt separate betingelser, og modparten har godkendt den.
5. Bestemmelsen er anført i separate betingelser, som er sendt til modparten, og modparten har slet ikke reageret på den.
6. Bestemmelsen er anført i separate betingelser og er slet ikke sendt til modparten.

Som eksempel på den nederste situation er U.2017.2272V, hvor betingelserne Orgalime S 2000 slet ikke blev sendt til køber. På grund af punkt *i* om parternes funktion som erhvervsdrivende, og med henvisning til den løbende samhandel, fandt retten, at betingelserne var vedtaget, men at den vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelse *ikke* var vedtaget.

Det er nærliggende at bemærke i denne sammenhæng (uden grund til at gøre det til et selvstændigt punkt), at landsretten også lægger vægt på, at bestemmelsen ikke var oversat til købers forretningssprog.

Faktum må naturligvis være genstand for individuel vurdering – men det er ikke efter forfatterens opfattelse almindeligt, at Knock-klausuler 'gemmes væk' i vedhæftede betingelser, som ikke er fremhævet – det er vidtrækkende bestemmelser, som er skrevet direkte ind i hovedaftaler (tjenesteydelseskontrakter eller salgskontrakter), og hvor modparten almindeligvis er professionel nok til at forhandle bestemmelsen. Det kan dog ikke udelukkes, at enkelte olieplatformoperatører kan undlade at skrive bestemmelsen ind i en aftale, hvis de forhandler med en mindre leverandør, og argumentet består.

iii. Det taler for vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse, hvis bestemmelsen er særligt vidtrækkende, mens et af de ovenstående punkter samtidig gør sig gældende.

Der er mange niveauer af, hvor vidtrækkende en bestemmelse kan være. Når det gælder de kvantitative ansvarsreguleringsvilkår, må det antages, at jo lavere loftet er (formegentlig målt som en procentdel af købesummen), jo mere vidtrækkende er bestemmelsen.

Det samme gælder for ansvarsbegrænsninger, som ikke dækker tab af en bestemt art. Indirekte tab er en almindelig og ikke vidtrækkende ansvarsbegrænsning, men at undlade at dække direkte tab (såsom prisen for genetablering af et destrueret maskineri) vil være mere vidtrækkende.

Det samme gælder for begrænsning i erstatningen af hensyn til den udviste skyld. At afskære fra at gøre krav gældende for simpel uagtsomhed er mindre vidtrækkende end at afskære fra at gøre krav gældende for groft uagtsomme eller forsætlige handlinger.

Alene den omstændighed, at bestemmelsen er vidtrækkende, er der ingen holdepunkter for at antage kan medføre tilsidesættelse begrundet i *manglende vedtagelse*. Det kan være en skærpente omstændighed, at ansvarsreguleringsbestemmelsen er vidtrækkende, men hvis alle andre forhold taler for at lade bestemmelsen bestå, er dette punkt ikke i sig selv nok til at tilsidesætte bestemmelsen.

Knock-klausuler er vidtrækkende, og hvis de også afskærer fra ansvar for grov uagtsomhed og forsæt, så er de også *særligt* vidtrækkende, specielt med hensyn til deres skadesløsholdelsesbestemmelser. En leverandør kan sagtens risikere at blive ansvarlig for skade, som er sket hos hans underleverandør, hvor skaden skyldes ellers ansvarspådragende adfærd fra olieplatformoperatørens (ordregivers) side, fordi leverandøren ikke har sikret korrekte back-to-back-vilkår.

iv. Det taler **imod** vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse, hvis ansvarsreguleringsvilkåret er almindeligt i branchen, særligt hvis det er vedtaget af brancheorganisationer i modelkontrakter eller lignende, men det taler **for** vedtagelsesbegrundet tilsidesættelse, at vilkåret ikke er individuelt aftalt.

De individuelt aftalte ansvarsreguleringsvilkår står i modsætning til de kollektivt aftalte vilkår: Når vilkåret hverken står i hovedaftalen eller de af en part konciperede betingelser, men står i et sæt betingelser, som er konciperet af branchen, eller som er konciperet af tredjemand og bruges almindeligt i branchen. Disse må alt andet lige under hensyntagen til de allerede nævnte punkter være mere udsat for tilsidesættelsesrisiko.

Knock-klausuler anvendes ikke umiddelbart i branchestandarder, i mangel af kontraktstandardisering på området. Hvis det alligevel skulle være tilfældet en dag, så gør dette punkt sig tilsvarende gældende for knock-klausuler. Dette skal forstås således, at hvis Knock-systemet vedtages i *agreed documents* som er tilfældet for NSAB, eller i modelkontrakter eller modelklausuler som vedtages på brancheniveau, så reduceres tilsidesættelsesrisikoen betydeligt.

Her henvises til udfaldet af U.2006.632H, hvor Højesteret lader et vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår bestå og begrundet beslutningen med, at (1) NSAB 2000 er blevet til efter drøftelse mellem brancheorganisationer for transportører og transportkøbere, og (2) Ansvarsbegrænsningen [...] indgår

sammen med en række andre bestemmelser i disse standardvilkår, som må antages at hvile på en samlet afvejning, herunder af hensynet til forsikringsmulighederne.

Det samme må antages at gøre sig gældende for det professionelle miljø, som Knock-klausuler almindeligvis vedtages i, hvis retsfaktum senere ændrer sig, således at vilkåret forhandles ind i en fælles standard.

Heraf konkluderes det også, at den betydelige risikonedsettelse som opstår ved, at Knock-systemet vedtages i kollektivt i *agreed documents* overstiger den risikoforøgelse som står ved, at vedtagelsen *ikke* er sket på det individuelle plan.

2.6.2 Bortfortolkningsbegrundet tilsidesættelse

Hvis bestemmelsens ordlyd skal være genstand for fortolkning, fordi bestemmelsen ikke er præciseret i en tilstrækkelig grad, så åbner det en adgang til at angribe bestemmelsen på et bortfortolkningsgrundlag. I et tilsvarende format som ovenfor, så taler følgende argumenter for eller imod tilsidesættelse af en Knock-klausul eller anden vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelse under anvendelse af reglerne om aftalefortolkning:

- v. Vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår fortolkes som udgangspunkt indskrænkende, herunder når der er tale om atypiske vilkår eller en markant fravigelse fra baggrundsretten.^{60 61}

Det grundlæggende aftaleretlige udgangspunkt må være, at der er en ikke ubetydelig aftalefrihed jf. aftalelovens § 1, DL 5-1-1 og DL 5-1-2, men at når det kommer til bestemmelser, som via en markant fravigelse af baggrundsretten afskærer en part fra at gøre krav gældende, eller pålægger en part ansvar for tab, som parten normalt ikke ville være pålagt ansvar for, så er de underlagt indskrænkende fortolkning i det aftaleretlige fortolkningsparadigme, jf. den almindelige aftaleretlige fortolkningslære og almene aftaleretlige hensyn.

Det er allerede konstateret, at Knock-klausuler generelt må anses som vidtrækkende både på grund af deres skadesløsholdelselementer, og især hvis de afskærer skadelidte fra retten til at gøre krav gældende på baggrund af grov uagtsomhed eller forsæt, og de må derfor være underlagt indskrænkende fortolkning.

Se også dommen U.2005.2438H, hvor Sø- og Handelsretten fortolker stik mod NSAB's ordlyd, men hvor Højesteret tager NSAB's ordlyd til følge i sin afgørelse.

- vi. Koncipisten bør tage sine forholdsregler, for at undgå at koncipistreglen forstærker en eksisterende formodning om tilsidesættelse.

De bortfortolkningsbegrundende argumenter kan lejlighedsvist virke 'vage' – i kontrast til dem står koncipistreglen som en til sammenligning ganske klar regel, som endda er nedfældet i aftalelovens § 38b for så vidt angår forbrugerforhold.

I sammenhæng med den indskrænkende fortolkning jf. punkt vi bør koncipisten tage sine forholdsregler, for at undgå at koncipistreglen forstærker en eksisterende effekt, som ultimativt fører til en tilsidesættelse.

Forholdsregler kan inkludere, enten (i) at begge parter påvirker formuleringen for at undgå, at koncipistreglen finder anvendelse, eller (ii) at koncipisten formulerer bestemmelsen så præcist som muligt, uden plads til fortolkning.

⁶⁰ (Lookofsky & Andersen, 2010) side 404

⁶¹ (Andersen M. B., Grundlæggende Aftaleret, 2008) afsnit 7.5

- vii. Den retspraksisudviklede retsfigur nærmest til at bære risikoen kan mindst finde anvendelse på de forudsætninger, som de vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår er baseret på jf. U.1975.339S. *Nærmest til at bære risikoen* (som normalt finder anvendelse på tværs af koncipistreglen, AFTL § 36 og forudsætningslæren)⁶² kan i hvert fald, når det drejer sig om ansvarsreguleringsvilkår, finde anvendelse i samspil med forudsætningslæren jf. U.1975.339S og (Østergaard & Madsen, 2017).

2.6.3 Ugyldighedsbegrundet tilsidesættelse

- viii. Det kan ikke udelukkes, at helt særlige hensyn kan føre til anvendelsen af AFTL § 36 på vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår, men det synes tvivlsomt.

Der foreligger sager, hvor en part har forsøgt at påberåbe sig aftalelovens § 36 for at tilsidesætte en vidtrækkende ansvarsfraskrivelse, men i relation til afhandlingens genstand (større professionelle erhvervsdrivende) er retspraksis, at bestemmelserne ikke tilsidesættes på grund af ugyldighed, jf. U.2006.632H og U.2006.87H.

