

Praktisk aftaleret

Mads Bryde Andersen

Praktisk aftaleret

4. udgave

Gjellerup
København 2015

Mads Bryde Andersen
Praktisk aftaleret, 4. udgave
© Mads Bryde Andersen og Gjellerup

Kopiering fra denne bog må kun finde sted på institutioner,
der har indgået aftale med COPY-DAN, og kun inden for
de i aftalen nævnte rammer. Det er tilladt at citere med
kildeangivelse i anmeldelser.

Omslag ved Jens Hage
Grafisk tilrettelæggelse ved Henrik Würtz
Sat med Plantin
Sats og tryk hos Narayana Press, Gylling
Printed in Denmark 2015

ISBN 978-78-13-05057-4

4. udgave, 1. oplag 2015

Gjellerup
Klosterstræde 9
1157 København K
Tlf: 77 66 00 00
Fax: 77 66 00 01
www.gjellerup.dk
E-mail: info@gjellerup.dk

Indhold

Forord 11

Kapitel 1: Emne, metode og retskilder 13

- 1.1. Fremstillingens formål 13
 - 1.1.a. Den praktiske aftaleret 13
 - 1.1.b. Afgrænsning 16
- 1.2. Aftale og transaktion 19
 - 1.2.a. Aftalebegrebet 19
 - 1.2.b. Aftalens delkomponenter 23
 - 1.2.c. Transaktionen 24
 - 1.2.d. Andre grundbegreber 26
 - 1.2.e. Transaktionens værdi og risici 30
- 1.3. Den praktiske aftalerets virkemidler 32
 - 1.3.a. Aftalemanifestationen 32
 - 1.3.b. Hensigtserklæringer 33
 - 1.3.c. Forkontrakten 37
 - 1.3.d. Optionen 38
 - 1.3.e. "Side letters" mv. 40

Kapitel 2: Aftaleforhandling 42

- 2.1. Grundlaget for aftaleindgåelsen 42
 - 2.1.a. Værdibegrebet 42
 - 2.1.b. Værdi, planlægning og aftale 43
- 2.2. Undersøgelser om modparten 45
 - 2.2.a. Den forretningsmæssige betydning 45
 - 2.2.b. Offentligt tilgængelige oplysninger 47
 - 2.2.c. Interne oplysninger 48
 - 2.2.d. Oplysninger fra tredjeparter 50
 - 2.2.e. Prøveforløb mv. 52
- 2.3. Retlige rammer for aftaleforhandlingen 56
 - 2.3.a. Retsgrundlaget før og efter aftaleslutningen 56
 - 2.3.b. Regler om oplysningspligt 58
 - 2.3.c. Kapitel I-reglerne 63
 - 2.3.d. Vilkår om aftalekompetence 65
 - 2.3.e. De aftaleretlige ugyldighedsregler 66
 - 2.3.f. Forholdet til tredjeparter 68
 - 2.3.g. Offentligretlig aftaleregulering 70
 - 2.3.h. Det offentlige som aftalepart 72
 - 2.3.i. Aftaleindgåelse ved offentlige udbud 74

- 2.4. Planlægning af aftaleforhandlingen 82
 - 2.4.a. Aftaleforhandlingen åbnes 82
 - 2.4.b. Strukturering af aftaleforhandlingen 84
 - 2.4.c. Vilkår for aftaleforhandlingen 87
- 2.5. Selve aftaleforhandlingen 91
 - 2.5.a. Forhandlingsforløbet 91
 - 2.5.b. Saglig forhandling 94
 - 2.5.c. Saglighedsstandarder 98
 - 2.5.d. Forhandlingskneb 99
 - 2.5.e. Modtræk 102
 - 2.5.f. Forhandlingsdødvande 103
 - 2.5.g. Interessekonflikter 108
- 2.6. Juristen i aftaleforhandlingen 111
 - 2.6.a. Juristopdraget 111
 - 2.6.b. Typiske opgaver 112
 - 2.6.c. Særligt om projektføreløb 115

Kapitel 3: Konkipering 119

- 3.1. Almene spørgsmål 119
 - 3.1.a. Begreb og funktion 119
 - 3.1.b. Retlige minimumskrav 120
 - 3.1.c. Detaljeringskravet 122
 - 3.1.d. Momenter ved fastlæggelsen af detaljeringskravet 125
- 3.2. Generelle principper og løsningsmodeller 128
 - 3.2.a. Detailregulering eller rammestyring 128
 - 3.2.b. Fortolkningslærens betydning for konkiperingen 129
 - 3.2.c. Fortolkningsregulering 130
 - 3.2.d. Særligt om definitioner 133
- 3.3. Konkipering af regelkomponenter 136
 - 3.3.a. Problemstilling 136
 - 3.3.b. Retsfaktum 137
 - 3.3.c. Retsfølgen 138
 - 3.3.d. Særlige regeltyper 139
- 3.4. Konkipering af tekster med afledte retsvirkninger 140
 - 3.4.a. Problemstillingen 140
 - 3.4.b. Konstaterende erklæringer 140
 - 3.4.c. Bilagsmateriale 141
 - 3.4.d. Reklamemateriale mv. 142
 - 3.4.e. Emballage 146
- 3.5. Særligt om standarddokumenter 147
 - 3.5.a. Problemstillingen 147
 - 3.5.b. Adhæsionsaftaler 149
 - 3.5.c. Shrink wrap-vilkår mv. 150
 - 3.5.d. Rammeaftaler 152
 - 3.5.e. Forretningsbetingelser og tilbudgrundlag mv. 153
 - 3.5.f. Aftalekomplekser 155
- 3.6. Aftalens opbygning 159
 - 3.6.a. Strukturering 159

- 3.6.b. Tekstbehandling 165
- 3.6.c. Typografiske markører 166
- 3.6.d. Indledning og præambel 168
- 3.6.e. Bilagshåndtering 170
- 3.7. Aftalens sprog 171
 - 3.7.a. Grammatik og form 171
 - 3.7.b. Identificer sætningens subjekt 173
 - 3.7.c. Subjekt/verbum-relationen 176
 - 3.7.d. Modifierende og beskrivende sætningsdele 178
 - 3.7.e. Ordvalget i øvrigt 179

Kapitel 4: Aftaleslutningen 184

- 4.1. Pligtens indtræden 184
 - 4.1.a. Aftaleslutningens begreb og funktion 184
 - 4.1.b. Den mundtlige aftale 185
 - 4.1.c. Skriftlighed 190
 - 4.1.d. Digital aftaleindgåelse 192
 - 4.1.e. Tiltrædelsesforbehold mv. 194
- 4.2. Aftalens endelighed 196
 - 4.2.a. Betingelser 196
 - 4.2.b. Ejendomsforbehold 202
 - 4.2.c. Annullation og ombestilling 204
- 4.3. Afslutningsformer 206
 - 4.3.a. Underskrivelsen 206
 - 4.3.b. Foranstaltninger ved underskrivelsen 209
 - 4.3.c. Closing 211
- 4.4. Forhold efter aftaleindgåelsen 213
 - 4.4.a. Afgiftsberigtigelse 213
 - 4.4.b. Sikring af aftaledokumentet 214
- 4.5. Aftalerevision og ændringshåndtering 217
 - 4.5.a. Problemstilling 217
 - 4.5.b. Konciperings spørgsmål 217
 - 4.5.c. Ensidede ændringer 217

Kapitel 5: Grundregulering 221

- 5.1. Partsreguleringen 221
 - 5.1.a. Problemstillingen 221
 - 5.1.b. Partsangivelsen 225
 - 5.1.c. Partsrepræsentanter 229
 - 5.1.d. Identitetsændringer 230
 - 5.1.e. Substitution 236
- 5.2. Kompetenceregulering 240
 - 5.2.a. Problemstillingen 240
 - 5.2.b. Tildelingsformer 240
- 5.3. Kommunikationsregulering 244
 - 5.3.a. Problemstillingen 244
 - 5.3.b. Regler om formueretlige påbud 246

- 5.3.c. Enkelte kommunikationsformer 247
- 5.3.d. Kommunikationsaftaler 250
- 5.3.e. Diskretion og offentlighed 253
- 5.3.f. Referencer 255
- 5.4. Forholdet til tredjeparter 256
 - 5.4.a. Problemstillingen 256
 - 5.4.b. Forholdet til underleverandører 258
 - 5.4.c. Andre mulige aftaleparter 259
 - 5.4.d. Senere omsætningsled 262
 - 5.4.e. Kreditorer 264
- 5.5. Forholdet til det offentlige 270
 - 5.5.a. Problemstillingen 270
 - 5.5.b. Skatte- og afgiftskrav 271
 - 5.5.c. Konkurrenceretlige restriktioner 274
 - 5.5.d. Eksportrestriktioner 274
 - 5.5.e. Andre omsætningsrestriktioner 276

Kapitel 6: Ydelsen 277

- 6.1. Almene spørgsmål 277
 - 6.1.a. Problemstilling 277
 - 6.1.b. Forskellige typer af præstationshandlinger 278
 - 6.1.c. Oversigt 280
- 6.2. Realydelsen 280
 - 6.2.a. Beskrivelsesproblemer 280
 - 6.2.b. Kvalitetskrav 286
 - 6.2.c. Andre aspekter 290
 - 6.2.d. Levering og risikoovergang 291
 - 6.2.e. Accessorier 296
 - 6.2.f. Præstationstidspunktet 299
- 6.3. Pengeydelsen 302
 - 6.3.a. Valg af betalingsmiddel 302
 - 6.3.b. Vederlagets størrelse og sammensætning 308
 - 6.3.c. Variabel betaling mv. 314
 - 6.3.d. Refusion og udlæg 319
 - 6.3.e. Betalingstid og -sted 320
 - 6.3.f. Betalingens retsvirkning 322
- 6.4. Garanti og sikkerhedsstillelse 323
 - 6.4.a. Karakteristik 323
 - 6.4.b. Partsgarantier 324
 - 6.4.c. Tredjemandsgarantier 327
 - 6.4.d. Leverandørgarantier 331
 - 6.4.e. Sikkerhedsstillelse 333
 - 6.4.f. CSR-garantier mv. 335
- 6.5. Accessoriske forpligtelser 338
 - 6.5.a. Loyalitetspligt 338
 - 6.5.b. Konkurrenceklausuler 339
 - 6.5.c. Tying clauses 345
 - 6.5.d. Facilitering og bestikkelse 346

- 6.6. Andre forhold ved præstationshandlingen 350
 - 6.6.a. Kreditormedvirken 350
 - 6.6.b. Kontrolforanstaltninger 351
 - 6.6.c. Anden risikohåndtering 353

Kapitel 7: Ophør og genforhandling 356

- 7.1. Fælles problemstillinger 356
 - 7.1.a. Problemstilling og kendetegn 356
 - 7.1.b. Ophørets retsvirkninger 358
 - 7.1.c. Ydelsens tilbagegivelse mv. 360
 - 7.1.d. Leverandørskift 362
- 7.2. Ugyldighed 363
 - 7.2.a. Begreb 363
 - 7.2.b. Ugyldighedens retsvirkninger 364
 - 7.2.c. Delvis ugyldighed 365
- 7.3. Udløb og forældelse mv. 365
 - 7.3.a. Udløb 365
 - 7.3.b. Forældelse og reklamation 367
 - 7.3.c. Præklauson og mortifikation 368
- 7.4. Opsigelse 368
 - 7.4.a. Terminologi og problemstilling 368
 - 7.4.b. Opsigelsesvarslet 370
- 7.5. Ændringsregulering 373
 - 7.5.a. Aftaleændring ved opsigelse 373
 - 7.5.b. Ændringsanmodninger mv. 374
 - 7.5.c. Genforhandling 377
 - 7.5.d. Ændringshåndtering baseret på partnering 380

Kapitel 8: Misligholdelse 384

- 8.1. Almindelige spørgsmål 384
 - 8.1.a. Begreb og problemstilling 384
 - 8.1.b. Hoved- og biforpligtelser 386
 - 8.1.c. Faktiske mangler 387
 - 8.1.d. Forsinkelse 387
 - 8.1.e. Retsmangler 388
- 8.2. Opfyldelsesbeføjelser 392
 - 8.2.a. Naturalopfyldelse 392
 - 8.2.b. Forbud, påbud og umiddelbare fagedforretninger 393
- 8.3. Erstatningsbeføjelsen 395
 - 8.3.a. Karakteristik 395
 - 8.3.b. Konventionalbod 402
- 8.4. Gensidighedsbeføjelser 406
 - 8.4.a. Tilbageholdelse 406
 - 8.4.b. Forholdsmæssigt afslag 407
 - 8.4.c. Ophævelse 408
 - 8.4.d. Udbedring, ombytning og afhjælpning 416

- 8.5. Umulighed og force majeure 418
 - 8.5.a. Karakteristik 418
 - 8.5.b. Retsfaktum for force majeure 421
 - 8.5.c. Retsfølgen af force majeure 423
- 8.6. Fællesproblemer 424
 - 8.6.a. Reklamation 424
 - 8.6.b. Konsekvenser af anvendte beføjelser 425
 - 8.6.c. Ansvarsfraskrivelser mv. 427

Kapitel 9: Lovvalg og konfliktløsning 433

- 9.1. Fælles problemstillinger 433
 - 9.1.a. Karakteristik 433
 - 9.1.b. Aftalefriheden 435
- 9.2. Lovvalg 437
 - 9.2.a. Retsgrundlaget 437
 - 9.2.b. Beslutningen om lovvalget 438
 - 9.2.c. Aftalevarianter 439
 - 9.2.d. Lex mercatoria 440
- 9.3. Forum 442
 - 9.3.a. Forumvalget 442
 - 9.3.b. Forumvalgets følger 443
 - 9.3.c. Værnetingsaftaler 447
 - 9.3.d. Processuelle forberedelseshandlinger 448
- 9.4. Voldgift 450
 - 9.4.a. Begreb og funktion 450
 - 9.4.b. Fordele og ulemper 452
 - 9.4.c. Voldgiftsvedtagelsen 456
 - 9.4.d. Retlig regulering 461
 - 9.4.e. Voldgiftsprocessen 463
- 9.5. Alternativ konfliktløsning 469
 - 9.5.a. Begreb og funktion 469
 - 9.5.b. Mægling og mediation 473
 - 9.5.c. Særlige forligsprocedurer 476
 - 9.5.d. Formaliseret klagebehandling 477

Ordlister, forkortelser og lovhenviisninger 479

Litteratur 491

Doms- og afgørelsesregister 499

Emneindeks og lovregister 502

Forord

Hermed udsendes en revideret og gennemskrevet udgave af andet bind i min trilogi over dansk aftaleret, som foruden dette bind indeholder bogen *Grundlæggende aftaleret* (Bind I, 4. udgave 2013) og *Enkelte transaktioner* (bind III, 2. udgave 2011).

I denne udgave har jeg opdateret fremstillingen i lyset af den retsstilling og aftalepraksis, der er gældende pr. 15. juni 2015. Jeg takker chefjurist Henrik Schultz, DI, for bistand med at fremskaffe opdaterede versioner af industriens standardkontrakter.

Trilogien, eller dele af den, anvendes i universitetsundervisningen i København, Aarhus og Aalborg og ved Syddansk Universitet. Bogen suppleres med hjemmesiden www.aftalereften.dk, hvor man kan finde dele af det aftalemateriale, bogen henviser til.

Forslag om forbedringer eller påpegning af fejl modtages med tak på mads.bryde.andersen@jur.ku.dk.

København i juli 2015
Mads Bryde Andersen

1.1. Fremstillingens formål

1.1.a. Den praktiske aftaleret

Den grundlæggende aftaleret fokuserer på, hvordan aftalepligter *skabes*, hvordan de ord og vendinger, hvorved disse pligter manifesteres, *fortolkes* (navnlig i fastsættelsen af, hvilke retsvirkninger der følger heraf), og på, hvornår løfter og aftaler kan anfægtes som *ugyldige*, jf. i det hele *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 1.1. Denne emneafgrænsning har med aftalelovens opbygning og med lovens traditionelle betydning for aftaleretten været naturlig, og den har i øvrigt været udslag af en mangeårig nordisk retstradition.

Den grundlæggende aftaleret

Men set fra et *praktisk* synspunkt rummer afgrænsningen en indsnævring af synsfeltet, som ikke i enhver henseende er hensigtsmæssig. Ved kun at fokusere på de tilfælde, hvor aftalen fremlægges som bilag under en retssag, fjernes blikket fra det, aftaleparterne må anse som den væsentligste kvalitetsparameter, nemlig om aftalen tjener som et hensigtsmæssigt *instrument* for deres økonomiske og forretningsmæssige interesser og som et middel til at undgå fremtidige uenigheder og konflikter. Den *grundlæggende* aftaleret giver således kun begrænset vejledning om de ganske væsentlige *praktiske* problemer, der opstår ved koncipering, forhandling og tilrettelæggelse af aftaler, der skal danne retsgrundlaget for mere komplicerede kommercielle transaktioner.

Man har undertiden undskyldt denne afgrænsning med, at der er tale om elementer i den *praktiske* uddannelse, som juristen gennemgår i “det virkelige liv”, f.eks. som advokat eller husjurist. Men undskyldningen kan ikke bortforklare, at en lang række praktiske problemstillinger kan behandles lige så fagligt og videnskabeligt, som den grundlæggende aftalerets problemer har været behandlet. Den *praktiske* aftaleret og studiet af de *en-*

kelte transaktioner trækker disse problemstillinger frem til særskilt behandling.

Praktisk
aftaleret

Den praktiske aftaleret beskæftiger sig med, hvordan parterne i en privatretlig aftale bedst udmønter deres enighed i en passende aftaleregulering. Betragter man aftaleretten som et hus, er den praktiske aftaleret *funderet* på den grundlæggende aftaleret, dens *arkitektur* defineres ved de kommercielle interesser og mål, som parterne sætter for den enkelte transaktion, og dens bygningsmæssige (ingeniørmæssige) *konstruktion* er de retlige forpligtelser, som realiserer disse intentioner i en så robust form, at helheden giver mening.

Betegnelsen “praktisk aftaleret” blev introduceret med denne bogs første udgave, som udkom for 20 år siden, i 1995. Forestillingen om, at aftaleretten også har en praktisk side, vinder stigende anerkendelse både herhjemme og i udlandet, og den tankegang, der ligger til grund for faget, genfindes i talrige andre videnskabelige fremstillinger.

I mange år var hovedværket i dansk praktisk aftaleret Juridisk Formularbog, hvis seneste, 16., udgave udkom i 2004. I 2000 tog Forlaget Thomson (nu KarnovGroup) initiativ til at udgive den omfattende *Paradigma*-serie, som tæller adskillige bind inden for alle dele af det kommercielle aftaleliv. Serien udkommer nu primært online. Hertil kommer en række oversigtsværker som f.eks. *Erik Werlauff: Kontrakter*, hvis 3. udgave udkom i 2013. Navnlig i *svensk* litteratur er den praktiske aftalelitteratur i fremvækst. Her kan der være særlig grund til at fremhæve *David Fryd-linger: Det affärsjuridiska hantverket. Arbetet innanför avtalsfrihetens gränser*. Norstedts Juridik, Stockholm (2012). *Christina Ramberg* har i *Kontraktstyper* (2005) med fokus på baggrundsretten behandlet et antal transaktioner bl.a. inden for køb, tjenesteydelser, konsulentassistance, finansielle aftaler og samarbejdsaftaler. De almene spørgsmål, der behandles i denne bogs første del, er også beskrevet i *Stefan Lindskogs* bog *Förhandlingsspelet* (1989). Se også *Gerlinde Berger-Walliser & Kim Østergaard* (red.): *Proactive Law in a Business Environment* (Djøf Publishing, 2012), der samler en række videnskabelige bidrag, hvis fælles tema er, hvordan erhvervsvirksomheder undgår konflikter. Også nyere *norsk* litteratur har fokus på forhandlingsspørgsmål, se herved *Per M. Ristvedt: Advokaten som forhandler i sivile tvister og kommersielle rettsforhold* (2003). I retssystemer, hvor der er tradition for omfattende og detaljerede aftaledokumenter, finder man talrige bidrag til den praktiske aftaleret i form af paradigmasamlinger mv. I et bredere perspektiv

viderefører den indfaldsvinkel, der lægges frem i denne bog, en tendens, vi også møder i andre nyere retsvidenskabelige discipliner: I stedet for at tage udgangspunkt i de retsspørgsmål, der opstår, når tingene er gået galt, fokuserer man på den situation, beslutningstageren står i. Samme tanke er anvendt i den forvaltningsretlige undervisning ved Københavns Universitet siden *Bent Christensens* banebrydende fremstilling i *Hjemmelsspørgsmål* (1980), og senere: *Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation* (2. udg., 1997).

Det er ambitionen med denne bog og bind III i trilogien *Aftaleretten*, "Enkelte transaktioner" at give læseren en almen, men grundlæggende forståelse af aftaleinstrumentets funktion som grundlag for en kommerciel transaktion. Fokus er på de problemstillinger og reguleringstemaer, der går igen – omend selv sagt med variationer – i enhver kommerciel transaktion. Det drejer sig om både praktiske og retlige forhold, som omgiver transaktionen "fra fødsel til død": indgåelse, betingelser, opfyldelse, misligholdelse, konfliktløsning etc. I henseende til aftalereguleringen kommer fokus til at ligge omkring klausuler mv., som vil kunne genfindes i enhver aftale.

Målsætning

Den *praktiske aftaleret* (sammen med læren om de enkelte transaktioner) hører til aftalerettens *retspolitik*: Hvordan kommer aftalen som "parternes lov" til at fungere bedst muligt – *formelt* (dvs. ved indgåelse og koncipering) såvel som *materielt* (dvs. ved reguleringsvalget). Derimod repræsenterer den *grundlæggende aftaleret* sammen med studiet af de særregler, der regulerer de enkelte transaktioner, aftalerettens *retsdogmatik*.

*Aftalerettens
retspolitik*

Hvor andre retsområder, og herunder andre aftaleretlige specialdiscipliner, henvender sig til særlige brancher eller professionsudøvere, sigter den praktiske aftaleret bredt. Faget er en praktisk overbygning over den almindelige obligationsret, med fokus på kommercielle transaktioner. Kun inden for nogle af disse transaktioner (hvoraf nogle er beskrevet i *Enkelte transaktioner*) er der opbygget sædvaner og normer, der kan supplere den aftaleretlige forståelse. Man finder heller ingen faglige organisationer herhjemme, der beskæftiger sig med den praktiske aftaleret som sådan. Det juridiske organisationsliv udfolder sig også her mest på specialområderne.

*Aftalerettens
aktører*

1.1. FREMSTILLINGENS FORMÅL

Den amerikanske forening *IACCM*, International Association for Contract and Commercial Management, se www.iaccm.com, udgør det nærmeste, man kommer en juridisk forening, der beskæftiger sig med den praktiske aftalerets problemer. Foreningen udfolder sig ved aktiviteter, der for en stor dels vedkommende foregår på nettet (indbydelse til konferencer og “webinars”, spørgeskemaundersøgelser, elektroniske nyhedsbreve mv.), og den udfører et fortjenstfuldt arbejde ved løbende at indhente erfaringsmateriale om praksis ved forhandling og indgåelse af forskellige typer af aftaleklausuler.

Almene spørgsmål og enkelte transaktioner

I triologien *Aftaleretten* har det ikke været muligt at opretholde nogen knivskarp opdeling mellem den retsdogmatisk orienterede *grundlæggende* aftaleret og den praktiske, kommercielle og for så vidt “retspolitisk” orienterede *praktiske* aftaleret. Det skyldes, at det detaljeringsniveau, der efterspørges i den praktiske aftaleret, ofte nødvendiggør en mere detaljeret redegørelse for baggrundsretten (dvs. for gældende ret), end den man rimeligvis kan gennemføre i den alment orienterede grundlæggende aftaleret. F.eks. forudsætter koncipering af støtteerklæringer, garantier og erstatningsansvar i enkelte transaktioner en detaljeforståelse af baggrundsreguleringen, som ikke er relevant for en generel fremstilling af denne baggrundsret.

Også i sondringen mellem den praktiske aftaleret og de enkelte transaktioner opstår afgrænsningsspørgsmål. Her går den principielle grænse ved, om et reguleringstema har betydning, *uanset hvilken type* af transaktion der er tale om. Sådanne generelle temaer behandles i den praktiske aftaleret. Derimod omhandles de spørgsmål, der har betydning for de *enkelte transaktioner*, i bogen af dette navn.

1.1.b. Afgrænsning

Som her afgrænset favner den praktiske aftaleret bredt. På grund af de talrige *tværgående* emner er det nødvendigt at lægge nogle afgrænsninger, der kan sikre en fokus omkring aftalerettens mest relevante problemer.

Kommercielle transaktioner

For det første er emnet afgrænset til den *kommercielle* aftaleret. Som nærmere forklaret i afsnit 1.2.e. giver et indblik i aftalens økonomiske og forretningsmæssige aspekter indblik i de mekanismer, der *motiverer* parterne, og som derfor styrer dem både i aftaleindgåelsen, i den efterfølgende aftaleopfyldelse, og i den

retlige fortolkning og udfyldning af de tvivlsspørgsmål, der udspringer af aftalen. Den grundlæggende motivation er ønsket om at *skabe merværdi* ved transaktionen – dvs. gå ud af transaktionen med en værdi, der overstiger den, parterne hver for sig gik ind i aftalen med.

I en *kommerciel* transaktion er dette motiv til stede *hos begge parter*, selv om parterne hver for sig anlægger forskellige værdikriterier: Når A indgår aftale med B, må det være fordi A anser B's ydelse for mere værdifuld for A, end A's egen ydelse – hvorfor ellers have besværet med at indgå aftalen? Og sådan vil B også have det med sin ydelse. Når spekulant A f.eks. sælger en aktie til spekulant B, regner A med, at kursen vil falde; B med at den vil stige. At transaktionen dermed *totalt set* bliver mere værd for begge parter end før transaktionen hænger sammen med, at begrebet værdi er relativt og dermed beror på, hvilken situation (og hvilken part) der er tale om. Dette spørgsmål drøftes nærmere i afsnit 2.1.a.

Synergien

Uden for den praktiske aftaleret falder dermed bl.a. aftaler i *familieforhold* (herunder i forbindelse med generationsskifter) og aftaler mellem *privatpersoner*, f.eks. om køb af brugte genstande. Offentligretlige aftaleforhold er underlagt det legalitetsprincip, der gælder for den offentlige forvaltning. Forvaltningen har end ikke nogen almindelig adgang til at benytte aftale i stedet for forvaltningsakt, se nærmere hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.5.c. (navnlig s. 130 ff.). Men heller ikke aftaler *mellem offentlige myndigheder* omfattes af den praktiske aftaleret. I sådanne aftaler, der ofte vil dreje sig om faktisk forvaltningsvirksomhed, vil bevillingsmæssige og styringspolitiske hensyn – der ofte vil være fremmede for den kommercielle aftaleret – være i forgrunden. Derimod falder aftaler mellem offentlige myndigheder, der tilsigter at gennemføre kommercielle transaktioner, inden for den praktiske aftaleret. Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 8.4.

Familie og forvaltning

Et eksempel på en lovregulering af aftaler mellem forvaltningsmyndigheder foreligger med § 60 i loven om kommunernes styrelse om aftaler om samarbejder mellem kommuner, som medfører indskrænkninger i de deltagende kommunalbestyrelses beføjelser efter den kommunale styrelseslov. Sådanne aftaler kræver tilsynsmyndighedens godkendelse. Et

1.1. FREMSTILLINGENS FORMÅL

andet eksempel er lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regions deltagelse i selskaber. I aftaleforhold, der indebærer, at en privat virksomhed overtager en offentligretlig opgave, vil man normalt aftale, at virksomheden har pligt til at følge de regler, som de relevante myndigheder måtte give. Dermed vil virksomheden i en række retlige henseender skulle optræde på samme måde som en offentlig myndighed. Der vil dog fortsat være betydelige forskelle. Mulighederne for at gøre et politisk ansvar gældende vil være begrænsede. Det samme gælder mulighederne for at gennemføre kontrol- og disciplinærforanstaltninger. En særlig aftaletype i den offentlige forvaltning (der i konsekvens af afgrænsningen ligeledes falder uden for fremstillingen) er de aftaler, der indgås mellem myndigheder i det statslige forvaltningsapparat med henblik på styring af økonomiske målsætninger. Se hertil *Astrid Boel, Hans-Henrik Landert & Stein Larsen: Kontraktstyring i den danske centraladministration. Nordisk Administrativ Tidsskrift 2001.241 ff.*

Blandede transaktioner

Man kan diskutere, om aftaler mellem erhvervsdrivende og forbrugere og mellem en virksomhed og dens medarbejdere bør medtages i den praktiske aftaleret. *Imod* taler det systematiske hensyn, der følger af afgrænsningen ovenfor: Det økonomiske motiv om at realisere merværdi gør sig *typisk* kun gældende for den ene part, den erhvervsdrivende. Den typiske forbrugertransaktion vil være båret af et ønske om at realisere et forbrug eller en investering – ikke et målrettet ønske om at realisere en for tjeneste mv. Dertil kommer, at forbruger aftaler i vid udstrækning er reguleret af præceptive lovregler. *For* taler praktiske hensyn: De aftaler, hvorved en virksomhed afsætter sine varer og tjenester til forbrugere eller tilknytter sin arbejdskraft, rummer helt samme problemer som dem, der præger den øvrige del af den praktiske aftaleret. Det er *i hovedsagen* samme spørgsmål, der må tages stilling til, og samme strategiske overvejelser, der bør ligge bag. Det samme gælder aftaler med medarbejdere. Et andet forhold er, at disse aftaletyper sjældent volder store problemer i praksis. De fleste aftaler med forbrugere indgås *mundtligt* og falder af denne grund uden for den praktiske aftalerets område, jf. herom straks nedenfor.

Stærkt regulerede transaktioner

For at undgå for megen overlappning med eksisterende specialdiscipliner er opmærksomheden for det andet koncentreret om aftaleforhold, som parterne *selv* detailregulerer, f.eks. fordi reg-

lerne i baggrundsretten efterlader tvivl eller valgmuligheder. Denne begrænsning vil bl.a. ramme transaktioner, der er reguleret ved udfyldende *lovgivning*, eller som er undergivet en intens *myndighedskontrol*.

Uden for den praktiske aftaleret falder også aftaler, som i medfør af en indarbejdet praksis i branchen typisk kun reguleres på én måde. Det gælder f.eks. transaktioner, som typisk gennemføres på grundlag af en indarbejdet *formularret* (f.eks. aftaler om fast ejendom, om entreprise, om leveringsklausuler i internationale køb eller om transportydelse). Det erfaringsmateriale, der er opsamlet inden for disse områder, præsenteres bedst inden for de enkelte specialdiscipliner. Her vil den praktiske aftaleret derimod kunne søge inspiration på anden vis, f.eks. i de løsningsmodeller, der anvendes – f.eks. omkring afleveringsprøver, præcisering af kvalitetskrav mv. – og i aftalens almindelige vilkår (*boilerplate provisions*).

Endelig forbigås aftaleforhold, der typisk indgås *mundtligt*. Vel er mundtlige aftaler som hovedregel fuldt så gyldige som skriftlige, og vel er den mundtlige aftale nok det hyppigst anvendt aftaleinstrument overhovedet. Men den mundtlige aftale giver sjældent anledning til praktiske problemer, fordi den ikke fremtræder på samme strukturerede måde, som skriftlige aftaler typisk gør det. At man nøjes med mundtlige vedtagelser, kan skyldes, at der findes andre (f.eks. skriftlige) aftalegrundlag, som parterne støtter sig til, at kun mindre værdier er på spil, eller at parterne har fuldt overblik over de involverede problemer.

*Formularbundne
aftaler*

*Mundtlige
aftaler*

1.2. Aftale og transaktion

1.2.a. Aftalebegrebet

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, kapitel 2, volder aftalebegrebet betydelige definitionsproblemer. Selv om dets udbredelse kunne antyde det modsatte, foreligger der ingen klar afgrænsning af begrebet. Det anvendes mere eller mindre synonymt med ord som “kontrakt”, “overenskomst”, “pagt”, “accept på tilbud”, “samordnet praksis”, ja undertiden også med “forudsætning” og “fælles forståelse”, se *Grundlæggende aftaleret*, s. 14. Og overblikket lettes ikke af, at hovedparten af de definitioner,

Problem

man støder på i den juridiske litteratur samt i lovgivningen, består af krydshenvisninger mellem disse begreber.

Definition

I *Grundlæggende aftaleret*, s. 84, defineres en aftale som *et partsbestemt retsgrundlag, hvis forpligtende virkning udledes af de viljeserklæringer (herunder løfter og anden forpligtende adfærd), som aftalens parter har manifesteret over for hinanden.*

Jus og faktum

Definitionen bygger på den forskel mellem *jus* og *faktum*, der er grundlæggende for al retsanvendelse, jf. nærmere *Ret og metode*, s. 57 ff. og 63 ff.: Enhver regel angiver en norm for, hvordan nogen skal optræde. Dette *normative* aspekt udgør reglens *jus*. Hvad det er for en optræden, reglen tager sigte på, udgør dens *faktum*. Allerede i denne begrebsopdeling har man en nyttig terminologisk rettesnor: Begrebet “aftale” bør reserveres for de regler, parterne har vedtaget for den pågældende transaktion. Begrebet “transaktion” bør anvendes om selve det faktiske fænomen, som parternes udveksling af ydelser mv. indebærer.

I det praktiske liv vil begrebet “aftale” ofte blive anvendt om det *medium*, hvorpå en partsvedtagne retsregel er materialiseret, og ikke om hverken *jus* eller *faktum*. “Hent lige aftalen henne fra arkivet!” I denne forstand kan ordet bruges såvel om den “aftale”, der aldrig blev indgået, om den gældende, som om den forlængst udløbne aftale. Denne begrebsanvendelse anvendes ikke her. En tilsvarende anvendelse af aftalebegrebet foreligger, når det anvendes som retsfaktum for et offentligretligt forbud eller påbud.

Regelmodellen

Som *retsregel betragtet* kan en *aftale* – og enhver selvstændig retsregel, der fremtræder i den (f.eks. et *løfte*) – præsenteres i en regelmodel, der udskiller et *retsfaktum* (et sæt “betingede kendsgerninger”) fra en *retsfølge*. Tilbuddet om at betale 100 kr. for en vare kan f.eks. formuleres i formlen: “*Hvis* du giver mig varen, *så* betaler jeg 100 kr.” eller – med modsat fortegn (set fra sælgers side): “*Hvis* du betaler mig 100 kr., *så* leverer jeg varen”.

Som eksemplet viser, kan der være mange måder at aftaleregulere på. Hvordan man skriver tilbud og aftaler er i vid udstrækning et spørgsmål om smag, stil og ikke mindst forretningsmæssig risikohåndtering: Hvilke risici er man parat til at tage for, at der i parternes efterfølgende håndtering af en upræcision kan opstå en tvivl, der udvikler sig til en retlig konflikt? Og hvilke ressourcer er man parat til at investere for at minimere

denne risiko for tvivl? Disse spørgsmål drøftes nærmere i afsnit 2.1. og 3.2.

Regelmodellen er ikke alene et stringent teoretisk, men også et praktisk værktøj, der kan tages i anvendelse af den, der står foran at skulle forhandle eller koncipere et aftaledokument (eller, for den sags skyld, enhver anden type retsregel).

For det første giver det god hjælp i konciperingsarbejdet, at man betragter de enkelte aftalevilkår som “retsfakta”, “retsfølger” og henvisninger til fakta. Hermed tvinges koncipisten til at sikre konsistens i formuleringerne, så aftalebrugeren ikke senere skal gætte sig til, hvilke konsekvenser der vil følge af at optræde anderledes end angivet i et aftalt retsfaktum: Skal en misligholdelse f.eks. alene udmønte sig i en vederlagsjustering, i et erstatningskrav eller i en adgang til at hæve aftalen? Disse spørgsmål berøres nærmere i kapitel 3, se navnlig afsnit 3.1.

For det andet – og i nær forbindelse hermed – tvinger regelmodellen koncipisten til at sondre mellem den retlige regulering, der følger af selve *aftalen*, og den, der følger af *baggrundsretten*. I *Ret og metode*, s. 60 ff., har jeg formuleret dette således, at de enkelte regler indgår i samspil med andre regler i et *kinesisk æske-system*. Aftalens regler kan udgøre ét niveau i et system af forskellige æsker, der ligger inde i hinanden; baggrundsretten et andet. Et sådant æskesystem vil navnlig forekomme, når en aftale på vekslende niveauer tager stilling til de pligter, parterne påtager sig over for hinanden: I ét sæt af bestemmelser tager man stilling til, hvilke kvalitetskrav ydelsen skal opfylde. Et andet sæt af bestemmelser fastslår, hvilke retsmidler der skal være til rådighed, hvis disse kvalitetskrav ikke opfyldes. Opfatter man den enkelte aftale som en æske i et sådant system, kan det være lettere at få klarhed over, hvilke aspekter af transaktionen det overhovedet er nødvendigt at aftaleregulere.

Både retsfaktum og retsfølge kan variere i detaljeringsgrad og præcision, alt afhængigt af hvor mange usikkerhedsfaktorer, der gør sig gældende. Sådan må det være. Det er ikke alt man kan tegne op i skarpe formler. Men ignorerer aftalekoncipisten den logiske sammenhæng mellem retsfaktum og retsfølge – ved f.eks. at skabe pligter uden sanktioner – bliver resultatet inkonsekvens og uoverskuelighed.

For det tredje leder regelmodellen til et nyttigt fokus på afta-

Teoriens anvendelsesmuligheder i praksis

1. Hjælp til formuleringer

2. Aftale og baggrundsret

3. Aftalens funktioner

lens forskellige funktioner under konciperingen og i den efterfølgende opfyldelse og håndhævelse. Anskuer man aftalen som en retsregel, må man naturligt stille spørgsmålet, hvilken “lovgivningsmagt” der har bragt aftalen til verden, og hvilken “udøvende magt” der efterfølgende skal føre den ud i livet. Svaret herpå er banalt, for så vidt som disse to “magter” i aftalesammenhæng som udgangspunkt indehaves af samme subjekt (hvilket ikke er tilfældet, hvis man befinder sig i en af de særlige relationer, hvor aftalen har retlig betydning for *terdjemand*, jf. nærmere i afsnit 10.1.). Men i selve denne konstatering ligger også nøglen til at forstå nogle af de problemer, der kan opstå mellem disse selvsamme parter før og efter kontraheringen. Den almindelige magtadskillelærelære (se hertil *Ret og metode*, s. 30 ff.) bygger på den tanke, at magtudøvelse udfolder sig bedst og mest afbalanceret, hvis den ene magt kan kontrollere den anden: Den lovgivende magt begrænses f.eks. ved den domstolskontrol, domstolene udøver i henhold til grundloven; den udøvende magt ved de retlige begrænsninger, der lægges i lovgivningen. I aftaledannelsen kommer denne magtafbalancering først og fremmest til udtryk i aftaleforhandlingen, jf. nærmere bogens kapitel 2. I opfyldelsen kommer den til syvende og sidst til udtryk ved parternes mulighed for at gå til domstol eller voldgift med en uenighed. Men imellem disse yderpunkter kan der være en væsentlig pointe i at betone de fordele, der kan ligge i således at indbygge “*checks and balances*” i opfyldelsesprocessen, f.eks. ved at lade denne faseopdele mv., jf. nærmere afsnit 2.2.e.

Faktumsiden

Den *faktiske* side af aftaleforholdet beskrives som sagt med ordet *transaktion*. Sondringen mellem “aftale” og “transaktion” er væsentlig. En *transaktion* er indbegrebet af de faktiske omstændigheder, der udfolder sig, når værdier overføres mellem parter. Hvor *aftalen* udgøres af de partsvedtagne retsregler, der regulerer transaktionen, er *transaktionen* de faktiske forhold, aftalen tager sigte på. En og samme transaktion kan dermed give grundlag for vidt forskellige typer af aftaler. Det kan ligefrem tænkes, at væsentlige dele af en transaktion slet ikke reguleres af aftaler, men af ikke-forpligtende udtalelser (“konstaterende erklæringer” og andre konstateringer, se herom under 3.4.b.) og udfyldende ret.

1.2.b. Aftalens delkomponenter

En aftales gyldighed står og falder med de *løfter*, parterne udveksler, og dens funktion som retsgrundlag står og falder med, at der knyttes retsvirkninger til disse aftaleretlige delkomponenter. Delkomponenterne består ikke blot af de enkelte *løfter* i aftalen, men også af *konstaterende erklæringer* og af de påbud, parterne afgiver som led i transaktionen eller efter den (men med hjemmel i aftalen). Den grundlæggende aftaleret bygger på denne “komponentlære” med sit fokus på det enkelte løfte og den enkelte viljeserklæring, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, s. 71 ff.

Udgangspunkt i
løftet

Det ligger i aftalebegrebets henvisning til “løftet” og (eventuelt) “viljeserklæringen”, at en pligterklæring, der *påtvinges* A af B, og som for så vidt ikke udspringer af dennes vilje, ikke bør fremkalde retsvirkninger som en viljeserklæring. Retsteknisk har AFTL gennemført denne udskillelse ved hjælp af ugyldighedslæren, jf. nærmere aftalelovens kapitel III. Er en forpligtelse derimod *gyldigt* pålagt aftaleparten af en offentlig myndighed og på grundlag af særlig hjemmel – f.eks. i konkurrencereglerne eller i immaterialrettens regler om tvangslicens – har vi vel at gøre med et retligt forpligtende instrument, men definitorisk ikke med et løfte eller en aftale. Tvangslicensen er en konkurrenceretlig/immaterialretlig indgrebsbeføjelse, hvis retsvirkninger udledes af andre regler og hensynsafvejninger. Den offentligretligt regulerede aftale vil altid udfolde sig inden for rammerne af et hjemmelsgrundlag og har netop derfor offentligretlig karakter. At den aftale, der indgås “frivilligt”, men under trusler om leveringspåbud, dermed må håndteres anderledes end den, der følger i konsekvens af et sådant påbud, kan i øvrigt forklæres med den handlefrihed, der – trods truslen – trods alt består for at præge aftalen.

Retssystematisk er der store fordele ved at koncentrere opmærksomheden om de enkelte retlige komponenter, der skaber retsgrundlaget for en transaktion, snarere end om en ikke nærmere præciseret “aftale”. Se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 73 ff. Herigennem ledes man tilbage til de forhold, der motiverede parterne til at forpligte sig (eller til netop ikke at forpligte sig), og som i alle tilfælde vil være afgørende for *aftalefortolkningen*, for bedømmelsen af aftalens *gyldighed*, for parternes *erstatningspligt* og for andre retlige virkninger. Centrale *formueretlige tankemønstre* som f.eks. forudsætningslæren og culpaterminologien knytter sig

netop til de enkelte valg, den forpligtede træffer, jf. i det hele mine bemærkninger i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (2003), s. 591 ff. En aftale består således af et antal *løfter*, der hver for sig kan betragtes som udtryk for valg. En fokus på disse valg giver et godt grundlag for at anlægge de *økonomisk-forretningsmæssige* analyser af aftalebegrebet, som efter nærværende fremstilling har afgørende betydning for læren om aftaleforhandling og -koncipering.

*Løftet og dets
kontekst*

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, s. 75 f. og 80 f., er et løfte en *viljeserklæring*, som går ud på at pålægge sin afgiver en forpligtelse efter sit indhold. Som viljeserklæring må løftet have rod i en beslutning, som afgiveren har villet manifestere over for omverdenen. Afgiveren kunne med andre ord have *handlet anderledes* for at undgå at bibringe den godtroende løftemodtager denne opfattelse. Løftet optræder altid i en sammenhæng, hvor afgiveren er i en slags dialog med omverdenen, og dets retsvirkninger vil derfor bestemmes af denne sammenhæng. Det er heri, løftemodtageren bygger sine forventninger om, at afgiveren virkelig har ønsket at forpligte sig. Der stilles derimod ikke noget krav vedrørende den form, løftet afgives i, eller til dets nærmere udformning eller omfang. Både et nik med hovedet, et “jeg accepterer” eller en centimetertyk kontrakt kan fremtræde som “løfter”.

Løfte og aftale

Løfter bliver til hoved- eller delkomponenter i en “aftale”, når de indgår i et samspil, hvor også en anden part – medkontrahenten – afgiver et sæt løfter. I aftalen kommer hver af parternes løfter til at korrespondere med de ydelser og modydelser, der præsteres af den anden part, og som dermed udveksles som led i transaktionen. Typisk vil aftalen (dvs. den for sagsforholdet relevante flerhed af viljeserklæringer) tidsmæssigt, økonomisk eller retligt skulle håndteres under ét, altså som en *enhed*. Dette er tilfældet, når den merværdi, der er tilsigtet, alene opnås i kraft af, at de enkelte løfter afgives tilsammen og dermed udgør retsgrundlag for den pågældende transaktion.

1.2.c. Transaktionen

*Aftalen som
systembegreb*

I den almindelige obligationsret fungerer aftalebegrebet som en *systematisk ramme*, der kan afgrænse de retsvirkninger, der udspringer af – eller som kan rettes mod – et aftaleforhold. Når man fastslår, at det er “*aftalen*”, der indgås, opsiges, ophæves, er

genstand for lovvalg, henskydes til afgørelse ved voldgift etc. (og ikke de enkelte løfter, der indgår i aftalen), refererer man til en *overordnet ramme*. Denne reference kan f.eks. anvendes til at afgrænse de retsvirkninger, der kan rettes mod aftalen: Ugyldigheden mv. rammer som udgangspunkt *aftalen* i alle dens ord og punkter mv. (medmindre parterne har andre motiver med transaktionen). Når man forhandler en “aftale” på plads, er det jo netop, fordi man forholder sig til alle de ydelser og modydelser, der ligger i dens enkelte ord og punkter, og enes om, at disse i den totale sammenhæng er acceptable.

Uanset omfanget af det enkelte aftaledokument mv. bliver begrebet “aftale” dermed lige så smalt eller bredt, som parterne aftaler – eller forudsætter – at det skal være. Både en generel rammeaftale (f.eks. et sæt faste indkøbsbetingelser) og en udfyldende leveringsaftale (f.eks. en bestilling, afgivet under disse betingelser) må karakteriseres som “aftaler”.

Ofte må *delmængder* af aftalen behandles for sig, f.eks. således at krav om opfyldelse, opsigelse eller ophævelse gøres gældende mod de dele af det samlede aftaleforhold, der regulerer disse spørgsmål. Om der er grundlag for en sådan udskillelse, beror på fortolkning og udfyldning under inddragelse af de forudsætninger, parterne må antages at have haft med at påtage sig de enkelte forpligtelser. Tommelfingerreglen må her være, om parterne på forhånd ville have reguleret det nævnte deltema som en transaktion, der var økonomisk bæredygtig for sig, uafhængigt af den samlede transaktion.

Delmængder

Se nærmere herom *Lærebog i Obligationsret I*, s. 189, med henvisning til dommene i *U 1916.67 H*, *U 1933.524 SH*, *U 1945.363V* og *U 1958.379 H*, til belysning af dette princip dommen i *U 1992.535 H* og *U 2011.115 H* om misligholdelse af biforpligtelser. Nærmere herom i afsnit 8.1.b. Princippet følges ligeledes i vurderingen af, om misligholdelse af en successiv leveringsforpligtelse skal give ret til at ophæve aftalen vedrørende efterfølgende leveringer, jf. KBL §§ 22 og 29.

Omvendt kan forskellige aftaledokumenter hver for sig tænkes at regulere bestemte aspekter af transaktionen. Man taler i disse tilfælde om, at der foreligger et *aftalekompleks*, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, s. 86 ff., og nedenfor afsnit 3.5 f. At der er

Aftalekomplekser

flere aftaledokumenter, kan skyldes praktisk begrundede eller tilfældige forhold (f.eks. at forskellige parter er involveret i de forskellige aspekter af transaktionen, eller at parterne har ønsket at benytte et sæt færdige aftaleformularer eller et velkendt paradigme). Når der i sådanne tilfælde – ud fra en vurdering af formålet med transaktionen – har været et samspil mellem de enkelte aftalekomponenter i det samlede aftalekompleks, har domstolene undertiden vist sig parate til at opfatte aftalekomplekset som “en samlet aftale” i henseende til fortolkning og ugyldighed, se f.eks. *U 2002.1030 H*. En sådan identifikation er dog kun mulig, når den part, der nu reelt bliver – men som formelt set ikke var – part i den overordnede aftale, der opstår i konsekvens af aftalekomplekset, har indset eller burde have indset dette samspil mellem de enkelte aftaler i komplekset.

1.2.d. Andre grundbegreber

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.1.e.-2.1.6., findes der en række manifestationer, der umiddelbart minder om løftet og aftalen, som også ofte vil indgå i den aftaleretlige regulering, men som systematisk må holdes uden for aftale- og løftebegrebet.

*Konstaterende
erklæringer*

Et væsentligt eksempel herpå er som allerede nævnt den *konstaterende erklæring*, se herom *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.1.f. En konstaterende erklæring er en udtalelse, der forholder sig til et forhold i den ydre verden eller i afgiverens bevidsthed, men som ikke giver udtryk af at skabe en forpligtelse for afgiveren (et retsgrundlag), og som derfor ikke får løftekarakter. I aftaledokumenter optræder konstaterende erklæringer side om side med eller som præmisser for aftalens løfter. Hvor aftalens løfter fremkalder *retsvirkninger* i overensstemmelse med deres indhold (og dermed opnår retlig gyldighed), udtrykker den konstaterende erklæring blot noget om afgiverens *opfattelse* af det forhold, den angår. Man *lover* ikke noget ved blot at udtale sin holdning. I nogle tilfælde vil den konstaterende erklæring fremstå som en mere højtidelig udtalelse afgivet af den ene part. “Sælger erklærer, at der *ham bekendt* ikke findes skjulte fejl og mangler ved det solgte”. I andre vil den rumme en *faktisk oplysning*, der blot meddeles i aftaledokumentet: “Restgælden udgør på overtagelsesdagen x kr.”.

I begge tilfælde vil erklæringens forpligtende virkning altid skulle udledes af retsregler uden for erklæringen, f.eks. aftaleretlige ugyldighedsregler (svig, regler om forudsætningsssvigt mv.), almindelige erstatningsregler (culpareglen), køberetlige mangelsregler eller andre aftaler mellem samme parter. Viser det sig, at en sælgererklæring er afgivet *mod bedre vidende*, kan den danne grundlag for aftalens ugyldighed og/eller en erstatningsbeføjelse. Viser det sig, at restgælden udgør et større beløb, vil en anden aftaleregulering (f.eks. sælgerens pligt til at overdrage ejendommen uden anden gæld end den angivne) kunne træde i kraft. Se nærmere herom afsnit 1.3.

Den konstaterende erklæring vil ofte kunne kvalificere et forhold som en *forudsætning*: At forudsætte x indebærer netop en antagelse om, at x har en bestemt karakter. Og denne antagelse vil ofte basere sig på, hvad andre har sagt. Går vilkåret ud på, at sælgeren "... garanterer, at der ikke findes skjulte fejl og mangler ved det solgte", er situationen en anden. Her afgives et løfte, der efter sædvanlig juridisk forståelse indebærer, at han har påtaget sig et objektivt erstatningsansvar for sådanne mangler. Denne afgrænsning kan være vanskelig at foretage, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 90 ff., og til illustration *U 2002.466 V*, hvor oplysningen om, at en modernisering af et parcelhus var udført af "professionelle håndværkere", i en sag om mangler ved en elinstallation (udført af en autoriseret installatør) ikke ansås som en indeståelse for lovligheden af det udførte arbejde.

Når afgiveren af en konstaterende erklæring blot udtaler sig om sin momentane forestilling om, hvordan han ønsker at disponere i fremtiden, kaldes den konstaterende erklæring for en *hensigtserklæring*, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.1.g. Hensigtserklæringer spiller en væsentlig rolle i den praktiske aftaleret, herunder på områder, hvor en part nærer et ønske om at optræde på en bestemt måde uden at ønske at være retligt forpligtet hertil. Således er situationen f.eks. ofte i relation til visse former for garantistillelse (se herved *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.b. om støtteerklæringer) og i forbindelse med en genforhandling (se herved nedenfor i afsnit 7.5.c.). Se i øvrigt om hensigtserklæringer nedenfor i afsnit 1.3.b.

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.1.e., kan det være praktisk at reservere ordet *vedtagelse* for visse ikke-forpligtende udsagn, hvad enten ikke-pligten skyldes, at der er

*Erklæring og
forudsætning*

*Hensigts-
erklæringer*

Vedtagelser

tale om en *hensigtserklæring*, eller at dispositionen ikke nødvendigvis har retsvirkninger. Denne terminologi er forudsat i vor aftaleretlige lovgivning (se herved AFTL § 38 om den ikke-bindende konkurrencebegrænsende “vedtagelse” og tilsvarende rentelovens § 7, stk. 2, om ulovlig overrente), og den stemmer med sprogbroen i den konkurrenceretlige lovgivning. Således sonderer konkurrencelovens § 6 (og tilsvarende TEUF art. 101) mellem de juridisk bindende *aftaler* henholdsvis de *vedtagelser*, der ikke forudsættes at være juridisk bindende. Ligeledes synes FAL konsekvent at anvende ordet “vedtagelse” om dispositioner, der ikke er bindende, se herved lovens §§ 17, 23, 24, stk. 3, 31 og 50. I procesretten anvendes “vedtagelse” ofte for (aftaleretligt præliminære) processuelle dispositioner, f.eks. om voldgift, værneting mv.

Kvasiløfter

Et kvasiløfte er en direkte eller indirekte manifestation, som opnår løftevirkninger uden at være en viljeserklæring. Ved sin faktiske adfærd signalerer løftegiveren, at han opfatter et forhold på en bestemt måde eller føler sig forpligtet i en bestemt henseende. Navnlig i tilfælde, hvor parterne uden at have afgivet egentlige løfter giver sig til at opfylde en aftale, er vejen til at antage et kvasiløfte kortere. Det kan være svært at afgøre, hvornår en adfærd, der udvises efter aftalens indgåelse, men som strider mod aftalens indhold, forpligter med den virkning, at aftalen anses for ændret. Det må normalt formodes, at parterne har ønsket, at deres aftale står ved magt. Derfor skal der normalt meget til at antage, at en faktisk fulgt adfærd indebærer en fravigelse af det aftalte.

Kompetence- tildelinger

Som nævnt i *Grundlæggende aftaleret*, s. 81 f., og nedenfor s. 240 ff., kan man udskille kompetencetildelingen i en gruppe for sig. Herved forstås en viljeserklæring, hvis retsfølge skaber en kompetence for nogen, altså giver nogen ret til at disponere med bindende virkning for afgiveren (f.eks. som fuldmægtig). Kompetencetildelingen forudsætter dermed et trepartsforhold, hvori den part, der tildeles en kompetence (typisk i rollen som fuldmægtig), optræder mellem hovedmanden og tredjemand. Et sådant mellemmandsforhold kræver et særligt retsgrundlag, som kompetencetildelingen vil være en del af (f.eks. en ansættelses-aftale med forudsat stillingsfuldmagt, hvorved mellemmanden ansættes til at bestride en salgsfunktion hos hovedmanden). I

praksis vil den ret til at disponere, der følger af kompetencetildelingen, indgå i samspil med andre forpligtelser, f.eks. til at varetage hovedmandens interesser. Dette samspil indebærer, at kompetencetildelingen i praksis altid vil pålægge den kompetente part visse forpligtelser. Meddelelsen om, at kompetencen er tildelt eller ophørt, vil følgelig være et *påbud*, der som sådant binder mellemmanden ved fremkomst.

Problemerne herom behandles i afsnit 5.2. Som her anført kan kompetencetildelingen også indgå i en transaktion mellem A og B, hvorved parterne på forhånd bestemmer, hvem der kan træffe visse typer af beslutninger med gyldighed for begge. I projektprægede transaktioner og i aftaler om såkaldt *partnering* er det f.eks. ikke ukendt, at man udpeger særlige styringsgrupper mv., som tillægges kompetence til at udfylde aftalens generelt formulerede kvalitetskrav. Se nærmere afsnit 7.5.d. I aftaler om overdragelse af fast ejendom er det sædvanligt at tildele den berigtigende advokat eller det medvirkende pengeinstitut kompetence til at disponere over deponerede midler. Ligeledes kan det forekomme, at man som led i en genforhandlingsordning giver den ene part kompetence til at afgøre et tvivlsspørgsmål endeligt eller til at udvirke en ændring af aftalen, se hertil bemærkningerne s. 107 f. og 377 ff.

Den retlige term “påbud” anvendes om dispositioner, som påfører modtageren en forpligtelse. Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, s. 81 og afsnit 3.1.g., må et påbud derfor altid have hjemmel i lov eller aftale. Denne hjemmel kaldes *påbudsgrundlaget*. Alt efter påbudsgrundlagets karakter kan påbuddet påføre afgiveren forskellige typer af forpligtelser. Påbud kan optræde overalt i aftalens livscyklus: Ved aftalens indgåelse er *accepten* et påbud, der på grundlag af tilbuddet forpligter tilbudsgiveren. Når køberen reklamerer over mangler mv., holder *reklamationen* (som dermed også er et påbud) sælgeren fast på sin forpligtelse til at levere mangelfri ydelse. Når aftalen *siges op* eller måske ligefrem *ophæves* på grund af misligholdelse, forpligter opsigelsen eller ophævelsen (som påbud) modparten til nu ikke længere at kunne påberåbe sig de rettigheder, der fulgte af aftalen.

I visse aftaleforhold har parterne faste betegnelser (“lejer” og “udlejer”, “køber” og “sælger”, “funktionær” og “arbejdsgiver” etc.). Derimod findes der ingen dansk terminologi, der uden

Påbud

Partsbetegnelser

hensyntagen til retsforholdets art betegner parterne i en aftale. *Gomard* introducerede i sin tid betegnelserne *realdebitor* og *real-kreditor*, henholdsvis *pengedebitor* og *pengekreditor* for at karakterisere den part, som havde pligt til at præstere henholdsvis ret til at modtage realydelser eller penge. Terminologien er tung, men effektiv, og derfor videreført i *Lærebog i Obligationsret I*. Dens fordel ligger i, at man hermed dels peger på den person, der skal “præstere” henholdsvis kan “forlange” noget (debitor/kreditor-terminologien), dels på pligtens genstand (penge/realydelses-terminologien). Dette letter fremstillingen af traditionelle obligationsretlige spørgsmål (selv om “realydelser” af immateriel karakter og i form af unkladelsespligter ikke altid passer helt ind i skemaet). I det følgende anvendes primært de neutrale betegnelser A, B og C om parter, der er involveret i et aftaleforhold. Den ledsagende tekst vil da præcisere den enkeltes rolle. Kreditor/debitor-terminologien reserveres primært til sammenhænge, der særligt præges af et skyldforhold vedrørende materielle ydelser og penge.

1.2.e. Transaktionens værdi og risici

*Økonomi og
formueret*

Kommerciel aftaleret og økonomisk tænkning går hånd i hånd. Den kommercielle aftaleret drejer sig om økonomiske værdier. Aftalelovens titel henviser til “formuerettens område” (se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 53 f.), og selv om denne henvisning ikke er bindende ved lovens afgrænsning, er der almindelig enighed om, at løfter og aftaler, der ikke angår formueværdier (f.eks. i familieforhold om fælles forældremyndighed, samværsret og “børnetestamenter”), falder uden for lovens område. Sådanne aftaler omfattes undertiden af særlige regler.

At aftalerettens problemstillinger har en økonomisk dimension, er derfor klart. Angår aftalen en formueværdi, og indebærer den, at der ydes vederlag herfor, må dispositionen nødvendigvis udspringe af økonomiske overvejelser. Betragtningen stemmer med livets realiteter: Køber jeg for dyrt? Kan jeg forvente at få nogen økonomisk fordel af aftalen, og hvornår får jeg i så fald denne fordel? Omvendt ligger det også klart, at der er stor økonomisk forskel mellem forskellige typer af transaktioner. Nogle aftaler indgås af parter, der kun mødes den ene gang og aldrig senere kommer i kontakt med hinanden. Andre tvinger parterne sam-

men i et fællesskab, hvis succes beror på parternes samarbejdsevne.

Økonomien er læren om det rationale, menneskelige valg truffet i et univers af knaphed på menneskelige behov, jf. nærmere *Ret og metode*, s. 107 ff. Knapheden gør det nødvendigt at fordele ressourcerne effektivt, f.eks. ved at udnytte produktionsapparatet optimalt og placere risici, hvor der er størst mulighed for at reducere dem. Sådanne overvejelser kan ikke alene anlægges *makroøkonomisk* (med sigte på samfundets almindelige indretning), men også *mikroøkonomisk* (i relation til enkelte transaktioner).

Knaphed og risiko

Vil man forstå de enkelte transaktioner, deres retsgrundlag og reguleringsbehov, må man også forstå disse økonomiske og heraf følgende forretningsmæssige drivkræfter. *Værdier* skal identificeres (se hertil afsnit 2.1.) og *risici* afklares, hvad enten disse risici angår modpartens evne til at opfylde aftalen (se hertil afsnit 2.2.) eller selve ydelsen (se hertil afsnit 6.2.d.). Aftaleforhandleren må have fokus på de *handlingsvalg*, der realiserer disse interesser og værdier under aftalens indgåelse, koncipering og opfyldelse. Økonomiske tankegange kan også give forståelse for, hvor man bør placere en *risiko*, og hvordan man bør fastlægge en ydelses *værdi* eller opgøre et *tab*. Et fokus på vederlag og risiko kan også løse op for en fastlåst uenighed om omfanget af garantier, forventninger til en markedsudvikling eller hæftelser for *force majeure*-betingede opfyldeshindringer. Nyere litteratur i grænselandet mellem jura og forretningsforståelse fokuserer netop på dette samspil. Se bl.a. *Jon Iversen: Legal risk management i private virksomheder*, 2. udg. (2007), navnlig s. 31 ff. om “enterprise risk management”, *David Frydinger: Det affärsjuridiska hantverket. Arbetet innanför avtalsfrihetens gränser* (2012), navnlig kapitlerne 3 (s. 41 ff.), 4 (s. 73 ff.) og 9 (s. 235 ff.) og *Tobias Mahler: Legal Risk Management. Developing and Evaluating Elements of a Method for Proactive Legal Analyses, With a Particular Focus on Contracts*. Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo (2010).

En af aftalekoncipistens største udfordringer består i at forholde sig til de usikkerheder, der omgiver transaktionen, og herunder at fordele de retlige og faktiske *risici*, der følger af en sådan usikkerhed. I det omfang disse risici er kendt, er opgaven kon-

Den “perfekte” aftale

ciperingsmæssig, se hertil afsnit 3.1.c. Professionelt virkende aftaleparter vil typisk gøre sig store anstrengelser for at *foregribe* sådanne usikkerheder. Men uanset hvor avancerede værktøjer og modeller, man råder over, er det i en moderne verden umuligt at opnå fuldstændig sikkerhed. Nye teknologier, ny og uforudset konkurrence, miljøforandringer, naturkatastrofer og pludselige omskift i de økonomiske og markedsmæssige vilkår kan med et slag forandre den stabilitet, parterne havde lagt til grund for deres dispositioner.

Den “perfekte aftale”, der tager højde for alle sådanne risici, findes derfor ikke. Men jo større værdier, der er på spil, desto større anstrengelser vil parterne normalt gøre for at nå hen imod dette ideal. Oversigtsmæssigt kan dette enten ske gennem faktiske foranstaltninger til *risikoreduktion* (f.eks. i form af kvalitetssikring mv., se hertil afsnit 2.2.d.), ved *risikofordeling* (hvor enten den ene eller den anden part påtager sig at bære konsekvenserne af, at en uønsket begivenhed realiseres) eller ved *forsikringsafdækning* (hvor risikoen ved aftale med et forsikringssselskab overtages af dette). I tillæg hertil kan man afbøde konsekvenserne af bestemte risici gennem regler om *genforhandling* af aftalens vilkår (se hertil afsnit 7.5.c.) eller ved *modifikation* af enkelte retsvirkninger (se hertil afsnit 8.5. om umulighed, force majeure og hardship).

1.3. Den praktiske aftalerets virkemidler

1.3.a. Aftalemanifestationen

Introduktion

I det følgende skal fokus rettes mod nogle af de virkemidler i og omkring det klassiske aftalebegreb, der spiller en rolle i den praktiske aftaleret, såvel ved aftalens indgåelse som i den efterfølgende opfyldelse. I en bog om aftaleret er det selvsagt mest nærliggende at rette fokus mod selve det dokument, der manifesterer den indgåede aftale. Men i praksis indgår selve aftalen mellem parterne i et tæt samspil med en række andre retlige instrumenter, som hver på sin måde kan påvirke parternes og tredjemands retsstilling.

Ingen formkrav

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.4., gælder der som udgangspunkt ingen formkrav i dansk aftaleret. Aftaler kan således indgås *mundtligt* (løfte og accept), ved hjælp

af *dokumenter* (nedfældelse og underskrivelse), ved *faktiske handlinger* (møntindkast i automater eller brug af kreditkort i vareautomater) og efter omstændighederne i kraft af *undladelser*. Fordi retsvirkningerne ikke er identiske, kan det dog være nødvendigt at sondre mellem den aftaleindgåelse, der bæres af *viljeserklæringer*, og kvasiløfter, der netop ikke har denne forankring, jf. i det hele *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.5.a.

Den formløshed, der præger dansk ret, indebærer i praksis, at parterne ikke af hensyn til aftalens *gyldighed* behøver at kære sig om, hvordan aftalen manifesteres. Selve manifestationen fungerer primært som *bevis* for, hvad parterne har aftalt. Hertil kommer, at visse typer af manifestationer (f.eks. et aftaledokument påført begge parters underskrift) i sig selv kan afgive en *formodning* om, at parterne har ønsket at forpligte sig, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.4.b. I mange tilfælde vil det ligge klart ud fra parternes faktisk fulgte adfærd, at de er aftaleparter. Kommer det til et brud, kan det uden en nedfældet aftale være vanskeligt at rejse krav, jf. f.eks. *U 2013.2014 H*.

Retlig betydning

1.3.b. Hensigtserklæringer

Som nævnt i afsnit 1.2.d. er en hensigtserklæring (også kaldet “*letter of intent*” eller “*memorandum of understanding*”) en konstaterende erklæring, som gengiver afgiverens momentane forestilling om, hvordan han ønsker at disponere. En hensigtserklæring fremtræder i formen som uforpligtende, og det almindelige udgangspunkt er da også, at hensigtserklæringer ikke kan kræves opfyldt efter deres indhold, end ikke selv om de er afgivet i et aftaleforhold, sml. situationen i *U 2009.1214 H*, hvor en “intention om å udvide forhandlerens markedsområde” ikke i sig selv forpligtede producenten. Selve hensigtserklæringen manifesterer kun den erklærendes *hensigt* eller *plan* om på et senere tidspunkt at gøre eller undlade noget. Heri kan vel ligge en væsentlig moralsk forpligtelse: De færreste ønsker at træde ud af det pæne selskab, selv om det ikke nødvendigvis har retlige konsekvenser. Det gælder navnlig, når hensigtserklæringen fremtræder i form af et dokument, der afgives som led i parternes målrettede bestræbelser på at opnå en samlet enighed om en kompliceret transaktion (f.eks. en virksomhedsoverdragelse).

Begreb

Fordi hensigtserklæringen drejer sig om afgiverens *hensigt* til

Term sheets mv.

noget, er den *fremadrettet*. Men den er også *momentan*, fordi den kun udtrykker hensigten i *afgivelsesøjeblikket*. Som anført af *Lego Andersen* (2002), s. 22 f., finder man en variant af hensigtserklæringen i de dokumenter, der i et blik bagud *fikserer*, hvad parterne nu er blevet enige om, og på dette grundlag lægger planerne for den fortsatte aftaleforhandling. Den videre vej frem kan herefter nedfældes i et dokument, som undertiden betegnes som et *term sheet* eller som *heads of agreement*, og som alt efter sit indhold rummer forpligtende viljeserklæringer eller blot konstateringer om det hidtidige forhandlingsforløb. Man kan også forestille sig en *forkontrakt* indgået, der fastslår den enighed, der dog er nået. I en kombination af disse løsninger kan man i den *præambel*, der udgør indledningsordene på denne forkontrakt, fikserer den opnåede enighed.

Retsvirkning

Selv om hensigtserklæringen ikke har løftevirkninger (dvs. ikke forpligter afgiveren i overensstemmelse med sit indhold), vil der typisk være forretningsmæssige sanktioner knyttet til ikke at efterleve den. Det er f.eks. ikke passende at forhandle videre i en situation, hvor man slet ikke er interesseret i noget forhandlingsresultat. Har man afgivet en hensigtserklæring svigagtigt (mod bedre vidende), kan der dernæst indtræde erstatningspligt efter reglerne om erstatning uden for *kontraktsforhold*, se hertil s. 36 og 57 ff. Ligeledes kan det løfte, der indgås i tillid til en svigagtigt afgivet hensigtserklæring, rammes af ugyldighed. Strafansvar for bedrageri kan også komme på tale, hvis en hensigtserklæring afgivet mod bedre vidende er egnet til at påføre dens modtager et formuetab.

Pligtvirkning

At parterne vælger at betegne et dokument som en "hensigts-erklæring", udelukker ikke, at der i dokumentet optages pligter, der kan sanktioneres retligt. Ved at betegne et dokument sådan har parterne jo ikke nødvendigvis taget stilling til, hvilke (aftale-retlige eller andre) retsvirkninger de enkelte vilkår heri skal have, jf. *U 1994.470 V*, *U 1998.1289 H* og *U 2011.2726 H* samt bemærkningerne hertil i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.e., og i *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.b. Men ved at betegne et dokument på denne måde bestyrker parterne en formodning for, at de *ikke* har forpligtet sig aftaleretligt. Formodningen kan afkræftes, se f.eks. *U 1994.470* og *U 2007.189 H*. Ofte vil man i dokumenter, der betegnes som "hensigtserklæringer", finde vilkår om

f.eks. hemmeligholdelse, afholdelse af omkostninger, *due diligence* o.m.a. I det omfang der indeholdes sådanne vilkår i hensigtserklæringen, kan det, som fremhævet af *Lego Andersen* (2003), s. 22, være hensigtsmæssigt at optage andre almene aftalevilkår, f.eks. om konfliktløsning og lovvalg. Sådanne vilkår har normalt retsvirkninger.

Hensigtserklæringer udsondres undertiden fra støtterklæringer (*letters of comfort* eller *letters of awareness*). Hvor hensigtserklæringer kan tage sigte på alt mellem himmel og jord, angår støtterklæringen en hensigt om at tilvejebringe et finansieringsgrundlag. Støtterklæringer anvendes typisk, hvor den “forpligtede” ikke ønsker at forpligte sig ved en garanti, jf. i det hele redegørelsen i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.e. Hvor *støtterklæringen* markerer afslutningen på en forhandling – kreditor vælger at finansiere på grundlag af erklæringen – vil *hensigtserklæringen* i almindelighed blive fulgt op af et andet instrument, en endelig aftale.

Støtterklæringer

Der kan være talrige *praktiske* argumenter for at fiksere en retlig relation ved hjælp af en hensigtserklæring. En hyppig begrundelse er, at parterne ikke har *mulighed* for at forhandle et færdigt aftaledokument på plads pga. tidnød (i relation til skattemæssige eller forretningsmæssigt begrundede frister – se f.eks. *U 2007.189 H*, hvor nogle “hensigtserklæringer” afgivet ved udløbet af et regnskabsår ansås for bindende, selv om de først senere blev fulgt op af et aftaledokument), manglende adgang til skrivefaciliteter (f.eks. under natteforhandlinger), eller fordi der er behov for nærmere faktisk eller juridisk afklaring om aftalens grundlag og konsekvenser. Mangler parterne et beslutningsgrundlag at aftaleforpligte sig på, kan de i stedet vælge at indgå aftale, *betings* af, at de udestående forhold opfyldes, jf. nærmere afsnit 4.2.a.

Praktiske funktioner

Der kan også være *retlige* argumenter for ikke at ville påtage sig bestemte typer af pligter, selv om man er indstillet på at efterkomme dem. Det kan f.eks. tænkes, hvis pligten angår en aktivitet, der falder uden for et selskabs vedtægtsbestemte formål. I så fald kan den give anledning til en belastende revisionsanmærkning i årsrapporten.

Retlige funktioner

1.3. DEN PRAKTISKE AFTALERETS VIRKEMIDLER

Ifølge § 64, stk. 1, i årsregnskabsloven (lovbekendtgørelse nr. 1253 af 1. november 2013) skal virksomheden oplyse om sine eventualforpligtelser. Hertil henregnes almindeligvis retligt forpligtende støtteerklæringer. Herunder angives beløbene for henholdsvis pensions-, kautions- og garantforpligtelser, diskonterede vekslere og andre eventualforpligtelser, som ikke er indregnet i balancen.

*Forhandlings-
tekniske formål*

Som grundlag for en *forhandlingsteknisk* styring tjener hensigtserklæringen et tredje væsentligt *forretningsmæssigt* formål. Uden at være aftaleforpligtet kan parterne herved fastslå, hvilke vilkår der skal være gældende, *hvis* de senere indgår aftale. Selve hensigtserklæringen kan dermed *fastlåse* bestemte temaer i den senere forhandling. En hensigtserklæring kan også lette parterne i arbejdet med at skulle *gennemskrive* en indgået aftale, hvis der efterfølgende opstår behov for at modificere enkelte vilkår. Hensigtserklæringen virker da som et *protokollat* (se herom s. 189 f.), hvori parterne tilkendegiver deres opfattelse af en opstået uklarhed.

Retspligt uønsket

Endelig kan det tænkes, at parterne slet ikke ønsker et retligt grundlag for deres samarbejde. I nogle sammenhæng kan det måske føles upassende at forpligte sig, men mere "*gentlemanlike*" at agere på grundlag af den moralske pligt, der udtrykkes i en hensigtserklæring. Uanset en sådan tilkendegivelse måske ikke rummer en formel aftaleretlig disposition, kan den tjene sit formål på dette praktiske, forretningsmæssige plan, ligesom den kan indgå i aftalefortolkningen.

*Retlige
bifunktioner*

Selv om en hensigtserklæring ikke har løftevirkninger, kan den have betydning for parternes retsstilling i henhold til almindelige regler. Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, s. 94 f., er der kun begrænsede muligheder i dansk ret for at få erstatning for de tab, en part lider, når en aftaleforhandling brat afbrydes af modparten (*culpa in contrahendo*). Kun i tilfælde af kvalificeret illoyalitet kan den forsmåede part rejse erstatningskrav mod modparten, jf. herom s. 57 f. En hensigtserklæring, der udtrykker parternes utvetydige ønske om et forhandlingsresultat, der endnu ikke er nået, kan efter omstændighederne skabe en sådan loyalitetsforventning, at en brat og ubegrundet afbrydelse af forhandlingen kan udløse erstatningsansvar for den forsmåede parts kontraktsomkostninger.

Undertiden anvendes hensigtserklæringer som *tillæg* til allerede indgåede aftaler i form af såkaldte “side letters”. Se hertil afsnit 1.3.e.

Side letters mv.

1.3.c. Forkontrakten

Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.5.a., er en forkontrakt en aftale, der forpligter dens parter til under visse nærmere angivne betingelser senere at indgå aftale. En gyldig forkontrakt er som andre (gyldige) aftaler retligt bindende efter sit indhold. Ikke-opfyldelse af den pligt, forkontrakten skaber, kan sanktioneres særskilt. Alligevel ligger der i definitionens krav om, at der senere skal indgås en aftale, at forkontrakten ikke i sig selv *indeholder* den regulering, parterne har i tankerne som retsgrundlag for den pågældende transaktion. Man kan kun sanktionere misligholdelse af en forkontrakt med *naturalopfyldelse*, hvis man kender indholdet af den senere aftale, forkontrakten tager sigte på.

Begreb

Præfikset “for” i “forkontrakt” anvendes i betydningen “foran” (eller “før”). I ordet “forløfte” (dvs. kaution) anvendes det i betydningen “i stedet for”. Begrebet forkontrakt anvendes her pga. sin indarbejdelse – termen “foraftale” praktiseres sjældent, sml. dog *Huser* (1983), s. 108, der foreslår “forhånds aftale”. Husers terminologi stemmer ikke helt med dansk juridisk sprogbrug, der vistnok betragter forhånds aftalen som den aftale, der tidsmæssigt ligger forud for en senere aftale, uden nødvendigvis at have med dennes indhold at gøre, sml. f.eks. dommene i *U 1992.460 H*, *U 1991.834 H* og *U 1975.297 Ø*.

Der kan være forskellige grunde til at indgå en forkontrakt. Det kan f.eks. tænkes, at parterne ikke ønsker at indgå den endelige aftale på nuværende tidspunkt, idet deres interesse deri beror på visse udefrakommende forhold. Dernæst kan forkontrakten være tænkt som et *haltende retsforhold* (f.eks. en option, jf. herom afsnit 1.3.d.), der overlader det til den ene part at beslutte, om endelig aftale skal indgås. Endelig taler også en række af de forhold, der kan begrunde brugen af hensigtserklæringer som forløber for en forpligtende aftale, for at indgå forkontrakter, der blot gennem betingelser eller på anden vis tager højde for de omstændigheder, der afholder parterne fra med det samme at indgå den forpligtende aftale. Som anført af *Lego Andersen* (2002), s. 24, taler

Formål

usikkerheden om, hvad der vil ske, hvis man ikke kan nå til enighed om en detaljeret aftale, normalt for kun at benytte dette instrument, når der er tvingende årsager hertil (f.eks. at en part er i økonomiske vanskeligheder, men har brug for en retlig afklaring af, om et væsentligt aktiv er solgt eller ikke).

1.3.d. Optionen

Begreb og funktion

En option (dvs. "mulighed") er en aftalt eller tilsagt ret for en part til at indgå en aftale med en anden part efter egen bestemmelse og på nærmere fastlagte vilkår. Optioner har en særlig funktion, når B først senere ved, om han har praktisk eller økonomisk *mulighed* for at udnytte optionen og dermed frembringe aftaleforholdet, eller når den forpligtede ønsker at give den berettede en særlig fordel ved at kunne udnytte en senere *værdiforskydning* til den berettigedes fordel.

Haltende retsforhold?

Isoleret betragtet indebærer optionsaftalen et haltende retsforhold: A er pligtig at tiltræde aftalen, men B er det ikke. Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 7.5.b., gælder der en almindelig formodning *imod*, at et retsforhold kommer til at halte. I praksis vil en option da også oftest blive tilstået mod betaling eller anden modydelse (hvis der da ikke ligger et særligt incitament for den forpligtede til at tillade optionen). Gør den ikke det – enten i kraft af en udtrykkelig aftale om betaling, eller således at optionen indgår i et aftaleforhold, hvor den udgør en form for modydelse for modstående pligter – vil man ofte fortolke optionen til fordel for afgiveren, jf. *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.3.b., om minimumsreglen.

Efter amerikansk ret defineres optionsaftalen som et skriftligt og underskrevet tilbud, der afgives mod betaling (*consideration*), og som inden for en rimelig, fastsat tid uigenkaldeligt tilbyder en aftale på rimelige betingelser (*fair terms*), se Restatement (2d) of Contracts, § 87 (1).

"Put" og "call" optioner

Der findes to forskellige typer af optioner. Hvor en såkaldt *put option* giver den berettede ret til at *sælge* et aktiv til den forpligtede til en forud fastsat pris ("*strike-prisen*") og på et bestemt tidspunkt, giver en *call option* den forpligtede ret til at *købe* aktivet til denne pris og på et bestemt tidspunkt. Denne terminologi har *generel* gyldighed, uanset aftaletype. I relation til værdipapi-

rer og valuta har der dannet sig et *særligt* marked for finansielle produkter, der via optioner placerer finansielle risici hos parter, der (mod vederlag) er parat til at påtage sig sådanne nærmere specificerede risici. En eksportvirksomhed, der har solgt et vareparti i US-dollar til betaling 3 måneder senere, kan f.eks. via en *call option* opnå sikkerhed for, at dette beløb kan omveksles til den aftalte strike-kurs ved forfaldstiden.

Man kan også udskille forskellige typer af optioner ud fra deres praktiske placering i et aftaledokument:

En option kan for det første indgå som et integreret led i et aftaleforhold, som *modificeres* (f.eks. videreføres, selv om det ellers ville løbe ud), når optionen gøres gældende. Den berettigede får dermed ret til at videreføre aftalen i en yderligere aftaleperiode eller at foretage efterbestillinger af delkomponenter mv. I sådanne tilfælde konciperes optionen under hensyntagen til aftalens øvrige indhold. Heri ligger bl.a., at den byrde, optionen pålægger den forpligtede, modsvares af andre forpligtelser i aftalen.

*Integrerede
optioner*

Som eksempler på aftaleforhold, der hyppigt betjener sig af sådanne optioner, kan nævnes *finansiel leasing*, hvor *lessee* typisk kan forlænge leasingaftalen eller eventuelt købe de leasede aktiver efter grundperiodens udløb. Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.4.b. Ligeledes indeholder *indspilningsaftaler* ofte en option for pladeselskabet til at fortsætte aftaleforholdet med yderligere et antal udgivelser. Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.5.d. En sådan option kan enten gennemføres ved, at den optionsberettigede gives ret til ensidigt at *forlænge* aftaleperioden, eller som en slags *forkøbsret*, hvorved aftale kan indgås på de vilkår, modparten kunne opnå hos en tredjemand. I it-kontrakter giver man sædvanligvis kunden en ret til at købe *tillægsydelser* mv. hos leverandøren. Kunden har en særlig interesse heri, når de efterspurgte ydelser pga. deres tekniske karakter kun kan leveres af leverandøren. Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.4.f.

Den anden type option indgås adskilt fra et aftaleforhold, som til gengæld sættes i kraft ("*trigges*"), når optionen gøres gældende. Visheden om, hvilket aftalegrundlag man kan udvirke, når visse øvrige betingelser for at iværksætte en transaktion foreligger, giver et sikkert grundlag at disponere på. Derfor må optionen konciperes med samme detaljeringsgrad som den ikraftsatte aftale.

*Fritstående
optioner*

Eksempler på sådanne optionsaftaler er talrige: Overdragelse af *immaterielle rettigheder* sker ofte således, at *frembringeren* af retten giver *udnyttaren* en option i en indledende periode, indtil udnyttaren har skaffet den finansiering, der kræves til at udnytte retten kommercielt (f.eks. finansiering af en film) eller skaffe de nødvendige yderligere rettigheder til at sætte en patentbaseret produktion i værk (f.eks. afhængighedslicenser eller medicinsk godkendelse). Brugen af optioner er veludviklet i transaktioner om udvikling af byggeri, se *Anders Vøstergaard Buch & Jacob Møller* i samme (red.): *Projektudvikling af fast ejendom – en håndbog for praktikere* (2005), s. 28 ff. og 63 f.: *Developeren med idéen om, hvordan et areal kan byudvikles*, starter med at erhverve en *call option* om at købe arealet hos en ejer. Herefter igangsættes arbejdet med at udarbejde og få godkendt byplaner og andre offentlige tilladelser og – når det er sket – finansieringen af byggeriet. I ejeraftaler er det ikke ualmindeligt, at køberen af en større *aktiepost* får option på at købe den resterende aktiekapital, når der er forløbet et bestemt tidsrum, eller andre særlige forhold gør sig gældende.

1.3.e. “Side letters” mv.

Begreb og funktion

Aftaleparter kan vælge at nedfælde en del af deres samlede vedtagelse i en tekst, der holdes uden for det aftaledokument, som i øvrigt manifesterer deres enighed. Ved siden af dette hoveddokument etableres herefter et såkaldt “*side letter*” (“sidepapir”), hvor en række særlige tilføjelser til aftalen nedfældes. Undertiden anvendes også betegnelsen “*memorandum of understanding*”. Terminologien er ikke klar, lige så lidt som den aftaleretlige status af sådanne erklæringer er det.

Retstekniske formål

Der kan være flere retstekniske formål med at etablere et side letter. Væsentligst er muligheden for at indbygge en *hensigtserklæring* i tillæg til en eksisterende aftale. Eller det kan tænkes, at parterne af *formelle* grunde (f.eks. at man derved skal gennemføre en vanskelig og bekostelig procedure) ikke ønsker at tage hele aftalen op til revision. I stedet udtaler de som deres “hensigt” el.lign., at et allerede gældende vilkår fremover skal forstås på den og den måde. En tredje begrundelse kan være ulysten til offentlig *eksponering* af hele aftalens indhold. Hvis en aftale i øvrigt forventes offentliggjort ved tinglysning eller i Erhvervsstyrelsens registre, kan parterne undgå eksponering af oplysninger i aftalen (f.eks. om priser og garantier) ved at placere særligt følsomme vilkår i et *side letter*.

Selve tanken om, at dele af en aftale skal holdes ude af det dokument, der i øvrigt besegler parternes enighed, giver en antydning af noget fordækt. Man signalerer, at parterne ønsker at holde deres vedtagelse hemmelig for nogen – hvorfor ellers udskille den? Der kan som udgangspunkt aldrig være saglig grund til at udskille aftalevilkår med det formål at holde noget skjult for en offentlig myndighed, der har krav på at få kendskab til aftaleforholdet. Anmoder *Skat* om indblik i aftalens vilkår for at kunne konstatere en skattepligt, kan fremlæggelsen af en ufuldstændig aftale (uden oplysning om dens ufuldstændighed) udløse et straf- og erstatningsansvar, der efter omstændighederne også rammer den rådgiver, der har medvirket til en sådan aftalekoncipering. Derfor bør *side letters* alene anvendes i tilfælde, hvor ønsket om adskillelse tjener praktiske og legitime formål.

Saglige formål?

2.1. Grundlaget for aftaleindgåelsen

2.1.a. Værdibegrebet

Aftale og økonomi

Som nævnt i afsnit 1.1.b. er ønsket om at optimere parternes ressourcer og værdier den grundlæggende *drivkraft* i en kommerciel transaktion. Den kreative planlægning af, hvorledes en fortjeneste kan realiseres og optimeres, udgør det essentielle i begrebet forretningsmæssig dygtighed.

Formuerettens værdibegreb

De formueretlige regler bygger på den tanke, at værdien af en ydelse kan måles og kvantificeres. Derfor er det også udgangspunktet i den praktiske aftaleret, at parternes ydelser er *prissat* på den ene eller anden vis – typisk i form af et vederlag i penge.

Dette økonomiske perspektiv præger også de almindelige formueretlige regler. Om en ydelse er mangelfuld, vil uden modstående aftale bero på en abstrakt mangelsbedømmelse, der lægger vægt på, hvilke forventninger aftaleparter på det relevante område (marked) almindeligvis anstiller til ydelser som den omhandlede. En parts særlige ønsker kan kun inddrages i denne vurdering, hvis de har fundet udtryk over for modparten og dermed er blevet “kendelige”. Se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 2.3.a.iii.

de Bonos vagthund

I den praktiske aftaleret kan værdier imidlertid være langt mere vanskelige at erkende. Det er der flere grunde til. At det ikke er muligt at operere med objektive værdibegreber, illustreres med *Edward de Bonos* eksempel i bogen *Opportunities* (1978), s. 16: En mand køber en vagthund. Efter købet konstaterer han, at hunden ikke kan gø. Hvad bør han gøre? Hæve købet? Afflive hunden? Bruge den som kæledyr? Sende den til dyrlæge? *Edward de Bono* påpeger, at alle disse forslag ignorerer de *muligheder*, der ligger i den tilsyneladende mangel: Man kan nemlig vælge at anskue den manglende evne til at gø som en særlig kvalitet, der træder frem, når hunden placeres under et skilt, der advarer om, at hunden ikke giver lyd, før den går til

angreb! Anlægges denne betragtning, forsvinder den tilsyneladende mangel, der i den angivne *sammenhæng* netop bliver til en kvalitet ved ydelsen (hunden).

Eksemplet illustrerer, at værdien af en ydelse kan bero på helt individuelle forhold, der dels har at gøre med partens værdiforestillinger, dels med hans planlagte dispositioner på kort eller lang sigt. Hvad en part anser for værdifuldt, kan måske være iøjnefaldende, når parterne styrer mod en kortsigtet og overskuelig behovsopfyldelse. Men værdier kan være vanskeligere at overskue for formuegoder, der skal realiseres i en flerhed af *deltransaktioner*, over *længere tid*, eller hvis der hersker *usikkerhed* om væsentlige aspekter af transaktionen. Og endnu vanskeligere er erkendelsen, hvis værdien tænkes realiseret ved en forretningsidé, der endnu ikke er kendt for modparten. Det kan f.eks. give god mening at indgå en aftale med udsigt til tab, hvis den kan bane vejen for senere at indgå en profitabel aftale. Tabet kompenseres måske i udsigten til gunstig omtale, etablering af forretningsforbindelser eller eliminering af konkurrenter.

En anden årsag er til, at værdier er vanskelige at erkende, er, at vurderingen af, hvad der er "værdifuldt", beror på, hvilke *interesser* man inddrager. Denne interesseafgrænsning falder ikke sammen med ejerkredsens interesse i at profitere af virksomhedens drift. Medarbejdere, myndigheder, forbrugere, borgere i den tredje verden og talrige andre grupper kan i forskellige betydninger tænkes berørt ved virksomhedens transaktioner. Efter omstændighederne kan det ligefrem give mening at tildele disse *stakeholders* en eller anden rolle i transaktionen. Hele den bevægelse, der i dag pålægger virksomheder et socialt ansvar (såkaldt *Corporate Social Responsibility* eller "CSR", se hertil afsnit 6.4.f.), kan ses som en tendens til at prioritere hensyn, der på kort sigt fremtræder som "ikke-økonomiske" (f.eks. videregående hensyn til miljøet, til nationale interesser og til medarbejderes sikkerhed og tryghed) forud for økonomiske hensyn. Varetagelsen af sådanne hensyn tjener derfor til at styrke virksomhedens omdømme og "brand" og dermed også indtjeningen.

*Værdibegrebets
relativitet*

*Interesse-
afgrænsningen*

2.1.b. Værdi, planlægning og aftale

Enhver aftaleplanlægning starter med sådanne værdiovervejelser. Ved at studere de faktorer, der vil gøre transaktionens værdifuld

Værdisikring

(sådan som parterne har defineret deres værdibegreb), får man indsigt i, hvad der motiverer parterne til at gå sammen i aftalen. Denne indsigt er både nyttig i planlægningen af forhandlingsforløbet og ved valget af aftaleregulering. Hvis en ydelse har betydelig værdi for kreditor, bør aftalen enten understøtte de partspligter, der beskytter værdien, gennem passende *sanktioner* (f.eks. erstatningsbetaling) eller pålægge parterne pligt til at afdække risici gennem *forsikring*. I denne strategiske indsats kan det være nødvendigt at tænke flere skridt frem. Værdien af at fastholde en erhvervshemmelighed bør ikke alene understøttes gennem præcise handlepligter og hertil hørende sanktioner, men også af en voldgiftsklausul, der sikrer fortrolig behandling af tvister, se hertil afsnit 6.4.b.

Risikohåndtering

Når værdien af de udvekslede ydelser er afgrænset, må parterne afklare, hvordan de vil reducere de risici, der kan tænkes at ramme transaktionen. Ofte drejer det sig om at beslutte, hvem af parterne der skal bære en risiko, jf. om dette begreb afsnit 6.2.d. Som her anført handler det retlige risikobegreb om konsekvenserne af uønskede begivenheder. Disse konsekvenser kan enten lægges på en eller flere *aftaleparter* eller på en eller flere *trejeparter* (f.eks. underleverandører, forsikringsselskaber, kautionister, garanter eller vedligeholdere).

Øversigt

I det følgende berøres nogle af de faktiske, retlige, planlægningsmæssige og forhandlingstekniske forhold, der gør sig gældende under et forhandlingsforløb. Fremstillingen tager sit systematiske udgangspunkt i de faktiske undersøgelser, parterne baserer deres kendskab om hinanden på (2.2.). Den fokuserer herefter på de retlige begrænsninger, der gør sig gældende under selve aftaleforhandlingen (2.3.). Derpå gøres nogle bemærkninger om, hvordan aftaleforhandlingen herefter kan planlægges og struktureres (2.4.), inden det til sidst berøres, hvorledes man rent faktisk bør forholde sig, når selve forhandlingsdialogen er i gang (2.5-2.6).

2.2. Undersøgelser om modparten

2.2.a. Den forretningsmæssige betydning

Valget af aftalepart er en af de væsentligste beslutninger i en transaktion, der har blot nogen økonomisk betydning for parterne (hvad enten denne betydning skyldes, at transaktionen angår følsomme forhold, store værdier eller at den strækker sig over længere tid). Når det juridiske bureaukрати er overstået, beror transaktionens succes til syvende og sidst på parternes evne til at samarbejde samt på den tillid, der hersker mellem dem. Selv den bedste aftale kan ikke rette op på de vanskeligheder og ulemper, der følger af et dårligt forretningsmæssigt ægteskab – allerhøjest kan den afbøde visse retlige virkninger heraf.

Problemstillingen

Lovgivningen indeholder enkelte regler, der forpligter visse typer af aftaleparter til at anstille undersøgelser om hinanden. Af størst betydning er her reglerne i hvidvaskningsloven. Ifølge § 12, stk. 1, skal de af loven omfattede virksomheder og personer (se nærmere § 1) have kendskab til deres kunder som nærmere fastsat i bestemmelsens stk. 2-8, herunder kræve, at deres kunder legitimerer sig, når der optages en forretningsmæssig forbindelse med disse, herunder når der åbnes en konto eller et depot. Er kunden en fysisk person, skal legitimationen omfatte navn, adresse og CPR-nr. eller anden lignende dokumentation, hvis den pågældende ikke har et CPR-nr., jf. stk. 2. Er den en virksomhed, skal legitimationen omfatte navn, adresse, CVR-nr. eller anden lignende dokumentation, hvis virksomheden ikke har et CVR-nr. Virksomhedens ejer- og kontrolstruktur skal klarlægges, og virksomhedens reelle ejere skal som udgangspunkt legitimeres. Denne pligt gælder dog ikke, hvis der er tale om en virksomhed, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, jf. stk. 3. Der skal dernæst indhentes oplysninger om hver kundes formål med forretningsforbindelsen og det tilsigtede omfang heraf, jf. stk. 4. Tilsvarende undersøgelser skal gennemføres over for kunder med enkeltstående transaktioner til en værdi over modværdien af 15.000 Euro, jf. lovens § 14.

Lovregulering

Som i et ægteskab (jf. herved sammenligningen i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.a.), er det væsentligt at få afklaret, om parterne passer sammen – om de med et moderne udtryk er “kompatible”. Under overfladen kan der skjule sig latente kon-

Kompatibilitet

flikter og disharmonier, der kan skabe problemer både før og efter opfyldelsen. Kompatibiliteten må være til stede på alle de områder, hvor transaktionen skaber kontakt mellem parterne. Den kan påvirke værdien af ydelse, vederlag og tredjemandsforpligtelser samt de aftaleretlige, etiske og politiske bindinger, aftalen skaber. Behovet for kompatibilitet er størst i forretningsprojekter, der går ud på at etablere en ny forretning eller et nyt forretningsområde (f.eks. ejeraftaler, direktørkontrakter, agentur- og forhandleraftaler).

*Indledende
sonderinger*

Om en samarbejdspartner overhovedet er i stand til at *prestere hovedydelsen*, og om han har fornøden *finansiel* styrke, *teknisk* viden eller produktionsapparat for forretningsprojektet, er typisk hovedtemaet for parternes indledende sonderinger. Virksomheder, som er baseret på hver deres kvalitets- og priskoncept, vil sjældent have glæde af et forretningssamarbejde. Et godt branchekendskab vil typisk afsløre sådanne forskelle. Men på tværs af brancheskel kan det være vanskeligt at vurdere modparten også i denne henseende. Her kan der være behov for at anstille egentlige undersøgelser. Sådanne *pre-contract studies* kan udgøre en ganske væsentlig del af den samlede investering i transaktionen. Undersøgelsen er ikke alene nødvendig for partens beslutning om at indlede forretningssamarbejdet, men også for den beslutning, långivere evt. skal træffe om at finansiere den.

*Typer af
undersøgelser*

Oversigtsmæssigt kan man sondre mellem *opportunity studies* (den almindelige undersøgelse om forretningsmuligheder mv.), *preliminary feasibility studies* (de undersøgelser, der tager udgangspunkt i et givet investeringsobjekt, og som bedømmer dets forretningsmæssige potentiale) og *feasibility studies* (som angår transaktionens rentabilitet, og som bl.a. indbefatter vurderingen af markedets størrelse og prisfølsomhed, produktionsomkostninger og salgsmuligheder).

*Kreditvurde-
ringer*

En særlig form for undersøgelse angår modpartens finansielle styrke. Normalt vil man gennemføre en *kreditvurdering* af sin kommende modpart, der bl.a. ser på, hvilken *indtjening*, hvilke *omkostninger* og hvilken *kompetence* denne har. Finansrådet og DI har i 2010 i fællesskab udarbejdet en "Tjekliste" med 10 punkter til brug for *kreditvurderinger*. Foruden de allerede nævnte parametre inddrager listen også forhold som bestyrelse, økonomistyring, likviditet, finansiering, risikostyring, bankforbindelse,

rådgivere (herunder revisor og advokat) og fremtidsudsigter. Ved at fokusere på disse punkter kan man bl.a. danne sig et indtryk af, hvorledes virksomheden vil klare sig under forskellige markedsbetingelser.

Foruden disse undersøgelser om den forestående transaktion kan en part forudgående (*prækvalifikation*, dvs. før man har besluttet sig for ham som aftalepart) og efterfølgende (*postkvalifikation*, dvs. efter at man i princippet – f.eks. efter en licitation – har udpeget modparten) opstille krav, som modparten forventes at opfylde. Sådanne krav kan f.eks. dreje sig om modpartens tekniske kompetence, tidligere erfaringer med transaktioner som den omhandlede, ressourcer, kvalitets- og sikkerhedssystemer, økonomisk soliditet, markedsandele og aftalereationer, jf. i det hele de næstfølgende afsnit. Præ- eller postkvalifikation gennemføres ofte forud for transaktioner, der berører store værdier, eller hvor der er risiko for, at opstillede mål ikke opnås, som f.eks. ved transaktioner om udvikling af ny teknologi eller om bygge- og anlægsarbejder. Ved at gennemføre en prækvalifikation kan man på forhånd udskille parter, som ud fra de anførte prækvalifikationskrav har en højere sandsynlighed end andre for at opfylde aftalen optimalt. Som forklaret i afsnit 2.3.i. gennemføres offentlige udbudsforretninger vedrørende større transaktioner typisk i to etaper; først i et deludbud til *prækvalifikation*, og herefter i et udbud til endelig *ordretildeling*.

*Prækvalifikation
mv.*

2.2.b. Offentligt tilgængelige oplysninger

En *forundersøgelse*, der søger at afdække, om parterne ud fra sådanne kriterier er de rette for hinanden, kan tage udgangspunkt i offentligt tilgængelige oplysningskilder.

Mange af de *registre*, der føres af offentlige myndigheder, indeholder centrale oplysninger om virksomhederne. Ifølge § 11 i lov om Det Centrale Virksomhedsregister (se lovebekendtgørelse nr. 653 af 15. juni 2006) registrerer dette register en række grunddata for juridiske enheder, herunder foruden enhedens CVR-nummer, dens virksomhedsform, starttidspunkt, ophørstidspunkt, navn, adresse samt navn, adresse, stilling og CPR- eller CVR-nummer for fuldt ansvarlige deltagere. Hovedparten af disse oplysninger kan enhver forlange meddelt, jf. nærmere lovens § 18. Registeret indgår i Erhvervsstyrelsens it-system.

*Virksomheds-
registre mv.*

I samme styrelse føres også et it-system over kapitalselskaber (aktie- og anpartsselskaber) samt virksomheder, der er registreret i henhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder (LEV), jf. denne lovs § 10. Den primære information er her oplysninger fra årsrapporten (hvis virksomheden har pligt til at aflægge årsrapport, se herved § 3, stk. 1, i årsregnskabsloven), ledelsesforhold og vedtægter (herunder regler om tegningsret mv.). Herudover kan man se selskabets størrelse og økonomiske soliditet, dets alder (hvilket kan rumme en antydning af muligheden for at forestå fremtidige, nødvendige leverancer), aktionærer, hvis aktiebeholdning overstiger 5 % (jf. årsregnskabslovens § 104), og ikke mindst ledelsen. Nogle af disse oplysninger vil finde vej til aftalens partsangivelse, jf. nærmere afsnit 5.1.b.

Rettighedsregistre

En anden væsentlig informationskilde er de registre over patenter, varemærker, brugsmønstre og halvlederrettigheder, der føres for *Patent- og Varemærkestyrelsen*. Ved at studere sådanne registre og databaser kan man få indblik i virksomhedens planer for fremtidig produktudvikling. Ligeledes giver *tingbogen* en række oplysninger, der kan afgive information om virksomhedens finansieringsmæssige forhold, herunder pantsætning og (ofte) bankforbindelse mv.

Håndbøger og internet

I dag er en af de væsentligste informationskilder den nærmest endeløse mængde databaser, som er tilgængelige via *internettet*. Internetsøgninger på grundlag af virksomhedens navn eller navnet på nøglepersoner i dens ledelse, vil hurtigt afsløre, hvordan virksomheden har optrådt, og hvilke aktiviteter den er involveret i. Samme funktion har de oplysninger, man kan udlede af private håndbøger som f.eks. *Kraks Blå Bog*, eller oplysninger registreret i kreditoplysningsbureauer som f.eks. *RKI Kreditinformation*. Ligeledes kan *pressens databaser* og *fagteknisk litteratur* indeholde væsentlige oplysninger om en kommende samarbejdspartner – en litteratur, der også kan eftersøges gennem offentligt tilgængelige databaser.

2.2.c. Interne oplysninger

For at vurdere en parts kompatibilitet kan det være nødvendigt at skaffe interne oplysninger om parten. Sådanne undersøgelser kan være vanskelige. Erhvervsvirksomheder har et særegent "privatliv", hvis retlige konturer bl.a. sættes af de offentligretlige

regler om tavshedspligt og af reglerne om erhvervshemmeligheder i MFL § 19, se hertil afsnit 5.3.e. Derfor er man som regel nødt til at spørge sig frem, også selv om temaet er følsomt, og anledningen til, at det rejses, er løse rygter. Jo mere intimt og forpligtende det planlagte samarbejde er, desto mere væsentligt er det at få alle usikkerheder afklaret. Undertiden kan det være relevant ligefrem at gennemføre en *due diligence*-undersøgelse hos hinanden, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.d. Det kan også være relevant at søge oplysninger indhentet via en privat efterforsker (“privatdetektiv”). For en nærmere oversigt over grænserne for, hvilke former for efterforskning private efterforskere kan gennemføre, henvises til min artikel i Nordisk Forsikringstidskrift nr. 2/2011. Redegørelsen er tilgængelig fra <http://www.nft.nu/en/redegorelse-om-de-retlige-problemer-ved-efterforskning-ved-mistanke-om-forsikringssvindel>.

Persondataloven sætter visse begrænsninger i muligheden for (i diskretion) at foretage undersøgelser om andre personer og virksomheder (såkaldt *business intelligence*). Dette skyldes, at loven ikke blot beskytter fysiske personer mod registrering af personoplysninger, men i en række henseender også erhvervsvirksomheder (bl.a. i reglerne om advarselsregistre, kreditoplysningsbureauer og i forbindelse med databehandling i udlandet). Mere nærgående undersøgelser af en kommende samarbejdspart vil derfor normalt kræve kontakt med nogen, der har kendskab til parten. Vejen hertil kan gå via *referencer*, se hertil afsnit 2.2.d.

Blandt de følsomme oplysninger, som en part kan ønske at få klarlagt om sin modpart, er oplysninger om enkelte medarbejders forhold. F.eks. kan det være rimeligt at spørge, om nøglepersoner hos modparten har været dømt for kriminelle handlinger, der har relation til deres forretningsmæssige virke. Her kan det være relevant at kræve fremlæggelse af rene straffeattester for disse medarbejdere (som, hvis man vil være sikker på rigtigheden, kan søges verificeret hos politiet). Ligeledes kan det være relevant at stille mere nærgående spørgsmål til disse personer, eventuelt i enrum. Spørgsmål, der retter sig mod uformelle forhold i virksomheden så som arbejdsklima etc., kan i alle tilfælde fordre særlige undersøgelser og måske også en særlig *Gefühl*. Her rækker tilfældige interviews måske ikke.

Den part, der ønsker afklaring om et kritisk forhold, kan have

*Diskrete
undersøgelser*

*Oplysninger om
ærerørig forhold*

Erklæringer

en velbegrundet interesse i at få svarene *dokumenteret* i den efterfølgende aftale. Dette kan ske ved et løfte, som indestår for rigtigheden af en oplysning. Oplysningen kan også tænkes gjort til genstand for en konstaterende erklæring. Viser den sig efterfølgende at være afgivet urigtigt og mod bedre vidende, kan den krænkede part efter omstændighederne gøre aftale- og erstatningsretlige sanktioner gældende (f.eks. i form af ophævelse af aftalen med krav om erstatning for de tab, den har påført), jf. nærmere afsnit 2.3.b. og *Grundlæggende aftaleret*, s. 94 f.

2.2.d. Oplysninger fra tredjeparter

I et vist omfang kan man indhente *oplysninger* via kilder, hvis kontakt med parten intet har at gøre med de transaktioner, som aftalen skal regulere.

*Branche-
organisationer*

Den relevante *brancheorganisation* vil som regel gerne fortælle, hvilke virksomheder den har som medlemmer, hvor længe de har været medlemmer og i visse tilfælde også, om et medlem har været under konkursbehandling el.lign. Visse brancheorganisationer udøver en medlemskontrol, der indebærer, at selve *medlemskabet* opfattes som en kvalitetssikring. En virksomhed, der er medlem af en sådan organisation, vil i konsekvens heraf indirekte stille oplysninger om sig selv til rådighed for potentielle samarbejdsparter.

Fra gammel tid har *handelskamrene* fungeret som private – men undertiden statsstøttede – repræsentanter for hjemlandets virksomheder på udenlandske markeder. Det har de gjort ved at afgive autoritative udsagn om disse virksomheders troværdighed og kreditværdighed. “Det Danske Handelskammer” er i dag en del af interesseorganisationen *Dansk Erhverv*, og selv om organisationen stadig udfører den slags opgaver, har andre informationsveje fået større betydning. I relation til eksportopgaver spiller navnlig *udenrigstjenesten* en rolle. Den støtte, der tilbydes ad disse kanaler, varierer fra land til land, alt efter eksporterhvervenes behov og de praktiske muligheder for at bedrive diplomatisk arbejde i værtslandet.

Certificering

I visse brancher er det almindeligt, at virksomheder lader sig *kvalitetscertificere*. Et certifikat er en konstaterende erklæring udstedt af en uafhængig (præsumptivt troværdig) tredjepart om et produkt eller en fremgangsmådes egenskaber. Certifikatet skaber både synlighed og tillid til disse egenskaber. Mange virksomheder

lader deres produktionssystemer kvalitetscertificere på grundlag af forskellige standarder, der enten er opbygget inden for den enkelte branche (f.eks. på miljøområdet og inden for forsvarsindustrien), eller som knytter sig til den generelle *ISO 9000-serie*. Som grundlag for certificeringen beskriver virksomheden, hvilken fremgangsmåde, den følger, og den certificerende tredjepart kontrollerer herefter, at denne fremgangsmåde stemmer med kravene i standarden, hvorefter certifikatet udstedes. I bekendtgørelse nr. 913 af 25. september 2009 er der givet regler om akkreditering af såkaldte “overensstemmelsesvurderingsorganer”. Akkrediteringen fastslår, at organet opfylder de krav, der er fastsat i bestemte harmoniserede standarder mv., jf. nærmere bekendtgørelsens § 2.

Et hyppigt anvendt oplysningsmiddel består i, at B anmoder A om at udpege et antal *referencer* til A's nuværende eller tidligere forretningsforbindelser. Skal denne informationskilde have reel værdi, må B have mulighed for at kontakte referencen, hvilket måske kan føles ubehageligt. Referencer kan indhentes hos virksomhedens kunder, leverandører, advokat, revisor, bankforbindelse, distributører, konkurrenter eller uformelle kontakter. Forskellige tredjeparter har mulighed for at forholde sig til forskellige spørgsmål, f.eks. om A er involveret i retssager, om A er kendt for at opfylde sine forpligtelser prompte, om ønsket om en aftale med B er affødt af tidligere mislykkede projekter mv.

Referencer

Værdien af en reference afhænger af, hvad referencen kan eller vil udtale sig om. En henvendelse til tredjeparten må derfor præcisere, hvilke konkrete spørgsmål der ønskes belyst (f.eks. om personlige, økonomiske, driftsmæssige, tekniske, psykologiske eller andre forhold). En særlig reference *sui generis* er bankers *soliditetserklæringer*, hvori der gives oplysninger om kunders kreditværdighed. Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.f.

Når en reference kan afsløre en relation, som ikke er kendt for omverdenen (f.eks. at man har konsulteret terapeut, advokat eller læge), eller når referencen i øvrigt er underlagt tavshedspligt, kræver brug af referencer hovedpersonens samtykke. Et sådant samtykke kan være aftalt på forhånd, se hertil afsnit 5.3.f.

2.2.e. Prøveforløb mv.

Problemstillingen

Står man foran et længerevarende, værdifuldt og forpligtende samarbejde med en part, hvis evner til at præstere ydelsen man ikke føler sig tryk ved, kan transaktionen indledes med et eller flere prøveforløb. Sådanne forløb kan enten give parterne mulighed for at *komme fri* af aftalen (hvis det f.eks. viser sig uforudset vanskeligt at samarbejde eller at nå de fastsatte mål) eller at *genforhandle* dens vilkår.

I visse aftaleforhold med præceptiv regulering af adgangen til opsigelse kan denne mulighed være begrænset. F.eks. giver funktionærlovens § 2, stk. 5, hjemmel til ansættelse på prøve, når arbejdsgiveren godtgør, at der er truffet aftale om, at arbejdet er af rent midlertidig karakter, og arbejdsforholdet ikke vedvarer ud over 3 måneder.

Pilotprojekter

Et prøveforløb kan for det første realiseres gennem *pilotprojekter*, hvor parterne afprøver deres samarbejde på et begrænset område, der er repræsentativt for den kommende transaktion. Et pilotprojekt kan afsløre, hvordan modparten træffer beslutninger, kvalificerer og afvejer hensyn, opfylder pligter eller undskylder eller måske ligefrem bortforklarer ikke-opfyldelse.

Faseopdeling

Beslægtet med pilotprojektet er det *faseopdelte aftaleforløb*, der tillader den ene part – eller begge – at træde ud af aftalen efter afslutningen af en nærmere præciseret fase. I et udviklingsprojekt, som parterne ikke har fuldt overblik over på aftaletidspunktet, kan det f.eks. aftales, at leverandøren i en første fase udarbejder et oplæg, der viser, hvordan han vil gennemføre opgaven, og til hvilken pris. Efter denne fase kan parterne vurdere, om pris og indsats står mål med hinanden. Er svaret ja, videreføres aftalen i en *ny fase*. Er det nej, *afsluttes* samarbejdet, eller det *genforhandles* med sigte på efterfølgende faser. En sådan løsning har dog sin pris. Udsigten til genforhandlinger lægger en alvorlig dæmper på modpartens lyst til at foretage risikofyldte investeringer i samarbejdsforholdet.

Et eksempel herpå er de aftaler om “skiverådgivning”, der ofte indgås inden for byggeriet, jf. *Gjedde-Nielsen & Hansen (2013)*, s. 69 f., og til illustration *TBB 2014.859 VBA* om betalingspligten, ved standsning af et rådgivningsopdrag. Rådgiverens opgave er her afsluttet, når hver en-

kelt “skive” er skåret ud af det samlede projekt. Derfor kan rådgiveren hverken modsætte sig en yderligere bearbejdning af projektet eller stille honorarkrav herved. I byggeriet sondrer man ofte mellem *forprojekt* (hvor et godkendt forslag gennemarbejdes i en sådan grad, at der er grundlag for myndighedsansøgninger) og *hovedprojekt* (hvorved opgaven angives så detaljeret, at der kan indhentes tilbud).

En variant af pilotprojektet og den faseopdelte aftale er den aftale, der indbygger en særlig *afklaringsfase* umiddelbart efter aftaleindgåelsen, se herved *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.1.f. Denne fase anvendes til at undersøge, om det er nødvendigt eller hensigtsmæssigt at præcisere eller supplere de krav, der fremgår af den *kravspecifikation*, der ligger til grund for transaktionen, herunder om kundens eksisterende systemer lever op til de krav, det leverede udstyr stiller. Ofte vil man gennemføre et kort og intensivt forløb (med workshops, analyser og demonstrationer mv.), hvor det er meningen, at hver af parterne skal fremkomme med de forslag, de måtte have til præcisering eller supplerings af kravspecifikationen.

Afklaringsfase

Se f.eks. reglerne herom i *K02* pkt. 5.1.1, der lyder som følger:

“I overensstemmelse med tidsplanen gennemføres en afklaringsfase, der omfatter alle dele af de ydelser, der skal leveres under Kontrakten, med særlig vægt på Leverancen. Såfremt Kunden i forbindelse med kontraktunderskrivelsen bestiller en eller flere Optioner til levering samtidig med og som en del af Leverancen, indgår disse aktiviteter i afklaringsfasen.