Forfatteren kan kun i begrænset omfang forestille sig situationer, hvor et knock-for-knock-system kan tilsidesættes via aftalelovens § 36, hvis ansvarsfraskrivelsen og skadesløsholdelsesklausulen i forening medfører en situation, hvor en tredjepart ikke kan få dækning på grund af den ene kontraktparts insolvens, men kan ikke forestille sig en situation, hvor den (efter Knock-klausulen) ansvarlige parts ansvarsforsikringselskab nægter at dække. Skulle situationen opstå på grund af en uheldig kombination af forsikringsretlige problemer og kontraktpartens insolvens kan det virke nærliggende, at retten vil søge at få kompenseret tredjemand ved at finde en vag adgang til at tilsidesætte bestemmelsen, og her er navnlig bortfortolkningsbegrundelsen og/eller aftalelovens § 36 gode kandidater.

Der er ingen holdepunkter for at antage, at aftalelovens § 36 kan finde direkte anvendelse på en Knock-klausul, som er indgået mellem store og professionelle erhvervsdrivende, navnlig under den formodning, at årsagen til, at Knock-systemet er vedtaget, er under samme hensyn til dem, som NSAB er vedtaget under, nemlig bl.a. forsikringsmæssige hensyn, og et samlet hensyn til den af begge parter kalkulerede risiko.

Ligeledes gør følgende sig gældende over for aftalelovens § 36 stk. 2's del om efterfølgende omstændigheder:

- ix. Den retspraksisudviklede forudsætningslære kan kun i begrænset omfang finde sin almindelige anvendelse på Knock-klausuler og i samspil med retsfiguren nærmest til at bære risikoen, da modargumentet om kalkuleret risiko er betydeligt.⁶³

Som det fremgår af både litteratur og domspraksis er argumentet om kalkuleret risiko det stærkeste modargument mod de almindelige argumenter for Knock-klausulers ugyldighed, når parterne er professionelle i den grad, de almindeligvis er, når de anvender Knock-systemet.

Hvor forudsætningslæren starter, og læren om kalkuleret risiko slutter, er, når en bristet forudsætning medfører, at den *oprindelige kalkule* ikke længere holder, jf. U.1975.339S, hvor en ansvarsfraskrivelse blev tilsidesat, fordi en forudsætning om at afhjælpe ville lykkes bristede, og sælger var *nærmest til at bære ansvaret* herfor.

Hvis *ugyldighed* i det hele taget skal gøres gældende, skal det derfor være ved at *vende modargumentet* om kalkuleret risiko til i stedet at være et argument for tilsidesættelse gennem en bristet forudsætning, eller andre efterfølgende omstændigheder.

⁶² (Østergaard & Madsen, 2017)

⁶³ (Andersen L. L., Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol, 2018) side 251 ff.

- x. Der er ingen holdepunkter for, at vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår, som ikke er udsat for argumenter for vedtagelsesbegrundet eller bortfortolkningsbegrundet tilsidesættelse, kan tilsidesættes under ugyldighedsbegrebet under hensyn til den udviste skyld.

Den omstændighed, at en part har udvist grov uagtsomhed, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at medføre ugyldighedsbegrundet tilsidesættelse af en vidtrækkende ansvarsreguleringsbestemmelse, se U.1993.851H, hvor skyldgraden og vedtagelsesspørgsmålet forstærker hinanden, og hvor Højesteret finder, at skadevolder har handlet på "så uforsvarlig måde", at skadevolder er "afskåret fra at påberåbe sig ansvarsbegrænsning".

Havde ansvarsbegrænsningen været tilstrækkeligt fremhævet og vedtaget, er det meget tvivlsomt, at den ville være tilsidesat i denne sag, og så havde resultatet formentlig været som U.2006.632H, hvor der var udvist grov uagtsomhed, men hvor det var ubestridt, at NSAB var vedtaget, og derfor var den udviste skyld ikke i sig selv tilstrækkelig til at medføre tilsidesættelse.

Dette punkt gælder **med undtagelse af** forsæt, hvor der hverken er domspraksis eller andre holdepunkter for at konkludere, om sådan en klausul vil tilsidesættes eller ej. Den delvise tilsidesættelse i aftalelovens § 36 vil kunne bruges således, at en ansvarsreguleringsbestemmelse, som afskærer skadelidte fra at gøre krav gældende for skadevolders forsætlige handlinger, kan modificeres således, at den i stedet kun fraskriver alle grader af uagtsomhed og ikke forsæt. Men dette kræver, at der er udvist forsæt fra skadevolders side – noget som ingen domme hidtil behandler, og hvor det kan forestilles, at retten vil sætte grænsen, når der er tale om direkte forsæt og sandsynlighedsforsæt, men muligvis ikke ved dolus eventualis.

Afsluttende bemærkninger

Har juristerne sørget for at dække sig grundigt ind, er det tvivlsomt, at Knock-systemet kan tilsidesættes på nogen anden måde, end hvis en forudsætning, som er central for den kalkulerede risiko, brister. Dette illustreres af på den ene side U.2006.632H og på den anden side U.1975.339S.

For at aftalen kan indgås med så lav risiko for tilsidesættelse som muligt, kan parterne i aftaleindgåelsen handle i overensstemmelse med punkt i til x ovenfor. Hvis det er professionelle parter med ikke ubetydelige forretningsforetagender, vil aftalen være lovligt indgået med meget lav risiko for tilsidesættelse. Det er samtidig tvivlsomt, at en part, som ønsker at træde tilbage fra Knock-systemet, vil kunne gøre det – parten vil være bundet af aftalen.

Den juridiske analyse vil slutte her med et citat fra Palle Bo Madsen fra værket:

U.2018B.131 Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold:

Noget kan tyde på, at de retlige spørgsmål om henholdsvis vedtagelse, fortolkning og ugyldighed alle bare opfattes som redskaber for den juridiske teknik, som domstolene benytter for at undgå urimelige vilkår, og at det afhænger af situationen, om det ene eller det andet eller det tredje redskab fungerer bedst, eller om funktionerne ganske pragmatisk bygges sammen som en slags »tre-i-en«.

Kapitel 3 — Økonomisk analyse

3.1 Indledende overvejelser

Det er svært at tale om Knock-klausuler fra et økonomisk perspektiv uden at tale om deres praktiske anvendelse. Fundamentet for en økonomisk analyse af bestemmelsen må efter forfatterens opfattelse være den konkrete anvendelse, som Knock-klausulerne har.

Hertil er det belejligt, at der foreligger en relativt nylig artikel, (Lando & Mortensen, 2016), hvor 89 medlemmer af IACCM har besvaret spørgsmål om deres anvendelse af knock-for-knock-systemet. Blandt de adspurgte bruger 88,6% Knock-systemet i olie- og gasindustrien. Besvarelsene, som de fremgår og er fortolket af artiklen, vil indgå som et centralt led i analysen.

Artiklen gentager de essentielle økonomiske overvejelser, som enhver skal gøre, ved anvendelsen af Knock-systemet:

- Forsikringsomkostninger – foreligger der en forsikringsmæssig besparelse i det forhold, at samme ting ikke skal forsikres flere gange?
- Transaktionsomkostninger i forhandlingsprocessen – kan parterne nemmere og hurtigere forhandle kontrakter, når Knock-systemet er standard?
- Tvistløsningsomkostninger – er det billigere at løse tvister under Knock-systemet end uden Knock-systemet?
- Incitamenteffekter – påvirker Knock-systemet parternes incitament til at begrænse hinandens tab, når de ikke er ansvarlige for dem?

Det vil være uden for afhandlingens rækkevidde at afdække alle disse i dybden. Af denne årsag vælges ét område: tvistløsningsomkostninger.

Som det retsøkonomiske grundlag opstilles forskellige løsninger og potentielle retssystemer, og analysen vil sammenligne, hvilke af disse som vil føre til det Kaldor-Hicks-optimale⁶⁴ resultat fra et samfundsperspektiv om samlet omkostningsminimering og profitmaksimering.⁶⁵

⁶⁴ (Eide & Stavang, 2008) side 110

⁶⁵ Flere eksempler på, hvordan Knock-klausuler kan allokere ansvar forskelligt (også efter skadens type) kan findes i (Egbochue, 2013)

3.2 Tvistløsningsomkostningerne

Hensynet til reduktion af tvistløsningsomkostninger er et klassisk argument for anvendelse af Knock-klausuler og stammer fra dengang, Knock-klausulerne blev indført under anden verdenskrig ”med henblik på at undgå dyre og langvarige tvister om ansvarsplacering og tabsopgørelse”.⁶⁶

1. Hensynet synes simpelt: hvis der på forhånd er aftalt fordeling af ansvar, er det ikke nødvendigt at løse tvisten ved domstolene eller gennem voldgift. Det kan enten forekomme ved, at parterne i det hele taget *ikke er uenige* om allokeringen af risikoen, og at tvisten af den årsag slet ikke opstår, eller i tilfælde af en større tvist, at parterne og tvistløsningsorganet kan undlade at behandle spørgsmålet om skyld og ansvar, og i stedet kun behøver behandle andre spørgsmål.
2. Ved nærmere eftertanke kan det udledes, at Knock-klausuler potentielt kan have endnu en fordel i relation til tvistløsning: i det omfang, retten har til hensigt at lade Knock-klausulen bestå rent juridisk, kan den omstændighed, at parterne på forhånd har allokaret ansvaret, give retten mulighed for at placere bevisbyrden på den part, som med lavest sandsynlighed vil forsøge at bære den.⁶⁷
3. En tredje fordel er opnåelsen af højere *relationsrente*^{68 69} (eller bevarelsen af samme) parterne imellem, fordi kortere behandlingstid i tvistløsningsprocesser medfører en mindre grad af fortæring af forholdet.
4. En fjerde overvejelse, som kan have en modsatrettet effekt, er, om anvendelsen af Knock-klausuler introducerer et nyt og utilsigtet risikoelement – hvis Knock-klausulen i sidste ende tilsidesættes af et tvistløsningsorgan, har koncipisterne mistet **både** den investering, som er *sunket*⁷⁰ i at indgå aftalen om risikoallokering, og også den kalkulerede fordel⁷¹ ved anvendelsen af Knock-klausulen.

Alene den omstændighed, at domspraksis ikke formår at give en komplet sikkerhed for, at disse ansvarsreguleringsvilkår kan anvendes uden risiko for tilsidesættelse, er en økonomisk omkostning i et *cost of risk*-perspektiv – en omkostning, som risikerer at underminere de økonomiske fordele, som foreligger ved anvendelsen af Knock-systemet.

Det må i den sammenhæng være et relevant spørgsmål, om det er muligt at *reducere* risikoen for tilsidesættelse yderligere igennem retsøkonomiske tiltag.

I den forbindelse opstår et supplerende spørgsmål: går en potentiel gevinst tabt i forskellen mellem den nuværende retstilling, hvor anvendelse af en Knock-klausul er behæftet med en grad af retlig usikkerhed, og en tilstand, hvor det forestilles, at anvendelsen af Knock-klausuler var sat i system og var direkte reguleret i en form for ’lov om ansvarsreguleringsbestemmelser’, hvor anvendelsen af systemet ikke ville være behæftet med usikkerhed? Det er klart, at der er omkostninger forbundet med at indføre en sådan lovgivning, men kan de omkostninger opvejes af, at Knock-klausuler kan anvendes med større sikkerhed, med reduktion af risikoomkostningerne?⁷²

⁶⁶ (Klingberg-Jensen & Christensen, 2014) afsnit 2.2

⁶⁷ Efter teorien om samfundsoptimal allokering af bevisbyrden i tvister jf. (Hay & Spier, 1997)

⁶⁸ (Tvarnø & Østergaard, 2018) side 13

⁶⁹ (Petersen & Østergaard, 2018) side 267

⁷⁰ Som anvendt af (Frank, Microeconomics and behavior, 2008) på side 242 ff.

⁷¹ (Lando & Mortensen, 2016) og besvarelsenerne af det spørgeskema, som ligger til grund herfor

⁷² (Jensen, Ponsaing, & Thrane, 2012)

Denne overvejelse rejser yderligere et udfordrende spørgsmål: Er der nogen holdepunkter for at antage, at lovgiver er bedre klædt på til at regulere Knock-systemet end domstolene?

Der synes at være en række direkte fordele ved lovgivningsprocessen. En af fordelene er høringsprocessen, som er en del af Folketingets lovgivningsproces. Den offentlige høring giver de erhvervsdrivende, som loven vil ramme, mulighed for at komme med input og kommentarer til loven, inden den færdigbehandles af Folketinget. Som et tidsaktuelt eksempel på en sådan er lovforslaget ”L 149 Forslag til lov om ændring af lov om forbrugslånsvirksomheder, lov om markedsføring og lov om finansiel virksomhed”, der blev fremsat 26-03-2020, som i skrivende stund har modtaget over 100 siders høringssvar, blandt andet fra relevante brancheorganisationer og andre interessenter.

Hvis formålet er, at parterne kan finde større sikkerhed i anvendelse af Knock-systemet, så er der ikke umiddelbart noget til hinder for, at parterne indirekte deltager i udarbejdelsen af paradigmet.

Noget, som taler for at lade domstolene varetage opgaven om at regulere Knock-systemet, er domstolenes evne til at vurdere hver sag fuldstændig individuelt, med mulighed for at regulere for tredjepartshensyn. Men selv med et lovreguleret Knock-system vil der stadig være tvister til domstolenes regulering.

Domstolene har historisk set varetaget opgaven i den forstand, at Knock-systemet har været uden direkte regulering og derfor været styret af domspraksis. Som den juridiske del har udledt, så er der ikke fuldkommen ensartethed i tilladelsen af vidtrækkende ansvarsreguleringsvilkår i domspraksis.

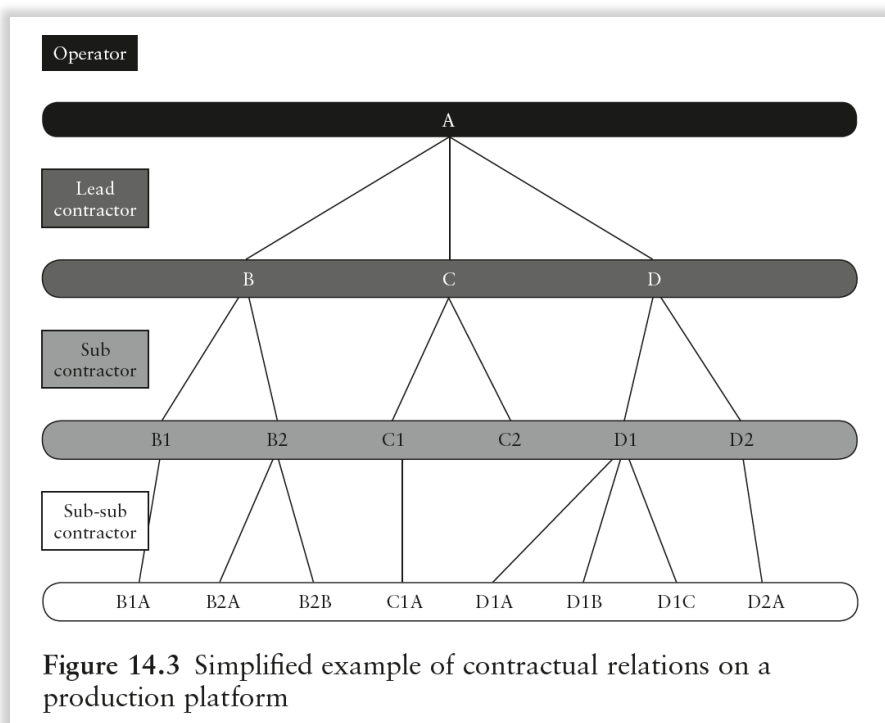
Mens et parameter for at tillade brugen af Knock-systemet er hensynet til størrelsen af de forretningsforetagender, som indgår dem, så er det relevant at huske, at olieplatformoperatøren opererer i et netværk af leverandører, og hver leverandør har sine egne underleverandører, som leverandøren er forpligtet til at aftale back-to-back-vilkår med. Længere nede i leverandørkæden kan forekomme mindre virksomheder, som ikke i samme omfang har til vane at anvende Knock-systemet, og som måske ikke har sikret rette forsikringsmæssige foranstaltninger, og i det tilfælde er det ikke sikkert, hvordan retten vil reagere. Det samme gælder tredjepartshensyn.

Det er netop denne usikkerhed, som er årsagen til, at det er relevant at undersøge, hvorvidt en mindre usikker tilstand er mere optimal.

3.3 En model over fordelene i mere sikker tvistløsning

Det må i første omgang lægges til grund, at det at føre retssager eller voldgiftssager er en bekostelig aktivitet.⁷³ Det er derfor ikke uvæsentligt at forsøge at reducere omkostninger i forbindelse hermed. Det må nævnes, at ikke alle juridiske fagområder er behæftet med samme volumen af retlige tvister. Usikkerheden i retsstillingen vedrørende ansvarsreguleringsbestemmelser (i mangel på direkte regulering) må øge risikoen for tvister inden for området i forhold til andre retsområder.

Til formålet opstilles en model. Perspektivet er retsøkonomisk, det vil sige et samfundsperspektiv. Central for modellen er olieplatformoperatøren, som opererer i et system svarende til dem, som er brugt af (Gordon, Paterson, & Usenmez, 2010), hvorfra figuren også er lånt:



Figur 2 lånt fra (Gordon, Paterson & Usenmez, 2010), og som illustrerer olieplatformoperatørens leverandørnetværk

Operatøren har indgået aftaler med en række underleverandører, og i modellen betragtes disse som værende symmetriske og homogene, alle leverandører er ens – en simplificering.

Tvistmæssigt opstilles det, at operatøren i hvert leverandørforhold kan komme ud for en af følgende situationer eller tilstande:

- Ingen skade og ingen tvist
- Skade, men ingen tvist, da begge parter accepterer ansvarsfordeling efter Knock-systemet
- Skade og tvist

Disse udgør 100 % af alle potentielle udfald, eller det samlede spilteoretiske *sample space*.⁷⁴

⁷³ (Hodges, Vogenauer, & Tulibacka, 2009)

⁷⁴ (Dutta, 1999) side 421

Operatørens payoff for transaktionen med leverandøren er lig summen af operatørens payoff i hvert enkelt udfald, og operatørens samlede payoff er lig med summen af payoffs i alle leverandørtransaktioner:

$$\frac{\pi_T^O}{n} = (p \cdot \pi_{U1}^O) + (q \cdot \pi_{U2}^O) + ((1-p-q) \cdot \pi_{U3}^O) \quad \text{og} \quad \pi_T^O = n \cdot \pi^O$$

hvor $\frac{\pi_T^O}{n}$ er operatørens payoff i samarbejdet med en bestemt leverandør,

de tre næste er operatørens payoff i hvert udfald,

p , q og $(1-p-q)$ er sandsynlighederne for hvert udfald, og

n er det samlede antal leverandører – og i et samfundsperspektiv, det samlede antal samarbejder i hele jurisdiktionen mellem operatører og leverandører.

I et givent udfald har operatøren et payoff. Payoff'et er summen af alle operatørens profitter og omkostninger.

- G. I forbindelse hermed gøres følgende antagelse: En skades indtræden medfører ikke, at arbejdet afbrydes, medmindre skaden fører til en tvist. Dette betyder, at i de første to udfald har operatøren den almindelige profit ved samarbejdet. I det sidste udfald (tvist) formodes det, at samarbejdet mellem operatøren og leverandøren afbrydes, når skaden sker. Og i mangel på holdepunkter for andet må det formodes, at skaden indtræder med sandsynligheden fordelt ligeligt og homogent over hele aftaleperioden. Derfor er operatørens profit i tilfælde af tvist lig med halvdelen af den almindelige profit. Profitten kaldes G for 'gains of cooperation'.
- T. Tvistløsningsomkostningerne kaldes i denne sammenhæng T , og i dette afsnit 3.3 omfatter T både sagsomkostninger til tvistløsning samt omkostningerne, som udspringer af forværring af relationen mellem operatøren og leverandøren.
- S. Når skaden indtræder, så bærer operatøren en skade S_V , som i denne sammenhæng må være udgjort af en sandsynlighedsvægtet gennemsnitsbetragtning af, hvor ofte operatøren får sin skade dækket i tilfælde af en tvist.⁷⁵ I det tilfælde, at Knock-systemet finder sin regulære anvendelse, er skaden blot S . Det er ikke til at sige, om S_V er større eller mindre end S . Hvis S er operatørens egen skade, er det ikke til at komme nærmere, om S_V er udgjort af, at operatøren betaler sin egen skade plus betaler en del af et krav fra en leverandør, eller om det er operatøren, som rejser et krav imod en leverandør – det er i tvistens natur uforudsigeligt.