Afklaringsfasen har til formål, at Leverandøren opnår nærmere indsigt i Kundens behov, forretningsgange og it-miljø, og at Kunden opnår nærmere indsigt i Leverandørens løsningsforslag med henblik på at foretage en yderligere konkretisering af særligt Leverancens indhold og formål.

Parterne gennemgår hvert enkelt krav og løsningsforslag med henblik på at vurdere det nærmere indhold af Kundens behov, og hvorledes behovet opfyldes ved den foreslåede løsning samt forudsætninger knyttet hertil. Endvidere foretages en vurdering af, om der ved en ændring i Kravspecifikationen og/eller i Løsningsbeskrivelsen kan opnås en mere hensigtsmæssig Leverance under hensyn til Kundens behov og Leverandørens muligheder.

2.2. UNDERSØGELSER OM MODPARTEN

Parterne er gensidigt forpligtet til nærmere at redegøre for indholdet af og forudsætningerne for de af Parten angivne krav/løsninger og aktivt at forholde sig til de af den anden Part angivne krav/løsninger. Dette gælder såvel i forhold til Kravspecifikation og Løsningsbeskrivelse som i forhold til øvrige dele af Leverancen.

I afklaringsfasen skal hver af Parterne yde en betydelig indsats under henvisning til Leverancens kompleksitet, herunder deltage i analyser, workshops og demonstrationer m.v. Aktiviteterne i afklaringsfasen er nærmere beskrevet i bilag 1 og 3.

Gennemførelse af afklaringsfasen fritager ikke Leverandøren for ansvaret for, at ydelserne under Kontrakten opfylder Leverancebeskrivelsen og Kontrakten i øvrigt, jf. punkt 3.1.

På grundlag af afklaringsfasen skal Leverandøren fremkomme med forslag til ændring af Leverancebeskrivelsen, hvorved Leverancen nærmere beskrives. Herudover skal Leverandøren angive, hvorledes ændringsmulighederne i bilag 3 vil blive tilgodeset. Leverandøren skal samtidig med forslag til revideret Leverancebeskrivelse angive eventuelle konsekvenser for tidsplan, vederlag og andre vilkår.

Forslag til revideret Leverancebeskrivelse og eventuelle øvrige ændringer til Kontrakten forelægges for Kunden til godkendelse i overensstemmelse med fristerne i tidsplanen, jf. bilag 1. Kunden skal inden 20 Arbejdsdage skriftligt meddele, om forslaget kan godkendes. Enhver ændring i Leverancebeskrivelsen og Kontrakten i øvrigt skal kunne dokumenteres med fuld sporbarhed, jf. punkt 29.3.

Forslag til revideret Leverancebeskrivelse og eventuelle øvrige ændringer til Kontrakten skal godkendes af Kunden, når det heri nærmere angives, hvorledes krav og beskrivelser i Kontrakten vil blive opfyldt, og Kunden kan acceptere eventuelle konsekvenser for tidsplan, vederlag og andre vilkår i Kontrakten.

Såfremt Kunden ikke kan godkende forslaget til revideret Leverancebeskrivelse og ikke ønsker at benytte udtrædelsesadgangen, jf. punkt 5.1.2, gælder i stedet Leverancebeskrivelsen og de øvrige dele af Kontrakten uændret.”

Tilsvarende regler findes i *K03*, afsnit 5.1.1 (og tidligere i *K01* pkt. 3). Reglerne har til formål at afbøde de aftaleretlige van-

skeligheder, der ofte vil opstå i kølvandet på en aftaleindgåelse, der angår en kompleks og endnu ikke færdigudviklet *ydelse*, og som (typisk) pga. et foregående udbudsforløb med begrænsede muligheder for at drøfte og færdigforhandle projektet i detaljer (se herom afsnit 2.3.i.) måske ikke har den optimale aftaleregulering. Formålet er altså ikke at ændre i den kravspecifikation, der ligger til grund for aftalen, men alene at afklare uklarheder og håndtere de forbehold, leverandøren måtte have gjort i sit tilbud, jf. i det hele *Dragsted m.fl.: K02 med kommentarer* (2008), s. 158 ff. Væsentlig i aftalereguleringen er kundens mulighed for at udtræde af aftalen efter reglerne i pkt. 5.1.2. Der gennemføres kun én (indledende) afklaringsfase. Denne fase skal altså dække leverancen i sin helhed, uanset om projektet i øvrigt er faseopdelt.

Som nævnt kan anvendelsen af prøveforløb volde retlige problemer pga. de EU-retlige udbudsregler. Det skyldes, at udbudsreglerne hviler på et generelt forhandlingsforbud, se hertil s. 81. En aftalt *afklaringsfase* som den, der findes i de nyeste statslige it-kontrakter, respekterer dette forhandlingsforbud, idet den netop ikke åbner for en generel genforhandling af aftalen. Ønskes en sådan adgang til at præcisere indholdet af en indgået aftale, eller at træde tilbage fra denne, må denne adgang være præciseret i aftalen (og dermed i udbudsmaterialet). Hvis man nærmer sig de udbudsretlige grænser for genforhandling, kan det være nødvendigt at gennemføre særskilte udbud om de enkelte faser, f.eks. som led i en prækvalifikation.

Hvis prøveforløb mv. resulterer i, at parterne må skilles, kan det være nødvendigt at gennemføre en "bodeling", hvorefter de "aktiver og passiver", der er opbygget under denne fase, gøres op og fordeles mellem parterne i lyset af, hvilke omkostninger og udlæg, rettigheder, risici og vederlag mv., parterne har bidraget med. Typisk vil der være foretaget bekostelige forstudier, beregninger, dokumentation og planlægning, som uanset strategien vil kunne nyttiggøres af en anden leverandør. Kunden vil derfor normalt have ret til at genudnytte dette materiale, således som det også er udtrykt i ABR 89, pkt. 7.2.3. Er der gjort opfindelser eller udviklet immaterialrettigheder, som viser sig værdifulde, kan en senere uenighed om ejerskabet til sådanne rettigheder være kritisk. Mulighederne for at nå overens herom er i sagens natur langt enklere, før projektet sættes i gang, end efter

*Retlige
begrænsninger*

*Opgørelse efter
prøveforløb*

at beslutningen om ikke at køre videre med den pågældende leverandør er truffet.

2.3. Retlige rammer for aftaleforhandlingen

2.3.a. Retsgrundlaget før og efter aftaleslutningen

Problemstilling

Retssystemet lægger visse begrænsninger i friheden til at disponere, såvel før, under som efter aftaleslutningen. De begrænsninger, der gælder *før* aftaleslutningen, motiverer på forskellig vis parterne til at optræde redeligt over for hinanden i forhandlingsforløbet. Og udsigten til at blive underlagt de pligter, der gælder *efter* en aftaleindgåelse, inciterer dem omvendt til at udvise en omhu, der sikrer, at aftalen skaber de tilsigtede rettigheder og pligter. En omhyggelig tilrettelæggelse af en kommerciel aftaleforhandling fordrer kendskab til begge typer af retsregler.

Der er ikke tradition i dansk retsteori for at præsentere de retsregler, der lægger retlige rammer for en aftaleforhandling, under ét. Som redegørelsen nedenfor viser, sammensættes billedet af vidt forskellige regler, der hører hjemme i tilsvarende forskellige retssystemer.

Aftaleslutningen

Omdrejningspunktet for hele dette katalog af regler er *aftaleslutningen* (jf. om dette begreb denne bogs kapitel 4). Om A og B har indgået en aftale, har først og fremmest betydning for, om de er *forpligtet* over for hinanden. Denne pligt kan ikke alene *konstateres* ved, at aftalen er blevet til en *retsregel* for parterne. Den *viser sig* også ved, at den almindelige obligationsrets regler for *kontraktsforhold* nu finder anvendelse.

Loyalitetsforpligtelsen

Af særlig betydning er her de uskrevne regler om *omsorgs- og loyalitetspligt*, der påfører parterne en pligt til i rimeligt omfang (alt efter transaktionens karakter) at beskytte hinandens interesser i transaktionen, bl.a. ved, at den enkelte part på eget initiativ skal give oplysninger fra sig, når disse oplysninger kan modvirke, at den anden part møder skuffelse eller lider tab, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.3.b. *Uden for* kontraktsforhold må de retlige begrænsninger støttes på andre regler, herunder reglerne om erstatning uden for kontraktsforhold, konkurrenceretlige eller markedsføringsretlige regler. Sondringen har ligeledes betydning for spørgsmålet om lovvalg og værneting. Hvor lovvalget

om kontraktsretlige krav afgøres efter Romkonventionen og Rom I-forordningen (se herom s. 437), beror lovvalget for erstatningskrav uden for kontraktsforhold på almindelige IP-retlige regler.

Foruden de specifikke pligter, der følger af aftalens vilkår, medfører aftaleforholdet en generel ændring i den *erstatningsretlige* regulering. I kontraktsforhold skærpes vurderingen af, hvornår der er optrådt *culpøst*, ligesom aftalen i almindelighed skaber hjemmel for erstatning for *den positive opfyldelsesinteresse*. Under en aftaleforhandling er parterne derimod kun erstatningsansvarlige over for hinanden efter reglerne om *culpa in contrahendo*, idet der på forhandlingstidspunktet netop ikke består nogen aftale. Her er det den almindelige culpapregel, der gælder, og ifølge den er der som hovedregel ikke ansvar for undladelser.

*Culpa in
contrahendo*

Derfor skal der ganske meget til, før beslutningen om at undlade at indgå aftale eller at fortsætte en aftaleforhandling kan påføre modparten erstatningspligt. Væsentlige reale hensyn taler for denne retsstilling: Potentielle aftaleparter må kunne forhandle uden at pådrage sig pligter herved. Den part, der ikke kan leve med denne retsstilling, må sikre sig ved særskilt aftale, før han investerer ressourcer i en aftaleforhandling. Sådanne aftaler om aftaleforhandlingen indgås f.eks. ofte i forbindelse med offentlige udbudsforretninger og licitationer, se hertil kapitel 3, afsnit 3.5.e. Uden en sådan aftale kan en part som udgangspunkt forlade forhandlingsbordet uden at blive erstatningspligtig over for den anden part for dennes forgæves forhandlingsomkostninger.

Udgangspunktet

Dette udgangspunkt kan modificeres i særlige tilfælde:

En første modifikation gælder, når en forhandler handler groft hensynsløst, f.eks. ved at holde sin modpart hen for at undgå, at han indgår aftale til anden side. Der vil da foreligge et *chikanøst forhold*, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, s. 107 ff., og *Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar* (1997), navnlig s. 18 ff. I sådanne tilfælde kan den udtrædende part blive forpligtet til at erstatte modparten dennes kontraktsomkostninger.

*Modifikation 1:
chikane mv.*

For det andet kan udgangspunktet modificeres, hvis en part under aftaleforhandlingen optræder i strid med en tidligere afgivet *hensigtserklæring*. Har A f.eks. markeret en hensigt om at ville forhandle *eksklusivt* med B, bør B kunne kræve sine kontraktsomkostninger dækket af A, hvis A alligevel forhandler og indgår aftale med C. Grundlaget for dette erstatningskrav kan

*Modifikation 2:
brud på hensigtserklæring*

efter omstændighederne støttes på et løfte i hensigtserklæringen, hvorved kravet har kontraktuel karakter.

I *U 1989.53/2 H* fandtes det bevist, at der forelå en aftale om, at to entreprenører sammen skulle afgive tilbud over for en bygherre. Ved senere at indgå aftale med denne bygherre alene havde den ene part pådraget sig et erstatningsansvar over for den anden. Ved den svenske højesteretsdom i *NJA 1990.745* havde rettighedshaveren A givet B option på at indgå en licensaftale. På dette grundlag indledte B forhandling med C om forhandlingsretten til den licenserede produktion. Det skete på grundlag af B's hensigtserklæring om, at man ville indgå en sådan aftale med C. Efter et års forhandlinger besluttede B sig til at videreføre et andet licensforhold med A. Högsta Domstolen fandt, at aftaleforhandlingerne var kommet så langt, at der var opstået en erstatningssanktioneret loyalitetspligt. At B først meddelte C sin beslutning et par uger efter, at den var sat i værk, fik også indflydelse på resultatet.

Koncipering af hensigtserklæringer

Fordi en hensigtserklæring kan få retsvirkning, selv om den ikke har løftevirkninger, bør den konciperes med samme præcision som løfter og aftaler. Ønsket om at skabe klarhed om parternes forhold gør sig også gældende her. Navnlig er der behov for præcision, hvis hensigtserklæringen forholder sig til økonomiske aspekter af transaktionen. Dette er f.eks. typisk i de dokumenter, hvorved en *venture kapitalist* manifesterer sin hensigt om at investere i en virksomhed. Som nærmere udviklet i *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.1.c., vil man i disse tilfælde manifestere denne investeringsbeslutning gennem et *commitment letter*, der fikserer investeringens omfang og detaljer. Først efterfølgende indgås da de delaftaler (lån, aktionæroverenskomster mv.) og andre dokumenter af selskabsretlig eller anden karakter, som fører beslutningen ud i livet.

2.3.b. Regler om oplysningspligt

Problemstillingen

Nogle af de væsentligste krav, aftaleretten stiller til en aftaleforhandling, handler om de oplysninger, parterne meddeler – eller bør meddele – hinanden. Den *vilje*, der driver hver af parterne sammen i transaktionen, bygger på deres *erkendelse* og forståelse af de faktiske og retlige forhold, der ligger til grund for den, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 1.3. I graverende tilfælde vil en parts tavshed om et forhold, der har central betydning for

modparten, være strafbar som *bedrageri*, jf. straffelovens § 279. De civilretlige retsvirkninger i form af ugyldighed, jf. AFTL § 30, og erstatning efter reglerne om *culpa in contrahendo* er i sig selv alvorlige. Da det omvendt kan svække en parts forhandlingsposition at være for åbenmundet (med risiko for at gå glip af en profitabel aftale), er det vigtigt under en aftaleforhandling at vide, hvor grænsen går.

I kommercielle transaktioner er det på den *ene side* udgangspunktet, at hver part bærer risikoen for sit eget beslutningsgrundlag (se nærmere herom s. 30 ff.), som parten dermed må sørge for at oplyse bedst muligt. På den *anden side* må det erkendes, at nogle oplysninger (navnlig om forhold ved ydelsen, der ikke uden videre lader sig konstatere af andre) må formodes at være så væsentlige og kritiske for modparten, at det hverken er rimeligt eller retsøkonomisk effektivt at fastholde dette udgangspunkt i et aftaleforhold, hvor parterne forventes at optræde loyalt over for hinanden.

Regler om oplysningspligt findes på forskellige områder af formueretten og den offentlige ret.

Retsgrundlaget

Ifølge MFL § 7 skal en erhvervsdrivende “ved tilbuds afgivelse, ved indgåelse af aftale eller efter omstændighederne på leveringstidspunktet” give “en efter formuegodets eller ydelsens art forsvarlig vejledning, når denne er af betydning for bedømmelsen af godets eller ydelsens karakter eller egenskaber, herunder især brugsegenskaber, holdbarhed, farlighed og vedligeholdelsesmulighed.” Bestemmelsen suppleres dels af den markedsføringsretlige generalklausul i MFL § 1, dels af en række mere specielle regler om oplysningspligt, såvel inden for markedsføringsretten (se f.eks. e-handelslovens §§ 7-10), som i obligationsretten (se f.eks. KBL § 76, stk. 1, nr. 3).

MFL § 7

Efter sin ordlyd angår MFL § 7 alene foranstaltninger af mere definitiv karakter, der afgives i forbindelse med selve aftaleforhandlingen. Bestemmelsen er ikke strafsanktioneret i medfør af MFL § 30, men kan give grundlag for påbud og forbud efter reglerne i MFL §§ 20 og 27. Hertil kommer de formueretlige retsvirkninger, der vil følge af at optræde i strid med den således fastlagte oplysningspligt. Muligheden for erstatningspligt efter dansk rets almindelige regler er udtrykkeligt angivet i MFL § 20, stk. 2.

Fortolknings-
læren

Der kan ligeledes være grund til at pege på de virkninger, forholdene ved aftaleindgåelsen har på aftalens fortolkning. Dette spørgsmål behandles heller ikke her, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.1.b., samt *Huser* (1983), s. 104 ff. I nær forbindelse hermed er den retsvirkning af at tilsidesætte en loyal oplysningspligt, der kan ligge i, at aftalen frakendes gyldighed, enten i medfør af en særlig ugyldighedsregel (f.eks. AFTL § 30 eller § 33), eller efter forudsætningsbetragtninger.

Erstatningsretten

Som allerede nævnt kan erstatningsretlige regler tvinge en aftalepart til at afgive oplysninger, som kan være af særlig værdi for modparten. Forties en oplysning i strid med reglerne om den loyale oplysningspligt, kan der ifaldes en erstatningspligt, der i kontraktforhold kan opgøres til værdien af den positive opfyldelsesinteresse. Dette inciterer til åbenhed. Ikke desto mindre kan det – som før nævnt – være både sædvanligt og forretningsmæssigt velbegrunderet at tilbageholde oplysninger om, hvorledes man agter at realisere ydelsens værdi.

Den almindelige
oplysningspligt

Som nærmere omtalt i *Lærebog i Obligationsret I*, s. 61 ff., er det næppe muligt at opstille alment gældende regler for omfanget af en parts oplysningspligt. Blandt de faktorer, der er afgørende, er (1) aftaleforholdets *karakter* (langvarigt eller kortvarigt, store eller små værdier?), (2) parternes tidligere *kontakt* (har man tidligere givet visse oplysninger?), (3) indholdet af *baggrundsretten* (er der f.eks. en særlig undersøgelsespligt?), (4) modpartens mulighed for *selv at undersøge* det pågældende forhold, (5) forholdets typiske eller *atypiske* karakter, (6) gældende *sædvaner* og (7) *typeforudsætninger* om graden af den undersøgelsespligt, der må forventes i aftaleforholdet.

Se til illustration om kravene til et erstatningsansvar ved undladt opfyldelse af pligten *U 2013.635 V*, der gav køberen af en udlejningsejendom erstatning hos en sælger, der havde forsømt at oplyse om en planlagt ombygning af naboejendommen, som ville reducere udsigten væsentligt. Hæveadgangen var bortfaldet som følge af passivitet. I *U 2004.1784 H* fik køberen af en virksomhed erstatning af sælgeren, fordi denne ikke fuldt havde oplyst om en kundes ordrestop og om en lejerestance samt restancer vedrørende moms og A-skat. *U 2000.234 V* gjorde en kommune erstatningsansvarlig for ikke at have oplyst, at den solgte grund tidligere havde været anvendt som losseplads. *TBB 2002.440 V* ville derimod ikke gøre en butiksudlejer erstatningspligtig for vandskader, fordi han ikke

havde oplyst, at der et par år inden lejeaftalens indgåelse havde været problemer med opstigende kloakvand. Illustrerende er også den principielle og omdiskuterede svenske højesteretsdom i *NJA 2007.86*, der pålagde sælgeren af en ejendom erstatningspligt for ikke at have oplyst køberen om støjgener fra en nærliggende moto-cross-bane. Se generelt om oplysningspligt i kontraktsforhold *Christina Hultmark: Oplysningspligt vid ingående av avtal (1993)*, *Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar (1997)*, s. 76 ff., *Jori Monukka: Kontraktuell lojalitetsplikt (2007)*, s. 153 ff. (der bl.a. sondrer mellem frarådningspligt og afklaringspligt), *Henriette Nazarian: Lojalitetsplikt i kontraktsforhold (2007)*, s. 359 ff., og generelt *Erika P. Björkdahl: Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden (2007)*.

I kommercielle aftaleforhold forventes parterne som nævnt selv at afklare deres respektive beslutningsgrundlag. Særlige undersøgellesomkostninger bør påhvile den part, der har overblikket over, hvordan ydelsen efterfølgende skal nyttiggøres. En sådan regel stemmer også med det udgangspunkt, der er skitseret på s. 97, at en kommerciel part normalt *ikke* har pligt til at orientere sin modpart om sine *planer* med transaktionen.

*Kommercielle
forhold*

Alligevel ligger det klart, at også kommercielle aftaleparter er underlagt oplysningspligter. Hvilke oplysningspligter der gælder, beror på flere forhold. Grundlæggende kan man sondre mellem på den ene side oplysninger, som bibringer *ydelsen* dens *funktionelle kvaliteter og kendetegn*, og på den anden side oplysninger, som giver *transaktionen* et *generelt forretningsmæssigt potentiale*, hvor kreativitet og evnen til at se muligheder er i fokus. I den førstnævnte gruppe er kravene til oplysningspligt skrappe. Køber man et skrivebord, er det underordnet, om det skal anvendes til den ene eller anden form for kontorarbejde. Derimod er det interessant, om den anvendte lak tåler temperaturforandringer. Oplysninger herom drejer sig om selve ydelsen – som sælger må forventes at have fuldt kendskab til – og sælger bør derfor være forpligtet til at afgive oplysninger herom. Oplysninger, hvis værdi alene skyldes ydelsens forretningsmæssige potentiale (f.eks. om skrivebordet har et design, som markedet er ved at bevæge sig bort fra), har man ikke samme oplysningspligt om. Her må parterne i højere grad kunne forventes at dække sig af selv.

Oplysningspligten har særlig betydning i aftaleforhold, hvor parterne har asymmetrisk viden, idet den part notorisk ved mere om ydelsen end den anden. Dette er f.eks. tilfældet ved salg af

Vidensspring

fast ejendom mellem private, hvor sælger som tidligere beboer er den eneste, der kender særlige enkelte forhold ved ejendommen, eller ved overdragelse af kompliceret teknik. Selv om køber forventes at udvise en særlig påpasselighed i kommercielle forhold, sml. herved princippet i KBL § 51, kan sælger være underlagt en oplysningspligt.

U 1946.169 Ø gav køberen af nogle malerprodukter hævebeføjelse efter en ødelæggelse, der skyldtes emballageegenskaber, som den usagkyndige køber ikke kendte til, og som den sagkyndige sælger havde undladt at give oplysning om. *U 1985.334 H* lod det komme den præsumptivt (men, viste det sig, ikke reelt) kyndige it-leverandør til skade, at han ikke havde søgt oplysning om visse tekniske forhold, der viste sig at bibringe køberen uforholdsmæssige programmeringsudgifter.

Alment tilgængelige oplysninger

Derfor har en part ikke pligt til at afgive oplysninger om konjunkturmæssige forhold og om overvejelser, der bygger på offentligt tilgængelig information. At konjunkturerne bevæger sig i en uventet retning, udgør da heller ikke relevant bristende forudsætninger, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 403. Dette gælder også, selv om et kendskab til sådanne forhold vil gøre ydelsen mindre tjenlig for det formål, erhververen har tilsigtet. Illustrativ er her *U 2001.1293 H*, hvor sælgeren af en virksomhed ikke havde haft pligt til at give sin køber kendskab til en brancheundersøgelse, der spåede dystre tider for den branche, virksomheden befandt sig i, selv om sælgeren havde deltaget aktivt i udarbejdelsen af den nævnte undersøgelse. Se også bemærkningerne ovenfor s. 61 og *Hultmark* (1993), s. 12 f. og 45.

Åbenhed?

Af samme grund har en part, der ved særlig indsigt og ekspertise eller ved at investere i kostbare undersøgelser kan opnå en særlig værdi af modpartens ydelse, ingen pligt til at dele denne viden med modparten. En sådan pligt ville fjerne et væsentligt og samfundsnyttigt incitament til innovativ virksomhed. Fordi det netop er et så væsentligt element i den forretningsmæssige dygtighed, at man er i stand til at se muligheder for værdiskabelse, som ikke er åbenbare for andre (sml. herved bemærkningerne s. 42 f. om *de Bonos* hund), kan man ikke forlange, at den slags strategiske overvejelser bringes frem under en forhandling. Skulle de det, ville det kunne tænkes, at hele grundlaget for

forhandlingen forsvandt, idet modpartens kendskab hertil enten kunne motivere ham til at forlange højere vederlag eller helt fjerne hans interesse i transaktionen.

Et særligt problem opstår, hvor en part fornemmer, at han ved at rejse et tema vil fremkalde et uønsket krav fra modparten i forhandlingen. Et sådant tema kunne være omfanget af leverandørens erstatningsansvar for afledte tab mv. Rejses dette spørgsmål ikke under aftaleforhandlingen (og bliver det derfor heller ikke genstand for særskilt aftaleregulering), vil kunden kunne påberåbe sig obligationsrettens almindelige regler, hvorefter leverandøren er erstatningspligtig for det fulde tab, herunder også for tab af fortjeneste og anden indirekte skade, jf. nærmere s. 395 ff. En part, der *undlader* at rejse et sådant tema i aftaleforhandlingen, af (typisk velbegrundet) frygt for, at modparten vil insistere på et modsat vilkår, bryder ikke dermed nogen loyal oplysningspligt. Udsigten til, at temaet vil incitere modparten til at insistere på et forhandlingsresultat, der vil fravige baggrundsretten i uønsket retning, er et sagligt argument for ikke at bringe spørgsmålet frem.

*Undladt
afklaring*

2.3.c. Kapitel I-reglerne

Som nævnt i *Grundlæggende aftaleret*, s. 142, er reglerne om aftalers indgåelse gennem udveksling af tilbud og svar på tilbud kun skrevet med sigte på de relativt få aftalesituationer, hvor der ikke foreligger en sædvane (eller forudgående aftale) om aftaleindgåelse, og hvor parterne befinder sig adskilt fra hinanden. En række af lovens *principper* kan dog også anvendes i andre tilfælde, f.eks. i forbindelse med aftaleindgåelse på nettet (se herved i det hele *IT-retten*, kapitel 19, navnlig afsnit 19.1.).

*Anvendelses-
området*

Kapitel I-reglerne opstiller nogle vigtige principper for, hvornår en aftale skal anses for indgået. Når AFTL § 3 begrænser sig til at opstille nogle kriterier for, hvordan den *legale acceptfrist* beregnes, tilskyndes den part, der ønsker klarhed om, hvor længe han vil være bundet af et tilbud, til at fastsætte en acceptfrist, jf. § 2, stk. 1. Tilsvarende antyder AFTL § 1 med sin reservation for, om andet “følger af tilbudet eller svaret eller af handelsbrug eller anden sædvane”, at aftaleparterne taget bør tage sig i agt, når de affatter tilbud og svar på tilbud, hvis ikke de skal gribes af kapitel I-reglerne.

Tidsfrister

Opfordringer

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, s. 177 ff., må de “tilbud”, der kan udledes af annoncemateriale rettet mod almenheden, almindeligvis fortolkes som *opfordringer* til at gøre tilbud: En kunde, der reflekterer på en sådan henvendelse, udvirker ikke en “accept”, der som sådan etablerer en aftale, men besvarer blot en opfordring til at afgive “tilbud”. Alligevel kan annoncer og andet salgsmateriale fremkalde aftaleretlige retsvirkninger. Derfor bør man udvise lige så stor omhu med at koncipere sin markedsføringsinformation, som man lægger i sine aftaletekster. I forbrugerkøb indebærer KBL § 76, stk. 1, nr. 2, f. eks., at “annoncer eller ... andre meddelelser, der er beregnet til at komme til almenhedens eller køberens kundskab” indgår i vurderingen af, om der foreligger en mangel ved det solgte. Forudsætningsbetragtninger vil som regel føre til et tilsvarende resultat.

Integrationsklausuler

En part, der ikke ønsker at opnå en sådan virkning, kan – uden for forbrugerkøb – søge at dække sig ind gennem en såkaldt *integrationsklausul*. Som anført s. 132 f., fastslår en sådan klausul, at den nedfældede aftale udmønter alle de vilkår og aftaler, der er gældende for transaktionen. I konsekvens heraf vil udkast og forberedende materiale ikke kunne påberåbes som dele af den endeligt nedfældede aftale. Integrationsklausuler kan utvivlsomt tillægges betydning ved aftalefortolkningen, men forstås ikke nødvendigvis efter ordlyden. Som enhver anden aftale må en integrationsklausul vige for senere aftaler, der uden at respektere klausulen (og i særskilt form) siger noget andet. For det andet kan klausulen ikke fjerne det bevisskøn, som retten udøver i medfør af retsplejelovens § 344, stk. 1.

Uoverensstemmende accept

AFTL § 6, stk. 1, indeholder en central regel, der i praksis kan få afgørende betydning for, hvorledes aftaleforhandlingen udfolder sig. Ifølge reglen anses svar, som går ud på, at tilbud antages, men som på grund af tillæg, indskrænkninger eller forbehold ikke stemmer med tilbuddet, som afslag i forbindelse med nyt tilbud. Afslås et tilbud gennem en sådan uoverensstemmende accept, er det bortfaldet, selv om fristen for svar endnu ikke er udløbet, jf. lovens § 5. Hvis tilbudsgiveren ikke accepterer at indgå aftale på grundlag af det tilbud, der ligger i den uoverensstemmende accept, er forhandlingen dermed slut.

Modforslag?

Forsøger man at få tilbudsgiveren til at forbedre sit tilbud,

uanset at man egentlig *var* parat til at acceptere det, kan det være en risikabel affære at afgive meldinger om, hvorvidt modparten dog ikke kunne tænke sig at forhøje tilbuddet. Dette belyses ved *U 1953.398 Ø*, der antog, at en henvendelse herom måtte fortolkes som et *afslag* i forbindelse med et nyt tilbud. Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 200, kan vejen ud af en sådan situation være, at tilbudsmottageren indledningsvis præciserer, at han ønsker tilbuddet fastholdt, inden han rejser spørgsmålet om muligheden for en forhøjelse, og udbeder sig tilbudsgivers samtykke hertil. Afgiver tilbudsgiver ikke dette samtykke, risikerer tilbudsmottager, at hans melding opfattes som et afslag, således som det skete i *U 1953.398 Ø*.

Set fra tilbudsgiverens synspunkt kan AFTL § 6 være en bekvem vej ud af en penibel forhandling. Det belyses ved *U 1994.344 H* (kommenteret af *Nørgaard* i *U1994B.433*): En entreprenør havde afgivet tilbud på en entreprise med en regnefejl på ca. 3,8 mio. kr., hvilket han straks gjorde opmærksom på. Bygherren afviste at korrigere tilbuddet, men tog i sin formelle accept forbehold for i alt fem punkter heri (hvor tilbudsgiveren havde anvendt Håndværksrådets standardforbehold). Højesteret antog, at der hermed forelå en uoverensstemmende accept, som efter AFTL § 6 måtte betragtes som afslag. Se i samme retning *U 1994.861 H* om et tilbud på skibsombygning, der ikke fulgte udbudsmaterialet, og generelt *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.2.g.

*AFTL § 6 som
redningsplanke*

2.3.d. Vilkår om aftalekompetence

En vis indirekte regulering af aftaleforhandlingen følger af aftale- og selskabsrettens regler om *partskompetence*. Den, der forpligter en juridisk person, forventes at have kompetence hertil i form af en tegningsret, særlig fuldmagt eller prokura. Men om han faktisk har denne kompetence, må altid afklares. Har han ikke det, vil forhandlingsresultatet skulle forelægges en højere myndighed, som – hvis ikke andet er vedtaget – frit kan godkende eller afvise det. Derfor bør man i en aftaleforhandling altid sikre sig, at den part, modparten sender i marken for at forhandle, ikke blot optræder som bud. Det kan f.eks. ske ved en fuldmagt, der indføjes i de spilleregler, parterne vedtager for deres kommende aftaleforhandling, jf. herom i afsnit 2.4.c.

Problemstilling

*Skriftlige
fuldmagter*

Skriftlige fuldmagter bruges undertiden til taktiske formål i aftaleforhandlinger, f.eks. når forhandlingen sker fjernt fra hovedmandens plads. Den udsendte forhandler kan begrunde sin afvisning af modpartens krav med, at han kun har mandat til at indgå aftale i overensstemmelse med det oplæg, han har lagt frem. Alt efter behov kan han da (efter aftale med hovedmanden) medbringe et antal fuldmagtsdokumenter, der modsvarer de kompromiser, hovedmanden i givet fald vil være parat til at acceptere.

*Udenlandske
statsrepræsen-
tanter*

Et særligt spørgsmål om partskompetence opstår i aftaleindgåelse med *udenlandske statsrepræsentationer*. Det antages almindeligvis, at reglerne om fremmede staters og statsrepræsentanternes immunitet over for danske domstole ikke gælder for privatretlige krav, se *U 1982.1128 HKK* (ekstraarbejder i entreprisekontrakt), *U 1992.453 HKK* (lejeforhøjelse), *U 1999.939 H* (om søgsmål mod en ambassade) og *U 2003.1136 Ø* (ægteskabssag).

Tidligere har dette resultat været begrundet med, at den (i øvrigt) immune medkontrahent måtte siges at have givet afkald på sin immunitet, men i dag synes holdningen at være, at jurisdiktionsimmuniteten er begrænset til sager "*de jure imperii*", se *Astrid Kjeldgaard-Pedersen: Statsrepræsentanternes immunitet* (2006), s. 80 ff., med henvisning til retspraksis i Tyskland, England og USA. Se også *Ole Spiermann: Moderne folkeret*, 3. udg. (2006), s. 299 f., *Henrik Hoek* i *U 1992B.427 ff.* og *Tyge Lehmann* i *U 1993B.70*. Spørgsmålet er genstand for den i 2004 vedtagne *Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, se *Niels Hellesten* i *U 1993B.213 ff.*, om forholdet mellem det daværende udkast hertil og gældende dansk ret og *Ole Spiermann* a.st. kapitel 10, navnlig s. 306 ff. Konventionen, der endnu ikke er trådt i kraft, giver bl.a. anledning til afgrænsningsproblemer i relation til statsejede selskaber, som i nogle sammenhænge kan betragtes som statsmagts forlængede arm (med heraf følgende immunitet) og i andre som uafhængige enheder. Reglerne om diplomaters immunitet findes i Wienerkonventionen af 18. april 1961 om diplomatiske forbindelser (se artikel 31) og i Europarådets konvention nr. 74 af 16. maj 1972.

2.3.e. De aftaleretlige ugyldighedsregler

Problemstillingen

Regler om aftalers *ugyldighed* spiller en væsentlig, men indirekte rolle for aftaleforhandlingen: Når aftalen mister sin forpligtende

kraft, forspildes dens formål. I det omfang der består et ansvarsgrundlag (typisk i form af culpa), kan det dertil komme på tale at knytte erstatningsretlige virkninger til den optræden, som gav grundlag for ugyldighedsindsigelsen. Pga. den manglende gyldighed udmåles erstatningen i så fald maksimalt til den negative kontraktsinteresse, dvs. som modpartens omkostninger ved aftaleindgåelsen. Udsigten til et sådant scenarie er i sig selv et kraftigt motiv til at optræde redeligt.

I kommercielle forhold gælder der som regel kun få begrænsninger i aftalefriheden. En aftale, der reflekterer parternes *reelle vilje* til at gennemføre transaktionen (hvilket netop ikke er tilfældet, når forholdet rammes af en ugyldighedsgrund eller fortolkningstvivl), skal holdes efter sit indhold. Begrænsninger i dette udgangspunkt kræver særlig hjemmel, f.eks. i en ugyldighedsgrund, i offentligretlige forbudsregler (som bl.a. kendes inden for konkurrenceretten) eller i regler om præceptivitet.

Præceptive regler

Det antages f.eks., at en part kun i begrænset omfang kan fraskrive sig den almindeligt gældende oplysningspligt. Antog man et modsat resultat, ville man reelt legitimere svig, se *Hultmark* (1993), s. 74. Ligeledes antages det, at aftaler, der begrænser erstatningsansvaret ved grovere uagtsomhedsformer (f.eks. forsætlig skadeforvoldelse mv.), efter omstændighederne kan frakendes gyldighed, selv om de er indgået med åbne øjne. Se hertil *Unidroit Principles* art. 7.1.6 og PECL art. 8.109 samt for norsk ret *Rt. 1948.370*, *Hagstrøm* i TFr 1996.421 ff. og *Hagstrøm* (2011), kapitel 24.2.

Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 420 f., har generalklausulen i AFTL § 36 efterhånden fået sit største anvendelsesområde i erhvervsmæssige aftaleforhold, hvor muligheden for at bringe bestemmelsen i anvendelse navnlig ligger for, når én erhvervsdrivende har misbrugt sit styrkeforhold over for en anden til at frembringe en uafbalanceret aftaleregulering. I en erhvervsmæssig aftaleforhandling må parterne derfor søge at undgå et forhandlingsresultat (en aftale), som senere vil kunne angribes som urimelig i medfør af § 36. Vejen dertil ligger i en "spejlvending" af de momenter, der inddrages i den rimelighedsvurdering, der anlægges efter § 36. Jo mere *sædvanlig*, aftalen er, jo bedre *balance*, der består mellem ydelse og modydelse, og jo bedre et

Urimelighed

grundlag parterne har haft for at erkende dette, desto vanskeligere er det at ramme den med en indsigelse om hel eller delvis ugyldighed.

*Forudsætnings-
svigt*

En anden aftaleretlig ugyldighedsnormering med væsentlig betydning for aftaleforhandlingen reglerne om uvirksomhed ved forudsætningssvigt. Man kan, jf. i det hele mine bemærkninger i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (2003), s. 591 ff., diskutere det hensigtsmæssige i, at domstolene bruger forudsætningslæren til på den måde at hjælpe parter, der ikke har udvist den fornødne "rettidige omhu" ved at tage højde for forskellige scenarier. Men også her er danske domstole tilbøjelige til at tage hensyn til den uheldige løftegiver. Denne praksis bør dog ikke anvendes som sovepude for parterne. Kommercielle parter bør som udgangspunkt selv identificere de risici, der kan true deres transaktion, og afklare konsekvenserne heraf forretningsmæssigt og aftaleretligt, f.eks. gennem risikoregler, ansvarsregler, prissætning og forsikringsafdækning. Navnlig adgangen til at ændre aftaler, der senere viser sig urimelige mv., bør benyttes restriktivt.

2.3.f. Forholdet til tredjeparter

Udgangspunktet

Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 409 f., er det som udgangspunkt *ikke* i strid med *lov og ærbarhed*, at A og B indgår en aftale, der alene kan opfyldes, hvis B misligholder en allerede indgået aftale med C. En sådan aftale vil alene kunne rammes af en ugyldighedsgrund, hvis den krænker lovhjemlede forbud (f.eks. konkurrenceretlige regler, regler om god markedsførings-skik eller regler, der på specifikke områder forbyder bestemte typer af transaktioner). Undertiden kan det ligefrem være samfundsmæssigt effektivt at misligholde aftaler om ineffektive transaktioner for dermed at bane vejen for mere effektive transaktioner. Alligevel kan det være ubehageligt for A at påføre B en misligholdelse af dennes aftaleforhold med C. En forsætlig og hensynsløs misligholdelse pynter ikke på renomméet i en branche, hvor alle kender hinanden. Og for B vil det være en skærpene omstændighed i sanktionsvurderingen (f.eks. ved udmålingen af erstatningskravet til C), at han havde forsæt til misligholdelse.

Erklæringer

Risikoen for, at en aftale kommer i konflikt med allerede indgåede aftaler, kan i et vist omfang imødegås, hvis den part, for hvem risikoen er aktuel, under forhandlingen rejser dette spørgs-

mål. Undertiden ser man dette tema reguleret ved, at parterne over for hinanden erklærer, at aftalens opfyldelse ikke kolliderer med allerede eksisterende aftalepligter. I amerikanske lånedokumenter vil man hyppigt finde klausuler som følgende (modificeret gengivelse fra *Siviglia* (1992), s. 52 ff.:

“The Borrower hereby represents that neither the execution nor the delivery of this agreement, nor the transactions contemplated hereby or thereby, nor compliance with the terms and conditions hereof or thereof will

(i) contravene (A) any provision of the certificate of incorporation or by-laws of the Borrower, or (B) any provision of any law, statute, decree, rule or regulation as to which the Borrower or any of its property is bound, or (C) any judgment, decree, franchise, order or permit applicable to the Borrower or any of its property;

(ii) conflict with, or result in any breach of any terms, covenants, conditions or provisions of, or constitute a default (with or without the giving of notice or passage of time or both) under or pursuant to the terms of any other agreement or instrument to which the Borrower is a party or by which it is bound; or

(iii) result in the creation or imposition of any lien, security interest, charge or encumbrance upon any of the property or assets of the Borrower.”

Navnlig i lånedokumenter kan man diskutere værdien af den slags erklæringer. Er der brug for dem, er skaden jo alligevel sket, og pengene tabt. De bæres dog af to argumenter: For det første hejser de et *advarselsflag*, som kan lede parternes opmærksomhed hen i retning af forhold, som uventet kan komme i vejen for aftaleopfyldelsen. For det andet kan de give anledning til et personligt *erstatnings-* eller *strafansvar* for den aftaleforhandler, der svigagtigt har afgivet dem.

Kan to danskere enes om noget, stifter de en forening, siges det. Kendt er det i hvert fald, at Danmark er et gennemorganiseret land. Aftalefriheden kan derfor være afskåret ved organisationsforpligtelser, der pålægger medlemmer ikke at handle på bestemte måder. Melder man sig ind i en faglig organisation

*Organisations-
forpligtelser*

eller en arbejdsgiverorganisation, overlader man dermed sin forhandlingskompetence til organisationen, *Jens Kristiansen*. Den kollektive arbejdsret, 3. udg. (2014), s. 144 ff., og forudsætningsvis arbejdsretslovens §§ 12, 13, 21 og 34. Den enkelte medarbejder kan dermed sættes ud af spillet, hvis organisationen går ind i en sag. I kollektive overenskomster kan der f.eks. være krav til arbejdets udførelse, som reelt vil vanskeliggøre en aftaleopfyldelse. Derfor bør virksomheden sikre sig, at der ingen overenskomstmæssige problemer er ved at sætte sine medarbejdere til at medvirke ved transaktionens opfyldelse.

2.3.g. Offentligretlig aftaleregulering

*Politik og
aftalefrihed*

Hvis transaktionen berører forhold, der er genstand for offentligretlig lovgivning, skal aftalen i sagens natur respektere denne lovgivning, der dermed får en indirekte normerende betydning. Talrige love og forskrifter regulerer forhold, som berører parternes aftaleopfyldelse, f.eks. i form af egentlige forbud mod bestemte aktiviteter, som godkendelseskrav eller i skikkelse af anden tilsynsregulering. Reguleringen kan både rette sig mod enkelte samfundssektorer (f.eks. det sociale område, boligområdet, teleområdet og den finansielle sektor) og knytte an til tværgående aspekter af aftalen (f.eks. sikkerhed og konkurrence).

F.eks. findes der talrige bestemmelser i tilskudslovgivningen, der kræver godkendelse af visse aftaler som betingelse for at opnå tilskud eller drive tilskudsberettiget virksomhed. Eksempler herpå er aftaleforholdet mellem sundhedsforvaltningen og den praktiserende læge (jf. det overenskomstssystem, der er institueret ved lov om offentlig sygesikring) og mellem det offentlige uddannelsessystem og de uddannelsessteder, der omtales i lovgivningen om erhvervsuddannelser. I sjældne tilfælde fastslår disse regler, at aftalen er ugyldig uden godkendelse. Den altovervejende hovedregel er, at sådanne offentligretlige forhold ikke påvirker retsforholdet *inter partes*. Konsekvensen af ikke at have opnået godkendelse vil da blot være, at den relevante offentligretlige retsstilling fortabes el.lign.

Offentligretlige regler, der regulerer en virksomheds frihedsgrader inden for et område, påvirker som hovedregel ikke aftalens *gyldighed*, så længe reglerne ikke forbyder enkelte aftalevilkår. I det omfang en aftale strider mod regler om god skik, er udgangspunktet, at aftaleretlige konsekvenser af en tilsidesættelse af

sådanne regler bedømmes efter de almindelige ugyldighedsregler, herunder generalklausulen i AFTL § 36, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 408. Derimod kan lovgivning efter omstændighederne udgøre en *typeforudsætning*, hvis bortfald får betydning for aftalens gyldighed eller *fortolkning*. Tilsidesættelse af offentligretlige regler vil ofte få erstatningsretlige konsekvenser. Erstatnings sanktionen anvendes således ved tilsidesættelse af regler om licitation og offentlige udbud (se f.eks. *U 1985.550 H* og *U 2007.2106 H*), eller når en adfærd er i strid med markedsføringsloven (se f.eks. *U 2007.1254 H*), den teleretlige konkurrencelovgivning (se f.eks. *U 2005.2842 H*) eller den almindelige konkurrencelov (se f.eks. *U 2005.388 SH*, *U 2004.2600 SH* og forudsætningsvis *U 2009.1265 SHK*). Se også *U 1998.643 V*, der fandt et pengeinstitut erstatningsansvarligt for sin rådgivning til en kunde om dennes forsikringsdækning “også” under henvisning til de dagældende Retningslinier om Etik i Pengeinstitutternes Rådgivning.

Aftaler om ydelser, der knytter sig til lovbundne opgaver, bør henvise til det relevante regelgrundlag. Bl.a. bør aftalen tage stilling til, om lovændringer skal føre til tilsvarende ændringer i aftalen, eller om pligten til at opfylde aftalen består uanfægtet heraf. Også ændringer i den anvendte *terminologi* og i myndighedens *praksis* kan afgørende påvirke den byrde, aftalens parter må bære ved at skulle præstere ydelsen. Hvor sådanne ændringer kan bringe transaktionens formål i fare eller på væsentlig måde forrykke værdien af de ydelser, parterne udveksler, kan det være hensigtsmæssigt at give mulighed for *opsigelse* med passende varsel, sml. generelt om opsigelse *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.4.c., og nedenfor i afsnit 7.4. Man kan ikke regne med, at domstolene i en sådan situation vil foretage de nødvendige justeringer i medfør af aftaleretlige fortolknings- og ugyldighedsregler.

Det hører til undtagelsen, at kommercielle aftaler kun er gyldige med en offentlig myndigheds *godkendelse*. På talrige reguleringsområder har den offentligretlige regulering erstattet tidligere regler, der foreskrev *godkendelse* af aftalevilkår, med regler, hvorefter disse vilkår blot *anmeldes*. Et eksempel herpå er de regler, der efter lov om forsikringsvirksomhed tidligere gjaldt om godkendelse af vilkår i livsforsikringsaftaler, men som blev ophævet ved lov nr. 1062 af 23. december 1992, hvor den

Henvisninger til lovgivning

Godkendelseskrav

anmeldelsesordning, der i dag findes i § 20 i lov om finansiel virksomhed blev indført. I dag skal *forsikringsbetingelser* ikke anmeldes – en sådan anmeldelsesordning er ligefrem forbudt ifølge 3. livsforsikringsdirektiv 92/96. Hvis den underliggende transaktion derimod kun kan gennemføres med tilladelse eller dispensation fra en myndighed, får de regler, der bestemmer, hvornår myndigheden kan meddele denne dispensation, reelt aftaleregulerende betydning. Samme effekt har skatteretlige regler. Se i den forbindelse afsnit 5.5.b. om skatteforbehold.

I lande, der ikke har udviklet en velfungerende markedsøkonomi, vil statsmagten ofte se et behov for at kontrollere – og ofte også beskatte eller afgiftspålægge – de transaktioner, der udgør ryggraden i det økonomiske system. Her forekommer godkendelsesordninger ofte. Ikke sjældent er sådanne godkendelsesordninger forbundet med en udbredt form for korruption: Tilladelsen går ofte lettere igennem, når der betales penge “under bordet”, se herved afsnit 6.5.d.

*Konkurrence-
retlig kontrol*

Et praktisk væsentligt, om end særegent, godkendelsessystem gælder i medfør af konkurrencerettens regler, jf. for dansk rets vedkommende konkurrencelovens § 8, der giver Konkurrencerådet hjemmel til – efter anmeldelse – at fritage aftaler, der anses for konkurrencebegrænsende i henhold til lovens § 6, fra det forbud, denne bestemmelse opstiller. Se herom s. 215.

Bindende svar

En særegen form for “godkendelse” med stor indirekte betydning opnås gennem reglerne om *bindende svar* på spørgsmål om dispositioners skattemæssige virkninger, der findes i kapitel 8 i skatteforvaltningsloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 175 af 23. februar 2011 med senere ændringer). Står og falder økonomien i en transaktion med en bestemt skattemæssig effekt, bør aftalen gøres betinget af, at der opnås en sådan godkendelse, se herved afsnit 5.5.b. om skatteforbehold. Uden et udtrykkeligt skatteforbehold i en aftale vil dens gyldighed derimod som hovedregel være upåvirket af de skattemæssige virkninger, jf. forudsætningsvis dommen i *U 1989.1060 H.*

*Forvaltnings-
retlige begræns-
ninger*

2.3.h. Det offentlige som aftalepart

Som aftaleforhandler er offentlige myndigheder underlagt forvaltningsrettens almindelige regler, der bl.a. pålægger myndig-

heden pligt til at respektere princippet om lovbunden forvaltning (legalitetsprincippet) samt almindelige principper om lighed, offentlighed og saglighed, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.5.c. I praksis indebærer det bl.a., at myndigheden er afskåret fra at anlægge usaglige forhandlingsteknikker, se hertil afsnit 2.5.b. om saglig aftaleforhandling. De meldinger, der afgives under forhandlingen, må være korrekte og vel funderede i det relevante regelgrundlag. Denne retsstilling er bl.a. fastslået i retspraksis om myndighedernes optræden i personalesager, se f.eks. *U 2007.537 H*, *U 2008.401 H* og *U 2009.1251 H*.

Princippet om *lovmæssig forvaltning* indebærer, at en forvaltningsmyndighed ikke i kraft af aftale kan gøre andet og mere, end den i forvejen havde hjemmel til, sml. herved forudsætningen i § 2 i cirkulære nr. 2 af 13. januar 2010 om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver, jf. straks nedenfor. Det fremgår heraf, at udbudspligten kun gælder for “udbudsegne” opgaver. Lovgiveren har dog i stigende grad givet hjemmel for myndighedsudøvelse ved aftale, se f.eks. miljøbeskyttelseslovens § 10, stk. 2. Er aftalen indgået inden for det råderum, som myndigheden har fået overladt i sit hjemmelsgrundlag, omfattes den som hovedregel af formuerettens almindelige regler. Det gælder dog selvsagt ikke, hvis aftalen ikke lovligt kan opfyldes, fordi den kolliderer med et andet regelgrundlag. I så fald mister den sin gyldighed, jf. princippet i DL 5-1-2 (lov og ærbarhed). Ligeledes lægger de principper, der gælder for det offentlige sagsbehandling, grænser for, hvorledes den offentlige aftalepart kan disponere, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 135 f.

Også andre forhold har særlig betydning ved myndigheders aftaleindgåelse. Myndighederne må for det første afholde sig fra at inklade sig på en *konkurrence*, som kun er mulig, fordi den offentlige virksomhed finansieres ved de offentlige budgetter. Heri ligger omvendt også – for det andet – at myndigheden må overholde de *bevillingsrammer* og -grundlag, som følger af disse budgetter. For det tredje må myndighederne inden for gældende ret efterleve de *vedtagelser*, som afstikkes af det kompetente organ. Sådanne vedtagelser kan enten være generelle (f.eks. om omkostningsreduktion mv.), eller de kan følge af en særlig politik, der afgrænser den aftaleretlige handlemulighed på bestemte områder.

Gennem de senere år er det blevet stadigt mere almindeligt at

*Andre
begrænsninger*

Privatisering

lade private virksomheder overtage opgaver i samfundets interesse, der tidligere har været udført af det offentlige. Denne politik er i et vist omfang understøttet gennem særlige retsregler. Ifølge § 1 i cirkulære nr. 2 af 13. januar 2010 om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver skal opgaver, som en statsinstitution udfører, og som vil kunne udføres af eksterne leverandører, med passende mellemrum sendes i udbud. Udbudte opgaver skal udliciteres, hvis det gennem udbud godtgøres, at det alle forhold taget i betragtning er det mest fordelagtige for staten. Myndighedernes pligt til at udlicitere gælder ikke, hvis institutionen godtgør, at det ikke er muligt at udbyde opgaven eller nogen del heraf i konkurrence, eller hvis dette i givet fald vil medføre uforholdsmæssigt store omkostninger eller administration, jf. § 5.

2.3.i. Aftaleindgåelse ved offentlige udbud

Problemstillingen

Offentlige myndigheder (og visse koncessionerede forsyningsvirksomheder) er underlagt særlige regler, når de indgår aftaler om anskaffelse af varer og tjenesteydelser over visse minimumsbeløb. Reglerne er komplicerede, fordi de både udspringer af dansk ret (og herunder dansk forvaltnings- og konkurrenceret) og af EU-retten. De har central betydning for enhver offentlig myndigheds anskaffelse af varer og tjenesteydelser. På grund af de betydelige økonomiske værdier, som de offentlige indkøb repræsenterer, og de nærliggende muligheder for national eller regional protektionisme, er der ikke blot juridisk, men også politisk interesse i at sikre fri konkurrence på dette indkøbsområde.

Underliggende hensyn

Indkøbsreglerne drives også af et ønske om at føre sektorpolitik, f.eks. ved at tilgodese ønsker om bæredygtighed, sociale hensyn og miljøhensyn gennem indkøbsbeslutningen. I præambelen til det nedenfor omtalte udbudsdirektiv (betragtning nr. 46) fremgår det udtrykkeligt, at der ved tildeling af ordrer under en udbudsforretning kan inddrages “sociale krav”, herunder krav hos “særligt ugunstigt stillede befolkningsgrupper”. Denne frihed gør det bl.a. muligt for myndighederne at gennemføre en CSR-politik inden for rammerne af udbudsreguleringen. EU-kommissionen har selv på et tidligt tidspunkt anvendt indkøbsområdet til at understøtte EU’s standardiseringspolitik. Se hertil *IT-retten*, afsnit 5.3.e.

Retsgrundlag

Det offentlige indkøbsområde er på et tidligt tidspunkt gjort til genstand for EU-regulering. I dag fremtræder et helstøbt – om-

end langt fra perfekt – regelsæt. De EU-retlige regler udmønter TEUF art. 18, 36 ff. og 45, der forbyder forskelsbehandling på grundlag af nationalitet henholdsvis pålægger pligt til at afskaffe restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser.

Tilsidesættelse af reglerne om offentlige indkøb sanktioneres efter forskellige regelsæt. En medlemsstat, der bryder reglerne, kan blive genstand for søgsmål om traktatbrud efter almindelige EU-retlige regler. Efter reglerne i kapitel 5 i lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne mv. kan også private parter varetage deres interesser gennem klage til Klagenævnet for Udbud efter reglerne i lovens kapitel 5. Nævnet har herefter kompetence til for det første at anordne midlertidige retsskridt. Ifølge lovens § 13 kan disse retsskridt bestå i at *suspendere* eller *annullere* ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning, at *udstede påbud om lovliggørelse* eller at pålægge ordregiveren en *økonomisk sanktion* (der ikke har nogen nødvendig sammenhæng med et eventuelt lidt tab). For det andet kan nævnet i medfør af lovens § 14 pålægge en ordregiver at yde klageren *erstatning* for det tab, denne har lidt som følge af en overtrædelse af udbudsreglerne som nævnt i lovens § 1, stk. 2. For det tredje kan nævnet i medfør af reglerne i lovens §§ 17-18 erklære den kontrakt, der måtte være meddelt på grundlag af en fejlbehæftet udbudsprocedure, for *uden virkning*. Endelig kan nævnet ifølge lovens § 19 pålægge en offentlig ordregiver en økonomisk sanktion, når nævnet ikke har erklæret hele kontrakten for at være uden virkning, jf. § 18, stk. 2.

Sanktionsregulering

Den nugældende EU-regulering om offentlige udbud følger af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (*udbudsdirektivet*). Direktivet er implementeret i dansk ret ved lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige indkøb mv., jf. lovbekendtgørelse nr. 600 af 30. juni 1992 med senere ændringer. Der er tale om en rammelov, der bl.a. har givet grundlag for en række præciserende bekendtgørelser, herunder bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige byg-

Udbudsdirektivet

ge- og anlægskontrakter, og som bl.a. hjemler bødestraf ved overtrædelser (§ 7). Da bekendtgørelserne henviser til direktivet, er det i den praktiske retsanvendelse dettes tekst, der har betydning.

Den 26. februar 2014 har Parlamentet og Rådet vedtaget en pakke af nye direktiver (no. 2014/23, 2014/24 og 2014/25), som vil træde i stedet for de gældende direktiver, herunder et nyt direktiv om offentlige indkøb. De nye direktiver, der skal være implementeret senest i 2018, bringer reglerne i harmoni med EU-Domstolens seneste praksis. Derudover indføres nogle ændringer, der skal lette små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud. I Danmark ventes implementeringen at ske ved en ny dansk udbudslov. Litteraturen om de gældende udbudsdirektiver er, selv på dansk, enorm. Udbudsdirektiverne er genstand for en omfattende kommentar udsendt af *Michael Steinicke & Lise Groesmeyer* (2. udgave, 2008) og af *Sune Troels Poulsen, Peter Stig Jakobsen & Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg* (2. udgave, 2011). Se også *Jesper Fabricius: Offentlige indkøb i praksis* (2. udgave, 2012) og *Claus Berg: Udbudsret i byggeriet* (2012). De væsentligste ændringer i det nye udbudsdirektiv er omtalt af *Carina Risvig Hamer* i ET 2014, s. 145 ff., og i en antologi redigeret af *Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer* på Djøfs Forlag under titlen "Modernising Public Procurement: The New Directive" (2014). For en nærmere oversigt over de gældende udbudsregler, herunder de til enhver tid gældende tærskelværdier, henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside www.kfst.dk. Danske udbud offentliggøres løbende på www.udbud.dk.

Tærskelværdier

Udbudsdirektivet omfatter alle indkøb over en given tærskelværdi. Tærskelværdierne er fastsat efter reglerne i Kommissionens Forordning nr. 1336/2013/EU af 13. december 2013 med virkning fra 1. januar 2014, jf. nærmere Kommissionens meddelelse af 14. december 2013 (2013/C 366/01). De seneste tærskelværdier udgør bl.a. kr. 595.832 kr. (for delydelser), kr. 998.019 kr. (for vareindkøb og tjenesteydelser til statslige myndigheder) og 1.541.715 kr. (for vareindkøb til kommunale/regionale myndigheder samt tjenesteydelser til andre myndigheder).

Udbudspligten

Aftaler, der efter særlige beregningsregler ligger over en sådan tærskelværdi, skal som udgangspunkt i "offentligt udbud", dvs. underkastes en stærkt formbunden licitationsprocedure, der giver offentligheden mulighed for at byde ind. Direktiverne og gennemførelsesreglerne opstiller disse formaliserede og komplicerede krav. Reglerne udmønter nogle få, men centrale, principper

om gennemsigtighed og ligebehandling i myndighedernes fremgangsmåde og beslutningstagen i udbudssager.

Grundlaget for enhver udbudsforretning er en *udbudsbekendtgørelse*, hvori den ordregivende myndighed offentliggør sit ønske om en given anskaffelse, og opfordrer budgivere til at fremsende deres bud inden for en bestemt frist. For at give de bydende parter mulighed for at vurdere opgaven indeholder bekendtgørelsen en præcisering af denne og en angivelse af, hvilke forventninger der stilles til budet og (efter omstændighederne) budgiveren, jf. nærmere direktivets art. 36. Bekendtgørelsen offentliggøres efter reglerne i direktivets art. 36-37. Interesserede budgivere kan herefter rekvirere supplerende oplysninger og dokumenter hos den ordregivende myndighed, jf. nærmere art. 39. Ofte vil den ordregivende myndighed have udarbejdet et udkast til den kontrakt, budgiveren forventes at indgå.

Fremgangsmåde

Udbudsbekendtgørelsen kan betragtes som en *opfordring til at gøre tilbud*. Aftaleindgåelsen sker imidlertid normalt ikke ved, at dette tilbud blot accepteres. Almindeligvis meddeler den ordregivende myndighed først, om budgiveren har vundet udbuddet eller ikke, dvs. om hans tilbud er fundet kvalificeret til antagelse. Er det tilfældet, er man klar til aftaleindgåelse, men denne aftaleindgåelse sker herefter i et særskilt forløb. Normalt vil udbudsvilkårene fastsætte en frist, inden for hvilken budgiveren skal stå ved sit tilbud (en såkaldt *vedståelsesfrist*). Inden for denne frist har den ordregivende myndighed tid til at tilrettelægge aftaleindgåelsen og få de sidste detaljer på plads. Først når aftalen er indgået, er udbudsforretningen afsluttet. Tilbuddet vil normalt være ledsaget af en tilbudsgaranti, se herom s. 328.

*Udbud og
aftaleindgåelse*

Ved tildelingen af kontrakten vælges enten det mest *fordelagtige tilbud* eller den *laveste pris*, jf. direktivets artikel 3. Fordelagtighedskriteriet er udmøntet i art. 53. Ifølge denne bestemmelse kan der anlægges forskellige kriterier, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, jf. stk. 1, litra a. I det omfang den ordregivende myndighed ønsker at lægge vægt på disse kriterier, skal dette angives i forbindelse med udbuddet, ligesom det skal angives hvordan den ordregivende myndighed relativt vil vægte de kriterier der er valgt.

*Tildelings-
kriterier*

Mulige fremgangsmåder

Udbudsdirektivet giver hjemmel for følgende fremgangsmåder til gennemførelse af offentlige udbud:

- 1) Offentligt udbud,
- 2) Begrænset udbud,
- 3) Konkurrencepræget dialog,
- 4) Udbud efter forhandling med en forudgående udbudsbekendtgørelse,
- 5) Udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse,
- 6) Dynamiske indkøbssystemer og
- 7) Projektkonkurrencer.

De ordregivende myndigheder står ikke frit i valget mellem disse udbudsformer. Det følger af direktivets art. 28, stk. 3, at der som udgangspunkt skal anvendes offentligt eller begrænset udbud. På de særlige betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 29, kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved hjælp af konkurrencepræget dialog. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Offentligt udbud

Et *offentligt udbud* er en procedure, hvorved alle interesserede leverandører indbydes gennem udbudsbekendtgørelsen. Hvis ikke der findes særlige fravigende regler i direktivet, er det som nævnt denne fremgangsmåde, der skal følges, hvis andet ikke er hjemlet. Fremgangsmåden indebærer, at der afholdes *licitation* over den pågældende opgave.

Begrænset udbud. Prækvalifikation

Begrænset udbud er en fremgangsmåde, hvorved kun de leverandører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, kan afgive bud, se definitionen i direktivets art. 2, stk. 11.b. Proceduren er tvedelt: *Først* indkredses gennem et offentligt udbud en gruppe budgivere, som kan prækvalificeres på grundlag af et sæt prækvalifikationskrav, som den ordregivende myndighed på forhånd har offentliggjort. De parter, der opfylder disse krav og derfor bliver prækvalificerede, får herefter muligheden for at afgive egentlige bud (i konkurrence med hinanden). Det sker *dernæst* ved et begrænset udbud mellem disse. Det centrale kendemærke ved et begrænset udbud er den for-

maliserede prækvalifikation. Prækvalifikation anvendes navnlig i store og komplekse anskaffelser (f.eks. byggeri og it-systemudvikling), hvor leverandørens evne til at opfylde aftalen anses for særligt kritisk.

Reglerne om “konkurrencepræget dialog” findes i direktivets artikel 29 og kan anvendes i udbud vedrørende “særligt komplekse kontrakter”. Det skal kunne godtgøres, at et offentligt eller begrænset udbud ikke vil gøre det muligt at indgå en kontrakt. Dialogen går da ud på, at myndigheden offentliggør en udbudsbekendtgørelse, der angiver de efterspurgte behov og krav. På grundlag af en prækvalifikation gennemført efter reglerne i direktivets artikel 44-52 går myndigheden herefter i en dialog med de udvalgte (prækvalificerede) leverandører (“ansøgere”). Dialogen har til formål at indkredse og fastslå, hvorledes myndighedens behov bedst kan opfyldes. Under dialogen kan myndigheden drøfte alle aspekter ved kontrakten med de udvalgte leverandører. Alle skal behandles ens, og der må ikke udøves forskelsbehandling, ved at der meddeles oplysninger, som kan stille nogle bedre end andre.

Konkurrencepræget dialog

Et eksempel på en sådan forskelsbehandling kunne være, at myndigheden med den skjulte hensigt at opnå en tilbygning til et eksisterende system af en bestemt karakter offentliggør grænsefladeoplysninger, som gør det lettere for nogle budgivere at udføre den ønskede tilbygning. Direktivets art. 6 har i øvrigt særskilte regler om fortrolighed, der forbyder den ordregivende myndighed at offentliggøre oplysninger, som budgiverne (“de økonomiske aktører”) har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige.

Udbud efter forhandling indebærer, at den ordregivende myndighed henvender sig til bestemte leverandører og forhandler aftalens vilkår med dem. En sådan fremgangsmåde er i en vis forstand ensbetydende med, at der slet ikke sker noget udbud, og efter direktivet kan fremgangsmåden da også kun anvendes under helt specielle omstændigheder, jf. nærmere artikel 30-31. I disse tilfælde er der heller ikke noget forhandlingsforbud, eftersom der netop er givet frit slag for individuelle forhandlinger, hvis blot principperne om gennemsigtighed, ikke-diskrimination og ligebehandling mv. respekteres. Men proceduren indebærer

Udbud efter forhandling

ikke en fravigelse af disse grundlæggende krav om ligebehandling og gennemsigtighed. Udbud efter forhandling kan f.eks. benyttes, når kontrakten ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt til, at den kan indgås ved at vælge det bedste tilbud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud.

Rammeaftaler

Udbudsdirektivet har i artikel 32 søgt at løse et problem vedrørende brugen af det offentliges brug af *rammeaftaler*, som tidligere har givet anledning til diskussion. Det er nu udtrykkeligt fastsat, at medlemsstaterne kan give de ordregivende myndigheder mulighed for at indgå rammeaftaler, så længe myndighederne følger de procedureregler, direktivet i øvrigt fastsætter for offentlige udbud. Når der senere indgås aftale baseret på en rammeaftale, må der ikke foretages væsentlige ændringer i aftalevilkårene, jf. artikel 32, stk. 1, tredje led. Rammeaftaler må højst gælde i fire år. Denne regel kan dog modificeres i særlige tilfælde, hvor dette er "behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens forhold". De ordregivende myndigheder må dog ikke misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes.

Dynamiske indkøbssystemer

Et *dynamisk indkøbssystem* er ifølge artikel 1, stk. 6, "en fuldt elektronisk indkøbsproces for almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder den ordregivende myndigheds krav". Ifølge definitionen skal det dynamiske indkøbssystem være *tidsbegrænset*, og det må under hele sin varighed være *åbent for enhver*, der opfylder udvælgelseskriterierne og har afgivet et vejledende tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Nærmere krav til disse udbudsbetingelser er fastsat i direktivets artikel 33, stk. 2-4, der bygger på de almindelige krav om forudgående offentligt udbud mv. Et dynamisk indkøbssystem kan eventuelt indrettes som en elektronisk auktion, jf. herom nedenfor.

Elektroniske auktioner

En *elektronisk auktion* er i direktivets artikel 1, stk. 7, defineret som "en gentagen proces, hvor nye og lavere priser og/eller nye værdier for visse elementer i tilbudene præsenteres ad elektronisk vej efter den første fuldstændige vurdering af tilbudet, således at disse kan klassificeres på grundlag af automatisk tildeling". Ifølge artikel 4 kan de ordregivende myndigheder gøre brug af elektroniske auktioner. Det gælder dog ikke, jf. artikel 1, stk. 7, sidste led, hvis der er tale om bygge- og anlægsarbejder og tjeneste-

ydelse, der involverer en intellektuel indsats som f.eks. projektering af arbejder. Derudover kan den elektroniske auktion kun anvendes, hvis kontraktens specifikationer kan fastsættes nøjagtigt. Udbudsbetingelserne skal i øvrigt indeholde en række nærmere angivne oplysninger om den elektroniske auktion.

Det har stor praktisk betydning for anvendelsen af de EU-retlige udbudsregler, at de udbudsformer, der som hovedregel skal anvendes (offentligt og begrænset udbud) er indført for at undgå en fri aftaleforhandling med udvalgte leverandører. Uden for de særlige tilfælde, hvor den ordregivende myndighed efter de foranstående regler har mulighed for at gå i dialog med budgiveren, er hovedreglen, at aftaleforhandlingen gennemføres i licitationsform, altså som et offentligt eller begrænset udbud. Og under en licitation forhandler man ikke, jf. *U 2014.975 V*, der fastslog, at en kommune kunne afvise et tilbud pga. en fejl i tilbudssummen, idet der ikke var tale om en åbenbar fejl, der kunne berigtiges. Rådet og Kommissionen har i en erklæring ad artikel 5, stk. 4, i direktiv 71/305/EØF (senere trykt i EFT 1994 L 111/114) præciseret rækkevidden af dette forhandlingsforbud. Der må "navnlig" ikke forhandles priser, og der må kun finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling. Som anført s. 55 giver dette forhandlingsforbud anledning til vanskeligheder ved indgåelse af aftaler om faseopdelte transaktioner.

Forhandlingsforbud

Se om rækkevidden af dette forhandlingsforbud, *Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh* i *U1994B*, s. 313 ff., og *Steen Treumer*: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 139 ff., der bl.a. fremhæver (s. 143), at forhandlingsbegrebet hverken er defineret i direktiverne eller i fælleserklæringen, og at forbuddet ikke er til hinder for, at der efter kontraktens afslutning foretages tilpasninger af denne som følge af uforudsete forhold (s. 151). EF-Domstolen har i en dom af 25. april 1996 (sag C-87/94) ikke villet anerkende, at der efter åbning af tilbud tages hensyn til ændringer, der er gjort herefter. Se ligeledes *Michael Steinicke & Lise Groesmeyer* (2008), s. 354 ff.

Efter reglerne i lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støt-

Tilbudsloven

tede kontrakter, med senere ændringer, skal visse kontrakter, som offentlige myndigheder udbyder under tærskelværdierne i bygge- og anlægsgesetningen, udbydes i overensstemmelse med lovens regler. Loven opstiller en generel pligt for den ordregivende myndighed til at sikre, at der ikke sker forskelsbehandling af tilbudsgivere.

2.4. Planlægning af aftaleforhandlingen

2.4.a. Aftaleforhandlingen åbnes

Formål og
BATNA

Inden A anmoder B om en aftale, må han vide, hvad han vil, dvs. hvilket formål han vil tilgodese med den, hvordan han – trin for trin – vil opnå det, og ikke mindst, hvad han er parat til at betale herfor. I den forbindelse bør A også gøre sig klart, hvor han står, hvis B ikke vil acceptere kravet. *Fischer, Ury & Patton* (2011), s. 101 ff., betegner indbegrebet af denne sidste analyse som B's "BATNA" – dvs. the "best alternative to a negotiated agreement". Jo bedre en parts BATNA er, desto mindre vil han kæmpe for forhandlingsresultatet. Jo ringere BATNA er, desto mere vil det betyde at få en aftale på plads.

Forhandlingste-
maet

Viser B interesse for at indgå en aftale, er grundlaget for en aftaleforhandling skabt. Emnet – eller emnerne – for en forhandling betegner man som forhandlingstemaet. Forhandlingstemaet vil typisk variere i løbet af forhandlingen. I den første fase vil det ofte foreligge i A's vagt udtrykte ønske om den ydelse, aftalen vil forpligte B til at præstere, men det kan også foreligge mere præcist, f.eks. som et *udkast* til aftaledokumentet. Accepterer B et sådant dokument som grundlag for forhandlingen, er det dermed forhandlingstemaet. Er andet ikke aftalt, kan B imidlertid også meddele, at han ønsker forhandlingen baseret på en mere præcis angivelse af de forretningsmæssige mål, inden der konciperes – et ønske, A vanskeligt vil kunne afvise.

Første træk?

Forbløffende sjældent giver det anledning til diskussion, hvem der skal lægge et udkast frem, se hertil *Lindskog* (1989), s. 132. Dovenskab eller ulyst til at afholde advokatombudsninger kan få B i eksemplet til ligefrem at anmode A om at fremsende et udkast til aftale – f.eks. hentet fra ens samling af paradigmer. Den part, der fremlægger et sådant dokument, sætter dagsordenen for drøf-

telsen. Uden et første dokument kan det være nødvendigt at starte fra scratch baseret på de *main terms*, der er nået enighed om.

Der kan formentlig opstilles enkelte vejledende retningslinjer for, hvornår det anses for nærliggende for en part at spille ud med sit aftaleudkast først. Er der for det første tale om en *standardydelse*, som det må antages, at leverandøren har prissat under hensyntagen til de vilkår (om f.eks. kvalitetskrav, garanti, lovvalg mv.), som fremgår af leverandørens aftaledokument, er det nærliggende at tage udgangspunkt heri. Er der omvendt tale om en *specialydelse*, der udvikles med henblik på kundens forhold, og som først antager sin endelige form i forbindelse med et projektføreløb med kunden, er det nærliggende at tage udgangspunkt i kundens vilkår – hvis sådanne findes – eller i en standardaftale, der ofte benyttes af kunder i branchen. I en branche med sædvaner eller typeforudsætninger, f.eks. om garantiforhold mv., er det nærliggende at lade den part, der hører mest hjemme i branchen, spille ud med sine aftalevilkår først.

Retningslinjer

Det kan være noget vanskeligere at nedskrive aftalen under selve forhandlingen. Selv om en dygtig jurist, der mestrer tekstbehandling, sagtens vil kunne nedskrive de beslutninger, der former sig under aftaleforhandlingen, vil en sådan konciperingsform umærkelig føre til en slags “beslutningsreferat”, der i et aftaledokument fremtræder som en fragmentarisk regulering. I det omfang sådanne delbeslutninger udtrykker mere almene regler og principper, bør disse regler og principper aftaleforhandles som sådanne. Derved opnås også en mere konsistent regulering af fremtidige, endnu ikke erkendte, problemer af samme karakter.

*Samtidig
koncipering*

Har parterne ikke taget udgangspunkt i et *aftaleudkast*, vil forhandlingsmødet som regel vedtage, at en person med juridisk uddannelse eller kyndighed i koncipering udarbejder et sådant på grundlag af forhandlingen. Deltager juristen ikke i forhandlingen, kan man forelægge den konciperende jurist et *beslutningsreferat*, der angiver nogle hovedpunkter, som parterne ønsker indeholdt i den endelige aftale.

*Efterfølgende
koncipering*

Beslutningen om hvem der konciperer aftaledokumentet, kan få retlig betydning for, hvorledes aftalen efterfølgende *fortolkes*, jf. den såkaldte koncipistregel, se herom *Grundlæggende aftaleret*,

*Hvem
konciperer?*

afsnit 5.3.a. Når denne tilsyneladende ulempe påpeges, må det tages i betragtning, at koncipistreglen netop begrundes med risikoen for, at koncipisten ved bevidste tvetydigheder kan forlede modparten til at give videregående løfter end tilsigtet. Ulempen modsvarer med andre ord af sine fordele.

Eksklusivitet

At gennemføre en aftaleforhandling kan være en omkostningskrævende proces, som parterne må igennem med risikoen for, at anstrengelserne ikke bærer frugt, og der ikke sluttet aftale. Risikoen herfor kan dog minimeres på forskellige måder, hvis parterne vælger at indgå aftale om deres aftaleforhandling, jf. herom afsnit 2.4.c. Som led i en sådan aftale kan parterne tilsige hinanden eksklusivitet: Sælger lover, at han ikke under forhandlingen vil forsøge at sælge til anden side, og køber lover, at han tilsvarende vil undlade at forsøge indkøb til anden side. En sådan ordning kan også modvirke, at en af parterne anvender resultaterne af en anden forhandling som pression under forhandlingen, f.eks. til at forlange tilpasning af vederlaget eller andre vilkår for aftalen, se herved *Egholm Hansen og Lundgren* (2014), s. 151 ff., og *Lego Andersen* (2004), s. 22 ff.

Aftaler herom kan passende indsættes i et *letter of intent* eller i en *forkontrakt*. Vederlaget herfor betegnes f.eks. som *option fee* eller *break away-fee*. Se generelt om brug af hensigtserklæringer som grundlag for komplicerede aftaleforhandlinger, *Schans Christensen* (1998), s. 34 ff.

2.4.b. Strukturering af aftaleforhandlingen

Strukturering

Er der flere forhandlingstemaer på dagsordenen, kan det være nødvendigt at *strukturere* forhandlingen. Forhandlingstemaet opdeles da i bestanddele, der igen opdeles i delbestanddele – afhængigt af det enkelte problems mere eller mindre basale betydning. Formålet er dels at undgå gentagelser, dels at identificere grundlæggende uoverensstemmelser så tidligt som muligt, så man ikke spilder hinandens tid, hvis det på forhånd kan afvises, at der er grundlag for at indgå aftale. Konstaterer parterne derimod enighed om alle væsentlige punkter, stiger deres incitament til at løse de mindre betydningsfulde temaer i forhandlingen.

Flere modparter

Et særligt problem opstår, når A står over for at skulle vælge mellem to potentielle aftaleparter, B og C. I en sådan situation

vil A typisk ønske at optimere de vilkår, han kan få, ved at lade B og C konkurrere om at give det bedste bud. Dette kan ske på to måder.

Ved en *licitation* opfordres B og C til samtidigt at fremsætte sit tilbud til A, som herefter – alt efter vilkårene for licitationen – vælger det mest fordelagtige. Herved kan B og C hver for sig tilskyndes til at afgive det mest optimale bud af frygt for, at den anden part skyder højere. Til gengæld vil der normalt kun være ét skud i bøssen, idet vilkårene for licitationen normalt vil forbyde, at der i samme licitation indhentes fornyede bud. En særlig regulering af såkaldte licitationssalg af fast ejendom er givet ved bekendtgørelse nr. 321 af 29. marts 2007 med senere ændringer om salg af fast ejendom ved budrunde.

– *licitation*

En *auktion* indebærer, at først A, så B, og dernæst C successivt afgiver tilbud, således at indholdet af hvert enkelt bud er kendt for både A, B og C. Fordelen herved ligger i den heraf følgende gennemsigtighed, som ofte får til konsekvens, at deltagerne “byder hinanden op”, så der opnås en højere pris. Ulempen er først og fremmest praktisk: Der skal løbende udveksles information om buddene, hvilket enten er tidskrævende eller stiller krav om, at alle er til stede samtidig.

– *auktion*

I aftaler om levering af komplicerede maskiner og it-systemer benytter man ofte en særegen form for aftalestrukturering. Kunden vil sjældent vide, hvilket it-udstyr han har brug for. Derfor udarbejder han – typisk under bistand af en konsulent – en *kravspecifikation* eller *behovsopgørelse*, der angiver de krav, systemet skal opfylde, eller de behov, kunden har identificeret. Kravspecifikationen udgør i teknisk forstand en integreret del af den opfordring til at gøre tilbud, som sætter leverandøren i stand til at afgive bud (“tilbud”) på opgaven. Accepteres et sådant tilbud, vil den indgåede aftale herefter fastslå, at systemet og dets enkelte enheder skal besidde de egenskaber og opfylde de krav vedrørende funktionalitet, ydeevne, integration, standarder, eventuelle udvidelsesmuligheder mv., der fremgår af kravspecifikationen – med deri aftalte ændringer og forbehold.

Krav-
specifikation

Også i mere overskuelige transaktioner kan en strukturering af forskellige forhandlingstemaer være nyttig. En forhandling går normalt lettere, hvis dens enkelte temaer drøftes hver for sig. Men mange temaer hænger således sammen med andre, at man

Temastruk-
turering

sparer både tid og energi ved at tilrettelægge forhandlingen sådan, at de fundamentale temaer (der måske afslører, at parterne slet ingen interesse har i at indgå aftale) behandles før de temaer, der udspringer heraf.

Et grundlæggende tema i en aftale om B's forhandling af A's varesortiment kan være, om B skal have *eksklusiv* forhandling eller ikke. Et andet tema kan være, om forhandleren skal have pligt til at aftage et *minimumskvantum*. Et tredje kan være, hvilken *garanti* leverandøren giver for leverede produkter. Et fjerde tema kan angå *lovvalg*. Endelig kan der være tvivl om, hvorvidt forhandleren kan *overlade opfyldelsen* af aftalen til et helejet selskab uden at skulle indestå herfor. Hvordan kan disse deltemaer nu struktureres? Umiddelbart synes det sidste tema at spille den største rolle. Står leverandøren fast på, at aftalen opfyldes af personen NN, og ikke hans selskab, vil hele transaktionen falde, hvis parterne ikke enes herom, evt. ved en mellemløsning om, at lade NN garantere for selskabets forpligtelser. Af de tilbageværende temaer synes spørgsmålet om eksklusivitet at spille en hovedrolle. Er forhandleren ene på markedet, må leverandøren kunne forvente, at han også præsterer noget. For så vidt bør eksklusivitet drøftes først, eller i det mindste samtidigt med, at man diskuterer minimumssalg. Spørgsmål om misligholdelse og lovvalg har den sammenhæng, at lovvalget bestemmer den deklaratoriske – og undertiden også den præceptive – retsstilling ved misligholdelse. Derfor bør lovvalget afklares på et ganske tidligt tidspunkt.

Delegation af forhandlingskompetence

Det hierarki af hoved- og deltemaer, som en forhandlingsstrukturering udmønter sig i, kan anvendes som grundlag for en *delegation* af forhandlingen til separate fora. Den øverste *ledelse* drøfter f.eks. forhandlingsrettens udstrækning, *teknikerne* vedligeholdelsesproblemerne, og *de finansansvarlige* de økonomiske aspekter af, hvilke parter der indestår for aftalens opfyldelse. Trådene samles så på et tidspunkt, hvor alle enheder er kommet overens, hvorefter den samlede aftale underskrives. Tilsvarende foranstaltninger træffes ofte i projektprægede aftaler. Sådanne aftaler kræver detaljeret planlægning, fordi projektet realiseres gennem et bredt spektrum af efterfølgende delbeslutninger, som parterne ikke er vant til at træffe.

Successiv forhandling

En anden mulighed består i at indgå aftalen *successivt*. Denne metode praktiseres navnlig ved forhandling om større transaktioner. Først underskriver parterne en *rammeaftale* om de væsentligste vilkår. Når den foreligger, optager de forhandling om

de enkelte bestemmelser, eventuelt således at hovedaftalen gøres betinget af, at der opnås enighed herom. Den successive forhandling adskiller sig fra den faseopdelte aftalestruktur ved at sigte mod at opnå en samlet aftale, inden transaktionen igangsættes. I den faseopdelte struktur hører der én aftale til hver fase. En sådan metode kan eventuelt kombineres med *prøveforløb* om dele af transaktionen, se hertil afsnit 2.2.e.

Aftaleforhandlingen kan også inddrage *hensigtserklæringer* om deltemaer, som ikke har kunnet afklares pga. tekniske vanskeligheder. Parterne enes f.eks. om en aftale, der forudsætter brug af en “troværdig tredjepart” (f.eks. i forbindelse med deponering af et beløb eller et formueaktiv), men fordi tiden er presset (f.eks. ved udløbet af et regnskabsår), når de ikke at forhandle den delaftale på plads, der skal definere tredjepartens rolle – en opgave, der dels involverer udpegning af tredjeparten, dels vilkårsforhandling med ham. I stedet erklærer de deres *hensigt* om at indgå en sådan aftale, idet de blot nøjes med at tage stilling til visse centrale temaer som f.eks. betingelser for udlevering af det deponerede samt omkostningsfordeling.

*Hensigts-
erklæring*

2.4.c. Vilkår for aftaleforhandlingen

Den almindelige grundsætning om aftalefrihed indebærer, at der som hovedregel er fri adgang til at indgå aftale om, hvordan en senere aftaleforhandling (og dermed indgåelsen af senere aftaler) skal forløbe. En sådan aftale er ikke gensidigt bebyrdende i sædvanlig forstand. Det kan derfor forekomme mere ramvende at tale om *vilkår* for aftaleforhandlingen. Tilbudsgiveren kan altid indbygge sådanne vilkår som *betingelser* i sit tilbud, og muligheden for at fravige det almindelige system med tilbud og accept er udtrykkeligt anført i AFTL § 1, 2. pkt., der foreskriver, at lovens §§ 2-9 alene kommer til anvendelse, for så vidt ikke andet følger af tilbuddet eller svaret eller af handelsbrug eller anden sædvane.

Problemstilling

Tilbuddets vilkår vil som nævnt altid kunne afgrænse de former for accept, der vil være aftaleudløsende. Er disse vilkår ikke opfyldt, er accepten uoverensstemmende, og aftale er dermed ikke indgået, jf. AFTL § 6, stk. 1. En anden “klausulering” foreligger i de tilfælde, hvor en part uden at afgive tilbud, formelt opfordrer en anden part til at afgive tilbud af nærmere bestemt indhold.

*Tilbud og
opfordringer*

De rammer, der angives i en sådan opfordring, vil da *de facto* udgøre en *præliminær* aftaleregulering.

*Andre vilkår for
aftaleforhand-
lingen*

Undertiden vedtager parterne et sæt vilkår for, hvordan deres aftaleforhandling skal forløbe. Som det vil fremgå straks nedenfor, kan der være flere retlige grunde hertil: Visse af de retsvirkninger, man kan have behov for at fremkalde under et forhandlingsforløb (f.eks. om konventionalbod, voldgift eller diskretion), kan kun pålægges ved aftale. Hertil kommer det praktiske aspekt, at man gennem en aftale kan skabe klarhed om, hvilket *grundlag* et tilbud udarbejdes på, herunder hvilke konkurrenter der er inde i billedet. Se nærmere hertil *Johan Giertsen: Avtaler* (2012), s. 71 ff., der benytter betegnelsen “prosedyreavtale” for en aftale, der skal regulere parternes rettigheder og pligter under en aftaleforhandling. Sådanne vilkår kan skabe såvel formelle (hvilken fremgangsmåde skal følges?) som indholdsmæssige (hvad skal og kan parterne aftale?) rammer for den senere aftale. Har parterne gjort brug af successiv aftaleindgåelse, jf. herom s. 86 f., kan der foreligge op til flere lag af tidligere aftalepligter. Alt efter deres indhold kan sådanne instrumenter fastsætte kriterier for, *hvordan* parterne efterfølgende vil indgå aftale, og med hvilket *indhold*.

*Faseopdelt
aftaleindgåelse*

Et aftaleforløb kan være tilrettelagt således, at parterne påtager sig de aftaleretlige forpligtelser gradvis og i stigende omfang. En sådan faseopdelt aftaleindgåelse foreligger f.eks., når parterne først indgår en *forkontrakt*, der indeholder de “*main terms*”, parterne med sikkerhed er enige om, idet de udestående forhold betragtes som “*details*”. Samme princip anvendes, når entreprisaftaler indgås efter licitation og med vilkår om, at der først efter accept af det valgte tilbud sker en detaljeret aftaleindgåelse. Et tredje eksempel foreligger, når der i aftaleforholdet er indbygget en *afklaringsfase*, se hertil afsnit 2.2.e. Fordelen ved en faseopdelt aftaleindgåelse er i alle tilfælde, at forhandlingen allerede fra begyndelsen står på en fast og vedblivende aftalegrund. Dette aftalegrundlag har den vigtige retsvirkning, at modpartens vægring ved at indgå aftale om *details*, enten kan sanktioneres ved *naturalopfyldelse* (i det omfang aftalen eller baggrundsretten gør det muligt at identificere en aftaleregulering, man kan falde tilbage på, se f.eks. *U 1972.50 H* og *U 1977.641 H*) eller gennem *erstatningskrav*.

Ved licitationer, udbudsforretninger og offentlige auktioner kræver hensynet til buddenes sammenlignelighed ensartet behandling. De retlige rammer for aftaleindgåelsen vil her finde udtryk i udbudsvilkårene. Aftaleindgåelse på auktion sker typisk på vilkår, der er meddelt i forvejen. Et eksempel er de *tvangsauktionsvilkår*, Justitsministeriet har udstedt i medfør af retsplejelovens § 570. AB 92 § 2, stk. 6, foreskriver udtrykkeligt, at bygherren med henblik på en vurdering af de indkomne tilbud kan stille krav i *udbudsmaterialet* om tilbuddets form mv. Ved den opfordring til at afgive tilbud, der ligger heri – evt. i bygherrens *indkaldelse* til en licitation – vil der typisk foreligge et sæt licitationsvilkår med en detaljeret normering af, hvilke krav tilbuddet skal overholde, f.eks., hvilken *form* (længde, kompleksitet, systematik) buddet skal afgives i, hvilke tekniske standarder og *specifikationer*, det ønskes knyttet til, hvorledes *prisen* skal specificeres (valuta, sammensætning, underpostering), hvem der *tegner* budet, hvorledes der skal kommunikeres, hvornår buddet skal være *kommet frem* og om *betingelserne* for at ændre det. Ved at afgive tilbuddet, “accepterer” tilbudsgiveren som nævnt indirekte disse spilleregler. Næste skridt i aftaleindgåelsen sker herefter i forholdet mellem bygherren og den tilbudsgiver, der vinder licitationen.

Auktions- og udbudsbetingelser

I det følgende omtales nogle af de vilkår, det kan være hensigtsmæssigt at få afklaret forud for en aftaleforhandling:

En transaktion kan være så kompleks, at der må afsættes betydelige ressourcer til planlægning og forberedelse, f.eks. i forbindelse med kalkulation af vederlag, udfærdigelse af systembeskrivelse på grundlag af kravspecifikation, eller udarbejdelse af arkitekttegninger på grundlag af et byggeoplæg. I større teknisk prægede projekter kan disse omkostninger beløbe sig til adskillige procent af den færdige budsum. Tilbudsgiverens omkostninger modsvares som regel af hans udsigt til at få ordren.

Budomkostninger

Som udgangspunkt må budgiveren selv bære sine budomkostninger som led i sine faste omkostninger (på linje med markedsføringsudgifter mv.). Uden særskilt aftale kan disse omkostninger altså ikke kræves honoreret af tilbudsmotageren. Denne regel er fast antaget i retspraksis, jf. *U 1945.1090 H*, *U 1996.309 V* (der anså et idéoplæg som udformet som grundlag for en budgivning), *U 1981.874 V* (indretningsarkitekt havde ikke taget forbehold og kunne derfor ikke forlange sine budomkostninger dækket) og *U*

2002.1431 H (principperne i ABR 89 forpligtede ikke bygherren til at betale kompensation for en arkitekts arbejde som en procentdel af byggesummen). ABT 93 fraviger udgangspunktet i § 2, stk. 6, der forudsætter, at der ved udbud i konkurrence skal betales vederlag for hvert tilbudsprojekt.

Det nævnte udgangspunkt kan efter omstændighederne modificeres, hvis resultatet af tilbudsgivningen har selvstændig værdi for klienten, f.eks. ved at fremtræde som en rådgivningsydelse. Har det været aftalt, eller med rette forudsat, at tilbudsgiveren ikke alene har afgivet et *tilbud*, men i forbindelse hermed har foretaget en *forprojektering*, der med en vis sikkerhed vil have værdi for kunden, må forholdet betragtes således, at tilbudsgiveren har leveret en ydelse, som kunden skal betale for efter almindelige regler, hvilket almindeligvis vil være honorar efter regning, jf. *Gjedde-Nielsen & Hansen* (2013) s. 85, med henvisning til U 2002.1431 H. Bevisbyrden for, at der foreligger anden udtrykkelig eller stiltiende aftale, ligger hos tilbudsgiveren. Dette bevis var ført i U 1981.572 V, hvor en entreprenør efter anmodning fra en bygherre havde udarbejdet et tilbud (og i den forbindelse en række tegninger) til brug for et byggeri. Da bygherren herefter lod en anden virksomhed udføre arbejdet, fik entreprenøren medhold i et honorarkrav for den del af sit arbejde, der kunne genbenyttes.

*Særskilt aftale
om budgivning*

Hvis ikke udsigten til at vinde ordren kan formodes at incitere budgiver til at komme på banen, kan der være behov for at indgå forudgående aftale om honorering. En sådan aftale kan også være nærliggende, hvis budgiveren allerede er prækvalificeret (enten *de jure* – fordi han har deltaget i et offentligt udbud herom, se bemærkningerne herom s. 78 f. – eller *de facto* – fordi han er kendt af ordregiveren). Honoraret for en sådan budgivning sættes typisk lavere end budsgiverens pris for at udføre tilsvarende arbejde på konsulentbasis. Dermed inciteres budgiveren til at fremkomme med et potentielt indtægtsgivende tilbud.

Tavshedspligt

Et andet formål med at aftaleregulere en aftaleforhandling kan være at skabe et særligt pligtforhold mellem parterne, som kan fremkalde retsvirkninger på særskilt grundlag. Et væsentligt eksempel herpå er den pligt til hemmeligholdelse, som er nødvendig for at sikre en *erhvervshemmelighed* retsbeskyttelse i medfør af MFL § 19, se om sådanne hemmeligholdelsesaftaler *Enkelte*

transaktioner, afsnit 7.2. Ligeledes kan regler om tavshedspligt eller pligten til at beskytte og sikre personoplysninger, jf. persondatalovens § 41, forpligte den dataansvarlige til at sikre sig en aftaleregulering. I en sådan aftale kan man ligeledes præcisere, hvordan den forpligtede kan anvende de nævnte oplysninger, jf. herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.2.c.

I en aftaleforhandling, der finder sted i et kompliceret forløb, og hvori der indgår forskellige mulige aftaleparter, kan det være hensigtsmæssigt at tage stilling til, *hvornår* “forhandling” bliver til “aftale”. En del af disse spørgsmål behandles i kapitel 4 om aftaleslutningen.

Aftalebindingen

I Justitsministeriets tvangsauktionsvilkår er det f.eks. bestemt (pkt. 4, stk. 3), at enhver, der har afgivet bud på første auktion, er bundet af sit bud, indtil auktionen er sluttet. Se hertil bekendtgørelse nr. 652 af 15. december 1978 med senere ændringer. Det følger ligeledes af stk. 2, at ejendommen sælges til den højstbydende, hvis dennes bud antages (se pkt. 7), medmindre det besluttes, at en ny auktion skal afholdes.

2.5. Selve aftaleforhandlingen

2.5.a. Forhandlingsforløbet

I en aftaleforhandling fødes aftalen gennem en *dialog*, hvor parterne tilkendegiver deres ønsker om, hvad de vil forpligte sig til, henholdsvis opnå af rettigheder hos hinanden. Resultatet af denne forhandling kan enten blive, at parterne slutter aftale, eller at de går hver til sit. Hele dette forløb – fra parternes møde og til forhandlingens afslutning – rummer forskellige bestanddele, hvor de forskellige *interesser* og *hensyn* kommer til udtryk gennem parternes respektive *forhandlingsstrategier*.

Der findes ikke to forhandlingsforløb, der er ens. Hver forhandling er et produkt af de parter, der optræder, og af den situation, der bringer parterne sammen. I et groft perspektiv kan man dog sondre mellem tre typer af forhandlinger.

Forhandlings-
typer

I en første gruppe har vi de forhandlinger, der angår *rutineprægede transaktioner*. Begge parter kender transaktionen og dens risici. Temaet for forhandlingen er koncentreret om rent forretningsmæssige spørgsmål som omfang, pris og leveringstid mv. I

– *rutineprægede*
transaktioner

sådanne forhandlinger er parterne fuldt opmærksomme på de spørgsmål, der kan rumme risici. Derfor er der sjældent brug for juridisk rådgivning under forhandling og koncipering. Når forhandlingen afsluttes, gør man enten brug af standarddokumenter (*agreed documents*) eller undlader at detailregulere. Det er *ikke* den slags forhandlinger, der omtales i det følgende.

– *forhandlinger om tvistløsning*

I en anden gruppe finder vi de forhandlinger, der har til formål at bringe en opstået uoverensstemmelse til ophør. I det omfang uoverensstemmelsen angår retlige spørgsmål, eller til syvende og sidst kan forventes afgjort gennem retlige midler, vil forhandlingen ofte blive lagt i hænderne på jurister. Typisk kender parterne hinanden fra den transaktion, som der nu er strid om. Under tvistforhandlingen er en væsentlig del af parternes overvejelser, om en videreførelse af denne transaktion er mere værd end det at få ret.

– *strategiske transaktioner*

Den tredje forhandlingstype angår transaktioner, der har strategisk betydning for parterne. Der kan f.eks. være tale om overdragelse af en virksomhed, om ansættelse af en nøglemedarbejder, om udvikling af et nyt it-system, om indgåelse af en strategisk samarbejdsaftale eller om etablering af et selektivt forhandlersystem. Ved forhandlingens åbning er der ingen kendt endestation – den forretningsmæssige tilrettelæggelse af transaktionen og den retlige regulering er åben og påvirkes i det væsentlige af, hvad parterne kan blive enige om. Der er derfor ingen fast skabelon for, hvordan aftalen kommer til at se ud, og heller ingen praksis for, hvornår den juridiske bistand inddrages. Det er denne type af forhandlinger, der er i fokus for de følgende bemærkninger.

I overensstemmelse med den systematik, der er anvendt af *Gifford: Legal Negotiation – Theory and Practice*, second edition (2007), s. 35 ff., kan man opstille følgende komponenter i et sådant strategisk forhandlingsforløb.

– *Planlægningsfasen*

Det første niveau består i at *planlægge* transaktionen. Hertil hører den rent forretningsmæssige vurdering af, hvilken *værdi* der er forbundet med at gennemføre transaktionen, jf. bemærkningerne herom i afsnit 2.1. I nær forbindelse hermed ligger også afklaringen af, hvilke *parter* der har de nødvendige forudsætninger for at kunne gennemføre transaktionen.

– *Kontakten*

Andet niveau består i at etablere *den indledende relation* med modparten. I det omfang forhandlingen ønskes struktureret,

hører hertil også vedtagelsen om, hvordan det skal ske. En sådan vedtagelse kan eventuelt ske i aftaleform, jf. bemærkningerne i afsnit 2.4.c.

I tredje niveau afgiver parterne deres indledende *markeringer* (forslag og tilbud mv.). Her bliver det typisk klarlagt, om der overhovedet er grundlag for samarbejde. Det er om disse spørgsmål – og om den efterfølgende informationsudveksling og forhandling – at en stor del af de følgende bemærkninger drejer sig.

*Indledende
markeringer*

I forbindelse med disse markeringer vil der ligeledes blive udvekslet en del information mellem parterne, som danner grundlag for deres respektive beslutninger om, hvorvidt der er grundlag for at etablere et forretnings samarbejde.

*Informations-
udveksling*

Herpå følger så den egentlige aftaleforhandling, der for en stor dels vedkommende former sig som en *tilpasning* af parternes respektive ønsker og interesser.

Forhandling

Viser der sig herefter den fornødne enighed, afsluttes forhandlingen ved, at aftale sluttes, jf. kapitel 4.

Afslutning

I mange tilfælde vil man undervejs i forhandlingen springe frem og tilbage mellem de forskellige forløb. En pludselig udvikling kan føre til en uventet “afslutning” eller til, at man må starte forfra med forberedelse og planlægning. Opdelingen viser de forskellige *formål*, der kan gøre sig gældende.

Enhver aftalepart vil have sin strategi, som kan være mere eller mindre planlagt og gennemtænkt. Navnlig nystartede virksomheder vil – bl.a. med det formål at tiltrække investorer (f.eks. i forbindelse med *venture*-investeringer) – ofte udarbejde detaljerede *forretningsplaner*, der bl.a. angiver de risici, virksomheden er parate til at tage, og de pris- og omkostningskalkulationer, der ligger til grund for den forventede fortjeneste ved transaktionen. Jo mere parallelle, parternes strategier er, desto lettere vil aftaleforhandlingen forløbe.

Strategier

Som det gælder for andre dialoger, kan en aftaleforhandling udfoldes under vekslende grader af sympati og med forskellige grader af saglighed. Graden af *sympati* mellem parterne og deres rådgivere mærkes i meningsudvekslingen. Et godt forhandlingsklima er som en generalprøve for det fremtidige samarbejde.

“Kemi”

Forhandlingsklimaet beror på en række faktorer:

For det første spiller *forhistorien* en rolle. Formålet med aftaleforhandlingen kan være at *indgå* en (ny) aftale eller at *modifi-*

Forhistorie

cere eller ligefrem *eliminere* en gældende. Aftalemodifikationer kan tilsigte at tilpasse aftalen under nye omstændigheder eller at bilægge opståede tvister. Formålet kan også være at afstikke den retsstilling, der skal være gældende, når transaktionen er gennemført.

Ideologi

Dernæst spiller det ind, hvilken *ideologi* parterne opererer ud fra. Nogle forhandlere er parate til at lægge deres beslutningsgrundlag åbent ud til modparten. Andre holder kortene tæt på kroppen. Endnu andre satser ligefrem på at kunne forlede modparten til at love og betale mere, end der er sagligt belæg for.

Kultur

En tredje væsentlig faktor er den *kultur*, parterne kommer fra, dvs. hvilke værdier og holdninger der motiverer dem. Kulturforskelle kan både gøre sig gældende i aftaleforhold mellem forskellige retskulturer (f.eks. salg af danske landbrugsprodukter til arabiske lande) og i nationale brancher (f.eks. aftaler mellem virksomheder med en forsigtig og kalkuleret forretningskultur og virksomheder med en mere risikobetonet kultur). Forskellige virksomheder har forskellige ambitioner med hensyn til "kvalitet" og "discount". Se nærmere hertil *Schans Christensen* (1998), s. 138 ff.

2.5.b. Saglig forhandling

Problemstilling

I nyere tid er der ofret betydelig opmærksomhed på de faktorer, der fører til en effektiv forhandling. Den store interesse hænger sammen med, at moderne organisationer (virksomheder, myndigheder, institutioner mv.) strukturelt er blevet fladere: Man samarbejder til siden, og undertiden med fremmede virksomhedskulturer, snarere end i vertikale hierarkier. Evnen til at parere ordre betyder her mindre end evnen til samarbejde. Virksomhederne interesserer sig for sådanne faktorer for at undgå, at indbringende forretningsmuligheder tabes på gulvet pga. af irrationelle misforståelser. Også her udgør aftaleforhandlingen en relevant generalprøve. Lykkes forhandlingssamarbejdet ikke, går det senere forretningsamarbejde sandsynligvis heller ikke.

Fischer & Ury

Amerikanerne *Roger Fisher & William Ury* (i senere udgaver med *Bruce Patton* som tredjeforfatter) har i flere udgivelser af deres bog "Getting to yes – negotiating agreement without giving in" (New York, 1981, 1991, 2011) betonet, hvordan forhandleren kan fjerne irrationelle faktorer fra forhandlingsforløbet. Bogen

har åbnet en betydningsfuld debat om forskellige forhandlingskulturer. Den er udsendt på dansk under titlen “Få ja, når du forhandler uden at give efter”, Borgens forlag (1987, 2005), se ligeledes *William Ury: Getting past no – negotiating with difficult people* (1981, 1991, 2011), udsendt på dansk under titlen “Gør nej til ja, når du forhandler” (2. udgave, 2006). Begge værker bygger på forskning ved Harvard-universitetet. En række af bogens anbefalinger er udviklet og bearbejdet med særligt henblik på juridisk forhandling og konfliktløsning hos *Gifford: Legal Negotiation – Theory and Practice, second edition* (2007). Se også *David Frydinger: Det affärsjuridiska hantverket. Arbetet innanför avtalsfrihetens gränser* (2012), navnlig s. 170 ff.

En forhandling, der udelukkende forholder sig til, at A ønsker “mest muligt”, men at B kun vil give “mindst muligt”, vil selvsagt ikke bevæge sig langt, uanset hvor saglige de respektive ønskemål er. Den vil tage form af et endeløst tovtrækkeri, hvis udfald afgøres af, hvem der viser størst tålmod eller udholdenhed. Tovtrækkeriet fjerner fokus fra transaktionens værdi for *begge* parter. Ved at fokusere på værdien for “mig” overser parterne måske de muligheder, de i fællesskab kan tilføje transaktionen. Man kan nemlig ikke gå ud fra, at “kagen” altid kun har én størrelse, jf. *de Bonos* eksempel om vagthunden ovenfor s. 42 f.

Fisher, Ury og Patton’s hovedtese er, at forhandling baseret på parternes reelle interesse i forhandlingstemaet, frem for på deres “principielle standpunkter” (såkaldt *positional bargaining*) frembringer effektive og kreative resultater, hvad enten parterne skilles, eller de indgår aftale. Det gælder altså ikke om blot at være høflig over for hinanden, men om at identificere parternes reelle interesser og interesse modsætninger og herefter kvantificere dem. Eller i slagord: “*Be soft on the people, hard on the issue!*” Først når interesserne er defineret, kan man skitsere ønskemålet for den retlige ramme, aftalen skal danne herom.

Realønsker og principstandpunkter

Forfatterne illustrerer deres tese med et eksempel fra den nyere tids historie: I *John F Kennedys* præsidentperiode søgte USA forgæves at indgå aftale med Sovjetunionen om stop for prøvesprængninger. Et af de kritiske forhandlingstemaer var, hvor mange inspektionsbesøg parterne skulle kunne udføre hos hinanden. Sovjet accepterede tre inspektionsbesøg, USA forlangte mindst ti. Dermed brød forhandlingerne sammen.

Dette skete til trods for, at ingen havde interesseret sig for, hvad parterne mente med inspektionsbesøg – om det f.eks. indebar, at en person så sig omkring en dags tid, eller at en delegation på 100 personer skulle opholde sig på stedet i en måned.

Fischer, Ury & Patton's principper følger sig naturligt til den betoning af den økonomiske forståelse af den kommercielle transaktion, der som nævnt i afsnit 2.1. er afgørende også for den retlige analyse. Ved at kende sine – objektive – standarder, der definerer værdien af en aftale ("*objective bargaining standards*") over for alternativet (*BATNA* – "the best alternative to a negotiated agreement", se herom s. 82), kan forhandleren på forhånd fastslå, hvor langt han vil gå, og skitsere magtfordelingen mellem parterne.

Værdioptimering

Fortsætter man i de økonomiske tankebaner, drejer det sig om at tilrettelægge aftaleforhandlingen således, at parterne sikrer sig en transaktion, der skaber høj værdi for dem *begge*. Denne optimeringsmekanisme kan afbildes grafisk i et koordinatsystem, hvor x- og y-aksen hver repræsenterer forløbet fra 0-100 %'s tilfredshed for aftalens to parter. Optimalt vil et sådant diagram forvandle sig til et kvadrat, hvoraf to sider udgøres af x- og y-aksen og de andre to sider af parternes optimerede udbytte. I praksis vil kurven forme sig som en bue af en cirkel med centrum i aksernes skæringspunkt. Selv om denne yderlighed kun har teoretisk interesse, er det nyttigt at fokusere på dette ideal som grundlag for forhandlingen. Dermed vendes opmærksomheden fra de to *parters* respektive målsætning for slutresultatet til en fokus på *transaktionens* værdi.

Ved at gøre aftaleforhandling til et spørgsmål om fælles værdioptimering, kan et goldt tovtrækkeri forvandles til en kreativ analyse af forretningsmuligheder på kort og langt sigt. Klarlægger parterne de planer og dispositioner, der begrundes ønsket om den ene eller anden pris, kan de nærme sig en angivelse af, hvilke *omkostninger* projektet kan bære. Når A ved, hvad B tjener på transaktionen, er det lettere at tilstræbe en balance, fordi de enkelte aftalepligter kan udtrykkes i omkostninger, risici eller besparelser. En forhandling, der struktureres på denne vis, bør derfor strengt taget først forhandle pris, når dens nærmere beskaffenhed er klarlagt, dvs. når samtlige aftalens vilkår foreligger, jf. *Lindskog* (1989), s. 71 f.

Som nævnt s. 61 kan man ikke forlange, at en aftalepart skal fremlægge sine forudsætninger for og planer med den påtænkte transaktion. Overvejelser over værdien af ydelse og fortjeneste anses generelt som erhvervshemmeligheder, fordi de beror på *knowhow* eller særlig ekspertise, som giver virksomheden et forspring i konkurrencen. Åbenhed om priskalkuler mv. vil svække en parts forhandlingsstyrke og ofte udløse krav om rabatter etc. Hvad man tjener på i en transaktion, er ikke altid indlysende. Derfor vil en aftalepart som regel heller ikke ønske at orientere modparten om, hvilket element i projektet han regner med at profitere af. Ønsket om at erhverve en virksomhed er måske slet ikke forbundet med udsigten til at kunne leve af dens primære drift, men i de fordele, der kan være forbundet med at drive den sammen med en eksisterende virksomhed (synergi), eller i ønsket om at erhverve et formuegode (f.eks. en byggegrund eller en immateriel rettighed), som ligger i virksomheden (såkaldt *asset-stripping*).

Åbenhed?

Derfor kan der anføres solide argumenter *imod* en saglig aftaleforhandling. Først ud i yderligheder kan den for det første komme til at afdække interessenmodsatninger, som måske aldrig ville have aktualiseret sig. Når de i saglighedens navn bringes frem, får de måske parterne fra at indgå aftale. Også her må *costs og benefits* afvejes.

Modhensyn

En anden indvending er, at det så at sige kan være sagligt velbegrundet (sagligt) at være usaglig! Der kan være "pædagogiske" grunde til at operere med et aftalegrundlag, der pålægger modparten skrappe pligter, end der er behov for, f.eks. retsmidler ved misligholdelse. Forhandlingskravet skyldes altså ikke ønsket om at gøre brug af de hårdhændede misligholdelsesbeføjelser, men blot at tilskynde modparten til at efterleve aftalen.

En tredje indvending har også at gøre med, at talrige forhandlinger rent faktisk afvikles irrationelt. Dette gælder navnlig, når *kulturforskelle* gør sig gældende. I internationale forhandlinger vil såvel kulturelle som religiøse forskelle kunne have afgørende betydning for udfaldet. Aftaleforhandling med parter under eksotiske himmelstrøg må ofte respektere en række ceremonielt betonedede formkrav, der for en traditionel vestlig betragtning kan forekomme irrationelle.

Strategisk

Det er velkendt, at den gode forhandler viser sine færdigheder

tavsshed

ved ikke at rejse temaer, eller i hvert fald ved ikke at gøre det på bestemte tidspunkter. Tavshed kan være guld – også i en forhandlingssituation. Og hvis ikke der består en oplysningspligt (jf. bemærkningerne herom afsnit 2.3.b.), er der heller intet retligt til hinder for at iagttage strategisk tavshed. Gælder en sådan pligt ikke, er man ikke forpligtet til at rejse et tema, selv om man ved, at modparten – hvis man gjorde det – ville stille krav om en modstående aftaleregulering. Skønner A, at et tema efter den deklatoriske baggrundsret vil blive afgjort til hans fordel – f. eks. om B's hæftelse for en bestemt type mangler – vil en omtale af dette tema kunne invitere B til at søge den deklatoriske ret modificeret i overensstemmelse med sine interesser. Temaet bør derfor kun rejses, hvis A har grund til at antage, at B under aftalens opfyldelse vil gøre gældende, at baggrundsretten har et andet indhold, og A ikke skønner det umagen værd i så fald at få dette spørgsmål afklaret retligt. Se hertil drøftelsen s. 60 ff.

2.5.c. Saglighedsstandarder

Uanset om parterne forsøger at gøre aftaleforhandlingen til et spørgsmål om at optimere transaktionen for begge parter, er der visse dele af aftalen, som ikke kan løses ad denne vej. Hertil hører dels spørgsmål om pris og ydelse, dels aftaleelementer af teknisk karakter, f.eks. om konfliktløsning, opsigelsesfrister og lignende. På sådanne områder kan juristen spille en rolle ved at bringe saglige argumenter på bordet til støtte for krav om et højt eller lavt vederlag. Et krav fra A om høj betaling kan f.eks. følges op med et krav om, at A giver en tilsvarende høj garanti for ydelsen eller påtager sig særlige forpligtelser i forbindelse med vedligeholdelse og fejlretning.

*Saglige
argumenter*

Blandt de argumenter, der kan objektivisere aftaleforhandlingen, er:

- parternes *tidligere praksis* (f.eks. fra tidligere aftaler);
- *eksisterende branchesædvaner*,
- hensynet til *andre kunder*, der har indgået lignende aftaler,
- hensynet til transaktionens *økonomi*,
- indholdet af den *baggrundsret* (der alligevel gælder), samt
- hensynet til parternes *almindelige omdømme*.

I internationale retsforhold vil man undertiden kunne pege på de gengivelser af den almindelige formueret, der i disse år udgår fra private og halvofficielle initiativtagere, herunder navnlig Unidroit (*Unidroit Principles*) og Study Group on a European Civil Code (*Draft Common Frame of Reference*), se herom *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 1.4.f. At et antal førende universitetsjurister er blevet enige om at gengive baggrundsretten på den måde, der her kommer til udtryk, vil med styrke kunne påberåbes som “saglighedsstandard” for den del af aftalereguleringen, der bygger på eller tilsigter at gengive denne baggrundsret.

– kodifikationer

Også parternes egen praksis kan inddrages som et argument for fremtidig aftaleregulering. Har parterne gjort det til en vane at disponere på én måde, kræver det noget særligt af den part, der nu ønsker en anden praksis, at indføre en pligt hertil. Den “præcedens”, aftalen skaber for efterfølgende aftaler, kan undertiden tale for at indføje en passus om, at de stiller sig frit ved en eventuel genforhandling af vilkårene. Blandt andet derfor bør forhandleren som led i sit forarbejde indhente oplysninger fra brancheorganisationer eller kolleger om, hvilke vilkår der er sædvanlige, f.eks. i henseende til de typisk omdiskuterede garanti-bestemmelser. Herom senere.

– partspraksis

Ved at indhente baggrundsinformation kan man også danne sig et billede af, hvilke alternativer der findes til de enkelte forhandlingsudspil. Det kan være farligt at præsentere sin modpart for *ultimative forslag*. Hvert forslag bør ledsages af mindst to muligheder, som overlader det til modparten at træffe et rationelt valg, f.eks. at købe til lav pris uden garanti eller til højere pris med garanti. Ligeledes bør den juridiske rådgiver afklare tvivlsspørgsmål, som efter partens skøn kan få betydning for opfyldelsen.

Den generelle strategi

2.5.d. Forhandlingskneb

Aftaleforhandlere spiller ofte psykologiske spil, f.eks. for at få deres synspunkter til at fremstå attraktivt, eller for at svække modparten psykologisk. Kender man sådanne forhandlingskneb, er man i nogen grad vaccineret mod dem. Hermed følger et lille udpluk:

Problemstillingen

Det hænder, at en forhandling slet ikke når at bevæge sig ind i aftalens kommercielle materie. Drøftelserne sløres af en række mere eller mindre *skjulte dagsordener* (*hidden agendas*), der har det

Skjulte dagsordener

til fælles, at de ingen umiddelbar sammenhæng har med forhandlingstemaet. A ønsker måske kun at trække en forhandling om salg og markedsføring af et nyt produkt *i langdrag* for at undgå, at B indgår aftale med A's konkurrent, inden A selv kommer på markedet med et tilsvarende produkt. Eller A bruger udelukkende forhandlingen til at *få viden* om B. Opstår der under en forhandling begrundet mistanke om, at A har sådanne sideformål, kan det være en idé at påpege de objektive omstændigheder, der begrunder mistanken.

Chikane

Under selve *forhandlingen* kan man komme ud for forskellige former for chikane: En part insisterer f.eks. på, at møder kun afholdes på ubekvemme tidspunkter, afbryder møder med kort frist, aflyser møder eller ankommer forsinket, medbringer parter og rådgivere, hvis tilstedeværelse ikke har været annonceret på forhånd, ignorerer tidligere vedtagelser eller fremlægger uvarslet nye krav, der burde have været berørt langt tidligere etc. Hvis der tegner sig et fast mønster, bør dette rejses, inden man fortsætter forhandlingen.

Personangreb

En særlig form for chikane består i at rette personangreb mod en aftaleforhandler med det formål at svække forhandleren personligt i håb om at han dermed giver efter. Chikanen kan bestå i *nedladende* bemærkninger om, at en forhandlingsposition nok må tilskrives modpartens alder eller manglende erfaring, eller i voldsomme reaktioner på krav, som angivelig opfattes som en personlig fornærmelse. Uanset om der ligger strategi eller dårlig opdragelse bag den slags forhandlingsadfærd, bør den håndteres på en måde, der tvinger modparten til saglighed: Når modparten går til angreb på den part, der fremfører et krav, må forsvaret sættes ind omkring kravet, ikke omkring personen. Kravet må kunne retfærdiggøres gennem økonomiske beregninger eller henvisning til praksis mv. Jo mere den slags argumenter fylder i en forhandling, jo mindre fylder personspørgsmålet.

Transaktionsanalyse

Pladsen tillader ikke nogen fordybelse i de psykologiske aspekter af det forhandlingsspil, der udfolder sig mellem forskellige forhandlertyper. En effektiv indgang til denne tænkning foreligger i den såkaldte transaktionsanalyse, der postulerer, at mennesker agerer ud fra tre forskellige psykologiske tilstande, i rollen som barn, forældre eller voksen. Den mest effektive dialog foregår som en *voksen-voksen*-dialog og kendetegnes netop ved at

være “saglig”, jf. ovenfor. Omvendt vil en *barn-barn*-dialog være kendetegnet ved irrationalitet (vrede, spontane udbrud mv.). Angreb mod den uøvede forhandlers person vil typisk fremstå som en *forældre-barn*-dialog etc. For den saglige forhandler består opgaven i at vende forhandlingen, så den fremstår som en *voksen-voksen*-dialog.

En særlig form for usaglighed opstår, når en parts meldinger under forhandlingen viser sig at være i konflikt med hans reelle forhandlingsformål, jf. ovenfor s. 99 f. om “skjulte dagsordener”. A “erklærer”, at han har i sinde at indgå aftale med B, men trækker blot forhandlingerne i langdrag med den hensigt at afskære B fra at indgå aftale med C, eller at lede B til overskridelse af en forældelsesfrist mv. Uden for de snævre tilfælde, hvor der er grundlag for et selvstændigt ansvar for *culpa in contrahendo*, jf. herom ovenfor under 2.3.a., kan den slags tiltag kun imødegås ved at fremlægge den relevante mistanke med sigte på enten at bringe forhandlingen til ophør eller at løfte (“eskalere”) den til et højere plan i organisationen.

*Skjulte
dagsordener*

Den, der forhandler en aftale, er sjældent også den kommende aftalepart. Talrige forhandlere, f.eks. salgspersonale, mæglere, husjurister og advokater, er hyret til forhandlingsopdraget og varetager derfor en hovedmands interesser under forhandlingen. Den egeninteresse, der driver forhandleren, vil enten være udsigten til et *vederlag* fra hovedmanden eller *ideelle* ønsker om at gøre noget godt for denne. Ved at vederlægge forhandleren inciteres denne til at forhandle i hovedmandens interesse, se herved afsnit 2.5.g. om det såkaldte *principal agent*-problem, der ligger til grund for talrige *interessekonflikter*. Er der et *principal agent*-problem, kan modparten udnytte det til at skyde en kile ind mellem forhandleren og hans opdragsgiver. Det kan f.eks. ske ved at stille forhandleren særlige fordele i udsigt, hvis der opnås en forhandlingsløsning. Sådanne tilbud kan bringe forhandleren i en mere eller mindre åbenlys interessekonflikt, der kan svække ham i forholdet til hovedmanden.

*Principal
agent-problemet*

Omvendt kan der også være en fare i, at forhandleren identificerer sig for meget med hovedmanden. Generelklausulen om god advokatskik antages bl.a. at pålægge advokater en pligt til at holde sig på afstand af opdraget, se hertil *Advokatretten* (2005), s. 330 ff., om advokatens pligt at bevare sin uafhængighed (også

af klientinteresser. Pkt. 16.2 i de af Advokatrådet fastsatte advokatetiske regler (til anvendelse pr. 1. oktober 2011) fastslår derfor, at en advokat ikke må indgå salæraftaler om vederlæggelse af en andel af det udbytte, der opnås ved gennemførelse af en sag. Se om bestemmelsen a.st. s. 334 og 338 f., og om advokatens interessekonflikter a.st. kapitel 9.

Forhandlerens egeninteresse har i øvrigt en særlig dimension, når forhandleren optræder som erhvervsdrivende, f.eks. som ejendomsrådgiver, advokat eller *investment banker*. I et lille samfund som det danske kender de professionelle rådgivere inden for en branche hinanden. Interessen i ikke at ødelægge sit omdømme gennem uetisk optræden under en forhandling motiverer de fleste, men desværre langt fra alle, til at optræde redeligt.

*Good guy/
bad guy*

Et klassisk forhandlingskneb er det såkaldte *good guy/bad guy*-spil. I et team af flere forhandlere spiller den ene (f.eks. den juridiske rådgiver) hårdnakket, ufremkommelig og aggressiv, medens den anden bløder op. Formålet er at skabe en alliance mellem modparten og “the good guy”. Denne alliance kan dels skabe et personligt præget grundlag for forhandlingen, dels kan den forlede modparten til at tro, at en sådan alliance er den eneste mulighed for at få aftalen i stand. Modtrækket består i at erkende spillet. Undertiden kan det ligefrem være på sin plads at spørge, om der foreligger en indstuderet foranstaltning!

2.5.e. Modtræk

Mange udslag af usaglig forhandling kan parrereres gennem modtræk. I det følgende omtales nogle af disse:

*Forhandlings-
jiu -jitsu*

En metode hertil består i at udøve såkaldt “*forhandlings-jiu-jitsu*”: Den angrebne part søger at placere sig på en måde, så angrebet ikke rammer hans person, men derimod den melding, han har afgivet. Uden at respondere på det personlige i angrebet gentager man denne melding, rekapitulerer sagens problemstilling og præciserer sine bevæggrunde.

Pause

En anden afværgeteknik består i at insistere på at holde en pause i forhandlingen. Holdes en sådan pause umiddelbart efter et personligt eller usagligt angreb, kommer ordene umærkeligt til at hænge i luften, og modparten vil da fremstå som overilet og uafbalanceret. Denne følelse kan svække hans forhandlingsposition, når den saglige forhandling genoptages.

En tredje modforanstaltning består i at bede modparten *ud-dybe* en melding ved eksemplets hjælp. Herigennem kan man f.eks. søge at flytte diskussionen fra det følsomme *principielle plan* og ned til det håndgribelige og mindre spændingsfyldte *forretningsmæssige plan*. Den indignation, som en diskussion om basale principper kan fremkalde (“den risiko plejer vi aldrig at yde garantier for”), bliver mere nøgtern, når den i stedet kommer til at handle om tal og kalkulationer (“hvem skal i givet fald betale præmien til den forsikring, der kan afdække risikoen?”).

Uddybning

Også planlagte *afbrydelser* kan være en bekvem afværgemåne for en part, der udsættes for angreb. Et pludseligt ønske om pause kan give modparten indtryk af, at man overvejer at gøre noget drastisk, f.eks. forlade forhandlingen. I pausen kan man samle tankerne og eventuelt tilkalde andre rådgivere. Det er ofte mere hensigtsmæssigt end at give omgående svar på et nyt tilbud el.lign. Den snedige forhandler vil på forhånd indbygge afbrydelser på planlagte tidspunkter.

Afbrydelser

Med sit ønske om at afbryde forhandlingen tvinger den angrebne part angriberen til at skifte fokus. Der findes talrige andre metoder hertil. Undertiden kan en *overraskende forandring* påvirke forhandlingsforløbet, f.eks. at en person rejser sig fra sin stol for at hente forfriskninger, eller at alle begiver sig hen til en restauration. I det hele taget vil miljøændringer kunne virke stimulerende for kreativiteten. En fastfrosset forhandling kan let blive synonym med det lokale, der danner rammerne om den.

Fokusskift

Det forekommer, at parter, der ikke under selve aftaleforhandlingen har juridisk bistand, insisterer på, at aftalen skal indeholde vilkår, der for modparten fremstår som *uforståelige*. Formålet kan være at trække forhandlingen i langdrag eller skabe utryghed hos modparten. Det adækvate modtræk mod en uforståelig regel består i at udbede sig eksempler på dens anvendelse. Det kan være katastrofalt at indgå en aftale, man ikke forstår!

Sløring

2.5.f. Forhandlingsdødvande

En forhandling kan støde på barrierer: Synspunkterne står stejlt mod hinanden, selv om parterne har udsigt til en god forretning. Barrieren kan fremstå som et mudret dødvande, eller som det

Problemstillingen

totale forhandlingssammenbrud. Årsagen kan være, at parterne ikke har sammenfaldende interesser i den transaktion, aftalen skal realisere, eller den kan skyldes en kun tilsyneladende uenighed. Der kan derfor være grund til at se på, hvorledes parterne da bringer forhandlingen videre.

*Sproglige
misforståelser*

Talrige misforståelser er rent sproglige. Parterne forstår et problem forskelligt. Diskuterer man en garanti ved at fokusere på, hvem der skal “garantere” noget, kan forhandlingen bringes videre, hvis parterne søger at præcisere, hvad det er for retsvirkninger, “garantien” skal resultere i. I nogle, meget sikkerhedsbetonede, brancher kan det at “garantere” noget f.eks. betyde noget helt andet end i brancher, hvor man i højere grad kalkulerer med risikoen for, at noget går galt.

Eksemplificering

Vil man undgå den fastslåsning, principdiskussioner kan føre med sig, kan parterne koncentrere forhandlingen om et antal hypotetiske eksempler. Kan de ikke nå til enighed om, hvordan de vil aftaleregulere disse eksempler, er der måske en grundlæggende interessemodsatning, som ikke bare taktisk, men reelt blokerer for en aftaleløsning. Er de derimod enige, vil eksemplerne kunne antyde en fællesnævner, der kan udtrykkes som regel eller vilkår i aftalen.

Skyttegravskrig

Sammenbruddet kan også hænge sammen med, at parterne ikke er forberedt på reel dialog. Hver af parterne har blot tegnet et billede af, hvad der vil tjene deres egne interesser bedst, uden tanke på hvad der tjener den fælles transaktion bedst. I stedet for at se rettigheder og pligter i sammenhæng med projektets velbefindende vil en sådan forhandlingsform bevæge sig over i en uproduktiv skyttegravskrig, der først ophører, når den ene part mister interessen i projektet eller mister den energi, der er nødvendig til at fastholde sit synspunkt.

Løsningsmetoder

Selv om parterne får held til at drage essensen af forhandlings-temaet i fokus, må de undertiden sande, at forhandlingerne er frugtesløse. Drøftelserne går i ring, fantasien er brugt op, og parterne har måske ligefrem opbygget en vis modvilje mod hinanden. I det diplomatisk og politisk liv er sådanne problemer velkendte, og det er i det hele taget frugtbart at studere de forhandlingsteknikker, der benyttes her – eller i andre ikke-juridiske fora – for at få inspiration til, hvordan “umulige” forhandlings-situationer kan løses.

En metode til at opbløde en forhandling består i at *flytte forhandlingen* fra det niveau, hvorpå den hidtil har udspillet sig, og enten opad (kaldet *eskalation*) eller nedad i organisationen (kaldet *delegation*), f.eks. til de teknikere mv., der planlagde det oprindelige forhandlingsudkast.

Flytning af forhandlingen

K02 pkt. 27.2, indeholder således følgende bestemmelse: "Såfremt der er uenighed om kategorisering af en Fejl, eller hvorvidt kravene til servicemål er opfyldt i en bestemt periode, jf. punkt 11 og 13, kan hver af Parterne henvise spørgsmålet til Kundens og Leverandørens projektleder, der da sammen afgør det. Kan der ikke opnås enighed mellem Parternes projektledere, skal forhandlingerne søges løftet op på højt plan i Parternes organisationer. Hvis enighed fortsat ikke opnås, kan hver af Parterne anmode Det Danske Voldgiftsinstitut om at udmelde en uvildig sagkyndig, der afgør spørgsmålet endeligt og bindende for begge Parter."

Et dødvande om formuleringen af en specifik aftalebestemmelse kan ofte løses ved nuancering. Hvis det omstridte tema angår en *retsfølge*, kan parterne ofte nuancere det repertoire af retsvirkninger, som uenigheden drejer sig om. Angår det et *retsfaktum* i aftalen, kan man søge at nuancere de forudsætninger, der indgår heri, f.eks. således at de indgår som udtrykkelige betingelser.

Nuancering

Som anført i *Enkelte transaktioner*, s. 329, vil et væsentligt argument mod at tildele en ny distributør eksklusivitet være, at distributøren måske ikke får afsat produktet i forventet omfang. Derfor ønsker producenten en vis form for sikkerhed for, at det eksklusive territorium opdyrkes optimalt. En sådan sikkerhed kan f.eks. opnås gennem pligt til minimumssalg (sst. s. 332), som distributøren, der på sin side kender måske ikke produktet godt nok, naturligt vil være betænkelig ved. Umiddelbart fremstår dette tema som et ultimativt valg mellem aftagepligt eller ikke. Men temaet kan nuanceres, hvis der fokuseres på, *hvordan* en sådan pligt sanktioneres. I stedet for at pålægge distributøren at *aftage* produkter op til minimumsgrænsen, kan man måske nøjes med at give producenten en særlig opsigelsesadgang, hvis salgsmålene ikke nås. En anden løsning kan bestå i, at distributøren skal have markedsføringsbudgetter og -initiativer godkendt af producenten. Endelig kan man forestille sig forskellige incitamenter indbygget i aftalen til at sikre et hurtigt salg, f.eks. udbetaling af særlige bonusbeløb, efterhånden som salgsforventningerne realiseres.

*Tredjeparts-
bistand*

En tredje metode går ud på at bringe forhandlingen videre med forhandlere *udefra*, f.eks. en advokat eller revisor. En ny aktør, der træder ind i en igangværende forhandling, vil altid ændre det psykologiske spil i forhandlingen. Er den nye aktør trænet, kan denne forandring udnyttes til at bløde op på etablerede positioner og åbne parternes øjne for muligheder, de ikke selv havde øje for. Denne færdighed udgør en central del i moderne teknikker til mediation, se herom afsnit 9.5.b. Derfor er det ikke ualmindeligt at indføre vilkår om mediation som første middel til konfliktløsning før anlæg af rets- eller voldgiftssag, jf. f.eks. den førnævnte pkt. 27.2, stk. 1, i *K02*.

*Udskydelse til
senere*

En særlig form for aftaledelegation består i, at parterne delegerer kompetencen til at indgå aftale om et bestemt spørgsmål “til sig selv”, således at forstå, at beslutningen herom træffes på et *senere tidspunkt*, nemlig når problemet aktualiseres. Metoden kan f.eks. tage form af en forkontrakt, hensigtserklæring eller støtteerklæring, hvor parterne bindende eller uforpligtende udtaler sig om, hvilke principper de vil lægge til grund for løsningen af bestemte spørgsmål, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.5.a. og 3.1.e. Selv om hensigtserklæringer (*letters of intent*) som hovedregel ikke er bindende efter deres indhold (dvs. med den virkning, at den “berettigede” kan kræve naturalopfyldelse eller positiv opfyldelsesinteresse), vælger de fleste kommercielt virkende parter at efterleve dem, i hvert fald så længe dette er økonomisk muligt. De færreste ønsker at gå fra deres ord, uanset om ordene er beseglet med egentlige aftalevirkninger eller ikke.

*Kompetencetilde-
ling til tredjepart*

Det kan ofte være nyttigt at *delegere* den indledende aftaleforhandling til nogen, der i øvrigt ikke ville være kompetent til aftaleindgåelsen. Dermed får begge parter mulighed for at afgive uforpligtende indrømmelser “*off the record*”, som de ikke ville være parate til at stå ved “*for the record*”. Parterne kan også tildele en troværdig tredjepart bindende aftaleretlig kompetence til at løse uenigheden med forpligtende virkning. Beslutter parterne på den måde at lægge den kompetente tredjeparts afgørelse til grund, når den foreligger, har de dermed ændret deres aftale i overensstemmelse med tredjepartens afgørelse. Men er parterne uenige om tredjepartens beslutning, opstår spørgsmålet, om denne beslutning i kraft af den forudgående aftale om at henskyde spørgsmålet til afgørelse kan ændre aftalen mod den ene parts ønske. Svaret på

dette spørgsmål beror dels på, hvilken kompetence, tredjeparten er udstyret med, dels på uenighedens karakter.

I relation til det første spørgsmål, om tredjepartens kompetence, kan man sondre mellem to situationer:

I den ene situation giver parterne tredjeparten kompetence til at afgøre en retlig uenighed. Tredjeparten får dermed status af *voldgiftsret*, som inden for rammerne af den kompetence, parterne har fastslået, kan træffe en retligt bindende og gennemtvungen afgørelse – alt under forudsætning af, at tredjeparten (voldgiftsretten) iagttager de procesgarantier, der følger af voldgiftsloven (jf. nærmere om voldgift afsnit 9.4.). Når det gælder omfanget af denne kompetence, er der ingen principiel forskel mellem voldgiftsbehandling og domstolsbehandling. Retlig uenighed kan som bekendt også påkendes af domstolene. Og både en domstol og en voldgiftsret kan træffe afgørelse om at *udfylde* en eksisterende aftale, f.eks. tilpasse en løbende betalingspris efter ændrede markedsforhold. Selv om en sådan udfyldning indebærer et element af skøn, vil uenigheden have retlig karakter.

- *voldgiftsbehandling*

Man har tidligere antaget, at voldgiftsretter har en videre kompetence end domstolene til at *udfylde* aftaler, bl.a. fordi voldgiftsretter har adgang til at påkende tvister efter “de retsregler, som parterne har valgt”, hvilket ikke nødvendigvis falder sammen med et nationalt retssystem (se hertil nedenfor s. 442). Voldgiftsretter har imidlertid ikke en videregående adgang til at påkende “interessetvister” end domstolene. Genstanden for voldgiftsrettens afgørelse må i alle tilfælde være “tvister i retsforhold”, en retlig uoverensstemmelse, jf. voldgiftslovens § 6.

I den anden situation giver parterne tredjeparten kompetence til at frembringe en ny aftale uden noget juridisk grundlag herfor, men alene som udtryk for et forretningsmæssigt valg, som parterne ønsker at træffe, selv om de altså er uenige om indholdet. Da denne kompetence ikke handler om *aftalefortolkning* og *-udfyldning*, men om *aftaleindgåelse*, optræder tredjeparten ikke her som en voldgiftsret. Der er imidlertid intet til hinder for, at parterne tildeler den troværdige tredjepart kompetence til at fastslå deres retsforhold, inden for visse grænser. Det kan f.eks. være relevant i en aftale om option, hvis parterne ikke på forhånd kan overskue de aftalevilkår, der skal gælde, hvis optionen kaldes. At overlade

- *delegation af aftalekompetence*

den troværdige tredjepart en sådan aftalekompetence svarer til at give nogen en fuldmagt. Forskellen består alene i, at tredjemanden (“fuldmægtigen”) har aftalekompetence til at disponere med virkning for begge parter. Tredjepartens beslutningsresultat fremstår derfor som en aftale, ikke som en dom eller voldgiftskendelse. Opstår der tvivl om dens indhold og gyldighed, kan aftalen anfægtes ved en særskilt proces, hvor tredjepartens afgørelse ikke har retskraft. Se hertil *Clement Salung Petersen* i U 2013B, s. 35 ff., bl.a. med omtale af Høyesteretts dom i *Rt. 1998.1683*. Da parterne har forpligtet sig til at efterleve beslutningen, vil en parts undladelse af at efterkomme dette forhandlingsresultat efter omstændighederne kunne indebære en misligholdelse.

Opgivelse

Fører ingen af de førnævnte metoder parterne til enighed, må de som oftest sande, at dødvandet skyldes *forretningsmæssig* uenighed. A anslår f.eks. værdien af en ydelse eller udsigten til fortjeneste anderledes end B. Men også sådanne overvejelser kan løses gennem passende aftalemekanismer. Består det reelle skillepunkt i, at A er optimistisk og B pessimistisk, kan en mellemløsning være at indbygge mekanismer i aftalen, der lader A få fordel af, at forventninger indfries, samtidig med at B garderer sig mod tab. Ved udformningen af den slags løsninger kan man søge inspiration i de mekanismer, der findes i partnerskabslignende aftaler, f.eks. i henseende til beslutningsprocesser, åbenhed og overskudsfordeling.

2.5.g. Interessekonflikter

Problemstillingen

I en kommerciel aftale forventes parterne at handle ud fra de formål, deres respektive virksomheder har. Interessekonflikter giver sjældent anledning til problemer i transaktioner, hvor ydelser og vederlag blot skifter hænder: Hver part vil have en naturlig interesse i at opnå mest muligt og præstere den mindst mulige modydelse. Men i transaktioner, hvor den ene parts ydelse består i rådgivning, forhandling eller salg for den anden part, kan der opstå *interessekonflikter*. Problemet er, at den part, der præsterer sin rådgivning eller sit salgsarbejde mv., kun inciteres til at varetage hovedmandens interesser optimalt, i det omfang økonomiske eller ideelle faktorer gør sig gældende. Den væsentligste faktor er her forhandlerens vederlag. Om det er tilstrækkeligt til at optimere forhandlerens indsats, diskuterer fagøkonomer i den såkaldte *prin-*

cipal agent-teori, se herom s. 101. Er den det ikke, består der et såkaldt “principal agent”-problem, dvs. en risiko for at forhandleren præsterer en ringere forhandling (f.eks. ikke orker at insistere på en forhandlingsposition) eller ligefrem skifter side, fordi han har større interesse i at alliere sig med modpartens position.

For at undgå sådanne situationer har de fleste rådgivningsprofessioner enten *frivilligt* (via foreningsvedtagelser eller virksomhedsspecifikke regler) eller med hjemmel i *lovgivningen* (som den, der gælder for advokater, ejendomsmæglere og revisorer) opstillet regler, der på forskellig vis forbyder *interessekonflikter*. Interessekonflikter vil som regel blive afklaret og fjernet, inden aftalen indgås.

Oprindelige interessekonflikter kendetegnes ved at kunne erkendes, inden aftalen indgås. Normalt vil den professionsudøver, der kan blive ramt af interessekonflikten, have pligt til at foregribe den, før han påtager sig opdraget. Inden en advokat påtager sig en sag for en klient, er han f.eks. forpligtet til at undersøge, om en udførelse af opdraget vil kollidere med andre klientinteresser, se hertil *Advokatretten* (2005), afsnit 9.5.a. Tilsvarende principper håndhæves af andre rådgivere inden for de liberale erhverv, se a.st. afsnit 1.4. Forestillingen om, at klienten får en *uafhængig* rådgivning (og at klienten ikke reelt kommer til at betale for konkurrentens rådgivning), er en typeforudsætning, som ses udtrykt i såvel lovgivning som aftalepraksis.

Ifølge kommissionslovens § 40 kan kommissionæren kun, når aftale, handelsbrug eller anden sædvane giver ham ret dertil, udføre hvervet ved at indtræde som køber eller sælger for egen regning. Pkt. 1.1.3 i *ABR 89* pålægger den rådgiver, der står i et sådant forretnings-, familie- eller lignende forhold til en entreprenør eller en anden i sagen involveret part, at der vil kunne rejses tvivl om hans virke som klientens tillidsmand, at *orientere* klienten om forholdet og om betydningen heraf og nærmere *Gjedde-Nielsen & Hansen* (2013), s. 28 ff. Bevisbyrden for, at klienten har modtaget en rettidig og fyldestgørende orientering om mulige interessekonflikter, påhviler rådgiveren. Rådgiveren har også bevisbyrden for, at der – hvor dette er muligt – er indgået aftale om at fravige etiske eller juridiske regler om interessekonflikter.

Interessekonflikter kan også opstå efterfølgende. Det viser sig f.eks. nødvendigt at aftage en ydelse, hvis anskaffelse berører

Begrebsafgrænsning

Oprindelige interessekonflikter

Efterfølgende interessekonflikter

rådgiverens personlige interesser. At købe ydelsen her vil på den ene side tilgodese rådgiverens – for aftaleforholdet usaglige – økonomiske interesser. Omvendt er dette måske det bedste køb, hvorfor rådgiveren har pligt til at anbefale det, jf. udtrykkeligt § 16, stk. 2, i lov om omsætning af fast ejendom. Også efter almindelige regler om aftaleretlig omsorgspligt må rådgiveren gøre sin opdragsgiver opmærksom på mulige eller opståede interessekonflikter. Løsningen kan efter omstændighederne være at udpege en substitut, der påtager sig denne del af rådgivningen. Problemer herom opstår i øvrigt typisk i aftaleforhold, der netop pga. ønsket om rådgiverens uafhængighed kan bringes til ophør med kort varsel uden sanktionslignende følger heraf. Derfor er det sjældent nødvendigt at tage stilling til de aftaleretlige følger af et sådant tillidsbrud (f.eks. erstatning for ekstra rådgiveromkostninger). Fordi den slags forhold ikke forventes at opstå, er dette tema sjældent genstand for aftaleforhandling.

Bestikkelse

En særlig type interessekonflikt opstår, når rådgiveren udsættes for forsøg på bestikkelse fra en modpart i opdraget. Straffelovens § 299, nr. 2, straffer den, der ved varetagelse af en andens formueanliggender for sig selv eller andre af tredjemand modtager, fordrer eller lader sig tilsige en formuefordel, hvis modtagelse holdes skjult for den, hvis anliggende modtageren varetager, såvel som den, der yder, lover eller tilbyder sådan fordel. At modtage bestikkelse vil være et eklatant tillidsbrud, der indebærer en væsentlig misligholdelse af aftalen. Alligevel var det først i 1998, at retten til at få fradrag for bestikkelse i udlandet blev ophævet, gennem bestemmelsen i ligningslovens § 8D. Denne problemstilling er i dag genstand for betydelig og berettiget fokus, jf. nærmere afsnit 6.5.d.

Grænsetilfælde

Det siger sig selv, at modpartens tilbud til forhandleren om personlige ydelser, der intet har at gøre med den foreliggende aftale, uden videre må afvises. Pligten hertil fremgår f.eks. udtrykkeligt af *ABR 89* pkt. 1.1.2, der forbyder rådgiveren “under nogen form – hverken direkte eller indirekte – [at] modtage eller kræve ydelser, så som provision eller rabat, som ikke fuldt ud kommer klienten til gode”. Den aftaleretlige loyalitetspligt, der bl.a. rummer en pligt til at give modparten oplysninger af betydning for aftaleforholdet, vil pålægge forhandleren straks at orientere hovedmanden om et sådant tilbud.

Se hertil dommene i *U 1966.820 H* og *U 1921.857 Ø*. Man kan diskutere, hvor uetisk modparten optræder ved at give forhandleren tilsagn om bestyrelsesposter eller om fremtidigt forretningssamarbejde, hvis dette sker i åbenhed og i hovedmandens nærvær. Et sådant tilsagn kan i sig selv bringe forhandleren i en interessekonflikt. Man kan derfor diskutere, om ikke forhandleren i samme forbindelse bør foreslå hovedmanden, at han nedlægger sit hverv. Problemet er ikke enkelt at løse. Det kan tænkes, at forhandleren er advokat for et selskab og samtidig formand for dettes bestyrelse. Hans forbliven i formandsstolen kan sikre kontinuitet mv. Vælger advokaten at melde, at det på forhånd er udelukket, at han vil overtage en sådan post, kan denne melding forringe muligheden for at sælge virksomheden.

2.6. Juristen i aftaleforhandlingen

2.6.a. Juristopdraget

Jurister spiller ofte en rolle, når aftaler indgås og forhandles, jf. nærmere *Lindskog* (1989), s. 23 ff., og *Frydinger* (2012), del II. Fordi forhandlingen angår en retsregel – aftalen – er det i sig selv hensigtsmæssigt at aftaleforhandle med juridisk bistand. De forhandlende parter ønsker at kende de retlige rammer for aftaleindgåelsen, eller de ønsker juristens hjælp som *sparring partner* for at præcisere og nuancere aftalens formål. Navnlige kan juristens indsigt i forskellige retlige løsningsmodeller løse op for en tilsyneladende uenighed. Endelig kan hans tilstedeværelse være taktisk begrundet, jf. foran s. 102 om *good-guy/bad-guy*-spil.

Hvad juristens rolle mere præcist skal være, beror på hans opdrag. Som anført af *Wøxholth* (2012), s. 130 f., er der ingen grund til at bruge kostbar advokattid til at forhandle rent forretningsmæssige spørgsmål. Hvor *husjurister* i organisationer og virksomheder typisk også har et politisk eller forretningsmæssigt mandat, benyttes *advokater* i højere grad som juridiske rådgivere og koncipister. Ofte præciseres opdraget ikke. Det hænder, at opdragsgiveren under selve aftaleforhandlingen stilles over for spørgsmål af forretningsmæssig art, som han i kampens hede kun har advokaten at spørge til råds om. Dernæst vil den advokat, der tidligere har bistået i lignende aftaleforhandlinger, typisk besidde et langt mere indgående kendskab til transaktionens retlige og forretningsmæssige risikomomenter end klienten. For

Juristens rolle

Opdragets karakter

at kunne identificere de risici, aftalen rummer, sker det derfor ganske hyppigt, at juristen må kombinere sin juridiske viden med forretningsmæssig forståelse, indsigt og kreativitet.

*Advokatetiske
regler*

Som forhandlere er advokater forpligtet af generalklausulen om god advokatskik, jf. retsplejelovens § 126, stk. 1. Advokatrådet har udsendt et sæt “Advokatetiske regler”, der angiver rådets opfattelse af denne generalklausul (som senest vedtaget til anvendelse pr. 1. oktober 2011). Det fremgår bl.a. heraf, at en advokat ved udførelse af en sag ikke må gå videre, end berettigede hensyn til varetagelse af klientens interesser tilsiger, idet det navnlig er utilstedeligt at foretage unødige retsskridt eller søge klientens interesser fremmet på utilbørlig måde (pkt. 17.1.). Bestemmelsen må hvert fald indebære, at advokaten under forhandlingen har pligt til at tale sandt, se herom *Advokatretten* (2005), afsnit 14.2.b., og at “utilbørlige” forhandlingsskridt ofte vil blive anset for stridende mod god advokatskik, se a.st. afsnit 14.2.f. (om konkurstrusler) og 14.2.g. (om anmeldelsestrusler).

2.6.b. Typiske opgaver

Denne bog har jurister som sin primære målgruppe. Juristens rolle under en aftaleforhandling er imidlertid langt fra givet på forhånd. Afgrænsningen heraf beror for det første på opdraget (herunder om juristen optræder som ansat husjurist eller ekstern advokat), for det andet – og ikke mindst – på, hvilken værdi juristen reelt skal bidrage med. I det følgende omtales nogle af de funktioner, man ofte vil lægge i hænderne på juristen i et forhandlingsteam. For advokater vil en del af disse opgaver efter omstændighederne være pligtmæssige, som udslag af retsplejelovens § 126, stk. 1, der pålægger advokater at udvise “god advokatskik”.

*Faktisk
sagsoplysning*

I det forberedende arbejde er det for det første juristens opgave at sørge for, at der foreligger de *faktiske oplysninger*, der er relevante for at kunne afklare aftalens retlige konsekvenser. Denne afklaring vil ofte ske, når forhandlingsstrategien lægges (jf. bemærkningerne herom afsnit 2.4.). Deltager juristen under aftaleforhandlingen, må afklaringen ske inden endelig aftale. Til den faktiske sagsoplysning hører en forståelse af, hvilket *forretningsmæssigt* projekt aftalen skal realisere, og hvilke faktiske og retlige *risici* der kan true denne målsætning. Først når denne

risikovurdering er lagt fast, har man overblik over, hvordan centrale temaer som f.eks. kvalitetskrav, risikoovergang og forsikringspligt, misligholdelse og misligholdelsesvirkninger, erstatningsansvar, konfliktløsning etc. bør reguleres. De færreste jurister har en viden, der strækker til rådgivning om *faktiske* risikospørgsmål inden for tekniske områder. Derfor vil juristen ofte samarbejde tværfagligt, f.eks. med it-rådgivere, bygningsingeniører eller patentrådgivere.

Det hører ligeledes med til den faktiske sagsoplysning at fremskaffe det grundlag, der er fornødent for at kunne inddrage *saglighedsstandarder* af den karakter, der er omtalt s. 98 ff. Eksempelvis må juristen sikre, at relevante oplysninger herom bringes frem, f.eks. praksis om den forhandlede aftaletype.

En anden hovedopgave består i at undersøge, om transaktionen kan realiseres uden at støde mod retlige barrierer. Denne indsats indebærer en nøje undersøgelse af retsregler som dem, der er skitseret ovenfor i afsnit 2.3. I nær forbindelse med den retlige barriere er den utilsigtede skatte- eller afgiftsvirkning. For visse aftaler – f.eks. om teknologisk udvikling – spiller risikoen for at miste offentligretlige retskrav (f.eks. under tilskudsordninger) en rolle.

Som nævnt kan sproglig uklarhed og retligt ukendskab skabe uenighed. Man strides om ord snarere end om substans. B ønsker f.eks. “ophavsretten” til et værk, han har udviklet for A, men hverken A eller B har overblik over, hvilke retspositioner der sigtes til. Den adækvate juridiske opgave er her at klargøre, hvilke “ophavsretlige beføjelser” B efter deklatoriske regler vil indtræde i, se nærmere om dette konkrete spørgsmål *Enkelte transaktioner*, s. 181 og 382 f. Med dette udgangspunkt kan parterne herefter diskutere deres økonomiske og retlige interesse i at indtræde i – eller bibeholde – disse beføjelser. Er præstationshandlingen kompliceret, og har ingen af parterne sikkert overblik over kvalitets- eller risikoforhold, må juristen *identificere, klarlægge og fordele* risici gennem passende regler om erstatning og risiko, jf. nærmere bemærkningerne ovenfor s. 42 ff.

Det kan være vanskeligt at skønne over, hvilke retlige spørgsmål juristen bør holde frem som barrierer for transaktionen. Ofte kan retspositioner ikke afklares med sikkerhed, og det kan derfor være nærliggende for juristen at dække sig af med, at der “kan”

*Afklaring af
retlige barrierer*

Bagatelgrænse?

være et problem i den ene eller anden henseende. Som udtrykt af *Lindskog* (1989), s. 25, bør juristens kritiske analyse af aftalens retlige risici dog ikke forvandle ham til en overfølsom nejsiger. Det incitament til at optræde sådan, der ligger i risikoen for et erstatningsansvar, er åbenbart. Men lige så åbenbart bør det være, at det er legitimt (også) at tage en forretningsmæssig risiko om retlige tvivlsspørgsmål. Det kan give god forretningsmæssig mening at indgå aftale med tvetydige vilkår, som parterne først må finde et præcist indhold i ved uenighed.

Koncipering

Juristens tredje hovedopgave består i at koncipere parternes vedtagelse i et sprog, der utvetydigt udtrykker forhandlingsresultatet på en måde, som hverken bringer parterne selv eller deres juridiske rådgiver i tvivl. Se om koncipering i kapitel 3. Her er opgaven at søge identificerede risici reduceret, inddækket eller fordelt. Dette kan enten ske ved faktiske eller retlige *foranstaltninger* rettet mod den ydre verden (f.eks. ved sikringsforanstaltninger eller forsikring) eller ved en aftalt *risikofordeling*. Usikkerhed om de skatteretlige konsekvenser ved at disponere på en bestemt måde kan afdækkes ved at indhente bindende svar, jf. nedenfor, eller gennem skatteforbehold, se herom afsnit 5.5.b. Er der tvivl om, hvorvidt en aftale kan håndhæves, pga. præceptiv lovgivning eller konkurrenceretlige regler, kan parterne enten søge at nå det tilsigtede formål ad anden vej, eller aftalen kan indbygge en alternativ regulering, der betinges af, at bestemmelsen viser sig retligt uigennemførlig.

Administrative funktioner

Ud over de egentlige rådgivningsfunktioner vil det typisk også være juristens opgave at varetage visse *administrative funktioner* under forhandlingen. Hertil hører det praktiske arbejde med *mødeledelse* og den centrale sikring af *dokumentation* for og *opfølgning* af aftaleresultatet. Også udarbejdelse af *referater* og hertil hørende korrespondance lægges som regel i hænderne på den juridiske rådgiver. Referater af aftaleforhandlinger kan få afgørende retlig betydning, hvis der efterfølgende rejses erstatningskrav efter reglerne om *culpa in contrahendo* (hvor det f.eks. gøres gældende, at der foreligger svig eller tilsidesættelse af oplysningspligten). I mere komplicerede forhandlinger bør juristen sikre, at der foreligger en *plan* for aftaleforhandlingen, for aftalens opbygning og for det færdige aftalemateriales sammenstyknings (hvorved delaftaler og bilag sættes sammen til større helheder).

Referater af aftaleforhandlinger kan få aftaleretlige virkninger, når de f.eks. lægges frem til modpartens godkendelse. Også her gælder *koncipistreglen*, jf. *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.3.a. Den tilskyndelse, penneførereren kan have til at dreje referatet til egen fordel, modsvares af domstolenes tendens til at fortolke mod koncipisten. Interne referater kan forlanges fremlagt under en efterfølgende proces efter reglerne om *editionspligt*, se retsplejelovens § 298, medmindre betingelserne for vidnefritagelse eller -udelukkelse er opfyldt, jf. §§ 169-172. Endnu mere hårdtslående er de regler om *discovery*, der følger af visse fremmede juridiktioner, og som i konsekvens af aftalens lovvalg kan finde anvendelse her, se hertil s. 444 f.

Når aftalen er indgået og underskrevet, forestår opgaven med at omsætte dens vedtagelser til praksis: Parterne skal tage praktiske skridt til aftaleopfyldelse, og er aftalen langvarig, vil disse skridt kunne strække sig over år. Denne opgave rummer vekslende grader af jura og ledelse og benævnes i moderne terminologi som *contract management*. Ved brug af *contract management software*, der er integreret i virksomhedens øvrige it-systemer, kan man sætte denne opgave i system, f.eks. ved at programmere administrative systemer til at forberede og planlægge de enkelte delopgaver, der skal realisere transaktionen. Se for en oversigt over nogle af disse spørgsmål IACCM's håndbog *Contract and Commercial Management – The Operational Guide*, IACCM Series. *Business Management* (2011), med indlæg bl.a. af *René Frantz Henschel*, og *Anuj Saxena*: *Enterprise Contract Management – A Practical Guide to Successfully Implementing an ECM Solution* (2009).

*Contract
management*

2.6.c. Særligt om projektforløb

Undertiden organiseres en forretningsmæssig transaktion som et projekt, dvs. som en række systematiserede arbejdsopgaver, der inden for en afmålt tidshorisont og under visse givne ressourcer skal lede frem til et bestemt resultat. Projekter udkrystalliserer sig typisk i efterfølgende delprojekter mv., der varetages af et antal underordnede niveauer i projektorganisationen (såkaldte delprojektgrupper, styregrupper eller projektgrupper). En virksomhed overvejer f.eks. at danne en strategisk alliance med en anden virksomhed i sin branche. For at forberede alliancen etableres et antal *styregrupper*, der skal sikre, at de involverede

Problemstillingen

selskaber passer til hinanden i de væsentligste forretningsmæssige henseender. Hvad projektet juridisk skal ende med (en samarbejdsaftale, en fusion eller ingenting), ved parterne først, når de har lært hinanden at kende.

Fordele og risici

Projekter udføres ofte i en kreativ, uformel dialog om de problemer, der må løses på vejen mod det fastsatte mål. Men der er stor forskel på, hvordan projekter styres, og hvor effektivt parterne bevæger sig hen imod dette mål. Et dårligt styret projekt vil udvikle inkompetente diskussioner om vigtige spørgsmål og kompetente diskussioner om uvæsentlige spørgsmål. Her kan juristen enten bidrage som projektleder eller med bistand til projektledelsen. Aftalen vil kunne understøtte et effektivt projektarbejde ved at sikre en handlekraftig ledelse og ved at udpege fora, hvor uenigheder undervejs kan afklares.

I ABSservice 2003 § 4 findes f.eks. følgende bestemmelse om samarbejdsorganisation: "Såfremt en af kontraktsparterne ønsker det, nedsættes en følgegruppe til løbende dialog og opfølgning vedrørende aftalen. Følgegruppen skal i øvrigt behandle spørgsmål, som ikke har fundet deres afklaring i aftalen." Bestemmelsen henlægger ikke nogen aftalekompetence til behandling i denne følgegruppe, men vil i kraft af den samarbejds mulighed, der ligger heri, være et egnet forum til at opfange problemer, der kan finde deres løsning gennem en passende aftalejustering.

Projektforudsætninger

Det er først og fremmest juristens opgave at afklare, om de økonomiske, menneskelige og retlige forudsætninger for at gennemføre projektet er til stede. Denne projektanalyse må først og fremmest afklare, om projektet råder over de *økonomiske ressourcer*, der skal til for at realisere det. Her må juristen afklare, hvilke udgifter de enkelte delopgaver repræsenterer, samt eventuelle tilskudsmuligheder mv. Til budgettet hører også en *betalingsplan*, der angiver, hvornår de enkelte udgifter skal afholdes. Sådanne planer kan være forbundet med en række usikkerheder, som i så fald må *indkalkuleres*, f.eks. kurser på udenlandske valutaer, afgiftssatser, renteniveau og kreditbetingelser.

Projektgennemførelse

I tilknytning til betalingsplanen vil et større projekt hvile på en *bemandingsplan*, der med udgangspunkt i virksomhedens almindelige arbejdsfordeling *allokerer* medarbejdere til de arbejdsopgaver, der er forbundet med projektet. I den slags skitser ved-

tager parterne typisk et antal “milepæle”, inden for hvilke der skal ske en afrapportering eller præsteres en ydelse mv. Disse milepæle udgør samtidigt kontrolpunkter for, om projektet er på rette kurs.

Et af de forhold, der ofte får forretningsmæssige – og talrige andre – projekter til at mislykkes, angår *styring*. Projektdeltagerne mangler information om, hvem der skal gøre hvad, hvorfor og hvornår. Problemet er størst i projekter med parter, der har forskellig viden om projektets genstand. Et sådant vidensspring foreligger ofte i aftaler om overdragelse af visse former for teknisk udstyr, byggeri mv. Den manglende viden kan da stilles til rådighed som et led i realydelsen eller – hvis der er behov for en særlig uafhængighed – udefra ved brug af konsulenter.

Projektstyring

En række tekniske opgaver kan kun løses adækvat i et gruppearbejde, der repræsenterer forskellige former for sagkundskab. Grupper med beføjelser til at træffe beslutninger i projektet benævnes typisk *styregrupper*. En styregruppe bør kun etableres, hvis det på forhånd er givet, hvad den skal beslutte, og hvordan den skal arbejde. Blandt de forhold, der må afklares, er mødeformer, dagsordener, kommunikationskanaler og rapporteringspligt. Kun personer med de fornødne forudsætninger for at beklæde deres post i gruppen bør indvælges i en styregruppe.

Styregrupper

I K02 pkt. 5.2 findes en indgående regulering af det projektsamarbejde, der skal bringe leverancen til udførelse. Med henblik på at sikre en hensigtsmæssig opfyldelse af kontrakten etableres der en *projektorganisation*, som nærmere er beskrevet i et bilag til aftalen. Denne organisation består af af en *styregruppe* og en *projektledeelse*. Parterne skal drage omsorg for, at projektet har den fornødne forankring i deres respektive *ledelser*, så det til stadighed er muligt at træffe de nødvendige beslutninger undervejs i projektet med den hastighed, omstændighederne kræver. Bestemmelsen pålægger leverandøren *initiativpligten* i samarbejdet, idet kunden forudsættes at have en aktiv rolle i projektstyringen. Parterne har gensidigt en forpligtelse til uden ugrundet ophold og i henhold til de aftalte beslutningsprocesser at *påpege* eventuelle fejl i dokumenter udarbejdet af den anden part. Aftalen tager også højde for de vanskeligheder, der kan opstå ved *personudskiftninger* i projektorganisationen. Ingen af parterne kan forud for godkendelse af en driftsprøve udskifte sin projektleder eller andre af de i aftalebilaget anførte nøglemedarbejdere uden den anden parts samtykke, medmindre udskiftningen skyldes

2.6. JURISTEN I AFTALEFORHANDLINGEN

medarbejderens personlige forhold, herunder ophør af ansættelsesforhold eller lignende omstændigheder. Den nye projektleder eller nøglemedarbejder skal mindst have samme kvalifikationer. Bestemmelsen indeholder også en hensigtserklæring, hvorefter parterne af hensyn til *kontinuiteten* og *kvaliteten* i arbejdet i videst muligt omfang skal undgå udskiftning af medarbejdere på projektet. Udskiftning må ikke påføre den anden part yderligere omkostninger, og den nye medarbejder skal have mindst tilsvarende kvalifikationer. En part skal efter anmodning udskifte en medarbejder, såfremt anmodningen er rimeligt begrundet.

Aflevering

Mange projekter afsluttes ved en *afleveringsforretning*, hvis nærmere tilrettelæggelse planlægges i styregruppen. Se nærmere herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.1.g. Ved planlægningen af afleveringsforretningen vil det juridiske medlem af projektgruppen have en særlig rolle som garant for, at aftalens vilkår konstateres opfyldt, og at der, om nødvendigt, sikres bevis for påståede mangler og driftsforstyrrelser.

3.1. Almene spørgsmål

3.1.a. Begreb og funktion

At koncipere en aftale vil sige at formulere den tekst, aftalen består af, når den tiltrædes af parterne (typisk ved underskrivelse). Konciperingens væsentligste formål er at sikre et klart udtryk for den enighed, parterne har opnået som resultatet af deres forhandling (*the meeting of the minds*, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, s. 15, 140 og 318). Dette kræver ikke alene en *praktisk* forståelse for, hvad parterne skal gøre for at realisere den værdi, transaktionens tilsigter, men også en *retsteknisk* forståelse for, hvordan aftalens enkelte retsregler og regelkomponenter må hænge sammen for at opnå den tilsigtede retsstilling. Det er koncipistens opgave at sikre *klarhed*, *relevans* og *konsistens* i det tiltrådte aftaledokument.

*Konciperings-
begrebet*

Læren om koncipering rummer derfor vekslende elementer af *sproglige* og *juridiske* færdigheder – færdigheder, der i praksis sjældent kan udskilles, og som man først kan forventes at beherske efter at have indhøstet betydelige praktiske erfaringer.

Der går en flydende grænse mellem koncipering og aftaleforhandling. Lidt slagordsmæssigt kan man sige, at de forretningsmæssige drøftelser typisk vil lede frem imod aftalens *main terms* (f.eks. om pris, mængde, kvalitet, leveringsterminer mv.), medens den retlige konciperingsopgave i højere grad fokuserer på *details* (f.eks. om kommunikation, misligholdelsesbeføjelser, konfliktløsning mv.). Aftalens *main terms* vil populært sagt ofte kunne stå på bagsiden af en serviet. Dens *details* vil omvendt ofte kunne læses ud af standarddokumenter eller i de velkendte klausuler, der går igen fra aftale til aftale (de såkaldte *boilerplate provisions*). Hvilke spørgsmål der hører til hvilken gruppe, beror på forhandlerens og rådgiverens temperament, ydelsens karakter samt den udfyldende ret (“baggrundsretten”).

*Main terms og
details*

3.1. ALMENE SPØRGSMAÅL

Dette udgangspunkt gælder dog ikke uden modifikationer. F.eks. er spørgsmålet om, hvilket lands *lovgivning* der gælder for aftalen, helt grundlæggende for forståelsen af dens regulering, jf. nærmere afsnit 9.2.b. Ligeledes spiller det en afgørende rolle for en parts faktiske muligheder for at gennemtvunge krav, hvilke regler om *konfliktløsning* og *forum* der gælder.

Øversigt

I dette kapitel sættes fokus på nogle af de principper for aftalekoncipering, der kan forstås *adskilt* fra den enkelte transaktion og dens formål. Formålet er altså ikke at forklare, hvordan bestemte typer af klausuler skal affattes. De følgende sider er en slags konciperingslærens "almindelige del". Særlige vilkår, der er gennemgående for kommercielle aftaleforhold, behandles senere i kapitlerne 5-9. Samtidig behandles nogle af de egenskaber, aftalen har som *styringsinstrument* for parternes transaktion. En mere indgående behandling af de konciperings spørgsmål, der opstår i *enkelte transaktioner*, behandles i den bog af samme navn, der indgår som tredje bind af nærværende trilogi.

Aftaleretlige minimumskrav

3.1.b. Retlige minimumskrav

Efter dansk ret er en aftale (eller et løfte) gyldig, hvis blot den påfører parterne retlige forpligtelser. Der stilles ikke særlige krav om præcision. At aftalen blot i store træk sætter parterne i stand til at fastslå deres retsstilling, vil være tilstrækkeligt. Det kræves heller ikke, at transaktionen i enhver henseende er sat på skinner. En aftale er gyldigt bestående, selv om den kun anviser nogle *konturer* af de pligter, parterne påtager sig, herunder de ydelser, de skal præstere. Parterne kan ofte blot støtte sig til den udfyldende *baggrundsret*. Involverer transaktionen en ydelse, der skal præstere på et tidspunkt efter aftaleindgåelsen (og ikke i umiddelbar forbindelse hermed), fører dette som regel til et krav om stillingtagen til, hvem *parterne* er, og hvilken *ydelse* de skal præstere, jf. *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.d., og *Ussing* (1950), s. 434. Bundgrænsen går der, hvor aftalen efterlader parterne i tvivl om, *hvem* der overhovedet skal gøre *hvad* for at gennemføre transaktionen.

Lige så frit det står lovgiveren at vedtage bevidst vage og elastiske lovbestemmelser, lige så frit står aftaleparter i deres ønske om kun at regulere

nogle grundlæggende vilkår for transaktionen, men at lade andre ligge. Tilmed kan der peges på mange gode grunde til at gøre det. Ofte vil parterne være mere interesserede i at gennemføre transaktionen uden at have fuld enighed om punkter, som måske slet ikke vil aktualiseres, end i at kaste den over styr, fordi der ikke kan opnås en sådan enighed. Se f.eks. *U 1981.1014 H*, der fastslog, at en aftale om køb af en manufakturforretning var gyldig, selv om der henstod en række uafklarede spørgsmål. Begge instanser betoner, at købesummen for forretningen var beskeden, og at køberne var bistået af en advokat. I *U 1982.227 Ø* var et af A fremsat forslag med rettelse og tilføjelse tiltrådt af begge parter med ordene “this agreed”. Der var ikke andet skriftligt forbehold end, hvad der fulgte af, at dokumentet efter sit eget indhold på visse punkter forudsatte yderligere forhandling. Retten tillagde dokumentet gyldighed som aftale. Ganske vidtgående er *U 2003.1627 ØLK*, der (for 2005-voldgiftsloven) udfyldte en kortfattet voldgiftsaftale med udførlige anvisninger om, hvorledes voldgiftsretten skulle udpeges mv.

I det omfang en domstol eller voldgiftsret udfylder en upræcis aftale, kommer den til at gøre parternes arbejde ved forhandlingsbordet. Som nævnt s. 107 vil retten som udgangspunkt kun kunne udfylde denne rolle, såfremt der er tale om en retstvist og ikke om en interessetvist. Om det er tilfældet, og om parterne vil betro retten eller (hvor der foreligger en interessetvist) en anden troværdig tredjepart denne rolle, beror på en vurdering af risikoen for, at den vil nå et andet resultat end parterne selv.

Udfyldning ved domstolene

Når domstolene udfylder en aftale, vil det som oftest ske præliminært under et *fuldbyrdelsessøgsmål* (hvor der f.eks. rejses krav om betaling af et beløb mv.). Her spiller det en mindre rolle, om grundlaget for afgørelsen er et aftaledokument, baggrundsretten, typeforudsætninger eller særligt markerede ønsker og forbehold mv. Fuldbyrdelsessøgsmål kan i almindelighed ikke afvises på grund af manglende retlig interesse. I sådanne søgsmål går domstolene vidt i udfyldningen af retsforholdet, også selv om dette indebærer forhold, om hvilke parterne ikke har nået nogen enighed under aftaleforhandlingen.

U 1977.641 H udfyldte en kompleks prisaftale i relation til spørgsmålet om erstatningsopgørelse i en situation, hvor det indeks, aftalen henviste til, midlertidigt var suspenderet. Behovet for udfyldning kan ligeledes opstå, når domstolene ændrer en aftale på grund af urimelighed, jf. AFTL

3.1. ALMENE SPØRGSMÅL

§ 36, eller som følge af svigtende forudsætninger. *U 1993.130 H* angik et forhandlerforhold vedrørende et produkt udviklet til brug for aftalen. Parterne havde ikke kunnet enes om skriftlige vilkår, men fortsatte desuagtet deres gennemførelse af transaktionen. Højesteret udfyldte aftalen i en række væsentlige henseender, bl.a. i henseende til opsigelsesvarsel. I dommen om Sebastians balletmusik, *U 2000.656 H*, antog Højesterets flertal (3-2), at det måtte have “formodningen imod sig, at [Sebastian] skulle have påtaget sig pligt til at komponere musik til balletten alene mod betaling af et bestillingshonorar på 100.000 kr. også vedrørende en situation som den foreliggende, hvor balletten gennem flere år ikke bliver opført”. Højesteret fastslog derfor bestillingshonoraret i denne situation til 200.000 kr. Se min kritik af dommen i *Grundlæggende aftaleret*, s. 341 f., og i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (2003), s. 602 f.

*Udfyldning
ved troværdig
tredjepart*

Som nævnt s. 107 forekommer det, at parterne henskyder en *interessetvist*, som de ikke kan opnå forhandlingsenighed om, til afgørelse hos en troværdig tredjepart. Tredjeparten kan ikke være en domstol eller en voldgiftsret, jf. bemærkningerne foran, men må kunne opfylde betingelserne for at have tildelt en aftalekompetence. Retsvirkningerne af tredjepartens “forhandlingsresultat” kan derfor heller ikke tvangsfuldbyrdes som en dom eller voldgiftskendelse. Det må indgå som en del af parternes aftalegrundlag, på samme måde som deres egne løfter og konstaterende erklæringer må. Uenighed herom kan derfor prøves som *retstvister* efter de regler om konfliktløsning, der gælder for aftalen.

3.1.c. Detaljeringskravet

*Den perfekte
aftale*

Som nævnt i afsnit 1.2.e. bliver en aftale aldrig “perfekt” i den forstand, at den med sikkerhed tager stilling til alle de retsspørgsmål, der vil opstå. Ingen kan vide, hvilke uforudsete begivenheder der vil påvirke parternes opfyldelse. Man kan *forsøge* at spå om fremtiden, og evnen til at foregribe problemer er i nogen grad et spørgsmål om praktisk *rutine og indlevelsessevne*. Men i praksis vil det altid bero på en konkret skønsmæssig vurdering, hvor indgående og detaljeret parterne bør regulere den enkelte transaktion.

*Koncipering og
retskultur*

Omvendt er der ingen grænser for, hvor omfattende et aftaledokument kan være. Omfang og kompleksitet beror i nogen grad på retskulturelle forhold. I *common law*-lande, der præges af den

tanke, at formueretten ikke afgøres af lovgiveren, og hvor der derfor ofte ikke er nogen skreven baggrundsret at falde tilbage på, finder man en aftalekultur (og konciperings-tradition), hvor alt nedfældes til mindste detalje for at begrænse risikoen for, at en dommer anlægger en utilsigtet – om end for en fornuftig betragtning nok så fjerntliggende – fortolkning. I retssystemer, der tilhører eller – som dansk ret – er præget af *civil law*-traditionen, undgår man gerne meget komplekse dokumenter, som ud over at fremkalde behov for omfattende juridisk bistand jo ingen garanti giver mod senere uenighed. Store og komplicerede aftaledokumenter rummer derimod et andet problem: Risikoen for, at parterne ikke efterfølgende kan finde rundt i dem!

Hvor omfattende og kompliceret man vil skrive et aftaledokument, beror på en afvejning, der inddrager *retlige krav* (herunder mulige begrænsninger i aftalefriheden samt forholdet til baggrundsretten), forretningsmæssige *risici* ved at undlade at afklare en mulig uenighed, samt de *ressourcer*, parterne har til rådighed. Se hertil de indledende bemærkninger i afsnit 1.2.e. Optimal koncipering begrænses altid af faktorer som tid, advokatbistand, logistik og anden bistand.

Behovet for at aftaleregulere beror først og fremmest på, hvordan transaktionen forventes at udfolde sig. Læren om styring beskæftiger sig med, hvordan beslutninger træffes og gennemføres, se hertil *Are Herrem* i Lars Ole Askheim m.fl. (1991), s. 403 ff. Når aftalen skal konciperes, foreligger som regel en *beslutning* herom, som det er koncipistens opgave at nedfælde – hvad enten dette sker i et aftaledokument, i et bilag eller i et mødereferat. Men under selve konciperingen vil man ofte se, at det, der *fremstod* som en beslutning, rummede et uforudset antal delbeslutninger, som endnu ikke var klaret af. I en sådan situation er det op til koncipisten at bringe sådanne uklarheder på det rene.

Som retsregel kendetegnes en aftale ved, at “adressat” og “lovgiver” er den samme. Da den aftaleretlige regelgivning dermed udfolder sig i et univers af frivillighed, kan man spørge, om det overhovedet er nødvendigt at knytte *retlige sanktioner* til aftalens enkelte vilkår.

Intuitivt må en jurist svare ja til dette spørgsmål. En aftale, der består af pligter uden sanktioner, er ingen retsregel. Den er en *lex imperfecta*. Uden muligheden for naturalopfyldelse eller

Almene krav

Koncipering og styring

Sanktionsbehovet

positiv opfyldelsesinteresse mv. er der ikke noget aftaleretligt krav at gennemtvinge.

Forretningsmæssig motivation

I det praktiske forretningsliv klarer parterne sig ofte uden retskrav. Retssociologiske undersøgelser viser, at forretningsfolk ofte undlader at gennemtvinge aftaler. Retlig gennemtvingelse gør man kun brug af, hvis relationen mellem parterne har mistet sit forretningsmæssige formål, eller hvis der står betydelige beløb på spil. Ofte er følelsen af personlig forpligtelse samt ønsket om på ny at kunne gøre forretninger med en forretningsforbindelse mere motiverende. At få et forretningsmæssigt projekt til at fungere vejer i praksis højere end hensynet til at efterleve en aftale, blot fordi den rummer en retspligt.

Omkostningsaspektet

Også *retsøkonomiske* grunde taler herfor. Det konkrete behov for at ledsage aftalens pligter med sanktioner beror altid på, hvad der er på spil. Retssager kan æde sig selv op i omkostninger. Der kan være langt fra at “have” til at “få” ret, og en almindelig analyse af risici, *costs* og *benefits* afholder derfor de fleste fra at anlægge sager, der angår tvister under visse beløb. Udsigten til at skulle afholde de betydelige omkostninger, det koster at føre sag, er en væsentlig årsag til, at man i stigende grad gør brug af *alternativ konfliktløsning*, se hertil afsnit 9.5. Enhver overvejelse om at rejse et krav må involvere en sådan afvejning. En sådan omkostningsvurdering må ikke alene inddrage de faktiske udgifter, men også de omkostninger, der ligger i, at en forretningsrelation (eller anden relation) tabes som følge af en retssag.

Gentlemen's agreements

Derfor er det ikke ualmindeligt, at forretningsmæssige vedtagelser indgås og opfyldes som *gentlemen's agreements*. Hermed forstås, som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 89 f., vedtagelser, som parterne indgår med bevidstheden om, at rettigheder og pligter ikke kan og vil blive håndhævet ad retlig vej. I praksis spiller sådanne vedtagelser en stor rolle. De bæres ofte af en opfattelse af, at det er ufint at “gemme sig” bag aftaleklausuler, som i situationen føles urimelige, eller hvis præcise indhold måske alligevel fortoner sig.

Den første og hyppigst citerede fremstilling af denne sammenhæng findes hos *Stewart Macaulay*: *Non-contractual relations in business: a preliminary study*. I afhandlingen, der er trykt i *28 American Sociological Review* (1963), s. 55 ff., fandt Macaulay,

at hovedparten af amerikanske virksomhedsaftaler foreligger uformelt, og at retlige uoverensstemmelser kun sjældent afgøres under påberåbelse af indgåede aftaledokumenter. Se også *Hugh Beale & Tony Dugdale: Contracts between businessmen* i 45 *British Journal of Law and Society* 45 ff. (1975).

Se ligeledes *Daniel Keating: Measuring Sales Law Against Sales Practice: A Reality Check*, i 17 *The Journal of Law and Commerce* 99 ff. (1997), der på basis af en omfattende interviewundersøgelse bl.a. fastslår (s. 106), at “the issue of whether a contract was formed is not inherently important” og *Roy Goode: Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law*, trykt i *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, s. 539 ff.

3.1.d. Momenter ved fastlæggelsen af detaljeringskravet

Som nævnt beror spørgsmålet om, hvor intenst man vil regulere, på en afvejning, hvor *costs* står i forhold til *benefits*. Der er ingen idé i at betale kostbar advokatbistand for at koncipere vilkår om et tema, der økonomisk er mindre betydningsfuldt, og som tilmed næppe vil aktualisere sig. Og en i øvrigt gunstig aftale bør ikke (nødvendigvis) væltes, fordi parterne ikke kan blive enige om et forhold, der nok alligevel ikke aktualiseres. Så længe modydelsen er sikret, bør den forretningsmæssige interesse i ordren ikke overskygges af frygten for *the worst case*.

Udgangspunktet må her være, at parterne bør regulere de temaer, som transaktionen med sikkerhed vil aktualisere, og som – hvis de realiseres – vil få fatale følger på den. Reguleringen må ske således, at relevante risici *fordeles* i forholdet mellem parterne eller *afdækkes* under inddragelse af en tredjepart (f.eks. et forsikringselskab eller en kautionist). For at kunne foretage en sådan risikoafdækning må koncipisten have nøje kendskab til en række faktisk/tekniske, forretningsmæssige og subjektive forhold. Når disse spørgsmål er analyseret til bunds, vil den løsning, parterne vælger, ganske ofte indebære skridt, som ikke manifesteres i selve aftalevilkårene (omend de i sagens natur reflekteres heri). Det kan f.eks. være, at der træffes praktiske foranstaltninger omkring leveringshandlingen, at parternes forventninger op- og nedtones omkring kritiske punkter i transaktionen, eller at risici

Udgangspunktet

afdækkes gennem passende aftaler med tredjeparter (f.eks. forsikringsselskaber).

*Transaktioner
præget af
usikkerhed*

I transaktioner, hvis forløb beror på usikkerheder, som ikke kan bringes på det rene på aftaletidspunktet (f.eks. forsknings- og udviklingsaftaler, aftaler vedrørende *offshore*-arbejder samt længerevarende forretningsmæssige partnerskaber), giver det sjældent mening at tilstræbe fuldstændig detailregulering, eftersom det fra starten ligger klart, at grundlaget for transaktionen vedvarende vil være i forandring. Her kan der være behov for at bringe nogle af de procedurer i anvendelse, som er omtalt i afsnit 2.4.b.

Styringsbehovet

Både sandsynligheden for misforståelser og tilskyndelsen til at "glemme" oprindelige vedtagelser øges, jo længere det *tidsrum* er, hvor parterne skal præstere deres ydelser, og jo flere *aktører* der er involveret heri. Dernæst beror behovet på, *om* parterne selv må forventes at kunne løse opståede problemer, *om* domstolene kan forventes at træde hjælpende til, og *om* der findes andre midler til at løse problemerne.

Som styringsmiddel beror en aftales slagkraft på, den magt, *parterne* har over transaktionen, og som de kanalisere videre i aftalen i form af pligter og rettigheder. Disse pligter og retskrav er påtaget frivilligt og gensidigt; A kan rette krav mod B, fordi B selv har ønsket det (mod til gengæld at modtage andre fordele), og ud fra tilsvarende betragtninger kan B også rette krav mod A. Aftalen viderefører en magt, der udøves inden for parternes respektive virksomheder.

Planlægning

Jo flere medarbejdere og ressourcer, der vil være forbundet med at præstere de ydelser, transaktionen involverer, desto større behov er der for en planlægning, der sikrer, at disse ydelser er til stede. Behovet for planlægning kan umiddelbart forekomme størst hos den part, der skal *præstere* en realydelse. Men det er ofte (mindst) lige så stort hos den, der skal *modtage* realydelsen. At tage imod et større maskineri, at skulle implementere en it-løsning, ja selv dette at skulle gøre klar til en ny medarbejder, stiller krav om *forberedelseshandlinger*, uden hvilke transaktionen vil fejle. Denne forberedelse forpligter gensidigt og løses ofte ved, at parterne etablerer en *projektorganisation*, der er udstyret med kompetence til at træffe de partikulære delafgørelser, der er nødvendige.

Parternes kendskab til hinanden – herunder ikke mindst det kendskab, der er skabt gennem en forudgående *relation* – spiller en væsentlig rolle for reguleringsbehovet. Kulturelle forskelle (*company policy*, forretningsmæssig etik mv.) spiller også ind. Regulerings- og detaljeringsbehovet er f.eks. stort i kommercielle transaktioner mellem parter fra forskellige kulturkredse. Jo mere *ensartede* parterne er i netop disse basale henseender, desto større er sandsynligheden for, at de selv løser uforudsete problemer. Jo mere *forskellige* de er, og jo mere uensartede deres forudsætninger og motiver er, desto større er behovet for detailregler.

*Gensidigt
kendskab*

Risikoen for misforståelser er typisk begrænset i forholdet mellem virksomheder, der er organiseret med henblik på det formål, aftalen skal opfylde. Aftaler, der indgås mellem virksomheder i brancher, der er “skabt for hinanden” (f.eks. mejeribranchen over for landbrugsområdet), volder langt færre retlige spørgsmål og giver behov for en langt mere beskeden aftaleskrivning, end aftaler indgået mellem virksomheder, der håndterer nye eller uprøvede ydelser eller løsninger. Denne mekanisme kan aflæses i retspraksis. Når en branche, der hidtil har betjent kunder af en bestemt art, pludselig markedsfører sig mod en helt anden type kunder, opstår risikoen for misforståelser og retlige uoverensstemmelser. Dette var f.eks. situationen, da it-branchen i begyndelsen af 1970’erne bevægede sig ind på markedet for små og mellemstore virksomheder. En hel kategori af retlige problemer opstod nu, fordi en række aktører, der oprindeligt var indrettet til at betjene erhvervsbrugere, nu pludselig stod over for et mere uprofessionelt kundepotentiale.

Brancheforhold

Som hermed antydnet har det også betydning, hvilke *retsregler* der udfylder eller begrænser aftalen (baggrundsretten). Har parterne tillid til domstolens evne til pragmatisk at udfylde aftalen på områder, de ikke har detailreguleret, svinder deres behov for detailregulering. Blandt andet derfor er det sjældent nødvendigt at koncipere detaljerede aftaler om køb af løsøre mellem danske virksomheder. Her består det væsentligste reguleringsbehov i det for de fleste praktiske forhold alt for vidtgående erstatningsansvar for genussælgers misligholdelse, jf. KBL § 24. De fleste “*details*” vil uden videre kunne udfyldes med grundlag i rådende sædvaner og praksis. I internationale køb fastslår CISG art. 9, stk. 2, at

Baggrundsretten

parterne – hvor andet ikke er aftalt – *forudsættes* at have gjort de sædvaner anvendelige på aftalen eller dens indgåelse, som de kendte eller burde have kendt, og som i international handel er almindeligt kendt og regelmæssigt følges af parter i aftaler af samme type i den pågældende branche. Også på andre områder af formueretten kræves sjældent den store ordrighed. Talrige aftaler om anselige værdier, langsigtede forretningssamarbejder og komplicerede opfyldelseshandlinger kan dermed realiseres ved et fåtal af pligterklæringer. Som anført s. 120 ff. truer det forhold, at aftalen har forsømt at tage stilling til retsspørgsmål, der kan få væsentlig betydning, ikke aftalens gyldighed.

3.2. Generelle principper og løsningsmodeller

3.2.a. Detailregulering eller rammestyring

I det følgende omtales nogle metoder, som koncipisten kan tage i anvendelse for at søge at dække sig ind imod risikoen for, at aftalen ikke tager adækvat stilling til et uventet forhold.

Detailregulering

Det kan være nærliggende at følge en ambition om at foregribe enhver fremtidig retlig uenighed gennem *detailregler*. Og det er vanskeligt at argumentere imod en sådan ambition. Men det kræver stor erfaring – og undertiden en ret så krævende juridisk fantasi! – at realisere den. Man risikerer at ende i en perspektivløs detailregulering gennem endeløse *boilerplate provisions*. Indsatsen kan være bedre anvendt ved at reducere ambitionsniveauet og søge hen imod andre løsninger.

*Ændrings-
håndtering*

En anden mulighed er at indbygge *mekanismer* i aftalen, som uden at foregribe detaljer slår fast, *hvordan* uforudsete spørgsmål afklares. En metode hertil er at indbygge en *afklaringsfase*, se herom s. 53 ff. En anden metode kan være at anvise, at aftalen *genforhandles* under angivelse af de principper, der skal styre genforhandlingen, se herom i afsnit 7.5.c. En tredje metode kan være at lægge opgaven med at præcisere en omstridt pligt i hænderne på en *troværdig tredjepart*.

3.2.b. Fortolkningslærens betydning for konciperingen

Reglerne om aftalefortolkning fremstilles i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.2. Fortolkning og koncipering hører sammen, fordi koncipist og fortolker nødvendigvis må betjene sig af samme sprog, henholdsvis under koncipering og læsning. Et sprog rummer de regler om grammatik og semantik, der bestemmer, hvordan meddelelser sammensættes til meningsfulde helheder. Sprogregler findes ikke kun i den grammatik, syntaks og semantik, som anerkendes for sproget (for f.eks. dansk eller engelsk), men også i de ikke-udtalte sprogkonventioner, der optræder i forskellige kulturer. Hertil kommer betydningen af branchebestemte terminologier mv. At den slags konventioner mv. kan have retlig betydning, fremgår af talrige henvisninger til handelsbrug og sædvane i den formueretlige lovgivning, se f.eks. AFTL § 1, 2. pkt., checklovens § 36, stk. 2 (og tilsvarende veksellovens § 41, stk. 2), handelsagentlovens § 1 og 8, kommissionslovens §§ 1, stk. 1, 14, 40 og 45, KBL § 1, stk. 1, og rentelovens § 1, stk. 2.

*Fortolkning og
koncipering*

Hverken KBL § 1, stk. 1, eller dens førnævnte ækvivalenter i andre formueretlige love tager stilling til, hvilken handelsbrug mv. der skal lægges til grund, hvis parterne kommer fra forskellige miljøer. Den part, der anvender ord med en særlig betydning, må gøre sin modpart opmærksom herpå, hvis modparten må formodes ikke at være bekendt med denne betydning. Undlader han det, risikerer han, at en betydning går tabt, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.2.e.

Sædvaner

Ifølge art. 7 skal fortolkningen af CISG tage hensyn til konventionens *internationale karakter*, til behovet for at fremme en *ensartet anvendelse* af den og til iagttagelse af *god forretningsskik* i international handel. Som anført af *Loofkosky* i U 2012B, s. 281 ff., med henvisning til bl.a. U 2004.1869 H og U 2008.181 H, anes en tendens i dansk retspraksis til at begrunde CISG-afgørelser efter danske retstraditioner og ikke under inddragelse af sammenlignelig udenlandsk CISG-retspraksis.

Med *lex mercatoria* eller “*merchant law*” sigtes til en række kutymer og typeforudsætninger, der er udviklet i kommerciel aftalepraksis på tværs af landegrænser, og som i kraft af sædvanedannelsen nyder udbredt international anerkendelse. Disse principper har bl.a. den funktion, at de (efter aftale) kan lægges

Lex mercatoria

til grund for afgørelsen af en tvist, der underlægges voldgiftsbehandling, se herved voldgiftslovens § 28, stk. 1, der tillader voldgiftsretten at afgøre sagen efter “de retsregler, som parterne har valgt til afgørelse af sagens realitet”. Ved at bestemme, at en aftale skal udfyldes i overensstemmelse med sådanne principper, kan parterne undgå detailstillingtagen til enkeltspørgsmål. Problemerne om vedtagelse af *lex mercatoria* behandles i afsnit 9.2.d. vedrørende aftaler om lovvalg mv.

Agreed documents

Det hænder, at indarbejdede aftaledokumenter opnår en sådan udbredelse, at deres regulering anses for gældende selv uden udtrykkelig vedtagelse. Denne effekt kommer på nationalt plan undertiden til udtryk for visse dele af *AB 92*, jf. nærmere betænkning 1046/1993, s. 16. Også de regler, der i Norden kommer til udtryk i *NL 92*, jf. nærmere *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.3.b., har haft en sådan udfyldende funktion.

Sprogforskelle

Særlige vanskeligheder opstår, når parterne har hver deres sprog, f.eks. fordi de handler på tværs af brancheskel eller over kulturelle eller geografiske grænser. Sådanne forskelle kan gøre sig gældende, selv om “afstanden” mellem de anvendte sprog ikke er stor (f.eks. dansk og svensk). Der findes talrige begreber på svensk, som ofte indgår i aftaletekster, men som en dansker uden særlige svensk kundskaber ikke umiddelbart vil finde svaret på (f.eks. *alster*, *skiljedom*, *borgenär* mv.). Hvis begge parter i øvrigt er vant til at kommunikere på et tredjesprog, som de føler sig fortrolige med (f.eks. engelsk), vil det ofte være mere hensigtsmæssigt at vælge dette sprog, frem for at udarbejde ordforklaringer på de problematiske betegnelser. Se generelt om problemstillingen NJM 2008 I, s. 263 ff., med referat af *Tomas Lindholm*.

Kulturforskelle

Er aftalen indgået mellem parter, der kommer fra forskellige kulturer, kan det være hensigtsmæssigt at indføre et særligt princip for fortolkning af ord og vendinger, der har en særlig betydning for den ene af parterne. Herom i det følgende.

3.2.c. Fortolkningsregulering

Problemet

Det kræver stringens i tankegange og begrebsanvendelser at gøre sig forståelig, også i en aftaletekst. Ud over det selvfølgelig råd at skrive tydeligt (som nærmere præciseret i afsnit 3.7.) kan koncipisten gøre brug af forskellige metoder her.

Aftalen kan for det første tage særskilt stilling til, hvordan den – og navnlig dens bilagsmateriale – skal fortolkes. En sådan fortolkningsregulering er f.eks. indbygget i *K02* pkt. 29.1, der lyder således:

*Særskilt
fortolknings-
regulering*

“Bestemmelser i udbudsmaterialet, i Leverandørens tilbud, i forudgående korrespondance eller lignende, der ikke er medtaget i Kontrakten, kan ikke efterfølgende påberåbes som fortolkningsgrundlag.

Tilsvarende gælder viden om ydelser, der skal leveres under Kontrakten, Kundens it-miljø m.v., som en Part måtte have erfaret som led i et tidligere samarbejde. Dog har hver af Parterne i denne situation en udvidet forpligtelse til at søge afklaring af ethvert forhold, som måtte give anledning til tvivl på grundlag af en sådan viden.

Henvisninger til Kontrakten eller til en bestemmelse heri omfatter også de til Kontrakten hørende bilag, henholdsvis de bilag, der er relevante for den pågældende bestemmelse. Bestemmelser i Kontrakten har forrang frem for bestemmelser i bilag, hvorfor bestemmelser indeholdt i et bilag, som strider mod Kontraktens bestemmelser, ikke tillægges retsvirkning.

Såfremt der på kontraktindgåelsestidspunktet i et bilag er modstrid mellem et af Kunden anført krav og Leverandørens kravsbesvarelse, har Kundens krav forrang. Dette indebærer dog ikke en begrænsning i Leverandørens forpligtelse til at levere det yderligere, der på kontraktindgåelsestidspunktet måtte fremgå af Leverandørens kravsbesvarelse i forhold til Kundens krav.”

En formålsangivelse, som f.eks. indbygges i en *præambel*, kan sende et signal om, hvilke hensyn parterne tillægger betydning i aftalen, og dermed også for aftalefortolkningen. I aftaleforhold, der involverer fremmede retssystemer med særegne fortolkningsprincipper, kan det være hensigtsmæssigt at anføre en sådan formålsangivelse i nær forbindelse med aftalens forpligtende regler, frem for i en indledende præambel. Hermed afskæres tvivl om, hvorvidt parterne anser formålsangivelsen for at være et forpligtende led i aftalen. Formålsangivelser anvendes også hyppigt i lånedokumenter som et middel til at styre låntagers adfærd og dermed långivers kreditrisiko, se herved *Tamasauskas* (2006), s. 312 ff.

*Formåls-
angivelser*

Af mere specielle fortolkningsregler kan nævnes regler om

Overskrifter

betydningen af overskrifter. *K18* indeholder f.eks. en bestemmelse (pkt. 26), der fastslår, at overskrifterne til aftalens bestemmelser alene er indsat af praktiske grunde, og at der ved fortolkning af aftalen skal bortses fra disse overskrifter. En sådan klausul, der ofte forekommer i angloamerikanske aftaledokumenter, er bl.a. hensigtsmæssig, fordi den åbner mulighed for at anvende *forklarende* overskrifter, der præsenterer den enkelte bestemmelse. Danske domstole vil normalt læse overskriften sammen med den underliggende aftaletekst. Men som retspraksis vedrørende støtteerklæringer viser (se hertil bemærkningerne ovenfor s. 34 f., og i *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.b.), kan en overskrift sende et stærkt signal om, hvordan en tvetydig aftaletekst skal forstås.

Sideløberforbud

En særlig problemstilling angår vilkår, der på forhånd frakender efterfølgende aftaler retsvirkning, de såkaldte sideløberforbud, jf. herom *Grundlæggende aftaleret*, s. 227. Som her anført får sådanne vilkår ikke retsvirkning efter deres indhold. Skulle de det, ville sideløberforbuddet være løftet op i retskildehierarkiet. En sådan rangordning er der i almindelighed ikke hjemmel for. Retsordenen sonderer ikke mellem forskellige grader af aftaleretlig gyldighed. En skriftlig aftale, der foreskriver, at også senere aftaler skal indgås skriftligt, kan derfor ophæves igen ved en ny, mundtlig aftale. Derimod må det antages, at aftalte skriftlighedskrav afgiver en *bevisretlig* formodning for, at den skriftlige aftale omfatter summen af parternes vedtagelser, jf. betænkning 1246/1993 om *AB 92*, s. 60. I konsekvens heraf kan efterfølgende aftaler alene lægges til grund, hvis de med sikkerhed har tilsigtet at ændre den oprindelige aftale.

Integrationsklausuler

Visse klausuler fastslår, at det nedfældede aftaledokument manifesterer den fuldstændige aftale mellem parterne. Sådanne *entire agreement clauses* eller *integration clauses* får også betydning for aftaler indgået tidligere og samtidigt med den aftale, der indeholder klausulen. En sådan regulering kan være velbegrundet, når den foregående aftaleforhandling har bevæget sig omkring forskellige løsningsmuligheder, som ikke har udelukket hinanden. I en sådan situation kan det være velbegrundet at slå fast, at den aftale, der er underskrevet, er den indgåede, og at de løse papirer og tilbud, der ikke fandt vej til aftaledokumentet, dermed er ude af billedet. Det ovenfor på s. 131 citerede pkt.

29.1., stk. 1, fra *K02* er en sådan integrationsklausul, der tager sigte på “bestemmelser” (dvs. aftalevilkår). Bestemmelsen suppleres med stk. 2, der fastslår, at også *forudsætninger* hidrørende fra et tidligere samarbejde frakendes retsvirkninger. *NL 92* pkt. 2, fastslår, at oplysninger i produktinformation og prislister kun er bindende, i det omfang aftalen udtrykkeligt henviser til dem, og ifølge *AB 92* § 4, stk. 1, skal entrepriseaftalen henvide til de dokumenter, der har dannet grundlag for den. Sådanne henvisninger tjener dog primært *bevismæssige* formål, jf. betænkning 1246/1993, s. 60, om baggrunden for *AB 92*'s regler. Ligesom det gælder for sideløberforbud, må det antages, at en integrationsklausul ikke uden videre kan tillægges *aftaleretlig* gyldighed over for efterfølgende aftaler.

Se om betydningen af integrationsklausuler efter svensk ret, *Erik Sjöman* i *SvJT* 2008, s. 571 ff., med omtale af en afgørelse fra den svenske Arbetsdomstol.

En nyttig metode til at klargøre betydningen af komplicerede regler (f.eks. en vanskelig beregningsmetode) er at angive et eksempel, der viser, hvorledes reglen (metoden) anvendes. Ud over den forståelsesværdi for aftalens bruger kan eksempler åbne parternes øjne for et vilkårs håndgribelige konsekvenser.

Eksemplifikation

3.2.d. Særligt om definitioner

Retssystematisk er en *definition* en kvalifikationsnorm (se om dette begreb afsnit 3.3.d.), der fastlægger de faktiske eller retlige omstændigheder for at bringe en regel til anvendelse. Selv om definitioner er nyttige til at undgå uklarheder om retlige begreber, kan de vise sig som tveæggede sværd. Der er en risiko for, at man definerer et begreb uden sikkert overblik over, hvordan og hvornår det får retsvirkninger. Man kan risikere at *glemme* en definition, når man bevæger sig fra de almene afsnit i aftalen, hvor den findes, og til de specielle, hvor de enkelte rettigheder og pligter afgrænses. Når de to tekstbestanddele – definition og regel – knyttes sammen, kan der opstå u hensigtsmæssige og utilsigtede resultater. Koncipisten tænker på én måde, når tankerne (blot) udmønter sig alment i principper, og på en anden måde, når de håndgribelige konsekvenser står klart. Derfor er der iøjnefal-

Begreb

dende fordele ved at definere *operationelle regelkomponenter* i aftalens enkelte vilkår (hvortil man så kan krydshenvisе) og at definere *almene baggrundsnormer* (f.eks. tidsangivelser, vægt, mål mv.) i indledende definitionsafsnit for sig.

*Definition og
eksemplifikation*

Der er forskel på at definere og eksemplificere, jf. herom ovenfor s. 133. Formålet med at *definere* er at afstikke en præcis ordgrænse. Formålet med at *eksemplificere* er at give en mere uforpligtende antydning af, hvilke forhold parterne har i tankerne med et begreb. Har parterne mulighed for at definere præcist, er det at foretrække. Men eksemplifikation har også sin berettigelse. Det gælder navnlig, hvis parterne ikke har mulighed for at forudse transaktionens faktiske problemer, eller hvis de ikke kan blive enige om dens afgrænsning. Eksempler kan tegne et mønster, som parterne kan bygge videre på, når der opstår uenighed.

Placering

Der er ingen fast tradition for, hvor i aftaledokumentet definitioner placeres. I amerikansk inspirerede aftaledokumenter og i aftaler om kompliceret teknik placeres de ofte i indledningen. Denne tradition kendes også fra EU-retlige retsforskrifter. I erkendelse af den uklare adskillelse, der består mellem faktiske og retlige begreber, kan man spørge, om definitioner af *faktiske* forhold systematisk bør udskilles fra den øvrige del af reguleringen. At den ofte bliver det, skyldes, at de tekniske begreber ofte defineres af *teknikere*, medens det øvrige aftalegrundlag konciperes af *jurister*. Ved at udskille definitionerne fra de relevante vilkår signalerer koncipisten, at definitionen ikke nødvendigvis skal fastholdes i retsanvendelsen, og at der for såvidt er to terminologier – en teknisk og en juridisk.

I aftaler, der opfyldes efter en præcis tidsplan, kan det være nødvendigt at definere, hvad der er en “dag”, “arbejdsdag” og “helligdag” etc. Sådanne definitioner kan f.eks. få betydning for, om der er indtrådt forsinkelse, eller om A – der har lovet at levere en maskine inden årsskiftet – kan forlange, at B holder sin virksomhed åben herfor i juleferien. Ligeledes kan det være nyttigt at præcisere, hvad der forstås ved “aftale”, hvis transaktionen indbefatter en flerhed af dokumenter (et aftalekompleks). Vilkår af denne art betegnes almindeligvis som *baggrundsnormer*, se hertil s. 139.

Retlige begreber

Af de førnævnte grunde er det ikke hensigtsmæssigt at ud-

skille retlige begrebsangivelser og kriterier (f.eks. af ord som “mangel”, “misligholdelse” og “forsinkelse”) fra de regler, der knytter retsvirkninger hertil. Navnlig når aftaledokumentet bliver til over et længere tidsrum, hvor der forhandles med vekslende intensitet, kan koncipisten komme til at glemme sin egen definition af et begreb, når det i en efterfølgende genoptagelse af forhandlingen benyttes i en helt anden forbindelse. Denne betænkkelighed gør sig ikke gældende for retlige definitioner, der blot bekræfter en opfattelse, som parterne anser for indlysende, men som efter almindelige retsbegreber kan give anledning til tvivl.

En definition må opfylde visse grundlæggende krav. Først og fremmest må den have *semantisk referens*. Hvis “definitionen” kun henviser til en retsvirkning, er den cirkulær. Det giver f.eks. ikke megen vejledning at skrive “som overtagelsesdag forstås den dag, hvor kunden kan betragte det leverede som overtaget” eller “ydelsen er mangelfuld, når den ikke opfylder de krav, der må stilles til den”. Det samme gælder, hvis definitionen af et begreb blot henviser til et andet begreb, der hverken præciserer begrebet eller henviser til ydre kendetegn: F.eks.: “Købet anses indgået, når parterne er forpligtet i henhold til en indgået aftale”.

Grundkrav

Nært forbundet med aftalens – udtrykkelige – definitioner er det signal, den sender til læseren om sin egen stringens og skarphed. En aftale, der i hele sin opbygning og formulering bærer præg af stringens, afgiver en vis formodning for, at parterne har villet undgå tvetydigheder. Dette kan tale for at indlægge betydningsindhold i tilsyneladende tvetydigheder og at fortolke forskelligartede formuleringer om samme emne som udtryk for forskellige regler. En sådan stringens opnås ikke altid og i enhver henseende. Hvor “logisk” aftalen skal fortolkes, beror først og fremmest på, hvor stringent dens parter har forholdt sig til den underliggende transaktion. Om man kan slutte fra en ikke-udtømmende opregning af eksempler til, at aftalen i andre henseender anser eksempelangivelser for åbne, må bero på parternes bevæggrunde og forudsætninger for at indgå aftalen. Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 319, kan den *ejusdem generis*-regel, der kendes fra amerikansk aftaleret (som fastslår, at anvendte eksempler altid må underordnes den regel, de eksemplificerer) f.eks. ikke uden videre overføres til dansk ret.

*Sprog-
forudsætninger*

Forkortelser

Der er forskellige opfattelser af, hvor hensigtsmæssigt det er at gøre brug af forkortelser i et aftaledokument. Herved kan man optimere arbejdet med at koncipere og forkorte længden af sætninger, hvor samme ord og betegnelse optræder flere gange: I stedet for *Cash On Delivery* klarer man sig med COD, etc. Denne fordel opnås dog kun, hvis forkortelsen er så indarbejdet, at parterne for det første ikke kommer i tvivl om, hvad den betyder, og for det andet ikke kommer til at bytte om på forkortelsen. Dette problem kan f.eks. opstå ved brug af Incoterms, se hertil afsnit 6.2.d. Afvejningen mellem disse fordele og ulemper taler i mange tilfælde for *ikke* at gøre brug af forkortelser.

3.3. Koncipering af regelkomponenter

3.3.a. Problemstilling

En aftale repræsenterer et “budskab” til parterne, der skal være klart og kommunikerbart. Den kommunikative funktion er navnlig relevant, hvis der pga. personudskiftning i ledelse eller ejerkreds eller ved en insolvent bobehandling nu er andre aktører på banen. De følgende bemærkninger fokuserer udelukkende på aftaledokumentets *regelkomponenter*. Denne del af konciperingsarbejdet adskiller sig ikke fra koncipering af andre retsregler, jf. i det hele redegørelsen i kapitel 2. Man kan derfor tage udgangspunkt i den kendsgerning, at enhver retsregel kan udtrykkes således:

“hvis x, så y”

hvor x er retsfaktum og y retsfølgen.

Regelmodellen

Både en aftale, et aftalevilkår og et løfte hører til i kategorien af retsregler. Derfor må de som minimum indeholde eller angive et *retsfaktum* og knytte en *retsfølge hertil*. Hvis ikke retsreglen i sig selv angiver retsfaktum og retsfølge, må disse afgørende regelementer kunne udledes af sammenhængen. Derimod er det ikke noget krav, at retsfaktum og retsfølge hver for sig fremstår som isolerede tekstuelle bestanddele. Gennem fortolkningen kan man ofte nå frem til den retsvirkning, parterne har tilsigtet, selv om den ikke fremgår udtrykkeligt af aftalen. Men koncipisten må altid holde sig for øje, at de rettigheder og pligter, som afta-

len frembringer, har grundlag i *retsfakta* og *retsfølger* i de enkelte regelkomponenter: Hvad forventes parterne at gøre, og hvilke konsekvenser får det, hvis ikke de gør det?

Sådanne udtrykkelige eller underforståede henvisninger må i så fald være åbenbare – ikke alene for koncipisten, men også for aftaleparterne. Selv om parterne *indser* den retsstilling, der f.eks. følger af at underforstå dansk rets almindelige regler om erstatningens opgørelse, kan det være hensigtsmæssigt at *præcisere* den, jf. drøftelsen heraf s. 60 f. Ofte følges præcisering nemlig af nuancering, f.eks. således at erstatningsansvaret for visse afledte tab mv. begrænses.

I praksis vil parterne sjældent – hvis overhovedet – have regelmodellen i tankerne, når de affatter aftalen. Men regelmodellen kan disciplinere til *stringens* i konciperingen. Den erindrer koncipisten om, at enhver pligt må være forbundet med retlige virkninger, hvad enten der foreligger et retligt bindende løfte eller en hensigtserklæring. De retlige virkninger kan være direkte aftalt (f.eks. i form af et beløb, hvormed der garanteres for opfyldelsen af en aftalepligt), eller de kan følge af retssystemets almindelige regler (f.eks. som når en konstaterende erklæring, der afgives på bevidst urigtigt grundlag, giver grundlag for krav om erstatning eller ugyldighed).

*Regel-
henvisninger*

3.3.b. Retsfaktum

Den væsentligste del af konciperingsarbejdet angår beskrivelsen af *retsfaktum*. Det er her, de egentlige handlingsnormer finder udtryk, her, parternes præcise adfærd i projektforløbet koordineres, og her, ønsket og uønsket adfærd beskrives. En aftale af blot nogen kompleksitet vil indeholde et fintmasket net af formelle og materielle regler herom på forskellige niveauer, som i deres vekslende udformninger og konsekvenser kan komme på indbyrdes kollisionskurs.

Retsfaktum kan indeholde både *faktiske begreber* (f.eks. tidsangivelsen i en baggrundsnorm eller et numerisk udtryk for en aftalt driftseffektivitet) og *retlige systembegreber* (f.eks. henvisninger til “ophævelse”, “væsentlig misligholdelse” eller “culpa”). Grænsen mellem det faktiske og det retlige er dog langt fra klar. I en vis forstand bliver ethvert faktisk begreb “retligt”, når det indgår i en aftale. Selv så tilsyneladende objektive anliggender som tids-

angivelser kan som *baggrundsnormer* (jf. *Strömbergs* terminologi nedenfor) indgå i en normregulering. Dette kan f.eks. tænkes, når der er tvivl om, hvilken tidszone der gælder ved beregning af en acceptfrist. Centrale elementer af et retsfaktum vil være de betingelser, der er nødvendige for at bringe retsfølgen i anvendelse. Se nærmere hertil afsnit 4.2.a.

3.3.c. Retsfølgen

Beskrivelsen af retsfølgen volder sjældent de største *regeltekniske* udfordringer. Til gengæld giver dette tema ofte anledning til *forretningsmæssig* uenighed, nemlig i relation til reguleringen af spørgsmål om ansvar og ansvarsfraskrivelse, se herved s. 427 ff. Nogle retsfølger (f.eks. ophævelse, erstatning, godtgørelse, konventionalbod, afslag mv.) viser hen til alment kendte juridiske begreber. Andre angives numerisk, f.eks. med et beløb. Ofte er der behov for nuancering af retsfølgen, så der ikke alene tages stilling til, hvilken retsfølge der skal indtræde, men også til konsekvenserne af dens indtræden. Skal en ophævelse f.eks. indebære, at hele aftalen falder bort, eller at kun enkelte af dens vilkår gør det? Se hertil s. 158 f. om *severability clauses*.

Forholdsnormer

De fleste aftalte retsregler vil fremtræde som forholdsnormer, der indebærer rettigheder og pligter for parterne, jf. nærmere *Ret og metode*, s. 75 ff. Vilkår af typen “sælger leverer varen den 1. november” eller “ved forsinket levering svares en dagbod på x kr.” er f.eks. udtrykt i forholdsnormer.

*Kompetence-
normer*

Andre vilkår rummer kompetencenormer. Nogle kompetencenormer *fordeler* kompetencen mellem parterne. Andre *tildeler* tredjemand en kompetence (se om sådanne kompetencetildelinger ovenfor s. 28 f. og *Grundlæggende aftaleret*, s. 83). I førstnævnte gruppe finder man ikke alene den slags regler, der fordeler opgaverne mellem flere parter (f.eks. deltagerne i et interessentskab), men også regler, der anviser, hvilke personer hos parterne der skal optræde som *kontaktpersoner*, eller hvilken *fuldmagt* den ene part har til at binde den anden over for tredjemand. Også vilkår om konfliktløsning ved voldgift kan betragtes som kompetencetildelinger. Forhandlingen af kompetencenormer giver sjældent anledning til *forretningsmæssig* uenighed. De anses som “*details*” (modsat “*main terms*”). Men da de i bund og grund udpeger den instans, der ved uenighed skal bestemme, hvordan

aftalen skal forstås, bør de forhandles lige så grundigt som vilkår, der pålægger parterne umiddelbare rettigheder og pligter.

Det følger definatorisk af *kompetencenormens* begreb, at dens retsfølge ikke har sanktionspræg. Retsfølgen af en kompetencenorm viser sig, når kompetencen udøves, f.eks. således at en fuldmagt udvirker en aftaleforpligtelse. Hvis parterne ønsker at synliggøre sådanne retsfølger, kan det ske gennem et *eksempel*, der klargør konsekvensen af kompetencenormeringen.

Sanktioner

3.3.d. Særlige regeltyper

Visse regler falder på tværs af sondringen mellem forholds- og kompetencenormer, fordi de regulerer, hvordan forholds- og kompetencenormer anvendes. For så vidt kan de siges at være bestanddele af eller præliminære betingelser for at anvende en forholdsnorm eller en kompetencenorm. En *kvalifikationsnorm* er med terminologien hos *Tore Strömberg: Rättsordningens byggstenar* (1988), s. 13 ff. og 42 ff., en norm, der karakteriserer et aspekt eller en kvalitet ved en forholds- eller kompetencenorm (f.eks. det tidsinterval, inden for hvilket en kompetence kan udøves, eller de formelle kvalifikationer, den kompetente person skal være i besiddelse af). Aftalens definitioner (se herom afsnit 3.2.d.) samt visse andre begrebsanvendelser, der knytter sig til forståelsen af enkelte vilkår, er kvalifikationsnormer.

Kvalifikationsnormer

Herudover kan man med *Lindskog* (1989) betegne de regler, der stiller krav til, hvordan parterne skal forholde sig over for hinanden i relationer, der ikke umiddelbart har at gøre med aftaleopfyldelsen (f.eks. i henseende til reklamation og kommunikation), som *ordensregler*. De vilkår, der sættes op for en aftaleforhandling, se hertil afsnit 2.4.c., kan betragtes som ordensregler, når de fastslår, hvordan parterne skal forholde sig til hinanden ved aftaleindgåelsen.

Ordensregler

Endelig kan man med *Strömbergs* terminologi (s. 15) betegne visse almene regler, f.eks. om tid, mål og vægt, som *baggrundsnormer*. Baggrundsnormerne hentes ofte fra baggrundsretten. En aftales baggrundsnormer vil bl.a. være de regler, der fastslår, hvad der skal forstås som arbejdsdage og helligdage, regler om hvordan parterne skal kommunikere samt andre mere rutineprægede reguleringsområder, som ikke er *kendetegnende* for den transaktion, aftalen angår.

Baggrundsnormer

3.4. Koncipering af tekster med afledte retsvirkninger

3.4.a. Problemstillingen

Jus og faktum

Som retsregel betragtet tager en aftale sigte på noget, der ligger uden for aftalen. Dette “noget” kan være et *retligt* forhold (som når man indgår en forligsaftale, der fastslår, hvordan en eksisterende aftale skal forstås), men vil typisk være noget *faktisk*. Der er grundlæggende forskel i både koncipering og retsanvendelse mellem *jus* og *faktum*. “Jus” rummer retsreglen. “Faktum” er det sagsforhold, retsreglen tager sigte på. Hvor klar og stringent sondringen end kan forekomme på det teoretiske plan, kan den være vanskelig at drage, når man står med det dokument i hånden, der manifesterer den samlede “aftale” (f.eks. et ringbind med forskellige hoved-, delaftaler og bilag). Inden for rammerne af den tekst, der angiver sig som “aftalen”, vil man finde talrige konstateringer og andre faktiske erklæringer mv., som for en formel betragtning hverken er “løfter” eller “aftaler”. Og i bilag, der som udgangspunkt ikke burde rumme aftalevilkår, kan man finde talrige aftaleregler.

Andre retlige komponenter

Det er af mange grunde vigtigt at gøre sig klart, hvilke dele af aftaleteksten der har karakter af *løfter* (og dermed udgør *retsregler*), og hvilke der alene er *oplysninger*, hensigtserklæringer eller andre konstaterende *erklæringer*, hvortil der ikke er knyttet løftesvirkninger, jf. nærmere afsnit 1.2.d. Selv om der i retsteknisk forstand ikke er tale om løfter, kan sådanne oplysninger og erklæringer mv. udløse væsentlige retsvirkninger, f.eks. i kraft af forudsætningslæren. Derfor bør parterne være lige så omhyggelige ved konciperingen af disse erklæringer mv. som ved den egentlige aftalekoncipering. Uanset hvilken tekst der er tale om, gælder det om at finde en formulering, der ikke senere kan misforstås, og som i videst muligt omfang tager højde for uforudsete hændelser.

3.4.b. Konstaterende erklæringer

Funktion

Som nævnt i *Grundlæggende aftaleret*, s. 71 og afsnit 2.1.f., spiller de konstaterende erklæringer en langt mere fremtrædende rolle i den praktiske aftaleret end i den grundlæggende aftaleret. Jo

mere kompleks, en ydelse er, desto større behov har dens kreditor for at forholde sig til dens forskellige aspekter. Et tjenligt grundlag herfor er den erklæring, hvorved realdebitor eller en tredjepart erklærer sig om disse aspekter.

Konstaterende erklæringer findes i mange afskygninger. I ethvert aftaleforhold vil parterne informere hinanden om forhold af betydning for transaktionen. Sælger “erklærer” f.eks., at det solgte – sælger bekendt – er mangelfrit, og låntager “erklærer” tilsvarende, at han ikke har påtaget sig kautionsforpligtelser over for tredjeparter. Afgives sådanne erklæringer svigagtigt, kan afgiveren typisk mødes med aftale- og erstatningsretlige sanktioner i form af krav om ugyldighed og erstatning. Opstår der senere tvivl om forståelsen af aftalen, kan erklæringerne udfylde tvetydige vilkår. Hertil kommer i visse tilfælde strafferetlige sanktioner, f.eks. for bedrageri, jf. straffelovens § 279.

Grænsen mellem et løfte og en konstaterende erklæring kan være hårfin. Det kan være vanskeligt at fastslå, om et udsagn (f.eks. om en ydelses kvalitet), der ikke fremstår som en integreret del af et løfte med vilje til at skabe retsvirkninger, skal tillægges løftevirkninger. F.eks. volder det ofte tvivl, om den, der “konstaterer” noget, tilsigter at knytte særlige retsvirkninger til sin konstatering, eller om konstateringen blot skal fremstå som et udsagn, hvis mulige retsvirkninger i givet fald må bedømmes efter andre regler. Derfor er det vigtigt, at koncipisten gør sig klart, om erklæringen er en del af løftets retsfaktum eller ikke.

Hvis erklæringen fremhæver afgiverens subjektive *vurdering* eller *opfattelse* af et forhold (hvilket f.eks. kan være relevant ved hensigtserklæringer), bør den affattes med fokus på de *momentane faktiske* forhold, der ligger til grund for denne opfattelse. Jo mere erklæringen bindes op på specifikke omstændigheder, jo mindre vil den fremstå som en retsregel. Og omvendt: Jo mere erklæringen tager sigte på en generelt betegnet flerhed af forhold, desto mere vil den ligne en retsregel.

3.4.c. Bilagsmateriale

Komplicerede aftaledokumenter vil ofte have bilag knyttet til sig, f.eks. i form af tekniske beskrivelser, brochurematerialer, prislister, tidsplaner, forklarende tekster, licensvilkår for tredjeparts-software og delaftaler. Illustrative herfor er bilagsoversigterne til

Konciperings

Retlig forankring

de statslige it-kontrakter *K02* og *K03*. Det er ikke altid givet, hvilke af disse dokumenter der bør vedlægges aftalen som bilag. Begrebet “bilag” har ingen fast aftaleretlig betydning. Denne betydning opnås først, når bilaget er således forankret i aftaleteksten, at det enten indgår i et aftaleretligt *retsfaktum* eller optræder som en *konstaterende erklæring*, som der kun via andre regler kan knyttes retsvirkninger til.

Se herved *U 1968.80 H*, hvor en kølekompressor ansås som en tilsikret ydelse ved køb af en rensesmaskine. Kompressoren havde været omtalt i et tidligere bilag, hvorfor det ikke fandtes nødvendigt også at omtale den i slutsedlen. Se omvendt *U 2002.1690 H*, hvor en firmavejledning til medarbejderne, der stillede en godtgørelsesordning, der var mere gunstig end funktionærlovens, i udsigt, ikke indebar et løfte med dette indhold.

*Faktisk
forankring*

For at sikre overblikket over de forskellige bilag, der hører til aftalen, bør man sikre sig en rent praktisk forankring. Når aftalen samles i sin endelige skikkelse, bør bilagene ledsage den, f.eks. i ringbind. Ringbindet bør også omfatte bilag, der ellers er alment tilgængelige (f.eks. via brancheorganisationer eller på internettet). Herved undgås det praktiske besvær ved at skulle *fremskaffe* dokumentet og usikkerheden om, hvilken *version* af dokumentet der var kendt ved aftaleindgåelsen.

Bilagslister

Der bør altid udarbejdes en liste over de bilag, aftalen henviser til. Ved hvert bilag bør det angives, hvilke bestemmelser i aftalen der udpeger bilaget som relevant. Bilagslisten bør fremgå af aftaleteksten, f.eks. umiddelbart efter aftalens indledende præsentation af dens parter. I de bestemmelser, der udpeger bilaget som relevant, bør bilagshenvisningen understreges, så læseren gøres opmærksom på bilaget. Bilag, der ikke på denne måde optræder i aftaleteksten, bør heller ikke ophøjes med en ubestemt juridisk kvalitet ved blot at blive betegnet som “bilag”. En sådan placering vil navnlig være helt gal, hvis der i aftaleteksten er indeholdt en *integrationsklausul*, se herom s. 132 f.

3.4.d. Reklamemateriale mv.

Også information, der ikke fremtræder som aftalevilkår, kan pådrage parterne retlige pligter af samme styrke, som aftalevilkår kan. F.eks. har producentens og leverandørens markedsførings-

materiale betydning for, om et produkt er *mangelfuldt* efter køberetlige regler eller *defekt* efter reglerne om produktansvar, jf. KBL § 76, stk. 1, nr. 3, og produktansvarslovens § 5, stk. 1, nr. 1. Se hertil i det hele *Kai Krüger & Peter Møgelvang-Hansen: Reklamens bindende virkning – om kontraktsrettslige og markedsrettslige rettsvirkninger av reklame etter nordisk rett* (TemaNord 2001:549). Den, der konciperer sådanne erklæringer, står derfor med den vanskelige opgave at skulle fremhæve (alle) relevante farer og kvalitetsmangler, samtidig med at teksten gøres forståelig og produktet salgbart. Denne opgave er ikke let.

Aktiv brug af samt henvisninger til slagkraftige varemærker kan efter omstændighederne have samme effekt som en garanti eller anden konstaterende erklæring, se hertil *Michael Plogell i NIR 1995.76 ff.* Denne virkning vil efter omstændighederne indtræde, når varemærket er markedsført som et kvalitetsmærke, som producenten står bag på en særlig måde. En brug af eller henvisning til sådanne mærker vil derfor være egnet til at give forbrugeren en kvalitetsforventning som den, der er signaleret gennem markedsføringen. Dermed bliver varemærket en indirekte *erklæring* og (alt efter markedsføringsmaterialet) måske ligefrem en *forpligtende garanti* for, at de egenskaber, som producenten så stærkt betoner i sin markedsføring, består.

Også udtalelser om ydelsens kvalitet, der under aftaleforhandlingen er fremsat af en part – eller af nogen, der handler på dennes vegne eller med dennes indforståelse – kan efter omstændighederne forpligte denne. Ikke alle køberetlige retsvirkninger påføres ved *løfter* (der forudsætter aftalekompetence); de kan også udledes af *faktiske erklæringer (sælgererklæringer)*. Der kan derfor være køberetlige konsekvenser forbundet med, at salgspersonalet *omtaler* en ydelses egenskaber mv. Ligeledes kan oplysninger mv., der fremgår af annoncer, hvorved en virksomhed søger efter ny arbejdskraft, tillægges betydning ved efterfølgende retlig tvivl om arbejdsaftalens indhold, se herved bemærkningerne i *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.2.e.

En særlig rolle spiller de brugsanvisninger mv., der ledsager et produkt. Ifølge § 7 i markedsføringsloven skal der ved tilbudsafgivelse, ved indgåelse af aftale eller efter omstændighederne på leveringstidspunktet gives “en efter formuegodets eller ydelsens art forsvarlig vejledning, når denne er af betydning for bedøm-

Varemærker

*Kompetence-
spørgsmål*

*Brugs-
anvisninger*

melsen af godets eller ydelsens karakter eller egenskaber, herunder især brugsegenskaber, holdbarhed, farlighed og vedligeholdelsesmulighed”. I tillæg hertil stiller en række offentligretlige forskrifter særlige krav til brugsanvisninger, se f.eks. § 23 i bekendtgørelse nr. 612 af 25. juni 2008 om indretning af tekniske hjælpemidler, med senere ændringer, hvorefter der med enhver maskine skal følge en original brugsanvisning, der mindst opfylder kravene i bekendtgørelsens bilag I. Brugsanvisningen skal ledsage den enkelte maskine ved levering.

Brugsanvisninger har stor betydning for vurderingen af produktets egenskaber og sikkerhed. Selv om de umiddelbart alene indeholder konstatende erklæringer fra producenten (der ikke nødvendigvis er aftalepart), spiller de en afgørende rolle for vurderingen af, hvornår produktet er mangelfuldt, og hvordan brugeren forventes at benytte det. I moderne apparaturer afgives denne information ofte i en brugerdialog, f.eks. gennem skærmtekster og menuvalg. For alle praktiske og retlige formål har en sådan information større slagkraft end den dokumentation, der måske slet ikke bliver læst, og som muligvis tilmed er forældet i brugsøjeblikket. I *NL 92* tager leverandøren ligefrem forbehold over for denne information ved allerede i pkt. 2 at fastslå, at oplysninger i produktinformation og prislister kun er bindende i det omfang, aftalen udtrykkeligt henviser til dem. Se om baggrunden for denne bestemmelse (og dens mindre håndfaste forløbere) *Kolrud m.fl.* (1993), s. 30 ff.

Ændringer

Særlige problemer opstår, når vejledninger og brugsanvisninger ændres. Inden for de rammer, der sættes af aftalens krav til ydelsen, må virksomheden have en vis adgang til at ændre produktets specifikationer og virkemåde, jf. *Børge Dahl* FSR's Årsskrift (1990), 120 ff., der vil lade det være brugerens ansvar at sikre sig, at en arbejdsvejledning stadig er aktuel. Ændringer i brugsanvisninger, der påvirker udstyrets funktionalitet eller sikkerhed, bør kommunikerer effektivt til den kendte kundekreds, da en undladt orientering om skadelige egenskaber kan få erstatningsretlige konsekvenser. Produktsikkerhedslovens § 9 pålægger den, der bringer et produkt i omsætning eller udfører en tjenesteydelse, at oplyse om eventuel risiko for fare og – om nødvendigt – at trække produktet tilbage fra markedet.

Partsangivelser

Enhver aftalepligt påhviler en aftalepart, jf. nærmere afsnit 5.1.b. Foruden aftalens bestemmelser herom kan det have be-

tydning for en parts hæftelse, hvorledes parten præsenterer sig over for omverdenen. Manglende angivelse af selskabsnavn ved skiltning eller på brevpapir kan skabe uklarhed om den forpligtedes identitet. Hvis en virksomhed drives af en enkeltperson, opstår dermed spørgsmålet, om det er “manden” eller “selskabet”, der er forpligtet. Ifølge selskabslovens § 2, stk. 4, skal kapital-selskaber i breve og på andre forretningspapirer, herunder elektroniske meddelelser, og på kapital-selskabets hjemmeside angive navn, hjemsted og CVR-nummer. Bestemmelsen er strafbelagt, jf. § 367, stk. 1.

I nær forbindelse hermed er spørgsmålet om, hvilken *adresse* (fysisk eller kommunikativ) en part med retsvirkning kan modtage påbud på. Fordi påbuddets retsvirkninger indtræder ved fremkomst (se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.g.), må man vælge et påbudssted, hvor den modtagende part *normalt* læser post. I mange tilfælde volder det ikke tvivl, hvor dette sted er. Det gælder f.eks., når modtageren driver virksomhed fra ét og kun ét forretningssted. Men stadigt hyppigere, og herunder navnlig i den digitale verden, kan der opstå tvivl.