Heraf kan opstilles følgende:

$$\pi_{U1}^O = G \quad \& \quad \pi_{U2}^O = G - S \quad \& \quad \pi_{U3}^O = \frac{G}{2} - S_V - T$$

Ved substitution til formelen for operatørens payoff i samarbejdet med en bestemt leverandør:

$$\frac{\pi_T^O}{n} = (p \cdot G) + (q \cdot (G - S)) + \left((1-p-q) \cdot \left(\frac{G}{2} - S_V - T \right) \right)$$

Til den retsøkonomiske analyse er det relevant at vide, ikke kun hvad der er payoff for én part, men hvad der er det samlede payoff efter Kaldor-Hicks-kriteriet. I den sammenhæng antages det, at gevinsten G ved

⁷⁵ De to underliggende udfald (i) operatøren får sin skade dækket vs. (ii) operatøren får ikke sin skade dækket, behandles ikke i dybden af hensyn til afhandlingens omfang.

samarbejdet er ligeligt delt mellem de to parter, så den samlede profit ved samarbejdet er $2G$, og med antagelsen om lige forhandlingsstyrke parterne imellem er hver parts profit stadig G .

Tilsvarende er S uændret, men S_v er ændret til at være lig S . I det samfundsmæssige perspektiv er erstatningen en nulsum, den ene parts erstatningskrav mod den anden er den anden parts tab. Derfor har det ingen relevans for den retsøkonomiske analyse at måle direkte pengegevinster og pengetab parterne imellem, ud fra en fælles omkostningsminimeringsbetragtning.

Ligesom gevinsten G blev til $2G$ bliver T til $2T$: når begge parter observeres, må det lægges til grund, at begge parter tvistløsningsomkostningerne er dobbelt så store som én parts tvistløsningsomkostninger.⁷⁶

Heraf udledes følgende udsagn:

$$\frac{\pi_T^{O+L}}{n} = (p \cdot 2G) + (q \cdot (2G - S)) + ((1 - p - q) \cdot (G - 2T - S))$$

3.3.1 Lovgivning

Fra et retsøkonomisk perspektiv kan modellen udbygges. Modellen beregner, hvad operatørens payoff er i samarbejdet med en bestemt leverandør og under den forudsætning, at der kan være tvister, hvor en eller flere af parterne ikke accepterer Knock-systemets fordeling af risiko, og derfor forsøger at få skyldsspørgsmålet bragt op af et tvistløsningsorgan (retterne eller voldgift). Dette er under forudsætning af den nuværende retsstilling, hvor Knock-systemet er ureguleret, og hvor anvendelsen af Knock-systemet er behæftet med en vis usikkerhed.

Denne tilstand kan udsættes for en retsøkonomisk sammenligning med følgende model: en 'lov om ansvarsregulering' vedtages af Folketinget og medfører, at ansvarsregulering er lovreguleret. Loven beskriver som en af flere forskellige modeller, at parterne kan tilvælge Knock-systemet. Konsekvensen er, at parter, som har tilvalgt Knock-systemet, og som har vedtaget i deres hovedaftale, at Knock-systemet tilvælges, næppe kan bestride ansvarsfordelingen efterfølgende.

Forslaget medfører større sikkerhed i anvendelsen af Knock-systemet, og på nuværende tidspunkt er der ikke taget stilling til, om reguleringen skærer en grænse ved grov uagtsomhed eller forsæt.

Forslaget regulerer ikke mængden af skader. Dette efterlader sandsynligheden p uændret. I det omfang der sker en skade, medfører loven dog, at størrelsen af sandsynligheden q bliver højere, og sandsynligheden $(1 - p - q)$ bliver tilsvarende mindre.

Størrelsen af ændringen Δq afhænger af, i hvilken grad lovgiver er grundig i sin regulering. Halvhjertet regulering fører til flere huller, mens en større indsats på regulering fører til bedre implementering, men er også dyrere i lovgivningsprocessen.

- L. Omkostningen til regulering er L , og den omfatter hele samfundets totale omkostning, inkl. lovgivers omkostninger og brancheforeningers omkostning til at afgive høringsvar m.m.

Δq følger L med en positiv hældning, som ikke er lineær, og som ikke skærer Y-aksen i origo. Begrundelserne er følgende: inden der sker nogen form for reduktion i risikoen for tvister, skal der først foreligge en ikke

⁷⁶ Tvister med flere end 2 parter tages der ikke højde for i modellen.

ubetydelig investering i lovgivningsprocessen. Selv den mest simple lovgivning (uden høring eller andet) formodes at have en vis minimumsomkostning.

Efter minimumsinvesteringen kan der ske yderligere investering. De muligheder, der foreligger, formodes at være blandede imellem alle punkter af skalaerne *indflydelse lav til høj* og *omkostning lav til høj* og alle kombinationer heraf. Dette medfører, at investeringer i at gøre loven bedre, så der er lavere sandsynlighed for tvister, følger *loven om faldende marginal nytte*⁷⁷.

Det kan derfor udledes og simplificeres, at der findes en retsøkonomisk ligevægt, som er Kaldor-Hicks-efficient, og hvor risikoen for tvister ikke er 0. Ligevægten findes, når den marginale lovgivningsomkostning overstiger den marginale gevinst af tvistrisikoreduktionen:

$$\Delta q(L)$$

Mens det af åbenlyse årsager ikke er muligt at komme direkte nærmere, hvad der er ligevægten mellem investering i lovgivning og afkastet i form af reduktion af risiko ved anvendelse af bestemmelserne, så er det muligt at opstille betingelsen for, at investeringen er værdig:

$$\Delta q(L) \cdot (2G - S) - \Delta q(L) \cdot (G - 2T - S) > L$$

eller simplificeret:

$$\Delta q(L)G + 2\Delta q(L)T > L$$

Hvis fordelene i, at parterne bevarer relationen og fortsætter samarbejdet (G), samt at parterne hver især sparer omkostningerne til tvister, overstiger omkostningerne til etablering (og vedligehold/regulering) af lovgivningen, så kan den betale sig.

⁷⁷ (Frank, Microeconomics and behavior, 2008) side 268

3.3.2 Et eksempel på modellens anvendelse

En olieplatformoperatør opererer én olieplatform med 25 leverandører.

Operatørens gennemsnitlige profit på tværs af alle sine leverandørsamarbejder er DKK 2.500.000 årligt. Under antagelsen om lige forhandlingsstyrke er den samlede profit for alle leverandørerne DKK 62.500.000 årligt. Den samlede profit G er derfor 125.000.000 DKK årligt.

Til enhver tid er der $1 - p - q$ sandsynlighed for, at der indtræder en skade, som fører til en tvist. De samlede tvistløsningsomkostninger for alle parter i hele den omfattede industri, for tvister som omhandler risikoallokering, udgør samlet DKK 20.000.000, svarende til fem tvister mellem to parter, hvor hver part har en tvistomkostning på 2.000.000 DKK.

Der er to operatører i jurisdiktionen med hver én platform og 25 leverandører.

Lovgivningsindsatsen reducerer risikoen for tvister med 5 %, dvs. Δq er 5 %.

Betingelsen for, at det er en Kaldor-Hicks-forbedring at investere i lovgivningen, er:

$$\begin{aligned}\Delta q(L)G + 2\Delta q(L)T &> L \\ 0.05 \cdot 250.000.000 + 2 \cdot 0.05 \cdot 20.000.000 &> L \\ 13.500.000 &> L\end{aligned}$$

Dette betyder, at hvis alle de samlede omkostninger i forbindelse med at etablere lovgivning, som reducerer risikoen for tvister med 5%, ikke overstiger 13.500.000 DKK årligt, så kan det betale sig fra et retsøkonomisk samfundsmæssigt perspektiv at investere i lovgivningen i det pågældende eksempel.

Der er ikke taget højde for de finansieringsmæssige aspekter såsom nutidsværdier af fremtidige cash-flow. Modellen tager heller ikke højde for eksternaliteter.

3.3.3 Relationelle gevinster ved hurtigere tvistløsning

Som nævnt ovenfor er de relationelle tab fordelt på T og G , hvoraf G indeholder tabet af, at samarbejdet ophører i forhold til den opgave, hvor tvisten er opstået, og T indeholder tabet af, at parternes langvarige relation svækkes.

Det sidste hører til teorien om *relationsrente*: at parterne opnår overnormal profit i kontraktrelationen gennem anvendelse af komplementære ressourcer.⁷⁸ Knock-systemet kan i sin helhed opfattes som et led i en strategisk kontraheringsindsats, hvor parterne udnytter den brede aftalefrihed til at vedtage et system, som kan styrke deres relation og føre til højere relationsrente. I (Tvarnø & Østergaard, 2018) er det anført, *”hvad der i et økonomisk perspektiv kan medvirke til at skabe relationsrente, kan være begrænset af juridiske årsager”*, en situation, som måske gør sig gældende i den nuværende retstilstand om vidtrækkende ansvarsregulering.

Disse tvistløsningsøkonomiske overvejelser passer ind i transaktionsomkostningsteoriens⁷⁹ K 'er om ex-post-transaktionsomkostninger: kontrol, kontraktjustering og kommunikation. De relevante i sammenhæng med casen er kontrol og kommunikation, hvor kontrolomkostningen indeholder omkostninger til prøvelse hos det valgte tvistløsningsorgan, og hvor kommunikationsomkostningen omfatter forpligtelsen til at udveksle strategisk information med henblik på at fremme relationsrenten.⁸⁰

I lyset af disse overvejelser fremstår det tydeligere, hvad der er på spil i relation til at reducere tvistløsningsomkostningen T gennem reduktion af Δq .