En part, der over for omverdenen optræder med angivelse af e-mail-adresse, eller som aktivt anvender e-mail, vil i almindelighed skabe en *forudsætning* hos sine medkontraahenter om, at han er parat til at modtage meddelelser herpå, se nærmere *IT-retten*, afsnit 19.1.e., og *TBB 2009.347V*. Det samme gælder om andre kommunikationsmidler som f.eks. identifikationsoplysninger på Skype eller sociale medier, som virksomheden er aktiv på. Meddelelser fremsendt hertil må antages at være “kommet frem”, hvis ikke systemet har givet fejlmeldinger (hvilket kan være vanskeligt for modtageren at bevise). En meddelelse sendt til en e-mailadresse inden for en virksomhed, der ikke er godkendt til aktiv kommunikation af virksomheden, er først “kommet frem”, når den er læst af den tilsigtede modtager, hvis *ikke* dette nummer eller denne adresse er markeret udadtil som modtagenummer (f.eks. på virksomhedens hjemmeside, brevpapir el.lign.). Fordi der kan opstå tvivl herom, kan det være hensigtsmæssigt at regulere den slags forhold i aftalen, jf. herom afsnit 5.3.b.

Påbudssted

3.4.e. Emballage

Problemstillingen

I detailhandelen opnår slutbrugeren (forbrugeren) hovedparten af sin viden om et produkt fra den emballage, som omgiver produktet, og som ved sin udformning viser, hvordan det skal håndteres og benyttes. Derfor spiller både *udformningen* af emballagen og angivelsen af den *information*, der skal indeholdes på den (i form af brugsanvisninger, advarsler og varedeklARATIONER mv.) en central rolle, både for forbrugers valg og for leverandørens og sælgerens retsstilling, hvis produktet viser sig farligt eller mangelfuldt. Ofte er disse produktinformationer de eneste oplysninger, forbrugeren modtager. Det gælder navnlig, når varen sælges fra butikker, hvor ekspedienterne ikke forventes at kunne vejlede. Se hertil *Viktor Smith m.fl. (2015)*, s. 11, der taler om, at forbrugeren her møder produktet “på tomandshånd”.

Der ligger en særlig udfordring i på den ene side at udforme disse informationer, så varen gøres salgbar for forbrugeren, og på den anden side at forsyne forbrugeren med de oplysninger, der forhindrer skuffelser og risici og heraf følgende retskrav mod producenten. Dette arbejde kan være mindst lige så vigtigt som arbejdet med at formulere de standardvilkår, som ledsager produktet på dets videre vej mod slutbrugeren.

Retsgrundlag

Flere offentligtretlige forskrifter stiller krav til udformningen af en emballage. Kapitel 5 i fødevarerloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 467 af 15. maj 2014, og en række bekendtgørelse udstedt med hjemmel i disse regler, giver f.eks. detaljerede regler om markedsføring og mærkning af fødevarer. Reglerne suppleres af en generalklausul i § 14, hvorefter reklamer for fødevarer, mærkning og præsentation af fødevarer, herunder deres form, fremtræden eller indpakning, de anvendte indpakkingsmaterialer, den måde, hvorpå varerne er arrangeret, og de omgivelser, hvori de udstilles, samt de informationer, der uanset medium gives om varerne, ikke må vildlede eller være egnet til at vildlede. I tillæg hertil gælder reglerne i forordning 1169/2011/EU om fødevarerinformation til forbrugere.

En god, praktisk orienteret gennemgang af, hvordan man håndterer disse udfordringer for fødevarer, findes hos *Viktor Smith m.fl. (2015)*, der bl.a. på grundlag af en empirisk undersøgelse af praksis ved de danske

fødevarermyndigheder fremlægger 84 konkrete anbefalinger. Anbefalingerne, der i vid udstrækning også kan benyttes ved tilrettelæggelse af markedsføringen af andre produkter, handler bl.a. om selve udformningen af emballagen af fødevarer, om valget af navn og brand mv. og om tilrettelæggelsen af kontrolsystemer mv.

3.5. Særligt om standarddokumenter

3.5.a. Problemstillingen

I det følgende berøres de konciperingsspørgsmål, der opstår vedrørende dokumenter, der tager sigte på en flerhed af retsforhold. Der kan være tale om en *aftaletekst*, et *tilbud* fremsendt til flere eller et sæt *almindelige vilkår* (f.eks. i forbindelse med en rammeaftale). I alle tilfælde tilsigter standarddokumentet at etablere et *ensartet retsgrundlag* over for en flerhed af kunder eller leverandører.

*Begrebs-
afgrænsning*

Det væsentligste formål med at anvende standarddokumenter er at *præcisere* eller *fravige* den regulering, der følger af baggrundsretten, enten fordi parterne ikke kan *leve med* den heraf følgende retsstilling (f.eks. i forbindelse med ansvarsfraskrivelser), eller fordi de føler et behov for at *udfylde* eller *præcisere* den (f.eks. med faste regler for, hvornår en reklamation i køb er rettidig). I transaktioner med en kendt kompleksitet kan standarddokumenter også tjene et indirekte formål ved at give mulighed for at *uddanne* de parter, der erfaringsmæssigt deltager i disse transaktioner, i at gennemføre et opfyldelsesforløb. Dette argument er bl.a. fremhævet inden for olieindustrien, se hertil *Kaasen (2006), 20*.

*Formål og
funktion*

For mange af disse transaktioner er ydelsen og dens pris kendt, og forhandlingen vil primært dreje sig om praktiske forhold ved levering og betaling etc. Der er ingen sammenhæng mellem brugen af et standarddokument og en transaktions kompleksitet. Inden for brancher, hvor standarddokumenter anvendes som *agreed documents*, vil selv komplicerede og kostbare transaktioner kunne baseres på standardkontrakter. Den konciperingsmæssige tyngde vil da ligge i at vælge de punkter, hvor parterne ønsker at *fravige* den fastsatte regulering. Eksempler herpå er de standarddokumenter, der anvendes inden for dansk byggeri (*AB 92*, *ABT 93* og *ABR 89*), inden for it-området (herunder navnlig

med standardkontrakterne *K01*, *K02* og *K03*) samt inden for olieindustrien (med *NF 07* og *NTK 07*).

Andre formål

Man bør ikke anvende aftaledokumenter til at reklamere, f.eks. gennem påklistede slogans, illustrationer og andre reklamegimmicks. Anvender man aftaledokumenter til markedsføringsformål, består der en risiko for, at domstolene ikke vil anse dokumentet for at forpligte parterne, jf. *U 1977.636 H*, hvor en kulørt denunciationskrivelse ikke fik sin tilsigtede retsvirkning.

Brugen af standarddokumenter rejser flere typer af problemer.

Kompatibilitet

For det første må koncipisten sikre, at standarddokumentet passer til transaktionen. Selv om ydelsen har standardpræg, kan parterne have helt individuelle intentioner med transaktionen. Det kan ligefrem tænkes, at hver part påberåber sig "sit" aftalegrundlag som gældende, og at de respektive aftalegrundlag (f. eks. i henseende til konfliktløsning) fører til forskellige resultater, jf. *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.2.i., om *the battle of the forms*.

Gyldighed

For det andet må det sikres, at standarddokumentet frembringer en *forpligtende* aftale. Som nævnt i *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 8.2.c., vil den fravigelse af erstatningsrettens almindelige regler, som ofte forekommer i ensidigt fastsatte standardaftaler, undertiden kunne anfægtes på aftaleretligt grundlag, enten fordi vilkåret herom ikke anses for *vedtaget*, fordi det *bortfortolkes*, eller fordi det erklæres *ugyldigt* efter aftaleretlige ugyldighedsregler.

Sådanne angreb kan navnlig forekomme, når vilkåret – f.eks. pga. vidtgående ansvarsbegrænsninger – ikke udtrykker en rimelig balance. Retsøkonomisk kan man pege på, at vilkåret i sådanne tilfælde ikke nedbringer transaktionsomkostningerne effektivt, fordi parterne efterfølgende bruger ressourcer på at strides. Men jo mere standardaftalen udtrykker en afbalanceret regulering af transaktionen, desto vanskeligere vil det være at ramme den med en indsigelse om ugyldighed. Transaktionsomkostningerne kommer i balance, når parterne ikke bruger for meget tid på at forhandle aftalen, fordi de føler sig trygge ved den standardmæssige regulering. At det er leverandøren, der optræder som koncipist, vil ofte være hensigtsmæssigt, al den stund han jo er den, der kender produktet og de problemstillinger, der omgiver det, bedst. Hertil kommer leverandørens interesse i at kunne håndtere sin afsætning i overensstemmelse med ensartede vilkår. Se i øvrigt straks nedenfor om adhæsiionsaftaler, afsnit 3.5.b.

Bruger man et standarddokument som grundlag for aftaleindgåelse, må man gøre sig klart, hvilken fremgangsmåde der anvendes ved tiltrædelsen. Som på andre områder kan hensynet til effektivitet (her udtrykt i ønsket om at undgå unødige formaliteter) være uforeneligt med ønsket om retssikkerhed (her ønsket om at tilvejebringe et gyldigt aftalegrundlag). I mange tilfælde vil parterne underskrive standarddokumentet på samme måde, som man gør det med andre nedfældede aftaledokumenter. Er der tale om et *agreed document*, kan det være tilstrækkeligt at inkorporere dokumentet med en henvisning (f.eks. til *AB 92* etc.), se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 347 ff.

Indgåelse

3.5.b. Adhæsionsaftaler

Adhæsionsaftaler er standardaftaler, der ikke forhandles – enten fordi parterne ikke forventer, at der bliver behov for nogen særlig normering, eller fordi A pga. sin stærke placering kan diktere vilkårene for B. De indgås ved, at den “svage” part blot “adhærerer” (dvs. hænger ved) vilkårene. Fordi parten dermed vil være besjælet af en mindre stærk *forpligtelsesvilje*, risikerer sådanne aftaler at blive ramt af indsigelser om manglende vedtagelse, gyldighed eller indskrænkende fortolkning. De retlige problemer herom behandles i den almindelige obligationsret, se *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 8.2. om ansvarsfraskrivelser.

Begreb

Adhæsionsaftaler kan rubriceres efter, hvilken sandsynlighed der består for, at den “dikterende” aftalepart må formodes at ville fravige sine ønsker om aftaleforholdets indhold. I én ende af skalaen står de vilkår, der gælder for leverandørvirksomheder med et stort antal kunder til samme type ydelse, som har en praktisk begrundet interesse i ikke at skulle administrere forskelligartede aftaleforhold for disse mange kunder. Heroverfor står de adhæsionsaftaler, hvor koncipisten har udnyttet sin rådighed over pennen til udelukkende at varetage egne interesser.

Ved bedømmelsen af adhæsionsaftalers gyldighed spiller det ind, om den konciperende virksomhed har en saglig interesse i at kunne opretholde ensartede vilkår, og om modparten på det pågældende område må være indstillet på at skulle være underlagt sådanne aftaleregler. Den vidtgående dom i *U 1971.81 H* om en ansvarsbegrænsning i medfør af sølovens regler, som blev fastholdt mod en privat forbruger, er nok resultatet af det sidst-

Gyldighed

nævnte synspunkt. Synspunktet er fraveget ved *U 1980.96 H*, der i en landevejstransport bortså fra en ansvarsbegrænsning baseret på Nordisk Speditørforbunds bestemmelser.

Forbudslisten

Til rådsdirektiv nr. 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (EFT 1993 L 95/29) hører en liste over kontraktvilkår, der i medfør af direktivets artikel 3, stk. 3, må betegnes som “urimelige” med den virkning, at de i medfør af artikel 6, stk. 1, ikke er bindende. Ligesom de øvrige nordiske lande har Danmark ikke gjort denne liste til en del af lovtæksten, da direktivet blev indført i AFTL ved lov nr. 1098 af 21. december 1994. Vilkår som de nævnte kan efter omstændighederne tænkes tilsidesat eller ændret i medfør af AFTL § 36, også i kommercielle aftaler. Det gælder f.eks. vilkår, der pålægger kunden at opfylde sine pligter, selv om leverandøren ikke opfylder sine (*negotium claudicans*). Andre af bilagets eksempler er derimod sædvanlige i kommercielle aftaleforhold og vil derfor sjældent kunne anfægtes, f.eks. vedtagelser om konfliktløsning. Se nærmere hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 433 f., og *Henrik Beckmann & Jakob Nolsø* i *U 2008B*, s. 411 ff.

3.5.c. Shrink wrap-vilkår mv.

Begreb

Når produkter distribueres via mellemed, vil producenten undertiden – når det er praktisk muligt – forsøge at få den ultimative slutbruger til at blive forpligtet af visse vilkår for benyttelsen af produktet. Det kan f.eks. ske gennem meddelelser til slutbrugeren om, at han ved at åbne en forseglede emballage “tiltræder” bestemte vilkår, der herefter får aftalemæssig gyldighed over for producenten. Når disse vilkår er placeret bag en gennemsigtig krympefolie, som produktet er pakket ind i, og som viser vilkårene, taler man om *shrink wrap*-vilkår. I dag benyttes denne praksis navnlig ved anskaffelse af elektroniske varer og tjenester. Da slutbrugeren her afgiver sin accept ved et klik på et ikon, benytter man også betegnelsen *click wrap*-vilkår.

Som nærmere forklaret i *Grundlæggende aftaleret*, s. 352, giver den slags vilkår anledning til aftaleretlige udfordringer. Et første problem ligger i, at de hævdes at skabe aftalevirkninger mellem to parter, der ellers ikke er i aftaleforhold, nemlig producenten og slutbrugeren. Et andet problem opstår, når klausulen “tiltrædes” på et tidspunkt, hvor slutbrugeren allerede har etableret aftale-

grundlaget for sin brug af produktet, nemlig ved sin aftale med distributøren. Som anført ved den praksis, der omtales a.st., har domstolene dog undertiden accepteret sådanne vilkår, når deres indhold har været forudsat af slutbrugeren og været rimelige og sædvanlige. Ønsker producenten at opnå en sådan aftalevirkning, må han derfor udvise omhu i konciperingen. Det gælder om at koncentrere sig om de mest *centrale* vilkår, der herefter må affattes *klart* og *synligt*. Kan produktet alene benyttes med en ophavsretlig licens, bør vilkåret koncentrere sig om de centrale licensbegrænsninger (hvad har slutbrugeren ret til at gøre, og hvad er forbudt?). Kan produktet tænkes at udvirke skade eller tab, vil ansvarsfraskrivelserne være centrale.

Generelt gælder det, at jo mere atypisk en regulering en producent vil pålægge sine slutbrugere, desto større krav vil man stille til denne tydeliggørelse. Dette princip illustreres ved *U 1981.221 H* om en overtrukket checkkonto. Et pengeinstitut havde ikke indgået aftale med debitor om rentesatsen ved overtræk (al den stund aftalen ikke gav hjemmel til overtræk), men ved Højesterets dom fik det medhold i sit krav om forrentning, da kontohaveren “ved sit overtræk på kontoen måtte ... være klar over, at han under de foreliggende omstændigheder opnåede et til overtrukket svarende lån, som sparekassen ville kræve forrentet på de for overtræk på checkkonti gældende betingelser”. Højesterets dom blev ledsaget af en bemærkning om, at disse betingelser ikke ansås for urimelige. Dommen gav anledning til en efterfølgende debat, se *Lynge Andersen & Nørgaard* i *U 1981B*, s. 333 ff., og i *U 1982B*, s. 161 ff., og *Møgelvang-Hansen* i *U 1982B*, s. 86 ff. og i *U 1982B*, s. 184.

En praktisk metode til at give vilkår løftevirkning består i at henvise til dem i aftaleteksten (eng.: *incorporation by reference*), se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 347 ff. Denne metode er navnlig egnet til vilkår (som f.eks. en Incoterms-klausul), der indeholder en kendt og gennemprøvet regulering, hvorimod den er mindre tjenlig, hvis henvisningen kræver en særskilt undersøgelsesindsats (f.eks. “studier” på en hjemmeside el.lign.). En inkorporering rummer også den fare, at det inkorporerede vilkår efterfølgende ændrer sig. Derfor bør aftalen præcisere, hvilken version der inkorporeres. Ifølge pkt. 5 i *NLS 95*, skal aftalte leveringsklausuler f.eks. fortolkes i overensstemmelse med de ved aftalens

Tilrettelæggelse

Inkorporering

indgåelse gældende Incoterms. Tilsvarende foreskriver sagsbehandlingsreglerne for de fleste voldgiftsinstitutioner, at de gælder i deres skikkelse ved sagens anlæg, se f.eks. § 2 i reglerne for Det Danske Voldgiftsinstitut.

Synliggørelse

En anden metode er at anføre de almindelige betingelser i sammenhænge, som kunden forventes at have blikket rettet imod, f.eks. optrykt i brochuremateriale, på hjemmesider, i kataloger og prislister eller ved opslag i forretningslokaler. Denne metode forudsætter, at vilkårene er klare og enkle. Overraskende vilkår (som f.eks. vidtgående ansvarsfraskrivelser) opnår ikke uden videre gyldighed ved en sådan henvisning.

3.5.d. Rammeaftaler

Begreb

En rammeaftale (eng.: *framework agreement* eller *umbrella agreement*) er en aftale, hvorved parterne regulerer almene spørgsmål om rettigheder og pligter én gang for alle, idet de *efterfølgende* forventes at indgå simple enkeltaftaler ved *bestillinger*. Rammeaftalen kan f.eks. regulere de vilkår, der skal gælde for betaling, garanti, misligholdelse, konfliktløsning, lovvalg, forrentning etc. Ved den enkelte bestilling aftaler parterne herefter, *hvad* der skal leveres og *hvornår*. Rammeaftaler indgås undertiden som begyndelsen til et forretningsmæssigt samarbejde. Således indeholder forhandler- og agentaftaler typisk rammevilkår for det enkelte køb mv. Et andet eksempel er transaktioner om løbende rådgivning (hvor kravene til ydelsens indhold former sig i en løbende dialog mellem parterne) eller leverancer af ensartede ydelser.

Rammeaftalen får derfor først sin betydning, når parterne efterfølgende indlader sig på den transaktion, der ligger i bestillingen, se f.eks. situationen i *U 2007.3027 H*, hvor en "samhandelsaftale" mellem to industrivirksomheder om udvikling af energimålere i mangel af særlige regler ikke indebærer pligt til at færdigudvikle energimålerne og sætte dem i produktion. En aftale, der udtømmende gør op med parternes retsforhold, er ikke en rammeaftale.

At det kan være væsentligt at sondre skyldes de problemer, der kan opstå som følge af rammeaftalens forudsatte aftaleindgåelse i to trin. Hvornår er den "baggrundsret", som fastlægges ved rammeaftalen, bindende, og hvornår er den fraveget ved den enkelte bestillingsaftale? Grænsen kan

være flydende, og hvis bestillingen er mundtlig, kan der tilmed opstå bevisspørgsmål. De vilkår for aftaleindgåelse, der er omtalt i afsnit 2.4.c., kan for så vidt betragtes som rammeaftaler, hvis de forpligter parterne.

Undertiden kan det give anledning til tvivl, om en virksomheds *almindelige forretningsvilkår* har karakter af en rammeaftale, selv om de ikke er accepteret af den enkelte kunde. Aftaleforhold med finansielle virksomheder betjener sig i vidt omfang af sådanne vilkår. Se hertil den s. 151 nævnte dom om overtræksrenten, *U 1981.221 H*. Her finder man til gengæld også en offentligretlig god skik-regulering, der bl.a. tilsigter at undgå urimelige vilkår, se senest bekendtgørelse nr. 729 af 12. maj 2015 om god skik for finansielle virksomheder, og om samspillet mellem sådanne regler og de aftaleretlige ugyldighedsregler *Grundlæggende aftaleret*, s. 431.

Aftalebinding

Som regel indgås rammeaftaler, før aftalerne om de enkelte transaktioner er forhandlet på plads. I visse tilfælde er forløbet dog omvendt. Hvis man betragter arbejdsrettens kollektive overenskomster (se herved *Enkelte transaktioner*, s. 207 ff.), som rammeaftaler *sui generis* (hvilket er en berettiget karakteristik, da de jo udfylder den enkelte ansættelsesaftale), må man anerkende, at der typisk sker flere efterfølgende ændringer i rammeaftalen end i enkeltaftalen.

Indgåelse

Hvis en rammeaftale først forventes at få sin betydning ved indgåelsen af de enkeltaftaler, rammeaftalen henviser til, bør den fastslå retsvirkningen af, at enkeltaftalerne *ikke* indgås. Ellers risikerer parterne at blive forpligtet i det uendelige af en rammeaftale, der aldrig opnår sin tilsigtede funktion. F.eks. kan man bestemme, at rammeaftalen bortfalder, hvis den ikke har været benyttet i en bestemt periode, eller at manglende ordreafgivelse giver ret til opsigelse med kort varsel.

Koncipering

3.5.e. Forretningsbetingelser og tilbudsgrundlag mv.

Som nærmere udviklet i *Ret og metode*, s. 60 ff., kan de færreste retsregler stå alene. Den ene retsregel vil typisk – udtrykkeligt eller indirekte – henvise til en anden retsregel, der igen henviser til en tredje, fjerde og femte etc. Denne mekanisme gør sig også gældende i aftaleforhold, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 28 f. Når aftale indgås, vil accept forholde sig til tilbud, som igen vil for-

Problemstilling

holde sig til baggrundsrettens forskellige regler (der hver for sig forholder sig til andre regler). At aftalens vilkår og dokumenter indgår som elementer i et sådant *kinesisk æske-system* træder tydeligt frem i relation til visse typer af dokumenter, som ofte optræder i en aftaleforhandling:

Tilbudsgrundlag

Det siger sig selv, at det grundlag, der lægges frem i et *tilbud*, får retsvirkning, når der fremkommer en overensstemmende og rettidig *accept* af tilbuddet. Derfor kan den, der *opfordrer* nogen til at afgive tilbud, i denne opfordring fastlægge rammerne for, hvordan tilbuddet skal afgives. Disse rammer kan enten angå tilbuddets materielle indhold eller den fremgangsmåde, der skal følges ved aftaleindgåelsen. Som eksempel på den sidstnævnte form for regulering kan peges på aftaleindgåelse ved licitation eller offentlige udbud. Her vil opfordringen til at fremkomme med tilbud (udbudsgrundlaget) kunne indebære et erstatningsansvar for modtageren af de indkomne tilbud, hvis spillereglerne ikke følges, og en budgiver herved skuffes. Se nærmere hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 109 f. og ovenfor afsnit 2.4.c.

Markedsføringsmateriale

Som nærmere uddybet i afsnit 3.4. vil det markedsføringsmateriale, der udarbejdes af en virksomhed som led i dens markedsføring mv., ofte påføre virksomheden retlige virkninger. Disse retsvirkninger må retsteknisk betragtes som *retsudløsende* (jf. terminologien i *Grundlæggende aftaleret*, s. 97), for så vidt som de ikke i sig selv fastslår den retlige forpligtelse.

Forretningsbetingelser

Når forretningsbetingelser ikke tiltrædes udtrykkeligt, er det retlige udgangspunkt, at de kun opnår retsvirkning som aftalevilkår, i det omfang de enten giver kunden en *bedre* retsstilling end baggrundsretten eller alene angår *praktiske forhold*, som ikke forringer kundens retsstilling afgørende. Ønskes en fastere pligtvirkning, må der kræves udtrykkelighed.

Battle of the forms

En særlig problemstilling handler om, hvilket af to modstridende aftalevilkår i flere anvendte standardformularer der skal lægges til grund for parternes retsforhold (*the battle of the forms*). Standardvilkårene kan fremgå af ordrebekræftelser, fakturapåskrifter eller individuelle aftaler, og de kan angå ethvert reguleringstema i transaktionen, f.eks. værneting, lovvalg, ansvarsfraskrivelse, ret til opsigelse etc. Striden kan skyldes, at parterne ikke har taget stilling til, hvilken formular der skal være gældende. Man har koncentreret sig om de essentielle aftaleforhold

og tillagt transaktionens retlige overbygning mindre vægt. Reglerne om denne “kamp” er gennemgået i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.2.i. Problemstillingen er aktuel, når parterne ikke har forhandlet aftalens dokumenter ordentligt igennem. Er dette situationen, er der ingen konciperingsmæssige genveje til at få sit eget aftaledokument til at vinde over modpartens.

3.5.f. Aftalekomplekser

Som nævnt i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.1.d., handler den grundlæggende aftalerets regler i højere grad om “løfter” og andre viljeserklæringer end om “aftaler”. Når man skal afklare, hvilke forpligtelser der udspringer af et aftaleforhold, er det de enkelte viljeserklæringer (i form af vilkår mv.), der er afgørende. “Aftalen” er indbegrebet af disse viljeserklæringer, se a.st. s. 86. Én “aftale” kan derfor sagtens siges at indbefatte flere (del-)aftaler, ligesom flere dokumenter, der hver for betegner sig som “aftaler”, kan betragtes som ét aftaleforhold.

Begreb

Af samme grund er aftaleforhold af blot nogen kompleksitet altid “sammensatte” i den forstand, at de er opbygget af delaftaler eller enkelte viljeserklæringer. Man taler om *aftalekomplekser*, når et aftaleforhold er sammensat af forskellige aftaledokumenter f.eks. leje- og købsaftaler, lånedokumenter og kautionserklæringer, mundtlige aftaler, konstaterende erklæringer mv. (se *Grundlæggende aftaleret*, s. 86 f.), hvad enten disse instrumenter regulerer retsforholdet mellem to eller flere parter. Begrebet har uklare konturer og omfatter både tilfælde, hvor to parter regulerer *samme transaktion* ved flere dokumenter (f.eks. ved en hovedaftale, et antal bilag), og tilfælde, hvor aftalereguleringen tilsigter at regulere en *flerhed af transaktioner* mellem flere parter og ved brug af flere dokumenter, der forventes at hænge sammen med hinanden (f.eks. i form af overdragelsesaftale, en ledsagende vedligeholdelsesaftale og hertil hørende finansieringsaftaler).

Formålet med at etablere et aftalekompleks er almindeligvis praktisk. Ligesom der kan være en fordel ved at lade forskellige spørgsmål behandle i forskellige kapitler af aftalen, kan det være hensigtsmæssigt at udskille forskellige dele af aftalereguleringen for sig, f.eks. ordnet i forskellige ringbind mv. Der kan også være betydelige *forhandlingstekniske* fordele ved at placere en aftale i flere dokumenter. Forhandlingen lettes, når grundlæggende te-

*Formål
og funktion*

maer, såsom rabat og garanti, udskilles fra tekniske prægede spørgsmål, som f.eks. værneting, opsigelse. Og omfattende og komplicerede tekstmasser kan udskilles, så forskellige typer af kontraksbrugere (f.eks. jurister, regnskabsfolk og teknikere) hver koncentrerer sig om de dele af et omfattende aftaleforhold, som deres ekspertise dækker. Ligeledes kan det tænkes at være *upraktisk* at indgå samtlige moduler i aftaleforholdet på én gang. I et *løbende samhandelsforhold* kan det være nyttigt at placere reglerne om hver enkelt levering, stykantal, pris etc., i den enkelte (aftaleskabende) bestilling, hvorimod almene spørgsmål om morarente, kredittid, konfliktløsning, garanti og misligholdelse place-res i en rammeaftale med virkning for alle senere bestillinger.

Hovedaftaler

I en transaktion, hvor der af praktiske grunde eller nødvendigtvis skal udarbejdes forskellige aftaledokumenter, kan det være hensigtsmæssigt at samle disse under en hovedaftale, der tager stilling til de spørgsmål, der er fælles for delaftalerne, jf. *Lego Andersen* (2002), s. 25. Den retlige betydning heraf kan være beskeden, men overblikket lettes, når forhold af fælles betydning (f.eks. om konfliktløsning, kommunikation, partsbetegnelser, begreber og lovvalg) reguleres én gang for alle. Ved en sådan regulering kan man også opnå betydelige effektiviseringsgevinster for såvel koncipisten (der ikke i samme omfang behøver at koordinere de enkelte bestemmelser) som for læseren.

Inkorporering

Aftalekomplekser kan også opstå ved inkorporering, hvor aftalen indbygger vilkår, der ligger uden for den. En sådan konciperingsteknik kan dog være risikabel. Lige så enkelt det f.eks. kan forekomme på papiret at henvise til tidligere indgåede og opfyldte aftaler, lige så vanskeligt kan det være at overskue konsekvenserne af en sådan henvisning. I stedet bør koncipisten indføje de elementer af andre aftaler, der ønskes videreført. Gør han det, vil det ofte afsløres, at en bestemmelse, der umiddelbart *lignede* en anden, i sammenhængen har en tredje betydning. Navnlig når aftaleteksten foreligger på tekstbehandling (hvilket i dag er den almindelige regel), er en sådan manøvre forbundet med overskuelige opofrelser.

Konsistens

Hvis en hoved- og delaftale forudsættes at eksistere side om side, er det vigtigt at undgå modstrid. Ligeledes må der være konsistens mellem en for- og en efterkontrakt. Skal efterkontrakten derogere forkontrakten, eller har visse bestemmelser pr.

definition forrang? Der bør også tages stilling til, hvilke regler der skal gælde for hele aftaleforholdet, og hvilke der kun regulerer bestanddelene. Almindeligvis vil man sige, at spørgsmål om *lovvalg* og *værneting* bør reguleres under ét for hele aftaleforholdet, men der kan sagtens være behov for også at udskille sådanne spørgsmål, f.eks. hvis en delaftale angår en underleverance, som underleverandøren insisterer på at få afgjort efter sit lands ret.

En bred stillingtagen til, hvilke dokumenter og retskilder der skal have forrang frem for andre, findes i pkt. 2.3 i det modelforslag til almindelige salgs- og leveringsbetingelser i internationale løsøre køb, som er trykt i Juridisk formularbog, 16. udg. (2004), s. 767 ff.: “Når endelig købsaftale er indgået, skal følgende bestemmelser regulere købet: i. De mellem Sælger og Køber indgåede individuelle aftaler. ii. Nærværende Salgs- og Leveringsbetingelser.” En tidligere version af denne aftale lod følgende bestemmelser regulere købet: 1. De til denne formular hørende bilag, i det omfang de er udfyldt med individuelle aftaler, herunder særaftaler; 2. Nærværende formular; 3. Andre aftaler mellem parterne; 4. Sædvaner og kutymmer; 5. CISG og 6. Almindelige retsregler i henhold til den for købet gældende ret.

Aftalekomplekser giver anledning til særlige vanskeligheder, når de involverer *forskellige parter* og dermed forskellige aftalerelationer. En aftale om *finansiel leasing* involverer f.eks. leverandør, *lessor* og *lessee*. Indbygget i aftalen mellem lessor og lessee har man dernæst den oprindelige købsaftale mellem leverandør og lessor, typisk forsynet med en *cut-off* klausul. En aftale om udvikling og implementering af it vil typisk involvere leverandør, rettighedshaver, vedligeholder og kunde. I sådanne aftalekomplekser må der tages stilling til retsstillingen, hvis en af parterne *misligholder*. Hvem har misligholdelsesbeføjelser i den anledning og over for hvem? Hvornår skal der kunne gøres regres, når en part har dækket en anden part af som følge af en misligholdelse, for hvem en tredje part bærer risikoen? Dernæst må det sikres, at aftalen styres effektivt, så vedtagelser om opfyldelsen er forankret hos de parter, der forestår aftaleopfyldelsen. Det er også vigtigt, at spørgsmål om lovvalg og konfliktløsning mv. er reguleret ensartet, så eventuelle sager kan føres ved samme forum og under samme regelsæt. Uden fælles værneting, kan B f.eks. risi-

*Aftalekomplekser
med flere parter*

kere at skulle sagsøge C i ét land og A i et andet, uanset forholdet beror på samme forhold.

Synkronisering

Som udgangspunkt bør aftalekomplekser med mere end to parter indgås samtidigt og i fuld åbenhed. Gør man ikke det, opstår risikoen for, at et manglende bindeled bliver stopklods. Samtidig er der risiko for, at den forhandlingsstyrke, hvormed A og/eller B møder C, svækkes, hvis A og B på forhånd har gjort sig afhængige af at skulle indgå en aftale med C med et bestemt indhold. Særlige forhold kan dog tale for en successiv aftaleindgåelse. F.eks. kan det være nødvendigt for en part at acceptere et gunstigt tilbud her og nu, ligesom behovet for netop nu at iværksætte en produktionsproces kan tale for, at en afgørende bestilling afgives. I så fald må der ske en efterfølgende aftalekoordinering. En sådan koordinering må fokusere på hver af de grænseflader, C etablerer med henholdsvis A og B. De enkelte opfyldeshandlinger må bringes i indbyrdes harmoni, så parterne ved, hvad de skal gøre, og man undgår at støde på praktiske eller tidsmæssige begrænsninger.

Modkøb

Et særligt behov for at etablere et aftalekompleks opstår, hvis en hovedleverandør forpligter sig til at iværksætte bestillinger af andre ydelser hos sin medkontrahent. Modkøbsklausuler forekommer ofte i aftaler, der involverer salg af varer og tjenesteydelser til lande med en svag valuta, men de ses også i forbindelse med større statslige anskaffelser, f.eks. inden for forsvarsindustrien. Gennem modkøbet forpligter sælgeren sig til at aftage varer svarende til værdien af sælgers ydelse. Nærmere herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 8.3.c. Sådanne vilkår kan give anledning til problemer i relation til reglerne om offentlige udbud og de EU-retlige statsstøtteregler.

Severability clauses

Aftaler, der binder parterne til et længere samarbejde eller regulerer større og komplekse økonomiske transaktioner, bør tage stilling til virkningen af, at dele af aftalekomplekset mister gyldighed. Ved at indgå en såkaldt *severability clause* (af eng. *severance* = adskillelse) bestemmer parterne, at et aftalevilkår eller en del af et aftalekompleks kan være ugyldigt, uden at dette påvirker aftalens eller aftalekompleksets øvrige dele. Sådanne klausuler har primært betydning i aftaler, der bedømmes efter *common law*-regler. Her kan domstolene – i mangel af særlig aftale – være tilbageholdende med at erklære dele af en aftale

ugyldig, hvis disse dele repræsenterer en ydelse, som der er ydet modydelse for (*consideration*).

Nært forbundet med dette spørgsmål er, hvordan komplicerede aftaleforhold skal betragtes i henseende til retten til *modregning*; under ét eller i bestanddele. Efter almindelige formueretlige regler er der videre adgang til modregning, når fordringerne udspringer af samme retsforhold (konneksitet), se hertil *Lærebog i Obligationsret II*, afsnit 4.4, eller når parterne har indgået aftale om modregning. Hvornår der foreligger en sådan konneksitet, kan med fordel aftalereguleres. I pengeinstitutters låneaftaler finder man ofte følgende bestemmelse:

Modregning

“Banken er berettiget til at betragte alle engagementer med debitor som ét mellemværende. Banken er herunder berettiget til at overføre beløb fra debitorens eventuelle andre konti i banken eller i nogen af dens afdelinger til dækning af forfaldne betalinger ifølge kassekreditkontrakten.”

3.6. Aftalens opbygning

3.6.a. Strukturering

Selv om den tekstmæssige opstilling af en aftale almindeligvis ikke har indflydelse på dens gyldighed, er der gode grunde til at gøre sig umage med aftaletekstens opbygning. En klar struktur gør aftalen lettere tilgængelig, og læseren sparer tid. Hertil kommer, at en aftaletypografi kan påvirke aftalefortolkningen. Selv om der er mange “sprog”, der bestemmer opbygningen af et aftaledokument, kan en typografisk praksis være så indarbejdet, at “regelbrud” (f.eks. i forbindelse med angivelse af sætningskonstruktioner af typen: hovedregel-undtagelse) må læses som udtryk for et bevidst, og forpligtende, valg hos parterne.

Problemstilling

Enhver skriftlig fremstilling bør opbygges på forskellige systematiske niveauer. Jo større tekstmasse, der er tale om, desto flere niveauer vil – og bør – aftalen udmønte sig i. Det er de færreste regelsystemer, der kan klare sig med en så beskedent plads, som en (nu ophævet) bekendtgørelse nr. 601 af 12. juli 1993 om overdragelse af hundehvalpe, der i sin gribende enkelhed lyder som følger:

Udgangspunktet

3.6. AFTALENS OPBYGNING

§ 1: Enhver overdragelse af hundehvalpe, der er under 8 uger gamle, er forbudt.

Stk. 2: Reglerne i stk. 1 finder ikke anvendelse, når der er tale om en samlet overdragelse af moderdyr og hvalpe.

§ 2: Overtrædelse af § 1 straffes med bøde

§ 3: Bekendtgørelsen træder i kraft den 1. august 1993.

§ 4: Bekendtgørelse nr. 274 af 15. oktober 1953 angående handel med hunde, ophæves.

*Paragraf og
stykke*

Måske pga. de traditioner, der præger dansk lovkoncipering, er det ikke sædvanligt herhjemme at benytte mange systematiseringsniveauer. Vi opererer typisk med i hvert fald to: “paragraffer” og “stykker”. Undertiden systematiseres de enkelte paragraffer i “kapitler”. Opsplitning af juridiske tekster i kapitler, sætninger, paragraffer og stykker kan tjene som sprogligt virkemiddel. En kort bestemmelse om et centralt emne, der fremstår i en skov af længere, massive tekstmasser, fremstår skarpere end en tilsvarende bestemmelse placeret i slutningen af en tekstmasse.

Sætningen

Det laveste strukturelle niveau er den enkelte sætning. Da det typisk er den – snarere end det enkelte ord – der volder koncipering udfordringer, skal vi se nærmere på den.

Jurister har tradition for at skrive lange sætninger – en tradition, der har betydet, at LIX-tallet for vore tekster (dvs. det indeks, man kan opstille for tekstens læsbarhed) hører til blandt de højeste overhovedet. Ikke-jurister undrer sig – med rette – over, at netop juraen skulle have et sådant behov. Tendensen er særligt mærkbar i lovgivningen. Måske ledes regelkoncipisten – som foreslået af *Wydict* (1985), s. 31 – af en ubevidst trang til at fastholde læseren af frygt for, at denne ellers stikker af for straks at begå lovbrud!

*En regel pr.
sætning*

Som en systematisk hovedregel bør en sætning kun indeholde én retsregel. Prøv f.eks. at se, hvordan denne håndpanteerklæring (hentet fra Juridisk Formularbog, afsnit 6.6.f.) kan ombrydes i mindre bestanddele:

“Undertegnede A anerkender herved at skyldte B 20.000 kr., hvilke tyve tusinde kroner jeg forpligter mig til at forrente med 12 % årligt, således at renten første gang erlægges i førstkommende 11. december termin, og til at tilbagebetale kreditor i den halvårige termin, til hvilken han med 3 måneders varsel opsiger lånet. Til sikkerhed giver jeg kreditor

håndpant i nom. kr. 30.000 – skriver tretitusinde kroner – aktier i Handelskompagniet A/S.

Dersom jeg udebliver med renter eller på anden måde tilsidesætter mine forpligtelser efter dette pantebrev, er kreditor berettiget til straks uden søgsmål eller dom eller varsel til mig til dækning af gælden samt påløbende renter og alle omkostninger at sælge de nævnte aktier (evt. værdipapirer) ved en autoriseret mægler eller ved en offentlig auktion og derefter indtale det eventuelt manglende hos mig.”

Efter ombrydning kan dette også siges således:

“A anerkender herved at skyldte B 20.000 kr. (tyve tusinde kroner). Beløbet forrentes med 12 % årligt. Rente betales halvårligt, første gang i førstkommande 11. december termin. A skal ikke betale afdrag, men B kan opsigte gælden til betaling i den halvårige termin, der falder efter B’s opsigelse af lånet. B’s opsigelse skal ske med 3 måneders varsel. Til sikkerhed for lånets betaling får B håndpant i nom. kr. 30.000 (tretitusinde kroner) aktier i Handelskompagniet A/S. Hvis A undlader at betale renter eller på anden måde tilsidesætter sine forpligtelser efter dette pantebrev, er kreditor berettiget til straks at sælge de nævnte aktier (evt. værdipapirer) til dækning af gælden samt påløbende renter og alle omkostninger. Dette kan ske uden søgsmål eller dom eller varsel til A. Salget kan ske ved en autoriseret mægler eller ved en offentlig auktion. Hvis ikke salget dækker B’s krav, hæfter A fortsat for restgælden.”

Denne formulering løser samtidig en række uklarheder, bl.a. om, hvor ofte renten skal betales, om der skal betales afdrag, og om, hvilke krav sikkerheden dækker. Men overblikket kan forbedres gennem tekststrukturering, herom senere. Eksemplet viser også, hvordan lange sætninger kan ombrydes til kortere, f.eks. ved at fjerne overflødige ord, omdanne parentesindskud til særskilte sætninger og ved at sætte punktum, hvor der står ord som “og”, “medmindre”, “men” og “foruden”.

Princippet om én regel pr. sætning kan ikke altid følges. Indeholder reglen særskilte betingelser (f.eks. et antal kumulative eller alternative betingelser), bør de enkelte betingelser fremstå adskilt. Dette kan enten ske som særskilte sætninger eller som sætningsdele, der typografisk er adskilt fra den øvrige aftaletekst og med angivelser af litrering eller nummerering.

Indskud og tabuleringer bør ske på et korrekt systematisk

Modifikationer

grundlag. For det første må de indskud, der udskilles med nyt afsnit, høre sammen i systematikken. Tag f.eks. følgende (sædvanlige) bestemmelse i en samejekontrakt:

“B er berettiget dels til at foretage for vor og sin egen fælles regning alle reparationer af ejendommen, som han finder for godt, dels til at bortleje og afslutte i sit navn de lejekontrakter, som han finder hensigtsmæssige, og på de vilkår, han vælger, og at modtage leje, dels til i sit navn at opsig enhver lejer, dels overhovedet til at afslutte enhver kontrakt og foretage på egen hånd alt – derunder også ethvert retsligt skridt – hvad der efter hans mening er nødvendigt og hensigtsmæssigt for på bedste måde at administrere og være vært i denne ejendom, såvel som til at hævde og værne om alle de ejendommen eller dens ejere tilkommende rettigheder.”

Hvis man tabulerer denne sætning (uden i øvrigt at stramme op i det tunge sprog), kan den langt mere overskueligt præsenteres således:

“B er berettiget til

at foretage for vor og sin egen fælles regning alle reparationer af ejendommen, som han finder for godt,
at bortleje og afslutte i sit navn de lejekontrakter, som han finder hensigtsmæssige, og på de vilkår, han vælger, og
at modtage leje,
at opsig enhver lejer i sit navn,
at afslutte enhver kontrakt og foretage på egen hånd alt – derunder også ethvert retsligt skridt – hvad der efter hans mening er nødvendigt og hensigtsmæssigt for på bedste måde at administrere og være vært i denne ejendom, såvel som til at hævde og værne om alle de ejendommen eller dens ejere tilkommende rettigheder.”

Tabuleringen afslører en bagvendt konstruktion. Reglen slutter med en residualbestemmelse, der systematisk burde være hovedreglen. De øvrige afsnit – som herefter kun er eksemplificerende – bør systematisk fremtræde *efter* hovedreglen. Da afsnittene i sig selv er korte, er der ingen grund til at udskille dem yderligere.

Hensynet til systematisk konsekvens medfører, at sætninger bør udskilles således, at en ny sætning placeres sammen med andre sætninger om samme tema. En regel, der fastlægger kravene til

udformningen af en meddelelse om opsigelse, bør ikke udskilles i bestanddele, der peger på et antal betingelser om meddelelsens *karakter*, efterfulgt af én yderligere regel, der tager sigte på *betingelserne* for overhovedet at afgive opsigelse.

En regel, der indeholder betingelser, må tage stilling til, om betingelserne gælder *kumulativt*, dvs. således at alle betingelser skal være opfyldt for at bringe reglen i anvendelse, eller *alternativt*, dvs. således at blot én af betingelserne kan gøre det, jf. i det hele afsnit 4.2.a. Hvis sidste betingelse efterfølges af et “eller”, må det formodes, at opregningen er alternativ. Afsluttes opregningen med et “og”, gælder betingelserne kumulativt. For at markere, at der er tale om et meningsbærende ordvalg, kan “og” henholdsvis “eller” fremhæves, f.eks. med understregning, kursiv eller fed type.

Betingelser

Kumulative og alternative betingelser bør ikke optræde side om side. Angives det, at retsfølgen X indtræder, “hvis A, og B eller C” er til stede, kan der opstå tvivl om, hvorvidt A er grundbetingelsen, medens B og C er de alternative betingelser, eller om A og B alternerer med C?

Over sætningen kommer *afsnittet* (“stykket”). Er den enkelte retsregel opløst i flere sætninger, bør disse sætninger i det mindste holdes sammen i ét afsnit (stk.), medmindre de modificeres af undtagelser og forbehold. I så fald bør disse undtagelser mv. fremtræde som særskilte underafsnit, f.eks. indledt med a), b) og c), eller i næste niveau i., ii. og iii. Tekstbehandlingssystemet kan normalt sættes til automatisk at angive en sådan afsnitsstruktur.

Afsnit

Dansk lovgivning anvender som regel kun ét afsnitsniveau i en lovparagraf. Praksis er anderledes for private aftaler af en vis størrelse. Aftaledokumenter om tekniske forhold konciperes ofte i langt flere niveauer, se f.eks. *ABR 89* og *K18, K33, K01, K02* og *K03*, men modsat byggeriets almindelige betingelser (*AB 92*), der nærmest fremtræder som en lovtekst. Uanset hvilke niveauer aftalen gør brug af, bør bestemmelser, der emnemæssigt hører sammen, også præsenteres under ét, hvilket igen sikrer dokumentets stringens og læselighed.

Større regeltekster med forskelligartede regeltyper bør systematiseres i kapitler med dertil hørende overskrifter, jf. afsnit

Kapitler

3.6.c. om “typografiske markører”. Kapitler bør forsynes med nummerering efter et fast system. Også det understøtter den logiske stringens i konciperingen (har man glemt noget?) og letter den efterfølgende tilegnelse.

Overskrifter

Også overskriften udgør et hensigtsmæssigt middel til at skabe overblik. Overskrifter kan dels optræde i tilknytning til *kapitelbetegnelsen*, dels give titler til større paragraffer. Sådanne titler er ikke alene til nytte ved læsningen, men også i konciperingen: Når man tvinges til at sætte navn på et emne i en tekst, må man forbløffende ofte konstatere, at samme problem er behandlet andetsteds (under samme overskrift!). En overskrift behøver ikke blot bestå af et enkelt ord: “Ophør”, “Misligholdelse”, “Fordringshavermora”. De hensyn, der taler for at gøre brug af overskrifter, vil også tale for, at man verbaliserer deres informationsindhold (f.eks. “Betingelser for opsigelse”, “Retsvirkninger af aftalens ophør” etc.).

En typisk overskrift, som ofte kan vise sig problematisk, er den, der i afslutningen af aftaledokumentet peger hen på en række “Andre bestemmelser” (på engelsk: *miscellaneous*). Under denne titel finder man undertiden en mangfoldighed af vilkår, som i sagens natur intet andet fællestræk bærer, end at de ikke falder inden for andre kapitler i dokumentet. Ofte rummer sådanne vilkår kilden til retlige konflikter. Når først læseren har været igennem aftalens samlede tekstmasse og har bearbejdet dens væsentligste retlige problemstillinger, svækkes opmærksomheden, efterhånden som han nærmer sig de sidste sider. Blandt de vilkår, man ofte finder under “andre bestemmelser”, og som det vil være fatalt at overse, er en parts ret til at overdrage sine retigheder og pligter efter aftalen, til at nægte godkendelse inden for en bestemt periode eller til ensidig “option” på forlængelse af aftaleperioden.

Den løbende koncipering

Når koncipering sker under selve aftaleforhandlingen (modsat når den sker på forhånd som et oplæg til forhandlingen), giver aftalens struktur ikke altid sig selv. I sådanne tilfælde bør koncipisten ikke føle sig fastlåst af tanken om en “idealstruktur”. For den kreative tænkning kan det være mest effektivt bare at komme i gang og få nedfældet hovedmaterien i det planlagte dokument. Efterfølgende kan koncipisten så finde en passende struktur i kapitler, paragraffer og stykker. Selve det at skrive kan have en

positiv tankeeffekt, eftersom inkonsekvenser og modsigelser fremtræder klarere på skrift end i det talte – eller tænkte.

I løbet af konciperings- og aftalefasen udsættes de fleste aftaledokumenter typisk for omfattende ændringer i både indhold og struktur. Derfor kan det være risikabelt at foretage krydshenvisninger inden for aftalens rammer. En krydshenvisning til et paragrafnummer rummer en risiko for, at paragraffen – uden at man husker det – har fået et andet nummer. Et middel til at sikre sig mod dette er at henvise til paragraffen og dens betegnelse (hvilket selvsagt forudsætter, at man har valgt at give paragraffer betegnelser). Herved vil koncipisten dels hurtigt opdage, at der er et problem, dels vil risikoen for efterfølgende fortolkningstvivl være minimal. Tilsvarende problematisk er henvisninger til bilag, jf. bemærkningerne herom i afsnit 3.4.c.

Krydshenvisninger

3.6.b. Tekstbehandling

Tekstbehandling er en gave til enhver, der arbejder med koncipering. Ændring og finpudsning af tekster sker let og ubesværet, når den ikke kræver gennemskrivning af dokumentet. Aftaleforhandlerne vil typisk have bærbart udstyr til rådighed, hvor teksten konciperes eller rettes til. Ofte vil man løbende printe senere udkast ud, efterhånden som enigheden former sig, og forhandlingsresultatet står i frisk erindring.

Potentialet

Skrives aftalen, mens den forhandles, bør indhold gå forud for form. For det første gælder det om at koncentrere sig om essensen – fremtrædelse og typografi kan vente. Dernæst udfordrer selve skriveprocessen den kreative tænkning, der ligger bag god koncipering. Ligger temaet for forhandlingen klart, kan det formuleres i et antal punkter. Konciperingen kan da knytte sig hertil i en logisk forgrening, hvorpå de enkelte vedtagelser til sidst påhæftes.

Tekstbehandling er også forbundet med risici. Helt iøjnefaldende er faren for at miste den fil (eller rettere, den samling af tekstbehandlingsfiler), under hvilken aftalen er gemt. Moderne tekstbehandlingssystemer kan indstilles til automatisk at gemme tekst med passende intervaller, medens skrivearbejdet pågår. En anden risiko ligger i, at koncipisten kommer til at redigere ældre versioner, hvorved der ses bort fra senere ændringer. Gemmes flere versioner, f.eks. til brug for backup, bør de enkelte filer

Risici

forsynes med en særlig identifikation, så man ikke kommer til at revidere på en forældet udgave.

Udprint

Hyppig udprint af identiske dokumenter kan gøre det vanskeligt at opretholde en forestilling om, at der findes et “originaldokument”, indtil dette er printet ud og underskrevet. I den digitale verden “er” der ingen originalversion – alt er kopier af noget, der ligger i maskinen. Derfor er der et praktisk behov for at give den bindende version originalitet gennem underskrivelse og parafering, jf. nærmere s. 208 f.

Versionsstyring

I et forhandlingsforløb, der baseres på *forskellige versioner* af et udkast, bør hver version forsynes med et versionsnummer. Denne sikring af dokumentet opnås ikke ved at indstille tekstbehandlingssystemet til automatisk datoudskrift. For det første angiver denne dato som regel datoen for udskrift. For det andet kan der være flere versioner på samme dato.

Udarbejdes aftaledokumentet på grundlag af et *tekstbehandlingsparadigma*, som koncipisten sletter, ændrer og tilføjer i, og kender parterne – eller den ene part – det oprindelige paradigma, kan der opstå tvivl om, hvorvidt en sletning er tilsigtet. For at undgå en sådan tvivl kan man på det slettede sted indføre ordene “slettet” (eng.: *intentionally deleted*).

3.6.c. Typografiske markører

Når den endelige aftalestruktur er fastlagt, er det nyttigt at gøre brug af typografiske markører for at signalere, hvilken logik og systematik aftalen følger.

Overskrifter

En første markør er overskriften. Overskrifter er læserens hjælp til at orientere sig i dokumentet. Derfor bør de som sagt ikke alene indgå i aftalens titel og i de enkelte kapitelinddelinger, men også i hver enkelt bestemmelse. En sådan praksis synes da også stadig mere udbredt i dansk juridisk koncipering, se f.eks. *K18*, *K01*, *K02*, *K03* og *AB 92*. Overskrifter tjener flere formål. For det første angiver de logiske skillelinjer mellem forskellige bestemmelser. For det andet letter de brugen af det færdige dokument (i forbindelse med opslag mv.). Og for det tredje letter de tilegnelsen.

Fortolkning

Som udgangspunkt er indholdet af en overskrift ikke afgørende for forståelsen af de bestemmelser, der findes under den. Se hertil *U 1994.470 H* (“Hensigtserklæringen”), jf. nærmere

Grundlæggende aftaleret, s. 159. Alligevel kan der være særlige taktiske grunde til at vælge overskriftens navn med omhu. Navnlig kan overskriften have betydning for læserens opfattelse af problemstillinger. Det er næppe uden grund, at statens tidligere standardkontrakter vedrørende edb-leverancer (*K18* og *K33*) omtalte reglerne om kundens (statsinstitutionens) misligholdelse som “kundens forhold”, se herved *K33* pkt. 17 og *K18* pkt. 17.

Navnlig i amerikansk inspirerede aftaledokumenter ser man ofte fortolkningsregulerende vilkår, hvorefter aftalens overskrifter ikke har bindende virkning for forståelsen af aftalen. Sådanne vilkår vil næppe uden videre være bindende for danske domstole. Hersker der begrundet tvivl om indholdet af en regel, er domstolene ikke afskåret fra at inddrage overskriften som fortolkningsdatum. Omvendt vil det høre til sjældenhederne, at en domstol udleder en egentlig retsregel af overskriften til en aftale. Findes der under overskriften “risiko” en regel om “erstatningsansvar”, vil der allerede ud fra et *lex specialis*-synspunkt være en formodning for, at der trods overskriften er sket en erstatningsretlig aftaleregulering.

For at øge læserens overblik over forskellige typer af ord i aftaledokumentet (f.eks. overskrifter, definitioner og partsangivelser) kan det være hensigtsmæssigt at gøre brug af forskellige skrifttyper, -størrelser og -fremtrædelsesformer. Hertil kommer muligheden for i overskrifter mv. at anvende mellemrumstekst (f.eks. kombineret med blokbogstaver i en O V E R S K R I F T). Sådanne faciliteter kan dog også misbruges. Lige så velegnede **fede** typer og understregninger er til OVERSKRIFTER, lige forvirrende kan de virke i selve teksten. Tilsvarende gælder om *kursiveret* tekst.

Skrifttypevalget

Den slags typografiske variationsmuligheder kan f.eks. markere, hvornår en regel betjener sig af aftalte definitioner. Ved at skrive definerede ord med blokbogstaver (evt. således at kun begyndelsesbogstavet skrives med stort) eller med halvfed type signalerer koncipisten, at ordet bruges i en særlig mening, således at et tilsvarende ord med lille begyndelsesbogstav ikke har denne særlige betydning.

Der er forskellige holdninger til det hensigtsmæssige i at indsatte fodnoter i teksten. På den ene side er en fodnote et pas-

Fodnoter

sende sted at placere tekst, der ikke naturligt hører hjemme i den primære tekst, men som dog har relation til den. På den anden side kan denne placering efterlade indtryk af, at fodnoteteksten ikke har samme status som brødteksten, med usikkerhed til følge.

Som eksempel på de risici, der kan være forbundet med at koncipere aftaler i fodnoter, kan nævnes *U 1977.306 H*. Højesteret anså det ikke for bevist, at parterne var blevet enige om en ikke-underskrevet fodnote på et håndskrevet notat, og fandt derfor, at dagbøder – i strid med almindelig praksis på entrepriseområdet – skulle beregnes for uger med 7 dage, i stedet for efter arbejdsdage.

Petit

Et særligt problem angår brug af småtrykt tekst (*petit*). Navnlig når en sådan tekst indgår i standarddokumenter, kan der opstå berettiget tvivl om, hvorvidt vilkåret er aftalt. Visse lovregler tager højde herfor, således lejelovens § 5, der pålægger den, der anvender standarddokumenter ved indgåelse af lejeaftaler, at fremhæve bestemmelser, der pålægger lejerer større forpligtelser eller giver lejerer mindre rettigheder end angivet i loven. Kravet om fremhævelse er her en gyldighedsbetingelse, men på en række områder har domstolene frakendt vilkår med småtryk retsvirkning. Se *Grundlæggende aftaleret*, s. 349, og *Børge Dahl* i FSR's Årsskrift 1990, s. 111 ff., med udførlig henvisning til praksis.

3.6.d. Indledning og præambel

Al begyndelse er svær, også begyndelsen på et nyt aftaledokument. Uanset hvor klart et overblik koncipisten har over dets materielle indhold, kan det være vanskeligt at finde en indledning, der harmonerer med retsforholdets karakter og parternes almindelige stil.

Indledningsordene

En indledningstekst, som ofte ses i aftaledokumenter med rod i *common law*, lyder f.eks.: “Denne aftale indgås den ... (dato) mellem A og B (med angivelse af navne, og for juridiske personer ofte også hjemsted og CVR-nummer)”. Hermed meldes det klart ud, hvem aftalen binder. Forsynes teksten tillige med en *titel* på selve aftalen, har læseren på forhånd et vist indtryk af, hvad han har med at gøre.

I en anden, mere uformel variant kan indledningen fremstå

som en erklæring fra parterne om deres enighed: “Underskrevne A og B har i dag indgået følgende ...”, hvorefter i særskilt linje følger aftaledokumentets titel.

I engelsk sprogbrug – og i stigende grad (muligvis pga. den øgede brug af EU-dokumenter) også dansk – er det almindeligt herefter at angive aftalens baggrund. En sådan tekst kaldes en *præambel*, se nærmere hertil *Schans Christensen* (1998), s. 163 f. Præambelskrivning har rod i angloamerikansk aftalepraksis pga. den doktrin om *consideration*, der gælder i disse retssystemer: Uden modydelse er en pligt til at præstere en ydelse ikke bindende. Hoved- og modydelse skitseres så i præambelen. Ligeledes kan en præambel være en hensigtsmæssig måde at udtrykke noget på, som parterne vanskeligt kan sige i mere forpligtende former.

Præambel

Som eksempel kan anføres følgende, forholdsvis kortfattede præambel til en aftale om olieindvinding (citeret fra *Folsum m.fl.* (1991), s. 708):

Eksempel

“This is an agreement by and between, on the one hand, DRILL-BIT MANUFACTURING CO., INC. (hereinafter called “DRILL-BIT”), a Delaware corporation with its home office in Philadelphia, Pennsylvania, U.S.A., and on the other hand, PRODUCTOS PETROLEOS de MÉXICO, s.a. (hereinafter called “LICENSEE”) ...

Whereas, DRILL-BIT owns and possesses trademarks, patents and certain considerable know-how in the field of design, manufacturing, installation and sale of oil well drilling bits (hereinafter called “PRODUCT”) and whereas LICENSEE desires to obtain rights in the “AREA” defined below to develop, manufacture, assemble, sell, deliver, install and service said PRODUCT, the parties hereto agree as follows. ...”

Ofte indgår en række afsnit, der hver for sig tilsvarende indledes med “whereas ...”. Som eksemplet viser, kan en præambel skitsere en særlig baggrund for aftalen, f.eks. en tidligere kontrakt mellem aftalens parter eller særlige praktiske omstændigheder – f.eks. manglende tid til at koncipere aftalen.

En anden variant kan være at lade præambelen være det sted, parterne udtrykker deres gode vilje til at komme igennem transaktioner uden retlig uenighed. I *K01* findes f.eks. følgende præambel (som i *K03*, i en tilpasset version, er gjort til en egentlig aftaleforpligtelse, jf. pkt. 8.1):

“Parterne er enige om i hele forløbet at samarbejde med en positiv, professionel og ansvarlig holdning og yde en særdeles betydelig indsats for at opnå det bedst mulige resultat. Parterne skal herudover udvise den fleksibilitet, som må anses for rimelig og sædvanlig ved gennemførelse af tilsvarende it-projekter. Parterne skal løbende informere hinanden om ethvert forhold, som skønnes at have betydning for gennemførelse af projektet.”

En tredje måde at anvende præambelskrivning er at anvende præambelen som et *resume* over de vedtagelser, parterne er – eller ikke er – nået til enighed om. Endelig kan præambelen være et passende sted at angive en særlig problemstilling, f.eks. i forbindelse med en almindelig indskærpelse om, at visse pligter er særligt vitale.

Præambel og
formål

Præambelens indhold og udformning vil til enhver tid bero på de formål, den skal opfylde.

En yderlighed begrænser sig til at præcisere parternes navne og hjemsted samt aftalens formål. En *anden* yderlighed er lige så omfattende som præamblerne i politisk betonede dokumenter (forlig, direktiver, traktater mv.). I EU-tekster, der har været genstand for en særlig intens politisk debat, finder politiske markeringer og forlig, som parterne ikke ønsker sig forpligtet af, hyppigt udtryk i præambelen. I en lang – og i princippet uforpligtende – præambeltekst kan sådanne forlig da lempes ind som tillæg og bisætninger, som kun ved et nøje studium afsløres som afvigelser fra den forpligtende tekst.

Uanset om man indsætter en præambel eller ikke, kan det være hensigtsmæssigt navnlig i projektpregede aftaler at anføre et *formål*. Dette kan enten ske som en *målangivelse* (f.eks. at parterne kan udnytte gensidig viden om den teknologi, der kræves for at bringe et givet produkt på markedet) eller som en skitse over hele aftalen (i tråd med den førnævnte EU-konciperingspraksis), der giver overblik over et omfattende aftaledokument.

3.6.e. Bilagshåndtering

Formål og
funktion

Ofte er det kun en begrænset del af den tekst, der udmønter parternes enighed, der skrives af parterne selv under aftaleforhandlingen. Nogle tekster vil være *genbrug* fra tidligere aftaler, standarddokumenter eller paradigmaer. Andre vil foreligge som beskrivelser, dokumentation eller andet bilagsmateriale, der i

aftaleforløbet optræder som baggrundsmateriale for de aftalte forpligtelser.

Sådanne dokumenter vil ofte optræde i et bilagsmateriale, som aftalen da henviser til – alt efter bilagets karakter og parternes ønsker om at knytte retsvirkninger til det. Det typiske formål med at udskille en aftaletekst til et bilagsmateriale er praktisk: Bilaget har typisk et *omfang*, som gør det hensigtsmæssigt at placere det for sig (f.eks. i et ringbind). Dets *emne* er dernæst ofte mere teknisk (og mindre aftaleretligt) præget end den øvrige aftaletekst. Og ganske ofte vil bilaget være konciperet af andre end deltagerne i den egentlige aftaleforhandling. Sprogbrugen er derfor anderledes, og der hersker ikke nødvendigvis samme overblik over de retsvirkninger, der knytter sig til bilaget.

Når man har at gøre med bilag, er det væsentligt at sikre sig, at bilaget omtales i selve aftaleteksten, enten i form af en beskrivelse (som der er aftaleretlige virkninger til – f.eks. i forbindelse med en mangelsvurdering) eller ved, at bilaget rummer en separat enkeltaftale, som aftalen forudsætter etableret. En praktisk måde at sikre denne konsistens på er at udarbejde en *bilagsliste*, hvori samtlige bilag optræder med henvisninger til de (mest) relevante aftalevilkår. Se hertil afsnit 3.6.e.

3.7. Aftalens sprog

3.7.a. Grammatik og form

En god aftale giver klar besked om den enighed, parterne har opnået. Det anvendte sprog skal efterfølgende stå sin prøve, når parterne senere skal efterleve aftalen. Jo mere stringent og klart sproget er, desto bedre kan aftalen tjene disse behov. Jurister har imidlertid ikke noget godt omdømme for sproglig elegance. *Richard Wydick* indleder sin instruktive lille bog om “Plain English for lawyers” (1988) med følgende udtalelse, der fuldt ud dækker billedet herhjemme:

“We lawyers cannot write plain English. We use eight words to say what could be said in two. We use arcane phrases to express commonplace ideas. Seeking to be precise, we become redundant. Seeking to be cautious, we become verbose. Our sentences twist on, phrase within clause

within clause, glazing the eyes and numbing the minds of our readers. The result is a writing style that has, according to one critic, four outstanding characteristics. It is: “(1) wordy, (2) unclear, (3) pompous, and (4) dull.”

Kancellistil

Knudrede sætningsopbygninger i love og aftaler tilskrives ofte bureaukratiets “kancellistil”, der tidligere var juristens kendetegn. Ganske ofte skyldes lovsprogets misfostre den udfordring, man befinder sig i, når politiske forlig skal forvandles til lovtekster i sene nattetimer. Men i andre tilfælde er kritikken velplaceret. Der kan kun fremføres få saglige argumenter for uskønne og knudrede juridiske tekster.

Vi slipper ofte afsted med en sådan sprogbrug, fordi vi skriver til hinanden. Onde tunger vil ligefrem påstå, at juristerne med deres ubegribelige sprog sikrer hinanden evig beskæftigelse! Klart er det i hvert fald, at aftalekoncipisten ikke kan regne med at skrive til fagfæller. Aftalen bør derfor være et brugbart arbejdsredskab, som parterne selv kan slå op i og efterleve, når der undervejs i projektet opstår uklarheder. Den koncipist, der tvinger aftalelæseren til at søge juridisk bistand for at forstå meningen, har ikke gjort sit arbejde ordentligt.

Der er sagt og skrevet meget om juristens sprog, ikke mindst i Storbritannien og USA, hvor den sproglige tradition for velformulerethed – uanset citatet ovenfor – er langt mere veludviklet end herhjemme. Emnet for denne fremstilling levner ikke plads til nogen tæt uddybning af disse spørgsmål. Derimod kan der være grund til at opstille nogle generelle leveregler for klart juridisk sprog.

Fra den omfattende amerikanske litteratur kan fremhæves: *Mellinkoff*: The language of the law (1963), part three, *Richard H. Weisberg*: When lawyers write (Boston, 1987), Lynn B. Squires & Marjorie Dick Rombauer: Legal writing (West Publishing nutshell series, 1996) og *Richard Wydick*: Plain English for lawyers, 5th edition (Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2005). Se også de almene fremstillinger hos *Rudolf Flesch*: The art of plain talk (1962), *Blake & Bly*: The elements of business writing (1991) og sidst men ikke mindst *Strung & Whites* klassiker “The elements of style” (2015), hvis første udgave allerede udkom i 1919. Se i øvrigt Justitsministeriets glimrende vejledning om sproget i

love og andre retsforskrifter, nr. 224 af 15. oktober 1969, der i dag indgår i Justitsministeriets vejledning om lov kvalitet (2005).

De principper, der gælder for sætningers opbygning, er få og simple, jf. ligeledes *Ret og metode*, s. 257 ff. De kan formuleres i tre leveregler. Den første, som omtales nedenfor under 3.7.b., går ud på at identificere sætningens subjekt og begynde med det. Den næste lyder: Placer verbet så tæt på subjektet som muligt, og objektet så tæt på verbet som muligt, herom nedenfor under 3.7.c. Sidste leveregel går ud på at placere modificerende og beskrivende sætningsdele tættest muligt på det, de modificerer eller beskriver, se herom 3.7.d.

Tre principper

3.7.b. Identificer sætningens subjekt

De vilkår, aftalen består af, vil indeholde forholdsnormer og – i det omfang aftalen forudsætter udøvelse af kompetence – hertil hørende kompetencenormer. Er der en mere kompliceret sammenhæng mellem retsfaktum og retsfølge, kan det være nødvendigt at udskille de enkelte aftaleelementer i særskilte regler.

Har man løftegiveren og hans løfter for øje, når sætningen formuleres, fremstår virkningerne af de enkelte vilkår langt klarere. Grammatisk kan dette udtrykkes således, at koncipisten må starte med at identificere sætningens subjekt (hvem er som løftegiver forpligtet?) og derefter finde det relevante operationelle (og forpligtende) verbum.

*Identificer
subjektet*

Talrige lovregler bryder med denne simple regel, selv i den mere gennemarbejdede del af lovgivningen. I sin tidligere udgave lød privatkopieringsreglen i ophavsretsloven således: “Af et offentliggjort værk må enkelte eksemplarer fremstilles til privat brug, men de må ikke udnyttes på anden måde.” *Hvem* må fremstille værker og til hvis private brug? Er det den lovlige erhverver af et værk? Eller den, der i forvejen har fået en kopi af det? Og *hvis* private brug taler bestemmelsen om – hans egen, eller andres (f.eks. en opdragsgivers)? Svarene på disse spørgsmål er til dels afklaret i den formulering, bestemmelsen fik ved § 12, stk. 1, ved ophavsretsloven af 1995: “Af et offentliggjort værk må enhver fremstille eller lade fremstille enkelte eksemplarer til sin private brug. ...”

Til subjektet må koncipisten udvælge et operationelt verbum,

Verbum

der angiver den kompetence, pligt (forbud eller påbud) eller sanktion, som retsreglen slår fast. Hvem er det, der f.eks. skal yde, modtage, undlade, respektere, kræve etc.? Alle sætninger har et verbum, men temmelig mange – og forbløffende mange af dem, der optræder i retsregler – mangler subjektet. Dette lader sig gøre, fordi koncipisten kan skjule subjektet ved at sætte verbet i passivform eller ved at bruge en indholdsløs omskrivning af verbet “at være” (et verbum, der med sit ofte intetsigende informationsindhold har en evne til at tage livet ud af enhver sætning). Passivformens fare består i, at den skjuler, hvem der forpligtes. Dermed kan det budskab, der skulle have været udtrykt gennem en forholdsnorm, blive en herreløs forpligtelse. Tag f.eks. følgende sætning fra en licensaftale:

“Ved enhver efterfølgende forbedring af den patenterede opfindelse skal der omgående gives meddelelse. Undladelse af at foretage en sådan meddelelse betragtes som væsentlig misligholdelse.”

Hvem er det, der skal give meddelelse – licensgiver eller licenstag, eller måske dem begge? En sådan tvivl kan senere give anledning til en kostbar uoverensstemmelse.

Uklarheder af denne art tolereres ofte, fordi det i mange tilfælde er indlysende, hvem der forpligtes. Tag f.eks. det velkendte forbud: “Græsset må ikke betrædes”. Selve situationen (“græsset”) og verbet (“betrædes”) fortæller, hvad vi har med at gøre: Personer, der befinder sig i nærheden af græsplænen, må blive på gangarealerne. Men forlader vi denne intersubjektive ramme, rejser tvivlen sig. Det kan f.eks. tænkes, at reglen har til formål at fastslå, hvilke personer der har adgang til en særligt følsom beplantning: Er det den ledende gartner, alle gartnere (men ikke andre), eller alle og enhver?

*Funktionelle
passivformer*

Undertiden kan passivformer være nyttige. Måske kender læseren ikke subjektet, f.eks. fordi det ikke er udpeget. Eller koncipisten beskriver noget, der sker i slutningen af en sætning, der i øvrigt beskriver noget andet. Dette er ofte tilfældet i sætninger, der indeholder både retsfaktum og retsfølge: F.eks. “Undlader A at rejse sit krav inden fristens udløb, fortabes det.”

“Er” og “det”

Kombinationer af verbet “er” og pronominet “det” fungerer sprogligt på samme måde som passivformen: Subjektet forsvin-

der. Sætningsdelen “det er forbudt at ...” siger intet om, hvem forbuddet rammer, og rummer med pronomenet “det” kun en henvisning til noget andet. Mere rammende er formuleringen: “A må ikke”, eller “B kan forbyde A”, eller – hvis både retsfølge og retsfaktum kan rummes i samme sætning: “*Hvis A gør ..., [så] ifalder han ...*”.

I talrige tilfælde beskrives sætningssubjektet ved pronominer, f.eks. “den”, “denne”, “vedkommende”, “pågældende” og “ham” eller “hende”. Koncipisten trættes ved at benytte samme navn og betegnelse igen og igen og vælger derfor det kortere pronomen som stedfortræder. Hersker der ingen tvivl om henvisningens genstand, kan dette være i orden, som f.eks. i sætningen “A er forpligtet til at hemmeligholde de informationer, *han* modtager ...”, men kan en sådan mindste tvivl rejses, bør pronomenet erstattes af den fulde betegnelse for subjektet.

Pronominer

Når et pronomen henviser til personer, begreber eller hændelser, der omtales i forudgående sætninger, kan der opstå tvivl om dets rette adresse. En sådan tvivl kan ikke tåles i et forpligtende aftaleforhold, og opstår den, må pronomenet vige pladsen for den egentlige henvisning. Prisen for at splitte større sætninger op i mindre dele betales dermed i forbruget af henvisninger eller gentagelser, men denne pris er til at bære. Netop i aftalesproget virker den fulde betegnelse sjældent tung, jf. til illustration det netop anførte eksempel, der stadig er læsbart, selv om der står “A er forpligtet at hemmeligholde de informationer, *A* modtager”.

De kønsbestemte pronominer rejser i øvrigt spørgsmålet om, hvilket køn koncipisten bør benytte. Nutidens politiske korrekthed har ført mange koncipister til at undgå maskuline pronominer, så “talsmand” ændres “talsperson” og “han” til “han eller hun”. Nogle koncipister er ligefrem gået over til konsekvent at anvende “hun” i stedet for “han”. Der er næppe nogen korrekt normdannelse på dette område. I mange tilfælde kan problemet løses ved sætningsomskrivninger, der anvender flertalsformer eller det lidt tungere “han/hun” eller “han eller hun”. Visse koncipister foretrækker på forhånd at udstyre forskellige subjekter med særlige køn, men denne teknik kan være vanskelig i en aftale, hvor man kender parterne og dermed deres retssubjektivitet eller køn. Det upersonlige “man” kan ofte træde hjælpende til, bl.a. ved henvisninger til juridiske personer, men

Kønsbestemte pronominer

bør undgås, hvis det kan skabe tvivl om, hvem det agerende sætningssubjekt er.

3.7.c. Subjekt/verbum-relationen

Problemstillingen

Der findes mange måder at beskrive en pligt på. Om der står “A forpligter sig til”, “A skal” eller “A påtager sig at” går ud på det samme. For den juridiske forståelse er den operationelle del af reglen afgørende: Hvad skal den forpligtede gøre, og hvad er konsekvensen af, at han tilsidesætter denne pligt? Men selv centrale vendinger som “være berettiget” kan fremkalde tvetydighed. Tag f.eks. følgende:

“A har patentretten til den opfindelse, aftalen angår. Såfremt B måtte ønske at udnytte opfindelsen, helt eller delvis, skal B være berettiget hertil.”

Hvad er tanken? At B hermed kan udnytte opfindelsen, således at B “skal være velkommen” til at gøre det? Eller at B selv må sørge for at få den ret (fra A), der giver ham mulighed for at udnytte opfindelsen? Begge udlægninger har lige meget for sig. Er der ikke sikre oplysninger om, hvad parterne har haft i tankerne, kan prisen for denne tvetydighed blive en bekostelig og uforudsigelig retssag.

Verbets placering

Når koncipisten har præciseret sit subjekt, gælder det om at placere verbet så tidligt i sætningen som muligt. Sætningen “A må ikke X...” fremstår klarere end sætningen “Handlingen X må ikke udføres af A”. Kan subjektet ikke flyttes frem, bør det ikke adskilles fra sit verbum med flere ord, end menneskets korttidshukommelse tillader at holde rede på (et tal, der vistnok for de fleste udgør ca. 7). Denne regel er let at efterkomme, hvis koncipisten – som her foreslået – anvender aktive verber. Aktive verber tvinger subjektet frem i sætningen, hvorfra det nærmest fremprovokerer en afklaring af, hvad der skal ske med det. Koncipisten tvinges dermed til at præcisere, hvem det er, der gør noget, og hvad den pågældende gør.

Substantiveringer

En af det juridiske sprogs uskønne vaner er at substantivere verber, så de bliver til, hvad der i Justitsministeriets vejledning af 15. oktober 1969 om sproget i love og andre retsfor skrifter betegnes som “abstrakte substantiver”. Skadevirkningen indtræder ikke nødvendigvis på selve det substantiverede ord – som

tilmed kan være identisk med verbet (f.eks. at “aftale” henholdsvis “indgå aftale”). Men selve substantivering tynger – først og fremmest fordi den uvilkårligt flytter det aktive verbum ned bagest i sætningen. F.eks. kan ordene “Det er parternes ønske, at ...” erstattes med “Parterne ønsker, at ...”. Ligeledes kan ordene “afgive protest” erstattes med “protestere” og “afgive opsigelse” med “opsige”.

Det *kan* være nyttigt at substantivere, f.eks. når det abstrakte substantiv er en indarbejdet betegnelse eller et retligt systembegreb (f.eks. misligholdelse). Men ofte er substantiveringen symptom på doven sprogbrug. Når man læser sin tekst igennem, bør man standse ved hver enkelt substantivering og se, om ikke meningen bag kan komme klarere frem.

Undertiden kan der opstå tvivl om, hvorvidt indehaveren af en ret underforstået har pligt til at udføre den “berettigede” handling. Hvis A *kan* rejse et krav, *skal* han da gøre det (for ikke at miste kravet)? Efter naturlig sprogbrug er svaret nej. Alligevel kan det – navnlig i aftaleforhold med parter fra andre kulturkredse – være hensigtsmæssigt at præcisere, at “ret” ikke nødvendigvis implicerer “pligt”.

En pligt bør formuleres i nutid. *Futurum*, der på dansk udtrykker sig gennem verbet “at ville”, kan volde tvetydighed om, hvorvidt den angiver en intention (der kan udtrykkes med samme verbum), og den kan fremkalde associationer af metafysisk karakter. “A leverer” (eventuelt “A skal levere”) er altså bedre end “A vil levere”. Dernæst kan *futurum* volde vanskeligheder i visse kulturer, der af religiøse grunde reserverer udtalelser om fremtiden til magter hinsides menneskets kontrol, se herom *Leif Weizmann* i *Advokaten* 1993, s. 55 ff., om islamisk ret.

Aktive verber, der bekræfter noget, bør foretrækkes frem for verber, der lægger afstand. Den menneskelige hjerne er mere åben over for bekræftende end over for benægtende udsagn. Når noget benægtes, må læseren først undersøge, hvad der benægtes, for derefter at sætte modsat fortegn. Et bekræftende udsagn er lineært og dermed lettere at forstå. Dertil kommer, at benægtelser i sig selv komplicerer sproget. Et benægtende aftalevilkår kan f.eks. lyde: “Aftalen kan ikke bringes til ophør ved ophævelse, medmindre der foreligger væsentlig misligholdelse.” Dets positive modstykke, der samtidig tvinger til at fremdrage pligtens

Kan eller skal?

Nutid eller fremtid?

Bekræftelser eller benægtelser

genstand, lyder: “En part kan hæve aftalen, hvis modparten misligholder sine pligter efter aftalen væsentligt.”

*Bevisbyrde-
antydninger*

I visse retsregler antager man, at modificerende sætningsindskud, der betjener sig af “medmindre”, signalerer omvendt bevisbyrde. Denne forskel kommer bl.a. til udtryk i de forskellige formuleringer af retsvirkningslovens §§ 18, stk. 2, og 19, stk. 2, om bevisbyrden for tredjemands gode tro ved omstødelse af fællesejedispositioner. En almindelig regel om at “medmindre” og “såfremt” indebærer disse virkninger, kan ikke opstilles som rettesnor for juridisk fortolkning, og dens grundlag forekommer ikke indlysende for den uindviede læser af de to citerede bestemmelser.

3.7.d. Modificerende og beskrivende sætningsdele

Når subjekt og verbum er nedfældet og knyttet til et objekt, bør koncipisten strengt taget kunne slutte sætningen. Disse tre elementer er principielt tilstrækkelige til at bære en deskriptiv, operativ eller normativ tanke. Ønsker koncipisten at fortsætte sætningen, bør den følgende tekst også overholde de retningslinjer, der er skitseret ovenfor, hvad enten adskillelsen er total (punktum eller afsnit), eller den blot er markeret med semikolon eller tankestreg.

*Hovedregler og
undtagelser*

Særlige spørgsmål knytter sig til hovedregler og undtagelser. En “undtagelse” er en del af retsfaktum, der udskilles fra en anden del, fordi den skal behandles anderledes. Hvad der er undtagelser, henholdsvis præciseringer, er ikke altid klart. En “undtagelse”, som blot knytter nogle præciserende bemærkninger til den udskilte del, er ingen undtagelse, eftersom den ikke *fraviger* hovedreglen. Sådanne bestemmelser er farlige, fordi de uberettiget kan blive opfattet som undtagelser. Er der behov for en præcisering af en del af en bestemmelse, men ikke for at behandle den anderledes, bør der enten opstilles to sideordnede regler eller etableres en klar struktur med hovedregel og undtagelse. En tredje mulighed er at anføre, at præciseringen alene sker for at afskære fortolkningstvivel.

Placering

Undtagelsesregler bør placeres i umiddelbar forlængelse af den hovedregel, de fraviger: Først hovedregel, derpå undtagelse. En korrekt opbygning lyder: “Som hovedregel er A forpligtet til x. Dette gælder dog ikke, hvis y.” Det forekommer både usystema-

tisk og tungere at skrive: “Bortset fra *y* tilfælde, er det tilladt A at *x*”, men en sådan opbygning *kan* efter omstændighederne være velplaceret. En undtagelse bør heller ikke placeres midt i den sætning, undtagelsen fraviger.

Det kan være uklart, hvad der modificeres i en sætningsdel. Ord som “dette” (jf. eksemplet ovenfor), “på denne vis”, “tilsvarende”, “i overensstemmelse hermed” og “følgelig” kan sløre, hvad der tales om og konkluderes ud fra. Her gælder samme principper som anført ovenfor om brug af pronominer: Er der risiko for den mindste tvivl om, hvad en henvisning sigter til, bør der slet ikke henvises, men sigtemålet bør angives i rene ord.

3.7.e. Ordvalget i øvrigt

Jurister har en forkærlighed for abstrakte ord. Måske fordi det er så vanskeligt at fange virkeligheden i en sproglig beskrivelse, vælger vi gerne ord med uklare konturer for at karakterisere det, vi ikke umiddelbart ser for os. Dette fører til en overdreven og ikke altid velovervejede brug af ord som “grundlag”, “omstændighed”, “karakter”, “relation” og “beskaffenhed”.

Abstrakte ord

Der er intet i vejen for at formulere en sætning på en måde, så den efterlader tvivl (dvs. er *upræcis*), hvis blot den er logisk og forståelig (dvs. *klar*). En generalklausul er f.eks. *upræcis*, men den er klar ved at angive, hvordan retsanvenderen skal gå frem. En ulogisk bestemmelse er derimod uklar, fordi den typisk kan forstås på vidt forskellige måder, alt efter hvilken forståelse man lægger til grund. Koncipisten bør tilsigte så høj grad af klarhed som muligt, men når det gælder præcisionen, er det en del af konciperingens kunst at finde den rette balance mellem det præcise og det generelle. Vælger koncipisten en *upræcis* formulering, bør han anvise en vej til at udfylde den, enten ved at give en troværdig tredjepart en fortolkningskompetence eller ved at angive nogle kriterier, der kan indgå i den relevante afvejning.

PECL art. 1.302 fastslår f.eks., at “reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.”

Adverbier

Manglende præcision kan skyldes de adverbier, der anvendes uden tanke på deres upræcise funktioner. Ofte bruges disse adverbier, fordi de er indarbejdede (af os selv eller af tidligere generationer af jurister), uden at de nødvendigvis tjener deres formål. I det følgende omtales nogle af dem:

“Da” og “fordi”

”*Da*” betyder på dansk noget så forskelligt som “fordi”, “den gang” og “i så fald”. Som regel er koncipisten ikke i tvivl om, hvilken mening, der skal lægges til grund, men det kan læseren være. Kan der opstå den mindste risiko for tvivl, bør “da” erstattes med et af disse synonymmer eller omskrives i en forklarende bisætning.

“Det”

”*Det*” er et tilsyneladende uskyldigt ord, anvendt som selvstændigt henvisningspronomen. Men “det” har meget på samvittigheden. Ligesom “man” bruges “det” ofte i mangel af mere præcise henvisninger til f.eks. en regel, en konklusion, et udsagn, en sammenhæng, eller andet. Denne virkning afsløres, hvis “det” forsøges erstattet med det mere forpligtende “dette”. Tag f.eks. vort indarbejdede “det må antages”. Hvem antager – forfatteren, læseren, domstolene? Sådanne dissektioner kan ofte afsløre, at koncipisten ikke har tænkt sit udsagn igennem. Mange af de vendinger, der typisk sættes i passivform i kombination med “det”, kan i øvrigt helt undgås, f.eks. indledningsord som “det bemærkes” og “det tilføjes”, som ingen mening har, eftersom læseren jo kan se, hvad der “bemærkes” og “tilføjes”.

En uskøn formulering forvoldt ved en passivvending lyder således: “Levering anses for sket, når udstyret er installeret hos kunden, og det er eftervist, at det opfylder kravene i bilag 2”. For de fleste forhold fremkalder formuleringen næppe tvivl, men da ydelsen angår en mangfoldighed af bestanddele (f.eks. også produktbeskrivelser og brugervejledninger mv.), rummer formuleringen talrige tvivlsspørgsmål.

“Der”

En tilsvarende fare rummer adverbiet “*der*”. Skriver man, at “*der*” *er, skal, kan, eller bør* ske et eller andet, må sætningen nødvendigvis pege på, hvad “*der*” skal ske. Denne centrale komponent bør bringes frem som den aktive ingrediens i sætningen. Det samme gælder ordene “*i givet fald*”. Denne vending er enten helt overflødig, for så vidt som al regulering nu engang tager sigte på noget, der sker, og som for så vidt er et “givet” tilfælde eller

“fald”. Ser man bort fra denne forståelse, kan ordene forstås som en hændelse, der ikke præciseres nærmere. I så fald bør vendingen kun anvendes, hvis der ikke kan herske nogen tvivl om henvisningen.

Visse ord og vendinger kendetegnes ved engang at have haft en alment kendt betydning, uanset at de nu helt har forladt dagligsproget. Mange jurister, navnlig fra ældre generationer, ynder at gøre brug af forældede vendinger som “derhos”, “erholde”, “begære” og “erlægge”. I dag er den slags vendinger bandlyst. At de alligevel ofte bruges, hænger sammen med, at det juridiske sprog har en tendens til at overvintre gennem generationer, fordi mange retskildetekster stammer fra svundne tiders sprogbrug. En anden faktor er den udbredte brug (og genbrug) af paradigmaer for bestemte aftaletyper, f.eks. i den tidligere Hindenburgs Formularbog – nu *Juridisk Formularsamling* (udgivet elektronisk) og *Juridisk Formularbog* (trykt).

Forældede ord

Forældet juridisk sprogbrug bør aldrig anvendes på bekostning af juridisk klarhed. I visse tilfælde er brugen af sådanne udtryk ligefrem *misvisende*, f.eks. som når en testator “som min sidste vilje” foretager testamentariske dispositioner, uagtet arvelovens § 67, stk. 1, tillader testator at tilbagekalde eller ændre sit testamente i overensstemmelse med reglerne om oprettelse af testamente. I andre består den eneste skadevirkning i, at de er *tunge*.

Nedenfor følger en liste over sådanne vendinger med forslag til synonymmer, der kan erstatte dem:

angående	om
anvende	bruge
begære	anmode, ansøge, spørge eller ønske
bemeldte	nævnte
den omstændighed, at	(kan som regel udelades)
dersom	hvis
drage omsorg for X	(kan som regel erstattes med verbumform af X)
eftersom	fordi
erlægge	betale
finde sted	ske
finde anvendelse	anvende
for så vidt angår	(kan som regel udelades)

3.7. AFTALENS SPROG

forefindes	er, findes
fornøden	nødvendig
forpligtelse	pligt
forud for	før, inden, indtil
følgelig	derfor, altså
have kendskab til/viden om	kende/vide
hvorfor	fordi, derfor
i lighed med	ligesom, som
i tilfælde af	hvis
indeværende	dette
kan siges at vide, have etc.	ved, har etc.
kontrahere	handle, indgå aftale
nærværende	dette, denne, disse
opnå	få
præstation	ydelse
præstere	yde
på nuværende tidspunkt	nu
på daværende tidspunkt	da, dengang
samt	og
samtlige	alle
såfremt	hvis
såsom	som f.eks.
tillige	også
tilstille	sende
udrede	betale, forklare
vedkommende	han, hun, dette/denne (om juridisk person)
vedrørende	om
vil være at	skal

Redundante ord

Dansk juridisk sprogbrug er ikke hærgnet af redundante ord, dvs. ord, der hver for sig fremstår med deres eget indhold, men som ved nærmere eftersyn viser sig at være synonyme. Enkelte eksempler herpå er ordsammenstillinger som “alle og enhver”, “hver og en”, “er og forefindes” og “sælger, skøder og overdrager”. Redundante vendinger forekommer derimod hyppigt i anglo-amerikansk jurasprog. Forklaringen er vistnok, at britiske jurister typisk har haft flere sprog at vælge imellem. Oprindeligt keltisk og skandinavisk, senere engelsk og latin, og endnu senere engelsk og fransk. Man anvendte så én vending fra hvert sprog – enten

for at præcisere, men undertiden også for at fremhæve betydningen, jf. i det hele den historiske redegørelse hos *Mellinkoff: The language of the law* (1963), part two.

Vor tilvænning til den slags parvise ytringer leder undertiden til utilsigtede resultater. Et eksempel herpå er de procesaftaler, der ofte indgås uformelt mellem advokater. Ifølge retsplejeloven er det nødvendigt at indgå aftale på klientens vegne om, at stævningen ikke sendes til forkyndelse. Sådanne aftaler udtrykkes ofte ved, at sagsøgt advokat skriver til sagsøgerens advokat, at “kald og varsel frafaldes”. Med “kald” sigtes til stævningsforkyndelsen, jf. retsplejelovens § 350, men “varsel” omhandler stævningsvarsel, der ifølge lovens § 351, stk. 1, er på to uger fra forkyndelsen! Direkte forespurgt vil de færreste advokater formentlig være parate til at tage den fulde konsekvens af den således indgåede procesaftale.

I visse tilfælde kan et aftalevilkår med fordel gentage, hvad der i øvrigt følger af aftalen eller af baggrundsretten. Gentagelsen tjener da det formål at pointere, at en pligt består (selv om dette altså er givet). Denne pointering kan så danne springbræt for særskilte regler, der viser tilbage til det sted, forpligtelsen er fastslået.

*Systematisk
redundans*

Når aftalens tekst er færdig på papiret, kan det være nyttigt for koncipisten at efterkontrollere den. En særlig metode til kvalitetssikring kan her være at læse teksten op for at sikre sproglig konsistens. Oplæsning vil ofte afsløre fejl, som af forskellige grunde holdes skjult, når sproget foreligger på skrift. Sidste gerning, inden papiret forlader koncipistens hænder, består i at læse korrektur på enkelte ord. En stavekontrol via tekstbehandling fanger kun grove fejl. Den menneskelige korrekturlæsning kan fokusere på, om ord og vendinger er brugt korrekt. For særligt kritiske dokumenter kan flere efterfølgende korrekturlæsninger være nødvendige. Den stadige bearbejdning af et dokument kan udvikle en blindhed over for egne fejl. Nogle søger at imødegå dette ved at læse korrektur nedefra, så øjet ikke forledes af hjernen til at opfatte, hvad der forventes at stå.

Efterkontrol

4.1. Pligtens indtræden

4.1.a. Aftaleslutningens begreb og funktion

*Aftaleslutning og
aftaleindgåelse*

Begreberne “aftaleslutning” og “aftaleindgåelse” beskriver fra hver sin vinkel overgangen fra aftaleforhandling til aftalepligt. Begreberne er ikke synonyme: Ved at sige, at aftale “sluttes”, beskriver man afslutningen på den forudgående forhandling. Det giver kun mening, hvor der har været et forhandlingsforløb (man slutter ikke aftale om køb af en pakke tyggegummi!). Siger man, at aftale er “indgået”, refererer man til det katalog af pligter, som parterne nu går ind i. En aftale kan for så vidt godt være *indgået*, uden at forhandlingerne er afsluttet (der kan f.eks. tænkes at henstå forhandlinger om detaljer, som parterne er enige om ikke skal stå i vejen for aftalen). Begge begreber udtrykker, at aftalen nu får virkning som en *retsregel* mellem dens parter og – undertiden – tredjemand, jf. nærmere afsnit 2.3.a. Herudover vil aftaletidspunktet ofte være det tidspunkt, der er afgørende for den *skatteretlige vurdering*, jf. nærmere afsnit 5.5.b., herunder navnlig reglerne om skattemæssig periodisering.

Regulering

Reglerne om hvornår aftale anses for indgået, behandles i den grundlæggende aftaleret, se *Grundlæggende aftaleret*, kapitel 3. Som anført her (s. 142 f.) passer det mønster for aftaleslutning, som disse regler fokuserer på (og som i vid udstrækning forudsætter en aftaleslutning som nævnt i aftalelovens kapitel I), langt fra på alle erhvervslivets transaktioner. Hovedparten af de aftaler, der f.eks. giver anledning til advokatbistand i den *praktiske aftaleret*, vil være komplicerede aftaledokumenter, som ikke meningsfuldt kan beskrives i termer som “tilbud” og “svar på tilbud”, se f.eks. afsnit 4.3.c. om *closing*.

Grundkravet

Ikke desto mindre bygger aftaleloven på nogle grundlæggende principper – klart udtrykt i den engelske vending “*the meeting of the minds*” – der finder anvendelse, uanset kompleksiteten af den

pågældende transaktion eller den aftalte regulering. Som nævnt i *Grundlæggende aftaleret*, s. 75, er det bl.a. afgørende for, om der foreligger en viljeserklæring – og dermed en aftaleretlig pligt – hvordan modtageren med rette måtte opfatte det pågældende udsagn mv. En væsentlig faktor er her de ord og vendinger eller andre symbolske handlinger, som parterne typisk vælger at udveksle med hinanden – enten udtrykkeligt eller gennem forskellige former for *markeringer*.

Som nærmere uddybet i afsnit 2.3. og afsnit 2.4.c. beror det på *lovgivningen* (herunder aftaleloven), på gældende *sædvaner* (f.eks. en almindeligt anerkendt opfattelse af, hvorledes man optræder i et auktionslokale) og på parternes egne *dispositioner*, hvornår en aftale anses for *indgået* (og en aftaleforhandling dermed for afsluttet). I kapitel 2 så vi, hvornår sådanne regler sætter grænser for parternes optræden under aftaleforhandlingen. Kapitel 3 beskrev, hvordan den aftale, der herefter indgås, bedst sættes sammen. I dette kapitel omtales den *fremgangsmåde* og nogle af de *aftalevilkår*, der regulerer forholdene omkring aftaleindgåelsen og aftaleslutningen.

4.1.b. Den mundtlige aftale

Lovgivningen opstiller i almindelighed ikke krav om, at aftaler skal være manifesteret i en særlig *form* (skriftligt eller ved andet varigt medium) eller underkastes en særlig *procedure* (tinglysning, godkendelse eller registrering mv.). Krav om skriftlighed findes på områder, hvor der er særlige hensyn at varetage til *forbrugere* (kreditaftalelovens § 8, forbrugeraftalelovens § 13), *præsumptivt svage aftalparter* (funktionærlovens § 2, stk. 6, § 5, stk. 2, og §§ 18-18a, handelsagentlovens § 30 og lejelovens § 4) eller *tredjeparter* (AFTL § 16).

*Retlige
begrænsninger*

Tilsidesættelse af sådanne formkrav medfører sjældent ugyldighed, men ledsages ofte af en hjemmel til at pålægge økonomiske sanktioner af anden art. EU-baserede formkrav sanktioneres f.eks. ofte gennem en pligt til at betale godtgørelse. Uden en sådan hjemmel vil det typisk være vanskeligt at kompensere den “krænkede” part økonomisk. Der vil sjældent foreligge noget *tab*, som kan erstattes økonomisk. Derimod kan den manglende efterlevelse af formkravet få *bevisretlig* betydning. Se bl.a. *U 1973.803 SH* (om mundtlig opsigelse iht. funktionærloven) *U 1991.765*

V (EFG-aftale ugyldig, da den ikke var skriftlig), *U 1988.16 H* (EFG-lovens skriftlighedskrav gjaldt ikke) og *U 1981.81 H* (aftalt skriftlighed).

Benyttelse

De fleste aftaler *afsluttes mundtligt*. Selv om mundtlige aftaler er fuldt lige så gyldige som *skriftlige*, kan de i sagens natur være vanskelige at bevise. Der er grænser for, hvor meget og hvor detaljeret man kan udtrykke sig sammenhængende mundtligt. Derfor vil mundtlige aftaler i praksis være langt mindre specifikke end skriftlige.

Hvornår en part forpligtes mundtligt, vil som regel følge af situationen og af gældende sproglige og sociale konventioner. At parterne har haft et udkast til skriftligt aftaledokument foran sig med henblik på underskrivelse uden dog at underskrive, efterlader en stærk formodning for, at aftalen *ikke* er indgået før underskrivelsen, selv om alle ydre omstændigheder (f.eks. parternes afklaring af, at betingelser er opfyldt, mv.) viser, at de i princippet er enige om alt. Selve signalet om, at enigheden besegles af en underskrift, viser, at de frem til dette tidspunkt ikke har forpligtet sig som aftaleparter. Kun i helt særlige tilfælde, hvor parterne rent faktisk giver sig til at opfylde aftalen og dermed optræder som aftaleparter, kan dette udgangspunkt fraviges, se f.eks. *U 2013.736 H*. Men selv da vil den manglende underskrift på aftaleudkastet efterlade tvivl om, hvorvidt enkelte vilkår heri, som ikke har været forhandlet mundtligt, også er bindende.

Udformning

Parternes valg af ord, markeringer, symboler og medier ved aftaleindgåelse og -slutning må træffes i lyset af de sædvaner, der hersker på området, jf. til illustration *U 2015.213 SH*. Selve begrebet "viljeserklæring" signalerer en *manifestation* af afgiverens vilje, der lader modtageren forstå, at afgiveren ønsker at forpligte sig. Hvordan denne manifestation skal lægges frem, beror bl.a. på, hvordan man forventes at kommunikere i den pågældende sammenhæng, og på transaktionens *værdi og formål*, herunder hvilke *risici* parterne er parate til at påtage sig. *Symboliske handlinger*, som f.eks. at give håndslag eller at lægge et kontantbeløb på bordet, vil ofte være tilstrækkelige.

Fordelen ved den mundtlige form ligger i dens fleksibilitet og hurtighed, navnlig i dialog. Har parterne fuldt overblik over, hvad de forpligter sig til, og kan disse vilkår mv. let bevises, kan det være helt overflødigt at indgå aftale skriftligt, uanset hvilke

værdier der er på spil. F.eks. indgås dagligt aktiehandler om store beløb via mundtlige telefonordrer (som aktiehandleren dog af bevishensyn typisk foretager lydoptagelser af).

Ulempen er derimod, at den mundtlige form – hvis man ser bort fra de særlige tilfælde, hvor samtaler optages på lydfil mv. – ofte giver bevisvanskeligheder, jf. til illustration *U 1988.305 H* (godkendelse af betalingsoverførsel ikke anset for meddelt telefonisk). Bevisproblemerne stiger, jo længere der går mellem aftaleindgåelse og -opfyldelse. I løbende aftaleforhold kommer andre bevisfaktorer så til. Bl.a. får det betydning, hvordan parterne rent faktisk opfylder aftalen, jf. nedenfor s. 189 f.

Det kan for det *første* være vanskeligt at dokumentere, at en mundtlig aftale overhovedet er *indgået* (hvis den anden part senere bestrider, at de pågældende ord er sagt eller den nævnte markering afgivet). For det *andet* kan det være vanskeligt at bevise *indholdet* af en mundtlig aftale – herunder de anvendte formuleringer mv. – som man dog erkender er indgået. Og selv om man kan, kan det være vanskeligt at bevise den del af den mundtlige aftale, der fandt udtryk i kropssproget og i den måde, hvorpå ord, vendinger, begreber og ordkombinationer indgik i samspil med hinanden.

I praksis er muligheden for at føre tekniske beviser for mundtlige aftaler kun aktuel, når det er kommet til en retstvist. En part kan straffrit *lydoptage* sine telefonsamtaler eller andre af sine samtaler, jf. straffelovens § 263, stk. 1, der kun straffer den, der aflytter eller optager telefonsamtaler eller anden samtale “mellem andre”. Men som bevismiddel er lydoptagelsen upraktisk og i nogen grad ydmygende. Kommer den slags bevismidler på bordet, har parternes forhandlingsklima allerede lidt overlast. Foreligger en brugbar lydoptagelse, kan den dog føres som bevis, se hertil *U 1991.881 Ø* (straffesag), ligesom den kan blive genstand for pålæg om edition, jf. *U 2011.399 Ø*.

På visse områder er der tradition for at lydoptage telefonsamtaler. Det gælder som nævnt f.eks. inden for værdipapirhandel og ved kunderådgivning i pengeinstitutter. At *pengeinstitutter* hyppigt foretager sådanne optagelser vil typisk fremgå af deres almindelige forretningsbetingelser. Denne praksis bør derfor ikke overrumple kunden. Ifølge pkt. 17.4. i de Advokatetiske Regler, der er udarbejdet af Advokatrådet til anvendelse

Bevisproblemer

*Særlig
bevissikring*

4.1. PLIGTENS INDTRÆDEN

fra 1. oktober 2011, må *advokater* ikke optage eller medvirke til optagelse af telefonsamtaler eller andre kommunikationer på lydbånd eller lignende, uden at den anden part eller de andre deltagere på forhånd har samtykket i optagelsen.

*Forkontrakter
mv.*

Er parterne enige om deres aftale, og er de også enige om at nedfælde den på skrift, vil der være en mellempriode, hvor de kun råder over en mundtlig aftale, fordi skriftlig nedfældelse endnu ikke er sket. For at løse de bevisretlige problemer, der dermed kan opstå om aftalens indgåelse og indhold, kan det være hensigtsmæssigt – som en midlertidig løsning – at udarbejde et “*letter of commitment*” eller en forkontrakt, der fastslår de væsentligste elementer (“*main terms*”) i den opnåede enighed, idet detaljerne udskydes til senere forhandling og koncipering. Opstår der en grundlæggende uenighed om, hvordan detaljerne i den skriftlige aftale skal formuleres, må dette spørgsmål afklares ud fra den mundtlige aftale, hvis ikke parterne har henskudt dette spørgsmål til afgørelse hos en troværdig tredjepart, jf. herom s. 107 f.

*Aftale-
bekræftelsen*

Ikke sjældent *bekræftes* indgåede aftaler ved senere korrespondance mellem parterne. I mangel af andre – i og for sig sikrere og enklere, men for den almindelige omgang mere problematiske – bevismidler er aftalebekræftelsen et praktisk middel til at bevissikre en mundtlig vedtagelse. Når en aftalebekræftelse *konciperes*, er det vigtigt med præcise markeringer. Modtageren vil jo som oftest læse bekræftelsen ud fra *sin* opfattelse af, hvad der er passeret. Floromvunden sprogbrug, der i høflighedsfraser takker for den konstruktive forhandling el.lign., kan *sløre* den retlige betydning af en markering og medføre usikkerhed om, hvad markeringen dækker. Omvendt kan en utvetydig bekræftelse *afsløre*, at parterne ikke havde samme opfattelse af vedtagelsen.

Advokatens rolle

Det anses almindeligvis for god advokatskik, at advokater bevissikrer mundtlige aftaler ved *skriftlighed*, se *Advokatretten* (2005), s. 219 og 753 f. Pligten sanktioneres dels disciplinært i Advokaternævnet, dels erstatningsretligt, hvis advokaten kommer i bevisnød under en erstatningssag rejst af klienten for professionsansvar. Når en mundtlig aftale er indgået under bistand af en advokat, er det derfor sædvanligt, at den efterfølgende bekræftes i et brev eller en e-mail fra den advokat, der har ført forhandlingen for klienten.

Praksis stiller ganske skrappe krav til den part, der modtager en aftalebekræftelse, om at reagere herpå for ikke at blive grebet af en aftalepligt i kraft af passivitet. Se *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.3.a., og dommene i *U 1974.119 H* og *U 1980.170 H*, men herimod *U 1990.606 H*, der ikke anså ordrebekræftelsen som tilstrækkeligt klar. Pligten til at melde fra over for en markering, man ikke kan vedkende sig, er i øvrigt udtrykt i AFTL §§ 4, stk. 2, og 6, stk. 2, om for sen og uoverensstemmende accept. Hvis begge parter "bekræfter" en mundtlig vedtagelse med hver sit indhold uden herefter at protestere, opstår den uløselige situation, der kendes fra *the battle of the forms*, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.3.i.

Passivitet

I nær forbindelse med denne afslutningsform er den blotte *efterlevelse* af aftalen. Kan man ikke på andet grundlag fastslå, at der er afgivet et løfte eller indgået en aftale, vil selve aftaleopfyldelsen kunne opfattes som viljeserklæring. En part, der ikke mener, at aftale er indgået, må derfor reagere, når modparten tager skridt til at præstere de ydelser, aftaleforhandlingen omhandler, jf. princippet i AFTL § 6, stk. 2. Reagerer parten, og bør den præstationsivrige modpart dermed indse, at der er tvivl om aftalegrundlaget, indebærer det vedblivende forsøg på at præstere ikke, at aftale anses for indgået.

Faktisk opfyldelse

I *U 2003.393 H* havde en bygherre konsekvent fastholdt, at han ikke ville acceptere det princip for betaling for noget arkitektarbejde, som en arkitekt gjorde gældende, idet han ønskede betalingen maksimeret. Alligevel præsterede arkitekten sit arbejde. Højesterets flertal fandt, at arkitekten havde haft en pligt til at tilkendegive sin stilling over for bygherrens klart udtrykte og konsekvent fastholdte maksimeringskrav. Ved at undlade dette havde arkitekten affundet sig med en sådan betaling og fortabt adgangen til at kræve yderligere betaling.

Ofte gengives en mundtlig aftale i et referat fra det møde, hvor aftaleforhandlingen fandt sted og aftalen sluttedes. Sådanne referater kan skabe en hensigtsmæssig og fleksibel mellemløsning mellem den skriftlige og mundtlige aftale. For at signalere denne mere forpligtende funktion benævnes sådanne referater ofte "protokollater". Som anført af *Lego Andersen* (2002), s. 30 f., anvendes protokollater typisk i tre situationer: For det første, når

Referater og protokollater

parterne i *sidste øjeblik* ændrer et aftaledokument, som i øvrigt er tiltrådt, underskrevet og formaliseret. For det andet, når der er tale om bestemmelser af rent *midlertidig* betydning. Og for det tredje, når den del af aftalen, der omtales i protokollater, skal underkastes særlig *diskretion* (sml. hermed afsnit 1.3.e. om *side letters*).

Man bør være varsom med at anvende protokollater, hvis der er i aftaleteksten findes en *integrationsklausul*. Som anført s. 132 f. indebærer en sådan klausul, at den nedfældede aftale antages at manifestere *hele* aftaleforholdet mellem parterne. Hvis ikke parterne udtrykkeligt tiltræder protokollatet og gør det til et aftalebilag, er der risiko for at en af de berørte senere fragår referatet. Er referatet fremsendt til *orientering* eller *godkendelse* hos de implicerede, vil dets bevisværdi altid være stærkere end værdien af den “vidneforklaring”, der ligger i og med referentens gengivelse af det passerede.

4.1.c. Skriftlighed

Aftale og kommunikation

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.1.b., kan en aftale betragtes som en kommunikationshandling, manifesteret ved en *ytring* (en meddelelse), der ved hjælp af et *sprog* (f.eks. dansk) fæstnes til et *medium* (f.eks. papir). For at denne kommunikationsproces kan lykkes, kræves det, *at* parterne har adgang til det medium, der manifesterer aftalen (f.eks. teksten på et stykke papir eller erindringen om en samtale), *at* man via mediet kan genskabe (læse, erindre) de vilkår, som parterne i sin tid enedes om, og *at* parterne (fortsat) fastholder den sprogbrug (de begreber og formuleringer), som de anvendte, da de konciperede aftalen. Disse tre krav er ikke alene essentielle for læren om aftalekoncipering, men også for parternes valg af det rette aftalemedium.

Er der afstand – målt i tid og rum – mellem det tidspunkt, hvor aftalen bliver til, og til den læses, kan den aftaleretlige kommunikation opfattes således, at parterne ved aftaleslutningen “afsender” et budskab til sig selv, som de “modtager” den dag, de måtte have brug for at afklare deres retsstilling. I visse tilfælde afsendes budskabet også til tredjeparter (f.eks. underleverandører eller offentlige myndigheder), ligesom det kan tænkes viderekommunikeret i parternes respektive organisation. I alle tilfælde

må aftalemediet opfylde visse krav om *tilgængelighed* (man må kunne få tag i det) og *sikkerhed* (den lagrede information må ikke i mellemtiden være forandret).

Skriftlige aftaler benyttes navnlig (1) ved længerevarende retsforhold, (2) hvis aftalen ikke kun har retsvirkninger for de forhandlende parter (f.eks. fordi der skal iværksættes en formel procedure i form af tinglysning eller selskabsregistrering), eller (3) hvis parterne har lagt særlig vægt på enkelte vendinger mv. Selvom skriftlighed som hovedregel ikke er en gyldighedsbetingungelse, kan dokumentformen (papirbaseret eller digital) være nødvendig for at opnå en bestemt retsvirkning, f.eks. tinglysning eller selskabsregistrering.

Benyttelse

At den *skriftlige* form gennem generationer har været et så udbredt aftalemedium, skyldes papirets enestående evne til enkelt og effektivt at lagre, kommunikere og genskabe nedfældet aftaleinformation. Papiret er forholdsvis enkelt at befordre. De standarder (herunder A4-formatet), der anvendes, er i praksis uforanderlige. Og papirmediet bevarer data over lange tidsforløb. Ved den symbolik, der omgiver dets håndtering (underskrivelse, forsegling mv.) tjener det dernæst til at *advare* parterne om, hvornår der foreligger en forpligtende tilkendegivelse. Dertil kan selve den skriftlige form have en *pædagogisk effekt* på koncipisten, da det skrevne langt klarere end det talte ord manifesterer tanken. I visse tilfælde kan skriftlighed være *påtvunget* af hensyn til tredjemand (f.eks. underleverandører, offentlige myndigheder, kreditorer eller andre). Omvendt vil domstolene undertiden opfatte manglende skriftlighed som udtryk for, at parterne ikke er blevet enige om at indgå aftale, se f.eks. *U 1954.1055 SH*, men modsat *U 1985.81 Ø*.

Fordele

Men papiret rummer også usikkerheder. Nogle af disse usikkerheder kan parterne reducere ved koncipering og aftaleslutning. Som nærmere anført i afsnit 3.4.c. bør parterne sikre sig, at de papirer, der udmønter aftalen, *samles*, f.eks. i et ringbind, og at aftalen gennem oversigter og henvisninger gør det klart, hvilke papirer der har retlig betydning. Heri kan ligge en væsentlig og vanskelig oprydningsopgave, hvor udkast og beskrivelser, som ikke skal have denne funktion, skilles ud. Når dette arbejde er gjort – men ikke før – kan det være relevant at fastslå afgræns-

Ulemper

ningen af de gældende vilkår mv. i en *integrationsklausul*, se her-
til s. 132 f.

*Aftalt
skriftlighed*

En aftale vil ofte pålægge parterne at udfærdige efterfølgende aftaler, der korrigerer eller reviderer den indgåede aftale, skriftligt. Hvis ikke et sådant vilkår udtrykkeligt sanktionerer overtrædelser, må det antages, at det blot skal opfattes som en ordensforskrift, hvis overtrædelse ikke har karakter af selvstændig misligholdelse, men derimod blot – ud fra en konkret vurdering – kan tænkes at få bevismæssig betydning, jf. *Kaasen* (2006), s. 868 ff., om den bestemmelse, der i dag findes i *NTK 07* art. 36.1.

4.1.d. Digital aftaleindgåelse

Problemstillingen

Stadigt flere aftaler indgås ved hjælp af elektroniske medier til aftaleindgåelse, f.eks. e-mail, web-baseret kommunikation, netbanksystemer, SMS eller via sociale medier. Den teknologiske udvikling har ført markederne til at til- og fravælge sådanne medier alt efter deres sikkerhed og udbredelse. Hvor man for blot få årtier tilbage benyttede telefax og telex, er disse medier i dag uden enhver praktisk betydning, se nærmere *IT-retten*, kapitel 19, og *Eivind Einersen* (1992). På en række punkter er de moderne elektroniske medier sikrere og mere effektive end papirmediet: Med et it-sikkerhedssystem, der er implementeret og anvendt korrekt (f.eks. et system til digital signering), er utilsigtede ændringer og forfalskninger af dokumenter langt vanskeligere end i papirets verden. Hertil kommer muligheden for langt enklere at genskabe og formidle en digital tekst end ved de procedurer, man må gennemgå i papirets verden (nedfældelse og underskrivelse, forsegling og opbevaring etc.). Derfor er den kommercielle kommunikation i dag elektronisk, og denne praksis understøttes af et væld af offentligretlige regler, der udtrykkeligt anerkender elektronisk kommunikation i forholdet til det offentlige.