I komplekse kontrakter kan der være begrundet mistanke om, at tvistløsning tidsmæssigt kan trække ud. Dette gælder især tekniske ulykker. Som eksempel herpå kan nævnes U.2016.1244H, hvor Højesteret afsiger dom d. 30. december 2015, og hvor skaden er indtrådt den 14. februar 2005 (dvs. 10 år og 10 dages behandlingstid).

Sådanne tvister kan formodes at tære på relationen deraf og relationsrenten – blandt andet ved, at parterne kan miste incitamentet til at dele strategiske oplysninger i tvistløsningsprocessen. Når en betingelse for, at parterne kan opnå relationsrente er udvekslingen af strategisk information⁸¹, så kan det udledes, at tvister ved tvistløsningsorganer, som i deres natur giver parterne incitament til at vedligeholde asymmetriske informationsforhold af hensyn til bevisførelsen, skader erhvervelse og vedligeholdelsen af relationsrente.

Tabet i relationsrente er naturligvis betinget af, at der har været skabt en relationel gevinst, som kan gå tabt igen. Dette er bestemt ikke urealistisk i branchen, særligt i lyset af, at branchen er præget af relativt få spillere i forhold til andre brancher (*partner scarcity*, (Dyer & Singh, 1998)).

⁷⁸ (Tvarnø & Østergaard, 2018)

⁷⁹ (Williamson, Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 1979) og (Williamson, Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, 1991)

⁸⁰ (Tvarnø & Østergaard, 2018) side 14

⁸¹ (Dyer & Singh, 1998) table 1 og figure 1

3.3.4 Incitamentet til at anvende Knock-systemet

Det er nærliggende at bemærke, at alene det forhold, at Knock-systemet kan anvendes med reduceret risiko for tilsidesættelse, kan være en fordel, som modellen ikke tager direkte højde for. Under den almindelige antagelse om risikoaversion⁸² går der givetvis en potentiel gevinst tabt i det forhold, at Knock-systemet kan blive fravalgt på grund af usikkerhed om dets gyldighed.

I det nævnte spørgeskema fra (Lando & Mortensen, 2016) svarer deltagerne således om ulemperne ved Knock-systemet:

- a) 15 % svarer "the clause is hard to explain" med henvisning til, at det kan være svært at få underleverandørerne til at acceptere Knock-systemet,
- b) 10 % svarer "high negotiation cost" med henvisning til samme argument,
- c) 7 % svarer "complexity and uncertainty", hvoraf to svarer "poor definitions",
- d) 4 % svarer "the clause is not recognized in all jurisdictions", og
- e) kun 88,6 % svarer, at de bruger Knock-systemet.

Dette rejser spørgsmålet, om ikke en potentiel gevinst går tabt i disse ulemper, og om lovlig (eller anden) systematisering af Knock-systemet kan optimere processen.

Det styrker argumentet for, at det kan betale sig at undersøge emnet, hvis en systematisering af Knock-systemet gennem enten dansk lovgivning, fælles europæisk lovgivning eller et tredje systematiseringsværktøj kan medvirke til, at:

- Systemet er nemmere at forklare og forstå for mindre leverandører eller for leverandører, som ikke normalt befærder sig i olie- og gasindustrien.
- Systemet kan reducere forhandlingsomkostningerne som følge af dette.
- Systemet kan reducere den opfattede kompleksitet.

3.3.5 Domsstolsstyring som alternativ til regulering

Som nævnt er direkte lovgivning ikke det eneste system, som kan reducere usikkerheden i virksomheders anvendelse af Knock-systemet.

Domstolene varetager i øjeblikket opgaven, men som nævnt er der ikke fuldstændig lineær sammenhæng i domspraksis, og dertil kan komme, at Knock-klausulerne indgås af virksomheder af forskellige størrelser ned igennem leverandørhierarkiet.

Domstolenes (eller de øvrige tvistløsningsorganers) evne til at reducere tvistløsningsomkostningerne er imidlertid ikke begrænset til ex-ante-betragtningen om forventningen for, at de lader bestemmelserne bestå. Efter tvistens opståen har tvistløsningsorganer en værktøjskasse til at sikre samfundsoptimal tvistløsning: (Hay & Spier, 1997) beskriver et sådant værktøj i form af efficient pålægning af bevisbyrden.

Modellen, som (Hay & Spier, 1997) fremsætter, er blandt andet betinget af, at civilprocesretten bygger på det såkaldte "adversary system" – en kombination af det, som vi i den danske retspleje kender som forhandlingsprincippet og dispositionsprincippet.⁸³ Den danske civilprocesretlige model lever derved op til den betingelse, som teorien i (Hay & Spier, 1997) bygger på.

⁸² (Frank, Microeconomics and behavior, 2008) side 246

⁸³ (Bang-Pedersen, Christensen, & Petersen, 2017)

Den omstændighed, at domstolene har en værktøjskasse til at reducere tvistløsningsomkostninger, medfører naturligvis, at tvistløsningsomkostningerne T måske er mindre end først antaget.

Imidlertid kan man dog bemærke, at det ene ikke udelukker det andet. Det forhold, at lovgiver indfører regulering af vidtrækkende ansvarsregulering, udelukker ikke, at domstolene kan regulere de resterende tvister. Dette er naturligvis baseret på en formodning om, at regulering vil reducere antallet af tvister, men ikke eliminere tvister fuldstændigt. Formodningen er baseret på, at der også i dansk ret er eksempler på, at tvister opstår inden for regulerede områder.

Det må dog også formodes, at de tvister, som måtte opstå, vil give domstolene mindre råderum til at træffe afgørelser, når området er lovreguleret. Dette kan medføre, at domstolenes evne til at regulere området svækkes, og kan styrke argumentet om, at 'det ene udelukker det andet' – at regulering udelukker domstolsstyret regulering.

Det er svært at nå et endegyldigt resultat uden at vide henholdsvis (1) i hvor høj grad lovgivning ville reducere risikoomkostningen, (2) hvor stor lovgivningsomkostningen ville være og (3) den eksisterende tvistløsningsomkostning, samt hvordan den måles op over for lovgivningsinitiativet.

Den rene domstolsstyrede model løser heller ikke de to største indsigelser og ulemper, som spørgeskemabesvarelsene havde til Knock-systemet, nemlig the "clause is hard to explain" og "high negotiation cost", selv hvis retspraksis var så ensartet, at den eliminerede ulempen "complexity and uncertainty".

3.3.6 Kollektive 'agreed documents' som alternativ til regulering

I afsnit 3.3.1 nævnes som en fordel for direkte regulering, at interessenter kan have indflydelse på formatet af reguleringen igennem høringsprocessen. Her kan både brancheorganisationerne, som repræsenterer kontraktparternes offentligretlige og politiske interesser, samt parterne selv påvirke eller *forsøge* at påvirke lovgivningsprocessen og det regulerede Knock-system.

Samtidig nævnes det i den juridiske analyse i både afsnit 2.2.3.3 og 2.5.4.5, at vedtagelsen og anvendelsen af kollektive *agreed documents* bevirker en betydelig sikkerhed i, at ansvarsreguleringsbestemmelsen ikke tilsidesættes efter skadens indtræden.

Set i lyset af disse to omstændigheder er det nærliggende at overveje, om ikke det er muligt at bevare *hele* fordelene af lovgivningen (via lavere risiko for tilsidesættelse og fordelene i Δq) og samtidig spare en del af lovgivningsomkostningen L .

Udarbejdelsen af modelkontrakter eller modelklausuler på området er noget, som kan formodes at ville have tilsvarende effekt, og som bestemt ikke er nyt.

Som eksempler herpå kan nævnes, at det schweiziske International Trade Centre (ITC) har udarbejdet en række modelkontrakter til internationale forhold, såsom modelkontrakter til "International Corporate Joint Venture", "International Commercial Sale of Goods", "International Long-Term Supply of Goods", "International Supply of Services" og mange flere.

Lignende forhold gør sig gældende for International Chamber of Commerce (ICC), som også har udviklet en række modelkontrakter til brug i forskellige sammenhænge. Det samme gælder International Association of Privacy Professionals (IAPP) og IACCM.

NSAB er udviklet af Nordisk Speditørforbund (NSF), og i Danmark har vi tilsvarende brancheorganisationen Olie Gas Danmark, som kunne forestå den lokale version af modelklausuler eller modelkontrakter.

3.3.6.1 Betingelsen for, at udarbejdelsen af et kollektivt 'agreed document' er mere efficient end direkte regulering

I afsnit 3.3.1 er det gennem modellen udledt, at følgende er betingelsen for, at regulering er mere efficient end ingen regulering:

$$\Delta q(L)G + 2\Delta q(L)T > L$$

Tilsvarende kan det udledes, at udarbejdelsen af et kollektivt *agreed document* er mere efficient end lovgivning, hvis

$$L > C_{AG}$$

hvor C_{AG} er omkostningen forbundet med etablering af et kollektivt *agreed document* (læs 'cost of agreed document'), og hvor gevinsten af Δq som funktion af C_{AG} ikke er mindre, end den var i $\Delta q(L)$.

Det er svært at forestille sig en situation, hvor det fra et Kaldor-Hicks-perspektiv fører til flere samlede omkostninger at lade virksomhederne selv varetage opgaven i udarbejdelsen af systemet, end hvis det offentlige forestod opgaven.

En fejlkilde kunne være, hvis udarbejdelsen af kollektive *agreed documents* ikke havde samme effekt på Δq , som hvis der i stedet var sket direkte regulering. Til den bekymring må dog nævnes, at der ikke i juridisk sammenhæng er nogen holdepunkter for at antage, at *agreed documents* vil føre til større

tilsidesættelsesrisiko, end risikoen for at lovgiver afgrænser anvendelsen af Knock-systemet i den direkte regulering. Det er udledt i den juridiske del, at anvendelsen af kollektivt indgåede *agreed documents* er behæftet med meget lav risiko for tilsidesættelse.

Til samme overvejelse kan nævnes, at i transaktionsomkostningsøkonomisk sammenhæng er komplekse kontrakter i deres natur ufuldstændige⁸⁴ af hensyn til deres usikkerhed. På samme måde, som det ikke er muligt eller optimalt at indgå en perfekt kontrakt, som tager højde for hver eneste begivenhed, som kan indtræde *ex-post*, er det tilsvarende heller ikke hverken muligt (Williamson, Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 1979) eller efficient at forsøge at formulere hverken lovgivning eller *agreed documents* i form af fælles vilkår, modelkontrakter eller modelklausuler på en fuldstændig måde.

3.3.7 Fejlkilder

I en situation som den nuværende, hvor det tilsyneladende udledes, at en gevinst går tabt på grund af et manglende kollektivt *agreed document* – en situation som må sidestilles med en økonomisk *market failure*⁸⁵ – så må det være lige så relevant at overveje, *hvorfor* markedet ikke opfører sig efter modellen.

Bud på årsager kan findes i analog anvendelse af den økonomiske litteratur om tvistløsning i olie- og gasindustrien.

(Alramahi, 2011) om tvistløsning i industrien antyder, at domstolsbehandling muligvis ikke er den optimale tvistløsningsmodel – en påstand, som bygger på, dels at parterne ved domstolsprøvelse ikke kan styre domstolens tidshorisont, og dels at sagernes internationale natur kan være uegnet til national domstolsprøvelse. En undtagelse, lyder det, er i forbindelse med mindre sager, hvor tid ikke er lige så vigtig en faktor. Artiklen antyder, at parterne kan være bedst tjent ved voldgift, og at voldgiftsprøvelse derfor er foretrukket i branchen. Tilsvarende ræsonnement bruges i (Beeley & Stockley, 2019).

Dette kan være forklaringen på, hvorfor der ikke foreligger retspraksis om Knock-systemet i Danmark, og kan også være forklaringen på manglende kollektivt *agreed document*, regulering eller modelkontrakter. Hvis parterne forventer, at deres voldgiftsdommere vil lade Knock-systemet bestå, så er Δq (og derved gevinsten ved reduceret risiko for tilsidesættelse) tilsvarende mindre.

I det tilfælde vil de danske domstole alligevel kun behandle en lille mængde sager på området, nemlig dem, hvor både køber og sælger er danske, og hvor der ikke er aftalt voldgift. I det tilfælde vil betingelsen for, at lovgivning eller et andet system er en god investering⁸⁶, ganske retvisende afsløre, at L overstiger fordelene.

I forhold til de relationelle gevinster nævnt i afsnit 3.3.3, så er tvistløsningstiden kritisk, og af den grund synes det relevant at vælge voldgiftsbehandling frem for behandling ved domstolene.

⁸⁴ (Yates, 1998)

⁸⁵ (Ledyard, 2008)

⁸⁶ $\Delta q(L)G + 2\Delta q(L)T > L$

3.4 Økonomisk konklusion

Den økonomiske analyse har beskæftiget sig med en række spørgsmål, som udspringer af Knock-klausulernes fordele i relation til tvistløsningsomkostninger. En af de anførte fordele med Knock-systemet er mere smidig tvistløsning.

I den sammenhæng har den økonomiske analyse ved hjælp af relativt nylige spørgeskemabesvarelser fra forhandlere i olie- og gasindustrien undersøgt forholdet nærmere.

Den økonomiske analyse har undersøgt, hvorvidt tvistløsning kan gøres endnu mere effektiv ved hjælp af etablering af et fælles system for genkendelse af Knock-systemer. Begrundelsen er, at den juridiske analyse kommer frem til, at det ikke universelt kan konkluderes, at Knock-systemet er uden risiko for tilsidesættelse, samt at besvarelserne anfører, at de største ulemper ved brug af Knock-systemet er, at det er svært at forklare.

Analysen sammenligner tre modeller:

- Domstolene varetager regulering af Knock-systemet.
- Lovgiver varetager regulering af Knock-systemet med input fra aktørerne.
- Aktørerne vedtager kollektivt *agreed documents*.

Analysen konkluderer, at fordelene ved, at domstolene alene varetager opgaven, er, at domstolene kan tage stilling til hver sag på individuel basis med minimering af tvistløsningsomkostningerne på sagsniveau jf. (Hay & Spier, 1997). Ulempen ved samme er, at det ikke løser de største indsigelser og ulemper, som spørgeskemabesvarelserne havde til Knock-systemet.

Analysen konkluderer, at det er optimalt at lade lovgiver varetage regulering af Knock-systemet gennem direkte regulering med input fra aktørerne på markedet, hvis følgende betingelser er opfyldt:

$$\Delta q(L)G + 2\Delta q(L)T > L$$

Som nævneværdige fordele anførtes (i) bedre adgang til at bevare den overnormale profit, som relationen mellem aktørerne kan skabe, når tvistløsningsprocessen er hurtigere, (ii) bedre muligheder for at forklare mindre aktører, hvordan klausulen fungerer, og (iii) at lavere risiko for tilsidesættelse af Knock-klausuler giver flere aktører incitament til at bruge dem.

Som alternativ anbefales, at parterne selv kollektivt vedtager en række *agreed documents*, eksempelvis enten almindelige betingelser for salg af varer og tjenesteydelser i branchen, eller modelkontrakter herfor, eller modelklausuler for Knock-klausuler. Disse er behæftet med meget lav risiko for retlig tilsidesættelse og må samtidig formodes at have lavere omkostninger end direkte lovgivning samt større geografisk rækkevidde.

Analysen anerkender, at ingen af ovenstående initiativer har fundet vej ind i branchen endnu, og anfører som primær fejlkilde til analysen, at parterne i branchen i meget høj grad vælger at lade deres tvister undergå voldgiftsbehandlingen i stedet for domstolsprøvelse.

Denne løsning har tilsyneladende en lang række af de samme fordele, men har en væsentligt hurtigere behandlingstid, når en tvist endelig opstår.

Kapitel 4 — Formalia

4.1 Litteraturoversigt

- Alramahi, M. (2011). Dispute Resolution in Oil and Gas Contracts. *International Energy Law Review*, Issue 3 7885.
- Andersen, L. L. (2018). *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. Ex Tuto Publishing.
- Andersen, L. L., & Madsen, P. B. (2017). *Aftaler og mellemænd*. Karnov Group Denmark A/S.
- Andersen, M. B. (2008). *Grundlæggende Aftaleret*. Gjellerup.
- Andersen, M. B. (2013). *Grundlæggende aftaleret*. Gjellerup.
- Andersen, M. B. (2019). *Praktisk aftaleret*. Gjellerup.
- Baker, S. A. (2015). Contract's Role in Relational Contract. *Virginia Law and Economics Research Paper No. 2014-01; Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2014-04*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2374109> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2374109>.
- Bang-Pedersen, U. R., Christensen, L. H., & Petersen, C. S. (2017). *Den civile retspleje*. Pejus.
- Beeley, M., & Stockley, S. (2019). *The Guide to Energy Arbitrations*. Global Arbitration Review.
- Dutta, P. K. (1999). *Strategies and Games*. MIT Press.
- Dyer, J., & Singh, H. (1998). The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage. *Academy of Management Review*(23), 660-679.
- Egbochue, C. (2013). Reviewing 'knock for knock' indemnities following the Macondo Well blowout. *Construction Law International (Volume 7 Issue 4)*, 7- 14.
- Eide, E., & Stavang, E. (2008). *Rettsøkonomi*. Cappelen Akademisk Forlag.
- Frank, R. H. (2008). *Microeconomics and behavior*. McGraw-Hill Irwin.
- Frank, R. H. (2010). *Microeconomics and Behavior*. McGraw Hill Higher Education.
- Gordon, G., Paterson, J., & Usenmez, E. (2010). *Oil and Gas Law : Current Practice and Emerging Trends*. Dundee University Press Ltd.
- Hansen, O., & Ulfbeck, V. (2014). *Lærebog i Aftaleret*. DJØF Forlag.
- Hay, B. L., & Spier, K. E. (1997). Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective. *26 J. Legal Stud.* 413.
- Hodges, C., Vogenauer, S., & Tulibacka, M. (2009). *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*. CH Beck - Hart.
- Isager, H., & Eyben, B. (2015). *Lærebog i erstatningsret*. Djøf Forlag.

- Jensen, J. L., Ponsaing, C. D., & Thrane, S. (2012). Risk, resources and structures: Experimental evidence of a new cost of risk component – The structural risk component and implications for enterprise risk management. *Management*, 14(2), 152-175.
- Klingberg-Jensen, K., & Christensen, N. K. (2014). Knock-for-knock" klausuler under dansk ret (ET.2014.273). *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*.
- Lando, H., & Mortensen, J. K. (2016). *When Should Knock-for-Knock Clauss Be Valid?* Ex Tuto Publishing.
- Ledyard, J. O. (2008). *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan.
- Lookofsky, J., & Andersen, M. B. (2010). *Lærebog i erstatningsret 1*. Karnov Group Denmark A/S.
- Lookofsky, J., & Andersen, M. B. (2015). *Lærebog i obligationsret 1*. Karnov Group Denmark A/S.
- Madsen, P. B. (2018). Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold (U.2018B.131). *Ugeskrift for Retsvæsen*.
- Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2014). *Retskilder og retsteorier*. Djøf Forlag.
- Olesen, K. N., & Lilja, T. M. (2016). *Domsanalyse*. Samfundslitteratur.
- Østergaard, K., & Madsen, C. F. (2017). Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten: En overset obligationsretlig grundsætning. *Juristen*.
- Petersen, B., & Østergaard, K. (2018). Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 33 Issue 3, 265 - 276.
- Posner, R. A. (2004). The Law and Economics of Contract Interpretation. *Texas Law Review* 1581.
- Tvarnø, C. D., & Østergaard, K. (2018). Relationelle aftaler i et markedspektiv. *Law Department, CBS, Workingpaper*.
- Williamson, O. E. (1979). Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *The Journal of Law and Economics*, 22(2), 233-261.
- Williamson, O. E. (1991). Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly*, 36(2), 269-296.
- Yates, D. J. (1998). *Conflict and Disputes in the Development Process: A Transaction Cost Economics Perspective*. The University of Hong Kong.