E-handelsloven

På enkelte punkter lægger lovgivningen grænser for, hvordan erhvervsdrivende skal kommunikere elektronisk. En hjemmeside, der anvendes til “informationssamfundstjenester” (dvs. kommercielle tjenester, der leveres online), skal opfylde de krav, der følger af e-handelsloven, lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk han-

del. Ifølge denne lovs § 11 skal en tjenesteyder, inden en ordre afgives, stille hensigtsmæssige, effektive og tilgængelige tekniske hjælpemidler til rådighed for tjenestemodtageren, hvorved denne får mulighed for at finde og rette indtastningsfejl, jf. § 11, stk. 1. Ligeledes skal tjenesteyderen stille kontraktbetingelser og generelle salgsbetingelser til rådighed på en sådan måde, at en tjenestemodtager har mulighed for at oplagre eller gengive disse.

Den helt afgørende udfordring for den virksomhed, der ønsker at indgå aftale elektronisk, er, om denne kommunikation – når den udvirker en bestilling – har resulteret i en gyldig *viljeserklæring* fra kunden. På internetrelaterede medier og mobile platforme vil kunden ofte udpege sin ydelse ved at navigere rundt på et netsted og foretage sine valg med klik med markøren, hvor grænsefladen tillader accept, betaling etc. Sådanne aftaler betegnes undertiden “*point and click*”-aftaler eller (hvis det på forhånd er angivet, at man ved at klikke anerkender den regulering, der er pakket ind i den pågældende ikon) “*click-wrap*”-aftaler.

Det må forventes, at domstolene vil foretage en indgående prøvelse af, om sådanne “klik” reelt er udtryk for afgiverens vilje, hvis der senere opstår tvivl om, hvorvidt aftale er indgået. En accept, der er afkrævet brugeren under omstændigheder, hvor brugeren slet ikke har set de vilkår, han påstås at have accepteret, vil som hovedregel kun være forpligtende, i det omfang vilkårene rummer sædvanlige udfyldende regler, eller hvis brugeren på andet grundlag måtte gå ud fra, at en sådan regulering ville gælde. Omvendt er der en formodning for, at kunden (og forbrugeren) er bundet, i det øjeblik han afgiver kreditkortoplysninger eller på anden måde igangsætter en betaling.

Et andet spørgsmål er, om salgsmateriale på en hjemmeside rummer en opfordring eller et tilbud, se hertil *IT-retten*, 19.2.a., og dommen i *U 2003.907 V*. Som her anført beror det på en række konkrete forhold, om en internetannonce skal betragtes som et tilbud eller som en opfordring. Se hertil *Kim Frost* i *U 2003B*, s. 359 ff.

Hensynet til at sikre aftaleretlig bundethed taler for at operere med korte og klare tekster på netstedet og at placere “accept”-funktionen i bunden af teksten, så den skal gennemløbes, inden kunden accepterer. Acceptfunktionen bør ligeledes fremstå som et reelt valg, så brugeren kan fravælge den uden

Viljeserklæring?

Opfordring eller tilbud?

Praktisk udformning

dermed at skulle lukke hele systemet ned. Den bør ligeledes fremstå som et løfte (f.eks. med formuleringer som “Jeg accepterer”), ikke blot som en “fortsæt”-kommando. Hvis netstedet lader brugeren indtaste grundlaget for et automatiseret tilbud, er dette tilbud normalt forpligtende, selv om tilbuddet beror på en systemfejl. Se herved *U 2009.2007 V*.

De nordiske forbrugerombudsmand har senest i maj 2010 udsendt et fælles “Standpunkt til handel og markedsføring på internettet”, som bl.a. indeholder en vejledning om, hvorledes funktionalitet til elektroniske aftaler skal udarbejdes. Vejledningen er tilgængelig fra Forbrugerombudsmandens hjemmeside, www.forbrugerombudsmanden.dk.

Kommunikationsaftaler

I vedvarende kommercielle samhandelsforhold, der forudsætter et løbende antal elektroniske bestillinger, kan det være hensigtsmæssigt for parterne at afklare den tvivl, der måtte opstå om aftaleforpligtelsen, ved at indgå såkaldte kommunikationsaftaler, se herom afsnit 5.3.d. Er en sådan aftale ikke indgået, må vurderingen af, om der foreligger en gyldig viljeserklæring, baseres på almindelige aftaleretlige principper. I relation til forbrugere kræves dog også, at vidtgående eller uforudsete vilkår i en sådan aftale er tydeliggjort for forbrugeren inden aftaleindgåelse.

4.1.e. Tiltrædelsesforbehold mv.

Selve underskrivelsen af et aftaledokument indebærer ikke nødvendigvis, at dokumentet er *forpligtende som aftale*. For det første kan aftalen være ugyldig, herunder efter aftaleretlige regler. For det andet kan det tænkes, at underskriveren ikke også er aftalepart og ikke har haft den fornødne beføjelse til at binde aftaleparten. Disse sidste tilfælde skal behandles i det følgende.

Fuldmagtstilfælde

Aftaler indgået via fuldmægtig vil altid efterlade en vis tvivl om, hvorvidt hovedmanden (aftaleparten) er bundet. En sådan tvivl kan enten angå omfanget af fuldmægtigens *legitimation*, som udtrykt i *fuldmagtsdokumentet* (AFTL § 10, stk. 1) eller understået ved fuldmægtigens *stilling* (AFTL § 10, stk. 2). Eller den kan dreje sig om, hvorvidt en disposition inden for fuldmagtens *legitimation* er i strid med fuldmagtsgiverens *forskrifter*, hvorved dispositionen ikke vil binde hovedmanden over for en ondtrøende medkontrahent (AFTL § 11).

Den slags tvivl er navnlig utålelig, hvis aftaleforholdet skal være gældende i længere tid. Derfor må den afklares. En sådan afklaring gennemføres mest effektivt ved at lade fuldmagtsgiveren tiltræde aftaledokumentet på et tidspunkt efter fuldmægtigens underskrivelse. Men inden denne tiltrædelse foreligger, må de retlige rammer for den lægges til rette. Dette kan ske på flere måder:

Har den part, der har forhandlet aftalen for hovedmanden, ikke fuldmagt til at indgå aftale, bør forhandlingsresultatet tilrettelægges som et *tilbud* fra medkontrahenten, som hovedmanden herefter må acceptere, for at aftale skal anses for sluttet. Frem til dette tidspunkt vil tilbuddet skabe et *haltende retsforhold*, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, s. 193 f.: Medmindre der tages forbehold herfor, kan den part, der ikke har accepteret, bestemme, om forhandlingsresultatet skal blive til en aftale. Den heraf følgende ubalance bør i det mindste afbødes ved, at der indsættes tidsmæssige rammer for, hvornår betingelsen skal opfyldes eller tilbuddet accepteres.

Forhandlingsresultat som tilbud

Er aftalen underskrevet af fuldmægtigen inden for fuldmagtens rammer, kan den *betinges* suspensivt (jf. om dette begreb i afsnit 4.2.a.) af hovedmandens tiltrædelse. En kompetent underskriver kan også ønske tilsvarende forbehold indføjet for at sikre overholdelse af interne beslutningskrav, der ellers ikke kan gøres gældende over for tredjeparter. F.eks. kan en tegningsberettiget direktør ønske at betinge aftalen af, at bestyrelsen efterfølgende meddeler sin godkendelse.

Betinget aftaleindgåelse

I amerikanske aftaledokumenter ser man ofte bestemmelser, der fastslår eller "garanterer" underskrivernes beføjelse til at forpligte parten. Sådanne erklæringer kan omfatte alle de forhold, der omfattes af en *legal opinion* fra en tredjepart, se herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.e. En sådan garanti kan f.eks. gå ud på, at selskabet er lovligt registreret, at det driver virksomhed i overensstemmelse med reglerne i den stat, hvori registreringen er sket, og at det ikke i kraft af konkurs eller anden bobehandling har mistet retten til at råde over sin formue og dermed er i stand til at opfylde de pligter, aftalen medfører. Garantier for aftalekompetence kan i sagens natur ikke *afbøde* en kompetencemangel, der i øvrigt fratager det underskrevne dokument sine retsvirkninger. Men de kan bringe underskriverens person i spil på

Kompetencegarantier

en måde, der er egnet til at sikre, at de omhandlede forhold er i orden, fordi underskriveren almindeligvis pådrager sig et selvstændigt erstatningsansvar (og muligt strafansvar) ved culpøs afgivelse af en sådan garanti. Dermed har den slags erklæringer en betydelig præventiv værdi.

*Andre
godkendelses-
forbehold*

Også uden for tilfælde, hvor der er tvivl om aftalekompetencen, kan det være relevant at betinge en aftale af, at der indhentes godkendelse fra en tredjepart. Begrundelsen for at indføre sådanne forbehold kan enten være, at den ene part har behov for at *kreditvurdere* den anden, eller at en *underleverandør*, hvis ydelse er afgørende for en leverance, er parat til at levere.

4.2. Aftalens endelighed

4.2.a. Betingelser

*Begreb og
problem*

Som nævnt i afsnit 1.2.a. og 3.3.a. er en aftale en retsregel, der begrebsmæssigt angiver et antal betingede kendsgerninger (*retsfaktum*) og nogle retsvirkninger (*retsfølge*). Betingelser er for så vidt en nødvendig ingrediens i enhver aftale: Køber betaler købesummen til sælger, *hvis* (dvs. betinget af at) han får salgsgenstanden, medarbejderen udfører sit arbejde, *hvis* (tilsvarende) han får sin løn etc.

Alligevel kan man udskille visse betingelser, som indtager en særlig funktion i transaktionen, enten fordi parterne har regnet med muligheden for, at de ikke realiseres (hvorved transaktionen slet ikke gennemføres som planlagt), eller fordi de angår forpligtelser, der er så væsentlige, at deres ikke-opfyldelse får transaktionen til at falde. På engelsk benyttes en række næsten synonyme udtryk herfor, herunder *condition*, *term*, *provision* og *clause*. Det forhold, der fremtræder som betingelse (eller kvalificeret "betinget kendsgerning"), kan være en *disposition* truffet af en af parterne (f.eks. en endelig beslutning) eller af en tredjemand (f.eks. et tilsagn om debitorskifte) eller en *beslutning* truffet af en offentlig myndighed (f.eks. en tilladelse til at drive den type virksomhed, transaktionen drejer sig om). Betingelsen kan også knytte an til en *hændelse* i den fysiske verden (f.eks. at der sker ændringer i kursen på et fondsaktiv).

*Betingelses-
hierarkier*

En betingelse vil ofte indgå i et samspil med andre betingelser.

Skal der gælde en sådan *flerhed af betingelser*, må aftalen tage stilling til, om betingelserne gælder *alternativt* (hvorefter en enkelt betingelse er tilstrækkelig til at udløse virkningen) eller *kumulativt* (hvorefter de alle må være opfyldt). Det er som regel tilstrækkeligt for at angive, at der er tale om *alternative* betingelser, at ordet “eller” indsættes mellem næstsidste og sidste betingelse. Tilsvarende signalerer ordet “og”, at betingelserne gælder *kumulativt*.

Betingelser kan knytte sig til retsforholdet *som helhed*, hvorefter hele transaktionen sættes i stå og føres tilbage til udgangspunktet, hvis ikke betingelsen opfyldes. Dette er f.eks. situationen, hvis betingelsen knytter sig til en essentiel (og eksistentiel, jf. herom straks nedenfor) retsposition. Betingelsen kan også være begrænset, således at den kun slår igennem på en *del af retsforholdet*. I en aftale mellem en leverandør og en eneforhandler kan det f.eks. være bestemt, at eneforhandlerens eneret kun fastholdes, hvis bestemte salgsmål nås.

Retsvirkninger

Der findes kun sporadiske særregler, der begrænser adgangen til at betinge retsforhold. Regler, der rummer en præceptiv regulering af adgangen til at *opsige* et aftaleforhold, må ofte forstås således, at aftaleforholdet ikke kan gøres betinget. F.eks. kan en *funktionæransættelse* ikke betinges af, at forhold hos arbejdsgiveren udvikler sig på en bestemt måde (f.eks. at der realiseres et bestemt resultat i en bestemt periode), hvorimod forhold, der udelukkende knytter sig til funktionæren (f.eks. at denne består en eksamen med et bestemt resultat), godt kan stilles som en betingelse, hvis der kan bringes klarhed herom inden funktionærens tiltrædelse. I funktionærforhold kan en tilsvarende afklaring opnås gennem prøvetidsansættelse, jf. funktionærlovens § 2, stk. 5. *Skøder om fast ejendom*, der betinger købet af begivenheder af mere uvis art, som f.eks. gennemførelse af finansiering, kan ikke tinglyses som adkomst, men alene som byrde. Hensynet til tredjemand kan afskære muligheden for at betinge en rettighedsovergang. Ejendomsretten til genstande, der forudsættes videresolgt (f.eks. et varelager), kan i almindelighed ikke forbeholdes over for tredjemand og kreditorer uden for særlige tilfælde af *konsignation* mv. Selskabslovens § 31 fastslår, at kapitalandele ikke kan tegnes under forbehold eller til underkurs, se tilsvarende § 153, stk. 2, om nye kapitalandele.

Rammer betingelsen *hele retsforholdet*, hvorefter opfyldelsen af betingelsen får eksistentiel betydning for transaktionen, bør det-

Eksistentielle betingelser

te reflekteres i aftalens overskrift, f.eks. “betinget skøde” eller “betinget aktieoverdragelse”. Herved sendes et signal til dokumentets læser – der jo kan få dokumentet i hånden længe efter dets underskrivelse – om først at afklare, om transaktionen nogensinde blev gennemført. Af hensyn til læsevenligheden kan det være hensigtsmæssigt at henvise i overskriften til den bestemmelse, der fastslår betingelsen, f.eks.: “Betinget skøde, jf. § 14”.

*Suspensive
og resolutive
betingelser*

Man kan sondre mellem suspensive og resolutive betingelser. En *suspensiv* betingelse (på engelsk ofte betegnet som *condition precedent*) kendetegnes ved, at retsfølgen ikke indtræder, før betingelsen er realiseret. Et eksempel herpå er ejendomsretten til en fast ejendom, som ved et betinget skøde først går over, når købesummen er betalt. En *resolutiv* (lat.: *resolvere* = opløse) betingelse (på engelsk *condition subsequent*) indebærer, at en eksisterende ret ophører, når betingelsen realiseres. Et eksempel herpå kan være pligten til at betale licensafgift for et patent, som er betinget af, at patentet opretholdes. Bortfalder patentet, f.eks. pga. udløb, vil betalingspligten normalt også gøre det, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.4.e., med henvisning til *U 1991.652 H*. Se også generelt *Hans Henrik Edlund* i *U 2014B*, s. 117 ff., *Tor Sandsbraaten*: Begrepe “conditions”, “warranties”, “representations” og “covenants” – Institutt for privatrett Skriftsenere 179 (2009) og *Jo Hov* (2002) I, s. 86 ff., der opstiller flere inddelingsgrundlag for forskellige typer af betingelser.

*Kontrollerede
betingelser*

En betingelse kan knytte an til forhold, som parterne selv har mulighed for at øve indflydelse på, f.eks. at modtage en modydelse som betingelse for at præstere hovedydelsen. Beror betingelsen helt og holdent på den forpligtedes *egne forhold*, vil retsforholdet *halte*. Denne ubalance bør kun accepteres, hvis der ydes kompensation for den heraf følgende usikkerhed. Derfor vil man i aftaler mellem ligeværdige aftalparter ofte fortolke et *advokatforbehold* (hvorefter aftalen betinges af, at den kan godkendes af en advokat) således, at advokaten alene kan nægte denne godkendelse, hvis der kan påpeges substantielle retlige problemer ved at tiltræde aftalen. Praksis herom er dog ikke entydig, se hertil *U 1989.748 H* og *U 1984.471 H*. Situationen er anderledes i forbrugerforhold og iøvrigt i aftaleforhold, hvor parterne ikke er ligeværdige. Overlader forbeholdet i disse tilfælde advokaten eller en anden tredjepart et skøn, f.eks. ved ikke

at præcisere de forhold, der kan begrunde en nægtet godkendelse, vil domstolene som udgangspunkt tillade, at dette skøn udøves frit, jf. *U 2003.442 V* om en pengeinstitutgodkendelse.

I engelsksprogede aftaleforhold, herunder navnlig i aftaler om lånedokumenter, påtager den ene part sig gerne nogle forpligtelser, der ikke har med den primære ydelse at gøre (som i låneforhold er at forrente og tilbagebetale lånet), men som indirekte tjener til at minimere långivers risiko. Disse *særlige forpligtelser* (på engelsk *covenants*, af latin *con*: sammen + *venire*: komme) pålægger den ene part at udvise en særlig adfærd (f.eks. løbende at informere om driften) eller undlade visse dispositioner (f.eks. pantsætning eller finansiering ved tredjeparter), som har betydning for den anden parts risiko, se herved *Schans Christensen* (1998), s. 179 ff., og *Tamasauskas* (2006), s. 388 ff. I låneaftaler vil manglende overholdelse af covenants ofte give långiver adgang til at opsige låneaftalen før tid. Hvis der er knyttet denne retsvirkning til en covenant, kan denne siges at udgøre en resolutiv betingelse for aftaleforholdet.

Covenants

Når en betingelse knyttes til forhold i den ydre verden, må aftalen regulere den *procedure*, der skal føre frem til aftaleopfyldelsen, før og efter at betingelsen er konstateret. Er en aftale f.eks. betinget af en myndigheds godkendelse, bør den fastslå, hvem der sørger for at indhente denne godkendelse, og hvem der i givet fald skal afholde de omkostninger (gebyr, landinspektørhonorar, revisor- eller advokathonorar), der påløber ved indhentelsen.

Praktiske forhold

Det kan være utåleligt at skulle leve med, at en transaktion til tid og evighed hviler på en betingelse. Derfor bør suspensive betingelser altid tidsbegrænses, så parterne inden for en bestemt tidsfrist har klarhed over, om de aktualiseres og – i givet fald – om transaktionen dermed falder til jorden eller må omstruktureres (f.eks. således at et køb forvandles til en lejeaftale). Er aftalen tavs herom, vil domstolene ofte indfortolke en tidsfrist i den suspensive betingelse. I *U 1994.13 V* havde køberens advokat først en måned efter underskrivelsen af en slutseddelt meddelt, at han i overensstemmelse med et advokatforbehold ikke kunne godkende handlen. Denne meddelelse fandtes ikke afgivet inden rimelig tid, og betingelsen kunne ikke længere gøres gældende. *U 2014.3178 H* opretholdt en tidsbegrænset betingelse (sat til 3

Tidsbegrænsninger

dage efter dokumenternes fremkomst) for at fremsætte indsigelser vedrørende særligt byrdefulde og belastende oplysninger samt et ledsagende vilkår om, at der ved manglende indsigelse ikke kunne gøres erstatningskrav gældende.

*Opfyldelse i
tredjelande*

En særlig omhu må udvises, når betingelser angår forhold, der udspiller sig i et fremmed land (tredjeland). Et eksempel herpå er EUF-aftalens pkt. 9.2, der pålægger opdragsgiveren at lette rådgiverens fremskaffelse af de nødvendige visa og tilladelser mv. Vælges denne fremgangsmåde, kan parterne evt. aftale, at påløbne omkostninger – eller et fastsat arbejdsvederlag – godtgøres i parternes indbyrdes regnskab. Hvis den ene part har en særlig tilknytning til dette land – og dermed til dets retssystem og de myndigheder, der er kompetente til at realisere betingelsen – kan det være hensigtsmæssigt at lade denne part stå for godkendelsesbehandlingen. Det kan dog også være risikabelt at lade en part have eneansvaret for, at en betingelse opfyldes, hvis parten dermed har mulighed for at “kontrollere” de afgørende forhold. Har parten dermed reelt mulighed for at bestemme, om betingelsen skal opfyldes, kommer aftalen til at halte.

Mellemprioriteten

Uanset betingelsens art må parterne regulere deres retsstilling i den mellemprioritet, hvor det er uvist, om betingelsen vil blive aktualiseret. Der er navnlig behov for en sådan regulering, hvis transaktionen rent *faktisk* skal opfyldes på et tidspunkt, hvor betingelsen fortsat svæver, og dens *retlige* grundlag ikke er faldet endeligt på plads. Overtagelsesdagen i et betinget skøde fastlægges f.eks. gerne uafhængigt af, hvornår betingelsen forventes opfyldt.

Det beror på den enkelte betingelses karakter (og herunder navnlig på sandsynligheden for, at betingelsen opfyldes), om en overtagelsesdag kan vælges på denne vis. Visse virksomhedstyper (f.eks. hoteller, restaurationer og kollektiv personbefordring) drives på grundlag af en personlig autorisation, som knytter sig til den lokalitet, virksomheden drives fra, og som derfor forventes at kunne overføres som et led i transaktionen. Der er ingen vished for, at erhververen opnår denne autorisation. Indtil det er afklaret, vil erhververen derfor ikke kunne drive forretningen. I sådanne transaktioner bør overtagelsesdagen lægges så tilpas sent, at betingelsen til den tid med sikkerhed er afklaret. I særlige tilfælde kan behandlingen af en ansøgning trække ud, selv

om overtagelsesdagen – f.eks. af skattemæssige grunde – ligger fast. Overdrageren kan da i en periode være tvunget til at drive virksomheden på erhververens vegne. Denne vej kan være farbar, hvis virksomheden ikke forventes at give tab (f.eks. fordi man befinder sig i en højsæson). En anden løsning kan være at suspendere driften, eventuelt i forbindelse med en genforhandling af aftalen.

Betingede transaktioner giver anledning til særlige problemer, når erhververen i mellemprioroden forventes at disponere over for tredjemand. Hvis erhververen faktisk sættes i besiddelse af aktivet, afgiver besiddelsen legitimation over for omverdenen, som giver godtroende tredjeparter en berettiget forventning om at kunne støtte ret på besidderens dispositioner over aktivet. F.eks. antog *TBB 2002.260 Københavns Byret*, at køberen af en udlejningsejendom kunne udøve dispositionsretten over en ledig lejlighed, indtil en andelsboligforening havde accepteret køb efter lejelovens regler om tilbudspligt.

*Tredjemands-
relationer*

Den betingede aftale bør i alle tilfælde præcisere parternes retsstilling, hvis betingelsen ikke opfyldes, f.eks. fordi godkendelse nægtes. Her kan der vælges vidt forskellige løsninger:

*Retsvirkninger af
ikke-opfyldelse*

Man kan *enten* forestille sig, at aftalen da helt skal ophøre med at eksistere. Ydelserne går tilbage, og parterne må starte forfra, hvis transaktionen skal gennemføres. I denne situation bør aftalen tage stilling til, om B skal vederlægge A for brugsværdien af den erlagte ydelse i mellemprioroden. Denne betaling kan f.eks. bestå i en *forrentning* af et pengebeløb, eller i et skønsmæssigt fastsat vederlag for *nytteværdien*, f.eks. som en lejebetaling, se herom s. 414 f. Aftalens bestemmelser om retsvirkningen af aftalens ophævelse kan tjene som passende forbillede for denne regulering.

Eller man kan forestille sig, at aftaleforholdet undergår en forvandling, således at der enten sker en *korrektio*n af ydelserne eller af de vilkår, der ledsager dem. Var salget af et grundareal betinget af en udstykningstilladelse, man ikke fik, kan parterne f.eks. vedtage, hvilke principper for *vederlagskorrektio*n der skal gælde. Måske er der tilmed grundlag for at præstere en *erstatningsydelse*. En tredje mulighed er at indbygge en pligt til *genforhandling* under sagkyndig bistand, jf. bemærkningerne herom i afsnit 7.5.c.

4.2.b. Ejendomsforbehold

Udgangspunktet

Det er dansk rets hovedregel, at en aftalepart ikke skal præstere sin ydelse, før han modtager modydelsen, og at den anden part under tilsvarende vilkår heller ikke skal præstere sin, sml. herved KBL § 14 (samtidighedsgrundsætningen). Vil køber ophæve, gælder tilsvarende det princip om *ydelse-for-modydelse* (*Zug-um-Zug*), der er udtrykt i KBL § 57. Han kan ikke forlange købesummen tilbagebetalt, medmindre han tilbageleverer genstanden i nogenlunde samme stand, som da han modtog den. Selv om princippet om samtidighed opfanger en række af de problemer, der er forbundet med ydelsesudveksling, kan parterne have behov for at etablere sikkerhed for, at der ydes vederlag for en præsteret ydelse.

Kreditaftaleloven

Realdebitors adgang til at fastholde samtidighedsprincippet (og forlange realydelse retur, hvis ikke vederlaget præsteres) beror på, om realdebitor har taget gyldigt ejendomsforbehold i ydelsen. I forbrugerforhold er adgangen til at tage sådanne forbehold begrænset ved reglerne i kreditaftalelovens § 34. I øvrigt gælder KBL § 28, stk. 2, der fordrer, at et ejendomsforbehold utvetydigt er vedtaget inden genstandens overgivelse til køberen.

Kommercielle aftaler

I kommercielle – og herunder navnlig internationale – transaktioner er det sædvanligt at vedtage ejendomsforbehold i præsterede realydelser. I det Modelforslag til Almindelige Salgs- og Leveringsbetingelser i Internationale Løsøre køb, der er optrykt i *Juridisk formularbog* (2004), s. 767 ff., lyder bestemmelsen herom således:

“11.1. Sælger forbeholder sig med de begrænsninger, der følger af ufravigelige retsregler, ejendomsretten til det solgte, indtil hele købesummen og de med Varens levering, forsendelse og forsikring påløbne omkostninger, som afholdes af Sælger på Køberens vegne, er betalt af Køber, eller der er stillet den aftalte sikkerhed, og indtil dette er sket er Køber ikke berettiget til at videresælge Varen eller i øvrigt råde over Varen på en måde, som strider mod Sælgers ejendomsforbehold.

Ved omdannelse eller bearbejdning af den solgte Vare, uden at denne dog mister sit særpræg eller identitet, opretholdes ejendomsforbeholdet, således at det omfatter den omdannede eller bearbejdede genstand for den værdi, Varen repræsenterede uden omdannelse eller bearbejdning.

11.2. Når Køber har betalt eller stillet aftalt sikkerhed for alle skyldige beløb, og ejendomsretten til den solgte Vare er overgået til Køber, skal Sælger efter påkrav fra Køber bekræfte dette.

11.3. Tegninger, specifikationer, beskrivelser o.lign., som leveres af Sælger til brug for Købers udnyttelse af Salgsgegenstanden, forbliver Sælgers ejendom og må ikke videregives uden skriftlig aftale med Sælger eller på anden måde benyttes i strid med Sælgers tilladelse.”

Den slags klausuler kan være vanskelige at opretholde over for aftalepartens kreditorer. Her ligger for det første en konciperingsmæssig udfordring. Et ejendomsforbehold skal f.eks. være udtrykkeligt aftalt ved overgivelsen af det købte, sml. herved kreditaftalelovens § 34, stk. 1, nr. 1, jf. § 50, stk. 1. Et ejendomsforbehold, der gemmer sig i aftalens standardvilkår, kan ikke forventes opretholdt som gyldigt. Se herom *Peter Mortensen* (2009), s. 298 ff. Men angår ejendomsforbeholdet et formuegode, som det senere viser sig vanskeligt at identificere, eller som de ejendomsretlige regler stiller krav om særlig kontrol af, står koncipisten med en udfordring, som man ikke kan skrive sig ud af, men som kræver praktiske foranstaltninger mv.

Gyldighed

For at sikre parternes tilsigtede ejendomsretlige stilling over for andre aftaleparter og kreditorer kan det være nødvendigt at pålægge den part, der har rådighed over generisk bestemte genstande, der skal overgives til den anden part som led i aftalen, at sikre *udskillelse* af og *kontrol* med disse. Vilkår om sådanne kontrolforanstaltninger må i givet fald forholde sig til, hvordan den berettigede kan gå frem, hvis den forpligtede nægter at foretage udskillelsen eller at medvirke ved kontrolforanstaltninger. Da en sådan nægtelse vil true den berettigedes sikkerhed i ydelsen, kan det være relevant at sanktionere med hæveadgang.

Ejendomsretsovergang

For at imødegå risikoen for en fuldstændig underkendelse af et aftalt ejendomsforbehold kan man indføje en *severability clause*, se herom s. 365 og 425. En sådan klausul kan f.eks. gå ud på, at vilkåret om ejendomsforbehold gælder “i den udstrækning et sådant ejendomsforbehold er gyldigt efter gældende ret”, se f.eks. *NL 92 pkt. 20*. Det kan også være nødvendigt at indsætte en sådan klausul, selv om aftaleforholdet i øvrigt reguleres af udenlandsk ret, jf. f.eks. *U 1973.796 SH*, *U 1982.1038V* og *U 1983.311 H*, men cfr. *U 1977.507 H*.

Severability clauses

4.2.c. Annullation og ombestilling

Nært forbundet med den eksistentielle betingelse er det vilkår, der giver en aftalepart ret til sanktionsfrit at *annullere* aftalen (og dermed afbestille ydelsen og afslutte transaktionen) eller *ombestille* ydelsen.

Ombestilling

En ombestilling er en begæring fra en kunde om at modtage en anden ydelse end den oprindeligt aftalte. Ret til ombestilling kræver aftale. Aftale herom indgås ofte i aftaler om komplekse ydelser, der skal udvikles eller sammensættes under aftaleopfyldelsen (f.eks. således, at den ene ydelse skal integreres med ydelser fra andre leverandører eller med eksisterende udstyr mv.), og hvor der går et stykke tid mellem aftale og opfyldelse. Typisk aftales der kun ombestillingsret i perioden frem til levering. Ombestillingsbegæringen er et påbud, fordi det i overensstemmelse med den indgåede aftale påfører modtageren en (ny) leveringspligt. Derfor får ombestillingsanmodningen retsvirkning ved fremkomst, medmindre andet er aftalt. Situationen ved ombestilling ligner en betinget transaktion, idet beslutningen om at annullere eller ombestille ydelsen får virkning som en *resolutiv betingelse*. Transaktionen står og falder med, om der ombestilles.

En særegen ombestillingsregel findes i *K18*, pkt. 2.3. Den pålægger leverandøren straks at underrette kunden, hvis han indleder markedsføring i Danmark af nyt udstyr og/eller programmel af tilsvarende art som det købte. Indledes markedsføringen inden overtagelsesdagen, kan kunden forlange det nye udstyr og/eller programmel leveret i stedet. Et sådant ønske skal fremsættes af kunden, i rimelig tid efter at leverandøren har meddelt, at sådan markedsføring vil finde sted. Det kan være kostbart for leverandøren at efterleve en sådan pligt. I tiden op til leveringstiden vil han nemlig tage et antal forberedende skridt, f.eks. indkøb hos underleverandører eller interne foranstaltninger ved klargøring, udtagelse fra lager etc. Hvert af disse skridt er forbundet med omkostninger, som i givet fald bør godtgøres leverandøren. *K18* hjemler ikke et sådant vederlag. Den risiko, leverandøren tager herfor, må han derfor lade sig kompensere for gennem sit vederlag. De nyere statslige it-kontrakter, *K02* og *K03* indeholder detaljerede regler om ændringsanmodninger (*K02* pkt. 6 og *K03* pkt. 6) og optioner (bilag 3 til *K02* og *K03* pkt. 14), der under langt mere detaljerede vilkår varetager tilsvarende formål.

En *annullation* er en meddelelse fra A til B, som går ud på, at A ikke vil opfylde en aftale. Typisk påfører annullationen A et erstatningsretligt ansvar over for B. Til gengæld giver annullationen B mulighed for at begrænse sit tab, fordi han nu ved, hvor han står. Har A derimod en ret til at træde ud af et aftaleforhold, uden at dette påfører A sanktionsprægede virkninger, taler man om en ret til at *afbestille* eller *træde tilbage*.

Annullation

Den praktiske terminologi er dog ikke helt klar. Begrebet anvendes ikke blot, når der er tale om at frigøre sig fra et aftaleforhold, men også hvis den pligt, der ville følge af de almindelige regler, lempes. Efter dansk rets almindelige regler kan man ikke frigøre sig fra aftaler ved afbestilling. Denne adgang har man kun i særlige tilfælde, primært som forbruger (f.eks. i henhold til lov om pakkerejser og forbrugeraftaleloven) og inden for de snævre rammer, der sættes af AFTL § 39. Man kan overveje, om ikke AFTL § 36 i sin rimelighedsvurdering reelt indebærer en adgang til at "tilbagekalde" urimelige løfter, jf. *Jo Hov* (2002) I, s. 96 f. Også kommercielle aftaleparter kan have behov for en sådan ret. Det gælder f.eks., hvis der er lang tid mellem aftale og opfyldelse, eller hvis båndet mellem parterne ikke er særlig tæt eller forpligtende.

Også i *entrepriseretten* anerkendes en vis ret til ombestilling. Se herved AB 92 § 14, stk. 5, om formindskelse af arbejdets omfang og § 15, stk. 5, om afbestilling ved uforudsete bygningshindringer. En egentlig forandringsret følger af ABR 89 pkt. 2.1.6, hvorefter klienten til enhver tid og med enhver begrundelse kan ændre opgaven eller grundlaget for denne. Tilsvarende gælder inden for olieindustrien, se *Kaasen* (2006) del IV (s. 267 ff.) om ændringer og afbestillinger. En tilsvarende regulering om såkaldte *ændringsanmodninger* findes i K01, som pkt. 5.1. og 5.2., om kundens henholdsvis leverandørens ændringsanmodninger, og tilsvarende K02 pkt. 6.4. og 6.5. I begge aftaler sker betaling for kundens ændringsanmodninger i henhold til leverandørens dokumenterede tidsforbrug og til gældende timepriser.

Ændringsret

Et vilkår om ret til ombestilling bør præcisere, om aftalen også regulerer ombestillingsleverancen. Det kan jo tænkes, at den nye vare eksponerer leverandøren for større risici under afgivne garantier el.lign. end den oprindeligt aftalte. I mangel af særlig aftale må det antages, at den "gamle" aftale også regulerer den nye leverance. Det vil i så fald være vanskeligt for den passive

Følgeregulering

part at argumentere for, at det tilbageværende aftaledokument ikke skal gælde.

Afbestilling

I visse tilfælde kan det være nødvendigt at give en part ret til at afbestille den ydelse, der ellers er indgået aftale om. En sådan ret er f.eks. anerkendt i *NTK 07* art. 17.1, der med et vist varsel giver selskabet ret til at opsige kontrakten med den virkning, at udførelsen af arbejdet skal ophøre. Opsigelse indebærer, at selskabet ikke alene skal betale det beløb, leverandøren har til gode for allerede udført arbejde, men også alle udlæg til materialer indkøbt med henblik på fremtidige leverancer mv., samt et fikseret "afbestillingsgebyr" beregnet enten som 4 % af kontraktsprisen eller 6 % af den del af kontraktsprisen, der ikke er betalt på afbestillingsdatoen. Se til bestemmelsen *Kaasen* (2006), s. 465 ff.

4.3. Afslutningsformer

4.3.a. Underskrivelsen

Underskriftens funktioner

At underskrive en aftale er som nævnt en symbolsk manifestation af parternes enighed. En sådan symbolik kan være nødvendig eller hensigtsmæssig for at afskære tvivl om, at parterne er bundet, jf. til illustration dommen i *Tidsskrift for Landbrugsret 2009.87 V*, hvor et grovvarereselskab havde fremsendt nogle kornkontrakter til en landmand, som dog hverken underskrev eller returnerede dem; grovvarereselskabet ansås ikke at have ført fornødent bevis for, at landmanden havde tiltrådt aftalerne. Hvilken grad af symbolik underskrivelsen skal omgives af, beror på praktiske og kulturelle forhold. Hensynet til bevissikring tilsiger f.eks., at hver part har et *eksemplar* af aftalen, ligesom skatte- eller afgiftsmæssige hensyn kan tilsige, at man underskriver et bestemt *sted*.

Skriftlighed og underskrivelse hører nøje sammen. Parter, der opretter et aftaledokument, besegler ofte deres enighed ved at underskrive sidste (eller første side) med angivelse af datoen for underskrivelsen og underskriftsstedet. Ofte foregår underskrivelsen adskilt i tid og rum, f.eks. således at A skriver under den ene dag i København og B dagen efter i Oslo. Datoen kan bl.a. have betydning for en virksomheds regnskabsaflæggelse og for aftalens skattemæssige virkninger.

I visse samfunds- og virksomhedskulturer kan skriftligheden rumme et *uheldigt signal*. At kræve aftaler nedfældet på skrift antyder, at man mistænker modparten for at ville løbe fra sine forpligtelser. Andre kulturer lægger omvendt vægt på at omgive aftaleslutningen med ceremonier, der manifesterer parternes enighed. Nutidens krav om, at virksomhedens rettigheder og forpligtelser skal kunne dokumenteres, bør dog tage enhver kraft ud af indvendinger om, at nedfældelse og underskrivelse af aftalevedtagelser skulle være upassende mv.

Det hænder, at parterne vælger at sætte en dato på aftaledokumentet, så det fremstår som underskrevet tidligere end sket (*antedatering*). Formålet kan være helt i orden (f.eks. at ratihave eller stadfæste en tidligere opnået enighed), men det kan også være problematisk (f.eks. at opnå en retsvirkning over for tredjemand eller offentlige myndigheder). I sidstnævnte fald kan antedateringen være en forsøgshandling, der kan straffes som bedrageri i medfør af straffelovens § 279 eller – efter omstændighederne – i medfør af strafbelagte forskrifter i særlovgivningen (herunder skatte- og afgiftslovgivningen). For at undgå risikoen herfor bør man altid datere en underskrift på underskriftstidspunktet. Skulle der være behov for at markere ønsket om, at aftalens retsvirkninger indtræder på et andet tidspunkt, kan parterne enten i en særskilt klausul anføre dette ønske. Eller også kan de lade aftalens trykte tekst fremstå med en fortrykt dato med det tidligere tidspunkt, men således at underskriften markeres med datoen for underskriftstidspunktet.

Antedatering

At en sådan mulighed kan løse det problem, der kunne motivere parterne til at antedatere, illustreres ved *U 2007.189 H*. En virksomhedsoverdragelse var gennemført i slutningen af 2000, hvor parterne havde afgivet hensigtserklæringer over for hinanden. Den 2. januar 2001 blev den endelige aftale underskrevet. Højesteret fandt, at hensigtserklæringerne – uanset deres betegnelse – i skattemæssig forstand indebar en overdragelsesaftale, som dermed havde fundet sted i indkomståret 2000. Højesteret lagde vægt på, at der samtidig med hensigtserklæringerne var udsendt en pressemeddelelse, og at hensigtserklæringerne var tiltrådt af samtlige indehavere i den overtagne virksomhed. Sagens problemstilling drejede sig om retten til at foretage skattemæssig afskrivning på *goodwill* i indkomståret 2000.

Fremdatering Tilsvarende synspunkter gør sig gældende ved *fremdatering* (post-datering). Formålet med at fremdatere vil typisk være skattemæssigt, og som sådan kan fremdateringen også rumme strafferetlige og afgiftsmæssige udfordringer i form af risiko for straf, forhøjet afgift og efterbetaling mv. Men en fremdatering kan også være baseret på helt loyale motiver. Ved at fremdatere en check markerer man, hvornår beløbet er til disposition hos trassatbanken. Ifølge checklovens § 28, stk. 2, vil checken alligevel være betalbar ved forevisningen. Parterne bør dog være opmærksomme på den legitimation, et fremdateret dokument skaber i en situation, hvor aftalen af andre grunde måtte være faldet bort inden det tidspunkt, hvortil dokumentet er fremdateret. Det fremdaterede dokument skaber forventninger over for tredjemand, som kan gøres gældende mod underskriverne, jf. princippet i AFTL § 34.

Pkt. T. i den førnævnte aftaleformular for Det danske Handelskammer indeholder følgende regel om underskrivelse:

“Denne AFTALE underskrives i to eksemplarer af Sælger og Køber ved deres retmæssige repræsentanter på det nedenfor angivne sted og dato. AFTALE er indgået, når begge parter har underskrevet AFTALEN. Er der ikke anført nogen dato ved den ene parts underskrift, anses underskriften meddelt samtidigt, medmindre det på anden måde kan fastslås, hvornår underskriften er meddelt. Er der ikke anført nogen dato ved nogen af parternes underskrift, og kan det ikke på anden måde fastslås, hvornår underskrifterne er meddelt, anses underskrifterne meddelt samtidigt på den dag, hvor en af parterne første gang afsender en skriftlig meddelelse til den anden part, som henviser til eller forudsætter, at AFTALEN er indgået.”

Anden signering At “underskrive” betyder ikke nødvendigvis, at man med hånden fører sin signatur på papiret. Hvis påførelse af initialer eller symboler udtrykker den forpligtedes vilje til at forpligte sig, vil også den slags manifestationer give dokumentet gyldighed som “underskrevet”. Også ved at afgive en *legitimation* over for omverdenen kan man forpligte sig. Se herved, sml. *U 1992.753 Ø*, hvor en check retsstridigt var underskrevet med et faksimilestempel.

I praksis påføres mange underskrifter ved rent formelle handlinger (f.eks. til opfyldelse af regler om prokura i en virksomhed). Dette har formentlig

været medvirkende til en stigende anerkendelse af automatiserede underskrifter, f.eks. med et faksimilestempel. Således anerkender retterne almindeligvis, at stævninger – i hvert fald i inkassosager – “underskrives” på denne vis, jf. nærmere *IT-retten*, afsnit 16.3.b. Egentlige procesdokumenter kræver dog en autentisk underskrift, se *U 2009.1308 VLK*. Har den person, hvis navn anvendes således, kendskab hertil, vil der hyppigt være skabt en *adfærdsfuldmagt*, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 4.3.i. Det ses undertiden, at stillingsfuldmægtige i virksomheder, der bærer personnavn (“H. Hansen A/S”) signerer dokumenter ved med egen håndskrift at skrive dette navn. Underskrifter, der påføres efter en sådan praksis, vil ligeledes kunne binde virksomheden. Se f.eks. *U 1999.216 H*, hvor flertallet – modsat mindretallet – ikke fandt, at den praksis, der i en virksomhed havde været fulgt omkring en bogholders underskrivelse af checks, var tolereret. De anvendte checks ansås derfor for falske og uforpligtende.

Har der forud for det underskrevne aftaledokument eksisteret et antal udkast, kan der senere opstå tvivl om, hvorvidt et af aftalens mange ark repræsenterer den endelige forpligtelse, eller om der ved en fejl blot er tale om et senere fraveget udkast. For at undgå tvivl herom i kostbare eller kritiske transaktioner bør parterne påføre deres initialer på de enkelte ark (såkaldt *parafering*), se hertil s. 166. Involverer underskrivelsen et antal dokumenter, kan det ellers være vanskeligt at holde rede på, hvem der har underskrevet hvad.

*Udkast-
håndtering*

4.3.b. Foranstaltninger ved underskrivelsen

Visse retsregler foreskriver, at aftalen ikke alene skal underskrives, men tillige underkastes andre formelle procedurer, hvis gennemførelse er afgørende for, at aftalen i enhver henseende opnår sine retsvirkninger.

En vis sikkerhed for en underskrifts autenticitet kan opnås ved at lade underskriften ledsage af *vitterlighedspåtegninger*. Tidligere stillede tinglysningslovens § 10, stk. 2, krav om, at udstederens underskrift på skøder og pantebreve skulle være bekræftet af en advokat eller to andre vitterlighedsvidner. Nu gælder dette krav alene for de tinglysningsfuldmagter, der udstedes i medfør af lovens § 49b, stk. 2. Vidnerne skal udtrykkelig bevidne underskriftens ægthed, dateringens rigtighed og udstederens myndighed. Vidnerne personnummer skal angives. En sådan bekræf-

*Vitterligheds-
påtegning*

telse er ikke nødvendig, når dokumentet udstedes af en offentlig myndighed.

Notarpåtegning

En notar er en myndighed eller professionsudøver, der efter nærmere regler i det land, hvor notaren virker, påtegner dokumenter for hermed at give dem en særlig bevisværdi eller retlig gyldighed. I Danmark eksisterer der ikke nogen notarprofession. Notaropgaver udføres af retterne, typisk ved en dommerfuldmægtig i en byret, og det er primært testamenter, der notarpåtegnes herhjemme, jf. reglerne herom i arvelovens § 63. Byretterne udfører også andre notarialforretninger, jf. retsplejelovens § 11, stk. 2, nr. 4. Nærmere regler herom er fastsat i bekendtgørelse nr. 1555 af 18. december 2007, med senere ændringer, om notarialforretninger. I store dele af verden (både inden for *civil law* og *common law*) kræves notarpåtegninger for andre typer af dokumenter, jf. nærmere *Advokatretten*, afsnit 1.5.c. Derfor vil det i sådanne retsforhold hyppigt være aftalt eller forudsat, at dokumentet skal *notarpåtegnes*, før den tilsigtede gyldighed opnås.

Legalisering

I internationale handelsforhold er det ofte nødvendigt at *legalisere* aftaledokumenter og andre bevismidler. At legalisere et dokument vil sige at forsyne det med en attestation for dets rigtighed. Regler herom findes i retsplejelovens § 223b, der giver justitsministeren hjemmel til at fastsætte bestemmelser om, at der ikke kan kræves legalisering, bekræftelse mv. af offentlige dokumenter, der er udfærdiget af domstole eller myndigheder i et andet land.

Ved konvention af 25. maj 1987 om afskaffelse af legalisering af dokumenter i De Europæiske Fællesskabers medlemsstater, jf. bekendtgørelse nr. 65 af 27. juni 1991, er det pålagt EU-medlemsstaterne at fritage en række nærmere angivne dokumenter for enhver form for legalisering. Konventionen omfatter dog kun dokumenter udstedt af offentlige myndigheder mv., og begrebet legalisering er indsnævret til den formalitet, hvorved der foretages attesting af ægtheden af en underskrift, om den egenskab, hvori underskriveren af dokumentet har handlet, og om et segls eller stempels identitet. Se nærmere herom *Jens Dinesen* i U 1986B.121 ff. og *Erling Tullberg* i U 1992B.274 ff. For at undgå at krav om legalisering anvendes som tekniske handelshindringer, fastslår artikel 10 i UNCITRALs modellove om offentlige indkøb, at krav om legalisering ikke må gå videre end dem, der fremgår af lovgivningen i udbudslandet. Parterne kan dog selv opstille yderligere krav til dokumentets legalisering.

En grundig oversigt over de formaliteter, der skal sikre dokumenters autenticitet i forskellige jurisdiktioner, foreligger med *John P. Sinnott: A Practical Guide to Document Authentication: Legalization of Notarized & Certified Documents* (2002).

4.3.c. Closing

I nogle transaktioner er der et stykke vej fra den forretningsmæssige enighed med tilhørende underskrivelse af aftaledokumenter og til transaktionens endelige afslutning. Navnlig når den indgåede aftale beror på suspensive betingelser, kan det være hensigtsmæssigt at indbygge en *closing*, hvis hovedformål det er at konstatere, at disse betingelser og andre formaliteter er opfyldte. Ordet “closing” kan for de fleste praktiske formål oversættes til *opfyldelse*. Hovedformålet med *closing*-mødet er dog at afklare, om de betingelser, der er indeholdt i aftalen, kan opfyldes, så aftalen bliver endelig. Typisk gennemføres en closing ved et møde, hvor parterne præsterer de dokumenter, som de ifølge aftalen har pligt til at tilvejebringe som led i dens opfyldelse. Mødet gennemføres som en slags juridisk afleveringsforretning, og det foranstalles primært i aftaleforhold, der udmønter sig i mere omfattende aftaledokumenter. Se nærmere om closing *Schans Christensen* (1998), s. 178 ff., og *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 197 ff.

Begreb

Reglerne om closing bør skitseres forudgående i et sæt aftalevilkår, der præciserer, hvilke betingelser der skal opfyldes før endelig aftaleindgåelse. Aftalevilkårene vil som regel fastslå, at closing afholdes inden for en bestemt tidsramme. Dernæst opstilles en række krav til, hvilke dokumenter der skal foreligge ved closing. Opfyldes betingelserne ikke, vil aftalen enten *bortfalde* eller – i kraft af særlig vedtagelse – tilpasses (f.eks. således at købesummen *korrigeres*).

Blandt de dokumenter, der kan indgå i en closing, kan være

- *tilladelser* til, at erhververen kan udøve den aktivitet, der drives i en virksomhed,
- *attester*, f.eks. om lovlig bygningsindretning eller registrering af motorkøretøjer;
- *erklæringer* fra modparten i løbende aftaleforhold (f.eks. udlejer, en kreds af lønmodtagere eller en organisation i et overens-

komstforhold, et forsikringselskab el.lign.) om, at debitorskifte godkendes;

- *partserklæringer*, der i overensstemmelse med aftalens bestemmelser vedstår, korrigerer eller konstaterer betingelser eller vilkår;
- *legaliseringsdokumenter* og *notarpåtegninger*;
- *kvitteringer*, der godtgør, at gældsforpligtelser, for hvilke aftalparten helt eller delvis skal bære ansvaret, er indfriet som aftalt;
- *erklæringer fra skattemyndigheder* (evt. i form af et bindende svar) eller fra *revisor* om skatte- og afgiftsmæssige aspekter af transaktionen;
- *certifikater* fra uafhængige tredjeparter om produkter eller produktionsapparater;
- *legal opinions* fra uafhængige juridiske rådgivere om en medkontrahents juridiske status (f.eks. selskabsretlig gyldighed), om finansieringens lovlighed eller om de underskrivende personers tegningsret;
- *fuldmagter* eller anden dokumentation for tegningsretten for de parter, der underskriver aftaledokumentet;
- *økonomiske opgørelser*, der forudsættes afviklet ved aftaleslutningen (f.eks. om afvikling af deponeret købesum eller om udbetaling af mæglersalær);
- *banknoterede checks* eller *bankgarantier* for udestående elementer af en kontant købesum eller betalingsdokumenter, der godtgør, at en betaling har fundet sted.

For at afskære tvivl om kravene til disse enkelte dokumenter vil parternes advokater på forhånd have konciperet og færdigforhandlet et antal udkast, der vedhæftes i aftalens bilagsdel. Med passende modifikationer kan disse udkast så underskrives og afleveres ved *closing*-mødet. Dermed får denne handling en juridisk karakter, der ofte begrundes, at advokat og revisor er til stede.

Planlægning

I større transaktioner kan denne procedure kræve et solidt planlægningsarbejde. I den forbindelse vil man typisk udarbejde en såkaldt *closing-schedule* eller *closing agenda*. Heri angives punkt for punkt, hvad parterne forventes at gøre ved closingmødet med præcise angivelser af den enkeltes opgaver. Det kan un-

dertiden være hensigtsmæssigt at gennemføre en generalprøve på en closing, såkaldt *pre-closing*, hvor kun parternes rådgivere deltager.

I visse provinsområder er det almindeligt, at køber og sælger af fast ejendom mødes til “skødeskrivning” hos den advokat, der berigtiger handelen. Et sådant møde vil som regel tjene et andet formål, nemlig at konfirmere *salgsaftalen*, jf. situationen i *U 1989.273 H*, hvor der ved en fejl var anført en ny oplysning i skødet (sml. dog *U 1982.286 H* om en landbrugsejendom, hvor skødeskrivningsmødet var rammen for en materiel forhandling). Den begivenhed, der i en handel om fast ejendom ville svare til en closing, måtte i givet fald være det møde, hvor parterne konstaterer, at handlen nu er gennemført (f.eks. at der er tinglyst endeligt og anmærkningsfrit skøde, udstedt offentlige tilladelser etc.). Sådanne møder afholdes sjældent. Det skyldes, at denne kontrol er lagt i hænderne på en berigtigende advokat, der sædvanligvis på vegne af begge parter konstaterer betingelsernes opfyldelse. Bekræftelsen herpå formidles typisk ved dennes skrivelse til parterne.

Skødeskrivning

Retsvirkningerne af en *closing* beror på parternes aftale. Beror aftalen på *suspensive betingelser* om retlige eller faktiske forhold, vil closingmødet være sandhedens time, der afklarer, om aftalen bliver endelig. Får en part efter underskrivelsen, men før closing, vanskeligheder ved at opfylde sine forpligtelser, kan closingmødet danne rammen for en *genforhandling*. Closing anvendes primært i større transaktioner, f.eks. om virksomhedsoverdragelser.

Retsvirkninger

4.4. Forhold efter aftaleindgåelsen

4.4.a. Afgiftsberigtigelse

Tidligere har fysiske dokumenter været et yndet beskatningsgrundlag for staten. De nu ophævede regler om stempelafgift pålagde aftaleparter en særlig statslig afgift af en lang række dokumenter. Men med den teknologiske og retspolitiske udvikling er grundlaget for denne afgiftsform i dag forsvundet. I dag er der derfor kun statslig afgift for særlige dokumenter (se f.eks. lov nr. 551 af 18. juni 2012 om afgift af skadesforsikringer). Afgiftspligten for mange af de dokumenter, der tidligere skulle “stemp-

Stempelafgift

les”, er nu gjort til en afgift for tinglysning, og reglerne herom er flyttet over i tinglysningsafgiftsloven.

*Tinglysnings-
afgift*

Efter reglerne i tinglysningsafgiftsloven (lov om afgift af tinglysning og registrering af ejer- og panterrettigheder mv., jf. lov-bekendtgørelse nr. 462 af 14. maj 2007 med senere ændringer) skal der betales afgift til statskassen for en række dokumenter, som tinglyses eller registreres efter reglerne om stiftelse af rettigheder over registrerede skibe og luftfartøjer. Afgiftspligten indtræder ved anmeldelsen til tinglysning eller registrering, jf. lovens § 16, stk. 1. Den forfalder til betaling samtidig hermed, medmindre der efter § 17 er givet tilladelse til en særlig månedlig betaling.

4.4.b. Sikring af aftaledokumentet

Problemstillingen

Skal aftalens retsvirkninger sikres i relation til tredjeparter, herunder offentlige myndigheder (se herom afsnit 5.5.), må underskrivelsen følges op med praktiske skridt for at sikre disse retsvirkninger. Er retsvirkningerne afgørende, men ikke givne på forhånd, kan det være nødvendigt at *betinge* aftalen af, at de gennemføres. Se herom afsnit 4.2.a.

Registrering

Lovgivningen stiller undertiden krav om, at en aftale skal *registreres* hos en offentlig myndighed for at opnå retsvirkninger *inter partes*, over for tredjemand eller over for det offentlige. Formålet hermed kan være rent *praktisk* (at sikre, at opkrævninger og anden korrespondance sendes til rette sted), men det kan også tænkes, at registreringen er *nødvendig* for at sikre, at den tilsigtede retsvirkning indtræder.

Tinglysning

Mest kendt er den form for registrering, der sker ved *tinglysning* af rettigheder over fast ejendom, løsøre og motorkøretøjer. Aftaler, der stifter rettigheder over fast ejendom, og som ikke i kraft af særlige regler i tinglysningsloven er gyldige uden tinglysning, bør normalt tinglyses for dermed at opnå beskyttelse over for parter, der ellers kunne tænkes at disponere i god tro (og i kraft heraf vinde rettigheder i konflikt med dem, der etableres ved aftalen). Tinglysning af ejerskifte kan normalt ikke ske, før kommunen har sat en ejendomsværdipåtegning på overdragelsesdokumentet. Et overdragelsesdokument, der ikke indeholder oplysninger om ejendomsværdien, afvises derfor fra tinglysning, jf. tinglysningsafgiftslovens § 4, stk. 2, 4. pkt.

I medfør af reglerne i selskabsloven og fondslovgivningen er der foreskrevet registrering af en lang række selskabs- og fondsretlige vedtagelser og beslutninger.

*Selskabs-
registrering*

Konkurrenceretten har traditionelt pålagt aftaleparter at *anmelde* konkurrenceskadelige aftaler. Anmeldelsen har dermed været et centralt middel i den konkurrenceretlige regulering. Efter at den danske konkurrencelov under indtryk af EU-konkurrenceretten gradvis er gået over til en forbudsregulering, er disse anmeldelsesregler mindre fremtrædende. Det er dog stadig muligt at anmelde en aftale på frivilligt grundlag og dermed imødegå risikoen for at blive ramt af lovens retsvirkninger:

*Konkurrence-
retlig anmeldelse*

I medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 2, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *efter anmeldelse* fritage en *aftale* mellem virksomheder, en *vedtagelse* inden for en sammenslutning af virksomheder eller en *samordnet praksis* mellem virksomheder fra det forbud, der følger af lovens § 6, stk. 1, hvis styrelsen skønner, at de positive effekter, der er omhandlet i bestemmelsens stk. 1, foreligger. Opnås styrelsens fritagelse ikke, er aftalen mv. ugyldig, jf. lovens § 6, stk. 1-3, jf. stk. 5.

Konkurrencelovens § 9 giver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen adgang til *efter anmeldelse* fra en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder at erklære, at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis ikke efter de forhold, som styrelsen har kendskab til, falder ind under forbuddet i § 6, stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af § 6, stk. 4.

Endelig giver konkurrencelovens § 11, stk. 2, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen adgang til *efter forespørgsel* at erklære, hvorvidt en eller flere virksomheder indtager en dominerende stilling og dermed ved misbrug af denne (som nærmere angivet i § 11, stk. 3) er omfattet af forbuddet i § 11, stk. 1. Ligeledes kan rådet *efter anmeldelse* fra en eller flere virksomheder erklære, at en given adfærd ikke efter de forhold, som styrelsen har kendskab til, er omfattet af misbrugsreglen i stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af stk. 4.

Ved bekendtgørelse nr. 171 af 22. februar 2013 er der givet nærmere regler om anmeldelse mv. af aftaler mv. i henhold til konkurrenceloven.

*Immaterial-
rettigheder*

Visse industrielle eneretslove giver *mulighed* for at registrere

overdragelser og licenser, se f.eks. patentlovens § 44, stk. 1, halvlederlovens § 9, brugsmodeellovens § 29 og varemærkelovens § 39, stk. 1. En sådan registrering kan være nyttig, f.eks. hvis licensaftalen overlader det til licenstagere at forfølge retskrænkelser mv., men i relation til nationale (modsat de EU-forankrede) industrielle enerettigheder har den som udgangspunkt ingen retlig betydning over for tredjeparter, jf. *U 1935.799 Ø*. Ved overdragelse af *immaterialrettigheder*, hvis gyldighed beror på registrering (patenter, mønstre, brugsmønstre, navnerettigheder og halvlederrettigheder), må parterne dog sikre sig, at den nye indehaver af en overført rettighed nu fremstår i dette register i stedet for den tidligere. Registreringen har derimod ingen afgørende betydning for den vurdering, der i tvivlstilfælde må foretages om, hvem der har *adkomst* til immaterialretten, se hertil *IT-retten*, s. 574 ff. Da anmeldelsen angiver, hvem der skal modtage korrespondance om immaterialretten (f.eks. om betaling af årsafgifter, oplysninger om indsigelser mv., forretningsmæssigt begrundede ønsker om at opnå licens eller lignende), kan den være afgørende for rettens bevarelse.

Denunciation

Straks efter overdragelsen af en fordring bør der ske denunciation af hensyn til de retsvirkninger heraf, der fastslås i GBL, navnlig §§ 28-31 (denunciation samt meddelelser, der skaber ond tro hos debitor). Dispositioner over fondsaktiver registreres i *Værdipapircentralen*.

Motorkøretøjer

Når et motorkøretøj overdrages, må parterne sørge for, at det omregistreres i *Centralregisteret for Motorkøretøjer*. Herved frigøres overdrageren for sin pligt til at betale vægtafgift, og erhververen sættes i stand til at dokumentere køretøjets lovlige registrering.

Forsikringsberigtigelse

Angår aftalen en ydelse, der er forsikret – enten fordi den er meget værdifuld, fordi den rummer et betydeligt risikopotential, eller fordi lovgivningen stiller krav herom – bør aftaleslutningen følges op med en berigtigelse af forsikringsforholdene, så erhververen ikke risikerer at stå uforsikret, hvis aktivet rammes af en skade. Hvor der ikke gælder særlige *sædvaner* for, hvem der forestår dette arbejde (en af parterne eller den medvirkende rådgiver), bør spørgsmålet afklares i *aftalen*.

4.5. Aftalerevision og ændringshåndtering

4.5.a. Problemstilling

Indebærer aftalen en kompliceret opfyldelsesproces (f.eks. entreprisaftaler, it-systemudvikling eller aftaler om kreative frembringelser), vil parterne typisk fortsætte deres dialog om transaktionen efter aftaleslutningen. Ud over at tilrettelægge aftaleopfyldelsen – og hvor nødvendigt og muligt tilpasse aftalen – vil samarbejdet om én transaktion ofte lede videre til andre. Resultatet vil da blive et antal efterfølgende aftaler, der enten kan præcisere eller ændre den oprindelige aftale.

Også efterfølgende adfærd kan føre til, at aftalens indhold ændres. Ikke sjældent lægges et færdigforhandlet aftaledokument i skuffen i mere end bogstavelig forstand. Parterne lærer hinanden at kende, indøver egne – aftaleuafhængige – rutiner og lægger dermed måske indirekte afstand til deres oprindelige aftale. I talrige tilfælde kan dette føre til, at aftalen må anses som *bortfaldet* ved *desvetudo*, eller blot ændret (derogeret) ved en efterfølgende, stiltiende aftale. Se nærmere herom i afsnit 4.1.b.

*De facto-
ændring*

4.5.b. Konciperingsspørgsmål

Det er ikke ligegyldigt, hvordan en ændring tilrettelægges. En bestemmelse, hvorefter “Parternes aftale af... hermed ændres, således at B fremover skal være berettiget til...”, fremstår måske præcis, men fordi den ikke retter sig mod enkelte vilkår, kan der opstå tvivl om, hvilke pligter der nu fremtræder i en ny skikkelse. I stedet må koncipisten gå den tunge vej om de enkelte bestemmelser, f.eks. som følger:

- “Parternes aftale af ... er med virkning fra ... hermed ændret som følger:
- § 1. Begrebet “territorium” i aftalens § 1, stk. 2, defineres som følger:
 - § 2. § 4, stk. 5, om minimumssalg udgår. I stedet indsættes følgende bestemmelse: ...
 - § 3. Med disse ændringer ratihaberer parterne hermed aftaleforholdet.”

4.5.c. Ensidige ændringer

En aftale opnår sin gyldighed i kraft af parternes *felles vilje* om at være forpligtet. I visse tilfælde kan det være nødvendigt at give

*Formål og
karakteristik*

A en ret til ensidigt at ændre aftalen med virkning for B. En sådan adgang kræver hjemmel i aftalen.

Der er mange metoder til at etablere en sådan hjemmel. Valget af metode bør dikteres af baggrundsretten, herunder risikoen for, at vilkåret tilsidesættes som ugyldigt (f.eks. efter AFTL § 36), eller at det fortolkes indskrænkende. Problemet vil ofte være, at aftaleforholdet *halter*, i det omfang den ene part i kraft af ændringsadgangen er mindre forpligtet end den anden.

*Ændringsadgang
for kunden*

En ændringsadgang kan for det første være hensigtsmæssig, hvis man har at gøre med en ydelse, som parterne først får indgående kendskab til under opfyldelsesprocessen. Derfor er ændringsregulering almindelig i aftaler om it-systemudvikling og i olieindustrien, hvor der er plads til forskellige grader af fleksibilitet, se hertil nærmere afsnit 7.5.b.

Masseaftaler

En virksomhed, der baserer sine kunderelationer på *masseaftaler*, vil ønske at have samme vilkår i disse aftaler. Uden en sådan ensartethed opnår virksomheden ikke de stordriftsfordele, der netop ligger i at kunne arbejde med en kundemasse, der er underlagt identiske vilkår. Derfor har virksomheden behov for at ændre disse mange aftaler under ét, f.eks. når tilpasning er nødvendig som følge af ændrede lovgivnings- eller samfundsforhold.

*- revisions-
klausul*

En sådan ændringsadgang kan for det første etableres ved en *revisionsklausul*. Sådanne klausuler kan imidlertid tænkes tilsidesat som urimelige efter generalklausulen i AFTL § 36 eller efter den særlige generalklausul for forbrugeraftaler i AFTL § 38c. Klausuler, der tillader den erhvervsdrivende “ensidigt at ændre kontraktvilkårene uden gyldig og i aftalen anført grund”, ud nævnes som *urimelige* på den forbudsliste, der hører til direktivet om urimelige aftalevilkår i forbrugeraftaler (93/13), se herved dennes pkt. j). Skal dette middel benyttes, må de ændringsbegrundende tilfælde altså anføres, og ønsket om at kunne udvirke ændringer i disse tilfælde må være velbegrundet. Se *U 1993.496 Ø* og *U 1998.407 H*, der begge nægtede omtegning af forsikringsaftaler.

*- negativ aftale-
binding*

En anden vej til at ændre masseaftaler ensidigt er gennem reglerne om *negativ aftalebinding*, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 212 f. og afsnit 5.5.d., og nedenfor i afsnit 7.5.a. Som her anført vil ændringen da blive gennemført, ved at A opsiges aftalen over for B for herefter at tilbyde B at videreføre aftalen på de nye

vilkår – et tilbud, som B formodes at have accepteret ved sin passivitet. Også sådanne vilkår kan tænkes anset som urimelige, se herved pkt. h) i forbudslisten til direktiv 93/13.

Er en aftale mellem A og B oprettet *proforma*, fordi A og B gerne vil fremtræde som aftaleparter over for C, har A og B (eller en af parterne) en naturlig interesse i at kunne frigøre sig fra denne *proforma*aftale, når det ikke længere er nødvendigt at kunne fremlægge den for C. Det kan f.eks. tænkes, at lokale retsregler kræver, at B kun kan være direktør for datterselskabet A, hvis B er medejer af det. I en sådan situation kan det være nødvendigt for A og B at “indgå” en interessentskabsaftale *proforma*. For at muliggøre en ensidig opsigelsesadgang for A, kan A og B samtidig med *proforma*aftalens indgåelse indgå en – *udateret* – aftale, hvorefter parterne “nu” er blevet enige om at opløse interessentskabet igen, uden at B gør krav på økonomisk kompensation mod A i den anledning. A’s ændringsadgang fremtræder herefter ved A’s råden over denne opløsningsaftale, som sætter A i stand til efter eget ønske at sætte opløsningen i værk.

Proforma

På det principielle plan er der intet til hinder for at indgå sådanne aftaler. Ligesom man kan indgå haltende aftaler, kan man indgå aftaler, der gør det muligt for den ene part at udvirke ændringer ensidigt. Men ligesom haltende aftaleforhold ofte fortolkes til fordel for den svage part (medmindre denne er fyldstgjort for ubalancen gennem vederlæggelse eller på anden vis), vil domstolene ved fortolkningen eller rimelighedsvurderingen i henhold til AFTL § 36 bl.a. se på, om der er ydet et særligt vederlag for den ensidige ændringsret.

En variant af den førnævnte model er at lade den part, der accepterer modpartens ønske om ensidigt at kunne løse sig fra aftaleforholdet, underskrive en *udateret* opsigelse af aftalen. Meningen hermed er at give modparten adgang til at datere denne opsigelse og dermed bringe aftalen til ophør efter sit eget valg. Det problematiske i metoden består i, at den frembringer et misvisende bevismiddel: Datoen på opsigelsen stemmer jo ikke med virkeligheden. Dermed får også denne metode et skær af *proforma* over sig, eftersom det væsentligste hensyn, der synes at kunne tale imod en sådan ordning, må være hensynet til den tredjepart (f.eks. den almindelige offentlighed), der meddeles et

*Udateret
opsigelse*

måske fejlagtigt indtryk af baggrunden for, at den pågældende aftale blev bragt til ophør.

Fuldmagt

A kan endelig give B fuldmagt til at optræde på A's vegne i forhold, der vedrører B's aftaleforhold til A. Denne metode kan være relevant, hvor parterne ikke på forhånd ved, *hvordan* aftalen skal ændres. Bestemmelsesretten lægges da i hænderne på fuldmægtigen, der herefter optræder på begge sider af forhandlingsbordet. Forholdet svarer til, at fuldmægtigen har adgang til *selvindtræde*. En sådan adgang bør alene indrømmes, hvis det på forhånd ligger klart, hvad det er for dispositioner, B skal træffe med virkning for A. Jo mere præcist omfanget af disse dispositioner kan beskrives, desto mindre nærliggende vil det da være at etablere en sådan fuldmagtskonstruktion: Er råderummet præcist angivet, forekommer det mere nærliggende at bygge ordningen ind i en aftalt ændringsret.

5.1. Partsreguleringen

5.1.a. Problemstillingen

De fire forrige kapitler har handlet om *at indgå* aftaler: Hvilke overvejelser gør parterne sig? Hvordan forhandles aftalen? Hvordan koncipieres den? Og hvordan går man frem ved selve aftaleslutningen? Fra og med dette kapitel ændrer synsvinklen sig. Nu handler det om, hvad der skal *stå* i aftalen. Resten af bogen sætter fokus på reguleringstemaer, der er relevante for alle kommercielle aftaleforhold. Bogen *Enkelte transaktioner* behandler herefter de reguleringstemaer, der er relevante pga. baggrundsretten eller forholdene i den enkelte transaktion.

Systematik

I dette kapitel skal vi først se på en række reguleringstemaer, der får aftalen til at fungere. Det drejer sig om en række *retlige*, *retstekniske* og *praktiske* forhold, som fungerer som *bindemidler* og *byggematerialer*, der, hvis man anvender det billede af aftalen som en bygning, der er gjort i afsnit 1.1.a., får konstruktionen til at holde. Denne *grundregulering* sikrer bl.a., at bygningen står på et fundament, og at den er forbundet med forsyningskanaler mv. Grundreguleringen letter også arbejdet for den, der skal vedligeholde aftalen. I den praktiske opfyldelse af aftalen vil man sjældent hæfte sig ved disse forhold. Men det vil man, hvis ikke de er på plads.

Grundreguleringen

Angivelsen af aftalens parter er det første led i grundreguleringen. At partsbetegnelsen har håndgribelige retlige og praktiske konsekvenser, siger sig selv. En aftale uden parter er ingen aftale. Tvivl om, *hvem* en aftale forpligter, skaber tvivl om selve *aftalen*.

Partsbetegnelsen

De *forretningsmæssige* motiver for partsvalget vil som regel knytte sig til de nøglepersoner, der har forhandlet aftalen, eller som skal opfylde den. Disse parter vil ofte agere i regi af kapitalselskaber, der tilmed ofte indgår i koncernforhold. Ind-

gås aftalen med et hovedaktionærselskab, kan det være uklart, hvem – hovedaktionæren eller hans selskab – der er part. Og i situationer, hvor parterne har drøftet navnet på underleverandører under aftaleforhandlingen, kan der opstå tvivl om, hvorvidt aftalen er indgået med hoved- eller underleverandøren, jf. f.eks. *TBB 2009.324 V*.

Partsangivelsen viser, hvem der hæfter for aftaleopfyldelsen. Hvis ikke den *person*, der har underskrevet aftalen, i aftalen har udpeget en anden part (herunder en juridisk person) som *aftalepart*, er udgangspunktet, at underskriveren selv hæfter, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 238 f., 279 og 451 f. Er der flere selskaber inde i billedet, må der gælde en formodning for, at kun ét af disse selskaber forpligtes. I mangel af særlig angivelse må man ofte nå til, at den forpligtede part vil være det selskab, der har været nævnt under aftaleforhandlingen. Et tidligere aftaleforhold skaber også en formodning for, at det nu er samme part, der hæfter, jf. *U 1984.496 H*. Ligeledes gælder der en formodning for, at den part, som *inviterede* til eller *accepterede* invitationen til aftaleforhandlingen, også bliver aftaleforpligtet, se f.eks. *U 2007.2696 H*.

Der findes en righoldig retspraksis om, hvornår en fysisk person eller hans selskab aftaleforpligtes, se f.eks. *U 1973.280 H*, *U 1982.56 H*, *U 1982.84 H*, *U 1983.478 Ø*, *U 1984.496 H*, *U 1985.953 V* og *U 1991.235 V*. Retspraksis tegner ikke noget klart billede af, hvordan sådanne tvivlstilfælde skal løses. Der gælder f.eks. ingen formodning om, at aktionæren hæfter ved tvivl. Medkontrahtenten kan i øvrigt være bedre stillet, hvis kravet rejses mod et nystiftet selskab, jf. f.eks. *U 1986.466 H*. I visse tilfælde kan også en majoritetssejer hæfte for selskabets forpligtelser. Se herom *Werlauff* i *U 2012B*, s. 203 ff.

Koncernforhold

Udgangspunktet om, at en aftale kun forpligter det enkelte selskab, fastholdes også i koncernforhold, hvor flere selskaber optræder med stort set samme opgaver og betegnelser. Selv om domstolene i særlige tilfælde har statueret identifikation (“*ansvarsgennembrud*”) i koncernstrukturer, er det som hovedregel aftalens *partsangivelse*, der bestemmer, hvem der er aftalepart. At et solidt (koncern-)selskab optræder som medunderskriver (f.eks. på sidste side), uden også at figurere som part (på aftalens første

side) fortolkes undertiden således, at det underskrivende selskab afgiver en (simpel) kaution. Men dermed bliver det ikke selv aftalepart.

I kommercielle forhandlinger forventes parterne selv at anstille undersøgelser om hinanden, inden de påtager sig økonomiske risici for hinandens soliditet, jf. ovenfor afsnit 2.2. Er der en koncern inde i billedet, og er der tvivl om det enkelte koncernselskabs soliditet, bør aftalemodparten undersøge det enkelte koncernselskabs økonomi og eventuelt forlange garantier, kautioner eller støtteerklæringer fra de øvrige koncernselskaber, se herved *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.b.

Ansvarsgennembrud antages kun i helt særlige tilfælde, hvor moderselskabet nærmest har handlet culpøst. I sådanne tilfælde kommer domstolene undertiden aftaleparter, der uforvarende har givet kredit til et "tomt" selskab, til undsætning, jf. f.eks. *U 1982.285 SH*, *U 1997.1642 H* og *U 2001.1085 H* og i det hele *Werlauff: Selskabsmasken* (1991), samme i *Selskabsret*, 9. udg. (2013), s. 634 ff., og *Schans Christensen: Selskabsret*, 4. udg. (2014), s. 191 f.

Er der flere mulige koncernselskaber inde i billedet, vil partsvalget først og fremmest være dikteret af risikoen for *misligholdelse*. Misligholdelsesrisikoen er indlysende for den part, der vil være *pengekreditor* i transaktionen. Er et usolidt selskab aftalepart, står modparten magtesløs ved misligholdelse, hvor krav om naturalopfyldelse, erstatning og tilbagebetaling vil blive forvandlet til udækkede dividendekrav i selskabets konkursbo. Omvendt vil den part, der vil optræde som *pengedebitor* i aftalen, have en interesse i at kunne lade et usolidt selskab overtage sine partspligter. Giver transaktionen tab, kan dette selskab da blot erklæres konkurs, medens resten af koncernen lever videre.

En anden problemstilling i partsvalget angår den skatteretlige behandling af de *aktiver* (i relation til afskrivning og nedskrivning), der erhverves ved aftalen, og de *udgifter* (i relation til fradrag eller aktivering), hvormed disse aktiver vederlægges. Valget af aftalepart afgør, hvem der skal *beskattes* af indtægter og *fradrag* henholdsvis *afskrive* de udgifter, transaktionen realiserer. Forskellige personer og koncernselskaber mv. kan have forskellige skattefordele ved at optræde som aftalepart. Forventer man

Den økonomiske risiko

Skatteretlige virkninger

et skattemæssigt overskud i ét selskab, vil det være nærliggende at placere et anlægsaktiv her, så aktivet kan afskrives og den skattepligtige indtægt dermed nedbringes. Ofte vil det være muligt at lade parter *succedere* i den skatteretlige behandling af forskellige aktiver. Beskatnings- og afskrivningsretten vil almindeligvis, men langt fra altid, bero på, om der i formueretlig henseende har bestået et reelt krav henholdsvis ejerskab i henhold til den indgåede aftale, jf. nærmere *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.3.d.

*Diskretions-
hensyn*

Partsvalget har central betydning, hvis aftalen indebærer en pligt til at hemmeligholde eller sikre informationer. En diskretionspligt kan enten følge af *aftale* (herunder aftaler om erhvervs-hemmeligheder, jf. MFL § 19), af reglerne i *persondataloven* eller af en særlig lovgivning om *tavshedspligt*. Er en tavshedspligt pålagt et bestemt selskab i en koncern, vil oplysninger dækket af tavshedspligten som udgangspunkt ikke kunne overføres til et andet selskab i koncernen. Det gælder, uanset om begge selskaber kontrolleres af samme moderselskab og/eller hovedaktionærer, der (i kraft af deres tilknytning til begge selskaber) kan råde over oplysningerne. Ifølge persondatalovens § 3, stk. 1, nr. 2, vil overførelse fra et selskab til et andet indebære en “behandling” (i form af en “videregivelse”), der som sådan kræver hjemmel efter lovens regler, herunder navnlig i lovens § 6. Derfor kan en kundedatabase ikke uden videre overføres fra den dataansvarlige til en tredjepart. Denne begrænsning kan bl.a. volde vanskeligheder ved virksomhedsoverdragelser, jf. nærmere *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.e., og *kan* give anledning til overvejelser om, hvilket selskab i et koncernforhold det er mest hensigtsmæssigt at lade optræde som aftalepart.

*Interesse-
konflikter*

Valget af en aftalepart er også et valg af dennes forhistorie og i et vist omfang også af partens relationer til andre. Risikoen, for at disse relationer bringer parten i en *interessekonflikt* i forhold til den aktuelle transaktion (se hertil afsnit 2.5.g.), kan gøre et partsvalg problematisk. Denne risiko har størst betydning, hvor *konkurrencehensyn* spiller ind, hvor der i særlig grad er behov for *fortrolighed*, eller hvor den ydelse, den ene part præsterer, er underkastet særlige *fagetiske regler* (som f.eks. for advokaters og revisorers ydelser).

5.1.b. Partsangivelsen

Retssystemet kender adskillige eksempler på, at aftaler indgås og opfyldes, uden at parterne kender hinandens identitet. Dette er praksis for en stor del af de aftaler, der indgås i detailhandlen eller på nettet. Først når den indgåede aftale giver anledning til en retlig uenighed, vil parterne tage skridt til at identificere hinanden.

Koncipering

For aftaler mellem erhvervsdrivende om længerevarende eller mere værdifulde ydelser er det dog nødvendigt at sikre en klar partsidentitet. En sådan klarhed er nødvendig for at kunne identificere de parter, som kravet kan rejses over for. Da kravets værdi bl.a. beror på, om dets debitor kan opfylde aftalen, kan partsangivelsen være afgørende for denne vurdering. Uanset hvilken part der er tale om, bør en partsangivelse derfor ledsages af præcise oplysninger om partens *identitet* og (for juridiske personer) *retssubjektivitet*.

Fysiske personer kan entydigt identificeres med personnummer (CPR-nummer). Ganske vist giver cpr-loven med den § 3, stk. 6, som indført ved lov nr. 311 af 29. marts 2014, Økonomi- og Indenrigsministeriet adgang til efter skriftlig anmodning i særlige tilfælde at tildele nyt personnummer til en person, hvis personnummer indgår eller har indgået i forbindelse med misbrug af vedkommendes identitet. Men selv om en person dermed kan have flere personnumre – et tidligere og et nyt – kan begge disse numre med fuld sikkerhed henføres til vedkommende.

Fysiske personer

Man bør ikke angive et personnummer i selve aftaledokumentet, hvis dette forventes at komme til kendskab for en bredere kreds. Selv om personen med sin underskrift på aftalen kan siges at give samtykke til denne brug af personnummeret, jf. persondatalovens § 11, stk. 2, nr. 2, vil en sådan anvendelse sjældent være relevant og nødvendig, jf. lovens § 5, stk. 3. Det gælder, uanset om personnummeret skal anvendes som grundlag for lønudbetalinger el.lign. I stedet kan fødselsdatoen benyttes i selve dokumentet og cpr-nummeret oplyses særskilt. Optræder den fysiske person som såkaldt *juridisk enhed*, bør CVR-nummeret i stedet benyttes, se herom straks nedenfor.

Et *interessentskab* bør altid partsangives med sine ansvarlige deltagere (ligeledes, efter omstændighederne, med personnummerangivelse). Dem skal der være flere af, jf. *U 2014.1623 Ø*,

Interessentskaber

der anså et interessentskab mellem A og B for ophørt ved B's udtræden. Hver indehaver bør tiltræde aftalen med sin underskrift, medmindre der i interessentskabsaftalen er hjemmel til at fravige dette princip, f.eks. ved at underskriveren er tildelt en fuldmagt eller anden særlig kompetence. Aftalen forpligter jo interessentskabets enkelte deltagere. Erhvervsdrivende interessentskaber vil normalt også være juridiske enheder med eget CVR-nummer.

Adresse mv.

Foruden partens navn bør aftalen angive nogle praktisk betonedede oplysninger om adresse og forretningssted. For virksomheder, der er aktive fra forskellige adresser (f.eks. med flere administrative eller produktionsbærende enheder), kan denne angivelse være forbundet med retsvirkninger. Er andet ikke anført, bliver den angivne adresse eller forretningsstedet det sted, hvor parten forpligtes af *påbud* (der efter deres karakter forpligter, når de kommer frem, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.g., navnlig s. 163). Adresseangivelsen viser også, hvor *forkyndelse* af processuelle meddelelser kan ske, og ved hvilket *værneting* parten kan sagsøges. Fordi denne angivelse er gældende, indtil parterne har givet meddelelse om anden adresse, behøver aftalen ikke fastsætte en udtrykkelig pligt til at give underretning ved *adresseændring*. Sanktionen indtræder i og med, at påbudsstedet er som anført, indtil den forpligtede har givet anden meddelelse.

Juridiske personer

Angivelsen af en parts identitet kan volde vanskeligheder, når der er tale om en juridisk person, der ikke er et kapitalsselskab. Se f.eks. dommen i *Tidsskrift for Skatter og Afgifter 1997.287 Ø*, hvor et selskab med begrænset ansvar reelt ansås for at være en enkeltmandsvirksomhed. Da selskaber kan skifte navn, viser selskabsnavnet ikke, hvilken juridisk person pligten påhviler. Dette problem løser man ved at lade selskabsnavnet ledsage af det (entydigt bestemte og uforanderlige) CVR-nummer. Selskabslovens § 2, stk. 4, pålægger derfor kapitalsselskaber i breve og på andre forretningspapirer, herunder elektroniske meddelelser, og på kapitalsselskabets hjemmeside foruden navn og hjemsted at angive CVR-nummeret.

For *udenlandske selskaber* kan det være vanskeligt at forlade sig på, at et registreringsnummer godtgør et selskabs identitet. For at tilvejebringe

en sådan sikkerhed kan man gøre brug af udefrakommende erklæringer, f.eks. *legal opinions*, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.e. Ifølge forordning 2137/85 art. 25, skal der på breve, bestillingssedler og lignende dokumenter for Europæiske Økonomiske Firmagrupper tydeligt anføres firmagruppens navn, enten foran eller efter ordene “europæisk økonomisk firmagruppe” eller forkortelsen “EØFG”, registreringssted, hjemsted samt visse andre oplysninger om dens handleevne.

I medfør af § 5, stk. 1, i lov om Det Centrale Virksomhedsregister (se lovbekendtgørelse nr. 653 af 15. juni 2006 med senere ændringer og bemærkningerne hertil i afsnit 2.2.b.) tildeles “juridiske enheder” et entydigt identifikationsnummer (CVR-nummer). Nummeret tildeles af *Erhvervsstyrelsen* (for fysiske personer, juridiske personer og filialer samt kommunale selskaber) og af *Danmarks Statistik* (for statslige enheder, regioner og kommuner). Selv om CVR-registreringen ikke rummer samme identitetskontrol som den selskabsregistrering, der sker i henhold til selskabslovgivningen, tjener den for de fleste praktiske formål som en brugbar partsidentifikation.

*Juridiske
enheder*

Et kapitalselskab, der *ikke er registreret*, kan ikke pådrage sig forpligtelser, jf. nærmere selskabslovens § 41. Tilsvarende gælder for uregistrerede fonde, jf. § 6 i lov om erhvervsdrivende fonde og § 30, stk. 1, i lov om erhvervsdrivende fonde. Ikke desto mindre kan det være nødvendigt for det uregistrerede selskab at drive virksomhed i perioden frem til registreringen. En sådan virksomhed indebærer aftaler og dermed pligter. De personer, der har påtaget sig forpligtelsen, eller som har medansvar herfor, hæfter da solidarisk, jf. selskabslovens § 41, stk. 3. For aftalekoncipisten må denne regel reflekteres i klare vedtagelser om, hvem der hæfter for forpligtelserne, f.eks. således at parten angives med ordene: “Aktieselskabet XYZ under stiftelse ved stifterne A, B og C”.

*Uregistrerede
selskaber*

Mange virksomheder vælger at organisere sig således, at de forskellige dele af virksomheden udskilles i særskilte datterselskaber under et moderselskab. Datterselskaberne udfylder da hver sin funktion for virksomheden under angivelse af koncernens (“gruppens”) navn eller varemærke. Ofte vil hvert enkelt datterselskab have gruppens navn efterfulgt af et mere almindeligt supplerende navn, f.eks. “XYZ Factoring a/s”, “XYZ Leasing a/s”, “XYZ Logistics a/s”, “XYZ Finance a/s” etc. Se *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.5.c., om factoring i datterselskab. Som

*Koncernen som
“part”*

nævnt s. 223 er der kun ringe muligheder i dansk ret for at gennemføre ansvarsgennembrud i selskabsforhold. Spørgsmålet er derfor, hvordan man i sådanne tilfælde, hvor koncernen kan betragtes som “virksomheden”, skal foretage partsangivelsen.

Som udgangspunkt kan en “koncern” ikke være aftalepart. Skulle den være det, ville det enkelte koncernselskab skulle hæfte for aftaleopfyldelsen som i et interessentskab. En sådan aftalehæftelse vil i givet fald forudsætte tiltrædelse fra hvert enkelt koncernselskab. Som anført af *Werlauff* i U 2012B, s. 203 ff., kan det dog tænkes, at et antal selskaber i en koncern indgår i en fælles økonomisk enhed, der fremtræder som et interessentskabs-lignende samvirke eller driftsfællesskab om en fælles virksomhed. For at antage, at dette samvirke er forpligtet som interessentskab, må det imidlertid klart markeres som sådant over for omverdenen. Uden en sådan markering vil hæftelsen normalt gælde for det koncernselskab, der har markeret sig som aftalepart. Er flere mulige selskaber på banen, må modparten foretage et valg om, hvilket koncernselskab der er den adækvate og troværdige modpart i transaktionen. Er der tvivl om dette selskabs soliditet, bør modparten sikre sig en garanti eller indeståelse fra mere solide koncernselskaber.

Spørgsmål herom dukker ofte op ved afgørelsen af, hvilke selskaber i en koncern – blandt flere mulige – der er bundet af en voldgiftsklausul. Som bl.a. antaget ved *U 2012.344 VLK* beror dette spørgsmål udelukkende på, hvilke selskaber i koncernen der har påtaget sig voldgiftsklausulen.

Derimod kan det give mening at tildele koncernen en rolle i anden sammenhæng. F.eks. kan en aftale sikre *koncernen* (dvs. moder- og datterselskaber) særlige rabatter eller fordele, f.eks. i forbindelse med indkøb af ensartede ydelser (som f.eks. telekommunikation og transport) eller ved forsikringstegning. En sådan rolle vil ofte være begrundet med, at den øverste koncernledelse kan træffe effektive pris- og risikorelevante beslutninger på koncernniveau. Et eksempel herpå er *NTK 07* art. 30.1 og 30.2, der i sin regulering af forsikrings- og erstatningsproblematikken retter sig mod henholdsvis “leverandørgruppen” og “selskabsgruppen” som nærmere defineret i kontraktens art. 1.16, henholdsvis 1.26. Se hertil *Kaasen* (2005), s. 775 f.

Optræder flere parter på samme side i en aftale uden at udgøre et sameje eller et interessentskab (f.eks. når flere aktionærer sælger deres kontrollerende aktiepost i et selskab), bør aftalen regulere deres hæftelse over for tredjemand. Dette bør principielt ske på samme måde som i et partnerskab, jf. nærmere *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.2. og 2.3. Se f.eks. *ABR 89* pkt. 6.2.8, der pålægger en gruppe af totalrådgivere en solidarisk hæftelse for opgavens løsning, idet gruppen udpeger en leder, som optræder på gruppens vegne i forhold til klienten. Ligeledes kan det f.eks. være hensigtsmæssigt at oprette en *felles konto* eller aftale, at betaling kan ske til en i fællesskab udpeget depositar. Modparten bør sikre sig, at en misligholdelse kan gøres gældende mod hver enkelt part. Se hertil *Lego Andersen* (2003), s. 73 ff.

Flere parter på samme side

5.1.c. Partsrepræsentanter

Danner aftalen grundlaget for et projektpræget samarbejde, hvor det på forhånd kan blive aktuelt at revidere det aftalte, bør den på forhånd udpege den eller de repræsentanter, der skal have fuldmagt til at optræde på parternes vegne ved en aftalerevision. Et eksempel på en sådan regulering findes i *K02*, pkt. 29.2, der giver plads for en nøjagtig angivelse af, hvilke personer en “Meddelelse” (dvs. et påbud) kan sendes til. *K03*, pkt. 36.2, forudsætter, at disse “relevante personer og kontaktoplysninger vedrørende Kontrakten” angives i bilag 8-9, der præsenterer parternes respektive projektorganisation. En endnu mere detaljeret regulering af dette tema findes i *NTK 07*, hvor man blandt andet finder følgende bestemmelser:

Problemstilling

“Art. 3.1: Før Arbeidet begynner skal hver av partene oppnevne en representant med fullmakt til å opptre på vegne av parten i alle saker som angår Kontrakten, samt utpeke dennes stedfortreder. Hver av partene kan, med den begrensning som følger av art. 3.4 første avsnitt, med 14 Dagers varsel til den andre part oppnevne en ny representant eller stedfortreder.

Art. 3.2: En representant eller dennes stedfortreder kan overlate særskilte arbeidsoppgaver til en eller flere personer som han utpeker. Den andre parts representant skal i tilfelle underrettes om hvilken fuldmakt som er gitt vedkommende.”

Fuldmagt

Er aftalen indgået via *fuldmægtig* eller anden mellemmand, må medkontrahenten sikre sig dokumentation for fuldmagten. Enten må fuldmagtsdokumentet vedlægges som *bilag* til aftalen, eller også må aftalen under partsangivelsen angive fuldmagtsforholdet – f.eks. i form af en indledningstekst af typen: “Denne aftale indgås den ... mellem på den ene side A, repræsenteret ved fuldmægtig F, og på den anden side B”. Aftalens angivelser om parten (f.eks. adresse, registreringsnummer etc.) bør være mindst lige så præcise som for fuldmægtigen. Se i øvrigt om kompetentildelinger straks nedenfor i afsnit 5.2.

Det er omvendt vigtigt, at fuldmægtigen angives *som sådan* og ikke som aftalepart. Dette bør ske ved udtrykkelig brug af ord som “som fuldmægtig i henhold til fuldmagt af ...”. Også brug af “attention”-angivelser under partsnavnet fremhæver fuldmægtigens rolle som sådan. Se f.eks. *U 1995.226 Ø*, hvor mellemmanden (der var tituleret på denne vis) ikke kom til at hæfte, selv om der ikke var angivet noget selskab.

Nøgelpersoner

Et særligt spørgsmål opstår i relation til leverandørens valg af de *medarbejdere*, han sætter til at varetage aftaleopfyldelsen. Hovedreglen er her, at den forpligtede har frihed til at udpege de personer (og underleverandører), som han skønner bedst egnede hertil. Et krav om, at aftaleopfyldelsen forestås af særlige medarbejdere, kræver aftale, jf. således *ABR 89* pkt. 2.1.1. Ifølge *K02* pkt. 5.2., stk. 5 (og henvisningen heri til aftalens bilag 10) kan ingen af parterne forud for godkendelse af driftsprøve udskifte sin *projektleder* eller andre af de i bilaget anførte *nøglemedarbejdere* “uden den anden parts samtykke, medmindre udskiftningen skyldes medarbejderens personlige forhold, herunder ophør af ansættelsesforhold eller lignende omstændigheder”. Se også *NTK 07*, art. 3.4., der fastslår, at “Utpækning, forflytning eller utskiftning av personer betegnet som nøkkelpersoner i Vedlegg D, skal godkjennes av Selskapet. Godkjennelse kan ikke nektes uten saklig grunn.” Foruden de projektrelaterede argumenter kan sådanne vilkår begrundes med hensynet til beskyttelse af erhvervshemmeligheder.

5.1.d. Identitetsændringer

Ændringer i ejerforholdet for et selskab eller af de personer, der står for den praktiske aftaleopfyldelse, vil ofte påvirke transak-

tionen. Er parternes relation baseret på en personlig kontakt på ledelsesplan, vil et ejerskifte ofte ledsages af et ledesskifte. Er aftalen indgået i tillid til ejerens dygtighed og soliditet, svækkes denne tillid, når der kommer en mindre solid eller mere dristig ejer ind. Ejerskifter fører ofte også til ændrede strategier og prioriteringer. Det projekt, den ene ejer brændte for, anser den nye ejer måske for tabsgivende. Dette er nu en gang vilkårene, når man indgår aftale med kapitalselskaber: Selskabet optræder, som ejeren ønsker det, og hvis ikke aftalen binder ejeren fast, kan der ske ændringer. Se nærmere herom *Elisabeth Wille* i Arve Føyen m.fl. (2006), s. 571 ff.

Når en aftale er indgået med et kapitalselskab, er det som udgangspunkt uden betydning, hvem der ejer selskabets kapitalandele. Det er klart fastslået i retspraksis, at ændringer i *ejer-kredsen* ikke indebærer noget personskifte. Det samme gælder, selv om den juridiske person skifter karakter pga. ændringer i vedtægtsgrundlaget. I *U 1969.25 H* (kommenteret af *Spleth* i *U 1969B.128*) indebar en aktieoverdragelse ledsaget af en formåls- og navneændring samt total udskiftning af selskabets bestyrelse ikke et ejerskifte, der kunne begrunde en pantegælds forfald. I sin kommentar anfører *Spleth*, at hensynet til faste regler på området spillede en væsentlig rolle for Højesterets resultat. “Det ville være meget vanskeligt at fastslå nøjagtigt, hvor meget der skulle til for at anerkende, at det skete praktisk måtte ligestilles med et ejerskifte.” *Spleth* peger på, at kreditor jo har det i sin magt at klausulere sit retsforhold, så der indtræder særlige virkninger ved en ændring i ejerforholdene til debitor.

Ejerændringer

Samme princip er lagt til grund i *U 2014.2562 V*, hvor en ny ejer af et selskab ikke kunne få bedre ret (i relation til reglerne om ekstinktion af utinglyste rettigheder) end selskabet havde som følge af ond tro hos den daværende direktør. I *U 1966.145 H* havde en kommune solgt en grund til et aktieselskab efter forhandling med hovedaktionæren og med en personlig forkøbsret for kommunen. I stedet for at sælge *grunden* solgte hovedaktionæren *aktierne*. Kommunen fik medhold i et *vederlagskræv* mod hovedaktionæren. Resultatet støttes på en fortolkning af aftalen mellem kommunen og hovedaktionæren, der efter Højesterets opfattelse måtte forstås således, at grunden ikke måtte sælges til anden side, før den havde været tilbudt kommunen til samme pris, som kommunen havde solgt den for. Det bæres således af en ondtrøsbetragtning, se

hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 458 f. Salg til eneaktionærselskaber kan give anledning til mangfoldige retsspørgsmål, jf. f.eks. *TBB 2003.242 Ø* (om gennemførelse af den pligtmæssige vurdering i forbindelse med tilbudspligten). I *U 2004.2221 Ø* var anparterne i et ejendomsselskab blevet overdraget til henholdsvis en familiefond, et aktieselskab og et andet anpartsselskab. To boliglejere i ejendommen gjorde nu gældende, at ejendommene skulle tilbydes lejerne efter reglerne i lejelovens kapitel 16. Retten fandt ikke grundlag for at fortolke lejelovens § 102, stk. 1, 2. punktum, således, at bestemmelsen omfattede de skete overdragelser, ligesom det heller ikke var godtgjort, at der forelå omgåelse. Se også *U 2005.1036 V*, hvor en forkøbsret udløstes ved ejerlejlighedsejerens salg af ejerlejligheden til et helejet selskab.

*Aktieovergang
som forudsætningsvigt*

Selv om aftalen er tavs herom, kan man spørge, om en aktieoverdragelse, der medfører, at et kapitalselskab nu kontrolleres af en anden ejerkreds eller af en anden selskabsledelse end ved aftaleindgåelsen, kan udgøre en *væsentlig og kendelig forudsætning*, der i medfør af læren om svigtende forudsætninger (se herom *Grundlæggende aftaleret*, 6.3.g.) giver modparten ret til at træde tilbage fra aftalen. Når dette spørgsmål vurderes i en kommerciel aftalerelation, er det vigtigt at slå udgangspunktet fast: En løftegiver bliver ikke frigjort fra sit løfte, blot fordi de forudsætninger, han lagde til grund, svigter. Der kræves helt særlige grunde, hvis sådanne forhold skal frigøre løftegiver. Og sådanne grunde foreligger i almindelighed ikke, når forudsætningen fremtræder som et velkendt og hyppigt scenarie. At man driver virksomhed i selskaber, skyldes bl.a. ønsket om at kunne disponere over selskaberne. Det er klart for alle erhvervsdrivende, at ejerkredsen ikke hæfter for selskabets forpligtelser.

Retsstillingen kan være en anden, hvis aftalen ikke er indgået mellem erhvervsdrivende. I *U 1982.87 H* udtalte Højesteret, at en aktieoverdragelse i visse tilfælde kan berettigede ansatte i et aktieselskab til at ophæve ansættelsesforholdet. I sagen ansås en driftsleders forudsætninger for ansættelsesforholdet dog ikke for bristet ved en aktieoverdragelse. Det vil i almindelighed ikke være grundlag for at bedømme en aktieovergang som udtryk for en *anteciperet misligholdelse* af aftalens pligter, medmindre den resulterer i substantielle ændringer i virksomheden, der på forhånd gør en misligholdelse overvejende sandsynlig. Eksempler herpå kan være, at selskabets økonomiske stilling bliver usikker, eller at en lang række centrale nøglemedarbejdere forlader det, se herved *Wille i Arve Føyen*

m.fl. (2006), s. s. 573. I kommercielle forhold vil en ændret ledelse end ikke kunne udgøre en anteciperet misligholdelsesgrund i tilfælde, hvor der bestod et helt særligt personligt bånd til den tidligere ledelse.

Det adækvate aftaleretlige modtræk over for denne retsstilling er at indsætte en såkaldt *change of control-* eller *change of ownership-*klausul. Sådanne klausuler findes i talrige aftaler, herunder om finansiering, teknologisk samarbejde og it-udvikling, hvor tilstedeværelsen af den forudsatte ledelse eller ejerkreds er essentiel for transaktionen. Klausulen vil ofte fastslå, at aftalen *falder bort*, anses *misligholdt* eller kan *opsiges* uden varsel, hvis der enten indtræder et aktieejerskifte (*change of ownership*) eller indsættes en ny ledelse (*change of control*).

*Change of
control-klausul*

Hvilken retlig ramme der skabes for klausulen, beror på aftalegrundlaget. Indgår klausulen i et *aftalekompleks*, der involverer forskellige koncernselskaber, kan det give mening at betragte et moderselskabs salg af aktierne i et datterselskab som en misligholdelse. Set fra *datterselskabets* isolerede perspektiv kan det være vanskeligt at rubricere moderselskabets salg af sine aktier som en *misligholdelse* på datterselskabets side. Formelt set har datterselskabet jo ingen mulighed for at bestemme, hvem der ejer det. Her kan ejerskabet i stedet gøres til en *resolutiv betingelse* (se herom s. 198). I alle tilfælde må klausulen præcisere, hvilke *retsfakta* der kan udløse den (f.eks. navngivne aktionærs overdragelse af en kontrollerende aktiepost eller udskiftning af navngivne personer i ledelsen), samt de *retsvirkninger*, der i så fald indtræder (f.eks. en ekstraordinær adgang til at opsigte at aftaleforhold). Se nærmere *Schans Christensen* (1998), s. 207, *Lego Andersen* (2004), s. 19 f., *Tamasauskas* (2006), s. 252 ff., og *Wille* a.st. s. 565 ff.

Når en virksomhed, der drives som aktieselskab, skal overdrages, og parterne står i valget mellem at gennemføre virksomhedsoverdragelsen som en aktivoverdragelse eller en aktieoverdragelse, tvinges de til at gå frem efter samme principper som ved en aktivoverdragelse, hvis der findes sådanne klausuler i virksomhedens aftaler. Se herved *Lego Andersen* a.st. og om begrebet "aktivoverdragelse" *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.e.

En *change of control-*klausul, der udpeger aktiesalg som en misligholdelse, kan lyde således:

“Each of the events set out in this clause is an event of default:

x) The mother company ceases to own, directly or indirectly, the percentage of shares in the company which it owns on the closing date, except, in either case, as a result of a disposal which is permitted under this contract.”

*Fusionsforbud
mv.*

Ligesom en fusion kan være konkurrenceretligt problematisk (sml. konkurrencelovens kapitel 4 om fusionskontrol), kan en part have saglige grunde til ikke at ønske at *videreføre* en transaktion med en modpart, der nu er fusioneret med andre virksomheder end oprindeligt forudsat. Sådanne tilfælde omfattes ikke nødvendigvis af en *change of control*-klausul, eftersom den jo godt kan videreføre samme ejerkreds og ledelse. Derfor kan det være relevant at lade fusioner indgå i det retsfaktum, der udløser tilsvarende retsvirkninger. Uden en sådan klausul vil det følge af hovedreglen om universalsuccession, at alle aftaleforhold videreføres efter fusionen, jf. nærmere selskabslovens § 250.

Fissionsforbud

En tilsvarende regulering kan tænkes gennemført i relation til aftalepartens opsplitting (*fission*). Hvis den kombination af personer og kompetencer, der har begrundet A's interesse i sit aftaleforhold med B, vil blive reduceret gennem en fission, vil A kunne have en saglig grund til at modsætte sig en sådan efter samme principper som angivet ovenfor. Nogenlunde samme formål kan vilkår om *nøglepersoners* tilstedeværelse udfylde, se hertil afsnit 5.1.c. i slutningen.

*Underrettnings-
pligt*

Giver aftalen en part særlige beføjelser ved ændringer i modpartens *retssubjektivitet*, bør det pålægges modparten at underrette parten om disse ændringer, som parten ellers vil have vanskeligt ved at erkende. I internationale lånedokumenter pålægges låntageren f.eks. ofte *covenants* om, at han “will immediately notify the Bank of any change in its name or identity or corporate structure or in the location of its chief executive office or where its books and records are kept”, se hertil *Siviglia* (1993), s. 54. Ved at have klarhed om sådanne forhold lettes muligheden for at gennemføre *discovery* hos den forpligtede, jf. herom s. 444 f.

Andre betingelser

Andre forhold end modpartens retssubjektivitet kan have vital betydning for transaktionen. Har de det, kan aftalen gøre disse forhold til *suspensive betingelser*, jf. nærmere herom afsnit 4.2.a.,

således at transaktionen først gennemføres, når disse betingelser er opfyldt. For kreditor i et låneengagement kan det f.eks. være afgørende, at debitor ikke bevæger sig ind på et nyt forretningsområde, optager lån, pantsætter værdier eller garanterer for andres forpligtelser. Midlet til denne binding kan være en *negative pledge-covenant*, jf. nærmere herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.g.

At en aftalepart afgår ved døden eller erklæres konkurs, er som altovervejende udgangspunkt ikke ensbetydende med, at aftaleforholdet er misligholdt. Ved en persons død træder en juridisk person – dødsboet – i afdødes sted. Tilsvarende overtager konkursboet kompetencen til at disponere over fallentens formue ved konkurs, jf. reglerne i KL §§ 107 ff. Som forudsat i AFTL § 21 om fuldmægtige kan særlige omstændigheder ved den enkelte transaktion indicere, at en fuldmagt skal bortfalde ved fuldmagtsgivers *død*. Om et dødsbo har ret til midlertidigt at indtræde i et aftaleforhold med henblik på at lade en tredjepart (eller arving) videreføre det, beror på aftaleforholdet.

Konkurs og død

Lovgivningen giver ingen almindelige regler om solvente dødsboers ret til at indtræde i afdødes aftaler mv. (hvorimod en ret hertil kan udledes af de særlige regler, der f.eks. giver ret til at indtræde i aftaleforhold ved virksomhedsoverdragelse). Ansættelsesaftaler vil ophøre på dødsdatoen, hvilket bl.a. betyder, at arbejdsgiveren kun skal betale løn frem til dette tidspunkt. I visse ansættelsesforhold – f.eks. for funktionærer, jf. funktionærlovens § 2, stk. 9, og i kraft af aftale for direktører – skal arbejdsgiveren herefter betale en efterløn til den ansattes mindreårige børn og ægtefælle.

Ifølge KL § 55 kan et *konkursbo* som udgangspunkt indtræde i de af skyldneren indgåede gensidigt bebyrdende aftaler. Når boet er indtrådt i aftalen, kan det komme på tale at gennemføre *konkursregulering*, se hertil s. 267. Samme regler gælder for insolvente dødsboer, jf. dødsboskiftelovens § 70, der bl.a. henviser til reglerne om gensidigt bebyrdende aftaler i konkurslovens kapitel 7. Se hertil afsnit 5.4.e. Aftalevilkår, som fastslår, at konkurs eller anden insolvent bobehandling *i sig selv* udgør en hævebegrundende misligholdelse, kan følgelig ikke opretholdes over for konkursboet. Sådanne (efter dansk ret ugyldige) vilkår ses ofte i aftaledokumenter konciperet i andre retssystemer. Et aftalefor-

Indtrædelsesret

hold kan dog have en sådan særlig karakter, at det ikke kan gøres gældende af den forpligtedes konkursbo, sml. konkurslovens § 53, stk. 1, hvorefter reglerne om boets indtræden kun gælder, for så vidt andet ikke følger af vedkommende retsforholds beskaffenhed.

5.1.e. Substitution

*Hovedreglen om
debitorskifte*

Som hovedregel kan en part ikke overføre sine aftaleforpligtelser til tredjemand. Er andet ikke aftalt, kræver *debitorskifte* kreditors samtykke. Dette samtykke skal gives udtrykkeligt, jf. *U 2008.2320 V*, der antog, at der i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse ikke var sket debitorskifte, selv om debitor havde modtaget en debitorskifteerklæring til underskrift (men ikke havde underskrevet og fremsendt denne). Kravene til denne udtrykkelighed beror dog på den konkrete situation, herunder på, hvor forventeligt og sædvanligt det er at indtræde i et gældsforhold. Se f.eks. *TBB 2014.470V*, hvor et vilkår i købsaftalen vedrørende en andel i en privat andelsboligforening om, at køberen “overtog andelen med de samme rettigheder og forpligtelser”, indebar hæftelse for et lån optaget af foreningen.

*Lovfæstede
undtagelser*

I visse tilfælde er der hjemmel til debitorskifte i lovgivningen. En sådan hjemmel findes for *pantegæld* i fast ejendom, når det er aftalt, at pantegælden ikke forfalder ved ejerskifte, se *TL § 39*. I medfør af § 2 i lov om lønmodtageres rettigheder ved virksomhedsoverdragelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002, skal lønmodtagere lade deres ansættelsesforhold videreføre hos en ny ejer af virksomheden, når en *virksomhedsoverdragelse* gennemføres ved en såkaldt aktivoverdragelse, se herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.e. Ifølge lejelovens § 74a har lejer af lokaler, der udelukkende anvendes til andet end beboelse, ret til at lade en anden lejer inden for samme branche fortsætte lejemålet på uændrede lejevilkår (afståelsesret), medmindre udlejer har vægtige grunde, herunder den indtrædende lejers økonomi eller branchekendskab, til at modsætte sig dette, se hertil *Carsten Munk-Hansen* i *U 2009B*, s. 115 ff., bl.a. med omtale af dommen i *TBB 2009.335V*. Bestemmelsen, der kan fraviges ved aftale, gælder kun for lejemål indgået efter 1. januar 2000. Når afståelsesretten udøves, indtræder der et nyt retsforhold mellem den nye lejer og den oprindelige udlejer. Dette aftaleforhold viderefører herefter det hidtidige aftaleforhold uændret.

En afståelsesret kan normalt ikke udøves til fordel for et helejet anpartsselskab, jf. *U 1995.574 H* og om denne problemstilling *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.e. I den nævnte sag kunne udlejer modsætte sig en sådan afståelse, fordi den til enhver tid værende udlejer ikke hermed blev tilsikret mulighed for at fremsætte begrundede indsigelser mod nogen senere anpartshaver, og fordi der ikke var nogen selvstændig sikring imod, at et bestemmende antal anparter blev overdraget efter udløbet af den 10-årsgrænse, der gjaldt for afståelsesretten.

Uden for de lovhjemlede tilfælde kræver et debitorskifte samtykke fra kreditor. Et sådant samtykke skal f.eks. indhentes for hvert enkelt aftaleforhold, når en virksomhedsoverdragelse gennemføres som aktivoverdragelse. En aktivoverdragelse må derfor gennemføres i flere forløb. Man aftaler først at ville handle til en bestemt pris og under bestemte betingelser. Dernæst afklares forholdene til bl.a. tredjemand, idet erhververen af virksomheden sikrer sig samtykke til at videreføre løbende aftalerelationer. Forløbet kan herefter afsluttes med en *closing*, se hertil afsnit 4.3.c. For talrige løbende kontrakter, der hverken er resultatet af en kreditvurdering eller af andre særlige forudsætninger om modpartens identitet, vil den nye indehaver af virksomheden dog normalt kunne opnå et sådant samtykke og dermed indtræde i den tidligere indehavers retsforhold til kreditor. Sådant vil situationen f.eks. være for almindelige leverandøraftaler, teleabonnementer etc.

Samtykke

Udgangspunktet om, at debitorskifte kræver kreditors accept, fastholdes også ved delvist debitorskifte, hvorved f.eks. en blandt flere hæftende debitorer frigøres for deres hæftelse. Er aftalen indgået med et interessentskab, anført "ved parterne A, B og C", kræver det derfor som udgangspunkt modpartens samtykke at ændre denne partsangivelse, når der sker ændringer i interessentskabets sammensætning. Interessent A vil ikke uden videre kunne træde ud uden modpartens samtykke, hvis ikke der på andet grundlag er hjemmel til debitorskifte.

*Delvist
debitorskifte*

Dette udgangspunkt må dog modificeres, hvis det på forhånd ligger klart, at kreditor ikke har haft særlige forudsætninger om debitors identitet, f.eks. hvis der er tale om en udskiftning i en for omverdenen uoverskuelig interessentkreds, eller hvis den ene part fremstår som den reelle ejer af det aktiv, transaktionen drejer sig om. Har modparten derimod tilladt,

at interessenter løbende er ind- og udtrådt, kan dette efter omstændighederne ligeledes afskære retten til at modsætte sig en senere udtræden, sml. *TBB 2003.316 Ø* om et lejeforhold.

Aftalt debitorskifte

Der kan være gode grunde til ved aftale at tillade debitorskifte. Navnlig når transaktionen resulterer i et formuegode (f.eks. en virksomhed eller en patenterbar teknologi), som parterne går sammen om at investere i, vil de begge have interesse i på et tidspunkt at kunne *realisere* denne investering. Forudsætter dette, at nye parter træder ind i det eksisterende aftaleforhold, kan det være nødvendigt på forhånd at tillade debitorskifte. Ved at skabe faste rammer for, hvornår og på hvilken måde B kan substituere sig med C, bibeholdes den værdi, både A og B har investeret i projektet.

Det er ikke almindeligt at give en sådan ret, selv i længerevarende, projektprægede samarbejdsforhold. I de statslige it-kontrakter har *kunden* ret til at overdrage sine rettigheder og *forpligtelser* til en anden offentlig institution eller en institution, der ejes af det offentlige, eller som i det væsentlige drives for offentlige midler, se pkt. 25 i *K18* og *K02* og pkt. 33.1 i *K03*. Derimod kan *leverandøren* ikke uden kundens skriftlige samtykke overdrage sine rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til tredjemand. Bestemmelsen må ses i lyset af, at "kunden" er en offentlig myndighed, der principielt ikke kan gå konkurs. *AB 92 § 5, stk. 3*, fastslår den almindelige regel, at en part uden den anden parts samtykke ikke kan overføre sine pligter til andre. Ligeledes vil man ofte aftale ret til debitorskifte, når den nye debitor er koncernforbundet med den oprindelige debitor, og debitorskiftet ikke indebærer en forøget kreditrisiko for kreditor.

Mellemløsninger

Der er mange mellemløsninger mellem at tillade eller forbyde debitorskifte. F.eks. kan det aftales, at debitor kan overføre sine forpligtelser til en tredjemand, der *godkendes* af kreditor, og at kreditor kun kan nægte godkendelse med saglig begrundelse. I længerevarende aftaleforhold kan det aftales, at kreditors nægtede godkendelse giver debitor ret til opsigelse med forkortet varsel.