4.2 Domsoversigt

Nummer	Parter	Karnov's resumé
U.1993.851H	A/S Salicath's Express Co. mod Tibro Invest ApS under konkurs	Ansvarsbegrænsning tilsidesat på grund af særlig uforsvarlig optræden.
U.1975.339S	Frederikshavn Værft & Tørdok A/S mod Monsun Hydraulik A/S	Klausul om afhjælpning af fejl indebar ansvarsfraskrivelse, men dækkede ikke misligholdt afhjælpning og rådgivningsfejl.
U.2017.2272V	Ejendomsselskabet Sandholm 7 ApS (tidligere Mekanord 2009 A/S) mod Havtrygd Gjensidige Forsikring og Libas A/S og Thyborøn Skibs & Motor A/S	Vidtrækkende ansvarsfraskrivelse i salgs- og leveringsbetingelser fra leverandør af gear til skibe kunne ikke anses for vedtaget ved leverance af mangelfuldt gear til skibsreparatører, selv om parterne havde haft et fast og længerevarende samhandelsforhold.
U.2006.632H	DFDS Transport A/S mod 1) The British and Foreign Marine Insurance Company Limited 2) Dansk Computer Center A/S 3) G.V. Robdrups Vognmandsforretning ApS (adv. Michael Grønbech, Kbh.) og 1) The British and Foreign Marine Insurance Company Limited 2) Dansk Computer Center A/S) mod G.V. Robdrups Vognmandsforretning ApS	Ansvarsbegrænsning ikke tilsidesat efter aftalelovens § 36.
U.2006.2052H	Lisbjerg Exportgartneri I/S mod Gartnernes Fællesindkøb A.m.b.a. og Gartnernes Fællesindkøb A.m.b.a. mod Klarsø & Co. ApS og Klarsø & Co. ApS mod Allied Colloids Ltd.	Ansvarsfraskrivelse vedrørende mellemhandlerhæftelsen for producentens produktansvar. Sagsomkostninger ved adcitation.
U.1999.255H	Preussag Handel GmbH mod S.C.S. Holding A/S under konkurs og S.C.S. Holding A/S under konkurs mod Århus Kommune, Magistratens 5. afdeling, Århus Kommunale Værker	Produktansvar i komponenttilfælde (»medierør« i fjernvarmeledning). Hæftelsesansvar. Lovvalg. Passivitet.
U.2006.87H	Thy Champignon A/S mod Plannja A/S	Materialer til et væksthuse var behæftet med væsentlige mangler. Erstatningsbegrænsning ikke tilsidesat efter aftalelovens § 36.
U.2005.2438H	DFDS Transport Air & Sea Holding A/S (tidligere DSV Samson Transport A/S) mod A/S Deres Design (adv. Steen Klein, Kbh.) og Dorthe Transport ved Dorthe Jensen under konkurs og A/S Deres Design mod DFDS Transport Air & Sea	Fragtføreres erstatningsansvar for tyveri af gods begrænset efter NSAB 85, da der ikke forelå forsæt.

	Holding A/S (tidligere DSV Samson Transort A/S)	
<i>FED.2004.2412V</i>	AMC-SCHOU A/S mod Maersk Logistics Danmark A/S	Det fandtes godtgjort, at NSAB 85 som et "agreed document" var vedtaget af speditør og firmaet A trods uoverensstemmelse mellem de eksemplarer af aftalen, som parterne havde fremlagt. A's krav var forældet efter reglerne i NSAB § 29.
<i>U.1995.856/2H</i>	Mammen & Drescher A/S Århus mod Reck & Krose Assekuranz GmbH og Neuchatel Swiss Insurance Company Limited og sag I 66/1993 Forsikringsselskabet Codan A/S, Forsikringsselskabet Kgl. Brand A/S, Forsakringsaktiebolaget Skandia og Basler Versicherungs-Gesellschaft mod Mammen & Drescher A/S Århus	Oplagringsfirma ikke erstatningsansvarlig for ødelæggelse af oplagrede varer ved brand.
<i>U.2001.1511H</i>	FrontLine Shipping og Spedition A/S under konkurs mod Rynkeby Foods A/S	Erstatningskrav i anledning af fejludlevering og bortkomst af gods forældet efter NSAB § 29.
<i>U.2004.2421H</i>	Arkitekt Erik Schaadt mod 1) Ejendomsforeningen Tietgensgade 62/Reventlowsgade 32 v/ Anders Hansen 2) O.S. Administration v/Ove Stilhoff Larsen	Voldgiftsbehandling ikke aftalt med tilstrækkelig klarhed.
<i>U.2016.1244H</i>	Banedanmark mod Codan Forsikring A/S, DSB og F	Ligedeling af erstatningsansvar for tab i forbindelse med S-togskollision.
<i>U.2004.2894H</i>	Intercargo Coldstores Holding A/S, Intercargo Coldstores A/S og Stig Nielsen mod Transport Administration A/S under konkurs (tidligere Intercargo Danmark A/S), Intercargo Scandinavia A/S og Knud Jørgensen	Bod på 350.000 kr. for overtrædelse af konkurrenceklausul.
<i>U.1964.806H</i>	Hotelforpagter Niels Johansen mod Foreningen af Ansvarsforsikringsselskaber	Hotelkarls kørselsuheld under uretmæssig kørsel med hotelgæsts bil. Bilens kasko-, men ej dens ansvarsforsikring tillagt regres mod arbejdsgiveren.

4.3 Bilag

- 4.3.1 Bilag 1) Eksempel på Knock-klausul
- 4.3.2 Bilag 2) Uddrag fra U.1993.851H
- 4.3.3 Bilag 3) Ansvarsfraskrivelsen i betingelserne i U.1975.339S

4.3.1 Bilag 1) Eksempel på Knock-klausul

10. RELEASE AND INDEMNITY. For the purpose of the indemnity provisions set forth in this Agreement, CONTRACTOR Group shall be defined to mean, individually and collectively, CONTRACTOR, its Affiliates, owners, agents, subcontractors and the directors, officers, personnel, and invitees of all of them. COMPANY Group shall be defined to mean, individually and collectively COMPANY, its Joint Venturers, Affiliates, owners, contractors, and agents which are involved in or have an interest in the Project, or facility which is the object of the Work, and the directors, officers, personnel, and invitees of all of them, other than the parties included in the CONTRACTOR Group.

10.1 CONTRACTOR Indemnification. CONTRACTOR agrees to protect, defend, indemnify, hold harmless, and release COMPANY Group from and against any and all claims, demands, causes of action, damages and costs, including attorney's fees and court costs, for personal injury, illness or death of any member of CONTRACTOR Group, or loss of or damage to property of any member of CONTRACTOR Group, directly or indirectly arising out of the Services performed hereunder, including ingress and egress loading and unloading, and presence on any platform, aircraft, vessel, or other premises owned, leased, chartered, or rented by COMPANY Group or CONTRACTOR Group, whether or not caused in whole or in part by the sole or concurrent negligence, strict liability, unseaworthiness, or other fault or pre-existing condition of COMPANY Group.

10.2 COMPANY Indemnification. COMPANY agrees to protect, defend, indemnify, hold harmless, and release CONTRACTOR Group from and against any and all claims, demands, causes of action, damages and costs, including attorney's fees and court costs, for personal injury, illness or death of any member of COMPANY Group, or loss of or damage to property of any member of COMPANY Group, directly or indirectly arising out of the services performed hereunder, including ingress and egress loading and unloading, and presence on any platform, aircraft, vessel, or other premises owned, leased, chartered, or rented by COMPANY Group or CONTRACTOR Group, whether or not caused in whole or in part by the sole or concurrent negligence, strict liability, unseaworthiness, or other fault or pre-existing condition of CONTRACTOR Group.

10.3 Third Party Claims. CONTRACTOR shall protect, defend, indemnify, hold harmless, and release COMPANY Group from and against any and all claims, demands, causes of action, damages and costs, including attorneys' fees and court costs, for personal injury, illness or death, or loss of or damage to property (other than damage caused by pollution, liability for which is covered in the preceding sub-Article 9.3) incurred by third parties (parties other than those included in CONTRACTOR Group and COMPANY Group), to the extent such personal injury, illness or death, or death, or loss of or damage to property is caused by the fault or negligence of CONTRACTOR Group, directly or indirectly arising out of the Work hereunder.

The COMPANY shall protect, defend, indemnify, hold harmless, and release CONTRACTOR Group from and against any and all claims, demands, causes of action, damages and costs, including attorneys' fees and court costs, for personal injury, illness or death, or loss of or damage to property (other than damage caused by pollution, liability for which is covered in the preceding sub-Article 9.3) incurred by third parties (persons other than those included in CONTRACTOR Group or COMPANY Group), to the extent such personal injury, illness or death, or death, or loss of or damage to property is caused by the fault or negligence of COMPANY Group, directly or indirectly arising out of the Work hereunder.

Each party agrees to promptly notify the other party of any claim that arises for which it may seek indemnification.

10.4 Company's Other Contractors. The indemnities given by CONTRACTOR in favor of COMPANY's other contractors will only be enforceable by those other contractors and their respective group members if and to the extent that, prior to the event giving rise to a claim under the indemnity, the other contractor has provided an enforceable indemnity which operates in favor of CONTRACTOR's Group in substantially the same manner as the indemnities provided by CONTRACTOR operate in favor of COMPANY's other contractors ("reciprocal indemnities"). A COMPANY contractor that has not provided reciprocal indemnities in favor of CONTRACTOR is not entitled to the benefit of the indemnities provided by CONTRACTOR under this Article 10. COMPANY shall use all reasonable commercial means to ensure in its respective contracts with other contractors that the indemnities contained in such contracts in favor of CONTRACTOR

Group are substantially similar to the indemnity provisions given by the CONTRACTOR under this Article 10 in favor of COMPANY's other contractors.