Undertiden kommer domstolene den part, der ikke har etableret en sådan særlig adgang, til undsætning. Se f.eks. *U 1988.1036 H*, der fortolkede en 25-års-uopsigelse i en fyringsolieforhandleraftale indskrænkende

i en situation, hvor forhandleren ønskede at sætte sin søn i sit sted, sml. *U 1988.1042 H*, der i et tilsvarende aftaleforhold tilsidesatte den 25-årige uopsigelighed i medfør af AFTL § 36 med den virkning, at forhandleren fik ret til at anvende aftalens almindelige opsigelsesvarsel på seks måneder.

Det er dansk rets hovedregel, at rettigheder kan overføres til tredjemand, se *Gomard (2009)*, s. 71 ff., og *Lærebog i Obligationsret II*, s. 39 ff. Denne regel gennembrydes kun af ganske få lovfastsatte (deklaratoriske) *undtagelser*, der generelt knytter sig til tilfælde, hvor det vil være i strid med parternes forudsætninger at lade en anden end den oprindelige part optræde i rollen som kreditor. Disse spørgsmål behandles i afsnit 5.4.d. om senere omsætningsled.

Kreditorskifte

Et kreditorskifte, der bringer aftalens formål i fare, eller som er til væsentlig ulempe for debitor, kan f.eks. ikke ske, se *Lærebog i Obligationsret II*, s. 42 ff., og *Gomard (2009)*, s. 79. Dette vil f.eks. være situationen, hvis den ret, der ønskes overdraget, er så tæt forbundet med en modstående pligt, at rettighedens overførelse vil forandre modpartens muligheder for at præstere sin ydelse, jf. tilsvarende forbeholdet om "retsforholdets beskaffenhed" i konkurslovens § 53, 1. pkt. Bæres overdragelsen af en usaglig begrundelse, kan debitor efter omstændighederne modsætte sig den, sml. f.eks. *U 1985.696 Ø*, der anså et konkursbos overdragelse af en fordring, der var genstand for en verserende retssag, for ugyldig. Overdragelsen var sket mod betaling af 1 krone og ville indebære, at den insolvente hovedaktionær kunne videreføre retssagen uden reel risiko for at skulle udrede sagsomkostninger til modparten.

Også rent økonomiske forhold kan efter omstændighederne spille ind i vurderingen af, om et kreditorskifte kan anerkendes. Entreprenørens mulighed for at gennemføre byggeriet vil almindeligvis bero på, at han modtager sine byggerater. Dette hensyn ligger bag *AB 92 § 5, stk. 4*, hvorefter udgangspunktet om, at parterne kan overdrage deres rettigheder i henhold til aftalen, modificeres med visse særregler, der er sædvanlige for byggeriet. Se også *U 1978.177 H*, der anså en entrepriseaftale for bortfaldet uden erstatningsretlige konsekvenser, da bygherren havde transporteret sine rettigheder og pligter til tredjemand.

5.2. Kompetenceregulering

5.2.a. Problemstillingen

Begrebs-
afgrænsning

Som nævnt i afsnit 1.2.d. og i *Grundlæggende aftaleret*, s. 81 f., er en kompetencetildeling en disposition, hvis retsvirkning det er at give en anden ret til at disponere på afgiverens vegne (f.eks. ved at give ham ret til at optræde som fuldmægtig). At fastslå en kompetence rummer samme retstekniske – og i nogen grad også konciperingsmæssige – aspekter, hvad enten der er tale om *aftalekompetence*, *selskabskompetence* eller en tredje form for kompetence (f.eks. offentligretlig eller folkeretlig myndighedsudøvelse). I alle tilfælde er der tale om at skulle afgrænse et *kriterium* for, at nogen (mellemanden, fuldmægtigen, det kompetente organ) skal kunne disponere med virkning for nogen anden (hovedmanden, det offentlige, selskabet mv.).

Det ydre og
indre forhold

Når man konciperer en fuldmagt, må man sondre mellem fuldmagtens ydre og indre forhold (se herom *Grundlæggende aftaleret*, s. 259 f.). Koncipisten vil ofte have fokus på det *ydre forhold*, legitimationen, som jo udgør den del af fuldmagten, der vises frem til tredjemand. De følgende bemærkninger er da også koncentreret herom. Men mindst lige så vigtigt er det at regulere den instruks, der i det *indre forhold* skal gælde mellem hovedmanden og fuldmægtigen, og som det også kan være hensigtsmæssigt at nedfælde. De følgende bemærkninger fokuserer som sagt på det ydre forhold, altså den disposition, hvorved fuldmægtigens kompetence synliggøres over for omverdenen.

5.2.b. Tildelingsformer

En kompetence kan tildeles efter samme kriterier og betingelser, som en ydelse kan præsteres. Det ses f.eks., når en fuldmagt retter sig mod et kendt aftaleudkast. Når aftaleparter benytter fuldmægtige ved aftaleforhandlingen, formuleres fuldmagten normalt mere generelt. Meningen med at give fuldmægtigen kompetence er jo netop at eksekvere en endelig *beslutning*, som fuldmagtsgiver af praktiske grunde er afskåret fra. Hvor bred en kompetence, der så overlades, beror på fuldmagtsgiverens tillid til fuldmægtigen og på fuldmægtigens behov for manøvrerum.

Opdragsbaseret

Når fuldmagten tager sigte på et *kendt aftaleforhold*, er koncipistens opgave enkel: A og B har måske gennem længere tid

forhandlet vilkårene for en aftale. De er nu enige, aftalen skal underskrives, men af praktiske grunde kan B ikke gøre det. I aftalen indføres så en bestemmelse, hvorefter fuldmægtig F har fuldmagt til at underskrive for B. Forud for underskrivelsesbehandlingen bekræftes denne fuldmagt, ved at B underskriver aftaledokumentet som part (fuldmagtsgiver), f.eks. med ordene: “Undertegnede B giver hermed F fuldmagt til på mine vegne at tiltræde og underskrive en aftale baseret på vilkårene i nedenstående dokument”. Ønsker B derudover at afgive fuldmagt til at ændre i dokumentet, må dette anføres (eventuelt inden for en beløbsramme).

En variant af denne metode består i, at B ganske enkelt underskriver dokumentudkastet som part og overgiver det til F med henblik på dennes forhandling af aftalevilkårene. Eventuelt kan B underskrive flere versioner af dokumentet, f.eks. med forskellige angivelser af pris og vilkår. Så længe dokumentet ikke er fremlagt for A, er viljeserklæringerne i sådanne underskrifter ikke “afgivet”. Dermed bliver de heller ikke forpligtende. Derimod vil hver version af dokumentet udstyre F med en legitimation, som F kan benytte i sin aftaleforhandling for B med A, og som skaber sikkerhed for, at den endeligt underskrevne aftale forpligter B.

Kendes forhandlingsresultatet ikke på fuldmagtstidspunktet, kan det være nødvendigt at definere fuldmægtigens kompetence med nærmere angivelse af medkontrahentens identitet og transaktionens indhold (pris, ydelse og andre vilkår). En måde at gøre det på er at fastslå den *type beslutning*, som den kompetente part kan træffe – f.eks. “almindelige indkøb, bortset fra køb af fast ejendom” eller “ansættelse af medarbejdere til varetagelsen af funktionen X inden for det til enhver tid gældende budget.”

Funktionelt

En fuldmagt kan afgrænses *beløbsmæssigt*, således at fuldmægtigen kun kan disponere på fuldmagtsgivers vegne op til et bestemt beløb. En sådan afgrænsning bør tage højde for spørgsmålet om periodiseringskumulation: Når der er disponeret op til grænsen, hvornår genopstår fuldmagten da? Efter en bestemt periode eller i forhold til en bestemt handling (f.eks. hovedmandens godkendelse)? Ofte vil man kombinere de forskellige metoder.

Limiteret

En generalfuldmagt er en fuldmagt, hvis kompetence er afgrænset efter meget generelle kriterier. Kriteriet kan i princippet

Generalfuldmagt

være, og er ofte, “alt”, og generalfuldmagten legitimerer dermed fuldmægtigen til at disponere frit. Et eksempel på en sådan fuldmagt fremgår på s. 243. Generalfuldmagten kan være et hensigtsmæssigt redskab, hvis fuldmagtsgiver har behov for at lade en anden disponere for sig i en periode, hvor han er afskåret fra selv at disponere (f.eks. pga. sygdom eller bortrejse). Men den kan være et risikabelt grundlag for aftaleindgåelse, fordi der kan opstå tvivl om, hvorvidt den fastlagte rækkevide er tilsigtet. Derfor har domstolene ofte fortolket generalfuldmagter indskrænkende, se således *Andersen & Madsen* (2012), s. 292, med henvisninger til praksis. Navnlige kan der være større behov for en sådan indskrænkende fortolkning, jo længere tid der er gået fra udstedelses- til dispositionstidspunktet.

Negativ og positiv afgrænsning

En kompetence kan afgrænses negativt eller positivt. Hvis ikke der findes nogen tilbagefaldsregel i baggrundsretten for mellemmandens råderum, vil det logiske udgangspunkt for en kompetenceregulering være *positivt* – man tildeler jo netop mellemmanden en kompetence, som denne ikke havde i forvejen. Men findes en sådan tilbagefaldsregel (f.eks. i reglerne om stillingsfuldmagt og prokura), kan der anvendes en *negativ* formulering af kompetencen, eventuelt sådan at fuldmægtigen ikke er beføjet til at foretage bestemte typer af dispositioner, f.eks. køb, salg og pantsætning af fast ejendom, afgivelse af garantier mv. I disse tilfælde er det dog væsentligt, at en sådan “undtagelse” stilles klart op over for sin “hovedregel”. En negativ afgrænsning, der ikke udtrykkeligt forholder sig til sin positive tilbagefaldsregel, rummer risikoen for, at en domstol efterfølgende vil fortolke den som omfattende “alt andet” end det negativt undtagne.

Forbehold

En fuldmagt med særlig tilværelse bør affattes således, at tredjemand uden vanskelighed kan få klarhed over den tildelte aftalekompetence. Dette hensyn tilsiger, at der anvendes en kortfattet og præcis form. Ligeledes bør fuldmagtsdokumentet (der netop er udtryk for fuldmagtens *ydre forhold*) henvende sig til tredjemand, ikke til fuldmægtigen. Da tredjemands mulighed for at gøre en disposition gældende mod hovedmanden beror på, hvorledes legitimationen er fastlagt, vil ethvert forbehold i selve teksten virke som en advarselslampe, der enten indskrænker legitimationen eller bringer tredjemand i ond tro om, at en intern bemyndigelse er overskredet (i kraft af *burde-viden*) – alt med den

virkning, at hovedmanden ikke forpligtes. Behovet for klarhed fører ofte til, at bredt definerede fuldmagter forsynes med detaljeret omtale af de hyppigst forekommende dispositioner. En typisk formulering af en generalfuldmagt opstiller først en generel hovedregel, hvortil følger sig en eksemplifikation. Hovedreglen kan f.eks. lyde:

“Undertegnede A befuldmægtiger herved B til at bestyre hele min formue, intet undtaget, og at foretage enhver disposition over den med samme retsvirkning, som om den var foretaget af mig personligt.”

Og til eksemplifikation:

“Som følge heraf er min befuldmægtigede berettiget til for mig at indgå alle retshandler og kontrakter af enhver art, bestyre, pantsætte og sælge faste ejendomme, varer og andre ejendele, transportere på mit navn lydende værdipapirer, kvittere for enhver mig tilkommende betaling eller anden indtægt, herunder også kvittere mig tilhørende pantebreve til afløsning i tingbogen, indsætte mine penge til forrentning i pengeinstitut eller anbringe dem på anden måde, forpligte mig ved optagelse af lån eller stiftelse af kassekredit på mine vegne i pengeinstitut, inddrive mine udestående fordringer og på mine vegne anlægge retssager, indgå forlig, repræsentere mig som arving eller kreditor i ethvert døds- eller konkursbo, afgive erklæring og underskrift på mine vegne i alle skiftets anliggender, herunder om vedgåelse af arv og gæld, overtagelse af bo til privat skifte og til at modtage og kvittere for ethvert beløb, der i sådanne boer måtte tilkomme mig.”

I forbindelse med projektarbejde nedsættes undertiden et antal besluttende organer, der får kompetence til at disponere på flerhedens vegne. I de statslige it-kontrakter er der f.eks. regler om “Projektsamarbejde og medarbejdere” (se *K02* pkt. 5.2 med bilag 10) og om “Samarbejdsorganisation og bemanning” (se *K03* pkt. 8 med bilagene 7-9). Projektgrupper kan være nyttige i projektforsøg, når de har beføjelse til at tilpasse aftalen til de nye problemer, som opstår under transaktionens gennemførelse. Omvendt rummer fremgangsmåden en risiko for, at hovedmanden (virksomheden) bliver genstand for uventede pligter. Denne risiko kan reduceres, hvis aftalen betinger fuldmagten af, at samtlige dispositioner under den affattes på skrift (f.eks. ved referat),

Projektarbejde

at hovedmanden inden bestemte tidsfrister modtager udskrift af sådanne referater, og at hovedmanden inden for en frist kan træde tilbage fra den således indgåede aftale.

Fællesmandat

En særegen form for kompetencetildeling foreligger, når to parter i *fællesskab* skal indgå aftale med en tredjepart og derfor vil danne grundlaget for et fælles mandat over for vedkommende. Sådanne fællesmandater kan være nødvendige i *konsortier*, hvor de samarbejdende parter ikke har etableret nogen ny juridisk person til at disponere på fællesskabets vegne. Ligger det på den anden side klart, at det forretningsmæssige formål med konsortiet kun kan realiseres gennem et antal aftaler med tredjeparter, kan man for at afskære tvivl om deres indhold vedtage, hvad disse aftaler skal gå ud på. I sådanne aftaler kan det ligeledes være bestemt, hvem af konsortiedeltagerne der er berettiget til at deltage i forhandlinger med kunden, samt hvilken beslutningsproces der skal gå forud for en sådan forhandling.

5.3. Kommunikationsregulering

5.3.a. Problemstillingen

Funktion

Kommunikation og information er afgørende for enhver kommerciel transaktion. Uden kendskab til pligter, opfyldelsesmuligheder, behov, opståede problemer eller udsigter til nye forretningsområder kan parterne blive fastlåst i positioner og dermed lide tab. Der er en grund til, at handelslivet flourer bedst i regioner og kulturer, hvor kommunikation sker enkelt og ubesværet, og at det omvendt umærkeligt stagnerer, hvis der ingen pålidelige medier til kommunikation findes, eller hvis ytringsfriheden begrænses. Såvel under *aftaleforhandlingen* som i den praktiske *opfyldelse* foregår der en intens kommunikation mellem parterne. Nogle meddelelser har rent praktisk karakter (almindelig orientering, instrukser mv.). Andre fremtræder som *konstaterende erklæringer*, som der måske senere kan knyttes retsvirkninger til. Og endnu andre fremstår som *løfter og påbud* mv., hvis retsvirkninger forandrer den retlige relation mellem parterne.

En væsentlig del af den kommunikation, der skal gennemføres for at realisere parternes transaktion, vil fremgå af deres aftale og af de efterfølgende vedtagelser mv., der ledsager dens opfyldelse.

Jo mindre bestemt transaktionen er, og jo fjernere parterne er fra hinanden (geografisk, kulturelt eller i henseende til den tidsmæssige synkronisering af deres opfyldelsehandlinger), desto større er behovet for at koordinere og aftaleregulere disse kommunikationsformer.

Behovet for en sådan regulering beror på de *formål*, parterne ønsker at tilgodese. Er formålet rent praktisk (f.eks. betinget af teknologiske, geografiske og undertiden også politiske forhold), vil fokus være på den tekniske implementering af kommunikationsprocedurerne. Parterne har måske *begrænsede* muligheder for eller medier til at kommunikere, fordi ydelsen præsteres under omstændigheder, hvor den berettigede ikke umiddelbart kan nås. Her gælder det om at få nogle systemer på plads, der forpligter parterne. Hvilke kontaktpersoner skal man henvende sig til? Og på hvilke adresser og telefonnumre?

*Praktisk
regulering*

Den modsatte situation – at der så at sige er for mange kommunikationsmuligheder at vælge imellem – kan også vanskeliggøre opfyldelsen. For at undgå, at parterne løbende skal holde øje med forskellige fysiske adresser og kommunikationspunkter (f.eks. fastnettelefoner, mobiltelefoner, sms, webmail, sociale medier, e-mail og kurérpost) for at afklare, om der er indgået ordrer eller modtaget påbud, kan det være hensigtsmæssigt at fikse disse forhold gennem vilkår om, hvilke kommunikationspunkter der anvendes til retsskabende meddelelser. Herved kan parterne dels optimere deres kommunikation, dels undgå retlig usikkerhed om, hvorvidt et påbud er kommet frem mv.

Retlig regulering

I visse transaktioner kan det være nødvendigt at koordinere kommunikationen mellem flere mulige aktører. Gennemføres transaktionen under løbende rådgiverbistand, vil det f.eks. være hensigtsmæssigt at aftale, at parterne skal sende kopi af deres korrespondance til *rådgivere*, se således *Lego Andersen* (2002), s. 80. I projektprægede aftaleforhold, der afvikles ved brug af *projekt- eller styregrupper*, kan det være nyttigt at fastslå, hvordan parterne skal kommunikere til og fra *styregruppen* og inden for denne. F.eks. pålægger *ABR 89* i pkt. 1.2.2. klienten at udpege en person, der er bemyndiget til at disponere på hans vegne i forhold til rådgiverne. Som anført af *Horn Andersen m.fl.* (2003), s. 34 f., finder man i international entrepriseret en indgående regulering af den formelle procedure, som parterne skal samarbejde efter. I

en *FIDIC*-baseret entreprisaftale kommunikerer parterne mere indgående end i en entreprise, der er baseret på *AB 92*. Procedurereglerne har dels til formål at sikre, at den kommunikerede information rent faktisk når frem til sin modtager, dels tilsigter de at sikre beviset for, hvad der er sket (såkaldt *record keeping*).

5.3.b. Regler om formueretlige påbud

Formueretlige
påbud

En række enkeltregler i den formueretlige lovgivning knytter retsvirkninger til formueretlige påbud, se f.eks. AFTL §§ 2, 3, 4, stk. 2, 13, 18 og 32, stk. 2, FAL § 33, handelsagentlovens § 10 og lejelovens §§ 40, 42 og 48 (om varmeregnskab henholdsvis påkrav om lejeforhøjelse). Formueretlige påbud kendetegnes ved at pålægge modtageren pligter, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.1.c. Da modtageren kan have en interesse i at smyge disse pligter af sig, får påkrav allerede virkning ved fremkomst. Dette er baggrundsrettens hovedregel.

Pligtidspunktet

Hvis ikke der gælder præceptive regler (f.eks. i lejeretten), er der intet til hinder for at aftale, at sådanne påkrav binder ved *afsendelsen* (hvilket dog som nævnt volder principielle vanskeligheder for en række pligttyper), i en på forhånd fastsat *periode efter afsendelsen* (f.eks. syv dage efter poststemplets dato), eller når et eksemplar af det afsendte dokument er *deponeret* hos en på forhånd udpeget tredjemand (et forhold, som bl.a. kan være relevant i forbindelse med elektronisk kommunikation). En sådan fravigelse kan dog volde problemer. Reglerne hviler på den grundlæggende tanke, at det kun giver mening at håndhæve en pligt, som den forpligtede kender eller burde kende. Bryder man med dette princip, kan parterne pådrage sig uventede pligter, der kan give anledning til indvendinger mod aftalens gyldighed efter forudsætningslærens regler eller AFTL § 36.

På visse måder kan det dog være hensigtsmæssigt at fravige den deklaratoriske retstilstand. Der er f.eks. intet til hinder for, at parterne fraviger det princip, som bl.a. *U 1982.289 SH* fastslår, om at anbefalede forsendelser ikke er "kommet frem" i og med *postvæsenets anmeldelse* om, at brevet ligger til afhentning. En regel af modsat indhold eller en regel om, at påkravsvirkningen først indtræder dagen efter (for dog at give mulighed for at afhente det), vil hverken påføre modtageren uforholdsmæssige byrder eller risici. Afgørende er i alle tilfælde, om parterne er i stand til

at indrette sig på de praktiske procedurer, som en sådan regel vil nødvendiggøre.

Som anført i afsnit 4.1.d. stiger behovet for at aftaleregulere parternes brug af *medier for kommunikation* i takt med parternes behov for klarhed. Fordi påbuddet (f.eks. bestillinger, opsigelser, reklamationer o.lign.) forpligter modtageren ved fremkomst, er det væsentligt for modtageren at vide, hvor han skal “holde øje” med det, herunder hvilket medium og hvilken adresse. Retsfølgen af sådanne pligter bør i almindelighed være, at modtageren ikke kan mødes med retsvirkninger som følge af, at en meddelelse er “kommet frem” til et ikke angivet påbudssted uden at være kommet til kundskab. Derimod vil man i almindelighed kunne gå ud fra, at meddelelser, der er kommet til modtagerens kundskab, dermed også opnår deres pligtvirkning, uanset om de er kommet frem til rette påbudssted. Dette princip følger af AFTL § 7.

Fremkomststedet

Om de særlige “give meddelelse”-regler i AFTL bestemmer *AFTL § 40*, at risikoen for, at disse meddelelser forsinkes eller ikke kommer frem, påhviler modtageren, hvis de er indleveret til befordring med telegraf eller post eller under anvendelse af “forsvarligt befordringsmiddel”. I overensstemmelse hermed bestemmer *CISG art. 27*, at en part, der har givet underretning, anmodning eller anden meddelelse i overensstemmelse med *CISG*’s regler om aftaleindgåelse, ved angivelse af et meddelelsesmiddel, som under de givne forhold er forsvarligt, ikke berøves retten til at påberåbe sig meddelelsen ved en forsinkelse eller fejl ved videreudsendelsen af meddelelsen eller dens udeblivelse, medmindre andet er udtrykkeligt foreskrevet i denne del af konventionen. Hvad der er et “forsvarligt” kommunikationsmiddel kan give anledning til overvejelser i transaktioner, hvor parterne har besluttet sig til at kommunikere elektronisk.

*Forsendelses-
risiko*

5.3.c. Enkelte kommunikationsformer

De grunde, der taler for at indgå skriftlige aftaler, fører ofte parterne til også at forlange skriftlighed i enhver disposition, der forandrer parternes pligter, hvad enten der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale eller et påkrav. Som nærmere anført s. 191 må valget af *medium* følges op med et valg af *kommunikationsform* og *adresse*. Skal breve f.eks. kunne kommunikeres som vedhæftede dokumentfiler til e-mails, gennem almindelig postbesør-

Skriftlighed

gelse eller via kurerpost? Valget heraf vil bl.a. give modtageren en forventning om, hvornår den forpligtende meddelelse (senest) er modtaget (med dagens post, med bud eller via en e-mail, der måske ikke kan tilgås pga. driftsforstyrrelser).

Formaliteter mv.

Beslutter parterne sig for, at skriftlig kommunikation kan transmitteres via kommunikationskanaler, der står til rådighed døgnet rundt, kan det være nødvendigt at knytte *frister* og andre formaliteter til, hvornår sådanne meddelelser bliver bindende. Fristregler, der håndteres af offentlige myndigheder, praktiseres ofte således, at henvendelser skal være modtaget inden for kontortid på frisdagen, se herved pkt. 212 i Justitsministeriets vejledning til forvaltningsloven. Også for private virksomheder kan det være hensigtsmæssigt med sådanne regler. Uden særlig vedtagelse gælder aftalelovens almindelige regler om “fremkomst”, som efter deres indhold ikke er tidsmæssigt afgrænsede.

Påbudsregulering

Selv om et påbud er bindende for modtageren ved fremkomst, kan også afsenderen have en interesse i, at det bliver læst. Ukendskab til påkravet og dets indhold kan således føre til misforståelser og retsusikkerhed. For at undgå en sådan usikkerhed kan aftalen pålægge parterne at holde øje med den kommunikationskanal, hvori påkrav fremsendes. Artikel 4.2 i EUF’s standardkontrakt om tjenesteydelser pålægger endvidere afsenderen en pligt til at “træffe alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at hans meddelelse modtages.” Tilsvarende krav opstilles sædvanligvis i de såkaldte kommunikationsaftaler, se hertil afsnit 5.3.d.

Modtagelseskrav

Undertiden vælger parterne at indgå aftale om, hvorledes modtageren skal *reagere* på en meddelelse. Artikel 4.2 i EUF’s standardkontrakt om tjenesteydelser fastslår f.eks., at en afsender, der *ønsker bevis* for modtagelsen, skal anføre dette i meddelelsen. Tilsvarende fastslår art. 14, stk. 3, i UNCITRAL’s modellov om elektronisk handel, at en meddelelse ikke kan anses for modtaget, medmindre modtageren har fulgt afsenderens opfordring til inden for rimelig tid at fremsende kvittering herfor. Denne regel, der er hyppigt forekommende i kommunikationsaftaler (se herom afsnit 5.3.d.), sikrer afsenderen mod, at retsforholdet reelt bliver haltende i en situation, hvor modtageren kan gøre gældende, at det ikke var læsbart el.lign. Bestemmelsen er dog ikke videreført i FN’s *Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* (2005).

Mødet mellem to eller flere parter er en praktisk vigtig kommunikationsform, hvis ikke den vigtigste, hvad enten man taler om fysiske møder eller telefonmøder. Det store behov for at kommunikere kan sammen med de betydelige omkostninger, mødevirksomhed er forbundet med, når parterne bor langt fra hinanden, fremkalde et reguleringsbehov. Det er kostbart og besværligt at rejse, og der er meget at spare for den part, der kan reducere disse omkostninger med klare regler om, hvem der afholder disse omkostninger mv.

Møder

Præsteres en ydelse ved møder – som det f.eks. ofte er tilfældet ved professionel rådgivning – er det typisk realkreditor (klienten), der afholder mødeomkostningerne. Angår mødet en fysisk genstand, der befinder sig hos den ene part, holdes mødet typisk der. Bortset herfra kan der ikke siges at være nogen sædvane for, *hvor* møder holdes, ud over den praktiske mekanisme, at den part, der insisterer på at få et møde, også forventes at bevæge sig. Der er dog måske en tendens til, at møder ofte holdes hyppigere i større byer med en effektiv infrastruktur til transport end i udkantsområder.

Blandt andet pga. omkostningsdimensionen har alle en interesse i at reducere rejseaktiviteter. Rejser koster tid og penge og belaster familielivet, og ofte behøver man slet ikke at mødes, fordi moderne kommunikationsteknologier gør det muligt at mødes *virtuelt*, enten ved telefonmøder eller ved videokonferencer, der i dag tilbyder billedkvaliteter i en så høj opløsning, at andre mødedeltagere nærmest opleves som fysisk tilstedeværende.

Telekonferencer

På grund af dette besparelspotentiale kan det være hensigtsmæssigt at tage stilling til parternes mødekultur i aftalen. Det kan f.eks. blot ske med en hensigtserklæring om, at parterne i videst muligt omfang vil anvende telefonmøder mv. Hvis parterne ikke i forvejen råder over de fornødne tekniske faciliteter, kan det være nødvendigt at aftaleregulere spørgsmålet.

Også andre nye medier og teknologier har givet nye muligheder for kommunikation. Ved projektarbejde er det i dag almindeligt at etablere *workflow management*-systemer, der holder styr på registrering og arkivering af den dokumentation mv., der skabes i projektet (korrespondance, notater, dokumentationsmateriale, programmer, referater etc.). I det omfang sådanne systemer kræver særligt udstyr, må parterne på forhånd enes om benyt-

Anden telekommunikation

telsen. De spørgsmål, der kan dukke op i en forhandling om den slags spørgsmål, kan være lige så komplicerede som dem, der opstår i en aftale om anskaffelse og installation af det pågældende udstyr. Sml. herved om de principielle vanskeligheder ved overgangen til papirløs dokumenthåndtering, *IT-retten*, kapitel 16, og betænkning 1400/2000 om Formkrav og digital signatur.

5.3.d. Kommunikationsaftaler

Som antydnet ved disse bemærkninger må parter, der ønsker at kommunikere ved hjælp af medier, der ikke står til rådighed for almenheden, beslutte sig til, hvordan denne kommunikation skal finde sted. Denne beslutning kan være vanskelig, fordi systemerne ofte er nye og undertiden uafprøvede, og fordi der sjældent har udviklet sig sædvaner og kulturer for deres benyttelse. Lovreguleringen er endnu sparsom, og hvis man har behov for vished om ansvar og risici ved moderne kommunikation, kan det være nødvendigt at indgå såkaldte *kommunikationsaftaler*. Sådanne aftaler kan enten indgås som en isoleret *overbygning* på et eksisterende aftaleforhold, som *bestanddel* af en rammeaftale eller som *tillæg* til den aftale, der skaber retsgrundlaget for en specifik transaktion.

ICC udsendte allerede i 1987 et sæt *Uniform Rules for Interchange of Trade Data by Teletransmission* (UNCID), der var beregnet til at blive inkorporeret i kommunikationsaftaler. Bl.a. fordi dette så sjældent skete (måske fordi parterne ikke følte sig fortrolige med de endnu ikke implementerede teknikker, måske fordi de retlige problemer ikke var så iøjnefaldende, at en regulering ansås for påkrævet), udsendte ICC senere en egentlig vejledning herom, kaldet GUIDEC (*General Usage for International Digital Electronic Commerce*). Heller ikke denne vejledning vandt gennemslagskraft. UNCITRAL vedtog i 1996 (med ændring i 1997) en modellov om e-handel, der siden er fulgt op af en *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* (2005). Heri finder man en principiel stillingtagen til en række centrale begreber, der kan give anledning til tvivl i en kommunikationsaftale. EU-Kommissionen har ved forskellige lejligheder (se f.eks. henstilling af 19. oktober 1994 om de retlige aspekter af elektronisk dataudveksling, 94/820/EF) søgt at incitere erhvervslivet til at bruge moderne kommunikationsteknologi, men med internettets eksplosive udvikling er disse henstillinger blevet helt betydningsløse. Nettet har udviklet sine egne kommunikationskulturer, og den udvikling sker i det væsentligste uafhængigt af politiske henstillinger og lovgivningsmæssige indgreb. Kommunikationsaftalens

retlige problemer er omtalt af *Poul Bostrup* i U1992B.296 og af *Eivind Einersen* (1992), s. 153 ff.

Parterne i en kommunikationsaftale må først og fremmest tage stilling til den *tekniske opsætning* af deres kommunikationssystemer. Hertil hører f.eks. valg af standarder for et system til Electronic Data Interchange (EDI), åbnings- og lukketider for modtagelser af post, samt opretholdelse af sikkerhedsprocedurer og sikkerhedssystemer. EDI-kommunikation benyttes bl.a. inden for containertransport.

Formatspørgsmål

I nær forbindelse med den tekniske grundregulering er kommunikationsaftalens regulering af bevisforholdene. Elektroniske meddelelser udveksles i form af lange rækker af nuller og éttaller, som manifesteres ved elektromagnetiske impulser, der unddrager sig menneskelig erkendelse. Vanskelighederne ved at bevise sådanne hændelser er iøjnefaldende. Selv om meddelelsen ikke længere kan fremkaldes, har den måske været der, men hvem skal bære risikoen for, at dette nu ikke kan bevises? Som nærmere udviklet i *IT-retten*, kapitel 4, frembyder læren om it-sikkerhed en lang række teknikker til at optimere denne form for sikkerhed, men aftalen kan også gøre det, f.eks. ved regler om, at en meddelelse kun anses for "afgivet", når den er krypteret under en særlig algoritme eller ved brug af et magnetkort el.lign.

Bevissikring

Selv om domstolene i almindelighed ikke er bundet af aftaler, der udnævner en bestemt type bevis som pr. definition gyldigt, må det antages, at bevisaftaler kan medføre en omlægning af bevisbyrden i den senere sag. Derfor er det væsentligt at tilrettelægge en bevisregulering således, at de pligter, der pålægges, må anses for adækvate skridt til at nå en høj grad af bevissandsynlighed. En sådan regulering bør gå hånd i hånd med de sikkerhedskrav, den enkelte virksomhed er underlagt. Såvel i deres intensitet som i detaljeringsgraden vil kravene afhænge af virksomhedens karakter. Derfor er det ikke muligt at opstille generelle råd om, hvilke spørgsmål der bør inddrages i denne del af reguleringen.

Bevisaftaler

Blandt de temaer, der ofte ses reguleret, er varigheden af den *lagringsperiode*, inden for hvilken parterne skal gemme den udvekslede information samt pligt til at *give underretning* om driftsforstyrrelser og til at

yde gensidig bistand for at sikre systemets løbende *driftsstabilitet*. For en nærmere indføring i de procedurer, der kan indføres for at sikre en høj bevisværdi af digital information henvises til *IT-sikkerhedsrådets* vejledning om Digitale dokumenters bevisværdi (1998).

Retsvirkninger

En kommunikationsaftale bør også tage stilling til, hvornår den udveksling af transmissioner, som finder sted mellem parterne, skal opnå *retsvirkninger*. Ved elektronisk aftaleindgåelse har man bl.a. det problem, at bestillinger afgives og effektueres uden menneskelig mellemkomst. Dette gør sig både gældende, når en virksomhed programmerer sin web-grænseflade til at kunne modtage og acceptere ordrer, og når to virksomheder målrettet etablerer et EDI-system, som skal forestå løbende bestillinger mv. Når man på denne vis lader maskinerne “disponere”, kan det være vanskeligt at tale om, at løfter kommer til *kundskab*, uagtet de rent faktisk maskinelt efterleves af it-systemerne, som om de var bindende, jf. i det hele bemærkningerne i *IT-retten*, afsnit 19.1.d. Da denne “kundskab” mv. indgår som grundlag for reguleringen i AFTL, bør parterne distancere sig fra disse regler og udtrykkeligt tage stilling til, hvornår bestillinger mv. afgivet under forskellige vilkår og omstændigheder skal have aftalevirkning. Dette kan f.eks. fastslås som det tidspunkt, hvor modtagerens it-system har udført en funktion, der har pådraget – eller vil pådrage – modtageren en udgift.

Forvanskning

Et særligt aspekt af aftalevirkningen er risikoen for, at en meddelelse forvanskes undervejs fra afsender til modtager. Det er den almindelige opfattelse, at AFTL § 32, stk. 2, der ikke lader afsenderen af et telegram, der forvanskes ved en fejl fra telegrafvæsenets side, være bundet af erklæringen i den skikkelse, hvori den kom frem, også omfatter nutidens former for elektronisk kommunikation, jf. i det hele *IT-retten*, afsnit 19.3.a., med henvisninger. Retsstillingen er ikke afklaret ved domstolene, og der er gode argumenter for, at visse – mindre sikre – former for elektronisk kommunikation ikke uden videre skal være underkastet denne regel. I øvrigt må det erkendes, at der er væsentlige forskelle mellem datidens kommunikationsformer og moderne digital kommunikation.

Eksempel

Et praktisk eksempel på aftaleregulering om parternes retsstilling ved elektronisk kommunikation er de vilkår, der benyt-

tes i moderne netbank-systemer. I sådanne vilkår vil det ofte være bestemt, at bankkunden modtager de elektroniske dokumenter fra banken i samme omfang og med samme retsvirkning, som almindelig post på papir. Banken vil forpligte sig til at opbevare de elektroniske dokumenter i en periode (typisk på mindst fem år, se f.eks. pkt. 12 og 13.2. i den elektroniske tilslutningsaftale til Danske Netbank – Forbrugere, gældende fra 12. august 2014), idet kunder, der har behov for en længere lagringsperiode, opfordres til at sørge for lagring selv eller for at udskrive dokumentet.

De vilkår, der gælder for brugen af *e-boks*, fastslår, at “Breve, meddelelser mv., som du modtager i din e-Boks, har samme juridiske retsvirkning med hensyn til bl.a. betalings-, accept- og klagefrister, som hvis de var modtaget som almindelig post.” Reglerne pålægger også brugeren løbende at kontrollere, om der er nye breve, meddelelser mv. i hans e-Boks. Det gælder, uanset om brugeren har valgt at modtage besked om nye breve, meddelelser mv. i sin e-Boks. Ligeledes skal brugeren selv kontrollere, at e-Boks har den korrekte elektroniske adresse (e-mail), såfremt brugeren ønsker at modtage besked, når der er nye breve, meddelelser mv. i hans e-Boks, og at oplyse e-Boks om ændringer herom. E-boks er et selvstændigt aktieselskab stiftet i 2001 af PBS (nu Nets) og Post Danmark A/S. Se nærmere www.e-boks.dk.

It-systemer gør, hvad de instrueres om, langt hurtigere og mere effektivt end mennesker. Derfor kan de også begå fejl langt mere effektivt, end mennesker kan. Hvis aftalen fastslår, at en elektronisk hændelse er forpligtende under bestemte teknisk definerede omstændigheder, kan fejl i programmeringen betyde, at der bestilles langt mere, end den ansvarlige part havde i tankerne. For at imødegå sådanne konsekvenser bør aftalen indeholde et *beløbsmaksimum* for, hvilke pligter dens parter “maskinelt” kan påtage sig inden for bestemte intervaller.

Maksimering

5.3.e. Diskretion og offentlighed

Kommercielle aftaleparter vil normalt forvente, at deres aftaleforhold er fortroligt. Selv om forestillingen om et “privatliv” primært tager sigte på enkeltpersoners private forhold, er der en stigende erkendelse af, at juridiske personer også kan gøre krav gældende om ideelle rettigheder svarende til dem, der omfattes

af privatlivsbeskyttelsen, se hertil *Henrik Udsen: De informationsretlige grundsætninger* (2009), s. 410 ff. En virksomhed kan have en berettiget interesse i, at dens aftaleparter afstår fra at omtale bestemte emner med relation til virksomheden, selv om der ikke herved kompromitteres erhvervshemmeligheder eller brydes nogen lovhjemlet tavshedspligt. En tilsvarende diskretionspligt kan være nærliggende inden for virksomhedens fire vægge.

Inden for virksomheden

Det anses normalt for uacceptabelt, at direktøren henvender sig til enkeltmedlemmer af bestyrelsen uden om formanden (se hertil *Jørgen Boe m.fl.* (2012), s. 76 f.), eftersom det netop er formanden, der varetager kontakten mellem direktion og bestyrelse. Medmindre der foreligger en særlig anledning til, at direktøren kommunikerer med det enkelte bestyrelsesmedlem, sender dette et signal om, at formanden ikke varetager denne rolle ordentligt. Sådanne henvendelser må derfor reserveres til tilfælde, hvor praktiske grunde taler for det, eller hvor der virkelig foreligger en kritisk situation mellem formand, direktion og bestyrelse, der i alle tilfælde vil blive lagt frem i bestyrelsen.

Offentliggørelse

I samarbejdsforhold, der involverer pressekontakt, kan det være hensigtsmæssigt at vedtage, *hvem* der må udtale sig til pressen, *hvornår*, i hvilken *form* og med hvilket *indhold*. Udtalelser til pressen om en virksomheds indre forhold kan ikke alene bringe parterne i pressens søgelys på en ubehagelig måde – de kan også krænke den oplysningspligt, der følger af værdipapirhandelslovens § 27, der pålægger pligt til at offentliggøre intern viden (som nærmere defineret i lovens § 34, stk. 2), såfremt denne viden direkte vedrører udstederens virksomhed. En særlig problemstilling drejer sig om offentliggørelse af indgåede aftaler, som efter deres natur ikke kan undrages offentligheden – f.eks. om, at en virksomhed er solgt, eller om at et byggeri skal opføres med bistand af en bestemt entreprenør mv. Ofte vil parterne selv finde sig tilrette om, hvorledes de ønsker at offentliggøre sådanne oplysninger, jf. *Lego Andersen* (2002), s. 70 f. Der er tale om et rent forretningsmæssigt anliggende, hvor selve timingen sjældent er forbundet med nævneværdige værdier.

Kommentar-afkald

Når en sag har fundet sin afslutning ved forlig, påtager dens parter sig undertiden et *kommentarafkald*, hvorefter det er en del af forliget, at det ikke kommenteres af nogen af parterne. En tilsvarende pligt kan parterne påtage sig om andre aspekter af

transaktionen, herunder om de nærmere omstændigheder ved en opsigelse eller ophævelse. Der kan tænkes forskellige retsfølger af at misligholde et sådant vilkår. Er det en del af forliget, vil den typiske retsvirkning være, at forliget falder bort, hvorved sagen – såfremt de formelle vilkår herfor er til stede – må genoptages. Herefter er der nu slet ikke noget at kommentere! En anden retsfølge kan være, at modparten herefter også frigøres fra sin pligt til ikke at kommentere, hvorved den uenighed, man mente at have løst, fortsat udkæmpes i det offentlige rum. Ingen af disse løsninger tjener parternes interesser. Derfor kan det være mere effektivt at sanktionere med *konventionalbod*.

En kompromittering af visse aftaler kan få følger for parternes konkurrenceposition eller sikkerhed. Derfor er det almindeligt at holde selve den indgåede aftale hemmelig. Det kan f.eks. ske ved en klausul om, at “Denne aftale er hemmelig og skal forblive hemmelig, således at hverken A eller B må offentliggøre eller omtale dens indhold over for tredjemand.” Selv om der kan være gode grunde til at påtage sig en sådan pligt, kan rækkevidden blive ganske vidtgående. Den citerede ordlyd afskærer f.eks. også parterne fra at gå til deres advokat eller interesseorganisation for at få bistand.

*Aftalen
hemmelig*

Som hovedregel kan en part ikke afskære sig muligheden for at søge *advokatbistand*. Advokaten er retssystemets betroede aktør og alment anerkendte procesfuldmægtig, og advokater har en lovfastsat tavshedspligt (hvad organisationen ikke har), som netop har til formål sikre, at klienten kan betro sig, se *Advokatretten* (2005), s. 352 ff. Derfor vil en sådan retsvirking fratage parten muligheden for at få sin retsstilling prøvet (“*access to justice*”). Derimod kan en virksomhed formentlig gyldigt fraskrive sig retten til at søge vejledning fra en organisation, f.eks. en brancheorganisation.

5.3.f. Referencer

Som nævnt i afsnit 2.2.d. kan leverandøren af en ydelse have en saglig interesse i at omtale tidligere kunder i sin markedsføring. Behovet for at benytte referencer er størst i relation til produkter og tjenesteydelser, der vanskeligt lader sig kvalitetsbestemme – enten fordi produktet mv. skal udvikles, eller fordi transaktionens succes beror på personlige, tillidsprægede faktorer. En reference

Problemstillingen

til tidligere kunder kan her give fremtidige kunder mulighed for at undersøge leverandørens færdigheder, jf. nærmere s. 51. Men referencen kan også være problematisk, f.eks. fordi den afslører kundeforholdet, eller fordi den resulterer i henvendelser, som den tidligere kunde hellere havde været foruden!

Man kan benytte referencer på mange måder, der kan være mere eller mindre problematiske. Erhvervsdrivende virksomheder har en interesse i at undgå snyltning på navn eller varemærke og i at udvirke *badwill*. Enkeltpersoner vil ønske at undgå indgreb i deres privatliv eller i den personlighedsret, der er antaget i retspraksis, jf. f.eks. *U 1990.65 H* (A.P. Møller) og *U 1986.428 Ø* (fremtrædende erhvervsledere). Derfor bør en virksomhed altid sikre sig kontrol over, hvordan dens navn anvendes.

I *K18* fastslår pkt. 23, stk. 4, at leverandøren ikke uden kundens forudgående samtykke må bruge kunden som reference. Videre fastslår stk. 5, at leverandøren ikke uden kundens forudgående skriftlige tilladelse må udsende offentlig meddelelse om den indgåede aftale eller offentliggøre noget om dens indhold. Denne regel er blødt op i *K02* pkt. 24, stk. 2, der tillader leverandøren at medtage kunden på sin referenceliste, idet bestemmelsen i øvrigt forbyder leverandøren at bruge kundens navn i markedsføringsøjemed. Er der tale om mere aggressiv markedsføring af kundens navn (f.eks. ved brug i annoncering), vil det være sædvanligt (men for annoncøren samtidig underminerende for troværdigheden) at stille kunden særlige fordele i udsigt (rabatter eller betaling). Aftaleforholdet kan herved antage lighedspunkter med aftaler om sponsorering, jf. herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.6.c.

5.4. Forholdet til tredjeparter

5.4.a. Problemstillingen

*Tredjepartens
rolle*

Talrige transaktioner forudsætter en direkte eller indirekte – aktiv eller passiv – medvirken fra tredjeparter. Problemstillingen har flere sider. En side drejer sig om den *bistand*, en tredjepart kan yde i transaktionen – enten gennem sit aktive virke eller ved sine undladelser. Denne problematik involverer spørgsmålet om forholdet til underleverandører, kreditorer og efterfølgende omsætningsled og behandles i dette afsnit. En anden side angår forholdet til offentlige *myndigheder*. Den behandles i afsnit 5.5.

Udgangspunktet i dansk ret er, at en aftale kun binder dens parter. Der gælder for så vidt et princip om aftalers relativitet. Det behov, A og B kan have for at skabe retsvirkninger for C, må enten løses ved, at C *gøres til aftalepart* (hvorved retsstillingen i enhver henseende defineres gennem aftalens vilkår) eller ved, at aftalen på anden måde *tager højde* for, hvorledes A og B er stillet, hvis C disponerer (eller undlader at disponere) på en bestemt måde. Den sidstnævnte form for regulering betegnes i det følgende som *reaktiv*, idet den betegner en reaktion, A og B vælger over for C's optræden. I modsætning hertil står den *proaktive* regulering, hvor aftalens vilkår i enhver henseende slår igennem over for C. En reaktiv regulering kan være nødvendig, når der efter forholdets *karakter* slet ikke kan etableres et aftaleforhold. Således er situationen f.eks. over for offentlige myndigheder, der opererer på et hjemmelsgrundlag, jf. herom afsnit 5.5. Men en reaktiv regulering kan også være nødvendig, når aftaleløsningen er udelukket af *retlige* (f.eks. konkurrenceretlige regler) eller *forretningsmæssige* grunde.

*Aftalers
relativitet*

Princippet om aftalers relativitet afskærer dog ikke aftalparterne fra at skabe ret – og i visse tilfælde også pligt – for *tredjemand*. Rettigheder over for tredjeparter kan opstå, når løftet rummer et element af gave til tredjeparten (se f.eks. *U 1923.682 Ø*) eller tilsigter et særligt forsørgelsesformål (se f.eks. *U 1991.140 H*). Normalt stilles der høje krav for at indfortolke løftevirkninger i meldinger til almenheden, se herved *U 2009.1512 H*, der antog, at en meddelelse i en årsberetning om, at selskabets “bestyrelse og ejere vil sørge for den nødvendige kapital til selskabets fortsatte drift og fremadrettede udvikling” henholdsvis om at “selskabets aktionærer havde tilkendegivet, at de vil stille likviditet til rådighed i form af lån således, at selskabet samlet forventes at have den nødvendige likviditet til at kunne gennemføre de budgetterede aktiviteter for det kommende år”, ikke kunne tillægges løftevirkninger, fordi der var tale om “generelle udsagn rettet til en ubestemt personkreds”. Derimod kan en aftale virke som *præliminært* retsgrundlag for tredjemands pligter og rettigheder, f.eks. når den fastslår, hvem der ejer en genstand, eller hvilke immaterialretlige beføjelser en licenstag har. Se generelt herom *Vibe Ulfbeck: Kontraktors relativitet* (2001). Grundsætningen om aftalers relativitet gælder også i *koncernforhold*, se hertil bemærkningerne s. 227 f. Aftaler indgået af et koncernselskab stifter hverken ret eller pligt for datterselskaber, søsterselskaber eller moderselskaber, jf. nærmere gennemgangen i afsnit 5.1.b.

5.4.b. Forholdet til underleverandører

Valg af under-
leverandører

Som udgangspunkt (og i mangel af modsat aftale) kan en leverandør frit gøre brug af underleverandører i sin aftaleopfyldelse. Jo mere specialiseret samfundet bliver, desto vanskeligere er det blevet at producere noget *uden* underleverandører. Denne frihed skal alene respektere den begrænsning, aftalen sætter ved sine krav til ydelsen. Selv hvis aftalen specifikt specificerer et *varemærke* for ydelsen (og dermed indirekte også ydelsens producent), står det leverandøren frit at beslutte, hvor ydelsen skal indkøbes (herunder om dette skal ske hos den autoriserede leverandør eller gennem parallelimport).

Alligevel kan modparten have en interesse i at begrænse denne frihed, f.eks. hvis præstationshandlingen beror på teknologi, som kun A behersker, eller hvis B har særlige forudsætninger for sit valg af A som aftalepart. Præstationshandlinger, der forudsætter A's vedvarende personlige tilstedeværelse hos B, eller hvis opfyldelse indebærer, at A modtager fortrolige oplysninger om B, kan som udgangspunkt heller ikke overlades til underleverandører. Det kan være vanskeligt at afgøre, om aftalen har *udpeget* en underleverandør eller *overladt* dette opfyldelsesvalg til parten. Spørgsmålet om valg af medarbejdere behandles i afsnit 6.1.e.

Modifikationer

Jo mere kostbar ydelsen er, og jo mindre parate parterne er til at risikere uregelmæssigheder i opfyldelsesprocessen, desto større kan behovet være for at lægge sådanne forhold fast. I *teknisk prægede* aftaler og i aftaler, hvis opfyldelse i det hele taget beror på et *særligt personligt tillidsforhold*, er det derfor almindeligt at regulere retten til at antage underleverandører. Det kan ske på flere måder.

– sædvane

Aftalen kan for det første tillade brug af underleverandører i sædvanligt omfang. Pkt. 25 i *K18* fastslår f.eks., at leverandøren ikke må overlade kontraktens opfyldelse til underleverandører i videre udstrækning end sædvanligt i branchen og forventeligt for kunden ved aftalens indgåelse. Med sit indbyggede skøn kan en sådan bestemmelse være vanskelig at praktisere. Også pkt. 2.4.5. i *ABR 89* giver rådgiveren ret til at anvende fremmed bistand til løsning af opgaven, hvor der er sædvane herfor, eller hvor bistanden er af mindre væsentlig betydning.

– fiksering

En anden metode går ud på at fiksere leverandørens brug af underleverandører. Ifølge pkt. 5.8 i *K02* og pkt. 11 i *K03* er

hovedreglen, at der kun kan benyttes underleverandører i det omfang, dette er aftalt. Ønskes underleverandører anvendt i videre udstrækning, skal kundens skriftlige samtykke indhentes. Dette samtykke kan ikke nægtes uden rimelig grund. *NTK 07* art. 8.1. forbyder leverandøren at indgå kontrakter om underleverancer for dele af arbejdet, uden at selskabet (kunden) på forhånd har givet samtykke herom. Selskabet er dog forpligtet til at meddele sit standpunkt, senest syv dage efter at leverandøren har bedt om det. Samtidig opererer bestemmelsen med en bilagshenvisning, som angiver de leverandører, som selskabet på forhånd har godkendt.

Principielt adskilt fra retten til at benytte underleverandører er spørgsmålet, om A skal bære risikoen for underleverandørers misligholdelse. Efter de almindelige regler bærer A denne risiko. Denne retsstilling begrundes først og fremmest med, at det jo er A, der hæfter aftaleretligt over for B, og A som i valget af underleverandør kan imødegå risikoen for, at denne hæftelse aktualiseres ved underleverandørens præstation. Alligevel ses det ikke sjældent, at parterne fraskriver sig ansvaret for underleverandørers misligholdelse. Sådanne aftaler er navnlig almindelige inden for transportretten.

Misligholdelsesrisikoen

Forholdet til underleverandøren får særlig betydning, når ydelsen er omfattet af en *garanti*, som underleverandøren forventes at opfylde over for den til enhver tid værende ejer eller bruger af ydelsen. I nogle tilfælde kan en sådan garanti få direkte tredjemandsvirkning. I andre kan det være nødvendigt med foranstaltninger for at effektuere et effektivt kreditorskifte. Problemerne herom behandles i afsnit 6.4.d. om leverandørgarantier.

Garanti-spørgsmål

5.4.c. Andre mulige aftaleparter

Den aftale, som A indgår med B, vil ofte være et alternativ til en aftale, som A kunne have indgået med C. Under effektiv konkurrence vil valget af aftalepart træffes ud fra en saglig og gennemsigtig vurdering af, hvilke vilkår mv. der fører til en optimal ressourceudnyttelse. Alligevel vil A og B (eller i det mindste en af dem) undertiden kunne se en interesse i at begrænse friheden til at indgå aftaler med andre. En sådan interesse kan udmønte sig i forskellige typer af aftaleklausuler:

*Mest-
begunstigelser*

Er markedet for den aftalte ydelse præget af usikker prissætning, deflation eller hyppig brug af rabatter, kan kunden føle et behov for at vide, at andre kunder ikke får bedre rabatter og andre vilkår mv. Dette kan ske ved en såkaldt *mestbegunstigelses-klausul*. I en sådan klausul (eng.: *most favoured customer's clause*) lover A B, at B til enhver tid har mindst lige så gode vilkår hos A (f.eks. i henseende til rabatter og garantiordninger), som en hvilken som helst anden kunde hos A har.

Det er vigtigt at klargøre, hvilke retsvirkninger en mestbegunstigelsesklausul skal have. Klausulen kan blive bekostelig for den leverandør, der af konkurrencemæssige grunde senere tvinges til at nedsætte sine listepreiser. Derfor bør den tidsbegrænses. Bliver forpligtelsen særligt belastende for leverandøren, må der selv uden udtrykkelige regler herom formentlig *indfortolkes* en tidsbegrænsning.

Et eksempel på en mestbegunstigelsesklausul findes i pkt. 8.2 i de statslige it-aftaler (*K18* og *K33*):

“Såfremt der indtil leveringsdagen sker prisnedsættelser, herunder en forøgelse af rabatterne i de statslige indkøbsordninger, som leverandøren måtte være omfattet af, på et eller flere af de produkter, som leverandøren skal levere, har kunden krav på tilsvarende prisnedsættelse. Ved nedsættelse af listepreiser indrømmes der kunden tilsvarende rabat som efter nærværende kontrakt i den nye pris. Alle kontraktens øvrige vilkår finder fortsat anvendelse uanset prisændringer.”

*Forkøbs-
rettigheder*

En *forkøbsret* (engelsk: *right of first refusal*) er A's løfte om, at B forud for C kan indgå en købsaftale med A på de vilkår, C ville have accepteret. Ligesom køberetten indebærer forkøbsretten en kontraheringspligt: A forpligter sig til at tilbyde B genstanden, hvis A beslutter sig for at sælge den til C. Men hvor *køberetten* typisk vil fastslå vilkårene for købet, er *forkøbsretten* mere åben, idet de endelige vilkår vil bero på det tilbud mv., der foreligger fra C.

Forkøbsrettigheder giver ofte anledning til fortolkningstvivil, jf. f.eks. *TBB 2014.47 V* (hvor en forkøbsret ikke aktualiseredes, da en kommune overdrog ejendommen til et kommunalt ejet driftsselskab) og *U 2014.2226 V* (hvor en aftale om forkøbsret i et samejeforhold afskar den

ene samejers dødsbo fra at forlange samejet opløst ved opsigelse). En forkøbsret bortfalder som regel, hvis ikke den er gjort gældende efter første afhændelse, jf. *U 2010.431 H* og *U 2008.547 Ø*. Afhængigheden af C's tilbud fører undertiden til, at B også kan påberåbe sig de særlige pligter, A havde påtaget sig over for C. Se herved *U 1973.494 H*, hvor en forpagter (B), der udnyttede den forkøbsret, han havde fået tilsagt på den forpagtede ejendom, kunne rejse mangelskrav for ringe vandkvalitet på ejendommen under henvisning til A's løfte til den forkøbsberettigede C. Dommen fastslår omvendt, at B ikke også skulle indtræde i en pligt, som C mundtligt havde påtaget sig over for A. I fortolkningen af forkøbsklausuler slår domstolene almindeligvis hårdt ned på omgåelsesforsøg. I *U 1966.145 H* havde en kommune forkøbsret til en grund. Forkøbsretten var også gældende i en situation, hvor selskabets ejer havde overdraget aktiekapitalen til en ny køber. Se tilsvarende *U 2005.1036 V*.

Løfter om forkøbsret påtages hyppigt i aftaler, der skaber et samarbejdsforhold om formuegoder, der har en særlig værdi for eller tilknytning til de involverede. F.eks. bør en *ejerftale* sikre de tilbageværende kapitalejere i selskabet, at en udtrædende kapitalejer ikke bringer en fremmed fugl ind i ejerkredsen. Dette kan ske ved at give de øvrige aktionærer forkøbsret til den udtrædendes aktier.

Der findes enkelte regler om *forkøbsret*. Efter reglerne i jordfordelingslovens kapitel 3, jf. lovbekendtgørelse nr. 1275 af 2. november 2010, med senere ændringer, har staten forkøbsret til landbrugsejendomme, landbrugsjorder og udyrkede arealer, der ikke udgør en del af en landbrugsejendom. Tilsvarende gælder efter § 57 i lov om naturbeskyttelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 951 af 3. juli 2013 med senere ændringer. Om forkøbsret til aktier fastslår § 67 i selskabsloven, at nærmere regler herom skal fastsættes i vedtægterne, herunder om fristen for udøvelsen af forkøbsretten. Om partrederi, se sølovens § 114.

Undertiden aftales det, at en part enten skal have ret eller pligt til at afstå fra at indgå *aftale med tredjemand*. En pligt til at indgå aftale med tredjemand kan følge af en *option*. Pligt til at afstå fra aftaleindgåelse med tredjemand forekommer i mangfoldige skikkelser:

Det mest udbredte eksempel er *konkurrenceklausulen*, hvorved en samarbejdspart (f.eks. en medarbejder) afskærer sig fra inden for visse tids- og branchemæssige rammer at have forretnings-

Aftaleforbud mv.

– *konkurrenceklausuler*

mæssig kontakt med konkurrenter. Se nærmere hertil afsnit 6.5.b. og *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.c. og 4.2.c. Sådanne klausuler er som udgangspunkt gyldige, men både i fortolkningen og i vurderingen af deres rimelighed foretager domstolene en indgående prøvelse af, om der er sagligt belæg for at håndhæve dem. Se f.eks. *U 2011.263 H*, *U 2009.2800 SH* og *U 1997.1297 Ø*.

– *negativ pledges*

Herudover kan en virksomhed ved en såkaldt *negative pledge* have forpligtet sig til ikke at optage lån andetsteds end hos sin hovedkreditor (typisk bankforbindelsen). Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.g. Også uden den slags erklæringer kan bankens faktiske herredømme over virksomhedens likviditet (truslen om at “lukke kassekrediten”) pålægge kunden følelige begrænsninger i muligheden for at disponere.

5.4.d. Senere omsætningsled

Problemstillingen

Foruden sine udtrykkeligt fastsatte (og for så vidt “primære”) retsvirkninger kan aftalen fungere som et *præliminært* retsgrundlag over for tredjeparter, f.eks. i relation til udøvelsen af ejendomsrettigheder og immaterielle rettigheder. En aftale, der fastslår, at ejendomsretten til et specifikt formuegode passerer over fra A til B på et bestemt tidspunkt, lægges almindeligvis til grund ved vurderingen af, hvem der kan foretage skattemæssige afskrivninger, hvilke af parternes kreditorer der kan søge fyldestgørelse i genstanden, og hvilket skadesforsikringsselskab der skal udrede erstatning ved hændelig undergang (jf. til illustration dommen i *U 1973.639 H*). Det samme gør aftaler om overdragelse af og licenser til ophavsrettigheder og patenter mv. Koncipisten bør først sætte pennen til papiret, når han har fuldt overblik over sådanne præliminære virkninger af den indgæede aftale, jf. i det hele fremstillingen i afsnit 2.3.

Forbud mod overdragelse

A og B kan som udgangspunkt gyldigt aftale, at en genstand, som A overdrager til B, ikke må videreoverdrages af B. Sådanne begrænsninger har også gyldighed over for tredjemand, jf. *Gomard* (2009), s. 115 f. En saglig begrundelse herfor kan være, at et produkt bærer på producentens erhvervshemmeligheder mv., som kompromitteres, hvis man får produktet i hænde. Men forbud mod videreoverdragelse kan også tjene konkurrenceretligt problematiske formål, fordi det er udtryk for en markedsopdeling

i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 2, begrænser eller kontrollerer produktion og afsætning.

Af samme grund kan det være problematisk at håndhæve begrænsninger i adgangen til at videreoverdrage *løsøre*. Ud over de *konkurrenceretlige* begrænsninger afskærer de *ejendomsretlige* regler adgangen til at stifte *servitutter* over løsøre. Omsætningsbegrænsninger kan derfor kun opretholdes over for tredjemand, i det omfang genstanden er *rådighedsberøvet* brugeren. Mulighederne for at fremsætte tredjemandskrav er formentlig begrænset til tilfælde, hvor tredjemand står i et direkte forhold til den forpligtede, og dennes indgriben har en sådan karakter, at den kan rammes efter reglerne om god markedsføringsskik, se hertil *Blomqvist* (1987), s. 114 ff., med udførlig gennemgang af retspraksis.

Løsøre

Derimod kan rettighedshaver A ofte have en velbegrundet interesse i at begrænse licenstager B's ret til at videreoverdrage en licens til tredjemand. Dette udgangspunkt reflekteres i OPHL § 56, stk. 2, der i mangel af anden aftale ikke giver erhververen ret til at *videreoverdrage* ophavsretten, medmindre videreoverdragelsen er sædvanlig eller åbenbart forudsat. Samtidig fastslår bestemmelsen den – selvfølgelig – regel, at overdrageren i alle tilfælde vedbliver at være ansvarlig for, at aftalen med ophavsmanden bliver opfyldt. Se nærmere *Jørgen Hansen* (1981), s. 113 og 133.

Ophavsrettigheder

En særlig begrænsning i retten til ved aftale at afskære ret til videreoverdragelse af programlicenser følger af EU-Domstolens dom af 3. juli 2012 i sag C-128/11 (*UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp.*), der fortolker artikel 4, stk. 2, i EU-direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer (91/250). Dommen fastslår, at aftaler, som begrænser en licenstagers ret til at overdrage en licensaftale til en ny bruger, ikke kan håndhæves, da der ved udstedelsen af licensen har fundet en konsumption sted. Se om dommen *Mette Lindskoug* i U 2013B, s. 278 ff.

Mere restriktiv er patentlovens § 43, der fastslår, at den ret, patenthaveren har givet erhververen ("licenstager") til erhvervsmæssigt at udnytte opfindelsen (dvs. en *patentlicens*), ikke kan overdrages til andre af licenstageren, medmindre andet måtte være aftalt. Bestemmelsen bygger på en formodning om, at licensgi-

Patentlicenser

veren kun vil give patentlicens til licenstagere, han nærer en særlig tillid til, jf. nærmere *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.4.g. Tilsvarende regler findes hverken for designs, varemærker eller brugsmodeller.

I speciallovgivningen kan man støde på særregler, der afskærer kreditorskifte. Ifølge sølovens § 407 kan en “bestemt person”, der i aftalen er angivet som passager, ikke overdrage sine rettigheder efter aftalen til en anden. Er rejsen begyndt, kan passageren ikke i noget tilfælde – dvs. uanset om han er angivet eller ikke – overdrage sine rettigheder.

*Pligt til
hemmeligholdelse*

En pligt til hemmeligholdelse vil ofte få virkning som et forbud mod videreoverdragelse. For at erhverve rettighederne i henhold til en aftale må man kende aftalen og dens grundlag, hvilket netop kompromitterer en aftalt fortrolighed. Derfor forbyder artikel 6 i EUF’s almindelige betingelser for kontrakter om tjenesteydelser rådgiveren uden forudgående skriftligt samtykke at overdrage kontrakten eller en del af den, eller fordele eller interesser i henhold hertil. Dog må fordringer på forfaldne beløb overdrages til rådgiverens *bank*, ligesom rådgiverens regresret over for andre ansvarlige personer kan overdrages til rådgiverens *forsikringssselskab*, når dette har dækket rådgiverens tab eller forpligtelse.

5.4.e. Kreditorer

Problemstillingen

Alle virksomheder vil have kreditorer, som i større eller mindre omfang risikerer ikke at blive fyldestgjort for deres krav mod virksomheden. Omfanget og karakteren af denne *kreditrisiko* er en af de væsentligste faktorer i valget af aftalepart. Denne problematik rummer hovedtemaet i aftaler om kredit- og långivning. Hvor disse – væsentlige – aspekter af kreditgivningen berører forholdet mellem parterne (kreditgiver og debitor), kan en *tvangsfuldbyrdelse* også få ubehagelige konsekvenser for tredjeparter. Aftalen kan på forskellige måder modvirke sådanne konsekvenser. Herom i det følgende.

Kreditor kredsen

Hvis A indgår aftale med B, og B som led i denne aftale forventes at oparbejde en gæld til A, får det betydning for A, hvem der er virksomhedens øvrige kreditorer. For det første er størrelsen af de krav, B’s kreditorer kan gøre gældende, afgørende

for, om A kan få dækning hos B forud for B's andre kreditorer. Dernæst spiller det ind, hvilke typer af krav B's øvrige kreditorer har. Visse kreditorer – f.eks. familiekreditorer – vil ofte komme B til undsætning i en økonomisk krise. Andre – f.eks. tilfældige leverandører af forbrugsvarer – har ikke nødvendigvis en sådan interesse. I visse transaktioner aftaleregulerer A og B dette spørgsmål, f.eks. i en såkaldt *negative pledge*, jf. *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.g. Temaet spiller også en rolle i forhandlertransaktioner, hvor leverandøren forbeholder sig en ejendomsret eller anden sikkerhed, f.eks. konsignation og kommission.

Forholdet til kreditorerne kan i et vist omfang reguleres gennem klausuler om udlægsfritagelse. Sådanne klausuler ses hyppigt i aftaler om interessentskaber, kommanditselskaber, andelsboligforeninger og andre alternative boligfællesskaber, jf. *Mette Neville* i J1991.58 ff. De går som regel ud på, at parternes investering i det fælles projekt “ikke kan pantsættes eller gøres til genstand for arrest, eksekution eller anden form for kreditorforfølgelse for nogen selskabet uvedkommende gæld”.

Udlægsfritagelse

Hvis deltagernes begrænsede rådighed over deres andele, og foreningens formål og interesse taler derfor, kan sådanne klausuler opretholdes, jf. retsplejelovens § 514, stk. 1, og til illustration *U 1983.637 Ø*. Ifølge retsplejelovens § 514 kan udlæg heller ikke foretages i *gaver*, hvis giveren, da gaven blev givet, har bestemt, at udlæg ikke kan foretages, samt i uhævede renter eller udbytte af en sådan gave indtil seks måneder efter forfaldsdagen. Samme regler gælder efter bestemmelsens stk. 2 om aktiver, som skyldneren i øvrigt har erhvervet på vilkår som nævnt i stk. 1, hvis erhvervelsen og vilkåret er led i en tilsvarende *ordning for en flerhed af personer* “og hensynet til ordningens formål taler afgørende imod at tillade udlæg.” Da bestemmelsen i stk. 3 dog tillader, at udlæg kan foretages i disse aktiver, hvis skyldneren har fri rådighed over dem, eller hvis der ikke er truffet rimelige foranstaltninger til at hindre skyldnerens råden, stiller dette aftalekoncipisten over for en opgave med at finde en korrekt balance. Det gælder her om at tilvejebringe en ordning, der bygger på parternes loyale interesse i at sikre den fælles værdi, der skabes i transaktionen. Det er ikke en “loyal interesse” at etablere en konstruktion, der udelukkende har til formål at sikre aktivet mod kreditorer.

5.4. FORHOLDET TIL TREDJEPARTER

I tilknytning til retsplejelovens § 514 fastslår § 6a, stk. 1, i andelsboligforeningsloven, at der uanset modstående vedtægtsbestemmelser kan foretages arrest og udlæg i en andel i en andelsboligforening, hvor der til andelen er knyttet retten til en bolig, og at andelen ikke kan pantsættes. Bestemmelsen blev indsat, efter at *U 1996.1478 HK* havde tilladt udlæg til forauktionering i en andel i en andelsboligforening. Dog tillader stk. 2, at en andelsboligforening i vedtægterne kan begrænse retten til at pantsætte andelen ved at fastsætte en grænse for lånets størrelse. Retten kan alene begrænses på den måde, at andelshaveren ikke mod sikkerhed i andelen må optage lån, som overstiger 80 % af pantets værdi på lånetidspunktet. Ved lovændringen er der her indsat et nyt kapitel 6b i tinglysningsloven, som foreskriver tinglysning som sikringsakt for at opnå beskyttelse af panthavere og kreditorer mod aftaler, der i god tro indgås om aftalen samt om retsforfølgning.

Konkursboers indtrædelse

Med sigte på en konkursbehandling eller anden insolvent behandling forsøger aftaleparterne undertiden at begrænse kreditorers eller kreditorrepræsentanters mulighed for at videreføre aftaleforholdet ved insolvens, f.eks. ved at afskære et senere konkursbo fra at indtræde i aftalen. Sådanne vilkår kan normalt ikke opretholdes over for kreditorer. Ifølge konkurslovens § 55 kan konkursboet nemlig som udgangspunkt indtræde i de af skyldneren indgåede gensidigt bebyrdende aftaler. Denne ret sikrer, at boets værdier kan realiseres. Kunne aftaleparter med en særlig økonomisk betydning for fallentens virksomhed ved aftale forbeholde sig en særlig frigørelsesret, ville disse parter få en fortrinsstilling, hvilket ville være i strid med princippet om kreditorernes ligestilling, jf. nærmere betænkning 606/1971, s. 121.

Reglerne om boets indtrædelsesret i konkurslovens kapitel 7 er dog undergivet den almindelige modifikation, jf. konkurslovens § 53, at de ikke gælder, når andet følger af retsforholdets beskaffenhed. Eksempler herpå er ophavsretlige licensaftaler eller andre aftaleforhold, der beror på en personlig, samarbejdsrelateret tilknytning. Se hertil *Lars Lindencrone Petersen & Anders Ørgaard: Konkursloven med kommentarer*, 12. udg. (2013), s. 487 f. For så vidt som parterne ved aftaleindgåelsen er herrer over “retsforholdets beskaffenhed”, kan de altså påvirke omfanget af boets indtrædelsesret.

I to henseender indebærer en parts insolvens, at vedkommende – eller rettere den insolvente parts kreditorer – stilles bedre,

end hvis insolvens ikke var indtrådt, nemlig ved konkurslovens regler om konkursregulering og ved den nye regel i KL § 12 o om rekonstruktørens mulighed for at bortse fra en afgiven ophævelse:

I medfør af KL § 61 kan konkursboet, selv om længere varsel eller uopsigelighed er aftalt, med sædvanligt eller rimeligt varsel opsige en aftale om et vedvarende retsforhold. Denne hjemmel til opsigelse før tiden forudsætter, at skyldneren har indgået aftale med et usædvanlig langt varsel. Ifølge betænkning 606/1971, s. 131, omfatter denne rimelighedsvurdering ikke alene usædvanlige (og måske urimelige?) tilfælde, men også tilfælde, hvor forholdene ved konkursens indtræden senere har ændret sig. I praksis har bestemmelsen fået et vidt anvendelsesområde. *U 2012.2306 H* regulerede f.eks. en 3-årig uopsigelig kontrakt med en professionel fodboldspiller ned til 3 måneder, og *U 2011.2963 Ø* regulerede en ledende medarbejders 7 måneders opsigelsesvarsel ned til 3 måneder. Se også *U 2005.3090 H*, der regulerede en flerårigt uopsigelig lejeaftale vedrørende en fabriksejendom, som konkursboet ikke ønskede at indtræde i, ned til 9 måneder. Det er værd at bemærke, at risikoen for at blive mødt af en sådan konkursregulering i betydelig grad reducerer værdien af vilkår om uopsigelighed. En part, der nærer et særligt ønske om uopsigelighed, kan end ikke beskytte sig gennem forudbetaling, da KL § 61, stk. 1, sidste punktum, alene undtager “tinglysning eller anden lignende offentlig registrering”.

Den relativt nye bestemmelse i KL § 12 o, stk. 1, 2. pkt., giver en skyldner under rekonstruktion adgang til med rekonstruktørens samtykke at “videreføre” en gensidigt bebyrdende aftale, som medkontrahenten inden for de seneste fire uger har hævet på grund af skyldnerens misligholdelse. I denne adgang gælder kun den modifikation, at videreførelse ikke kan ske, hvis medkontrahenten “har disponeret i henhold til ophævelsen”. Forarbejderne til bestemmelsen lader formode, at denne undtagelse har et forholdsvist snævert anvendelsesområde. Se herved Betænkning om rekonstruktion, nr. 1512/2009, s. 225, der som eksemper nævner, at medkontrahenten har taget en lejet genstand eller en genstand, der var solgt med ejendomsforbehold, tilbage fra skyldneren eller har fået udsat skyldneren af et lejemål. Tilsvarende gælder, hvis medkontrahenten efter ophævelsen har disponeret over sin ydelse til fordel for tredjemand, eller hvis medkontrahenten har

Konkursregulering

KL § 12 o

bestilt den samme ydelse som den, skyldneren skulle præstere, fra en anden leverandør eller indrettet sig på at klare sig uden den pågældende ydelse. Der findes endnu ingen trykt praksis om bestemmelsen.

*Dødsboers
indtrædelse*

Der gælder ingen regel om *solvente dødsboers* indtrædelsesret. Insolvente dødsboer behandles efter reglerne i dødsboskifteloven, lov nr. 383 af 22. maj 1996, se nærmere §§ 69-73. Denne lovs § 70 henviser bl.a. til reglerne om gensidigt bebyrdende aftaler i konkurslovens kapitel 7, og herunder også reglerne om boets indtrædelsesret. Over for en solvent aftalepart kan det med retsvirkning aftales, at dødsfaldet udløser virkninger som misligholdelse. EUF-aftalens artikel 44.1 lader aftalen ophæve “automatisk”, såfremt rådgiveren er en fysisk person, der afgår ved døden. Den kontraherende myndighed skal dog gennemgå eventuelle forslag fra arvingerne eller de begunstigede, hvis de har givet meddelelse om, at de ønsker at videreføre aftalen. Særlige regler følger af artikel 44.2, såfremt rådgiveren består af flere fysiske personer, hvoraf én eller flere afgår ved døden.

*Ejendomsrets-
overgang til
genusydelsers*

Hvad angår retten til selve den ydelse, der præsteres i medfør af aftaleforholdet, gælder det om at sikre kreditor mod *krav udefra*. Dette problem opløser sig i en række delproblemer, fordi ejendomsretten ikke nødvendigvis går over på samme tid i forhold til parterne selv, andre aftaleerhververe og parternes kreditorer. Det vil føre for vidt her at gennemgå disse situationer. Herom henvises til den ejendoms- og panteretlige speciallitteratur.

Mærkning

Hvornår ejendomsretten over *generisk bestemte formueaktiver* går over i relation til overdragerens kreditorer, afhænger af, om aktivet har været genstand for en bindende *individualisering*. En sådan individualisering skal i givet fald have hjemmel i aftalen, jf. *Peter Mortensen* (2009), s. 229 ff. Denne hjemmel må indbygge en procedure, der ikke alene pålægger overdrageren at foretage denne individualisering, men som også gør det muligt for erhververen at kontrollere, at individualisering har fundet sted. En tilsvarende pligt kan være relevant, hvis der består en risiko for, at aktiver, som overdrageren har ejendomsretten til, *sammenblandes* med aktiver, som andre parter har retten til. NTK 07 art. 22.1 (om “ejendomsret”) bestemmer f.eks., at leverandøren er forpligtet til at mærke materialer og leverancer, der ankommer til byggepladsen med “selskabets” (kunden) navn, så

snart de ankommer, og til så vidt muligt at holde dem adskilt fra andre ting.

I samme forbindelse kan det være hensigtsmæssigt at tage stilling til, hvilken form for tilbageholdsret der kan udøves i sådanne leverancer. *NTK 07* bestemmer i art. 22.4., at selskabet i alle tilfælde kan kræve udlevering mod betaling af leverandørens uomtvistede tilgodehavende samt sikkerhedsstillelse for omtvistede tilgodehavender.

Tilbageholdsret

Navnlig spørgsmålet om sælgers *sikkerhedsret* for sit betalingskrav i form af pant eller tilbageholdsret i salgsgenstanden giver anledning til hyppig diskussion og aftaleregulering. På visse rets-områder har lovgivningen reguleret dette spørgsmål. I henhold til kommissionslovens § 32, jf. § 31, der i kraft af henvisningen i handelsagentlovens § 7 også gælder i aftaler om handelsagentur, har handelsagenten eller kommissionæren *panteret* i gods. I praksis vil muligheden for at håndhæve *ejendomsforbehold* være det væsentligste middel til at sikre overdrageren af en ydelse.

Det er værd at bemærke – men erkendes sjældent – at de grundsætninger, der gælder om rettighedsovergang for realydelser også gælder for pengeydelse og fungible realydelser. Derfor er der også i denne relation relevant at pålægge debitor forpligtelser vedrørende individualisering mv. af sådanne beløb, således at kreditor opnår individualiststilling.

Pengeydelse

Se herved *U 1991.467 V* om vindikation af pengebeløb, *U 1985.849 SH* om udskillelse af beløb, indbetalt til kreditor via administrations-selskab, der kun delvis havde foretaget udskillelse, *U 1988.922 H* om indbetaling til den nu konkursramte kreditors bankkonto, *U 1944.216 SH*, der gav den bestjålne separatiststilling i tyvens konkursbo for det tilbageværende beløb, men derimod *U 2006.2079 H*, hvor en bankoverførsel hidrørende fra en underslæbshandling ikke kunne kræves tilbage fra den godtroende modtager af betalingen (en kommune). Se ligeledes *U 1951.898 V*, *U 1949.709 Ø*, *U 1970.588 H*, *U 1973.747 V*, *U 1959.688 SH* og *U 1995.306 V*, der opretholdt skattevæsenets sikkerhedsret til et beløb, som en konkursfallent havde sat ind på en etableringskonto, i en situation hvor beløbet retsstridigt var udbetalt til fallentens far, hos hvem det kunne identificeres. Det er en konsekvent følge af denne praksis, at *U 1995.810 ØLK* fastslog, at en bank havde pligt til at udskille nogle kontomidler fra en konkursfallents konti, indtil “ejendomsretten” til det pågældende beløb var afgjort.

Da aftalen i givet fald må forpligte pengedebitor til at afsondre de beløb, hvormed han påtænker at betale, er en sådan regulering kun relevant, når disse beløb ikke forventes at udgøre en del af debtors almindelige likviditet. Dette er f.eks. tilfældet, hvis pengedebitor som en del af aftalen skal viderebetale beløb, der indbetales fra tredjeparter.

Ved overdragelse af fast ejendom deponeres størstedelen af den kontante udbetaling typisk hos ejendomsmægleren (for så vidt angår den første rate af udbetalingen, som ofte nogenlunde vil svare til mæglersalæret), hos sælgers advokat eller på konti i pengeinstitutter, hvor beløbene kan identificeres. *Advokater* er forpligtede til at indsætte deponerede beløb, se retsplejelovens § 127. § 2, stk. 6, i lov nr. 419 af 9. maj 2006 om juridisk rådgivning forbyder *juridiske rådgivere* at modtage betroede midler. Bestemmelsen blev indsat under Folketingets behandling af loven, efter at det oprindeligt var foreslået, at betroede midler skulle holdes adskilt fra rådgiverens egne midler.

5.5. Forholdet til det offentlige

5.5.a. Problemstillingen

Den offentligretlige regulering spiller en nærværende rolle for talrige transaktioner, nemlig dem, der direkte eller indirekte er underlagt offentligretlige regelsæt (i form af forbud, påbud, tilladelser eller anden regulering). De retlige krav og begrænsninger, der udspringer af denne regulering, kan ikke altid foregribes med sikkerhed af parterne. Regelværket kan være kompliceret og selvmodsigende, og det kan – tilsigtet eller utilsigtet – overlade myndighederne et skøn, hvis udfald først kendes langt inde i aftaleopfyldelsen. I det omfang sådanne usikkerheder kan risikere at true transaktionen, bør parterne tage højde herfor i aftalereguleringen, enten ved suspensive eller resolutive *betingelser* (se hertil s. 198), gennem *aftaletilpasninger* eller ved at der lægges op til en *genforhandling* el.lign.

I dette afsnit omtales nogle af de klausuler, der søger at forholde sig til denne problematik.

5.5.b. Skatte- og afgiftskrav

Stort set samtlige kommercielle aftaleforhold har skatte- og afgiftsmæssige virkninger, hvis nærmere indhold beror på aftalens vilkår. For den skatteretlige behandling er det ikke alene afgørende, *hvem* der påtager sig en forpligtelse (f.eks. i relation til ret til afskrivning eller fradrag), men også *hvornår* forpligtelsen indtræder (den skatteretlige periodisering).

Undertiden kan skattevæsenets stillingtagen indhentes i form af et bindende svar (tidligere kaldet bindende ligningssvar), hvorved parterne kan opnå vished for aftalens skattevirkninger. I andre tilfælde *kan* parterne ikke afvente et sådant svar, eller de ønsker slet ikke at henlede skattevæsenets opmærksomhed på den særlige beskatningsmulighed, transaktionen *muligvis* kan tænkes at udløse. Dertil kommer, at skattekravet kan opstå uventet under efterfølgende kontrol.

Som udgangspunkt er det ikke en relevant bristende forudsætning for en part, at hans skattemæssige retsstilling former sig anderledes end forventet ved aftaleindgåelsen, selv om ændringen er nok så *væsentlig*. Skatteretten er så kompliceret og dens retsvirkninger så afhængige af de specifikke forhold i den enkelte virksomhed, at individuelle skatteforudsætninger sjældent er *kendelige* for modparten. Er skattevirkningerne altafgørende for transaktionen, bør den skattemæssige stilling gøres til en *aftalebetingelse*, så dispositionen bortfalder eller får et andet indhold, hvis myndighederne tillægger dispositionen andre skattevirkninger end forudsat af parterne. En sådan klausul kaldes et *skatteforbehold*.

Skatteforbehold tilsigter at bibeholde den økonomiske balance i aftaleforholdet, der modsvarer en forventet skatteretlig stilling. Som fremhævet af *Lego Andersen* (1991), s. 336, anvendes skatteforbehold hyppigst mellem parter, der er nært interesseforbundne (som f.eks. den personlige ejer af en virksomhed og et helejet selskab, som han overdrager virksomheden til), fordi sådanne parter ofte kan leve med, at deres aftalegrundlag ændres. I øvrigt er det netop i sådanne transaktioner, at skattevæsenet ofte vil rejse tvivl om, hvorvidt aftalen er indgået efter *arms length*-principper. Men skatteforbehold kan også forekomme i transaktioner, der ikke har dette kendetegn.

§ 28 i skatteforvaltningsloven (jf. lovebekendtgørelse nr. 175 af

Bindende svar

Skatteforbehold

Skatteforvaltningslovens § 28

23. februar 2011 med senere ændringer) regulerer mulighederne for at påvirke de skatteretlige virkninger af et skatteforbehold. Ifølge bestemmelsen kan sådanne forbehold kun tillægges virkning for en skatteansættelse (i den forstand at parterne kan træde tilbage fra transaktionen eller modificere den uden skattemæssige konsekvenser heraf), hvis forbeholdet er klart, skriftligt og oplyst over for told- og skatteforvaltningen senest samtidig med, at told- og skatteforvaltningen oplyses om dispositionens øvrige indhold, stk. 1. Ifølge den definition af begrebet "skatteforbehold", der er lagt til grund i forarbejderne til bestemmelsen, skal skatteforbeholdet være taget senest samtidigt med den disposition, det er knyttet til. Skatteforbeholdet skal udtrykkeligt angive, hvilke skattemæssige virkninger der udløser forbeholdet. Det er ikke tilstrækkeligt i forbeholdet at anføre, at det gælder, hvis myndighederne anfægter aftalen eller lignende generelle bemærkninger.

Bestemmelsens stk. 2 giver told- og skatteforvaltningen mulighed for at afvise at tillægge et skatteforbehold virkning for en skatteansættelse, hvis de privatretlige virkninger af skatteforbeholdet ikke er klare og overskuelige. Bestemmelsen indebærer, at parterne straks bør orientere told- og skatteforvaltningen om skatteforbeholdet, samtidig med at myndighederne orienteres om den indgåede aftale. For en nærmere behandling af disse spørgsmål henvises til den skatteretlige litteratur, *Aage Michelsen m.fl.: Lærebog i indkomstskat*, 14. udg. (2011), s. 439 ff., og *Werlauff i TfS 2001.608 ff.*

Koncipering

Der er flere variationsmuligheder ved udformningen af et skatteforbehold. Det bør i alle tilfælde anføre, (1) hvilken skattemæssige *virkning* parterne forventer, samt (2) hvorledes de tænker sig at *ændre* aftalens vilkår, såfremt denne forventning ikke indfries. Vilkåret kan eventuelt affattes således, at det – når det træder i kraft – *modificerer* aftalen efter bestemte forskrifter, f.eks. ved regulering af købesummens sammensætning eller ved pligt til at betale godtgørelse for den økonomiske belastning, en uforudset beskatning medfører. Det kan også påbyde parterne at *genforhandle* transaktionen helt eller delvis. Et skatteforbehold i en virksomhedsoverdragelse kan f.eks. lyde som følger (citeret fra *Lego Andersen, a.st.*):

“Såfremt skattemyndighederne måtte tilsidesætte den i aftalen foretagne fordeling af Bruttokøbesummen, og dette medfører et tab for den ene part i form af øget skattepligt og en berigelse for den anden part i form af reduceret skattepligt, herunder som følge af øget fradragssret eller forhøjet afskrivningsgrundlag, skal der ske en sådan regulering af Bruttokøbesummen og dennes fordeling på aktiver og aktivgrupper, at den berigede part – under hensyn til den for begge parter gældende skattemæssige stilling efter gennemført regulering – afgiver sin berigelse til den tabslidende part, dog ikke ud over dennes tab. Parterne vil i påkommende tilfælde indgå nærmere aftale herom. Kan de ikke nå til enighed om en aftale, skal den i § ... nævnte voldgiftsret være berettiget til at fastsætte de pågældende reguleringer. Voldgiftsrettens kendelse skal, hvis en af parterne begærer det, afsiges foreløbigt, således at den ved kendelsen forudsatte skattemæssige behandling af reguleringen bekræftes af vedkommende ligningsmyndighed eller ved bindende forhåndsbesked, før kendelsen bliver endelig og bindende.”

Andre problemstillinger knytter sig til de regler, der følger af momslovens §§ 43 og 44 om regulering af momsfradrag for investeringsgoder. Reglerne herom indebærer, at det fradrag, som er opnået ved anskaffelsen af godet, ændres, f.eks. når godet efterfølgende anvendes på en anden måde inden for en vis periode, jf. § 43, stk. 1. Formålet er at undgå, at investeringsgoder udtages til ikke-momspligtige formål uden at være afgiftsbelagte. Lovens § 43, stk. 3, nr. 2, giver ligeledes mulighed for tilbagebetaling af afgift til virksomhederne, når et investeringsgode anskaffet uden ret til fradrag (momsafløftning) senere anvendes til afgiftspligtige formål. Reguleringen sikrer, at fradragssretten i stedet for kun at afspejle godets brug på anskaffelsestidspunktet tilpasses eventuelle ændringer i brugen inden for en bestemt periode, den såkaldte “reguleringsperiode”. Regulering skal ske både ved ændret brug i virksomheden af det pågældende gode og ved salg eller overdragelse af godet, jf. stk. 3.

Momsregulering

Derfor bør parterne i en aftale, der angår et momsreguleret gode, være opmærksomme på virkningerne af, at der i større eller mindre omfang sker momsregulering. Dette sker ofte ved en klausul, der fastslår, at køber i forbindelse med overtagelsen af virksomheden er eller bliver momsregistreret, hvorfor overdragelsen er momsfri. I tilknytning hertil aftales det så, at køber indtræder i sælgerens momsreguleringsforpligtelse, idet sælger

udarbejder opgørelse af reguleringsforpligtelsen til brug for købers indlevering af udfyldt og underskrevet registreringsblanket til told- og skatteregionen. Opgørelsen vedlægges herefter som bilag til aftalen.

5.5.c. Konkurrenceretlige restriktioner

Konkurrenceretten lægger en generel ramme om ethvert aftaleforhold, hvis virkninger kan risikere – direkte eller indirekte – at begrænse konkurrencen. Dette forbud mod konkurrencebegrænsende karteller kan ifølge konkurrencelovens § 6, stk. 2, bl.a. bestå i, at der fastsættes købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser, at produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer begrænses eller kontrolleres, at markeder eller forsyningskilder opdeles, at der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontraahenten godkender tillæggydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand, eller at to eller flere virksomheder samordner deres konkurrencemæssige adfærd gennem oprettelsen af et *joint venture*. Som antydnet er denne regulering ret så overvældende. Derfor fordrer en nærmere oversigt over, hvori disse begrænsninger består, nærmere studier, som det falder uden for denne fremstilling at bidrage til.

Som udgangspunkt må det antages, at konkurrencerettens ugyldighedsvirkninger kun slår igennem på de *konkurrencebegrænsende* elementer i aftaleforholdet, jf. *Caroline Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*, 2. udg. (2012), s. 139, *Fosdal* i *Advokaten* 1993, s. 65 ff., og *Erik Mohr Mersing* i *U* 1995B, s. 208 ff.

5.5.d. Eksportrestriktioner

Problemstilling

Eksport af danske produkter er underlagt en række restriktioner af hensyn til Danmarks og vore internationale samarbejdspartners og allieredes sikkerhedspolitiske interesser. Allerede ved lov nr. 149 af 2. august 1914 blev det forbudt fra dansk territorium at understøtte krigsførende magter bl.a. ved salg af skibe til disse. I dag findes der en mangfoldighed af regler, der begrænser danske virksomheders samhandel med bestemte udenlandske stater eller

personer. Reglerne har typisk til formål at håndhæve overtrædelser af folkeretten eller menneskerettighederne, eller at gennemføre en dansk eller EU-retlig politik, der ikke respekterer retsstatslige eller demokratiske principper. Sanktionerne kan enten tage form af indrejserestriktioner, finansielle restriktioner (herunder vedrørende betalinger og forsikringer) og våbenembargo. På Udenrigsministeriets hjemmeside, <http://um.dk/da/udenrigspolitik/folkeretten/sanktioner/>, finder man en udtømmende oversigt over disse forskellige sanktionstyper med tilhørende retsgrundlag. Her henvises bl.a. til Erhvervsstyrelsens hjemmeside om eksportkontrol (<http://eksportkontrol.erhvervsstyrelsen.dk/>) og til EU-kommissionens hjemmesider herom. Reglerne er ganske komplicerede og ændres hyppigt. Centrale dele af dem fremtræder som varefortegnelser med de produkter og teknologier, som kun må udføres, når der foreligger udførselstilladelse mv.

Disse regler gælder ikke blot for rent danske produkter (produkter, hvori der ikke indgår udenlandske delprodukter), men også for en række andre landes produkter. I sidstnævnte fald kan oprindelseslandets lovgivning få betydning i kraft af de aftalepligter, som eksportøren pålægger importøren og dennes efterfølgende omsætningsled. Indgår der f.eks. udenlandsk programmel i en dansk producents produkt, vil produktet derfor både være underkastet oprindelseslandets eksportkontrolbestemmelser og – når det i samlet form eksporteres – tillige de her gældende EU-retlige eksportkontrolregler. Således kan et amerikansk produkt købt i Tyskland både være underlagt amerikansk og tysk eksportkontrol.

Reglerne kan fremtvinge en aftaleregulering, der skal sikre mod, at de krænkes med den virkning, at eksportøren rammes af følelige sanktioner. Som vilkår for at opnå udførselstilladelse kan det f.eks. tænkes, at eksportøren forpligtes til ikke at videre-sælge til købere i bestemte lande, og til – ved salg til købere i eget land – at pålægge disse købere en pligt til at afstå fra at eksportere. Parterne kan eventuelt håndtere en sådan pligt ved som i *K18*, pkt. 21, sidste stk., at vedtage begrænsninger i adgangen til reeksport i et bilag til aftalen. Tilsvarende vilkår er ikke indeholdt hverken i *K02* eller *K03*. Aftalevilkår om “*re-export restrictions*” kan betyde væsentlig mere administration ved eksport af virksomhedens produkter.

Aftalevilkår

5.5.e. Andre omsætningsrestriktioner

Et utal af offentligretlige regler lægger begrænsninger i adgangen til at omsætte visse produkter. Det gælder navnlig, når det solgte kun kan erhverves af personer, der er i besiddelse af særlig tilladelse (f.eks. ved køb af våben, narkotika og visse farlige substanser). Indgås aftale i strid med sådanne vilkår, pådrager parterne sig typisk strafansvar. Derfor må begge sikre sig, at modparten opfylder gældende forskrifter. Dokumentation herfor bør foreligge senest ved *closing*.

6.1. Almene spørgsmål

6.1.a. Problemstilling

Der er lige så mange ydelser og præstationshandlinger, som der er interesser, behov og værdier. Har B interesse i, at A gør eller undlader noget, er denne gøren eller undladelse forbundet med en *værdi* (jf. om dette begreb afsnit 2.1.a.), som A mod vederlag kan love at præstere. Det gælder om at afgrænse og beskrive parternes respektive ydelser, så der ikke opstår tvivl om deres omfang og dermed opstår skuffelser og tab (se hertil afsnit 3.1.a.).

Aftalens regler om præstationshandlingen kan beskrives som *retsfaktum* i en retsregel, der selv eller i samspil med aftalens øvrige regler (herunder om ophævelse, erstatningsansvar mv.) knytter *retsfølger* hertil. Talrige aftalepligter følger ikke af selve aftalen. Også baggrundsretten kan fastslå *forpligtelser* for aftalparterne og knytte *retsvirkninger* hertil. Det gælder såvel inden for de regulerede aftaleområder som i relation til områder, aftalen ikke har forholdt sig til. F.eks. vil parterne selv uden udtrykkelig aftale herom have en vis pligt til at respektere de *erhvervs-hemmeligheder*, som de udveksler som led i et aftaleforhold (se hertil MFL § 19 og bemærkningerne hertil i *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.2.). Ligeledes vil den almindelige aftaleretlige omsorgs- pligt lægge grænser for, hvilke handlinger parterne kan udfolde til skade for transaktionen.

Som flere gange fremhævet i afsnit 3.1. er det væsentligt, at parterne løbende forholder sig til, om denne baggrundsregulering er hensigtsmæssig, eller om der er behov for at begrænse eller udvide den. Den opfattelse, parterne har af baggrundsrettens regler, behøver de ikke nødvendigvis bekræfte i aftalen eller under aftaleforhandlingen, jf. s. 63. Men en enighed om baggrundsrettens regulering af transaktionen vil i sagens

*Præstation og
koncipering*

*Aftalepligter og
andre pligter*

natur modvirke skuffelser – også selv om prisen måske er, at der slet ikke indgås nogen aftale.

6.1.b. Forskellige typer af præstationshandlinger

Ydelsen og parterne

Aftalens beskrivelse af ydelsen er enklere, jo mere fortrolige parterne er med transaktionen. I så fald er der et fælles *sprog* at holde sig til, fælles *typeforudsætninger* og hertil hørende underforståede *procedurer*, som parterne vil følge uden at tænke over det. Derfor kan man sondre mellem de transaktioner, parterne er *vant* til, og de, der stiller parterne (eller en af dem) over for at skulle gøre noget *nyt*. Denne sondring er vigtig såvel i forhandlingsfasen som i aftalekonciperingen. Når parterne kender værdi og risikomomenter, kan de klare sig med en kort og oversigtspræget aftale. Præsteres ydelsen derimod i et projekt, hvor et stort antal enkeltkomponenter skal passe sammen, nødsages en langt mere detaljeret planlægning og aftaleregulering. En sådan planlægning er navnlig nødvendig, når ingen af parterne kender projektet i detaljer på aftaletidspunktet, fordi det først tager form undervejs.

Veldefinerede transaktioner

Den første gruppe af transaktioner kendetegnes ved at være veldefinerede. Fordi hovedydelsen er kendt af parterne, vil de vide, hvad de skal fokusere på, når aftalen indgås og opfyldes. Derfor er aftalekonciperingen enklere, og det samme er opfyldelsesprocessen, som ofte vil indebære, at ydelsen indgår i en velkendt forbrugs- eller produktionsproces. Ofte vil der være en klar baggrundsret, som parterne kan holde sig til. Undertiden er transaktionen ligefrem lovreguleret, måske for at beskytte den ene part. Reglerne i købeloven, gældsbrevsloven, forsikringsaftaleloven og i den ansættelsesretlige lovgivning er eksempler herpå.

Projektprægede transaktioner

Den anden gruppe kan karakteriseres som *projektprægede* transaktioner. Jo mere nyt en part skal forholde sig til i transaktionen, i jo højere grad indebærer den et projekt for parten. Mest komplicerede og aftaleretligt mest udfordrende er de projekter, der indebærer vanskeligt overskuelige forandringsprocesser, f.eks. fordi de handler om frembringelse eller udvikling af byggeri, et it-system eller en ny teknologi. Men også transaktioner, der forandrer de procedurer og forretningsgange, som en part tidli-

gere har fulgt, kan være udfordrende, fordi de vil forandre partens måde at drive virksomhed på.

Det følgende skema viser, hvordan forskellige ydelser kan spille forskelligartede roller i henholdsvis veldefinerede og projektprægede transaktioner. Hvor denne tvedeling udtrykkes i de to lodrette kolonner, peger de vandrette kolonner på de enkelte typer af ydelser. Det overblik, man herved får over forskellige typer af ydelser, adskiller sig fra andre sondringer, der benyttes i aftale- og obligationsretten, f.eks. sondringen mellem tjenesteydelse og løse, mellem kortvarige og langvarige aftaler og mellem materielle og immaterielle ydelser.

Oversigt

	Projektprægede	Veldefinerede
Realydelser	Maskinkøb, entreprise, systemleverance	Almindelige køb (modsat bestillingskøb)
Pengeydelser/kapital	Etableringskredit	Driftskredit, kautionforsikring
Information	Særlige rådgivnings- og konsulentforhold	Informationsprodukter
Immateriel retsposition	Kommerciel licensaftale, agenturforhold	Standardlicensaftale
Arbejdskraft	Tjenesteydelse, entrepriseaftale, direktøraftale	Ansættelsesaftale, rådgivningsydelse
Undladellespligt	Eneforhandlingsaftale, hemmeligholdelsespligt	Aftaleretlig loyalitetspligt og andre biforpligtelser

Den ydelse, der indgår i et aftaleforhold, er ikke nødvendigvis *karaktæristisk* for aftaleforholdet. En ydelse, der præsteres under ét, kan således rumme forskellige præstationshandlinger i sig, som f.eks. når der udføres et stykke arbejde, der forudsætter kendskab til en unik information. Hertil kommer, som nævnt i afsnit 2.1.a., at parter kan indgå aftale ud fra vidt forskellige opfattelser af, hvad der gør transaktionen værdifuld.

Særligt problematisk er sondringen mellem handle- og undladellespligter. De fleste handlepligter er forbundet med undladellespligter – B's forventning, om at A "gør" noget (f.eks. stiller

en licens til rådighed mod betaling af et givet beløb), knytter sig typisk til, at A undlader at gøre noget andet (f.eks. tilbyder konkurrenten en identisk licens uden betaling). Dertil kommer, at talrige undladelsespligter “præsteres” ved aktive handlinger. En pligt til at iagttage tavshed kan f.eks. kun gøres effektiv, hvis de medarbejdere og forretningsparter mv., der nødvendigvis må få kendskab til de pågældende informationer, også underlægger sig den. Se om undladelsespligter s. 281 f.

6.1.c. Oversigt

Dette kapitel handler om aftalens regulering af de pligter, der former sig som hovedydelser for parterne. Slagordsmæssigt – men ikke helt stringent – kan man sige, at det er de pligter, parterne *betaler* for, eller som de i det mindste føler har en relativt let konstaterbar *pris*.

Fremstillingen knytter sig til den inddeling af ydelsesbegrebet, der præsenteres i den almindelige obligationsret, se herved *Lærebog i Obligationsret I*. Først behandler afsnit 6.2. realydelsen, derpå afsnit 6.3. pengeydelsen. I tillæg følger under 6.4. en omtale af de problemer, der opstår, når ydelsen er underlagt en særlig garanti, eller når ydelsen ganske enkelt består i denne garanti. Kapitlet afsluttes med en kort omtale af nogle af de andre pligter, der kan ledsage opfyldelsen af den primære ydelse.

6.2. Realydelsen

6.2.a. Beskrivelsesproblemer

I en bred forstand kan man definere en realydelse residuelt som en ydelse, der ikke har karakter af penge, jf. *Lærebog i Obligationsret I*, s. 36. Definitionen er ikke meget sigende men nuanceres dog noget, hvis man supplerer den med den betingelse, at der er tale om en forpligtelse, som har en *økonomisk værdi*. Med udgangspunkt i skemaet på s. 279 kan man anlægge nogle sondringer, der er afgørende for, hvordan en realydelse *beskrives* i den aftale, der hjemler pligten til at præstere den.

Realydelser kan først og fremmest underinddeles i varer og tjenesteydelser. Tvedelingen peger på nogle velkendte aspekter: En vare er *flytbar*, den præsteres ved en *leveringshandling*, og den

Generel
karakteristik

Varer/produkter
og tjenesteydelser

har overvejende *materiel* karakter. Noget vanskeligere er det at definere tjenesteydelsen. At udføre en *tjeneste* kan enten indebære *noget* aktivt eller passivt, retligt, finansielt eller faktisk. Fællesnævneren er, at kreditor anser ydelsen for at være værdifuld. Denne brede karakteristik leder hen til en meget vid mængde præstationshandlinger, der kun har det til fælles, at de ikke fremtræder som fysiske varer eller produkter. Her finder man ikke alene personlige tjenesteydelser (som f.eks. dem, der præsteres i liberale erhverv som advokater, revisorer, landinspektører og rådgivende ingeniører), men også finansielle tjenesteydelser inden for bank, værdipapirhandel og forsikring, entreprise og undervisning.

I visse transaktioner kan det være af stor betydning, om en præstationshandling fremtræder som en vare eller en tjenesteydelse. Denne sondring kan være afgørende for, om transaktionen er omfattet af præceptive eller på anden måde uomgængelige regler, f.eks. det objektive produktansvar og den præceptive sælgerhæftelse for mangler i forbruger køb. Sondringen har f.eks. betydning i relation til software, der – alt efter sin fremtrædelsesform – kan tænkes indrubriceret under begge kategorier.

Som nævnt s. 280 kan man sondre mellem på den ene side de realydelse, der har karakter af *handlepligter* (dvs. hvor realdebitor skal foretage sig noget aktivt), og på den anden side de, der har karakter af *undladelsespligter* (hvor realdebitor forpligter sig til netop ikke at foretage sig noget). Hvad enten man sigter mod en handling eller en undladelse, knyttes ydelsesbeskrivelsen til den aktivitet, som enten skal foretages eller undlades. Undladelsesforpligtelsen er dog særegen på to måder. For det *første* indebærer den efter sin karakter en mere eller mindre blivende *tilstand*. I modsætning hertil er handleforpligtelsen i højere grad *momentan* og *definitiv*. Denne praktiske egenskab fører for det *andet* til, at undladelsesforpligtelser bør præciseres i henseende til deres *varighed*. For det *tredje* (og bl.a. derfor) bør koncipisten være opmærksom på, at en undladelsespligt kan være vanskelig at overskue, fordi de forhold, den berører, ikke nødvendigvis tegner sig på samme måde, når pligten aktualiseres, som da den blev aftalt.

Både i nærværende bog og i *Enkelte transaktioner* behandles

*Handle- og
undladelsespligter*

undladelsespligten i relation til hver af de handlinger, som den tager sigte på. Det drejer sig om pligten til *hemmeligholdelse* (dvs. til at undlade at videregive en bestemt slags information, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.2.), om *konkurrenceklausulen* (der pålægger pligt til at undlade en aktivitet, der påfører den berettigede en uønsket konkurrence, se hertil nedenfor afsnit 6.5.b. og *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.c. og 4.2.c.), om *ikke-angrebsklausulen* (der pålægger den forpligtede ikke at anfægte modpartens immaterialrettigheder, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.4.e.) og om *videresalgforbuddet* (der pålægger den berettigede at afstå fra at overdrage et formuegode, se hertil denne bogs afsnit 5.4.d.).

Mange af disse undladelsespligter vil alt efter karakteren af den relation, der består mellem parterne, og det marked, de optræder på, kunne rammes efter konkurrenceretlige forbuds- og ugyldighedsregler. Derfor bør en undladelsespligt altid underkastes en nøje konkurrenceretlig vurdering med henblik på dens lovlighed.

Resultat- og
indsats-
forpligtelser

Som nærmere udviklet i *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 2.1.d., kan man sondre mellem resultatforpligtelser og indsatsforpligtelser. Sondringen er navnlig relevant i relation til realydelser, der indebærer en *arbejdsindsats*. Hvor en resultatforpligtelse går ud på at tilvejebringe *slutproduktet* af denne arbejdsindsats (uanset hvor enkel eller kompliceret den måtte fremstå), forpligter indsatsforpligtelsen debitor til at *gøre sit bedste*. *Indsatsforpligtelsen* er derfor opfyldt, så snart indsatsen er præsteret, men uanset om det tilsigtede mål for disse bestræbelser realiseres. *Resultatforpligtelsen* er først opfyldt, når resultatet er nået.

Det følger som regel af transaktionens karakter, om en ydelse er en indsats- eller resultatforpligtelse: En advokat vil normalt ikke love sin klient, at en *retssag* vindes, men klienten må sikres, at arvedelingen ifølge et *testamente* medfører den angivne arvefordeling, se herom til illustration *U 2015.1394 H*. Kender en part ikke den transaktion, aftalen angår, vil han ikke nødvendigvis vide, om den angår en indsats- eller resultatforpligtelse. Det bør den mere kyndige modpart præcisere, hvis han vil undgå at blive stillet, som om der var tale om en resultatforpligtelse. Præciseringen bør angives i tilknytning til *hovedydelsen* og ikke i aftalens sankti-

onsregulering (f.eks. i forbindelse med reglerne om garantier for ydelsen). Der er i forhandlingerne om ydelsesbeskrivelsen, at man kvantificerer og prissætter ydelsen og samler opmærksomheden om praktiske foranstaltninger, der kan modvirke skuffelser, hvis indsatsen ikke bærer frugt.

Uanset om man taler i materielle eller immaterielle termer, om produkter, eller om tjenesteydelser, kan en præstationshandling beskrives på to principielt forskellige måder: Efter *funktion* (f.eks. “en maskine, der kan udføre arbejdsopgaverne X, Y og Z”, “et beløb svarende til A’s udgifter til ...”) eller efter *betegnelse* (f.eks. “en maskine, varemærke NN, model YY”, “et kontantbeløb på 100.000 £”). Da dansk ret overlader opfyldelsesvalget til leverandøren, gælder det, at jo mere generelt aftalen beskriver ydelsen, desto større er leverandørens spillerum i opfyldelsesvalget. Derfor er det først og fremmest realkreditors opgave at præcisere ydelsen, så opfyldelsesvalget begrænses på en relevant måde.

*Funktion eller
betegnelse*

Særligt vanskeligt er det at beskrive ydelser, der ikke fremtræder som noget fysisk-faktisk – enten fordi de består af *information* (jf. i det hele gennemgangen af disse spørgsmål i *Enkelte transaktioner*, kapitel 7, om informationshåndtering), eller fordi de realiseres som led i et antal faktiske *tjenester* mv. (jf. herom samme bogs kapitel 4 om arbejdsopdrag).

En betegnelse kan være mere eller mindre abstrakt/konkret. På det mest basale niveau kendetegnes ydelsen ved sin *art*. Artsbetegnelser er pr. definition velkendte, f.eks. “en 2,5 m lang anhænger med åbent lad” eller “100 kg Cox Orange-æbler”. Et næste niveau nås, når ydelsen dernæst karakteriseres under et *varemærke* (f.eks. bilmærket Ford). Inden for mængden af varemærker kan der ske yderligere inddelinger efter *model* og *serienummer*. Herefter kan ydelsen funktionelt beskrives i henseende til alment kendte parametre, som f.eks. farve, alder og vedligeholdelsesstand. Selv om man inden for disse rammer opererer med genusbeskrivelser, er der ingen grænser for, hvor detaljeret ydelsen kan beskrives. Vi befinder os her i koncipistens velkendte afvejningsdilemma (se hertil afsnit 3.1.c.), hvor besværet med at koncipere detaljeret må afvejes over for fordelene (målt i værdi og risiko) ved at opnå klarhed.

*Abstrakt
eller konkret
betegnelse*

Både funktioner og betegnelser kan ramme skævt i forhold til parternes intentioner med transaktionen. Med en funktionsbeskrivelse (“En traktor med x hestekræfter”) er aftalen opfyldt, uanset om der leveres et udtjent produkt. Beskriver parterne efter betegnelse (“En traktor af fabrikat X model Y, årgang Z”), er aftalen opfyldt, uanset om produktet nogensinde vil få værdi. Også her gælder det om at finde en balance mellem det præcise og det generelle inden for de to former for beskrivelse.

*Numerisk
kvalifikation*

Visse kvalitetsparametre ved en præstationshandling kan udmåles *i tal*. Præstationer, der angår penge eller andre fungible ydelser, udmåles typisk i beløb, leveringstidspunkter kan fastslås med det numeriske udtryk, der ligger i dato og (evt.) klokkeslæt. Også funktionelt bestemte realydelser kan beskrives numerisk, f.eks. som en *driftseffektivitet* (f.eks. forholdet mellem et it-systems “oppe-” og “nede”-tid), som en målestok for *renhed* (hvilket f.eks. er praktisk ved handel med ædelmetaller) eller for *fugtighed* (som f.eks. anvendes ved handel med korn). Ja, selv ved ansættelse af personer kan det være aktuelt at anlægge talbestemte kriterier, f.eks. udtrykt i en persons alder eller i et opnået eksamensgennemsnit.

En numerisk kvalifikation forudsætter en målestok, der kan opgøres, f.eks. en *periode*, hvor det kan måles, om en *driftseffektivitet* er tilgængelig eller ikke. Det kan være vanskeligt at angive en sådan beregningsmetode. Efter én metode har *kornfugtigheden* én værdi; en anden metode vil give en anden værdi. Ved måling af driftseffektivitet må der f.eks. tages stilling til, hvornår der foreligger “tilgængelighed”, dvs. hvilke tekniske eller betjeningsmæssige forhold der kræves overholdt. En nedsat tilgængelighed, der kan tilskrives en fejlbetjening, som brugeren selv bærer ansvaret for, bør f.eks. ikke medtages i regnestykket.

*Omtrentlige
beskrivelser*

For visse transaktioner er det ikke afgørende, om ydelsen har et bestemt omfang. Dette er f.eks. tilfældet, når man bestiller og genbestiller varer af en vis art. Bl.a. derfor er det ikke ualmindeligt med “cirka”-forbehold i den numeriske angivelse. Se f.eks. pkt. 4.2. i det Modelforslag til Almindelige Salgs- og Leveringsbetingelser, der er optrykt i Juridisk Formularbog (2004), s. 767 ff., der om *bulkvarer* fastslår, at sælger kan levere det aftalte kvantum +/- 10 %, idet køber dog skal betale for det faktisk leverede kvantum efter den aftalte enhedspris.

Bestemmelsen udtrykker samme princip som i KBL § 66, hvorefter det tilkommer sælgeren at træffe valget om varens mængde, når aftalen åbner et vist spillerum, såsom “cirka”, “fra-til” el.lign. Det gælder dog ikke, hvis det fremgår af omstændighederne, at spillerummet er indrømmet i køberens interesse. Er betegnelsen “cirka” benyttet, er spillerummet 10 % op eller ned for ladning og ellers 5 %, jf. stk. 2.

En præstationshandling kan være mere eller mindre *standardiseret* (f.eks. et modul- eller typehus) eller *skræddersyet* (et arkitekttegnet hus, specialudviklet software). En standardiseret ydelse markedsføres mod en ubestemt kreds af brugere og med sigte på deres formodede behov. Der findes også talrige mellemformer (f.eks. inden for byggeri og it), hvor produkter indeholder både standardiserede, skræddersyede og individuelt tilpassede komponenter. Ligeledes kan et skræddersyet produkt (f.eks. et computerprogram) efterfølgende gøres klart til at kunne dække behovet hos en flerhed af brugere, hvorved programmet får karakter af standardprogram.

Standardiseret eller skræddersyet?

Det kan være vanskeligt for køberen af et standardiseret produkt at beskrive de krav, han forventer opfyldt af det, og lige så vanskeligt for sælgeren at stå inde for, at sådanne specielle krav kan indfries. Derfor vælger parterne ofte at inkorporere *teknisk dokumentation* eller *brugervejledninger* som en del af aftalegrundlaget. Dette samspil mellem aftalevilkår og produktbeskrivelser er velkendt i køberetten, sml. herved KBL § 76, stk. 1, nr. 2, hvorefter brochuremateriale tillægges retlig betydning (se herved afsnit 3.4.d. og 3.4.e. om koncipering af reklamemateriale og emballagetekster). Men det er risikabelt ligefrem at give dokumentation løftevirkninger. Manualer kan være uforståelige og usystematiske, og de kan rumme informationer om produktets begrænsninger skjult, hvor den uindviede læser mindst venter det. Ophøjer man manualen til aftalegrundlag, kan den uforudset komme til at virke som en ansvarsfraskrivelse eller som en garanti for sådanne uventede egenskaber ved produktet.

Beskrivelsen af standardydelse

En skræddersyet (eng.: *tailormade, bespoke*) ydelse kendetegnes ved at være tilpasset en bestemt kundes individuelle behov. Er det udviklingsforløb, der kræves for at frembringe ydelser, enkelt og overskueligt, er *konciperingsopgaven* ikke meget anderledes end ved standardydelse, bortset fra den praktiske omstændighed, at

Beskrivelsen af skræddersyede ydelser

ydelsen ikke kan opleves og besigtiges ved aftaleindgåelsen. Derimod kan det være vanskeligere for realdebitor at *præstere* den aftalte ydelse. Risikoen for opfyldelsesvanskeligheder er større, når en ydelse skal *udvikles* fra bunden under usikre vilkår. *Entreprenørens* arbejde vil bl.a. bero på tekniske og vejrsmæssige forhold. En *forlagsaftale* pålægger forfatteren at skrive en bog, som han – i sandhedens time – måske slet ikke har inspiration til.

For at gardere sig mod den usikkerhed, der kan opstå under et sådant forløb, kan parterne enten vedtage *genforhandling* eller *successiv aftaleindgåelse*, jf. nærmere afsnit 2.4.b. Forebyggende kan parterne pålægge eller incitere hinanden til at fremskaffe information, der kan reducere risiciene ved den slags opfyldeshindringer. Det kan f.eks. ske gennem en pligt til at give meddelelse om enhver omstændighed, der kan vanskeliggøre opfyldelsen.

I aftaler om udvikling af it-systemer løses dette problem typisk ved en trinvis eller faseopdelt aftaleindgåelse, jf. generelt herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.4.c.: I et *første* forløb angiver B, hvilke behov han ønsker, at ydelsen skal opfylde. I et herpå følgende *andet* forløb forsøger A – evt. i samspil med B eller B's rådgiver – at vise en vej til denne behovsopfyldelse. Dette leder frem til et *tredje* forløb, hvor parterne enes om en fremgangsmåde. En lignende regulering følger af *ABR 89* pkt. 2.3 om rådgivningens forskellige faser, der – som anført i pkt. 2.3.2 – gennemløbes for sig og afsluttes med anskueliggørende materiale, på hvilket grundlag klienten træffer beslutning om fortsættelse.

6.2.b. Kvalitetskrav

Begreb

Med en ydelses "kvalitet" sigtes som regel til de egenskaber, der karakteriserer dens evne til at opfylde bestemte, udtrykkelige eller underforståede behov. Disse behov beror normalt på ydelsens faktiske anvendelse. Det værktøj, der pga. størrelse og tyngde er velegnet til ét formål, er (kvalitativt) uegnet til et andet. Kvalitetsbegrebet er altså *relativt* til bestemte egenskaber; samme ydelse kan altså have høj kvalitet i én henseende og lav i en anden. I relation til en bestemt kvalitetsegenskab afspejler begrebet den grad af overensstemmelse, der består mellem den forventede og den indfrieede behovsopfyldelse. Ud over de typeforudsætninger, man kan påvise på indarbejdede aftaleområder, findes der altså ingen *objektive* kvalitetskrav. Selv en typeforudsætning udledes

af de subjektive forventninger, visse typer af parter forventes at have.

Som bl.a. påpeget af *Shewhart*: *The economic control of manufactured product* (New York, 1931 – genoptrykt i 1980), s. 37 ff., kan kvalitet bl.a. defineres ud fra objektive karakteristika (f.eks. en kemisk betegnelse), som udtryk for en *normalitet* (f.eks. defineret efter et erfaringsgrundlag), eller som en *relation* mellem det karakteriserede og noget andet (f.eks. som afvigelse fra en given målestok). Man kan herudover sondre mellem et *subjektivt* kvalitetsbegreb, der tager udgangspunkt i parterne, og et *objektivt*, der har grundlag i en norm, karakteristik eller relation fastlagt udefra. Endelig kan man sondre mellem, om kvaliteten angår en *proces* eller et *produkt*.

Opstiller aftalen kvalitative krav til ydelsen, må den derfor inddrage et eller flere kvalitetsparametre. Med *korrekthed* sigtes f.eks. til, om ydelsens specifikationer talmæssigt eller i kraft af andre empiriske kendsgerninger modsvarer det aftalte. *Effektivitet* handler om ydelsens evne til at opfylde på forhånd definerede opgaver (og kan f.eks. måles i hurtighed eller produktivitet). *Brugbarheden* angår den lethed, hvormed ydelsens funktioner og kvaliteter bringes frem. *Testbarheden* er muligheden for at få kendskab til faktorer i ydelsen, der er bestemmende for dens funktioner, og som tilsvarende kan forklare, hvorfor ydelsen ikke fungerer. For håndgribelige ydelser kan det være relevant også at inddrage *flytbarhed*, dvs. muligheden for at placere ydelsen på andre lokaliteter end der, hvor den præsteredes. Teknisk prægede ydelser kan endelig kvalitetsmåles i henseende til *interoperabilitet*, dvs. muligheden for at få ydelsen (f.eks. et apparat eller en programkomponent) til at fungere som en komponent i samspil med andre komponenter.

Kvalitetsparametre

I transaktioner med iøjnefaldende risici for opfyldelsesvanskeligheder (f.eks. fordi der er tale om en meget kompleks ydelse) er det almindeligt, at leverandøren gennemgår et *kvalitetssikringsprogram med procedurer*, der bl.a. sørger for, at uregelmæssigheder opdages og afdækkes. I modsætning til de førnævnte *materielle* kvalitetsparametre er denne form for kvalitetssikring *formel*: Den beskæftiger sig netop kun med de *procedurer*, der anvendes i virksomheden, og ikke med kvaliteten af de enkelte *produkter*.

Kvalitetssikring

Leverandøren vil normalt ikke give kunden adgang til selv at

Kvalitetssikring og certificering

gennemgå og fikserer målepunkterne for en *kvalitetskontrol*, idet fortrolige oplysninger hermed kan kompromitteres. Derfor udpeges normalt en troværdig tredjepart, der dels bistår med fikseringen af de målepunkter, der skal kontrolleres, dels kontrollerer, at de er til stede. De dokumenter, der udspringer af en sådan kvalitetssikring, vil som oftest blive fremlagt som *bilag* til aftalen, hvor de retsteknisk set udgør en del af aftaleopfyldelsen (leverandørens pligt til at tilvejebringe en kvalitetssikring). Se nærmere herom i afsnit 2.2.d.

Uegentlige og egentlige certifikater

Certifikater kan inddeles efter forskellige sondringsgrundlag. For det første sondrer man mellem egentlige og uegentlige certifikater. Hvor et *uegentligt* certifikat afgives af den “certificerede” selv (i form af det, der retligt betegnes som en “konstaterende erklæring”), afgives et *egentligt* certifikat af en uafhængig part, f.eks. en brancheorganisation, en offentlig myndighed eller en certificeringsinstitution. Egentlig certificering sker altid på grundlag af en standard eller anden målestok, der på forhånd er kendt.

Produkt- og procescertifikater

Man kan også inddele certifikater efter, *hvad* der certificeres for. I én gruppe finder man her *procescertifikatet*, der angår en benyttet fremgangsmåde. For A’s valg om, hvorvidt B er den rette aftalepart, vil navnlig certificeringen af B’s kvalitetsstyringsystem spille en central rolle. En sådan certificering kan f.eks. ske efter de standarder, der er publiceret i ISO 9000-serien. *Offentlige myndigheder* udtaler sig f.eks. om, hvorvidt visse produkter (f.eks. motorkøretøjer) overholder gældende krav, ligesom *brancheorganisationer* gennem kollektivmærker og garantimærker (“Lurpak”, “Antonius skinkesvin” etc.) lægger navn til bestemte kvalitetsegenskaber. Man kan også betragte den generalforsamlingsvalgte revisors påtegning af årsrapporten for et kapitalsekskab som en certificering af, at regnskabet er korrekt aflagt.

Juridisk certificering mv.

Juristens bistand vil undertiden forme sig som en konstaterende erklæring, der på samme måde som et certifikat betrygger aftalens parter om retlige spørgsmål. Et eksempel herpå er de *legal opinions*, som forud for mange internationale transaktioner tilvejebringes for at skabe vished om parternes retsevne mv., jf. herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.6.e. Et andet eksempel er de *compliance*-undersøgelser, som store virksomheder ofte foran-

stalter for at sikre sig, at de overholder (*comply with*) gældende regler. Advokatens opgave består her i at gennemgå indgåede aftaler og procedurer med henblik på at udtale sig om deres overensstemmelse med gældende lovgivning samt etiske og branchemæssige standarder. Udarbejdelsen af disse redegørelser og de undersøgelser, der ligger forud herfor, kan i nogen grad minde om en *due diligence*-undersøgelse, se herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.d. Undersøgelserne vil ofte være begrænset til særlige aspekter, f.eks. immaterialrettigheder og licenser, persondatabeskyttelse eller CSR (jf. herom straks nedenfor og s. 335 ff.). Også kvalitetssikringen af det børsprospekt, der skal foreligge ved introduktion af et aktieselskab på en fondsbørs, sker i stigende grad gennem advokaters *verifikation*.

Som flere gange nævnt i det foregående indgår certifikater ofte som grundlag for visse typer af transaktioner. Denne øgede fokus på certifikatet mærkes også i lovgivningen. Efter indførelsen af lov om erstatning for miljøskader (jf. lovbekendtgørelse nr. 994 af 9. september 2014 med senere ændringer), der indfører et objektivi ansvar for miljøskader forvoldt af visse virksomhedstyper, stiller kreditgivere ofte krav om, at miljøfølsomme låntagere skal afgive erklæringer eller fremlægge certifikater om, at de overholder gældende miljøbestemmelser mv. Kravet har bl.a. den saglige begrundelse, at det objektive miljøansvar reelt vil afskære kreditors mulighed for at overtage virksomheden til brugelig pant, eftersom en sådan overtagelse vil indebære, at kreditor “driver” virksomheden og dermed omfattes af det objektive ansvar, se lovens § 3 (“som led i erhvervsmæssig ... aktivitet”) og diskussionen om forståelsen heraf hos *Ellen Margrethe Basse, Claus Tønnesen & Dorthe Wiisbye: Miljøerstatningsloven med kommentarer* (1995), s. 58 f.

Ugentlige certifikater i form af konstaterende erklæringer (se hertil afsnit 1.2.d.) afgivet af producent eller leverandør anvendes hyppigt, f.eks. ved salg af virksomheder og fast ejendom. De fleste slutsedler om fast ejendom indeholder bestemmelser af typen “Sælger oplyser, at der ikke findes utinglyste rettigheder”. Den slags erklæringer kan have flere formål: Først og fremmest formidler erklæringen en faktisk oplysning, der kan få den ene part til at undersøge de angivne forhold, som den anden ikke forventes at have en fuldstændig viden om – han erklærer jo blot, hvad han ved. Dernæst manifesterer erklæringen en forudsæt-

*Særligt om
uegentlige
certifikater*

ning, som kan indgå i fortolkningen eller ved en ansvarsbedømmelse. Konstaterende erklæringer kan her udgøre et bevis for, at en part har – eller ikke har – udøvet svig.

I *U 1969.882 H* havde sælger oplyst “at der på ejendommen forefindes flyvehavre, og den mark, hvori dette er konstateret, er påvist køberen”. Flyvehavren viste sig at have et ganske alvorligt omfang. Erklæringen fandtes derfor misvisende, og sælger blev erstatningsansvarlig. Ved konciperingen gælder det i øvrigt om at sikre fuld klarhed om, hvorvidt den erklærende blot udtaler sig om, hvad han mener om et forhold eller anser for sandsynligt mv., eller om han yder en *garanti* for, at det pågældende forhold er til stede. At erklæringen angår forhold, som begge parter forventes at have lige godt kendskab til, kan f.eks. tolkes som udtryk for, at erklæringens eneste fornuftige formål er at garantere for det pågældende forhold.

6.2.c. Andre aspekter

I visse transaktioner må aftalen angive helt præcise kvalitetskrav ved en person eller et formuegode. I den forbindelse kan man for brug for at inddrage supplerende begreber:

Tolerance

En *tolerance* er et udtryk for den afvigelse fra et ellers fastsat mål, som anerkendes ifølge en standard, en vedtagelse eller et særligt retsgrundlag. Den bagvedliggende problemstilling er, at en række præcisionsbetonede ydelser præsteres under usikkerhed. Skal leverandøren levere et materiale, hvis kvalitet defineres ved dets renhed eller præcise størrelse, er det almindeligt, at aftalen opstiller en tolerance for, hvilken afvigelse fra en fastsat standard der kan tillades. Generisk bestemte realydelser, der præsteres ud fra målangivelser, vil sjældent blive præsteret med præcis det angivne omfang. Det ved parterne godt, og de vil derfor ofte vedtage en norm for, hvor upræcis opfyldelsen kan være, sml. den udfyldende regel i KBL § 66, stk. 2.

Klassifikationer

I nær forbindelse med vilkår om tolerance er vilkår, der henviser til de *klassifikationer*, der opstilles af visse brancher på grundlag af alment accepterede kvalitetssikringsmetoder. Bl.a. af sikkerheds- og forsikringsmæssige grunde klassificeres skibe af særlige klassificeringsselskaber (f.eks. *Det Norske Veritas* og *Lloyd's Register*). Selve klassificeringen må i den retlige terminologi betegnes som et *certifikat* eller en *konstaterende erklæring*, jf. bemærkningerne ovenfor, men pga. skibsfartens indarbejdede sæd-

vaner indebærer disse papirer en håndfast kvalitetsparameter, der er afgørende for værdifastsættelsen.

En persons *fysiske fremtrædelse* kan være en del af den præstation, han skal yde i transaktionen. Sådanne krav forekommer i aftaler, hvor en fotomodel tilknyttes et modelbureau. Her vil det ofte være aftalt, at modellen i aftalens løbetid forpligter sig til at holde en bestemt vægt. Tilsvarende kan tænkes i aftaleforhold vedrørende professionel boksning og andre sportsgrene, hvor udøveren klassificeres efter vægt.

Fysik

Også *almindelige helbredsforhold* kan spille en rolle for aftalens opfyldelse. Dette kan navnlig tænkes i tilfælde, hvor realyderens person (og for så vidt overlevelse) spiller en afgørende rolle for opfyldelsen. EUF-aftalens artikel 15.1 betinger aftalens indgåelse af, at rådgiveren og/eller hans personel er ved godt helbred og ikke lider af skavanker, der kan påvirke udførelsen af tjenesteydelserne. DBU's spillerkontrakt (juni 2011) indeholder i § 8 detaljerede regler om, hvorledes der ydes lægehjælp til spilleren.

Helbred

Lov nr. 286 af 24. april 1996 om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet lægger begrænsninger i en arbejdsgivers ret til i forbindelse med ansættelse eller under ansættelse at anmode en lønmodtager om helbredsoplysninger med det formål at få belyst, om lønmodtageren lider eller har lidt af en sygdom eller har eller har haft symptomer på en sygdom, når sygdommen vil have væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde. Se herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.2.b.

6.2.d. Levering og risikoovergang

Den handling, hvorved realdebitor præsterer sin hovedydelse, betegnes almindeligvis som leveringshandlingen (og realdebitor derfor ofte også som leverandøren). På grund af dens retlige betydning i flere henseender (risikoovergang, beregningsgrundlag for forsinkelse, frist for mangelsindsigelser, indtræden af undersøgelsespligt, ophør af ret til at forlange ændringer etc.) er det væsentligt, at aftalen slår fast, *hvornår* der indtræder levering, *hvor* og *hvordan* leveringen skal finde sted, og hvilke *retsvirkninger* der indtræder, når disse leveringshandlinger er gennemført. Leveringsklausulen skal dermed både tage stilling til en række *faktiske* forhold (hvornår, hvor og hvordan) og til en række *rets-*

Levering

følger, hvis levering ikke sker som aftalt. Reguleringen af disse forhold kompliceres yderligere, når levering skal ske via en transportør: Hermed opstår da yderligere spørgsmålet, hvem der da skal arrangere transporten og betale for den, samt hvem af parterne, der skal bære risikoen (jf. herom straks nedenfor) for, at det leverede beskadiges eller går tabt undervejs.

Levering og aflevering

Komplicerede ydelser (f.eks. maskineri, byggeri og it-systemer), der skal installeres og måske også udvikles for kunden, vil normalt ikke blot blive *leveret* (dvs. de enkelte komponenter bragt frem til kunden), men også *afleveret*. Som nærmere forklaret i *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.1.g., er en aflevering en afprøvning, hvor leverandøren efter kriterier aftalt med kunden beviser, at det leverede fungerer som lovet. En vel gennemført aflevering resulterer i, at parterne konstaterer dette og dermed godkender afleveringsforretningen. Aftalen vil da typisk fastslå, at ydelsen ved godkendelse anses for leveret, og at risikoen for dens funktionalitet hermed overgår til kunden. Som anført a.st. har der udviklet sig en vis aftalepraksis om aflevering inden for disse enkelte tekniske aftaletyper. Når bortses fra Incoterms-klausulerne (se herom s. 294 ff.), har der derimod ikke udviklet sig nogen egentlig aftalepraksis om leveringsklausuler.

Risiko

Begrebet risiko har intet med leveringen at gøre. Der er tale om et vanskeligt begreb, fordi det benyttes i to forskellige betydninger. I en *faktisk* betydning udtrykker en "risiko" den sandsynlighed, der er for, at en uønsket hændelse indtræder. I denne betydning giver begrebet kun mening, hvis det sættes i forhold til en hændelse og til en part, for hvem hændelsen er uønsket. At risikoen for x er høj eller lav, beskriver herefter, hvilken sandsynlighed der er for, at hændelsen x indtræder. I en *retlig* betydning udtrykker begrebet *konsekvenserne* af, at en uønsket begivenhed indtræder. At A "bærer" en risiko for hændelsen x , betyder altså, at A (og ikke B) må bære konsekvenserne af x (hvis x indtræder) og f.eks. selv dække et tab.

Sprogbrug

Der hersker en vis usikkerhed om risikobegrebet i formueretten, se hertil diskussionen hos *Ole Hansen* i U 2002B.55 ff. Problemet skyldes bl.a., at man ikke altid sondrer mellem begrebets faktiske og juridiske aspekter. I en *juridisk* begrebsanvendelse må risikobegrebet altid suppleres med en type retsvirkninger, f.eks. adgangen til at rejse krav. Hvis man ikke kan leve med at skulle

bære en risiko, må man aftale at flytte den over på andre. Det kan f.eks. ske ved regler om *risikoovergang i et aftaleforhold* eller ved aftale om *forsikring*. Som andre retsregler har sådanne regler to sider. De forholder sig dels til risikoen som en hændelse, der med en vis sandsynlighed kan ramme adressaten; dels knytter de nogle retsfølger hertil, typisk om, hvem der skal bære de uønskede konsekvenser af, at risikoen realiseres. En regel om, at A har *skadesrisikoen* for hændelse *x*, betyder f.eks., at A skal bære de negative følger af, at genstanden beskadiges, uden at kunne rejse krav mod B ved beskadigelse. Siger man, at A bærer *kreditrisikoen* for B, ligger der heri, at A må bære følgerne af, at kreditgivningen til B viser sig at være tabsgivende.

Aftalens regler om *risikofordeling* tager stilling til, hvem af parterne der skal bære de uønskede konsekvenser (i form af byrder eller tab) af, at ingen andre kan gøres ansvarlige for, at en uønsket tilstand er indtrådt. Når man taler om risici, sigter man netop til forhold, som ikke ligger klart, f.eks. i kraft af garantier og andre utvetydige præstationer. Risikonormeringen adskiller sig fra ansvarsnormeringen. Et erstatningsansvar er en *sanktion*, der udspringer af et løfte (f.eks. en garanti) eller en disposition, som i medfør af erstatningsrettens regler udløser denne sanktion (f. eks. forsømmelighed). Et vilkår, hvorefter den ene part må bære en risiko, indfører ingen sanktion, men fastslår, hvem der skal stå tilbage med smerten ved, at den uønskede hændelse realiseres. Når man *bærer* risikoen for en hændelse, kan man netop ikke rette krav mod andre i anledning af hændelsen.

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 7.6.b., spiller risikobetragtninger en vis rolle i den aftaleretlige argumentation. Det er en fæstnet retsopfattelse, at man i tvivlstilfælde bør placere risikoen for en uønsket hændelse hos den part, der har det i sin magt at reducere sandsynligheden for, at hændelsen realiseres. Som fremhævet i afsnit 1.2.e. er evnen til at styre og reducere risici en væsentlig del af det at drive erhvervsvirksomhed. Når parterne fastlægger aftalens risikoregler, bør de stræbe efter at placere risikoen der, hvor den bedst kan *reduceres*, eller hvor mulighederne for at *afdække* den forsikringsmæssigt eller gennem andre særlige tiltag er bedst. At KBL § 24 har lagt et strikt genusansvar på sælger, bygger på den tanke, at sælger selv kan reducere risikoen for, at ansvaret aktualiseres, ved at opti-

Risikofordeling

*Risiko-
betragtninger*

mere sine indkøb. Er ydelsen omvendt af ukendt art, f.eks. fordi den tilvirkes i et tæt samspil med realkreditor, taler meget for at fordele risikoen, så realdebitor ikke nødvendigvis skal mødes med hårdhændede sanktioner, hvis den ikke tilvejebringes rettidigt med de ønskede egenskaber (en *pointe*, der netop begrundes, at indsatsforpligtelser også skal honoreres, selv om de ikke fører til det tilsigtede – men altså ikke tilsikrede – resultat).

Flytbare ydelser

Behovet for at regulere risikoens overgang opstår først og fremmest, når formuegoder udveksles under omstændigheder, hvor begge parter på et tidspunkt slipper kontrollen over formuegodet, og hvor dettes beskadigelse mv. ikke dækkes af en skadevolder (i kraft af dennes erstatningsansvar) eller ved forsikringsdækning. Enkelte retsregler tager stilling til dette risikofordelingsspørgsmål. Se herved KBL § 17 og § 37, og CISG art. 36.

Incoterms

En part, der bærer en sådan risiko, inciteres dermed til at tegne en forsikring og indkalkulere udgiften hertil i sit vederlag. En praktisk måde at regulere spørgsmålet om risikoovergang på udgør de såkaldte Incoterms, hvis seneste version er udsendt i 2010. Ved at henvise til en af de 11 Incoterms-klausuler tager parterne i et køb stilling til en række praktiske spørgsmål ved transaktionen, som først og fremmest har betydning for *opfyldelsesprocessen* (levering og risikoovergang mv.), men som også indirekte (f.eks. ved at fiksere et tidspunkt for risikoovergang) er afgørende for, om der indtræder *misligholdelse*. Hertil hører f.eks. indgåelse af transportforsikring, levering, risikoovergang, opgavefordeling i forbindelse med fremskaffelse af eksport- og importtilladelser samt omkostningsfordeling.

Formålet med Incoterms er at udfylde aftalen mellem sælger og køber i relation til disse forskellige opgaver og risikoforhold. Klausulerne løser dermed den praktiske rollefordeling, der ligger i at tilrettelægge transport, forestå klarering og tegne forsikring mv., idet de samtidig tager stilling til spørgsmål om risiko og betaling i forbindelse med disse leveringshandlinger. Disse opgaver indebærer typisk et aftaleforhold til en tredjepart (transportør og garantistiller mv.). Incoterms bliver ikke en del af hverken den fragtaftale, der bringer varen frem til køberen, af forsikringsaftalen eller af den finansielle aftale, der tilvejebringer de dokumenter mv., der skal præstere købesummen. Klausulerne kan anvendes i relation til alle transportformer.

Incoterms findes som sagt i sin seneste version fra 2010. Klausulerne er opdelt i fire grupper. *Gruppe E* (der alene indeholder klausulen EXW) knytter sig til det almindelige udgangspunkt, at køberen henter varen direkte hos sælger. Her er sælgers forpligtelser begrænset mest muligt, idet sælger alene skal stille varen til købers disposition og ikke tage del i læsningen. *Gruppe F* (der indeholder klausulerne FCA, FAS og FOB) angår tilfælde, hvor hovedtransporten ikke er betalt. Sælger skal da overgive varen til transport i henhold til købers instruktioner, idet køber indgår fragtaftale og udpeger fragtfører. Levering sker således på afsendelsesstedet, hvorfor kontrakter baseret på F-klausuler ofte benævnes "afsendelseskontrakter". Gruppe E og F betegnes under ét som "collect terms", fordi de forudsætter, at køber afhenter godset. *Gruppe C* (med klausulerne CFR, CIF, CPT og CIP) angår tilfælde, hvor hovedtransporten er betalt af sælger, der således sørger for fragt på sædvanlige vilkår. *Gruppe D* (DAT, DAP og DDP) angår forholdene ved varens ankomst hos køber. Kontrakter baseret herpå benævnes ofte "bestemmelseskontrakter"; fordi sælger bærer risikoen for varen frem til bestemmelsesstedet. Hver af klausulerne definerer det punkt, der er kritisk i relation til de angivne hovedopgaver og reguleringstemaer (risiko, transport, forsikring, klarering mv.). Gruppe C og D betegnes under ét som "prepaid terms".

Livet i det højteknologiske samfund har frembragt nye ydelser og præstationshandlinger og dermed også nye behov for at risikoregulere disse ydelser. Levering af elektricitet, olie og gas, telekommunikation og information præsteres ofte via net eller på særlige medier. Dette rejser en række særlige problemer, hvis overførelse af ydelsen vanskeliggøres ved fejl på sådanne netforbindelser. Valget af net kan være kritisk for aftaleopfyldelsen. Et underdimensioneret net udgør en flaskehals, der kan forsinke eller ødelægge leveringen. Dermed opstår spørgsmålet, hvem af parterne der skal bære risikoen for, at ydelsen ikke når frem som følge af nedbrud på nettet.

Er nettet udtrykkeligt udpeget af B som platform for levering, taler meget for at opstille den almindelige regel, at risikoen for informationens eller energimængdens hændelige undergang går over fra A til B, når den passerer over på nettet, uanset at den aldrig kommer frem til B. Dette resultat er dog næppe tilfredsstillende i alle tilfælde, navnlig ikke når A uden nævneværdige omkostninger kan genlevere ydelsen (f.eks. en informationsydelse). Spørgsmålet bør derfor aftalereguleres.

*Ydelser leveret
via net*

Udviklings-
ydelser

Et særligt behov for at regulere risikospørgsmålet foreligger, når en ydelse præsteres ved *gradvis frembringelse*. Dette er f.eks. tilfældet ved overdragelse af byggeri, *it-systemer* eller andre former for produktionsapparat, jf. nærmere *Enkelte transaktioner*, afsnit 5.1.d (generelt) og afsnit 5.4.c. (om it-kontrakter). Fælles herfor er, at aftalen indbygger et retsteknisk skæringspunkt (typisk en overtagelsesdag), som parterne herefter knytter deres opmærksomhed til, og som materialiserer parternes respektive opfyldelses handlinger.

Pengeydelser

Også en betaling kan risikere at gå tabt, inden den når frem til modtageren. Problemet opstår relativt sjældent i praksis, sml. dog dommen om røveriet i Daells Varehus, *U 1989.232 H*, og det giver derfor kun anledning til regulering, hvis aftalen forudsætter betaling med store kontantbeløb og under en vis ikke ubetydelig risiko.

6.2.e. Accessorier

Begrebsparret

Sædvanligvis sonderer jurister mellem præstationshandlingen og dens accessorier. Begrebsparret minder i nogen grad om sondringen mellem hoved- og biforpligtelser, se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 2.1.b., og *Gomard* (2006), s. 48 ff., og er lige så uklar. Det bygger på uskarpe forestillinger om, hvordan en ydelse (f.eks. løsøre, der overdrages ved køb) typisk præsteres. Så snart det “typiske” fortøner sig, forsvinder grænsen mellem hovedydelse og accessorier. En sådan opdeling forekommer navnlig tilfældig, når ingen af ydelserne – hverken værdimæssigt eller funktionelt – er mere eller mindre væsentlige for den samlede transaktion.

Et rent økonomisk kriterium for om en ydelse er mangelfuld, kan ikke anlægges i aftaleforhold, der ikke tilsigter økonomisk vinding for begge parter, som f.eks. forbrugeraftaler. Betænkning 1240/1992 om pakkerejser angiver på s. 45 et antal eksempler på mangler ved pakkerejser, f.eks. indlogering i dårligt værelse, manglende pool, manglende guide, byggestøj ved hotellet, begrænsede skimuligheder, manglende toilet i bus, utilstrækkelig opvarmning, ændring af rejsemål etc. Forhold af denne karakter vil typisk også indebære misligholdelse af kommercielle aftaler. En definition, der lader “biforpligtelsen” omfatte de handlinger, som funktionelt kan udskilles fra hovedforpligtelsen, bringer heller ikke klarhed, eftersom den blot flytter begrebsfastlæggelsen til “hovedforpligtelsen”. Ej heller et

kriterium, der lægger vægt på, om pligten angår handlinger, der kan udføres af andre end aftaleparten, eller som uden videre kan redresseres (f.eks. ved erstatningskrav), rammer rigtigt. Talrige hovedforpligtelser – f.eks. inden for genuskøb – kan uden vanskelighed opfyldes af tredjeparter. Det nærmeste, man kommer en brugbar sondring, er et kriterium, der lægger vægt på, hvor *afgørende* en ydelse er for kreditor. Men da denne sondring peger hen på en vurdering af, om en misligholdelse vil kunne føre til ophævelse af hele aftaleforholdet eller ikke, siger den ikke andet end netop dette – at ophævelse i den givne situation vil være berettiget eller ikke. Og da hævebeføjelsen, som nærmere beskrevet generelt i afsnit 7.2.b., undertiden kan anlægges mod dele af et aftaleforhold, kommer heller ikke dette kriterium til at sige noget om, hvordan man *på forhånd* karakteriserer de relevante dele af transaktionen som “biforpligtelser”.

Fejl ved *brugervejledninger* må betragtes som en integreret del af den køberetlige mangelsvurdering, jf. f.eks. *U 1952.932 Ø* og *ERA 2.155* (VLD 7.4.1986), hvor mangelfuld vejledning gav adgang til ophævelse. Se ligeledes *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 1240 ff., *IT-retten*, afsnit 22.5.c., om hel eller delvis ophævelse, og *Kolrud m.fl.* (1993), s. 39 f.

Brugervejledninger

Også emballage anses almindeligvis for at være en integreret del af ydelser, som leverandøren skal sende til modtageren, selv om den ud fra en formel, begrebsmæssig betragtning strengt taget er adskilt herfra. Undertiden kan der være behov for særskilt at stille krav til emballagens karakter og kvalitet. Pkt. 2 i *NLS 95* anfører således, at tilbud omfatter sælgerens “standardemballage”, hvorved underforstås, at der må betales ekstra for specialemballage.

Emballage

§ 9a i miljøbeskyttelsesloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 879 af 26. juni 2010 med senere ændringer) giver bl.a. hjemmel til at fastsætte regler om returemballage. I aftaleforhold, hvor ydelsen fremkommer i *returemballage*, kan der være behov for at fastslå parternes forpligtelser vedrørende brugen af denne emballage, f.eks. om, hvornår returemballage skal returneres (og for hvis regning), hvorledes den skal opbevares og eventuelt renses, samt ansvar og risiko for, at emballagen ødelægges.

Uanset om produktet leveres direkte fra producent til slutbruger, eller om det distribueres via mellemlid, vil producenten have brug for at benytte emballagen som medium for information til

Information på
emballagen

Dokumentation og bruger-
vejledninger

slutbrugeren. Denne information vil f.eks. kunne rumme den forsvarlige vejledning, som ifølge MFL § 7 skal afgives ved aftaleindgåelsen eller efter omstændighederne på leveringstidspunktet, når denne er af betydning for bedømmelsen af godets eller ydelsens karakter eller egenskaber, herunder især brugsegenskaber, holdbarhed, farlighed og vedligeholdelsesmulighed. Se her til afsnit 3.4. om tekster med afledte retsvirkninger.

I kommercielle aftaleforhold har vejledningspligten i medfør af MFL § 7 navnlig betydning, når kompliceret teknisk udstyr sælges til kyndige brugere. Man kan her sondre mellem *teknisk dokumentation*, der indeholder en beskrivelse af det leveredes virkemåde (f.eks. et diagram for en elektronisk indretning eller en systembeskrivelse for et it-system), og *brugervejledninger*. Sondringen angår målgruppen. Hvor den tekniske dokumentation retter sig imod teknikeren (reparatøren mv.), læses brugervejledningen – som navnet antyder – af brugeren.

I aftaler om produktionsudstyr bør man nøje angive leverandørens pligt til at levere dokumentation. Pkt. 4 i *NL 92* forpligter sælgeren til senest ved leveringen vederlagsfrit at forsyne køberen med ét eller et større aftalt antal eksemplarer af tegninger og andre tekniske dokumenter, som er tilstrækkelig udførlige til, at køberen kan udføre montering, igangsætning, drift og vedligeholdelse (herunder løbende reparationer) af alle materiellets dele. Sælgeren har dog ikke pligt til at udlevere tegninger og dokumenter, som ligger til grund for fremstilling af materiellet eller reservedele.

Som bestemmelsen antyder, kan leverandøren have varierende interesse i at forsyne sine kunder med meget præcis information om ydelsens funktioner. En alt for præcis dokumentation vil ikke blot kunne kompromittere *erhvervshemmeligheder*, men kan også underminere grundlaget for leverandørens – ofte indbringende – salg af *vedligeholdelsesydelser*. Omvendt vil en for svag dokumentation kunne fratage brugeren hans reelle nytte af det solgte.

Skal ydelsen anvendes som led i en *produktionsproces*, der involverer medarbejdere, stiller speciallovgivningen hyppigt krav om indholdet af brugsanvisninger. Dette gælder navnlig inden for arbejdsmiljøområdet, jf. bekendtgørelsen om indretning af tekniske hjælpemidler (612 af 25.

juni 2008). Ifølge § 23 i denne bekendtgørelse skal der med enhver maskine følge en brugsanvisning, der mindst opfylder kravene i et bilag til bekendtgørelsen. Nærmere krav til denne brugsanvisning fremgår af bekendtgørelsens § 51, der bl.a. fastslår (stk. 2), at brugsanvisningen skal være “fyldestgørende og let forståelig for dem, der kan påregnes at skulle benytte den. Den skal være affattet på dansk medmindre andet følger af særregler, eller direktøren for Arbejdstilsynet tillader eller stiller krav om et andet sprog.” Lignende regler findes andre steder i særlovgivningen.

Som hermed antydnet er det ofte påbudt, at brugsanvisningen er affattet på dansk. Da tilsvarende krav ofte findes i udenlandsk lovgivning (bl.a. pga. EU-lovgivning), bør internationale aftaler regulere *sprogkrav* for brugsanvisninger. I nær forbindelse med sådanne krav er brugervejledningens henvisninger til stedets almindelige *standarder* (f.eks. valuta, elektricitetsfrekvens, målestoksforhold etc.).

Sprogkrav

Komplekse ydelser præsteres ofte med en pligt for leverandøren til at *uddanne* erhververen. Ved levering af større indretninger fjernt fra leverandørens forretningssted kan det være nødvendigt, at leverandøren *udsender medarbejdere* til kunden, se herved *Enkelte transaktioner* afsnit 4.2.j. om *udstationering*. En egentlig *udstationering* kan også være aktuel ved igangsætning af en produktion, der baseres på en licens.

Uddannelse

Skatteregler, der f.eks. begrænser muligheden for at foretage fradrag eller afskrivning, kan gøre det nødvendigt at opdele og *prissætte* en ydelse, så den dels består af en hovedydelse (som der er afskrivningsret til), dels af en række løbende accessorer (for hvilke udgifterne kan fradrages). For visse stillingskategorier – mellemledere, direktører, salgspersonale mv. – er det sædvanligt at supplere den almindelige betaling med såkaldte “*frynsegoder*”. Motivet hertil vil også være, at frynsegodet er undergivet en lavere beskatning, jf. ligningslovens § 16.

Skattevirkninger

6.2.f. Præstationstidspunktet

En aftale må præcisere, hvornår ydelsen *må* (frigørelsestid) og *skal* (forfaldstid) præsteres. Ligeledes må den præcisere, hvilke konsekvenser det får, at ydelsen ikke præsteres som aftalt. Der er typisk kun behov for at præcisere frigørelsestiden, hvis modtagelsen kræver særlige foranstaltninger på B's side, f.eks. at B er til stede, at B har ryddet lageret til at modtage en leverance,

Problemstilling

eller at B har indrettet produktionshallen, så det ny produktionsanlæg kan opstilles.

Baggrundsretten

Hvis ikke aftalen tager stilling til, hvornår ydelsen skal præsteres, gælder princippet i KBL § 12, hvorefter levering skal ske ved påkrav. Denne regel er normalt ikke relevant, når præstati-onstidspunktet er et væsentligt aftalepunkt, f.eks. fordi det levere-de indgår i en produktionsproces eller et distributionssystem.

“Teknisk klarlagt ordre”

Må det endelige leveringstidspunkt afvente stillingtagen til en række tekniske detaljer, som kunden skal forsyne leverandøren med, kan det være hensigtsmæssigt at angive leveringstidspunk-tet med udgangspunkt i tidspunktet for *teknisk klarlagt ordre*. Hermed menes det tidspunkt, hvor leverandøren modtager kun-dens tekniske specifikation af ydelsen. Leveringstidspunkt vil herefter være et antal uger eller dage herefter.

Just in time

I visse tilfælde er det særligt kritisk for en virksomhed at undgå forsinkelser. Det er f.eks. tilfældet, hvis virksomhedens produktionen er produktionsapparat, arbejdsprocesser og lagerhåndtering indrettet på, at der aldrig produceres til lager. Produktionen sættes først i gang, når der er en ordre, og på samme tidspunkt indkøbes de råvarer og ingredienser mv., der indgår i den. Dermed kan varerne leveres, så snart de er produ-ceret, og producenten undgår at skulle producere varer, der ikke kan leveres. Producenten undgår dermed også at skulle sælge ud af et restlager til spotpris. Et sådant koncept må nødvendigvis bygge på en høj grad af kontrol med hver enkelt komponent i produktionsprocessen. Denne kontrol varetages typisk af it-sy-stemer, der ligefrem afgiver ordrer til hinanden om de – ofte ganske små – ordrer, der indgår i produktionsprocessen. Aftaler, der baseres på dette koncept, må nødvendigvis være forsynet med en nøje sanktionsregulering, når leveringstider mv. ikke overholdes.

Vejrlig

I visse transaktioner har *klimatiske faktorer* afgørende betydning. Det gælder f.eks. for byggeri og anlæg, navnlig når der er tale om arbejder i det fri. I *offshore*-byggeri kan udslibning af materiel til produktionsplatformen kun finde sted på visse tids-punkter af året. Kommer materiellet ikke frem i tide, så instal-lationen bliver klar til forudsat produktionsstart, mister operatø-ren måske en lang periodes produktion. En sådan vejrligsrisiko

vil kun påhvile realkreditor, når det er denne, der har besluttet tidspunktet for produktionen.

Når præstationstidspunktet er aftalt, må aftalen præcisere, om det kan *fraviges*. Et krav fra kunden om, at leverandøren skal levere prompte (i køb kaldet *fikskøb*), forpligter også kunden til at aftage varen straks. Er kunden ikke klar til det, kan en sådan pligt blive byrdefuld. Skal et it-system f.eks. opstilles i et nyindrettet maskinrum, har kunden et problem, hvis rummet ikke er klart, når systemet ankommer. I visse transaktioner vedtager parterne derfor en *udskydelsesret*, se f.eks. *K02* pkt. 7.2, stk. 4-7, og *K03* pkt. 12.2.4. Et sådant vilkår må sætte en frist for, hvornår kunden kan give meddelelse om udskydelse, samt hvor langt ud i fremtiden leveringen kan skydes. Ligeledes må det afgøres, om retten til udskydelse kun gælder, hvis der foreligger kvalificerede grunde.

Udskydelsesret

Er det afgørende for leverandøren, bør en ret til udskydelse virke gensidigt, således at symmetrien mellem parternes pligter opretholdes. Denne symmetri kan sikres på flere måder. Ifølge *K03* kan leverandøren betinge udskydelsen af, at kunden godtgør leverandøren dennes rimelige omkostninger forbundet med udskydelsen. I *K02* er leverandøren berettiget til at kræve alle efterfølgende tidsfrister udskudt med et tilsvarende antal arbejdsdage. Ligeledes udskydes betalinger tilsvarende, idet leverandøren dog har krav på rente med rentelovens sats i udskydelsesperioden. Det kan forekomme hårdhændet at fastholde en sådan symmetri i en situation, hvor kunden udskyder leveringstidspunktet. Har leverandøren planlagt andre opgaver på det tidspunkt, leveringen udskydes til, kan en sådan ret blive ganske bekostelig på grund af de ekstraordinære pres, leverandørens produktionsapparat da udsættes for.

Leverandøren kan have en særlig interesse i at udskyde leveringstidspunktet, hvis hans ordrebeholdning i tiden efter afgivelsen af det tilbud, der gennem accept bliver aftaleskabende, viser sig at blive så omfattende, at opfyldelsen bliver uforholdsmæssig omkostningskrævende. Det kan navnlig være vanskeligt for leverandøren at foregribe en sådan situation, hvis der er givet en lang acceptfrist. For at undgå skadevirkninger heraf kan leverandøren tage "*forbehold for mellemsalg*". Medfører dette forbehold en udskydelse, der går længere end rimeligvis forudsat af køber, kan

"Forbehold for mellemsalg"

køber formentlig træde tilbage ud fra et forudsætnings synspunkt, se *Kolrud m.fl.* (1993), s. 55.

Man tager undertiden også “forbehold for mellemsalg” i situationer, hvor en tilbudsgiver forbeholder sig at kalde sit tilbud tilbage, såfremt der fremkommer accept fra anden side, der vil afskære ham fra at opfylde aftalen. Hvorledes vendingen skal forstås, beror på en konkret fortolkning. I denne fortolkning spiller det en rolle, *hvor* i tilbuddet forbeholdet er placeret. Er forbeholdet f.eks. indsat i en virksomheds almindelige betingelser under det punkt, der angår *tilbud og accept*, vil der være en formodning for, at det knytter sig til hele aftaleindgåelsen. Er det derimod indsat i afsnittet vedrørende *leveringsstid*, må man formode, at det alene knytter sig til denne side af aftaleopfyldelsen.

*Underretnings-
pligt*

Den erstatningsretlige tabsbegrænsningspligt pålægger den part, der kan risikere at komme i forsinkelse, at give sin modpart underretning herom, når udsigten til forsinkelse tegner sig med en vis tydelighed. Derved får modparten nemlig mulighed for at reducere sit tab. Da reglerne om den loyale oplysningspligt imidlertid ikke er skarpe, kan der være grund til at præcisere dens rækkevidde i aftalen.

En aftale herom findes i *NL 92* pkt. 11. Underretningen skal være skriftligt og skal angive årsagen til forsinkelsen samt – så vidt muligt – det tidspunkt, da levering påregnes at finde sted. Undlader sælgeren at give denne meddelelse, skal han, uanset om *NL 92*'s erstatningsbetingelser er opfyldte, erstatte køberen de merudgifter (f.eks. overarbejde eller ekstra lejeudgifter), denne påføres som følge af den manglende meddelelse. Køberen har en tilsvarende meddelelsespligt i *NL 92* pkt. 15.

6.3. Pengeydelsen

6.3.a. Valg af betalingsmiddel

Retsgrundlaget

Som nærmere udviklet i *Lærebog i Obligationsret I*, s. 96 ff, kan man definere en betaling som en præstationshandling, der opfylder en pengeforpligtelse. Betalingsbegrebet viser derved hen til pengeforpligtelsen og dermed pengebegrebet, jf. bemærkningerne herom a.st., s. 90 ff.

Betalingsmåden

Det er dansk rets almindelige regel, at kreditor selv kan an-

vide betalingsmåden. Hvornår forpligtelsen ophører, beror på, hvilken slags betalingspligt parterne har aftalt. Betalingsforpligtelsen må i det mindste præcisere kravene til betalingens *likviditet*. Traditionelt er kontantbetaling af pengebeløb anset som den mest likvide betalingsform, men som anført a.st. s. 122 anser lovgivningen kun kontantbetalinger for uproblematisk ved mindre betalinger. Ifølge hovedreglen i hvidvaskningslovens § 2 må erhvervsdrivende ikke modtage kontantbetalinger på 50.000 kr. og derover. § 10 a i lov om opkrævning af skatter og afgifter foreskriver, at en borger, der er skattepligtig efter kildeskattelovens § 1 eller § 2, og som hos erhvervsdrivende køber ydelser eller varer sammen med ydelser, hæfter solidarisk med den erhvervsdrivende for betaling af indkomstskat, arbejdsmarkedsbidrag og merværdiafgift, som den erhvervsdrivende har unddraget, forudsat at vederlaget overstiger 10.000 kr. inklusive afgift og ikke er betalt via pengeinstitut eller betalingsinstitut, som sikrer identifikation af betalingsmodtager og betaler. Også fordi betaling med sedler er forbundet med betydelige praktiske besværligheder i form af optælling og transport, samt dertil langt større sikkerhedsrisici, spiller den kontante pengebetaling i dag en helt marginal rolle ved større betalinger.

I mangel af særlig aftale vil en betalingspligt være opfyldt, når penge, eller ydelser som i forhold til tilgængelighed og målbarhed kan sidestilles med penge, overgives eller overføres til kreditor (eller til en person, kreditor anviser som modtager) på en måde, der giver modtageren ret til og mulighed for at råde over beløbet. Hvis betaling sker via et pengeinstitut, vil man normalt lade dettes valørdato være afgørende. Da det kan bero på forhold hos pengeinstituttet, som parterne ikke har indflydelse på, hvornår denne dato indtræder, bør aftalen tage højde for retsstillingen, hvis sådanne forsinkelser indtræder, jf. nærmere afsnit 6.3.e. Kan det ikke efterfølgende bevises, hvornår en elektronisk betaling præcist har fundet sted, vil domstolene almindeligvis lade denne bevistvivl komme debitor til gode, se *TBB 2014.712 ØLK*.

Med lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. lov-bekendtgørelse nr. 613 af 24. april 2015 er en bred vifte af betalingstjenester og tilknyttede tjenester mv. gjort til genstand for en indgående lovregulering. Loven gælder ikke for kontantbetalinger og fysiske betalinger, jf. § 4, nr. 1, og en række specifikke

*Betalings-
tidspunktet*

*Lov om
betalingstjenester*

typer af betalingstransaktioner er specielt undtaget fra dens anvendelse, jf. nærmere § 4 og generelt om lovens afgrænsning, lovtilaget. Foruden en række tilsynsretlige bestemmelser indeholder loven enkelte regler af aftaleretlig betydning. Således fastslår § 40, at *vilkår* for adgang til betalingssystemer for udbydere af betalingstjenester skal være objektive, ikke-diskriminerende og proportionale, således at disse vilkår ikke forhindrer adgang i større udstrækning end nødvendigt for at beskytte mod specifikke risici, herunder afviklingsrisici, operationelle risici og forretningsmæssige risici, og sikre betalingssystemets finansielle og driftsmæssige stabilitet. Videre pålægger loven udbyderen af en betalingstjeneste en række oplysningsforpligtelser. F.eks. skal han ifølge § 43, senest samtidig med at der indgås aftale om at udføre en betalingstjeneste, stille oplysninger og betingelser, som nærmere angivet i lovens § 44, stk. 1 og 2, til rådighed for brugeren på en let tilgængelig måde. Udbyderen skal meddele brugeren disse oplysninger og betingelser på papir eller andet varigt medium, hvis denne anmoder herom. Der er ligeledes oplysningspligter, efter at udbyder har modtaget betalingsordren (§ 45) og gennemført betalingstransaktionen (§ 46). Særlige regler gælder for betalingstransaktioner, der gennemføres på baggrund af en rammeaftale, §§ 47-54.

I tillæg til disse regler findes der kun en sporadisk offentligretlig lovregulering om pengebetalinger, jf. nærmere *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 3.1.d. Disse regler har ikke stor betydning for forståelsen af betalingsløfter. *Møntloven*, lov nr. 817 af 21. december 1988, definerer, hvilke mønter der er lovlige betalingsmidler, men regulerer ikke spørgsmålet om, hvornår betaling er gennemført. Det samme gælder for *loven om Danmarks Nationalbank*, se lov nr. 116 af 7. april 1936 med senere ændringer. Lovens § 8, stk. 2, statuerer blot, at de af Nationalbanken udstedte pengesedler er lovligt betalingsmiddel mand og mand imellem samt ved ind- og udbetalinger, der foregår ved offentlige kasser. Heller ikke *veksel- og checklovene* tager stilling til, hvornår debitor kan frigøres gennem betaling ved sådanne instrumenter. En enkelt regel af denne art findes derimod i § 56 i *lov om betalingstjenester og elektroniske penge*, der i den almindelige fysiske handel pålægger betalingsmodtager at modtage kontant betaling, hvis betalingsmodtageren modtager betalingsmidler, der er omfattet af loven. Se om lovens valørregler, afsnit 6.3.e.

En betalingsaftale må altid specificere den *valuta*, hvori betalingen skal præsteres. Intet i vor valutaloggivning afskærer parterne fra at vedtage betaling i fremmed mønt, og inden for visse industrier er der fast praksis for at modtage betaling i f.eks. USD (f.eks. olie, fragt etc.) eller Euro. Parternes valg af valuta udgør et væsentligt element i den forretningsmæssige risiko, de påtager sig i transaktionen.

Valuta

Da man indførte *euroen* den 1. januar 2002, fastlagde artikel 3 i forordning nr. 1103/1997 et *kontinuitetsprincip*, hvorefter allerede bestående aftaleforhold skulle videreføres upåvirket af den nye valuta. De gældende krav til ydelsen er uændrede, herunder spørgsmål som betalingstid og betalingssted. Euroen giver heller ikke ret til énsidigt at ændre eller hæve aftalen. Se nærmere hertil *Per Overbeck* i U 1997B, s. 379 ff. og *Werlauff* i U 1998B, s. 401 ff.

Når udenlandsk valuta skal omregnes til danske kroner, opstår spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der skal lægges til grund for denne kursberegning. Som anført i *Lærebog i Obligationsret I*, s. 129, vil betaling (og kursomregning) nok som tilbagefaldsregel skulle ske på den aftalte betalingsdag, hverken før eller senere. CMR-lovens § 29, stk. 2, fastslår her, at omregning fra SDR (“*Special Drawing Right*”) til dansk mønt skal foretages efter kursen på den dag, der afsiges dom, eller den dag, parterne er enige om. I relation til krav mod konkursboer anvendes dog af praktiske grunde vekselkursen på dagen for konkursdekretets afsigelse, se konkurslovens § 40, stk. 2.

*Omregnings-
tidspunktet*

Henvisninger til betalingsstedets mønt peger ikke nødvendigvis på den møntsort, der galdt som betalingsmiddel på aftaletidspunktet. I takt med at nye stater træder ind i EU (og i eurosamarbejdet), vil denne nye valuta afløse tidligere valutaer. Særlige spørgsmål kan opstå ved betaling i en inkonvertibel fremmed valuta. Efter danske regler vil debitor her kunne præstere sin betaling i betalingsstedets mønt, se gældsbrevsloven § 7, checklovens § 36, og vekselovens § 41. Den Internationale Valutafond (IMF) anvender omregningsenheden SDR. Denne enhed er bl.a. lagt til grund for den transportretlige lovgivning, se f.eks. CMR-lovens § 29, stk. 2, og sølovens § 175.

*Gælds-
indtrædelse*

En betaling kan ske ved, at debitor overtager kreditors *skyld til en tredjemand*. Dette sker f.eks. hyppigt i forbindelse med veksel-accept. Medmindre der undtagelsesvis er adgang til debitor-skifte, vil en sådan gældsoverdragelse ikke påvirke debitorets retsstilling, bortset fra, at denne nu skal betale til den nye kreditor. Typisk spiller det dog en mindre rolle for debitor, om der betales til den ene eller anden kreditor.

Varesalg i transit

Når det formuegode, som der betales for, befinder sig undervejs ("i transit") fra sælger til køber, vil der være en periode, hvor ingen af parterne har formuegodet i sin besiddelse. I denne periode kan parterne ikke uden videre fastholde princippet om ydelse for modydelse: Købet vil ikke kunne gennemføres, hvis sælger hindrer afsendelse, til betaling er sket, eller hvis køber insisterer på at få formuegodet udleveret, før der betales. Dette problem løser man gennem konstruktioner, der etablerer et *surrogat* for formuegodet under transporten. Det sker i form af fragtpapirer eller koder ("dokumenter"), der giver ihændeoverhaveren ret til at forlange forsendelsen udleveret fra transportøren, se f.eks. CISG art. 58, stk. 1. Ved at få sådanne dokumenter i hænde træder køberen i sælgerens sted i henseende til kravet på formuegodet. Og med denne position kan køberen etablere samme kontrol, risikohåndtering og finansiering vedrørende det solgte formuegode, som hvis det var udleveret med det samme. Sælger vil på sin side ikke slippe denne rådighed uden en sikkerhed for, at købesummen betales.

Remburs

Denne sikkerhed kan etableres ved, at et pengeinstitut på foranledning af køber stiller en garanti (kaldet en remburs) for, at købesummen vil blive betalt, når varen er udleveret (kaldet COD, eller *cash on delivery*-instruktion), eller dokumenterne er afgivet (*CAD – cash against documents*). En remburs er altså en finansiel transaktion, der præsteres af det pengeinstitut, der hermed kommer på banen i overensstemmelse med instruktionerne fra en kunde (ordregiver). Pengeinstituttet forpligter sig til at betale et beløb til en tredjepart (beneficianten) imod dennes fremlæggelse af en nærmere foreskrevet dokumentation, der opfylder de betingelser, ordregiveren har stillet. Den sikkerhed, som remburser skaber for sælgeren, er særligt velegnet i distancehandel, hvor sælgeren er nødt til at stikke sit tag i varen, for at den kan nå frem til køber.

En rembursforretning vil altid blive *åbnet* på begæring af køberen (som dermed optræder i rollen som ordregiver). Køberen retter henvendelse til sin bank, der herefter enten selv, eller via en garanti til en udstedende bank, indestår for, at købesummen betales, når de dokumenter, der repræsenterer retten til varen, er udleveret til den bekræftende bank. Den bekræftende bank vil samtidig (typisk) være sælgers bankforbindelse. Parterne i en remburs bliver dermed på den ene side den udstedende bank og på den anden side sælgeren som den berettigede.

Remburser har været benyttet igennem århundreder. I dag er det primære anvendelsesområde handler med aftaleparter i Mellemøsten, Fjernøsten, Afrika og Sydamerika. Remburser anvendes primært, når parterne ikke kender hinanden godt nok til at kunne disponere uden den sikkerhed for betalingen, som rembursen skaber. Efterhånden som parterne udbygger deres samarbejde, afløses rembursen af andre betalingsformer, herunder efter omstændighederne ved handel på kredit.

Typisk vil remburser blive afgivet på grundlag af de standardvilkår, ICC har udsendt under betegnelsen UCP 600: The ICC Uniform Custom and Practice for Documentary Credits fra 2007. Når en rembursforretning er åbnet på dette grundlag, kan sælgeren dermed oppebære sin betaling, før varen fysisk ankommer på destinationsstedet.

*Anvendelses-
område*

Aftalepraksis

Se nærmere om remburssystemet i UCP 600, *Jan Ramberg* (2011), s. 141 ff., og *Lars Gorton* i SvJT 2003.957 ff. Almindeligvis anvendes uigenkaldelige remburser, som giver sælger et sikkert grundlag for at få købesummen for de afskibede varer. Det er af største vigtighed, at parterne i en sådan betalingstransaktion præcist angiver, *hvilke* dokumenter der vil frigøre rembursen. Valget heraf beror bl.a. på, hvilken Incoterms-klausul parterne har baseret deres transaktion på. Rembursforretningen må holdes helt adskilt fra købsaftalen, så beslutningen om at udbetale ligger hos banken og træffes på grundlag af retsforholdet med denne. I engelsk-amerikansk terminologi betegnes en remburs som et "*standby letter of credit*". I samarbejde med Institute of International Banking Law and Practice har det internationale handelskammer, ICC, herudover udarbejdet et sæt regler for standby remburser, kaldet ISP 98 ("*International Standby Practices*").

Modregning

Betaling kan også præsteres ved *modregning*. Den, der modregner en bestridt modfordring, løber en *standpunktsrisiko*, hvis en manglende betaling af hovedfordringen (i en situation, hvor modregningen viser sig uberettiget) resulterer i kritiske aftaleretlige sanktioner (f.eks. ophævelse). En sådan usikkerhed kan gøre modregningen problematisk. Hertil kommer, at en modregning typisk også påfører den anden part en vis ulempe, fordi den likviditet, der var forudsat ved betalingen af hovedfordringen, udebliver. Se om denne problemstilling *Lars Henrik Gam Madsen: Modregning med uklare krav* (2009). I situationer, hvor en sådan modregning kan bringe aftaleforholdets økonomi i fare, kan der være grund til at *afskære* adgangen til at modregne, enten således at parterne ikke må modregne i visse beløb, eller gennem krav om, at modregning kun kan foretages på grundlag af objektivt dokumenterede eller erkendte krav. I visse transaktioner følger sådanne begrænsninger af sædvaner eller retspraksis. Se til eksempel *U 1978.781 SH* og *U 1986.761 H*, der begge angik modregning i den kontantudbetaling, der var præsteret ved overdragelse af fast ejendom. I andre transaktioner er der praksis for at udvide den legale ret til modregning. Aftaler med pengeinstitutter indeholder typisk vidtgående beføjelser for pengeinstituttet til at modregne låntagerens skyld i andre af dennes tilgodehavender i pengeinstituttet, jf. s. 159.

Betaling i aktierettigheder mv.

Leverandører, rådgivere og visse nøglemedarbejdere, der indgår aftaler med nystartede, men lovende virksomheder, vil ofte se en fordel i at modtage vederlag i form af særlige fordringer, der står i forhold til virksomhedens værdi, eller aktieposter. En sådan vederlæggelse minder i det *ydre* om en byttehandel (derved, at ydelsen “byttes” for aktierne), men i den *indre* værdiansættelse vil den normalt blive udmålt på samme måde som kontantbetalinger. Værdien af aktierne mv. opgøres til præcis det beløb, kreditor skulle have modtaget, hvis han havde krævet et kontant vederlag for sin ydelse. De retlige problemer, der er forbundet med koncipering af aftaler om modtagelse af betaling i aktierettigheder, behandles i *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.5.f.

6.3.b. Vederlagets størrelse og sammensætning*Retsgrundlaget*

Et vederlag kan angives mere eller mindre præcist. Fordi betaling indgår i de fleste gensidigt bebyrdende aftaleforhold, findes der

en solid baggrundsret at falde tilbage på. Derfor behøver man sjældent gå i detaljer med hensyn til, hvordan vederlaget skal erlægges. Aftalen behøver end ikke at fikse vederlagets størrelse. Gør aftalen ikke det, gælder princippet i KBL § 5, hvorefter køberen må betale, hvad sælgeren fordrer, for så vidt det ikke anses for “ubilligt”. Endnu videre går KBL § 6, der i handelskøb knytter den retsvirkning til sælgers fremsendelse af regning (faktura eller nota) til køberen, at manglende indsigelse mod den heri anførte pris resulterer i, at køber skal betale “medmindre lavere pris oplyses at være aftalt, eller regningen er åbenbart urimelig.” Udfyldende regler om beløbets forfaldstid følger af KBL § 12.

Et princip for vederlæggelse kan incitere realdebitor til at være mere eller mindre effektiv med at præstere sin ydelse. En vederlæggelse efter medgået tid og materialeforbrug (såkaldt *time and material*-betaling) vil ikke incitere realdebitor til at være effektiv, men kan indirekte belønne ham for at bruge for megen tid og for mange materialer. Derimod vil et vederlag, der alene kommer til udbetaling, når bestemte mål er nået (og som dermed forudsætter, at ydelsen er aftalt som en *resultatforpligtelse*), incitere realdebitor til at nå disse mål så hurtigt og effektivt som muligt.

Med fast betaling (eng.: *lump sum payment*) forstås en betalingsforpligtelse, der knytter sig til et objektivt konstaterbart forhold. Når dette forhold er realiseret, står betalingspligten fast, uanset hvilken indsats der ligger bag, eller hvilken værdi der er opnået. Fast betaling egner sig navnlig til ydelser, hvis værdi er givet for debitor, og optræder derfor hyppigere i kortvarige end i længere opfyldelsesforløb. Realdebitor bør forlange variabel betaling for sin ydelse, hvis der er en vis risiko for, at den bliver mere byrdefuld at præstere, end han har kalkuleret med.

Når der betales *efter regning*, opgør pengekreditor sit betalingskrav i takt med, at hans ydelser materialiseres. Opgørelsen vil typisk ske, efter at ydelsen er præsteret. Grundlaget for den kan enten være fastsat i aftalen, eller den kan være resultatet af kreditors ensidige bestemmelse, jf. KBL § 5. Et advokathonorar, der fastsættes efter regning, vil f.eks. ofte være baseret på medgået tid, se hertil *Advokatretten* (2005), afsnit 18.2.c. For rådgivende ingeniører er denne praksis fastslået i *ABR 89*, pkt. 3.1.1.3, der i øvrigt tager højde for, hvorledes der betales for anvendt computertid.

*Valg af
betalingsstruktur*

Fast betaling

Efter regning

Pkt. 3.1.1.5 giver regler om fastsættelse af *skønsmæssigt honorar*. Ofte aftales der et loft over den betaling, der fastsættes efter regning, jf. f.eks. *ABR 89* pkt. 3.1.2 om kombinerede former.

Efter mængde

Generisk bestemte ydelser vil ofte blive betalt efter *mængde*, f.eks. ud fra optælling af enheder, efter vejning, eller pr. palle, kasse, bundt etc. Når købesummen beregnes efter vægt, må parterne tage stilling til, om vægten skal beregnes med eller uden *emballage*, sml. om den udfyldende regel herom i KBL § 8. Se ligeledes CISG art. 56, hvorefter prisen – i tvivlstilfælde – beregnes efter nettovægten, når en vare sælges efter vægt. Aftaler om honorering efter regning må endelig tage stilling til, hvilke *udlæg* der betales ud over selve honoraret, jf. nærmere nedenfor under 6.3.d. Også *time and material*-betaling er mængdebetaling. Beregningsgrundlaget vil her som regel være den medgåede tid.

Ratebetaling

Når en ydelse præsteres over et længere tidsrum og resulterer i et arbejdsresultat, vil man ofte tilrettelægge betalingen i rater eller som *a conto*-betaling. Ved *ratebetaling* fordeles en samlet betalingspræstation over flere delpræstationer. Herved kan realkreditor (kunden) finansiere sin investering. I transaktioner om levering af større it-systemer eller kostbart og kompliceret maskineri aftales f.eks. ofte *tre* delbetalinger. Den første tredjedel forfalder til betaling ved aftalens *indgåelse*, den anden (som efter omstændighederne igen kan være opdelt i flere delbetalinger) ved en afgørende *milepæl* midt i forløbet (f.eks. leverandørens aflevering af udstyret eller maskinleverandørens meddelelse om, at materiellet er klart til aflevering, se *NL 92* pkt. 17) og den tredje, når *afleveringsprøven* er gennemført. Der vil ofte være en formodning for, at størrelsen af den enkelte rate korresponderer med det arbejde, der er præsteret på forfaldstidspunktet, jf. *U 2003.377 H*.

A contobetaling

Betaling *a conto* indebærer, at kreditor med passende intervaller modtager *forsku*d på det endelige betalingskrav – typisk i runde beløb. Herigennem kan kreditor finansiere sin leverance, samtidig med at parterne afventer den endelige opgørelse af deres mellemværende. Regler om *acontobetaling* bør tilrettelægges, så der ikke betales større *forsku*d, end der er dækning for i mængden af præsterede ydelser, sml. herved *ABR 89* pkt. 3.4., stk. 2, og mere detaljeret artikel 35 i EUF's almindelige betingelser for kontrakter om tjenesteydelser.

En betalingsforpligtelse kan også gøres præstationsafhængig. Mange *selgere* honoreres således, at en større eller mindre del af deres løn udmåles som *provision* i forhold til gennemført salg. Ligeledes modtager direktører og særligt betroede medarbejdere ofte en incitamentsbaseret aflønning, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.d. (om aktieløn), 4.2.g. (om vederlaget i ansættelsesaftaler) og 4.4.d. (om vederlaget i direktøraftaler).

Provision mv.

Tidsbegrænsede licensaftaler vederlægges normalt med en procentuel *royalty*, dvs. en afgift for at anvende de immaterialrettigheder, licensaftalen overdrager. Denne afgift beregnes herefter som en andel af den licenserede omsætning. Historisk kan betegnelsen “royalty” føres tilbage til tidlig engelsk *copyright*, hvor retten til at give tilladelse til at trykke oplag af litterære værker mv., tilkom kongen, der gerne valgte at anvende denne position som beskatningsgrundlag. Royalty blev dermed betegnelsen for denne betaling til rettighedshaveren (kongen).

Royalty

Præstationsafhængige betalinger kan baseres på brutto- eller nettobetragtninger.

Brutto eller netto?

Bruttoberegninger tager udgangspunkt i tal, der manifesterer sig i den ydre verden, typisk som en købesum eller en faktureret omsætning. Her er det almindeligvis kun relevant at skulle fradrage eventuelle afgiftsbeløb for at nå frem til beregningsgrundlaget. Fordelen ligger i denne enkelhed.

Nettoberegninger fremkommer, *efter* at der er sket fradrag af visse omkostninger. Derfor afslører denne beregningsform virksomhedens måde at tage risici på, hvilket nødvendiggør en åbenhed, som i sig selv kan være et argument imod den. Et andet modargument ligger i de vanskeligheder, der kan være forbundet med at skulle tage stilling til, *hvad* der skal trækkes fra for at nå nettotallet: Skal også faste omkostninger fradrages, og i så fald med hvilken andel? Vanskelighederne herved taler for kun at anvende nettoberegning i transaktioner, der forventes at realisere overskud efter en beregning, som begge parter har kendskab til, og som kan opgøres efter forholdsvis enkle regler. Dette er f.eks. tilfældet ved *tantiemebetaling*, hvor parterne ofte vil præcisere grundlaget for overskudsberegningen, f.eks. ved at fiksere de *fradrag*, der skal foretages for realisation af anlægsaktiver og utedkommende indtægter, ved at regulere for *værdiforskydninger* som følge af ændrede vurderingsprincipper eller udskudte skatter,

og ved at indarbejde en skønnet *intern forrentning* af kapitalen. Disse spørgsmål opstår ofte i direktøraftaler med bonusvilkår, se nærmere *Jørgen Boe m.fl.* (2012), s. 165 ff.

Tillæg til
betalingen

Principielt adskilt fra pligten til at betale vederlag er pligten til at udrede de tillæg, som ifølge *lovgivningen* (typisk i form af særlige afgifter mv.) eller *aftalen* (f.eks. forsikringsydelse, transportomkostninger, lokaleindretning og kabelføring) skal afholdes i tillæg til vederlaget. Det er vigtigt at tage stilling til, hvem af parterne der hæfter for disse beløb, enten ved udtrykkelige vilkår i aftalen eller ved brug af Incoterms. Hver branche har sin praksis for, hvilke beløb der skal indgå i selve betalingen, eller – som det også hedder – “betales i eller uden for købesummen”. Incoterms-klausulerne tager f.eks. stilling til, hvem der skal afholde udgifterne til forsendelse, forsikring, toldklarering mv.

Earn out

I transaktioner, hvor der kan herske usikkerhed om værdien af en ydelse (og herunder navnlig af dennes indtjeningspotentiale), aftales det undertiden, at køberen skal betale en forhøjet købesum, hvis ydelsen viser sig mere profitabel end forudsat. Sådanne vilkår kan f.eks. indbygges i aftaler om virksomheds-overdragelse, hvor man gennem klausuler om såkaldt *earn out* (se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.a.) fikserer købesummen endeligt på grundlag af de resultater, virksomheden præsterer efter overtagelsen. Et andet eksempel er aftaler, der baserer vederlaget for et patent på de licensindtægter mv., der realiseres. Det kan være vanskeligt at overskue de økonomiske konsekvenser af sådanne aftaler, jf. dommen i *U 2002.1224 H* om kompositionen *Tango Jalousie*. I erhvervsforhold er udgangspunktet også her, at parterne er bundet af deres dispositioner, men som denne dom viser, er det ikke udelukket, at domstolene vil bringe AFTL § 36 i anvendelse for at modificere helt uforudsete konsekvenser af sådanne aftaler.

Periodisering

Når en betaling har grundlag i et forbrug eller en beregning, der finder sted over en vis periode, må der fastlægges en periodisering, dvs. vælges et tidsrum, der lægges til grund for beregningen. Tidsrummet kan være et regnskabsår, et kvartal eller en nærmere fikseret periode. Ud over at fastslå denne beregningsperiode bør parterne afklare deres retsstilling, når aftaleforholdet ophører i den.

Lovgivningen har på enkelte områder søgt at foregribe en sådan uklarhed, f.eks. i funktionærlovens § 17a, der handler om tilfælde, hvor en funktionær, der ifølge aftale eller sædvane delvis vederlægges med tantieme, gratiale eller lignende ydelser i et løbende regnskabsår, fratræder sin stilling. Bestemmelsen fastslår, at der da tilkommer funktionæren “en i forhold til hans ansættelsestid i regnskabsåret afpasset andel af den ydelse, han ville have fået udbetalt, dersom han havde været ansat i virksomheden ved regnskabsårets afslutning eller på det tidspunkt, ydelserne i øvrigt udbetales.” Bestemmelsen giver bl.a. anledning til usikkerhed, når det er aftalt, at funktionæren modtager vederlag i aktierettigheder, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.d. og *Morten Langer & Nicole Offendal: Incentives og bonusordninger*, 2. udg. (2015), s. 47 ff.

En særlig rolle spiller de *offentlige afgifter*, der knytter sig til transaktionen. Af disse afgifter er merværdiafgiften (moms) den praktisk væsentligste. Ved erhvervsmæssigt udbud af varer til forbrugere skal der ifølge MFL § 13, stk. 1, “tydeligt oplyses om den samlede pris for varen inklusive gebyrer, omkostninger, moms og alle andre afgifter”. I erhvervsforhold gælder denne regel imidlertid ikke, og spørgsmålet må da løses ud fra en fortolkning, der tager højde for rådende sædvaner og typeforudsætninger. Her er det almindeligt at angive priser uden tillæg af moms. I de fleste brancher er de erhvervsdrivende virksomheder momspligtige. Den moms, den momspligtige betaler til sine leverandører, refunderes derfor i den moms, der opkræves hos kunderne. Spørgsmålet kan imidlertid give anledning til tvivl over for aftaleparter, der ikke er momspligtige, f.eks. virksomheder inden for den finansielle sektor.

Moms

Se herved *U 1984.702 Ø* om en dagbudsbestemmelse og i overensstemmelse hermed *AB 92 § 1, stk. 4*. Spørgsmålet beror almindeligvis på, hvilke sædvaner der råder på området, jf. udtrykkeligt *U 1982.1195 Ø* om opsætning af en håndvask i en restauration. I *U 1970.536 V* fandtes en salgspris på entreprenørmaskiner ikke at indbefatte merværdiafgift; begge parter var momspligtige. *U 1983.206 V* angik opgørelsen af parternes retsforhold efter tilbagetagelsen af et lastvognstog. Dommen ville ikke indkalkulere de merværdiafgiftsmæssige virkninger, idet den lagde vægt på, at køberen som erhvervsdrivende selv burde have været bekendt med de momsmæssige virkninger af salget. Se ligeledes *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 151, og *Gjedde-Nielsen & Hansen* (2013), s. 99 f.

*Transaktions-
gebyrer*

I visse transaktioner pålægger lovgivningen afgifter og gebyrer, som skal udredes i forbindelse med, at et dokument udfærdiges eller tinglyses mv. Det praktisk vigtigste eksempel herpå er den afgift, der betales ved tinglysning af dokumenter. Ifølge § 16 i tinglysningsafgiftslovens indtræder denne afgiftspligt ved dokumentets anmeldelse til tinglysning og angiver således ikke nogen hæftende part. Et andet eksempel er den afgift på skadesforsikringer, der er indført ved lov nr. 551 af 18. juni 2012.

*Handels-
omkostninger*

Aftaleforhandling og -indgåelse kan være forbundet med talrige udgifter, f.eks. til tekniske, markeds-mæssige og økonomiske undersøgelser, mødefaciliteter, rejseudgifter, samt omkostninger til juridisk, regnskabsmæssig og anden bistand. Nogle af disse omkostninger – f.eks. udgifter til egen rådgiver – vil den enkelte part selv skulle bære. Andre (f.eks. udgifter til undersøgelser iværksat i fællesskab samt omkostninger til mødefaciliteter mv.) vil skulle fordeles mellem parterne. I visse transaktioner hersker der indarbejdede sædvaner for, hvorledes en sådan omkostningsfordeling skal ske. For aftaler om fast ejendom herskede der tidligere særlige sædvaner om fordelingen af handelsomkostningerne henholdsvis vest og øst for Storebælt, se hertil *A. Vinding Kruse* (1992), s. 55. Disse sædvaner er nu afskaffet samtidigt med ordningen med faste advokatsalærer for berigtigelse af ejendoms-handler, se *Finn Træff* (2011), s. 225. Ifølge *AB 92* § 4, stk. 2, påhviler eventuel stempelpligt bygherren. Tilsvarende *ABR 89* pkt. 3.3.1.

6.3.c. Variabel betaling mv.

Problemstilling

I visse aftaleforhold justeres vederlaget i takt med ændringer i retlige eller faktiske forhold. Uden en sådan aftale kan et aftalt vederlag kun ændres, hvis der er hjemmel i lovgivningen (baggrundsretten), eller hvis aftalen kan *anfægtes* efter aftaleretlige regler om forudsætningssvigt eller *cændres* i medfør af AFTL § 36. Ofte aftales betalingstilpasning i det omfang, der pålægges nye eller forøgede afgifter til det offentlige – herunder transport-, terminal- eller afgifter til havnemyndigheder – som er en direkte følge af den aftalte levering. Almindelige omkostningsforøgelser, som f.eks. skyldes prisstigninger, er derimod som udgangspunkt sælgers risiko, jf. eksempelvis pkt. 8.3. i det Modelforslag til Almindelige Salgs- og Leveringsbetingelser i

Internationale Løsørekøb, der er trykt i Juridisk Formularbog (2004), s. 767 ff.

Vilkår om variabel betaling kan udformes forskelligt. De kan enten *på forhånd* gøre op med, hvilke ændrede betalingsprincipper der senere skal gælde (f.eks. således at en vederlagsberegning skal baseres på overskud og ikke på omsætning). Eller de kan lade vederlagets endelige størrelse bero på forhold i den *ydre verden* (f.eks. udviklingen i et kendt indeks). I særlige tilfælde kan man henskyde den endelige fastsættelse til en beregning af et endeligt konstateret *omfang* og *kvalitet* af ydelsen. Sådanne aftaler indgås f.eks. i relation til ændringsordrer, se hertil afsnit 7.5.b.

Kriterier

I længerevarende aftaleforhold, hvor den ene part skal præstere en løbende betaling til den anden, f.eks. til gengæld for sin benyttelse af en fast ejendom, aftales det undertiden på forhånd, at der på bestemte senere tidspunkter skal ske en forhøjet betaling med på forhånd *fastlagte beløb*. Der dannes dermed en “trappe”, hvis forskellige trin parterne på forhånd kan overskue. En enkel løsning består i at angive de *beløb*, lejen senere skal udgøre. En anden mulighed er at aftale forhøjelser, der indtræder med en *procentdel* pr. år – i lejeforhold f.eks. mellem 2 og 6 %, jf. *Gangsted-Rasmussen* (2015), s. 149. Aftaler om trappeleje omhandles i lejelovens § 53, stk. 2, 2. pkt., der giver mulighed for at aftale forhøjelser “med bestemte beløb til bestemte tidspunkter”. Det kræves ikke, at de beløb, lejen skal stige *med*, udtrykkeligt er angivet, jf. *U 2003.714V. U 2010.2183 H* opetholdt en lejeregulering i et boliglejemål (aftalt i medfør af den særlige regel i boligreguleringslovens § 15a, stk. 1), der ud over trappelejen gav udlejeren ret til lejeforhøjelser efter udviklingen i nettoprisindekset.

Trappebetaling

En anden mulighed er at aftale *variabel betaling*, dvs. at vederlaget beror på en senere konstateret mængde og kvalitet. Vilkår herom må være præcise med hensyn til, hvordan denne mængde og kvalitet konstateres. I virksomhedsoverdragelser betaler køberen f.eks. typisk kun for varelageret (og herunder kun for kurrante varer) efter den optælling og værdiansættelse, der konstateres på overtagelsesdagen. Ved løbende leverancer eller i transaktioner, hvor der ikke på forhånd er overblik over den præcise *sammensætning* af leverancen, vil betalingen hensigtsmæs-

Variabel betaling

sigt kunne knyttes til de leverede enheder, hvad enten der er tale om genstande (*unit prices*) eller timepriser (*rates*). Skal prisen for en fungibel ydelse (f.eks. bulkvarer) beregnes efter varens *vægt*, opstiller KBL § 8 den udfyldende regel, at indpakningens vægt (taravægten) fradrages.

Maksimering

Aftaler om variabel betaling rummer en generel risiko for, at betalingskravet overskrider debtors budget. Derfor kan det være nødvendigt at *maksimere* den prisstigning, den variable betaling ellers ville udløse. Da kreditor herved risikerer at få et mindre vederlag, end markedsforholdene ville have sikret ham under en fri forhandling på reguleringstidspunktet, bør man kun maksimere på grundlag af en omhyggelig overvejelse af, hvor sandsynligt det vil være, at priserne stiger og overstiger maksimum. En anden variant er at indbygge et krav om *genforhandling*, hvis man når et maksimum, se hertil *Askheim m.fl.* (1983), s. 353 ff. I så fald vil parterne på forhandlingstidspunktet kunne nærme sig markedsløjen. Se om genforhandling afsnit 7.5.c.

Betalings-tilpasning

Vilkår om betalingstilpasning (eng.: *price adjustment*) tillader en ændring af vederlaget i situationer, hvor parternes forudsætninger for en oprindelig værdifastsættelse ændrer sig. Grundlaget for en pristilpasning vil normalt være udsving i markedspriser eller ændrede skatte- og afgiftsforhold. Vilkåret vil herefter indarbejde et alternativt princip for vederlæggelsen, når de relevante scenarier realiseres. Sådanne vilkår bør navnlig overvejes, når ydelsen skal præsteres løbende eller i en langstrakt opfyldelsesproces. Opererer parterne med en kortere tidshorisont, har de bedre muligheder for at forudse og indkalkulere sådanne markedsrisici mv.

Det centrale, og udfordrende, punkt i en betalingstilpasningsklausul er det princip for værdiansættelsen, der skal træde i stedet for det oprindeligt aftalte. Her kan det være nødvendigt at gå matematisk til værks for at få en tilstrækkeligt afbalanceret tilpasning af vederlaget. ORGALIME's vejledning om *Contract price adjustment* (1985) indeholder et udvalg af tilpasningsklausuler. Nogle af disse klausuler tager sigte på *mindre* prisudsving. Hvis der pludselig opstår *større beløbsudsving*, er den slags klausuler ikke nødvendigvis hensigtsmæssige. Måske betyder de nye værdiforhold, at aftalen er blevet helt uinteressant for den ene part. Med sigte på den slags situationer kan det være

relevant at pålægge parterne en pligt til at *genforhandle* aftalens prismekanisme, så den stemmer med deres økonomiske forudsætninger – eventuelt således, at en manglende enighed om en ny prismekanisme åbner mulighed for sanktionsfri opsigelse med kort varsel.

Domstolene har vist sig imødekommende over for kreative udfyldninger af aftaler om betalingsjustering. I *U 1977.641 H* udfyldte Højesteret en aftale om indeksering i en situation, hvor det aftalte indeks af uforudsete grunde (Yom Kippur-krigen i 1973) midlertidigt var ophørt. *U 1970.389 V* fortolkede et sæt licitationsbetingelser, der afskar prisstigninger efter den for arbejdets udførelse fastsatte frist således, at det ikke omfattede prisstigninger inden denne frist. Anledningen til at udfolde denne form for udfyldning er ikke blevet mindre, efter at AFTL § 36 nu også giver hjemmel til at ændre urimelige aftaler.

Betalingstilpasning kan for det første ske ved *indeksering*. Ikke kun en inflatorisk prisudvikling, men også udsving i valutakurser eller lønniveau kan begrunde indeksering. *Gangsted-Rasmussen* (2015), s. 128, angiver følgende eksempel på en indekseringsregel i en lejeaftale:

Indeksering

“Udlejer kan kræve regulering af den til enhver tid gældende årsleje beregnet på grundlag af den senest forud for kravets fremsættelse forfaldne leje ekskl. lejers betaling for varme og vand (A). Der pristalsreguleres første gang med virkning fra ... Reguleringen sker på grundlag af nettoprisindekset for juli måned forud for kravets fremsættelse (B) sammenholdt med nettoprisindekset for juli måned forud for den senest foretagne pristalsregulering (C). Ved første pristalsregulering fastsættes C til nettoprisindekset for juli kvartal ... (år).

Ved pristalsregulering beregnes den nye leje som følger:

$$A \times B/C = \text{ny leje}$$

Den årlige lejeregulering udgør dog mindst 3 % af foregående års leje fastsat som ovenfor anført.”

Indekseringsregler bør baseres på et kendt indeks. I Danmark udsender *Danmarks Statistik* et væld af forskellige indekser, se www.danmarksstatistik.dk. Udviklingen inden for særlige vare-

Indekseringsgrundlaget

grupper kan endvidere aflæses i de indekser, der publiceres af fonds- eller varebørser og hertil knyttede rådgivende organer. Parterne bør vælge et indeks, hvis udsving modsvarer de økonomiske overvejelser, de lagde til grund for transaktionen. Dette kan i sig selv være en vanskelig opgave. Kun få markeder er så snævert afgrænsede, at deres prisudvikling følger et kendt indeks. I mange tilfælde må parterne udfolde matematiske anstrengelser for at kombinere forskellige indekser med hinanden.

Periodisering

Baseres betalingstilpasningen på et indeks, må aftalen angive et *periodiseringsgrundlag*: Parterne må tage stilling til, hvilket tidspunkt betalingstilpasningen skal indtræde fra, og hvilke udsving i det anvendte indeks der skal begrunde en tilpasning. Mange virksomheder indkøber komponenter og råvarer i større portioner, der herefter lægges på lager. Meningen hermed er ikke at spekulere i prisændringer men at nedbringe transaktionsomkostningerne ved hvert enkelt salg. Men da priserne kan ændre sig, kan det være vanskeligt at fastslå et rammende periodiseringsgrundlag. Forbrugstidspunktets priser er én mulighed, næste "storindkøb" en anden. En tredje mulighed – som foreslået i ORGALIME's vejledning om *Contract price adjustment* (1985), s. 12 – kan bestå i at knytte periodiseringsgrundlaget til en periode – f.eks. et antal måneder – der ligger før leverings- og betalingstidspunktet.

Efter lønudgift

En særlig form for betalingstilpasning går ud på, at vederlaget beregnes på grundlag af en lønudgift. Denne løsning ligger navnlig for, hvis transaktionen er afhængig af overenskomstreguleret *arbejdskraft*, hvis opfyldelsen strækker sig over en længere *periode*, og hvis lønsummen udgør en *væsentlig del* af den samlede investering i transaktionen. I en sådan situation vil det være rimeligt at lade ændringer i de lønsatser, der gælder i henhold til de relevante kollektive overenskomster, slå igennem med tilsvarende ændringer i vederlaget. En sådan ændringsklausul bør præcisere, hvilke dele af aftalen der skal reguleres, og hvordan. Se f.eks. AB 92 § 22, stk. 6, hvor reguleringen sker i forbindelse med betalingen for de dele af arbejdet, der berøres af ændringen. Reguleringen sker på grundlag af entreprenørens dokumenterede opgørelse.

Underleverandørpriser

Præsteres ydelsen på grundlag af en underleverance, kan debitor have interesse i at tilpasse sit vederlag efter udviklingen i

underleverandørens priser. En sådan tilpasning er vanskelig at håndtere, hvis ikke der foreligger offentligt kendte prislister mv., eller hvis underleverandøren ikke er kendt. I så fald må kunden enten forlade sig på leverandørens oplysninger om underleverandørpriserne, eller også må aftalen have kontrolmekanismer, der sikrer kunden, at leverandørens oplysninger er korrekte, se her til afsnit 6.6.b.

6.3.d. Refusion og udlæg

I mange transaktioner kender parterne ikke det nøjagtige omfang af ydelsen på aftaletidspunktet. Dette er f.eks. situationen, hvis køber i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse skal overtage et *varelager*, eller hvis køberen af en fast ejendom overtager en *oliebeholdning*. Aftalen bør da tage stilling til, hvordan det endelige regnestykke gøres op, enten ved optælling og afregning eller ved refusion. I begge tilfælde er formålet, at det solgte rent faktisk overtages i den stand og til den værdi, der var forudsat af parterne.

Parterne vil ofte aftale, at de på et nærmere bestemt skærings-tidspunkt vil foretage en optælling for at konstatere, hvilke be- holdninger der er til stede. På grundlag af denne optælling tilpas- ses det samlede vederlag herefter. Da størrelsen af disse værdier kan forrykke det økonomiske grundlag for transaktionen (og navnlig påvirke køberens mulighed for at finansiere den), fastsæt- ter man ofte et maksimumbeløb for, hvor mange værdier der skal overtages.

Optælling

Refusion taler man om, når parterne med udgangspunkt i en skæringsdag (og i visse tilfælde flere) foretager en periodisering af de udgifter og indtægter, der påhviler eller tilflyder det solgte aktiv i perioden omkring en overtagelsesdag. Løbende betalinger (renter, bidrag, forbrugsafgifter mv.) sker normalt for bestemte perioder. Har sælgeren f.eks. betalt et beløb, der dækker en tre- månedersperiode – én måned før overtagelsesdagen og to må- neder efter – skal han have “refunderet” to tredjedele (to ud af tre måneder) af dette beløb fra køberen. Vil køberen blive præ- senteret for et krav, der delvis dækker sælgeres ejerperiode, skal en forholdsmæssig andel af dette beløb omvendt refunderes af sælger. En god gennemgang af refusionsopgørelsens problemer findes hos *Jybæk & Rohrsted* (1993).

Refusion

Selv om det ikke er sædvanligt at indgå detaljerede aftaler om refusion, bør parterne gøre det i relation til visse typer af udgifter. Det gælder navnlig, når der er tvivl om, hvorvidt en udgift har éngangskaraktér, eller om den modsvarer et løbende forbrug. Eksempler herpå er udgifter til regelmæssige vedligeholdelsesarbejder (f.eks. skorstensfejnning ved aftaler om overdragelse af fast ejendom) samt forudsigelige éngangsbidrag (f.eks. jubilæumsgratualer ved virksomhedsoverdragelser).

Udlæg

Godtgørelse for udlæg (eng.: *reimbursement*) tilbagefører en betaling, som B har foretaget (“lagt ud”) på A’s vegne. Det er væsentligt at fastlægge grænsen mellem udlæg og det, der ofte betegnes som *overhead*, dvs. de variable driftsudgifter, aftaleparten selv forventes at afholde. Ligeledes kan afgrænsningsproblemer opstå, hvis en part har lagt beløb ud i forbindelse med et samlet indkøb, der har resulteret i et lager med varer indkøbt til *vekslende priser*. I visse aftaler er der praksis for at løse denne afgrænsning ved at vedtage et fast overheadbeløb, der under ét kompenserer for udgifter og udlæg mv. Fordelen herved er dels retsteknisk (man slipper for afgrænsningsproblemer), dels inciterer ordningen til besparelser.

ABR 89 indeholder i pkt. 3.2. regler for rådgiverens udlæg. Bestemmelsen definerer, hvilke beløbsposter der kan betragtes som udlæg, f.eks. kørsels- og rejseomkostninger, udgifter til udstationering af personale, reproduktions- og forsendelsesudgifter og udgifter til specialkonsulenter, der engageres efter aftale med klienten. Regler om godtgørelse for udlæg må fastslå, hvornår godtgørelsen skal betales. Ifølge *ABR 89* pkt. 3.4, stk. 4, skal det ske “månedsvis bagud.”

6.3.e. Betalingstid og -sted

Tiden

En betalingspligt bør præcisere en forfaldstid. Praktiske grunde kan gøre, at betaling ikke kan ske samtidigt med, at realydelsen præsteres. Måske kender man ikke det specifikke leveringstidspunkt, eller andre forhold – f.eks. at parterne løbende gennemfører et stort antal transaktioner – gør det upraktisk at oprettholde et samtidighedsprincip. En part kan også have behov for at *finansiere* sin opfyldelse. Derfor indrømmes debitor ofte en frist for betaling, i almindelige samhandelsforhold, f.eks. 30 dage

efter levering og afsendelse af faktura (se f.eks. *NLS* 95 pkt. 9, stk. 1).

Ofte vil debitor stille krav om, at kreditor præsenterer ham for et betalingsgrundlag i form af en *faktura*. Uden sådan aftale kan debitor ikke betinge sin betalingspligt af en udstedt faktura, jf. *TBB 2013.46 ØLK*. Visse aftaler tager udtrykkeligt stilling til, hvordan betalingskravet skal specificeres heri. Som almindelig regel bør fakturaen afspejle de aftalevilkår, der hjemler betalingskravet. Er det notorisk, hvordan kravet opgøres (f.eks. fordi aftalen kun opererer med én betaling til én pris), behøver fakturaen strengt taget kun angive det leveredes art og mængde. Kan der rejses tvivl om betalingskravet, bør fakturaen angive de oplysninger, der sætter debitor i stand til at vurdere kravets berettigelse.

Fakturering

Om stedet for betaling er den deklaratoriske regel, at “penge-skyld er bringeskyld”, se nærmere *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 3.3.c. Baggrunden for denne regel er bl.a., at pengeydelse kan præsteres på utallige måder og typisk kan formidles pladsafhængigt. Derfor er det ikke nogen overvældende byrde at pålægge pengedebitor at præstere betaling hos kreditor. Ifølge § 25 i kreditaftaleloven, § 42a i tinglysningsloven og ifølge flere lejeretlige regler anses en indbetaling, der sker til et pengeinstitut her i riget, bortset fra Grønland, til befordring til betalingsstedet for rettidig, når den sker inden for den betalingsfrist, der gælder efter kreditaftalen. Bestemmelsen er formentlig udtryk for et almindeligt princip. Se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, s. 123. Ligesom kreditor kan overføre sit krav til tredjemand, kan kreditor ensidigt meddele debitor et andet betalingssted, såfremt betaling her kan gennemføres uden ulempe. Dette princip er udtrykkeligt fastsat i lejelovens § 32. Efterlader en sådan meddelelse uklarheder, kan kreditor miste retten til ophævelse ved en betalingsforsinkelse, der har hensat debitor i undskyldelig uvidenhed om betalingsstedet, se *U 2014.2302 HK*.

Betalingsstedet

Moderne betalingsformer involverer som regel en tredjepart som betalingsformidler. Dette er f.eks. tilfældet, når betaling sker ved kontooverførsler. Også ved modregning eller ved tredjemands overtagelse af gældsposter er der en tredjepart inde i billedet. I disse tilfælde kan der opstå tvivl om, hvornår en betaling, som er modtaget af tredjeparten (betalingsformidleren), også anses

*Betalings-
tidspunktet*

for præsteret i forholdet mellem kreditor og debitor. Der kan vælges en mangfoldighed af *betalingstidspunkter*, der knytter an til tredjeparten:

Én mulighed er at vælge det tidspunkt, hvor debitors konto *debiteres*. En anden mulighed er at angive det tidspunkt, hvor kreditors konto *krediteres* (hvilket formentlig vil være den almindelige regel, eftersom kreditor jo får glæde af beløbet på dette tidspunkt). En tredje mulighed er at knytte betalingen til det tidspunkt, hvor kreditor *modtager check*, anvisningspapir eller andet negotiabelt dokument, som der er dækning for, og som lyder på det skyldige beløb. En fjerde mulighed er at vælge det tidspunkt, hvor kreditor har mulighed for at *disponere over* beløbet.

Pengeinstitutter

Når betalingen involverer en udbyder af betalingstjenester (herunder et pengeinstitut), opstiller lov om betalingstjenester et kompliceret regelsæt, der bestemmer, hvornår betalingen skal være – og er – gennemført. Ifølge § 71, stk. 1, anses en *betalingsordre* for *modtaget* på den arbejdsdag, hvor betalerens udbyder modtager den (betalingsudbyderen kan dog bestemme, at betalingsordrer, som modtages tæt på slutningen af en arbejdsdag, skal anses for at være modtaget den følgende arbejdsdag). Ifølge § 75 skal *betalerens* udbyder i mangel af aftale (stk. 2) sikre, at beløbet *krediteres* betalingsmodtagerens udbyders konto senest *ved afslutningen af den førstkommende arbejdsdag* efter dette modtagelsestidspunkt. For papirbaserede betalingstransaktioner kan denne frist forlænges med endnu en arbejdsdag. Videre følger det af § 76, stk. 1, at valørdatoen for kreditering af *betalingstagerens* betalingskonto ikke må ligge senere end den arbejdsdag, hvor betalingsmodtagerens udbyder modtager betalingstransaktionen. Ifølge § 76, stk. 2, må betalingsmodtageren have *adgang* til beløbet umiddelbart efter, at en betalingstransaktion er krediteret betalingsmodtagerens udbyders konto. Se (kritisk) om disse regler *Michael Camphausen* i U 2009B, s. 233 ff.

6.3.f. Betalingens retsvirkning

Udgangspunktet

Skal der betales forskellige typer af beløb, der f.eks. i henseende til sikkerhedsstillelse eller konkursorden håndteres forskelligt, bør aftalen tage stilling til, hvilke poster en betaling må antages at dække først. Er der flere fordringer, og har aftalen ikke taget stilling, har debitor ret til at tilkendegive, hvilken blandt flere

fordringer det betalte beløb skal dække, se herved *Gomard* (2009), s. 182, og *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 3.3.f. Har debitor ikke tilkendegivet et sådant ønske, kan kreditor foretage valget.

Der er navnlig behov for sådanne vedtagelser i transaktioner, der involverer betalinger med forskellig status i konkursordenen, f.eks. i forholdet mellem en grossist og en købmand, der indkøber varer belagt med afgift, som leverandørerne har fortrinsret til, jf. konkurslovens § 96, stk. 2 (særlige forbrugsafgifter, vin, frugtvin, øl mv.), og som i afgiftsberigtiget stand er leveret skyldneren til videresalg inden for et tidsrum af 12 måneder før fristdagen. Retspraksis er ikke helt klar med hensyn til, hvilken del af et samlet tilgodehavende der repræsenterer denne fortrinsret, se hertil *U 1975.611 SH*, der antog, at betalingen angik den ældste del med den virkning, at senere påløbne renter måtte anses som efterstillede krav, men heroverfor *U 1989.899 SH*, der antog at provenuet ved salg til sikring af et tilgodehavende primært anvendtes til at dække efterstillede fordringer.

Konkursordenen

6.4. Garanti og sikkerhedsstillelse

6.4.a. Karakteristik

I en meget bred betydning kan begrebet garanti forstås som et løfte, hvorved en part pålægger sig en objektiv erstatningsforpligtelse eller en særlig aftaleretligt funderet risiko (jf. om dette begreb s. 292) for et faktisk eller retligt forhold. Som andre af aftalens retsregler indeholder garantien en retsfølge og et retsfaktum. En garanti må således tage stilling til, *hvem* der garanterer (garanten) over for *hvem* (beneficianten), for *hvad* og for *hvor meget*. Samtidig må garantien fikserer betingelserne for, at den frigives.

Begreb

Typisk vil garantiens *retsfølge* være *betaling* af et pengebeløb. Det kan også forekomme, at garantien giver den begunstigede ret til ansvarsfrit at blive frigjort fra kontrakten. Der er heller intet til hinder for at "garantere" med en særlig genstand eller et betalingssurrogat (f.eks. et fondsaktiv). Et sådant løfte handler om at stille sikkerhed (*sikkerhedsstillelse*).

Retsfølge

Retsfaktum for garantien kan være forhold af enhver art, f.eks. af økonomisk, faktisk, retlig, materiel eller immaterialretlig ka-

Retsfaktum

rakter. Som hermed antyd det beror ordets nærmere betydning på den anvendte *sammenhæng*, herunder hvilke *parter* der garanterer hvad.

*Fritstående
garantier*

En aftale, hvis eneste formål er at garantere noget mod vederlag, kaldes en garantiaftale. Den materielle yder benævnes da *garant* og modtageren *beneficiant* eller blot “den begunstigede”. Når en garanti ikke hænger sammen med andre hovedforpligtelser, kaldes den *fritstående*. Garanten er her typisk en professionel part, der afgiver garantien efter en forsikrings- eller kreditmæssig vurdering af risikoen herved.

Partsgarantier

Andre garantier (de såkaldte *partsgarantier*) fremstår som et løfte blandt flere fra den forpligtede til den berettigede i et aftaleforhold. Se hertil afsnit 6.4.b.

*Tredjemands-
garantier*

En part i et aftaleforhold kan have interesse i, at en garanti ikke afgives af medkontrahenten, men af en tredjemand. I så fald foreligger en *tredjemandsgaranti*. En tredjemandsgaranti kan blive præsteret som et tillæg til rekvirentens ydelse. Garantien vil da blive udfærdiget som et *garantidokument*, der udleveres til rekvirenten, og derfra til beneficianten, som manifestation for, at garantiforpligtelsen er etableret. Udstederen vil ofte være et pengeinstitut (i hvilke tilfælde man generelt taler om *bankgarantier* eller *pengeinstitutgarantier*). Tredjemandsgarantier benyttes f.eks. i internationale transaktioner, hvor den forpligtede befinder sig så langt fra stedet for præstationshandlingen, at det vil være prohibitivt omkostningskrævende at sagsøge ham dér. Se hertil afsnit 6.4.c.

Koncipering

Garantier kan være omfattende dokumenter, men behøver ikke være det. Den, der *endosserer* en check, optræder herved som garant for checkbeløbet, jf. checklovens § 18. Den sælger, der “*indestår for*”, at en egenskab ved det solgte er til stede, påtager sig hermed et objektivt erstatningsansvar for, at dette er tilfældet. Garantier har dog visse typiske fællestræk: De er typisk *tidsbegrænsede*, og inden for denne periode også *uigenkaldelige*. En garanti kan som ethvert andet løfte være *betinget* eller ubetinget.

6.4.b. Partsgarantier

Formål

Partsgarantier indgår i talrige transaktioner, f.eks. om køb, leje, leasing og licens. De sikrer kreditor at blive stillet, som han ifølge aftalen har krav på, uanset om der i øvrigt er grundlag for at

gøre debitor ansvarlig herfor efter almindelige regler (herunder culpareglen). I *køb* garanterer sælgeren ofte, at det solgte har visse egenskaber. I *licensaftaler* er det sædvanligt, at licensgiveren indestår for, at immaterialretten består. Tilsvarende indeståelser kan også forekomme i transaktioner, hvor den ene part ikke ønsker at bære risikoen for uventede offentligretlige krav eller udgifter mv. Da garantiens beskrivelse imidlertid indvirker på mangelsbedømmelsen, må det nøje afklares, hvilke egenskaber der garanteres for (retsfaktum) og retsvirkningerne heraf (retsfølgen).

Blandt de elementer af retsfaktum, som en partsgaranti bør tage stilling til, er for det første de aspekter af ydelsen, der garanteres for. Denne konciperingsopgave rummer samme problemstilling som koncipering af den primære ydelse, se hertil afsnittene 6.1.-6.3. Som påpeget af *Dahl & Møgelvang-Hansen* (1985), s. 58 ff., kan man sondre mellem egenskabs- og funktionsgarantier.

En funktionsgaranti tilsikrer, at ydelsen ved normal anvendelse kan fungere gennem hele garantiperioden. Tanken er, at ydelsen skal indgå i et veldefineret samspil, hvor den skal præstere en funktion. En motor garanteres f.eks. at have en bestemt ydeevne (målt i hestekræfter), eller en ledningsforbindelse garanteres at kunne transmittere en bestemt mængde energi. Se som eksempel *U 2011.3342 H*, hvor sælgeren af en beboelsesejendom havde garanteret for nogle VVS-arbejders lovlighed

I en egenskabsgaranti indestår garanten for, at ydelsen havde en bestemt *kvalitet* på tidspunktet for risikoens overgang. En sådan beskrivelse vil ofte tage udgangspunkt i en idealsituation. Denne idealsituation vil ikke altid foreligge. Som anført af *Lego Andersen* (2002), s. 51, kan det derfor være relevant, at garanten giver beneficianten enhver oplysning, der aktuelt eller potentielt kan fravige dette idealbillede (såkaldt *disclosure*). Mere omfattende oplysninger af denne karakter kan hensigtsmæssigt optages i et særligt bilag (*disclosure letter*), som modificerer de afgivne garantier.

I en virksomhedsoverdragelse vil de egenskaber, der typisk garanteres for, være, at årsregnskabet giver et retvisende billede af virksomhedens drift i regnskabsperioden, at virksomheden siden seneste årsregnskab

1. *Retsfaktum*

Funktions-
garanti

Egenskabs-
garantier

er drevet på det hidtidige forretningsgrundlag, og at der kun er indgået aftaler eller truffet dispositioner, som falder inden for virksomhedens ordinære forretningsområde (*in the ordinary course of business*), se hertil *Lego Andersen a.st.*

Kvalificerede forhold

Ikke sjældent modificeres garantitilsagnet således, at de anførte faktiske forhold ikke er tilstrækkelige betingelser for at udløse garantien. Ved at knytte yderligere (måske skønsprægede) betingelser til retsfaktum (f.eks. således at der tages forbehold for forhold af mindre betydning, uvæsentlige forhold etc.) reserverer garanten sig muligheden for at kunne afvise at indfri garantien. Det kan være vanskeligt at afvise et ønske om at få indføjet en sådan *bagatelgrænse*. I praksis vil parter, der er i stand til at sætte krav og ønsker i de rette proportioner, selv filtrere småkrav fra. Derimod kan det være vanskeligt at håndhæve en regel, der bygger på absolutte grænser for, hvornår sådanne krav kan rejses.

Tidsbegrænsning

Er garantien tidsbegrænset (f.eks. svarende til toårsfristen i KBL § 54, stk. 1, eller 5-årsfristen i AB 92 § 38), bør det sikres, at begyndelsestidspunktet for denne tidsbegrænsning ligger bevisfast. Tidspunktet er ifølge KBL § 54, stk. 1, “genstandens overgivelse” til køberen og ifølge AB 92 § 38 “afleveringen”. Hvor man som regel vil kunne bevise tidspunktet for afleveringen af et byggeri, når parterne har gennemført en afleveringsforretning, jf. reglerne i AB 92 §§ 28-29, kan det være noget vanskeligere at bevise et overgivelsestidspunkt. For at imødegå dette bevisproblem kan man knytte garantien til det aftalte *leveringstidspunkt*, eller – såfremt køber efterfølgende kan bevise, at overgivelsen er sket senere – til tidspunktet herfor. Begyndelsestidspunktet kan også volde tvivl ved ydelser, der leveres ved ombytning af defekte ydelser. I transaktioner, der pålægger leverandøren at vedligeholde det leverede, vil der være en formodning for, at ombytningsvaren er underlagt den oprindelige aftales garantiordning.

Betjeningsfejl mv.

Partsgarantier om et produkts kvalitet mv. vil ofte tage forbehold for mangler, som skyldes ukorrekt anvendelse af produktet eller omstændigheder, som er overgået det efter risikoens overgang. F.eks. omfatter ansvaret i NL 92 pkt. 33 ikke mangler, der skyldes mangelfuld vedligeholdelse, urigtig montering foretaget af køberen, ændringer foretaget uden sælgerens skriftlige sam-

tykke eller reparationer, som køberen har udført på fejlagtig måde. Herudover tages forbehold for slitage og forringelse. Også mangler, der skyldes materialer, som køberen har valgt, undtages ofte fra garantiens omfang – dels fordi der kan være visse risici forbundet med at bruge uautoriserede komponenter og forbrugsvarer, dels fordi et sådant vilkår for garantien tilskynder køber til at erhverve disse komponenter hos sælger. I engelsk terminologi betegnes køberens materialevalg som *free issue materials*, modsat *company provided materials*.

I *retsfølgen* må parterne først og fremmest præcisere garantiens retsvirkning. Uden nærmere angivelse af den kan en garanti fortolkes som et løfte om at betale *erstatning* for *ethvert tab*, den berettigede måtte lide (herunder anskaffelse af erstatningsydelse, driftstab, sagsomkostninger ved sagsførelse om en omtvistet ret mv.). Sådanne vidtgående konsekvenser kan imødegås ved at *maksimere* garantien. Denne metode må anbefales, hvis garantien angår noget, der ikke objektivt kan måles.

2. *Retsfølgen*

Indeståelser kan også knytte sig til andet end pligten til at dække udgifter. En indeståelse kan også forpligte sin afgiver til at gennemføre en forhandling eller en retssag, foretage en afhjælpningshandling eller stille en erstatningsydelse til rådighed. Se som eksempel herpå indeståelsen i *K18* pkt. 22 om immaterialretlige retsmangler, gengivet s. 391 f.

Uanset hvilken type garanti der er tale om, bør de omstændigheder, der sætter den ud af kraft, særskilt angives. Koncipisten kan her inspireres af reglerne om fareforøgelse i *forsikringsaftaler*, sml. herved FAL § 45. Eksempler herpå kan være manglende overholdelse af sikkerhedsforskrifter og brugsanvisninger eller anden fejlbehandling eller -opbevaring, se f.eks. *TBB 2013.427* Ø. Det er væsentligt at koncipere den slags forbehold præcist, da domstolene ellers vil fortolke mod koncipisten, se f.eks. *U 1988.811* Ø om ubestemte policevilkår.

Bortfald

6.4.c. Tredjemandsgarantier

En part kan forpligte sig til at tilvejebringe en garanti fra tredjemand for, at parten vil opfylde sine forpligtelser. Der foreligger i så fald en tredjemandsgaranti, der hermed lever sit eget liv parallelt med det retsforhold (løfte eller aftale), som den omhandler. Tredjemandsgarantien adskiller sig fra kautionsløftet ved ikke at

være subsidiær. Den er fritstående, og det beror derfor på dens eget indhold – og ikke på nogen underliggende aftale – hvornår den skal udbetales.

Der findes flere typer af tredjemandsgarantier:

Tilbudsgarantier

En tilbudsgaranti (eng.: *tender bond* eller *bid bond*) dækker det erstatningsansvar, en tilbudsgiver kan ifalde ved ikke at stå ved sit tilbud, f.eks. som led i en licitation eller udbudsforretning. Se herved s. 77. Garantens formål er at sikre beneficentens erstatningskrav, hvis tilbudsgiver fragår sit tilbud eller misligholder den aftale, der skabes ved tilbuddets accept.

Opfyldelsesgarantier

En opfyldelsesgaranti (eng.: *performance guarantee*) garanterer en parts løfte om at præstere korrekt ydelse. Begrebet anvendes både om garantier for opfyldelse af realydelser og pengeydelse (i sidstnævnte fald taler man om betalingsgarantier). Opfyldelsesgarantier for realydelser kendes fra byggeriet, jf. AB 92 § 6 (entreprenørens sikkerhedsstillelse) og § 7 (bygherrens). Ifølge AB 92 § 6, stk. 1, skal entreprenøren – hvis ikke andet fremgår af udbudsmaterialet – inden otte arbejdsdage efter entreprisaf-talens indgåelse stille sikkerhed “for opfyldelse af sine forpligtelser over for bygherren.” Sikkerheden stilles i form af bank- eller sparekassegaranti, kautionsforsikring eller på anden betryggende måde. AB 92 indeholder detaljerede regler for, hvor stor denne sikkerhed skal være – målt i procent af enterprisesummen (15 %) eller købesummen (10 %). Ligeledes fastslås det, hvorledes sikkerheden nedskrives – her målt i år efter afleveringstidspunktet. Et kompromis mellem ønsket om en garanti, der omfatter “alle forpligtelser”, og modstykket – ingen garanti overhovedet – kan være, at man begrænser garantien til bestemte *tabsposter* eller *maksimerer* det samlede beløb, der kan kræves under den.

Se om fortolkningen af en sådan garanti *U 2010.1675 H* og nærmere om opfyldelsesgarantier *Hans Viggo Godsk Pedersen: Bankgarantier*, 2. udg. (2003), s. 191 ff. I engelsk terminologi sonderer man mellem *monetary performance guarantees*, der garanterer betaling af et beløb, og *performance bonds*, hvor garanten indestår for, at en præstationshandling (f.eks. et byggeri) færdiggøres, og hvor det beløb, der kræves, eventuelt opgøres som merudgiften ved at entre med en alternativ leverandør. Se hertil UNCITRAL (1988), s. 185 ff. Sådanne garantier ydes typisk kun af dertil indrettede institutioner, og ganske hyppigt forbeholder garanten sig muligheden for at konvertere forpligtelsen til et (maksimeret) pengebeløb.

Se hertil *Ramberg* (2011), s. 47 f., med omtale af ICC's Uniform Rules for Demand Guarantees (ICC Publ. no. 758). Se også generelt *Hans Viggo Godsk Pedersen* a.st. s. 39 ff.

Garanten bærer som udgangspunkt kun et *økonomisk* ansvar for garantiens opfyldelse, men pålægger ikke pligt til naturalopfyldelse. En sådan pligt kræver særlig aftale. I det hele taget gælder det, at en garanti for aftalens opfyldelse må etableres uafhængigt af det aftaleforhold, der er tale om at opfylde (*the doctrine of separability*).

Tilbagebetalingsgarantien (eng.: *repayment guarantee*) etableres til sikkerhed for, at en part kan tilbagegive en ydelse, såfremt den anden part ved misligholdelse eller af anden grund skulle stille krav herom.

Tilbagebetalingsgaranti

Tredjemandsgarantier skal udstedes af pengeinstitutter eller andre finansielle virksomheder under tilsyn, jf. lov om finansiell virksomhed §§ 7 og 11 samt lovens bilag 1, nr. 5 (sikkerhedsstillelse og garantier) og 7-8 (forsikringsvirksomhed). Der er tale om en finansiell ydelse, som der ydes vederlag for, typisk i form af en *stiftelsesprovision*. Når garantien herefter realiseres, vil garanten rejse regreskrav mod rekvirenten (kunden) eller søge sig fyldestgjort i de aktiver, rekvirenten har stillet som sikkerhed ved garantiforholdets etablering. I denne mellempæriode vil der bestå et gældsforhold mellem garant og rekvirent.

Provision

En garanti udstedt af en finansiell virksomhed, der viser sig insolvent, er kun værdien af en eventuel dividende værd. De indskydergarantiordninger, der dækker tab på pengeinstitutter, herhjemme og i udlandet, er alle undergivet beløbsbegrænsninger. Derfor bør det være et fast element i en finansieringstransaktion, der involverer større beløb, at beneficianten kontrollerer de garanterende banker mv. og deres soliditet. I mange år har risikoen for, at en finansiell virksomhed skulle vise sig insolvent, været begrænset, men siden den finanskrise, der tog fart i 2008, er denne risiko blevet nærværende.

Finansiell stabilitet mv.

De temaer, der bør reguleres i en tredjemandsgaranti, er først og fremmest det vederlag, der skal betales for garantien, betingelserne for at udløse garantien, hvis sådanne er vedtaget, og reglerne for garantiens bortfald.

I udformningen af betingelserne for frigivelse af garantien har

Betingelser

parterne frit spillerum. Som regel vil garantien opstille dels et antal *materielle* bestemmelser, dels visse *formregler*, der fastlægger procedurer for, hvordan garantien gøres gældende:

Materielle krav

Materielt vil garantien angive det *formål*, den er stillet til sikkerhed for, og hvis indtræden udløser betalingspligten. Henvisningen til det underliggende retsforhold mellem rekvirenten (debitor) og kreditor (beneficianten) kan f.eks. ske ved, at aftaledokumentet *vedhæftes* garantien. Et særligt spørgsmål er her, hvilket krav om *endelighed* man kan stille til den fordring, der udløser garantien: Skal der f.eks. foreligge en endelig og upåankelig dom eller en voldgiftskendelse, eller er det tilstrækkeligt, at kravet blot gøres gældende? I international handel er det sædvanligt, at bestilleren (køberen) fordrer en garanti "*on first demand*" (også kaldet en *independent guarantee*) for, at en entreprenør eller anden leverandør fuldfører sin aftale. Garantien udstedes af en bank, der herefter indestår kategorisk – og uden betingelser – for, at man vil betale garantibeløbet, det øjeblik kreditor forlanger det. Kun de indvendinger, der måtte være udtrykkeligt fastsat i garantien, kan anerkendes.