11. CONSEQUENTIAL DAMAGES. For the purposes of this Agreement, 'Consequential or Indirect Damage or Loss' shall mean loss of contract, business opportunity, profit, production, revenue or interest payable, or any loss of similar nature howsoever caused, arising out of or in connection with the Agreement and whether or not foreseeable at the date of the Agreement, irrespective of whether such loss is caused by the negligence of COMPANY Group and/or CONTRACTOR Group or by any other act, omission or breach of the Agreement by COMPANY Group and/or CONTRACTOR Group.

Neither COMPANY nor the CONTRACTOR shall be liable to the other for the other's Consequential or Indirect Loss. CONTRACTOR shall indemnify and defend the COMPANY Group against all Consequential or Indirect Loss of the CONTRACTOR Group, and COMPANY shall indemnify and defend the CONTRACTOR Group against all Consequential or Indirect Loss of the COMPANY Group.

12. LIMITATION OF LIABILITY. Notwithstanding anything to the contrary in the AGREEMENT, CONTRACTOR'S total aggregate liability for claims arising out of this AGREEMENT, regardless of how the same may be caused, and whether the claim be at law or in equity and whether or not based upon contract, tort, negligence, strict liability, or otherwise, shall be limited to one hundred percent (100%) of the compensation received by CONTRACTOR pursuant to this AGREEMENT.

Notwithstanding the foregoing, the limitation of liability set forth in this Article 12 shall not (i) apply to CONTRACTOR'S indemnification obligations under this AGREEMENT for third party claims or its obligations under Article 13; (ii) apply to any breach of CONTRACTOR'S confidentiality obligations under this AGREEMENT; (iii) include the payment of proceeds under any insurance policy of CONTRACTOR under this AGREEMENT (unless the proceeds are paid to COMPANY and/or COMPANY GROUP as additional insured); or (iv) apply in the event of CONTRACTOR'S fraud, willful misconduct (including willful delay in performing the WORK), abandonment of the WORK, gross negligence or violation of applicable laws.

13. PATENTS AND TRADE SECRETS. CONTRACTOR SHALL HOLD HARMLESS AND INDEMNIFY COMPANY AGAINST CLAIMS ARISING FROM INFRINGEMENT OR ALLEGED INFRINGEMENT OF TRADE SECRETS OR PATENTS OF THE UNITED STATES OR OTHER COUNTRIES ARISING OUT OF THE SERVICES, INFORMATION, AND WORK PRODUCTS PRODUCED OR FURNISHED BY OR ON BEHALF OF CONTRACTOR. If any aspect of the CONTRACTOR's work is determined to infringe or allegedly infringe upon any proprietary or intellectual property rights, design, trademark, or other protected rights, CONTRACTOR shall have the option to re-perform the work to eliminate the infringement or alleged infringement or to secure a license or release from the proprietary or intellectual property right holder, at CONTRACTOR's own cost, granting to the COMPANY the right to use the CONTRACTOR's work.

LIKEWISE, COMPANY SHALL DEFEND, HOLD HARMLESS AND INDEMNIFY CONTRACTOR AGAINST CLAIMS ARISING FROM INFRINGEMENT OR ALLEGED INFRINGEMENT OF TRADE SECRETS OR PATENTS OF THE UNITED STATES OR OTHER COUNTRIES ARISING OUT OF THE SERVICES, INFORMATION, AND WORK PRODUCTS PRODUCED OR FURNISHED BY OR ON BEHALF OF COMPANY.

4.3.2 Bilag 2) Uddrag fra U.1993.851H

Den 21. juli udstedte sagsøgte til sagsøger et opbevaringsbevis med følgende tekst (uddrag):

Til opbevaring i vore magasiner erkender vi dags dato at have modtaget nedenstående effekter

[...]

Betingelserne er trykt på bagsiden og indeholder ansvarsbegrænsninger.

Opbevaringsafgift 450 kr. pr. måned - - Brand-, vand- og tyveriassurance: Ikke dækket af os.

Oplagsbeviset er udstedt i 2 eksemplarer. Det ene bedes omgående tilbagesendt forsynet med deponentens underskrift.

BEMÆRK: Det magasinerede gods udleveres kun mod tilbagelevering af oplagsbeviset.
Det magasinerede gods forevises kun mod fremvisning af oplagsbeviset.»

På opbevaringsbevisets bagside er trykt følgende tekst:

»Dansk Møbeltransportforenings almindelige betingelser vedrørende møbeltransport og opbevaring.

I. Fælles betingelser for møbeltransport og opbevaring:

2. Ansvar

Firmaet er kun ansvarlig for bortkomst eller skade, som skyldes fejl eller forsømmelse hos firmaet eller det af dette antagne mandskab

3. Erstatning

Erstatningen kan ikke overstige det af kunden dokumenterede tab og kan højst andrage 10.000 kr. for et enkelt kolli eller indholdet af en flyttekasse og max. 350.000 kr. for en flytteopgave (ved opbevaring er erstatningen begrænset til i alt maksimalt 1 års leje), medmindre firmaet på kundens opfordring udtrykkeligt i aftalen har påtaget sig et videregående ansvar for bestemt specificerede genstande.

III. Særlige betingelser vedrørende opbevaring:

12.

Godset modtages kun til opbevaring efter ydre besigtigelse. Er der ikke ved indlagringen udarbejdet specifikation, betragtes det indlagrede som et parti, og oplagsbeviset er i så fald ikke noget bevis for, hvor meget af det oplagrede der til enhver tid er til stede.

For vægt, mål, kvalitet, indhold og værdi af kasser, beholdere, skabe, skuffer og lignende overtager firmaet intet ansvar uden efter særlig skriftlig aftale og specifikation.

Hvis der af det oplagrede, specificerede gods udtages genstande, eller hvis kunden i øvrigt foretager nogen som helst handling med hensyn til godset, må han påny sammen med firmaet fastslå godsets antal, respektive vægt og beskaffenhed, idet firmaets ansvar for enhver senere konstateret bortkomst eller skade i modsat fald bortfalder.

18. Legitimation

a. Ved godsets modtagelse udsteder firmaet et opbevaringsbevis, der ikke må transporteres til trediemand, hverken til eje eller sikkerhed, med mindre firmaet har givet det påtegning herom.

b. Opbevaringsbeviset må opbevares omhyggeligt af kunden. Går det tabt, kan det af firmaet på kundens bekostning mortificeres ved en i Berlingske Tidende med 3 ugers varsel indrykket indkaldelse.

c. Firmaet er ikke forpligtet til at udlevere det opbevarede gods til kunden uden dennes tilbagelevering af kvittering og opbevaringsbeviset.

d. Delvis udlevering kan kun finde sted mod påtegning herom på opbevaringsbeviset.

Foranstående betingelser, der bl.a. giver firmaet panteret i kundens effekter, samt indeholder ansvarsfraskrivelser- og begrænsningsklausuler, godkendes.«

4.3.3 Bilag 3) Ansvarsfraskrivelsen i betingelserne i U.1975.339S

»Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige« af 1957 (sagens bilag 15) hedder det bl.a.:

»Om garanti.

21. Sælgeren forpligter sig til i overensstemmelse med punkterne 22-31 at afhjælpe alle fejl, som skyldes konstruktion, fremstilling eller materiale.

- - -

24. Når sælgeren fra køberen har modtaget skriftlig meddelelse om de i punkt 21 nævnte fejl, skal sælgeren straks afhjælpe fejlen og - med undtagelse af det i punkt 25 nævnte tilfælde på egen bekostning. Er fejlen af en sådan art, at det ikke er hensigtsmæssigt at udføre reparationen på monteringsstedet, skal køberen returnere de dele, som har nogen af de i punkt 21 nævnte fejl, for at sælgeren kan reparere eller bytte dem. Overgivelse til køberen af således forsvarligt reparerede eller ombyggede dele er at anse som opfyldelse af sælgerens forpligtelser ifølge dette punkt for så vidt angår delebehæftede med fejl.

25. Medmindre andet er aftalt skal køberen bære omkostninger og risiko ved transport af mangelfulde dele og af reparerede og ombyggede dele mellem monteringsstedet og et af følgende steder:

- - - c) i alle andre tilfælde, grænsen til det land, hvorfra sælgeren har afsendt leverancen. - - -

27. Såfremt sælgeren nægter at opfylde sine forpligtelser ifølge punkt 24, eller trods derom fremsat anmodning undlader med behørig hurtighed at træffe rimelige foranstaltninger, er køberen berettiget til at lade nødvendige reparationer udføre for sælgerens regning og risiko, forudsat at han viser fornøden omhu ved arbejdets udførelse.

- - -

30. Med undtagelse af bestemmelserne i punkt 21, har sælgeren, efter at faren for leverancen er overgået til køberen, intet ansvar for fejl selv om de skyldes årsager, der forelå før farens overgang. Det vedtages udtrykkeligt, at sælgeren ikke over for køberen er forpligtet til nogen erstatning for personskaade eller skade på ejendom, som ikke omfattes af aftalen, eller for tabt fortjeneste, medmindre det af sagens omstændigheder fremgår, at sælgeren har gjort sig skyldig i grov uagtsomhed: ved at undlade at tage tilbørligt hensyn til sådanne alvorlige følger, som en samvittighedsfuld leverandør normalt burde have kunnet forudse, eller ved bevidst at se bort fra følgerne af en sådan handling eller undladelse.

- - -

35. Såfremt den ene part skal betale skadeserstatning til den anden, skal skadeserstatningen kun dække sådan skade, som den skyldige part med rimelighed kunne have forudset ved aftalens indgåelse, og indirekte skade kun under de i punkt 30 nævnte omstændigheder. - - -«