Se til illustration *U 1984.759 H* (refereret i uddrag), hvor en bank, der på en anden banks vegne havde indfriet en sådan erklæring over for en korrespondentbank i Syrien – i strid med den anden banks tilkendegivne ønske – kunne søge regres for det udbetalte beløb hos den anden bank. Se ligeledes *U 2014.1713 H*, hvor garantibankens kunde ikke fik medhold i et anbringende om, at en kontragaranti, efter forlængelse, var udbetalt med urette. *U 2003.1126 Ø* angik en entreprenørgaranti stillet for entreprenørens misligholdelse af en entrepriseaftale. Garantiteksten krævede, at arten og omfanget af misligholdelsen var anført, når garantien blev gjort gældende. Flertallet fandt dette krav opfyldt og ville udbetale garantien. En rembours (også kaldet *stand-by letter of credit*, se hertil s. 306 f.) har samme funktion, omend der i visse jurisdiktioner er praksis for at give garanten mulighed for at rejse indsigelser, se UNCITRAL (1988), s. 187. UNCITRAL har i 1995 vedtaget en konvention om *Independent guarantees and stand-by letters of credit*. Se hertil *H. V. Godsk Pedersen* i Juridisk Instituts Julebog (1996), s. 157 ff., og *Torgny Håstad* i Festskrift till Lars Gorton (2007), s. 185 ff.

Tidsbegrænsning

En tredjemandsgaranti bør altid *tidsbegrænses*. Vilkårene for garantiens bortfald kan i øvrigt kombinere materielle betingelser

om deres dækningsområde med en tidsfrist. Da en garanti belaster garantens soliditet og derfor skal regnskabsføres som et passiv, er det vigtigt at vide, hvornår den gælder og ikke. For at undgå tvivl om, hvorvidt betingelserne er opfyldt, bør vilkårene derfor fastslå, hvilke indsigelser der kan rejses mod en udbetalingsbegæring og inden for hvilke tidsfrister.

Formålet med at garantere er at sikre prompte betaling. Enhver usikkerhed om, hvorvidt en betaling er berettiget, er omkostningskrævende og skal derfor modvirkes. Derfor bør tredjemandsgarantien give mulighed for hurtig og effektiv konfliktløsning. Da både domstols- og voldgiftsbehandling er tidskrævende og bekostelig, kan man overveje at indføre alternativ konfliktløsning. Dette skridt er taget i AB 92 § 46 om udbetaling af stille sikkerhed. Bestemmelsen giver en part mulighed for at begære en sagkyndig udmeldt af Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed til at træffe beslutning om udbetaling af stille sikkerhed og om berettigelsen af modregnings- eller tilbageholdskrav. Den sagkyndiges beslutning skal træffes inden 15 arbejdsdage. Den sagkyndiges udtalelse er dog ikke bindende.

Konfliktløsning

For at sikre en effektiv sagsbehandling af begæringer om udbetalinger fra en garanti bør der indføres procedureregler, der sikrer klarhed om, hvem der skal gøre hvad. F.eks. kan man vedtage, at anmodninger om udbetaling i henhold til garantien afgives skriftligt. På grund af den typiske tidsbegrænsning, der gælder i garantidokumenter, kan det også være hensigtsmæssigt at stille krav til kommunikationsformen, f.eks. om fremsendelse ved anbefalet brev. Ligeledes bør det på forhånd afklares, hvilken *dokumentation* der skal ledsage garantibeneficiantens krav om udbetaling. Hvis beneficianten er præsumptivt ukyndig, kan det være rimeligt at pålægge garanten at give beneficianten underretning en passende tid før garantiens udløb.

Formelle regler

6.4.d. Leverandørgarantier

Talrige produkter passerer gennem *omsætningskæder*, inden de når frem til brugeren. Det kan der være mange grunde til. Måske har C ikke praktisk eller retlig mulighed for at indgå aftale med A, hvilket B derimod har. Her kan det være nødvendigt at koble B på som mellemlid. Det kan også tænkes, at C vælger B som aftalpart, fordi B har et særlig kvalitetspræget sortiment af ydel-

Problemstillingen

ser, der dækker C's behov. I disse tilfælde gælder det om at sikre, at C indtræder i de garantier, A giver B.

Back to-back-garantier

I transaktioner, der involverer underleverandører, kan der være behov for at videreføre de rettigheder (navnlig garantier), som A har stillet over for B, til C. Med *back-to-back*-garanti menes en aftale mellem B og C, hvorefter C indtræder i eller opnår ret til præcis de garantivilkår, som B kan gøre gældende over for A – men hverken flere eller færre. *Back-to-back*-garantien er altså et løfte fra B til C, som C kan gøre gældende direkte mod B. Den kan eventuelt suppleres med en transport, hvorefter B overdrager sin fordring på A til C. En sådan transport vil almindeligvis have hjemmel i GBL § 27 og i almindelige regler om overdragelse af fordringer. Uanset udformningen er det vigtigt, at B ved sin *back-to-back*-garanti ikke giver C bedre rettigheder over for B, end B selv kan gøre gældende mod A: B bør f.eks. undgå at blive placeret som en lus mellem to negle, f.eks. ved at underlægge sig længere reklamations- og forældelsesfrister i aftaleforholdet til C, end han har i forholdet til A. Er parterne ikke opmærksomme på dette periodiseringsproblem, risikerer B at hæfte over for C uden at kunne gøre regres mod A. Tilsvarende problemer opstår i relation til risikoen for varens hændelige undergang, forsikring, reklamationsfrister mv.

– underleverandørforhold

En særlig omhu må udvises, når *back-to-back*-garantier gives med sigte på efterfølgende købere af det garanterede produkt. A stiller garantien over for B som led i B's forberedelse af et tilbud til C. I garantien lover A at præstere den underleverance, som B derpå lover at præstere over for C. Sådanne forpligtelser bør A kun påtage sig, hvis A har kendskab til aftaleforholdet mellem B og C. Er aftalen ikke præcis med hensyn til B's ydelse til C, men f.eks. lader dette bero på C's endelige bestilling (eller ret til afbestilling), kan A risikere at hæfte over for C i videre omfang end over for B. Det gælder f.eks., hvis A for at kunne opfylde en leveringsforpligtelse er nødt til – bindende – at bestille produktet eller ingredienser heri hos en underleverandør på et tidspunkt, hvor C fortsat har ret til at afbestille hos B (med virkning for A).

– insolvens-tilfælde

Back-to-back-garantien rejser et andet problem, hvis B viser sig *insolvent*. Hvis C *alene* kan gøre rettigheder gældende mod B (svarende til B's rettigheder mod A), bærer C risikoen for B's insolvens. C kan gardere sig mod denne risiko ved at forlange en

transport i B's rettigheder på A og denunciere denne transport over for A, jf. gældsloven § 31.

I U 1994B.199 antager *Vibe Ulfbeck*, at mellemedets konkurs ikke er til hinder for, at C kan rette et direkte krav mod A, og at det ikke – som parterne bl.a. gjorde det i den sag, der fandt sin afgørelse ved U 1994.79 H – var nødvendigt for at kunne rejse et direkte krav, at det konkursramte mellemed havde afgivet en transporterklæring.

På forbrugerområdet antages standardiserede garantier for fungible varer (varegarantier) i almindelighed at følge varen, jf. *Dahl & Møgelvang-Hansen* (1985), s. 40. Noget tilsvarende gælder ikke uden videre for de garantier, der afgives for specialiserede produkter på grundlag af en individuel forhandling. I disse tilfælde bør garantibeneficianten (C) i aftalen med sin sælger (B) sikre sig en ret til at gøre garantien gældende mod vareleverandøren (A). Denne ret forudsætter herefter et samtykke fra A. Hvis A vil kontrollere sit retsforhold til C (og i givet fald nægte samtykke), kan han indføje en bestemmelse om, at garantien er personlig (således at den alene kan gøres gældende af B), og at overdragelse af rettigheder i henhold til garantien derfor kræver samtykke.

Varegarantier

I en licensaftale mellem licensgiver B og licenstag C vil det ofte være bestemt, at de ingredienser, der skal indgå i den licenserede produktion, skal indkøbes hos en bestemt leverandør, A. Baggrunden for en sådan pligt vil typisk være, at A producerer disse ingredienser på grundlag af en særskilt licens fra B, f.eks. til erhvervshemmeligheder eller andre immaterielle rettigheder. I aftalen mellem B og A vil det være pålagt A kun at levere til parter udpeget B. Aftalen kan også forpligte A til at bistå B i de kontrolforanstaltninger, der har at gøre med C's betaling af royalty til B.

*Ingredienser i
licensaftaler*

6.4.e. Sikkerhedsstillelse

Læren om sikkerhedsstillelse (herunder reglerne om håndpant, underpant, tilbageholdsret etc.) omfatter væsentlige dele af den materielle ejendomsret og panteret, som det falder uden for denne bogs emne at gennemgå. Et kendskab til disse regler er dog nødvendigt i enhver transaktion, hvor der kan være risici for, at en part ikke opnår den forudsatte sikkerhed. I det følgende omtales nogle enkelte aspekter af denne regulering.

Aktier

Når *aktier* gives i håndpant, må der tages stilling til, hvem der skal udøve stemmeretten. Den deklaratoriske regel er her, at stemmeretten forbliver hos aktionæren, jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk selskabsret 2 – Kapitalselskaber 4. udg. (2014)*, s. 203, med henvisning til *U 1968.766 H*. Pantsætningsaftalen bør derfor give panthaver *fuldmagt* til at udøve stemmeretten, så længe pantsætningsforholdet varer, såfremt denne retstilstand ønskes fraveget. Ifølge selskabslovens § 52 skal ejerbogen for selskaber, som ikke har udstedt ejerbeviser eller har udstedt navnekapitalandele, eller hvis aktier ikke er udstedt gennem en værdipapircentral, bl.a. indeholde oplysninger om panthavere og om dato for pantsætning af kapitalandelens størrelse samt de stemmerettigheder, der er knyttet hertil. Meddelelse herom skal gives inden to uger efter, at pantsætningen er sket, jf. selskabslovens § 53, stk. 1.

Immaterielle rettigheder

Immaterielle rettigheder kan kun stilles i pant, i det omfang de kan overdrages, sml. herved OPHL § 56, stk. 2, hvorefter overdragelse af en ophavsret ikke giver erhververen ret til at videreoverdrage ophavsretten, medmindre videreoverdragelsen er sædvanlig eller åbenbart forudsat. Et tilsvarende problem opstår ved finansiering af licensrettigheder, hvor licenstagere ikke må give underlicens, jf. herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 7.4.g.

Depositum

En særlig form for sikkerhedsstillelse kan etableres af parterne selv i form af et såkaldt *depositum*. Et sådant depositum (også kaldet *escrow account*) kan for det første opfylde et *juridisk* formål som *håndpant*. Herudover signalerer deponeringen deponentens *evne og vilje* til at opfylde sine forpligtelser. Dette hensyn ligger også bag den særlige regel i funktionærlovens § 19, stk. 4. Depositum aftales typisk i *lejerforhold*. De lejeretlige regler (se navnlig lejelovens § 34) indeholder nok dansk rets mest detaljerede regulering af depotets retsforhold.

Dækningsområdet

Blandt de spørgsmål, parterne må afklare, er først og fremmest, *hvilke udgiftsposter* depotet tjener til sikkerhed for: Skal det deponerede blot tilfalde depositaren, eller skal der foretages en minutøs *afregning* af de enkelte udgiftsposter, der dækkes? Dernæst må der tages stilling til depositarens pligt til at holde det deponerede *adskilt* fra sine øvrige midler – et tema, der har afgørende betydning for den tingsretlige beskyttelse.

I løbende aftaleforhold bør det udtrykkeligt fremgå, om depo-

tet skal *justeres* i overensstemmelse med ændringer i aftaleforholdets økonomi. Uden en sådan vedtagelse må det antages, at der ikke sker justering. Endelig bør der tages stilling til deponentens ret til at ombytte det deponerede med anden sikkerhed, sml. situationen i *U 1981.300 H* (den chikanøse panthaver) og *U 1987.526 H* (nedgravede oliebeholdere).

Aftalen bør i alle tilfælde tage stilling til, hvorledes det deponerede kan *realiseres*. Realisationstidspunktet kan have stor økonomisk betydning for visse aktiver. Et maleri af en kendt kunstner kan inkassere et større beløb ved enkeltstående auktionssalg, men provenuet vil være mindre, hvis der samtidigt udbydes flere malerier af samme kunstner. Kursen på et fondsaktiv kan bero på de irrationelle faktorer, der lejlighedsvis præger fondsmarkedet. Ifølge retsplejelovens § 538a, stk. 2, skal håndpanthaveren (ved anbefalet brev) opfordre pantsætteren til at opfylde kravet, inden der skrives til salg, medmindre et omgående salg er nødvendigt for at undgå eller begrænse tab. Bestemmelsen er præceptiv.

Ret til realisation

I pengeinstitutternes aftalepraksis vedtages det ofte, at pengeinstituttet kan realisere stillede sikkerheder, hvis sikkerheden forringes eller trues som følge af fald i værdien eller anden årsag, såfremt der ikke straks efter anmodning stilles supplerende sikkerhed. Selv om der foreligger en sådan adgang, skal pengeinstituttet dog tage hensyn til deponentens interesse i at realisere den højst mulige værdi af det deponerede, se herved *U 2014.1856 V*, der fandt en bank delvis erstatningsansvarlig for at have realiseret en kundes sikkerheder efter nedlukning af engagementet, uden forinden at have kontaktet kunden, og *U 1989.622 SH*, der gjorde den deponerende bank erstatningsansvarlig for at have sat hele den deponerede fondsporteføje til salg under ét.

6.4.f. CSR-garantier mv.

CSR er en forkortelse for Corporate Social Responsibility, som normalt oversættes til “samfundsansvar”. Hermed sigtes til de pligter, en virksomhed frivilligt underkaster sig for at tilgodese angivne samfundsmæssige eller etiske hensyn. Betegnelsen fremhæver virksomhedens “sociale” ansvar og underforstår dermed, at der i bredere forstand er andre interessenter og interessebærere bag en virksomhed end dens umiddelbare ejerkreds. En

Problemstillingen

virksomhed, der vælger at underlægge sig CSR-pligter, vil normalt etablere et *CSR-program*, der nøje angiver dens målsætninger herom. Disse pligter kan f.eks. angå arbejdsforholdene i virksomheden og hos dens samarbejdspartner, miljøforhold, medvirken til forhold, der kan rumme elementer af bestikkelse og korrupsion samt overholdelse af menneskerettigheder.

Lovregulering

Ifølge § 99 a i årsregnskabsloven skal store virksomheder supplere deres ledelsesberetning med en redegørelse for *samfundsansvar*, jf. bestemmelsens stk. 2-8. Herved forstås bestemmelsen, at virksomheder “frivilligt integrerer hensyn til blandt andet menneskerettigheder, sociale forhold, miljø- og klimamæssige forhold samt bekæmpelse af korrupsion i deres forretningsstrategi og forretningsaktiviteter”. Har virksomheden ikke politikker for samfundsansvar, skal dette oplyses i ledelsesberetningen.

Redegørelsen skal ifølge bestemmelsens stk. 2 indeholde oplysning om (1) Virksomhedens *politikker* for samfundsansvar, herunder eventuelle standarder, retningslinjer eller principper for samfundsansvar, som virksomheden anvender, (2) hvordan virksomheden omsætter sine politikker for samfundsansvar til handling, herunder eventuelle systemer eller procedurer herfor; (3) virksomhedens vurdering af, hvad der er *opnået* som følge af virksomhedens arbejde med samfundsansvar i regnskabsåret, samt virksomhedens eventuelle *forventninger* til arbejdet fremover. Redegørelsen skal gives i tilknytning til ledelsesberetningen, men kan gives i en supplerende beretning til årsrapporten eller på virksomhedens hjemmeside. En virksomhed, som har udarbejdet en fremskridtsrapport i forbindelse med tilslutning til FN’s *Global Compact* (se www.unglobalcompact.org) eller FN’s Principper for ansvarlige investeringer, kan undlade at give de oplysninger, som er anført i stk. 1 og 2, jf. stk. 7.

Mæglings- og klageinstitution

Med lov nr. 546 af 18. juni 2012 om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd er der oprettet en central, uafhængig instans med dette navn. Se nærmere www.virksomhedsadfaerd.dk. Institutionen behandler enten på baggrund af en klage eller af egen drift sager vedrørende overtrædelser af OECD’s retningslinjer for multinationale virksomheder, der enten er begået i Danmark eller vedrører (1) en dansk privat eller offentlig virksomhed eller virksomhedens forretningsforbindelser, (2) danske statslige eller regionale myndigheder eller

myndighedernes forretningsforbindelser, eller (3) danske private eller offentlige organisationer eller organisationernes forretningsforbindelser. Institutionen skal hurtigt og effektivt løse uoverensstemmelser om overtrædelse af internationale standarder og principper om global ansvarlig virksomhedsadfærd, herunder OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder.

Ofte vil CSR-programmet ledsages af en *certificeringsordning*, der giver den certificerede virksomhed adgang til at benytte et særligt mærke i sin markedsføring (f.eks. *Fairtrade*-mærket). For at opnå et sådant certifikat kan virksomheden f.eks. forpligte sig til at orientere kunder og leverandører om, hvilke principper virksomheden følger. Virksomheden kan også certificere sig selv ved blot at erklære, at den overholder et alment anerkendt sæt af principper, f.eks. de 10 principper, der indgår i FN's *Global Compact*. Se nærmere om certificering, afsnit 2.2.d.

CSR-
certificering

Se f.eks. den "Supplier Declaration", der anvendes af det norske Hydro (optrykt som bilag til *NTK 07*). Det hedder heri, at "Gifts and other favours to Hydro or any of our employees, representative, partner or someone closely related can only be given or granted provided that they are modest, both with respect to value and frequency, and provided the time and place are appropriate. Gifts or other favours shall not be offered or received in situations of contract bidding, evaluation or award." Økonomi- og Erhvervsministeriet har i samarbejde med Dansk Industri og Institut for Menneskerettigheder udarbejdet et såkaldt "CSR-kompass", der fra hjemmesiden csrkompasset.dk tilbyder et værktøj til at udarbejde en CSR-erklæring eller en CSR-Kodeks.

I takt med at CSR får stadigt stigende retlig og forretningsmæssig betydning, vil parterne i en kommerciel transaktion stille krav om, at sådanne forhold er lagt fast i aftalen. Den kommercielle årsag hertil vil normalt være, at forbrugerne stiller tilsvarende krav. En distributør vil f.eks. kunne stille krav om, at en producent (og dennes underleverandører) indestår for, at der ikke er anvendt *børnearbejde* i produktionen, at underleverandører overholder visse nærmere definerede *menneskerettigheder* i produktionsprocessen, eller at denne ikke har belastet *miljøet*. Disse garantier kan så efterfølgende benyttes i markedsføringen.

CSR-garantier

Dermed opstår spørgsmålet, hvilke retlige sanktioner aftageren kan stille over for sin producent, hvis sådanne garantier ikke op-

Sanktioner

fyldes. Ofte vil der kunne opgøres et afsætningstab, som alt efter de konkrete omstændigheder kan kræves erstattet efter culpa- eller garantisynspunkter. Også andre misligholdelsessanktioner kan komme på tale, f.eks. ophævelse og naturalopfyldelse for fremtiden. Et særligt spørgsmål er, om aftageren kan forlange, at producenten giver aftageren *mandat* til at optræde over for relevante myndigheder for dermed at få fuld indsigt i, at gældende regler er overholdt, og at alle relevante oplysninger er fremlagt. Problemstillingen blev behandlet ved det 40. nordiske juristmøde i Oslo i august 2014 på grundlag af et referat af *Christina Ramberg*, se NJM 2015/I, s. 327 ff. Se også henvisningerne på s. 349.

6.5. Accessoriske forpligtelser

6.5.a. Loyalitetspligt

Den almindelige obligationsret pålægger parterne i en aftale at optræde loyalt og redeligt over for hinanden. Se nærmere hertil *Jori Monukka*: Kontraktuell lojalitetspligt (2007), *Henriette Nazarian*: Lojalitetspligt i kontraktforhold (2007), *Erika P. Björkdahl*: Lojalitet och kontraktliknande förhållanden (2007) og *Torsten Iversen* i TBB 2008, s. 103 ff. Hvor grænsen for det loyale går, giver ofte anledning til tvivl. Derfor bør den part, der anser modpartens loyalitet for kritisk, søge at afklare dette gråzoneområde ved aftale. F.eks. kan der være tvivl om, hvorvidt A's optræden gør urimeligt indgreb i B's interesser, eller om A påfører sig urimelige begrænsninger i sin handlefrihed ved at skulle afstå herfra. Hertil kommer, at der kan være behov for at fiksere aftalens sanktioner til det, der udpeges som loyalitetsbrud, eftersom sådanne pligtbrud sjældent resulterer i klart målelige tab.

Oplysningspligt

Som omtalt i afsnit 2.3.b. pålægger aftalen normalt parterne at give hinanden oplysninger om forhold, der kan true eller understøtte transaktionen. Undertiden indbygges pligten til at afgive sådanne oplysninger i selve aftalen. Dette kan f.eks. ske ved regler om, at der skal foretages løbende *afrapportering* vedrørende forhold, der angår aftaleopfyldelsen (f.eks. i form af periodevise rapporter om den tilstand, en installation befinder sig i) eller ved afgivelse af *konstaterende erklæringer* i form af certifikater el.lign., jf. nærmere herom afsnit 2.2.d.

6.5.b. Konkurrenceklausuler

Den aftaleretlige loyalitetspligt indebærer bl.a., at parterne må afstå fra handlinger, der vil påføre modparten urimelige vanskeligheder i konkurrencen på det marked, transaktionen dækker. Hvilke frihedsgrader, parterne med rimelighed kan gøre krav på i så henseende, kan ikke altid siges præcist. Lige så klart det kan være, at en konkurrencefjendtlig handling vil true den værdi, der udgør hele formålet med transaktionen, lige så klart er det, at man ved at tillade vidtgående begrænsninger i adgangen for at påføre andre en sådan konkurrence kan skabe uheldige konkurrencebegrænsninger til skade for markedet og parternes handlefrihed.

Problemstilling

Derfor må enhver aftalt begrænsning i parternes adgang til at konkurrere på et marked tilrettelægges efter en nøje afvejning af disse modsat rettede hensyn. Da der er tale om et væsentligt accessorium til den primære ydelse, vil det ofte være relevant at knytte konkurrencebegrænsningen sammen med *andre aftalepligter*, herunder pligten til at betale vederlag. Og da der er tale om et lovreguleret tema, hvor der er hjemmel for ugyldighed (jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5), bør det sikres, at indgåede aftaler befinder sig inden for *lovens rammer*.

En konkurrenceklausul er B's løfte til A om at afstå fra visse nærmere angivne *aktiviteter*, der kan være til ulempe for A i A's konkurrencebetonede handlinger på et givet *marked*, f.eks. ved ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan. Konkurrenceklausulen er *artsbestemt* og retter sig mod *karakteren* af den markedsoptræden, der er tale om at begrænse, eller – for medarbejdere – for det udførte arbejde. Den *aktivitet*, der reguleres af en konkurrenceklausul, kan f.eks. være B's beskæftigelse hos eller ejerandel i en konkurrerende virksomhed. Det *marked*, der rammes af en konkurrenceklausul, kan være defineret i relation til en *varetype*, en kunde-gruppe, eller et geografisk areal.

Begreb

Nogle af de formål, en konkurrenceklausul tilsigter at opfylde, kan opnås ved klausuler om *hemmeligholdelse*, der alt efter indhold og håndhævelse kan *forebygge* kompromittering af erhvervshemmeligheder: Når en medarbejder får ansættelse hos en konkurrent, vil han med en vis sandsynlighed komme til at fortælle om sin færden hos den tidligere virksomhed. Selv tilsyneladende

*Alternativ
regulering*

uskyldige beretninger om, hvad den forrige arbejdsgiver har sagt og gjort i bestemte relationer, kan danne *mosaikinformation* (se herom *Enkelte transaktioner*, s. 366 f.) som kan bidrage til at opbygge – eller cementere – andre informationer til skade for den pågældende.

Særregler

Foruden de særlige regler, der gælder om ansattes adgang til at påtage sig konkurrenceklausuler, findes der regler om konkurrenceklausuler i handelsagentlovens § 30. Bestemmelsen opstiller såvel formkrav (skriftlighed) som indholdsmæssige krav som betingelse for, at *handelsagenter* kan påtage sig konkurrenceklausuler.

AFTL

§§ 36 og 38

Herudover findes en *almindelig* begrænsning i AFTL § 38, hvorefter en konkurrenceklausul kan erklæres ugyldig, for så vidt den går videre, end det med hensyn til tid, sted eller andre forhold er nødvendigt for at beskytte arbejdsgiverens interesser, eller hvis den på urimelig måde indskrænker funktionærens adgang til erhverv, f.eks. ved at hindre ham i at udnytte en specialiseret uddannelse. Bestemmelsen anvendes ofte i kombination med generalklausulen i AFTL § 36.

Den rimelighedsvurdering, der indgår i disse lovbestemmelser, vil bl.a. lægge vægt på omfanget af de *aktiviteter*, konkurrenceklausulen rammer (sagligt, såvel som stedligt), herunder om klausulen reelt afskærer den forpligtende fra at udøve sine færdigheder. Dernæst spiller det ind, hvor længe pligten udstrækkes, samt hvilken forudgående relation (langvarig eller kortvarig, tillidsbaseret eller tilfældig) parterne har haft. At værne om unik *knowhow* hos samarbejdsparten taler for at opretholde klausulen. En konkurrenceklausul bør derimod ikke håndhæves alene med det formål at fastholde en medarbejder til en lavere løn end den, han kan få på det almindelige arbejdsmarked. Se f.eks. *U 2007.1949 V*, der opretholdt en konkurrenceklausul, idet den hertil hørende konventionalbod på 200.000 kr. blev nedsat til 50.000 kr. *U 2009.2800 SH* fandt, at det ville være urimeligt og i strid med redelig handlemåde for en kurervirksomhed at gøre en konkurrenceklausul mod nogle vognmænd gældende, efter at kurervirksomheden selv retsstridigt havde bragt aftaleforholdet med vognmændene til ophør. Retten fandt, at klausulen var usædvanligt langvarig og uden geografisk begrænsning, og at den konventionalbod, der skulle betales ved overtrædelse, var uproportional.

*Konkurren-
retten*

Konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 2, nævner udtrykkeligt aftaler, der går ud på at “begrænse eller kontrollere produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer” som eksempler på

konkurrencebegrænsende aftaler, der kan rammes af forbuddet i bestemmelsens stk. 1 og ugyldighedsreglen i stk. 5. I lovbemærkningerne til bestemmelsen siges det, at konkurrenceklausuler i forbindelse med virksomhedsoverdragelse tillige vil være omfattet, hvis de går ud over, hvad der efter EU-Kommissionens og EU-Domstolens praksis kan anses for nødvendigt i henseende til varighed, produktområde og geografisk udstrækning.

De mest anvendte konkurrencebegrænsende aftaler er konkurrenceklausuler og kundeklausuler mellem virksomheden og dens *ansatte og ledelse*. Muligheden for at pålægge *funktionærer* konkurrenceklausuler er præceptivt reguleret af funktionærlovens §§ 18 og 18a, jf. *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.c. og 4.2.c. Konkurrence med tidligere *samarbejdsparter* spiller en noget mindre rolle i praksis, men forekommer dog i visse transaktioner, se f.eks. *U 1997.1297 Ø*, der opretholdt en konkurrenceklausul i en franchisekontrakt, hvorefter franchisetageren i 12 måneder efter samarbejdets ophør var afskåret fra at beskæftige sig med telemarketing inden for forlags- og forsikringsvirksomhed i Danmark.

En konkurrenceklausul kan dække en bestemt type *virksomhed*, som den forpligtede ikke må engagere sig i, eller visse *personer*, som den forpligtede må afskære sig fra at have kontakt med. Den sidstnævnte slags betegnes som en *kundeklausul*. En kundeklausul betragtes ikke som en konkurrenceklausul, og de begrænsninger, der følger af AFTL § 38, finder derfor ikke anvendelse, jf. herved *U 1983.157 H*. Sådanne klausuler kan derimod tilsidesættes efter almindelige aftaleretlige regler, først og fremmest generalklausulen i AFTL § 36.

Et særligt behov for at regulere konkurrencerelationerne mellem parterne opstår, når det på forhånd ligger klart, at den transaktion, der fører parterne sammen, på et tidspunkt vil føre frem til en tilstand, hvor parterne vil møde hinanden på et marked med modsatte interesser.

Når en virksomhed, hvis værdi bl.a. manifesterer sig i sit kundeunderlag, overdrages, følger det naturligt heraf, at overdrageren må afstå fra at tage kontakt med disse kunder med henblik på at drive forretning inden for virksomhedens forretningsområde. Dette gælder, hvad enten overdrageren er det selskab, fra hvilket virksomhedens *aktiver* sælges ud, eller en aktionær, der

Funktionærloven

*Dæknings-
område*

*Forretnings-
mæssige
transaktioner*

*– virksomheds-
overdragelser*

afstår virksomheden gennem en *aktieoverdragelse*. Derfor er det almindeligt i aftaler herom, at overdrageren pådrager sig en pligt til ikke at drive virksomhed inden for den solgte virksomheds forretningsområde, eller tage ansættelse i virksomheder, der driver en sådan virksomhed, eller som direkte eller indirekte vil kunne profitere af en sådan aktivitet (*ansættelsesforbud*). Sådanne klausuler er typisk meget vidtgående og langvarige, og de kan efter omstændighederne stride mod konkurrenceretlige regler, se hertil *Torkil Høg* i Revision og Regnskabsvæsen 2003, nr. 8, s. 24 ff. Det kan være relevant for erhververen at sikre sig, at nøglemedarbejdere i den overdragende virksomhed påtager sig tilsvarende klausuler, jf. om jobklausuler, s. 344 f.

– *erhvervs-*
lejemål

Et andet anvendelsesområde er forholdet mellem en erhvervslejer og udlejer. Når lejeforholdet ophører, kan udlejeren have en interesse i at videreføre den erhvervsfunktion, som lejeren hidtil har opfyldt i ejendommen. Men lejeren har omvendt interesse i, at der ved en sådan videreførelse ikke tilegnes en *goodwill*, som lejeren har opbygget under lejemålet.

Et tilsvarende problem kan opstå under lejemålet. Lejelovens § 30, stk. 2, havde tidligere et forbud mod, at udlejeren i samme ejendom udlejede lokaler til virksomheder, der konkurrerede med lejeren. Forbuddet blev ophævet den 1. januar 2001 (for fremtidige lejemål), men almindelige aftaleretlige loyalitetsregler samt generalklausulen om god markedsføringsskik i MFL § 1 kan efter omstændighederne føre til tilsvarende begrænsninger, jf. *Jesper Jørgensen* i U 2003B.116 ff.

Koncipering

En konkurrenceklausul påtaget som led i en virksomhedsoverdragelse kan varieres efter karakteren af den virksomhed, man anser for "konkurrerende", og den kontakt til en sådan virksomhed, man anser for konkurrenceskadelig. Problemstillingen berører det vanskelige spørgsmål om, hvad der i den pågældende situation repræsenterer en interessekonflikt: Skal et 10 % ejerskab i den konkurrerende virksomhed f.eks. anses for kritisk? Se hertil *Lego Andersen* (2002), s. 108 ff., 130 ff. og 147 ff., og *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 576 ff., med omtale af de konkurrenceretlige aspekter af sådanne klausuler.

Den forpligtede

Der er stor forskel på, hvordan en konkurrenceklausul lægges til rette, når den skal forpligte en juridisk person, henholdsvis en

fysisk person (der f.eks. optræder som ansat). For en fysisk person, der ikke optræder i rollen som erhvervsdrivende, vil den undladelsesforpligtelse, der følger af en konkurrenceklausul, kunne rumme en alvorlig barriere i muligheden for at få et rigt arbejdsliv inden for de interesseområder, medarbejderen føler størst livskvalitet ved (uden at den berettigede nødvendigvis vil opleve en tilsvarende berigelse). Dette er baggrunden for, at man i lovgivningen har begrænset adgangen til at pålægge den i sammenhængen meget væsentlige funktionærgruppe sådanne pligter, jf. i det hele *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.c. og 4.2.c.

Situationen er noget anderledes, når en fysisk person optræder som *selvstændig erhvervsdrivende*. I sådanne tilfælde vil den pågældende have en berettiget interesse i at kunne udvirke en virksomhedsoverdragelse, hvorved ikke alene rettigheder men også pligter i et vist omfang går over til den nye indehaver.

Når juridiske personer påtager sig konkurrenceklausuler, bør pligten ikke alene gælde den juridiske person, men også sådanne selskaber, som den juridiske person i forretningsmæssig henseende vil være identificeret med (herunder datterselskaber og koncernselskaber under samme kontrollerende moderselskab).

*Juridiske
personer*

Indebærer konkurrenceklausulen mere indgående begrænsninger i adgangen til at drive en generelt defineret virksomhed eller i at udøve et fag, bør den i almindelighed ledsages af en pligt til at betale vederlag – i ansættelsesforhold undertiden kaldet “ventepenge”. Dette vederlag kommer da til at fungere som en form for erstatning for den manglende mulighed for at udnytte den fulde erhvervsevne. Ifølge *Jørgen Boe m.fl.* (2012), s. 138, vil et vederlag til en direktør for at undlade at tage ansættelse hos en konkurrerende virksomhed ofte kunne ligge på et niveau på 50 % af direktørens løn. Forfatterne finder, at et vederlag på 20-25 % af lønnen – i mangel af retspraksis om spørgsmålet – “muligvis” er tilstrækkeligt for at undgå ugyldighed, jf. AFTL §§ 36 og 38.

Vederlag

Konkurrenceklausuler sanktioneres typisk med *forbudsbestemmelser*, der i erstatningsretlig henseende suppleres med pligt til at betale *konventionalbod*. Som anført s. 402 må det antages, at en aftale om konventionalbod ikke legitimerer den retsstridige

*Forbud og
erstatning*

adfærd: Meningen med boden er jo netop *ikke* at frigøre den forpligtede fra sin pligt, men at fiksere erstatningen for det lidte tab. Omvendt må boden udmåles til et beløb, som ikke vil blive aftalecensureret i medfør af AFTL §§ 36 og 38 og handelsagentlovens § 30. Se i øvrigt nærmere herom *Enkelte transaktioner*, afsnit 4.1.c.

Andre sanktioner

Selv om domstolene udøver en skarp rimelighedscensur med konkurrenceklausuler, er der intet til hinder for, at parterne aftaler andre retsfølger af konkurrencebindingen end den traditionelle forbudsregulering (kombineret med pligt til at betale konventionalbod ved overtrædelse). I *U 1922.94 H* havde en mælkekusk modtaget et lån hos et mejeri, som skulle forfalde “når jeg ophører med at forhandle mælk” fra mejeriet. Klausulen blev opretholdt, selv i en situation hvor ophøret skyldtes mejeriets ubegrundede opsigelse. Ligeledes kan det aftales, at en tillægsydelse til det vederlag, der allerede er erlagt, alene skal oppebæres, såfremt den berettigede ikke udfører konkurrencefjendtlig virksomhed, jf. *U 1969.117 H*.

Tidsbegrænsning

En konkurrenceklausul bør rumme en tidsbegrænsning, der står i forhold til B's behov for at få anden beskæftigelse, henholdsvis A's behov for at kunne videreføre en eksisterende drift. Almindeligvis fastsættes perioder på 12 eller 24 måneder. Har den forpligtede gode muligheder for at finde profitabel beskæftigelse inden for sit fagområde, og har den berettigede omvendt en særlig interesse i klausulen, kan der være grundlag for at gå videre, f.eks. således, at forbuddet varer i de tre år, der følger af MFL § 19, stk. 2. Tilsvarende synspunkter er afgørende for fastlæggelsen af klausulens geografiske udstrækning.

Jobklausuler

Det kan få stor skadevirkning for virksomheden, at en nøglemedarbejder eller medindehaver får enkelte medarbejdere til at forlade virksomheden for at følge nøglemedarbejderen til dennes nye virksomhed. For at undgå dette er det blevet almindeligt at indføje såkaldte *medarbejderklausuler* eller *jobklausuler* i partneraftaler (f.eks. interessentskabsaftaler). I en sådan klausul forpligter partneren sig til i en bestemt periode hverken direkte eller indirekte at *ansætte* bestemte nøglemedarbejdere eller udvirke, at disse medarbejdere fratræder med henblik på at blive *tilknyttet* partnerens nye virksomhed. I forholdet *inter partes* (mellem interessenter indbyrdes) er sådanne klausuler som udgangspunkt

bindende, ligesom de sanktioner, der almindeligvis knyttes til dem (f.eks. i form af konventionalbod), er det. I forholdet til den enkelte nøglemedarbejder er forholdet nu reguleret ved lov nr. 460 af 17. juni 2008 om arbejdsgivers brug af jobklausuler. Af denne lov følger det bl.a. (§ 3), at en jobklausul kun kan gøres gældende i forhold til en lønmodtager, hvis arbejdsgiveren har indgået skriftlig aftale herom med lønmodtageren, og denne aftale indeholder en række nærmere bestemte oplysninger, herunder om retten til kompensation i medfør af lovens § 5.

Tilsvarende klausuler indsættes ofte i aftaler mellem kundevirksomheden og dens rådgiver på rådgivervirksomhedens foranledning. Formålet er her at undgå, at kundevirksomheden ansætter nøglepersoner hos rådgivervirksomheden for dermed at gøre rådgivervirksomheden overflødig. Den 29. april 2015 fremsatte beskæftigelsesministeren et forslag til lov om ansættelsesklausuler, der ville begrænse arbejdsgivernes adgang til at forpligte lønmodtagere via erhvervsbegrænsende ansættelsesklausuler (som nærmere defineret i forslagens § 1, stk. 2). Lovforslaget, der bortfaldt i forbindelse med folketingsvalget i juni samme år, havde bred støtte blandt de faglige organisationer og må derfor forventes genfremsat. Det indeholdt en bred regulering, der både ville samle reglerne i jobklausul-loven, funktionærlovens §§ 18 og 18a og AFTL § 38.

6.5.c. Tying clauses

De fleste virksomheder ønsker at sælge så mange produkter som muligt. En effektiv metode hertil er at gøre kunderne afhængige af fortsatte leverancer. Opstår en sådan afhængighed ikke af sig selv, kan leverandøren forsøge at "tvinge" kunden til at aftage ydelser (*tied products*), der strengt taget ikke hænger sammen med den primære ydelse, aftalen drejer sig om. En sådan ordning kaldes et *tying arrangement* eller kombinationssalg. Mulighederne for at gennemtvinge en sådan sammenknytning er størst i aftaleforhold, hvor kunden er afhængig af leverandørens ydelser. Eksempler herpå er franchiseaftaler og licensaftaler. Men også i andre aftaleforhold ser man ofte ydelser koblet sammen, som ikke har nogen *nødvendig* sammenhæng. Sådanne klausuler kan ofte angribes efter konkurrenceretlige regler, se herom konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 5, om klausuler, der stiller som vilkår for indgåelse af en aftale, "at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter

deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand”. Se endvidere Konkurrenceredegørelse 2000, s. 133 ff., om de konkurrenceretlige problemer ved bl.a. sådanne klausuler i softwarelicensaftaler.

Tying clauses findes i to varianter. En *tie-in clause* påbyder erhververen af en ydelse (f.eks. en maskine eller teknologisk information under en licensaftale), kun at erhverve reservedele, råvarer, halvfabrikata eller vedligeholdelsesydelser fra en på forhånd udpeget leverandør. *Tie-out clauses* påbyder en aftalepart at afstå fra at indgå aftale med andre end en på forhånd udpeget medkontrahent. Sådanne vilkår ses også i licensaftaler. Leverandørens motiv til at forlange sådanne klausuler behøver ikke være konkurrencemæssigt. Ved at sikre, at der kun anvendes *originale* reservedele og ingredienser i et produktionsapparat, reducerer man risikoen for fejl, der skyldes lavere kvalitet eller manglende overholdelse af tolerancer i disse komponenter mv. At motivet netop kan være både sagligt og usagligt, gør den konkurrenceretlige afvejning vanskelig.

6.5.d. Facilitering og bestikkelse

Korruptionsproblemet

Bestikkelse og korruption hører i store dele af verden til dagens (u)orden. Vil en virksomhed opnå en kontrakt eller en nødvendig godkendelse hos en lokal myndighed, vil myndighedsudøveren eller nærtstående personer til denne i mange lande forvente at få sin del af kagen. Under aftaleforhandlinger kan det derfor være nødvendigt at forholde sig til sådanne retsstridige, men lokalt sædvanlige, ønsker.

Der findes talrige initiativer, der har til formål at undgå udbredelse af korruption. Den 17. december 1997 vedtog de 30 OECD-lande en Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (“the OECD Bribery Convention”), som nu er implementeret af stort set alle disse lande

Korruptionsniveauet i forskellige lande måles løbende i det årlige *Bribe Payers Index*, som den internationale organisation *Transparency International* udsender hvert år over de beløb, der betales til korruption af vestlige virksomheder, se www.transparency.org. De nordiske lande topper normalt dette index som verdens mindst korrupte. Men sædvanerne i mange udlandske

samfundssystemer er markant anderledes. Her kan bestikkelse ligefrem blive set som en nødvendig del af finansieringen af de offentlige ydelser. Og følger konkurrenterne sædvanerne (og ikke loven, som normalt forbyder den slags adfærd), kan virksomheden stå i en vanskelig situation, hvis ikke den spiller med. Derfor viser det sig ikke sjældent, at også danske virksomheder – og ofte trods erklærede målsætninger om det modsatte – har følt sig nødsaget til at betale sådanne beløb under eksportaktiviteter i visse lande.

Et rystende billede af, hvordan korruption trives på højt niveau også i anerkendte europæiske virksomheder, er givet af den tidligere franske undersøgelsesdommer *Eva Joly* i bogen *Korruptionsjæger* (dansk udgave, 2004). Emnet blev bl.a. diskuteret ved Det 38. Nordiske Juristmøde i København i august 2008, se NJM 2008.I, s. 425 ff., med referat af *Robin Oldenstam*.

I nyere tid har der været en stigende politisk erkendelse af korruptionsproblemets destruktive betydning for samfundsudviklingen, navnlig i udviklingslandene. Som nævnt i afsnit 6.4.f. indgår det ofte i virksomhedernes CSR-afrapportering. Og som anført nedenfor har man flere steder i verden indført skærpet lovgivning på området, både gennem øgede strafferammer og foregribende foranstaltninger (herunder om hvidvaskning af penge).

De fleste lande har strafbelagte forbud mod at betale *myn-dighedspersoner* bestikkelse (såkaldt *aktiv bestikkelse*), svarende til straffelovens § 122, der straffer den, som uberettiget yder, lover eller tilbyder nogen, der virker i dansk, udenlandsk eller international offentlig tjeneste eller hverv, gave eller anden fordel for at formå den pågældende til at gøre eller undlade noget i tjenesten. Straffelovens § 144 straffer ligeledes den *passive bestikkelse*, der består i ved udøvelsen af dansk, udenlandsk eller international offentlig tjeneste uberettiget at modtage, fordre eller lade sig til-sige en gave eller anden fordel. Hertil kommer det strafferetlige forbud mod at bestikke en *aftaleforhandler*, der følger af straffelovens § 299, nr. 2. Bestemmelsen straffer den, der ved varetagelse af en andens formueanliggender for sig selv eller andre på pligtstridig måde modtager, fordrer eller lader sig tilsige gave, eller som yder, lover eller tilbyder en sådan gave mv. I relation

*Den politiske
bevågenhed*

*Strafferetlig re-
gulering*

til alle disse bestemmelser fortolkes bestikkelsesbegrebet ret så bredt, idet stort set alle gaver og andre formuefordele, bortset fra rimelige og sædvanlige lejlighedsgaver, er omfattet.

Afgrænsningen

Man sonderer normalt mellem bestikkelse og facilitering (“*facilitation payments*”). Hvor *bestikkelse* indebærer, at der betales for at opnå en ret, der ikke eksisterer, tilsigter *faciliteringsbetaling* at udvirke, at en eksisterende ret rent faktisk opnås, f.eks. at levering sker til tiden og i aftalt kvalitet. Det vil normalt altid være *retsstridigt* at medvirke til bestikkelse. Vanskeligere kan det være at drage grænsen for, hvorledes en aftalepart kan “facilitere” en fleksibel og effektiv aftaleopfyldelse gennem opmærksomheder og gæstfrihed, f.eks. i form af frokost- og middagsinvitationer, værtskab under rejser og konferencer, lejlighedsgaver og frynsegoder. Her må juraen til en vis grad give op og give plads til en regulering af etisk art.

En sådan regulering sker ofte ved, at en virksomhed offentligt melder ud, at den agter at følge et nærmere sæt principper for CSR, se herom i afsnit 6.2.b. Det 10. princip i FN’s *Global Compact* fastslår således, at “Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery”. Ofte vil den enkelte virksomhed præcisere grænserne for en sådan adfærd.

International regulering

Med sigte på de dele af verden, hvor korrupsionsproblemet er langt større end her i Norden, har lovgivningen uden for Danmark indført en række vidtgående sanktioner mod bestikkelse. Disse regler rammer ikke alene parter, der henholdsvis giver eller modtager den uberettigede formuefordel, men også tilknyttede selskaber. Navnlig to landes lovgivninger spiller her en rolle:

U.K. Bribery Act

I 2010 gennemførte Storbritannien the UK Bribery Act (se www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents) med ikrafttræden den 1. juli 2011. Foruden sine forbud mod aktiv og passiv bestikkelse (section 1, 2 og 6) samt særlige regler om hvidvaskning, indeholder loven en række bestemmelser, der straffer “failure to prevent bribery” (section 7). Disse bestemmelser retter sig alene til selskaber, men omfatter på den anden side selskaber, der kan være hjemmehørende overalt i verden, hvis blot de er aktive i Storbritannien (se nærmere section 12). Er der tale om aktiv bestikkelse, jf. lovens section 1 og 6, pålægger loven et *objektivt* ansvar for selskabet. Det er altså uden betydning, om bestikkelsen

er begået af ledelsen. Loven gælder dernæst, uanset hvor i verden bestikkelsen har fundet sted. Dermed får denne lovgivning en slags eksterritorial slagkraft. Derfor må danske virksomheder, som er aktive på det engelske marked (f.eks. via et datterselskab eller en agent), sikre sig, at deres forretningsprocedurer ikke strider imod loven.

En lignende regulering er gennemført i USA med the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Loven er givet som 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq., se nærmere www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act, hvor man bl.a. kan finde en uofficiel dansk oversættelse af loven. Loven omfatter ikke alene handlinger begået i USA, men også handlinger begået uden for USA af amerikanske virksomheder og personer, samt handlinger begået af virksomheder, der er børsnoteret i USA. Reglerne omfatter også ikke-amerikanske parter, der yder medvirken til overtrædelser af loven i form af "... use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value ...", jf. nærmere Section 78dd-1. Dermed vil elektronisk kommunikation eller betalinger, der iværksættes uden for USA, men som berører USA, også bringe loven i anvendelse.

Betaling af bestikkelsesvederlag kan i øvrigt begrunde civilretlige følger i forholdet mellem private parter, f.eks. i form af ugyldighed, erstatningspligt og tilbagesøgning. Disse spørgsmål berøres i *Olaf Meyer* (ed.): *The Civil Law Consequences of Corruption*, Bremen (2009), med indlæg om retsstillingen i Danmark af *Morten M. Fogt* (s.67 ff.). Se også dennes artikel om korruptionens civilretlige konsekvenser i ET 2010, s. 271 ff. og ET 2011, s. 3 ff. I offentligretlige forhold vil brug af bestikkelse i almindelighed indebære forvaltningsafgørelsens *ugyldighed*, idet afgørelsen vil lide af indholdsmangler.

*U.S. Foreign
Corrupt Practices
Act*

*Formueretlige
konsekvenser*

6.6. Andre forhold ved præstationshandlingen

6.6.a. Kreditormedvirken

Problemstillingen

I en række tilfælde kan ydelsen kun præsteres, hvis kreditor medvirker under opfyldelsesprocessen. Denne medvirken kan både omfatte selve det at *modtage* ydelsen og det at *udpege* eller *specificere* den. Kreditors undladte medvirken vil normalt forsinke opfyldelsen: Er aftalen affattet således, at B's medvirken er en betingelse for A's opfyldelse, vil B's passivitet udgøre *fordringshavermora*, der udover at udskyde det tidspunkt, hvorpå der skulle præsteres, ofte må håndteres som en misligholdelse.

Specifikationsret

Aftalen kan fastslå, at B har ret til at specificere ydelsen inden for visse tekniske og tidsmæssige grænser. Virkningen af B's passivitet vil her være, at levering gennemføres på grundlag af A's valg. KBL regulerer ikke spørgsmålet om kreditors ret til at specificere ydelsen. Ifølge CISG art. 65 kan sælgeren udøve købers ret til at specificere ydelsen i overensstemmelse med de af købers krav, han måtte kende. Reglen forudsætter altså, at sælger kender købers ønsker. En videregående ret for sælger til at bestemme "form, mål eller andre egenskaber ved varen" ville kunne fremtvinge en præstation, som køber ingen interesse har i.

Et særligt problem opstår, hvis årsagen til den manglende specifikation ligger i *kreditors insolvens*. I sådanne tilfælde har realdebitor en vis interesse i at angive de pågældende specifikationer på en måde, så ydelsen (der måske på specifikationstidspunktet er halvt færdigproduceret) kan realiseres på et marked.

Forsendelse

Præstation af overdragelige formuegoder indebærer som regel en *forsendelse* fra sælger til køber. Hvis ikke parterne selv står for forsendelsen, involverer den en tredjemands mellemkomst, f.eks. et oplagshus eller en transportør. Incoterms-klausulerne indeholder et antal standardiserede regler for, hvem der skal tage kontakt med transportøren og for hvis regning. Pkt. E, stk. 1, i den standardformular for internationale løsørekøb, der er optrykt i *Juridisk formularbog* (2004), s. 756 ff., henviser som udfyldende regel til FCA-klausulen, hvorefter levering sker ved overdragelse til transportøren.

6.6.b. Kontrolforanstaltninger

Særlige kontrolproblemer opstår, når præstationsafhængige betalinger skal udregnes på et grundlag, der ikke er kendt af begge parter. Problemet opstår f.eks. i *agenturforhold*, hvor agenten honoreres med en procentdel af en omsætning, og i visse *licens- og forlagsaftaler*, hvor der anvendes omsætningstal eller oplagstørrelser, se til illustration *U 2011.115 H*, hvor en licenstagers misligholdelse af dette krav, trods gentagne påkrav, fandtes væsentlig og hævebegrundende. Da en sådan kontrol kan være ensbetydende med, at licenstageren kompromitterer sine erhvervshemmeligheder, iværksættes den som regel via en troværdig tredjepart ("*audit*"), som parterne udpeger i fællesskab. I tillæg til en sådan ordning kan aftalen bestemme, hvordan debitor skal registrere de oplysninger, der er tale om at kontrollere.

Problemstillingen

Lovgivningen har på enkelte områder indbygget sådanne regler. Ifølge handelsagentlovens § 15 har handelsagenten som hovedregel ret til at afkræve agenturgiveren "alle oplysninger, herunder uddrag af forretningsbøger, som agenturgiveren har rådighed over, og som er nødvendige for, at agenten kan efterprøve, om provisionsnotaen angiver de provisionsbeløb, der tilkommer agenten". Afslår agenturgiveren at give disse oplysninger, eller er der begrundet tvivl om deres rigtighed, kan handelsagenten kræve, at agenturgiveren efter dennes valg giver agenten eller en af agenten udpeget statsautoriseret eller registreret revisor adgang til at undersøge uddrag af agenturgiverens forretningsbøger. En lignende ordning finder man i de selskabsretlige regler om granskning, jf. §§ 150-152 i selskabsloven. Om granskning i interessentskabsforhold, se *U 1967.738 Ø*, der tillod en interessent adgang med revisorbistand til interessentskabets regnskaber. OPHL § 57 giver detaljerede regler om afregning og kontrol i de tilfælde, hvor ophavsmandens vederlag afhænger af erhververens omsætning, salgstal eller lignende. Ophavsmanden kan da kræve, at den afregning, der ifølge bestemmelsen skal ske mindst én gang årligt, ledsages af fyldestgørende oplysninger om de forhold, der har ligget til grund for vederlagsberegningen. Ligeledes kan ophavsmanden kræve, at erhververens regnskaber, bogføring og lagerbeholdning samt attestationer fra den, som har udnyttet værket, ved den årlige afregning stilles til rådighed for en af ophavsmanden udpeget statsautoriseret eller registreret revisor. Revisor må oplyse ophavsmanden om den foretagne afregnings rigtighed og om eventuelle uregelmæssigheder, men har i øvrigt tavshedspligt. Disse regler kan ikke fraviges ved aftale til skade for ophavsmanden. Tilsvarende regler findes i aftalepraksis. ORGALIME's

Model Form of International Patent License Contract giver i clause 23.2 licensgiver en ret til “by means of an accountant appointed by him and approved by Licensee” at gennemgå de særlige optegnelser, som licenstagere har pligt til at udføre i medfør af aftalens clause 23.1. I *Normalformularen* mellem Dansk Forfatterforening og Den danske Forlæggerforening findes en regel, der nu svarer til OPHL § 57. Vilkår om revisionsadgang (audit) forekommer også hyppigt inden for offshoreindustrien, se *Askheim m.fl.* (1983), s. 127, og *Kaasen* (2006), s. 518 ff., om den bestemmelse, der i dag findes i *NTK 07* art. 20.5.

*Hemmelig-
holdelse*

De informationer, der fremkommer ved en sådan kontrolforanstaltning, er pr. definition fortrolige. Derfor må aftalen indbygge en mekanisme, der sikrer, at den troværdige tredjepart ikke kompromitterer den viden, han opnår gennem kontrolforanstaltningen – hverken til modparten eller til tredjeparter. Ofte vil tredjeparten efter de regler, der gælder for den type virksomhed, han udøver, være underlagt en sådan tavshedspligt. Det gælder f.eks., når tredjeparten er advokat eller statsautoriseret eller registreret revisor. Men selv i disse tilfælde kan der være behov for yderligere sikring. *NTK 07* art. 20.8, stk. 2, giver den part, mod hvem kontrolforanstaltningen (revisionen) foretages, ret til at kræve revisionen foretaget af en neutral revisor, såfremt leverandøren kan sandsynliggøre, at revisionen kan indebære fare for, at fortrolig information eller information, som ikke er relevant for kontrollens formål, kommer uvedkommende i hænde.

Omkostningerne

Der opstår et omkostningsspørgsmål, når kontrolbesøg – som det typisk sker – foretages ved udefrakommende bistand: Hvem skal betale honoraret for de måske adskillige timer, det har taget den statsautoriserede revisor at gennemgå relevant regnskabsmateriale? Som udgangspunkt bør det være den kontrolsøgende, der afholder disse omkostninger, men dette udgangspunkt kan modificeres. I forarbejderne til OPHL § 57, betænkning 1197/1990, s. 230, lægges det til grund, at ophavsmanden som udgangspunkt bærer omkostningerne ved denne revision. Ved kravets endelige fastlæggelse bør det dog tages i betragtning, om kontrolbesøget har afsløret uoverensstemmelser. Gode grunde taler for at lade licensgiveren (rettighedshaveren) bære omkostningerne, med mindre besøget afslører uoverensstemmelser. En sådan regel kan eventuelt nuanceres i aftalen gennem en tolerancetærskel, hvis størrelse bestemmes af, hvor præcist man i

almindelighed kan kontrollere de betalingsforpligtende omstændigheder. I visse transaktioner vil en margin på f.eks. 5 % være passende. Almindeligvis får licenstageren i ingen tilfælde ret til at debitere licensgiveren for den tid, han forbruger ved kontrolbesøget. Der er trods alt tale om en aktivitet med nær forbindelse til opfyldeshandlingen.

Et særligt reguleringsspørgsmål angår kontrollantens ret til at gennemgå *it-systemer* og til at medtage kopier (herunder fotokopier og digitale filer) af det materiale, kontrolhandlingen frembringer. Risikoen ved at tillade en sådan bevissikring ligger i faren for, at data kopieres i et omfang, der går videre end formålet, og falder i de forkerte hænder. Fordelen kan være, at kontrollantens tidsforbrug på stedet reduceres. Tendensen går nok i retning af at give en sådan ret. Noget tilsvarende gælder efter de amerikanske Federal Rules of Evidence om *discovery*, der i dag hovedsagelig retter sig mod elektroniske data (“e-discovery”).

*Kontrol af
it-systemer*

Tilsvarende kontrolforanstaltninger indbygges i aftaler, der indebærer, at en it-funktion skal afvikles (“driftes”) fra en installation, der befinder sig uden for kundens virksomhed. Formålet er altså ikke at afsløre leverandøren i at “snyde på vægten”, men at sikre en løbende overholdelse af de kvalitetsforventninger, der er indbygget i aftalen. Men fælles er behovet for at finde en balance, der afvejer leverandørens interesse i at *hemmeligholde* sin operation over for brugerens interesse i at opnå *sikkerhed*.

6.6.c. Anden risikohåndtering

Som anført i afsnit 6.2.d. tager aftalens regler om risikofordeling stilling til, hvem af parterne der skal bære byrder eller tab i tilfælde, hvor ingen af parterne på andet grundlag kan gøres ansvarlige for en uønsket tilstand. En sådan regulering bør rettes mod selve *præstationshandlingen*, herunder gennem muligheden for at etablere en *betingset* overdragelse, jf. herom afsnit 4.2.a., eller ved forskellige former for *tilpasningsklausuler* (hvorefter aftalen vil ændre indhold efter de ændrede ydre omstændigheder). Sådanne klausuler indbygges ofte i aftaler om komplicerede virksomhedsoverdragelser, jf. generelt *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), kapitel 10 om risikoafdækning, og i entreprisaftaler, jf. *Per Samuelsson* i *Festskrift til Rohde* (1999), s. 359 ff., med

eksemplifikation af de forskellige typer af risici, der håndteres i sådanne transaktioner.

Bevissikring

I visse transaktioner anses omstændigheder omkring leverings-handlingen for så væsentlige, at parterne på forhånd indgår af-tale om bevissikringen. I *NTK 07* er det bestemt, at parterne skal føre en “*leveringsprotokoll*”, hvori enkelthederne omkring leve-rancens aflevering anføres, henholdsvis “*ferdigattest*”, når leve-rancen er fuldbragt, se hertil art. 19 og *Kaasen* (2006), s. 485 ff. og 500 f.

Forsikring

Talrige formuegoder har en sådan værdi, at parterne vil blive udsat for uforholdsmæssige tab eller omkostninger, hvis formue-godet pludselig beskadiges ved udefrakommende handlinger el-ler stjæles. Her vil der ofte udvikle sig sædvaner om, hvornår ejeren, besidderen eller brugeren tegner forsikring mod sådanne skadestilfælde. Overdrages formuegodet fra A til B, må aftalen tage stilling til, hvorledes parterne skal forholde sig med forsik-ringer, der skal sættes i kraft med virkning for transaktionen, eller som allerede var i kraft, og som derfor overtages. Ved leve-ring af større tekniske anlæg mv. aftales det typisk, at leverandø-ren forsikrer det leverede frem til overtagelsesdagen.

Skal forsikringen også gælde efter overtagelsesdagen, bør den ikke tegnes uden erhververens indforståelse, medmindre den umiddelbart efter overtagelsesdagen kan opsiges, og den erlagte præmie udbetales som *ristorno*. Pkt. I i den Standardformular for Internationale Løsørekøb, der er optrykt i *Juridisk Formularbog* (2004), s. 756 ff., pålægger køber at tegne forsikring, der dækker varen på udvidede betingelser for et beløb svarende til 110 % af fakturabeløbet. Sælger skal være medforsikret, indtil varen an-kommer til bestemmelsesstedet, eller købesummen er betalt, og forsikringsselskabet skal underrettes om, at forsikringssummen kun må udbetales til andre end sælger eller sælgers ordre mod dokumentation for, at købesummen er betalt fuldt ud.

Kurssikring

Ligesom værdien af en realydelse kan sikres gennem forsikring, kan man sikre en pengebetaling i fremmed valuta mod kurstab. Midlet hertil er kurssikring, og løsningen forudsætter et aftale-forhold med en finansiel virksomhed, der – mod vederlag – på-tager sig denne kursrisiko. Skal et *beløb* omveksles fra en valuta til en anden, kan man gennem en aftale om kurssikring fast-holde værdien ud fra en given omvekslingskurs. Sker betaling i

form af *værdipapirer*, der skal sælges på en fondsbørs efter den til enhver tid gældende kurs, kan man også her sikre sig gennem en aftale, hvorved garanten indestår for, at papirerne kan sælges til en fikseret kurs (og dermed tager risikoen for, at den reelle kurs på salgstidspunktet er lavere).

Som anført i afsnit 2.2.d. kan den usikkerhed, parterne kan have om, hvorvidt en truende tilstand mv. består eller vil komme til udløsning, afbødes ved, at en kyndig og kvalificeret tredjepart afgiver certifikater eller andre *konstaterende erklæringer* om den pågældende tilstand. I det omfang den sagkyndige begår fejl i sin erklæring, kan dette efter omstændighederne give grundlag for erstatningsansvar, se hertil *IT-retten*, afsnit 18.2.c.

Certifikater mv.

7.1. Fælles problemstillinger

7.1.a. Problemstilling og kendetegn

Begreb

En aftale *ophører* i takt med, at de retlige forpligtelser, den består af, ikke længere eksisterer. Ophøret kan indtræde med et slag og ramme alle pligter, men ganske ofte ophører de forskellige pligter på forskellige tidspunkter, alt efter aftalens indhold. Visse pligter, herunder pligten til at iagttage diskretion, ophører f.eks. som udgangspunkt aldrig, jf. MFL § 19. I det hele taget kan der være tvivl om, i hvilket omfang retsvirkningerne af en aftale indtræder og ophører i forskellige relationer, se herved afsnit 7.2.a. (om ophævelse) og generelt i *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 5.1.e.

At aftalens pligter ophører, er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at parterne nu træder ud af et *obligationsretligt* “kontraktsforhold”. De befinder sig i et kontraktsforhold, indtil aftalen er *ophævet* (se hertil afsnit 8.4.c.) eller i sin helhed erklæret *ugyldig* (se hertil *Grundlæggende aftaleret*, kapitel 6). Ved disse ophørsformer forsvinder også de biforpligtelser (herunder diskretions- og loyalitetspligten), der ellers kan udledes af aftalen.

Opfyldelse

Den typiske ophørsgrund er, at aftalen *opfyldes*. Opfyldelsen vil normalt indtræde samtidigt med, at transaktionens formål er realiseret. Når parterne planmæssigt har præsteret deres opfyldeshandlinger, vil de typisk have fuldt overblik over den retstilling, de ønsker at have herefter. Ligeledes kan aftalen bringes til ophør ved gensidig overenskomst (*genforhandling*) eller gennem den ene parts ensidige disposition i henhold til særligt retsgrundlag (*opsigelse* eller *ophævelse*).

*Andre
ophørsformer*

Aftalen kan også ophøre af sig selv (ved *bortfald* eller *udløb*), fordi parterne mister interessen for den og opfører sig, som om aftalen ikke længere eksisterede (*desvetudo*). Dernæst kan aftalen støde på udefrakommende forhindringer, der gør det umuligt

for parterne at opfylde deres pligter (f.eks. offentligretlige *indgreb* og *restriktioner*).

De følgende bemærkninger koncentrerer sig om det *planlagte* aftaleophør. Et aftaleophør, der indtræder som følge af ophævelse, behandles som led i læren om misligholdelse, se hertil afsnit 8.4.c. Ophør, der skyldes udefrakommende omstændigheder og force majeure mv., behandles som led i umulighedslæren, jf. afsnit 8.5.

Et løfte og en aftale forpligter som udgangspunkt uendeligt. Derfor må løftets og aftalens ophør altid have hjemmel i et retsgrundlag. Dette retsgrundlag kan enten være *aftalt* (dvs. følge af løftet eller aftalen selv), eller det kan følge af en *lovbestemmelse* eller af almindelige *retsgrundsætninger*, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 119 ff., om “forudsat” adgang til opsigelse. Skulle en aftale høre op *uden for* sådanne tilfælde, ville den miste sin værdi som tilidsskabende retsgrundlag. Reguleringen af hvornår aftalen skal ophøre, er dermed indirekte en regulering af, *hvor fast* parterne antager, at dette retsgrundlag skal være.

*Ophørets
retsgrundlag*

Aftalens ophørsregulering beror på, om ophøret fremtræder som et *forventet skridt* (hvilket er tilfældet ved udløb eller opsigelse), om det giver *sig selv* (f.eks. ved opfyldelse), om ophøret følger i konsekvens af en *misligholdelsesbeføjelse* (f.eks. ophævelse og annullation), eller om det er retsfølgen i en *lovregel*, der udmønter et politisk ønske om at gøre indgreb i aftalte retspositioner (f.eks. ugyldighed og uvirksomhed som følge af beskyttelsespræceptiv lovgivning, ekspropriation eller konkurrenceretlige regler).

Funktion

Uanset om aftalen ophører ved parternes egen beslutning, eller om ophøret er fremtvunget af omstændigheder udefra, har parterne selv herredømme over aftalens ophør. Selv hvor aftalen støder på en forbudsregel, falder den ikke automatisk bort. Hertil kræves, at en af parterne gør forbudsreglen gældende over for den anden part, f.eks. ved blot at meddele, at parten med henvisning hertil nu anser aftalen for bortfaldet. En sådan meddelelse er et påbud, der har virkning ved fremkomst.

Parterne kan dog indgå anden aftale. Det følger f.eks. af Afsnit 4, § 1.1, i DBU's Spillerkontrakt, at aftalen ophører “uden ansvar for nogen af parterne”, såfremt klubbens 1. herreseniorhold af ordinære, sportslige

grunde rykker ud af Herre-DM, eller hvis klubbens 1. kvindeseniørhold af ordinære, sportslige grunde rykker ud af Kvinde-DM.

Aftaleregulering

Der er ikke altid behov for indgående aftaleregulering af ophørs-situationen. De udvekslede ydelser er måske overskuelige og ukomplicerede, og spektret af aftaleforpligtelser tilsvarende snævert. Men selv hvor der er behov for regulering, er det en kendsgerning, at parterne ofte forsømmer at afklare retsstillingen ved aftaleophør. Ved indgåelsen er de besjælet af den optimisme, der førte dem sammen i transaktionen. At skulle rejse de problemer, der vil følge af et aftaleophør, er ikke behageligt.

7.1.b. Ophørets retsvirkninger

Rækkevidde

Som nævnt må aftalens ophør have hjemmel i en *retsregel*, enten i aftalen selv (f.eks. et aftalevilkår om ophør) eller i baggrundsretten. Et aftalevilkår om ophør bør være lige så præcist i sine *retsvirkninger* som andre centrale aftalevilkår. Hvis andet ikke fremgår, må det formodes, at vilkåret tager sigte på *hele aftalen* og dermed alle dens øvrige vilkår. Men ser man på de retsvirkninger, der følger af aftalens enkelte vilkår, er der plads til mange nuancer i dette udgangspunkt. Skal der f.eks. være adgang til delvis opsigelse eller ophævelse? Og hvilke biforpligtelser overlever et ophør af aftalens hovedforpligtelser? Disse nuancer bør aftalen forholde sig til, mest hensigtsmæssigt i relation til de vilkår, hvormed der skal gælde særlige ophørsregler.

Et eksempel fra baggrundsretten er KBL §29 om købers ret til ved sælgers væsentlige forsinkelse at hæve købet for de *følgende* leveringers vedkommende. *U 1992.535 H* fastslog, at misligholdelsen af en pligt til at betale udgifterne ved videretransport af en båd ikke gav ret til at hæve købsaftalen om båden. *U 1988.671 H* nægtede køberen af nogle mangelfulde maskiner i en serie af leverancer ret til erstatning for så vidt angik leverede og ibrugtagne maskiner, hvorimod han kunne hæve for de ikke-leveredes vedkommende. Se også *U 1975.339 SH*, der i et "aftaleforhold" vedrørende en maskinleverance sondrede mellem den del af ydelsen, der bestod af selve det leverede, den, der bestod af information (rådgivning), og den (sekundære) ydelse, der præsteredes ved afhjælpningspligten. Tilsvarende resultater må man ofte også nå til i fortolkningen af offentligretlige restriktioner i aftaleindgåelsen.

Vilkår om aftaleophør giver anledning til særlige udfordringer i *aftalekomplekser*. Her må det afklares, om der bør gælde særskilte eller ensartede ophørsregler i hver af de *aftalekomponenter*, *aftalekomplekset* består af. Man må sondre mellem de *aftalekomplekser*, der billedligt set fungerer som “korthuse” (hvor en aftales bortfald får de andre til at falde sammen) og dem, der fungerer som “kabaler” (hvor en aftale kan erstattes af en anden uden skade på helheden), se *Grundlæggende aftaleret*, s.87f. Spørgsmålet er, om det giver mening at opretholde en *aftalekomponent* i sig selv, uanset om andre *aftalekomponenter* falder bort. I en sådan regulering kan der undertiden være behov for at *transformere* den aftale, der falder bort, til noget andet, f.eks. en *option* eller *forkøbsret*. Hvis en aftale om *køb* af en installation (f.eks. en bygning eller noget maskineri), som køberen er afhængig af, *hæves*, kan aftalen f.eks. give køberen ret til i stedet at *leje* installationen i perioden frem til, at en ny installation leveres. Se hertil afsnit 8.4.c. om sådanne lejeordninger.

Aftalekomplekser

En enkel reguleringsmetode består i at strukturere *aftalekomplekset* under en *hovedaftale*, der slår fast, under hvilke omstændigheder *dele* af *aftalekomplekset* f.eks. kan opsiges eller ophæves (og om retsvirkningerne af et sådant partielt *aftaleophør*). En mere kompliceret metode (som til gengæld gør det muligt at operere særskilt med de enkelte *komponenter* i *aftalekomplekset*) er at indføje *betingelser*, hvorefter én *aftalekomponent* (f.eks. en aftale om et byggeri) falder bort, hvis en anden *aftalekomponent* (f.eks. den aftale, der skulle finansiere byggeriet) gør det.

Når en aftale ophører ved opsigelse, er udgangspunktet, at dens hovedforpligtelser hører op. Det antages dog samtidig, at visse biforpligtelser ikke ophører i deres helhed. Det gælder f. eks. reglerne om lovvalg og konfliktløsning (som jo kan blive aktuelle længe efter, at parterne har opfyldt deres pligter) samt pligten til at respektere erhvervshemmeligheder. I stedet for at fokusere på hvad der “er” hoved- og biforpligtelser, bør aftalen søge at præcisere, hvilke forpligtelser der overlever. I samme forbindelse bør den fastslå sanktionerne ved misligholdelse af overlevende biforpligtelser, f.eks. i form af erstatning, forholdsmæssigt afslag eller konventionalbod.

*Overlevende
aftalepligter*

Nogle *aftalepligter* overlever aftalens ophør i kraft af *baggrundsretten*. Det gælder f.eks. pligten til at respektere erhvervs-

Baggrundsretten

hemmeligheder, jf. MFL § 19. Tidsbegrænsningen i bestemmelsens stk. 2 antages alene at henvise til den strafhjemmel, der følger af MFL § 30, stk. 4. Også aftalevilkår, der efter deres karakter først kan tænkes aktualiseret efter aftalens ophør, vil bestå trods bortfaldet. Hertil hører f.eks. dens bestemmesler om lovvalg og konfliktløsning.

*Konkurrence-
klausuler*

Konkurrenceklausuler gælder normalt kun i bestemte tidsrum, sml. AFTL § 38, der nævner tidsfaktoren som det første kriterium i vurderingen af konkurrenceklausulens rimelighed. Det samme gælder andre konkurrencebegrænsninger. Her kan en opretholdelse dog efter omstændighederne komme i konflikt med konkurrenceretlige regler.

Garantier

En aftale bør altid forholde sig til varigheden af de *garantier*, parterne har afgivet, og af de *hæftelser*, de har påtaget sig over for hinanden og tredjemand. I *forhandlerforhold* vil forhandleren f.eks. hæfte over for kunderne for mangler ved de leverede varer i medfør af *køberetlige* regler, uanset om *forhandlerforholdet* er ophørt, når hæftelsen aktualiseres. I mangel af modsat aftale må forhandleren derfor tage sig af kundeklager, selv om han ikke længere er forhandler. Det bringer både forhandleren og producenten i en vanskelig situation: Uden særlig aftale vil der være en risiko for, at *forhandleren* ikke kan udøve regres mod producenten for mangler ved produkter, producenten har leveret langt tidligere, end forhandleren har videresolgt dem til slutbrugere. Men en synkronisering er også nødvendig af hensyn til *producenten*: Den forhenværende forhandler er ikke inciteret til at yde optimal eftersalgsservice. For at undgå *badwill* som følge af dårlig service kan producenten derfor være interesseret i selv at tage sig af kundeklager efter forhandlerforholdets ophør.

*Ansvars-
forsikring*

Skal en part tegne ansvarsforsikring (f.eks. erhvervs- og produktansvarsforsikring), vil aftalen typisk forpligte parten til at opretholde denne forsikringsdækning, uanset om aftalen i øvrigt er opfyldt. En sådan dækning vil normalt følge et skadesårsagsprincip, jf. FAL § 91.

7.1.c. Ydelsens tilbagegivelse mv.

Udgangspunkt

Når en aftale, der involverer en levering af et formuegode fra A til B, *opfyldes*, vil det som regel være klart, om det leverede skal gives tilbage efter aftaleophør. En sådan pligt gælder f.eks. i le-

jeforhold, men ikke i køb. Men mellemformer kan forekomme, og i visse tilfælde (f.eks. ved finansiel leasing) kan det give anledning til tvivl om – og i givet fald hvordan – der skal ske tilbagegivelse. Hertil kommer, at selve tilbagegivelsen kan volde problemer, hvis aftalen ophører uforudset (f.eks. ved en uventet *opsigelse* eller ved *ophævelse*), eller hvis den angår accessoriske ydelser, som A overgiver til B i forbindelse med aftaleopfyldelsen. Som eksempler herpå kan nævnes nøgler, firmabiler, sagsmateriale, tekniske tegninger og visitkort. Er de værdier, som parterne skulle tilbagegive, *ikke til stede*, gælder princippet i KBL § 58, hvorefter ophævelse alligevel kan ske, hvis undergangen "... skyldes en hændelig begivenhed eller genstandens egen beskaffenhed eller foranstaltninger, som udkrævedes til dens undersøgelse, eller som er trufne inden den mangel, der medfører ophævelse af købet, er opdaget eller burde være opdaget."

Det er langt fra givet, at parterne ønsker at fastholde baggrundsrettens udgangspunkt om ydelsernes tilbagegivelse ved aftaleophør. Er ydelsen særligt tilpasset køberens forhold, vil den måske helt savne markedsværdi. Leverandøren kan imidlertid have interesse i at få returneret ethvert produkt eller formugode, der kan give omverdenen indtryk af, at der fortsat består et retsforhold med en tidligere samarbejdspartner. Dermed imødegår han bl.a. risikoen for, at der indtræder en legitimation og heraf følgende aftalebinding efter de særlige regler om adfærds- eller tolerancefuldmagt.

Om immaterialrettigheder bør føres tilbage til den oprindelige rettighedshaver efter aftalens ophør, beror på formålet med transaktionen. Skal en forfatter f.eks. generhverve sin ret til at trykke bogen, når forlaget har udsolgt alle de eksemplarer, det har haft ret til at trykke? Svaret må som udgangspunkt være ja. Ellers ville de overdragne rettigheder ligge døde hen uden mulighed for nyttiggørelse. Denne tanke kommer til udtryk i OPHL § 54, der giver ophavsmanden ret til at hæve en udnyttelsesaftale, hvis erhververen ikke har udnyttet værket inden en rimelig tid eller senest fem år efter, at aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side.

Hvis et udviklingsprojekt, hvor parterne har udvekslet *teknisk dokumentation* (tegninger, kildetekster og lignende), ophører inden færdiggørelsen, vil der være en formodning for, at hver part skal have den dokumentation udleveret til sig, der dækker de

*Regulerings-
behovet*

*Immaterial-
rettigheder*

Dokumentation

rettigheder, parten står tilbage med efter ophøret. Princippet må være, at den part, der råder over en immateriel rettighed, også råder over de medier, hvor retten materialiseres.

7.1.d. Leverandørskift

Problemstilling

Den part, der bringer en aftale med sin leverandør til ophør, vil ofte ønske at få en ny leverandør på banen. Praktiske grunde kan dog vanskeliggøre dette leverandørskift, og uden en særlig aftaleregulering kan den tidligere leverandør blive sat i en situation, hvor han – retmæssigt – kan gøre det vanskeligt for den nye leverandør at træde i hans sted.

Opfyldelseskritisk information

Er der tale om en kompleks ydelse, som skal tilpasses kundens forhold, kan det tænkes, at den tidligere leverandør har oparbejdet en detaljeret viden om kundens forhold, som er afgørende for leverancen, og som det vil være kostbart for den nye leverandør at skaffe sig. Uden en særlig aftale herom har den tidligere leverandør imidlertid ingen pligt til at give sådanne oplysninger fra sig.

Problemet opstår navnlig ved it-systemer, som den tidligere leverandør har installeret og vedligeholdt på grundlag af tilpasset standardprogrammel (såkaldt standard/ramme-systemer). En sådan tilpasning koster betydelige investeringer, og er den af høj kvalitet, har den også værdi for en efterfølgende leverandør. Derfor er det afgørende, om aftalen giver leverandøren eller kunden retten til denne opsætning. Ligger retten hos leverandøren, vil det reelt ikke være muligt at sætte en anden leverandør i hans sted.

Ofte vil opsætningen fremstå som en *bearbejdning* af det program, der anvendes, jf. OPHL § 4, stk. 1. I mangel af særskilt aftale vil man antage, at retten til denne bearbejdning går over til kunden i det omfang, en sådan rettighedsoverdragelse er nødvendig, for at aftalen kan opnå sit formål, se *IT-retten*, afsnit 6.5.b., og OPHL § 53, stk. 3. Situationen er en anden, hvis leverandørens erhvervshemmeligheder kan aflæses i opsætningen. I så fald må der være en formodning for, at leverandøren kan forhindre, at disse erhvervshemmeligheder kommer til kendskab for en konkurrent, der indtræder som ny leverandør.

Derfor bør aftalen tage stilling til, om leverandøren ved aftaleophør skal afgive teknisk *dokumentationsmateriale* til kunden

eller til den nye leverandør, og i bekræftende fald om dette skal ske vederlagsfrit. Dette tema kan være ret så penibelt, fordi den nye og den hidtidige leverandør typisk vil være konkurrenter. Undertiden kan konkurrenceretlige regler pålægge den tidligere leverandør at stille disse oplysninger til rådighed for kunden, eventuelt via den nye leverandør.

Aftalen bør også tage stilling til, om leverandøren skal stille dokumentation vedrørende sine *produkttilpasninger* til rådighed for brugeren. Skal han ikke det, kan det være relevant at aftale, at leverandøren på *ad hoc*-basis skal yde *vedligeholdelse* eller anden *teknisk bistand* til kunden for det system, han nu ikke længere skal drifte. En sådan aftale kan eventuelt knytte sig til en indledende periode, efter at den nye leverandør har overtaget ansvaret for systemet.

*Produkt-
tilpasninger*

For at kunne vedligeholde teknisk udstyr er det ofte nødvendigt at have adgang til reservedele eller forbrugsmaterialer, som alene kan erhverves hos den producent, der har leveret udstyret. Er leverandøren ude af billedet, vil det være kritisk for den nye leverandør at kunne erhverve sådanne reservedele. Er reservedele ikke til salg på det almindelige marked, kan det være nødvendigt at fastslå en særlig pligt for den tidligere leverandør til at stille sådanne materialer mv. til rådighed.

*Reservedele,
kildetekster mv.*

Et tilsvarende problem opstår, hvis den tidligere leverandør har leveret et softwarebaseret system, som alene kan vedligeholdes under anvendelse af programkildetekster, som leverandøren har i sin eksklusive besiddelse som erhvervshemmelighed. I sådanne tilfælde vil man ofte indgå aftale om kildetekstdeponering, jf. herom s. 393. En sådan aftale vil navnlig kunne tage højde for den situation, at leverandøren er afskåret fra at medvirke ved aftaleopfyldelsen pga. død eller insolvent bobehandling, eller fordi han af andre grunde ikke længere kan disponere.

7.2. Ugyldighed

7.2.a. Begreb

Efter almindelig terminologi siges en aftale at være ugyldig, når den hverken forpligter til naturalopfyldelse eller til positiv opfyldelsesinteresse. Ugyldighed indtræder som udgangspunkt kun på

grundlag af en særskilt hjemmel (ugyldighedsgrund), men denne hjemmel behøver hverken at findes i aftalen selv eller i lovgivningen. Den baggrundsret, der udfylder den enkelte aftale, sammensættes ofte ud fra friere overvejelser, hvor forudsætningslæren spiller den største rolle. Dansk rets regler om aftalers ugyldighed omtales i *Grundlæggende aftaleret*, kapitel 6.

Ugyldighed pga. *efterfølgende omstændigheder*, f.eks. i medfør af reglerne om bristede forudsætninger eller efter generalklausulen i AFTL § 36 (der ifølge stk. 2 også inddrager senere indtrufne omstændigheder i vurderingen), kan ikke afskæres ved aftale. Derimod kan parterne forsøge at modvirke situationer, hvor en ugyldighedsindsigelse kan rejses. Det kan de f.eks. gøre ved at *orientere* hinanden om forhold, der kan fremkalde sådanne indsigelser, og ved i sådanne tilfælde at vedtage regler om *genforhandling*, f.eks. hvis der opstår en økonomisk ubalance i transaktionen. Se om denne problematik *Trine-Lise Wilhelmsen: Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*, TfR 1995.1 ff.

7.2.b. Ugyldighedens retsvirkninger

Ifølge terminologien i AFTL rammer den aftaleretlige ugyldighed de enkelte *løfter* i aftalen. Men når de enkelte løfter er gjort afhængige af andre løfter i et aftaleforhold, vil ugyldigheden ofte forplante sig. *Løfte x's* ugyldighed vil dermed ramme *løfte y* etc. Dermed bliver den praktiske stilling ofte den, at hele aftalen falder sammen som et korthus. En påstand om, at "aftalen" er ugyldig, kan føre til tvivl om, hvilken *ugyldighedsvirkning* der hævdes. Denne tvivl kan bl.a. opstå i relation til konkurrenceklausuler eller hemmeligholdelsesaftaler.

Når en ugyldighed rammer "aftalen", er det udgangspunktet, at sådanne biforpligtelser også falder bort, se hertil afsnit 7.1.a. Men da ugyldigheden ikke nødvendigvis rammer hele aftalen, men derimod kun nogle af de løfter, den består af, vil de kritiske biforpligtelser ofte overleve ugyldigheden. Aftalen kan tage højde for en sådan usikkerhed ved f.eks. at fastslå den specifikke virkning af, at enkelte aftaledele erklæres ugyldige (hvilke øvrige bestemmelser fastholdes da, og på hvilken måde?). For at sikre sig mod en ugyldighed, der indtræder ved *offentlig bestemmelse* (f.eks. efter de konkurrenceretlige regler), kan aftalen gøres *suspensivt betinget* af, at den i sin færdige form kan godkendes af

den kompetente myndighed (se herved konkurrencelovens § 8, stk. 2, eller § 9). Parterne kan også gøre aftalen *resolutivt betinget* af, at der ikke nedlægges konkurrenceretlige påbud mod nogen del af den.

7.2.c. Delvis ugyldighed

Når en ugyldighedsvirkning ikke rammer hele aftaleforholdet, kan der være behov for at regulere virkningen af “delvis ugyldighed”, dvs. hvor ét ud af flere løfter erklæres ugyldigt. I amerikansk aftalepraksis imødegås denne risiko ved såkaldte “*severability clauses*”, hvorefter en enkelt bestemmelses ugyldighed ikke påvirker gyldigheden af de øvrige.

Problemstilling

En *severability clause* kan f.eks. lyde: “If any covenant or other provision of this agreement is invalid, illegal, or incapable of being enforced, by reason of any rule of law, administrative order, judicial decision or public policy, all other conditions and provisions of this agreement shall, nevertheless, remain in full force and effect, and no covenant or provision shall be deemed dependent upon any other covenant or provision unless so expressed herein.”

I vurderingen af, om en sådan klausul bør vedtages, spiller det ind, at vor aftaleret er præget af stor fleksibilitet. Domstolene tillader sig stor frihed til at fortolke og udfylde regler. Det er af samme grund tvivlsomt, om en sådan bestemmelse afgørende vil flytte den vurdering, domstolene alligevel ville anlægge om dette spørgsmål.

*Regulerings-
behov?*

7.3. Udløb og forældelse mv.

7.3.a. Udløb

En aftale kan klausuleres således, at bestemte rettigheder skal gøres gældende inden for bestemte tidsfrister. A giver f.eks. B en *licens* til en immaterialret, som B ikke nødvendigvis agter at gøre brug af, men som i givet fald skal udnyttes inden en bestemt dato. Eller A afgiver en *option* eller stiller en *garanti*, som inden for en periode skal gøres gældende. Når tidsbegrænsningen udløber, uden at retten er gjort gældende eller videreført, vil retten

Begreb

falde bort. Hjemler aftalen ikke andre præstationer, vil den dermed være *udløbet*.

*Immaterielle
rettigheder*

Licensaftaler vedrørende tidsbegrænsede *immaterielle rettigheder* tidsbegrænses typisk efter rettens varighed. For det første vil der ikke være nogen “eneret” at betale for efter dette tidspunkt. For det andet vil en sådan betalingspligt kunne kollidere med konkurrenceretlige regler. Se til illustration *U 1991.652 H*, der i en situation, hvor licensaftalen omfattede andet og mere end selve patentet, antog, at pligten til at betale royalty ikke var bortfaldet ved patentets udløb. Se også landsrettens dom i *U 1998.907 H*. En licenaftale, der pålægger licenstageren pligt til at betale for benyttelse af en teknologi mv., der ikke beskyttes immaterialretligt, vil ofte være i strid med konkurrencelovens § 6 (og tilsvarende TEUF art. 101, stk. 1), fordi pligten hertil indebærer en konkurrencebegrænsning. Som det fremgår af præmisserne til *U 2012.3007 H* anlægges denne konkurrenceretlige vurdering meget konkret.

Diligenspligt

I aftaler, der er planlagt til at udløbe på bestemte tidspunkter, vil den ene part ofte optræde som *administrator* af transaktionen (f.eks. et abonnement på en løbende ydelse). Hvis ikke den anden part ved eller bør vide, at aftalen nu udløber, kan det følge af den aftaleretlige loyalitets- og omsorgspligt (diligenspligt), at den administrerende part skal orientere modparten om aftaleudløbet. Dette kan navnlig være nærliggende, hvis en forsikring f.eks. dækker skade på en ydelse, der er kritisk for den forsikrede. For brandforsikring opstiller FAL § 84 den regel, at en forsikring, der gælder for et tidsrum af et år, skal betragtes som fornyet for et år ad gangen, medmindre forsikringstageren eller selskabet har opsagt den senest en uge før forsikringstidens udløb, og medmindre andet må anses aftalt.

*Betingelsers
udløb*

Et særligt reguleringsbehov kan opstå, hvis aftaleudløbet er *betinget*, f.eks. således at aftalen udløber, *medmindre* B inden en bestemt dato har givet A meddelelse om, at den skal fortsætte. Her kan der, som netop anført, være behov for at regulere de nærmere omstændigheder ved udløbstidspunktet, f.eks. således at A kun kan gøre gældende, at aftalen er udløbet, hvis A har givet B underretning om det forestående udløb i en periode forud herfor. Også her kan det tænkes, at almindelige regler om diligenspligt pålægger A en sådan underretningspligt.

7.3.b. Forældelse og reklamation

Nært forbundet med aftalens udløb er de tilfælde, hvor en pligt ophører pga. forældelse eller ved manglende reklamation. Parterne kan frit vedtage særlige regler for reklamation. Derimod kan de kun inden for rammerne af forældelseslovens § 26 beslutte, at bestemte krav kun kan gøres gældende inden for bestemte tidsfrister. Ifølge denne bestemmelses *stk. 1* kan loven ikke fraviges til skade for skyldneren ved forudgående aftale. Efterfølgende aftaler, dvs. aftaler indgået, efter at forældelsesfristen er begyndt at løbe, kan dermed gyldigt indgås. Bestemmelsens *stk. 2* foreskriver, at loven heller ikke ved forudgående aftale kan fraviges til skade for kreditor (i rollen som forbruger), når denne hovedsagelig handler uden for sit erhverv, og debitor er en erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv.

Regler om forældelse kan være vanskelige at udskille fra regler om manglende reklamation og om virkningen af passivitet mv. Forskellen handler om, hvorvidt reguleringen angår betingelserne for, at et krav kan *gøres gældende*, eller om den knytter sig til et opstået krav *bortfald*. Hvor overholdelsen af en reklimationsregel kan betragtes som en betingelse for, at et misligholdelseskrav opstår, forholder forældelsesregler sig til, hvordan det opståede krav bortfalder igen efter en vis, typisk længere, periode. Et mangelskrav i køb kan f.eks. kun rejses, hvis det fremsættes senest 2 år efter overgivelsen af salgsgenstanden. Når kravet herefter er rettidigt fremsat, forældes det efter den 3-årige regel i forældelseslovens § 3.

De begrundelser, der ligger bag lovgivningens forældelsesregler (herunder ordens- og forventningshensynet), kan tale for at indføre reklimationsregler om krav, som det senere kan være vanskeligt at føre bevis om. F.eks. kan det være relevant at aftale, at krav på betaling af bod eller rentegodtgørelse bortfalder, hvis det ikke er rejst inden for bestemte frister. Sådanne frister forekommer ligeledes hyppigt i aftaler om virksomhedsoverdragelser, hvor parterne ofte vil have behov for klarhed om udsigten til krav baseret på "*representations and warranties*" (se hertil s. 396 f.) inden for bestemte tidsfrister.

Koncipering af reklimationsfrister bør være meget præcise i deres tidsmæssige forankring. Navnlig i internationale aftaleforhold kan der opstå tvivl om, hvorvidt der f.eks. skal kunne frem-

Problemet

*Regulerings-
behov*

Koncipering

sættes påkrav på en national helligdag. Ligeledes kan der opstå tvivl om, hvordan en tidsfrist angivet i “dage”, “måneder” og “år” beregnes.

Til inspiration for, hvorledes en sådan regulering lægges til rette, kan man skele til bestemmelsen i selskabslovens § 23. Ifølge denne bestemmelse begynder de frister, der er fastsat i eller i henhold til denne lov, at løbe fra og med dagen efter den dag, hvor den begivenhed, som udløser fristen, finder sted. Dette gælder ved beregning af såvel dage- som uge-, måneds- og årsfrister, stk. 1. Er fristen angivet i uger, udløber fristen på ugedagen for den dag, hvor den begivenhed, som udløste fristen, fandt sted, stk. 2. Er fristen angivet i måneder, udløber fristen på månedsdagen for den dag, hvor den begivenhed, som udløste fristen, fandt sted. Hvis den dag, hvor den begivenhed, som udløste fristen, fandt sted, er den sidste dag i en måned, eller hvis fristen udløber på en månedsdato, som ikke findes, udløber fristen altid på den sidste dag i måneden uanset dens længde, stk. 3. Er fristen angivet i år, udløber fristen på årsdagen for den dag, hvor den begivenhed, som udløste fristen, fandt sted, stk. 4. Udløber en frist i en weekend, på en helligdag, grundlovsdag, juleaftensdag eller nytårsaftensdag, udstrækkes fristen til den førstkommende hverdag, stk. 5.

7.3.c. Prækclusion og mortifikation

Begreb og funktion

I skifteretten betegner prækclusion den form for ophør af et krav, der indtræder, når en part har undladt at efterkomme en *offentligt kundgjort opfordring* til at gøre kravet gældende. En tilsvarende ordning kan indbygges i private aftaler, hvor en ubestemt flerhed af kreditorer kan tænkes at dukke op. Her kan der være behov for at fastslå en procedure for at kunne bringe en ret til ophør under omstændigheder, hvor modparten ikke er på banen, men omvendt bør have chancen for at komme det. En sådan procedure kendes f.eks. i selskabslovens § 60, stk. 6, nr. 6, der giver hjemmel for at mortificere ejerbeviser uden dom.

7.4. Opsigelse

7.4.a. Terminologi og problemstilling

Begreb

Som anført *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.4.c. er en opsigelse en meddelelse til en aftalepart om, at aftalen – i overensstem-

melse med de regler, der gælder for den – ønskes bragt til ophør med virkning fra et bestemt tidspunkt. Aftaleforholdet slutter dermed normalt og ofte i bedste fordragelighed. Opsigelsen er et *påbud*, fordi den pålægger sin modtager pligt til at respektere, at aftaleforholdet (alt efter opsigelsens indhold og retsvirkninger) nu ikke længere skal være gældende. Derfor må den udtrykkes utvetydigt. En faktisk adfærd, f.eks. om at man er utilfreds med aftalen, kan ikke betragtes som en opsigelse, sml. *U 2013.1832 H*, der ikke fandt, at en ansats meddelelse om, at hun ville ophøre med at varetage visse opgaver, var en opsigelse af ansættelsesforholdet. Af samme grund vil en opsigelse som udgangspunkt først opnå sine retsvirkninger, når den er *kommet frem* til modtageren. Se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 81 og afsnit 3.1.g.

Regler om opsigelse vil normalt bestemme, at opsigelsen først træder i kraft (med den virkning at aftalen ophører) efter en bestemt periode, kaldet *opsigelsesperioden*. Opsigelsesperioden falder altså mellem tidspunktet for opsigelsens *fremkomst* og til dens *retsvirkning* (aftaleophøret). Når en part opsiger en aftale, som ellers i en periode fremover ville have skabt grundlaget for en profitabel transaktion for modparten, berøver han modparten dette økonomiske udkomme. Hvis opsigelsen udvirker en afslutning af aftaleforholdet, som den ene part ikke ønsker, kan den rumme et ubehag for denne part, der minder om situationen ved ophævelse. Det er imidlertid vigtigt at slå den principielle skillelinje fast: Opsigelsen sker *inden for* aftalens rammer og i overensstemmelse med dens vilkår, og den bevarer dermed *kontraktsforholdet*. Ophævelsen bringer aftalen til ophør i utide og har rod i, at den ene part ikke har overholdt sin del af aftalen. Efter en ophævelse er der ikke noget kontraktsforhold længere og dermed heller ingen loyalitetspligt mv.

Enhver opsigelse må af samme grund have hjemmel. Denne hjemmel kan enten ligge i lovgivningen – f.eks. funktionærloven eller lejeloven – eller i en aftalt opsigelsesregel. Er der intet aftalt, vil man ud fra forudsætningsbetragtninger kunne udfylde aftalen med et passende opsigelsesvarsel, medmindre det ud fra forholdene ligger klart, at parterne har tilsigtet uopsigelighed. Se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 119 ff., om “forudsat opsigelse”. Se i øvrigt om udførelse eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter, *Hans Henrik Edlund* i ET 2006, s. 296 ff.

Funktion

Hjemmel

Præceptive regler

Parterne kan som hovedregel frit fastsætte opsigelsesvarslet for deres aftale. I visse aftaleforhold er aftalefriheden herom dog begrænset af beskyttelsespræceptive regler. Sådan er det f.eks. i funktionæransættelser (jf. funktionærlovens § 2), ved leje af fast ejendom (jf. lejelovens kapitel XIII), i handelsagentur (jf. handelsagentlovens § 22) og i visse forbrugeraftaler (jf. herved forbrugeraftalelovens § 28).

7.4.b. Opsigelsesvarslet*Værdi og varsel*

Parterne vil ofte fastsætte deres opsigelsesvarsel ud fra en vurdering af, hvad det koster parterne, henholdsvis er værd for dem, at aftalen står fast. På den *ene* side må parterne tage højde for, hvilken tid der vil gå med at (1) realisere fortjenesten i den transaktion, der bragte parterne sammen, og med (2) at transformere transaktionen, således at den – om muligt – kan fortsætte med en anden part. På den *anden* side må de tage i betragtning, (3) hvilken belastning A vil møde ved at skulle videreføre et aftaleforhold med B. Problemet er jo, at B ikke længere er aftalepart, når opsigelsen træder i kraft, og derfor heller ikke i perioden herefter er underlagt den loyalitetspligt, der gælder i aftaleforholdet.

Afvejningen af disse hensyn betyder, at længden af et opsigelsesvarsel varierer fra aftale til aftale og fra part til part. Mellem deltagerne i et *interessentskab*, der hver for sig forventes at skulle præstere en del af virksomhedens finansiering, og som typisk lægger rammerne for parternes erhvervsudøvelse og grundlaget for deres privatøkonomi, vil der f.eks. være grundlag for et langt opsigelsesvarsel. I en aftale med en ekstern *rådgiver*, der lønnes på timebetaling, klarer man sig ofte helt uden opsigelsesvarsel.

Opsigelse ved aktivoverdragelse

Langsigtede opsigelsesfrister kan virke som en barriere mod virksomhedsoverdragelser, der ønskes gennemført som aktivoverdragelse, se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.e. Hvis ikke A har ret til at frigøre sig fra en langsigtet leveringspligt, afskæres A fra at kunne overdrage sin virksomhed, ligesom han i denne periode er aftaleforpligtet til at levere til B. Sådanne modhensyn kan dog afbalanceres gennem særlige regler, der f.eks. går ud på, *at* A kan lade en anden part (C) indtræde i sine rettigheder *og pligter* med B's skriftlige samtykke, *at* B ikke kan nægte sit samtykke uden saglig grund, og *at* der ikke vil foreligge saglig grund til nægtelsen, hvis A kan dokumentere, at C i henseende til øko-

nomisk og teknisk kunnen er mindst lige så egnet til at forestå opgaven som A.

Uopsigelige aftaler eller aftaler med flere årtiers varighed anvendes ofte på forsyningsområdet og i visse faste samhandelsforhold, jf. f.eks. *U 1988.1042 H*, der tilsidesatte en 25-årig uopsigelighed i en fyringsolieforhandleraftale (forholdet er nu lovreguleret ved lov om benzinforhandlerkontrakter, jf. lovbekendtgørelse nr. 1718 af 18. december 2010). Den eneste grænse ligger i AFTL § 36, der bl.a. kan anvendes i tilfælde, hvor den lange uopsigelighed udelukkende tjener den ene parts formål om at binde den anden til sig. Se f.eks. *U 1980.917V* der tilsidesatte en 10-årig uopsigelighedsklausul i en haglskadeforsikring. Omvendt kan uopsigeligheden understøtte begge parter økonomiske forudsætninger for transaktionen, som f.eks. den uopsigelighed, der gælder i en leasingaftales grundperiode.

Den principielle og skarpe grænse mellem opsigelse og misligholdelse kan fortone sig, hvis aftalen giver en part adgang til at opsiges aftalen med *forkortet varsel*, når bestemte forhold (f.eks. ikke-realiserede salgsmål) indtræder på den anden parts side. Denne variant kan bl.a. være relevant i tilfælde, hvor A's forudsætninger for sin forpligtelse bortfalder af grunde, der ikke kan bebrejdes B, og som B derfor ikke vil indestå for: Ejerkredsen bag et selskab ændres, eller en nøgleperson, der forudsættes at skulle stå for det praktiske arbejde ved aftalens opfyldelse, forlader sin stilling. Sådanne forhold kan efter omstændighederne give grundlag for aftalebortfald efter synspunktet om bristende forudsætninger. Ved at aftaleregulere forholdet undgår man imidlertid den usikkerhed, en forudsætningsvurdering altid vil være forbundet med. Se som eksempel herpå den på s. 233 f. citerede *change of control*-bestemmelse.

En anden variant er at aftale *prøveperioder*, jf. f.eks. dommen i *U 1974.775 B*, der anså en abonnementsaftale for udløbet efter prøveårets udløb. En mellemform mellem prøveperioden og det løbende aftaleforhold er vilkår om *automatisk forlængelse* af et tidsbegrænset aftaleforhold, f.eks. således at aftalen videreføres i yderligere en eller flere afgrænsede perioder, hvis ikke der senest på et bestemt tidspunkt er givet meddelelse om, at det skal opføre. Se til illustration *U 1985.967V*, hvor B ikke var bundet af en forlængelse af en aftale, selv om han ikke – som aftalt – hav-

Opsigelse som alternativ til ophævelse

Prøveperioder

de modsat sig automatisk forlængelse, da A ikke havde mindet B om, at han skulle give denne meddelelse, se bemærkningerne herom s. 366. Endelig kan man aftale *forlængelsesoption*, f.eks. således at aftalen kun fortsætter, hvis den ene part udtrykkeligt anmoder herom. Sådanne optioner aftales typisk i leasingforhold. Se også *U 2010.1517 V*, hvor lejerens af en grund i en ferieby havde option på at fortsætte lejeforholdet i en ny 30-årig periode – den aftalte option gav dog ikke støtte for, at forlængelsen skulle ske på identiske vilkår.

I visse aftaleforhold er det praksis at give den opsagte part økonomisk kompensation for opsigelsen. Et sådant krav følger i medfør af handelsagentloven, se nærmere lovens §§ 25-28 (der ifølge § 29 er præceptive), og er f.eks. praksis i direktørkontrakter, der ofte indeholder regler om såkaldt *fratrædelsesgodtgørelse* (dvs. om selskabets betaling, der ikke modsvares af nogen arbejdspligt for direktøren). Aftaler om fratrædelsesgodtgørelse til personer bæres også af skattemæssige argumenter. Fratrædelsesgodtgørelsen beskattes med en lavere sats, jf. ligningslovens § 7 U.

*Manglende
aftale om
opsigelsesvarsel*

Det hænder ikke sjældent, at parter i kommercielle transaktioner ignorerer opsigelsestemaet under aftaleforhandlingen. Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 119 ff., vil domstolene i mangel af særlig vedtagelse udfylde aftalen med et opsigelsesvarsel, der må anses for "forudsat" i aftaleforholdet. I overensstemmelse med den deklaratoriske regel i dansk ret fastslår DCFR III – 1:109 (2) og PECL art. 6.109, at en aftale indgået for en ubegrænset periode, kan bringes til ophør af hver af parterne med rimeligt varsel.

I *U 2004.148 H* udtaler Højesteret generelt, at det i et langvarigt eneforhandlerforhold som det i sagen foreliggende må være udgangspunktet, at eneforhandleren har krav på et opsigelsesvarsel på 6 måneder, og at der ikke var oplyst sådanne særlige omstændigheder, at der var grundlag for at fravige dette udgangspunkt. Se ligeledes *U 2000.567 H* (6 måneder), *U 1993.130 H* (3 måneder) og *U 1976.947 SH* (6 måneder i en 20-årig forhandleraftale). Se også *U 1977.413 H*, der indfortolkede et 12 måneders opsigelsesvarsel i en aftale om trykning af lokalaviser (svarende til det varsel, parterne var gået ud fra i deres indledende forhandlinger) og *U 2009.1159 H*, der antog, at et samarbejde mellem et transportfirma og et distributionsfirma om afhentning, transport og distribution af pakker kunne opsiges med 3 måneders varsel. Transportøren skulle stille 17

lastbiler til distributørens rådighed med distributørens logo. Samarbejdet havde varet ca. 5½ år.

7.5. Ændringsregulering

7.5.a. Aftaleændring ved opsigelse

Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.3.b. og ovenfor i afsnit 4.5.c. kan en part tage skridt til at udvirke en ensidig ændring i en løbende aftale ved at opsiges aftalen og markere, at den alene ønskes fortsat på nærmere anførte, ændrede vilkår. Aftalen ændres i så fald, når modparten ved sin passivitet eller på anden måde accepterer de nye vilkår. Sker det, vil den tidligere aftale være videreført med den nye. Som anført de citerede steder kan vilkår, der hjemler en sådan negativ aftalebinding, efter omstændighederne tænkes underkendt som urimelige i forbrugerforhold. Vilkår herom vil dog almindeligvis være gyldige, når de varetager saglige hensyn til den erhvervsdrivende parts mulighed for at administrere sine masseaftaler.

Problemstillingen

For finansielle virksomheder er adgangen til at gennemføre ensidige ændringer i løbende aftaleforhold i øvrigt underlagt de særlige regler, der følger af § 6, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 729 af 12. maj 2015 om god skik for finansielle virksomheder. Ændringer til ugunst for kunden af renter, gebyrer, bidrag eller andet vederlag må således ikke finde sted uden et forudgående varsel, der ikke må være kortere end en måned, og som indeholder en begrundelse for ændringen. For boliglån kan ændringer i gebyrer, bidrag eller andet vederlag dog ske uden et varsel på tre måneder eller mere. Disse begrænsninger gælder dog ikke for ændringer, der er begrundet i udefrakommende forhold, som den finansielle virksomhed ikke har indflydelse på. Ved ændringer i bidrag og væsentlige ændringer i andet vederlag eller ved opkrævning af et nyt vederlag skal varslingen ske til kunden ved individuel kommunikation, inden ændringen får virkning. Såfremt kunden har ret til at opsiges aftalen, skal dette fremgå af varslingen, og det skal desuden oplyses, under hvilke betingelser kunden kan opsiges aftalen. De nævnte regler finder ikke anvendelse for varsling af ændringer i skades- og livsforsikringsprodukter.

En ukritisk gennemførelse af forsøg på at udvirke aftaleændringer ved opsigelse kan dog også medføre komplikationer. Vælger mod-

Komplikationer

parten at tage opsigelsen for pålydende, hvorved aftaleforholdet bringes til ophør, kan opsigelsen udløse særlige sanktioner, f.eks. ifølge reglerne om godtgørelse for usaglig opsigelse i ansættelsesforhold. Den opsigende part må derfor forberede sig på at kunne blive mødt med disse retskrav, før han forsøger at gennemføre en aftaleændring af ansættelsesforhold via opsigelse.

7.5.b. Ændringsanmodninger mv.

Problemstillingen

Når en aftale er indgået, kan den ikke uden videre *ændres*, blot fordi den ene part måtte ønske det. Fandtes en sådan generel adgang, ville aftalens funktion som et stabilt retsgrundlag for parterne ikke kunne opretholdes fuldt ud. Dette grundhensyn kommer imidlertid under pres i transaktioner, der ikke på forhånd lader sig overskue fuldt ud, f.eks. fordi ydelsen skal skræddersys til kundens behov, se hertil s. 285 ff. Her kan der være behov for at gøre aftalen fleksibel. Det kan ske ved at give parterne, eller en af dem, ret til ensidigt at ændre aftalegrundlaget på vilkår om, at den anden part sikres mod ulemperne herved gennem økonomisk kompensation eller på anden måde.

I overensstemmelse med denne bogs generelle sigte behandler den følgende redegørelse kun det ændringsbehov, der gør sig gældende i kommercielle aftaleforhold. Behovet for ændringshåndtering foreligger også på forbrugerområdet, se f.eks. om pakkerejser betænkning 1240/1992, s. 41.

AB 92

Behovet for at kunne ændre et aftalegrundlag er navnlig fremtrædende i entrepriseretten. *AB 92* § 14 giver detaljerede regler om bygherrens ønsker om ændringer i arbejdet. Efter denne bestemmelse kan *bygherren* forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har “en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser”. Entreprenøren har ret til at udføre sådanne ændringer, medmindre bygherren påviser særlige forhold, der begrundes, at bygherren lader andre udføre arbejdet. Bygherrens krav om ændring skal fremsættes skriftligt. Det samme gælder parternes eventuelle krav om forandringer i aftalen med hensyn til pris, tid og sikkerhed som følge af ændringen, jf. stk. 2. Bestemmelsen forudsætter, at der herefter snarest træffes skriftlig *tillægsaftale* om ændringen. Virkningen af en sådan ændringsordre

kan være, at der sker en udvidelse eller en formindskelse af arbejdsomfang. Ifølge bestemmelsens stk. 3 (som gælder for arbejder, hvorom der gælder enhedspriser) reguleres den aftalte entreprisenummer i overensstemmelse hermed, medmindre der træffes anden aftale. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske, inden for +/- 15 % af entreprisenummeren og inden for +/- 100 % af de enkelte poster i tilbudslisten.

Lignende ordninger kendes inden for international entreprispraksis. Ifølge *FIDIC-aftalens* pkt. 13.1 har den rådgivende ingeniør (som ifølge dette regelsæt har en selvstændig kompetence) adgang til at stille entreprenøren forslag til ændringsarbejder. Aftalens pkt. 13.3 giver herefter regler for, hvordan den heraf følgende procedure skal forløbe. Se hertil *Horn Andersen m.fl.* (2003), s. 241 ff. Det har været diskuteret, om en sådan ændringsret skal være gældende også uden særskilt aftale i bestemte typer af aftaleforhold. Se herved *Christian Johansen: Byggherrens ændringsret* (1999), navnlig s. 90 ff. I bogen argumenterer forfatteren for, at der i entrepriseforhold består en vis ændringsret på alment grundlag (dvs. uafhængigt af, hvad der er aftalt). Se herimod *Erik Hørlyck: Entreprenørvederlaget* (2002), s. 17 ff. Se også *Amund Bjøranger Tørum* i Lov og Rett 2002.524 ff.

Ved udvikling af komplekse it-systemer aftaler parterne almindeligvis, at både kunden og leverandøren kan fremsætte ændringsanmodninger undervejs i udviklingsprocessen, hvor de typisk ser problemer og løsningsveje klarere end ved aftaleindgåelsen. En part, der benytter sig af denne ret, vil dermed forandre aftalens *genstand* (ydelsen) men ikke de aftaleretlige *vilkår* for, hvordan den præsteres. Måden, hvorpå aftalen ændres, beror imidlertid på det princip for systemudvikling, der er lagt til grund for aftalen.

Den statslige it-kontrakt *K02* for længerevarende it-projekter bygger på den såkaldte "vandfaldsmodel", der betragter it-udvikling som en proces, der konstant flyder nedad gennem en række faser, der kan aflæses i den tidsplan, der indgår som bilag til kontrakten: Kravspecifikation, løsningsbeskrivelse, design, implementering, afprøvning, integration og vedligeholdelse. Her beror parternes ret til at anmode om ændringer på, om ændringen angår en del af den *aftalte leverance* (hvorefter de gældende frister og andre vilkår for aflevering mv. finder tilsvarende anvendelse, se hertil pkt. 6.2), eller om der er tale om en *selvstændig opgave*

It-systemudvikling

(hvor aftalen kan indeholde særlige regler herom, se hertil pkt. 6.3). Når leverandøren modtager kundens ændringsanmodning, udarbejder han et estimat, som danner grundlag for parternes forhandlinger om det *løsningsforslag*, der herefter indarbejdes som en aftaleændring, jf. pkt. 29.3. Såfremt løsningsforslaget accepteres af leverandøren, bortfalder dennes vederlag for udarbejdelsen. Accepteres det ikke, kan leverandøren kræve et rimeligt vederlag for udarbejdelsen af løsningsforslaget. Vederlaget opgøres efter dokumenteret medgået tid og til de i bilag 12 anførte timepriser samt under hensyntagen til leverandørens estimat. Også leverandøren kan fremsætte ændringsanmodninger, jf. nærmere *K02* pkt. 6.5.

Den statslige it-kontrakt *K03*, der tager sigte på længerevarende it-projekter, er baseret på en såkaldt “agil” metode. Hermed forstås en nærmere aftalt og præciseret metode til systemudvikling, som modsat “vandfaldsmodellen” tillader ændringer undervejs i udviklingsprocessen. *K03* sondrer derfor mellem *agile tilpasninger* (pkt. 6.2), som ligger inden for leverancebeskrivelsen, og som løbende forudsættes besluttet af parternes respektive projektororganisationer (som nærmere udpeget i bilag 8 og 9), og *egentlige ændringer*. De egentlige ændringer kan enten aftales inden for en nærmere aftalt procentuel ramme, jf. pkt. 6.3.1., eller efter en ændringsprocedure svarende til den, der gælder i medfør af *K02*, se nærmere *K03*, pkt. 6.3.3.

Olieindustrien

I olieindustriens aftalepraksis er det almindeligt at give kunden (“selskabet”) en almindelig adgang til at afgive såkaldte *ændringsordrer*, som leverandøren uden videre skal efterkomme uden separat aftaleforhandling mv. Vilkår herom fremgår af den norske standardkontrakt *NTK 07*, men tilsvarende aftalepraksis følges generelt på området, jf. *Kaasen* (2006), del IV (s. 267-464) om *NTK 05* (nu *NTK 07*) art. 12-16. Ifølge *NTK 07* art. 12.1 har selskabet en almindelig ret til at give pålæg om “slike Endringer av arbeidet, som etter Selskapets oppfatning er ønskelige”, jf. nærmere *Kaasen* a.st. s. 330 ff. En sådan ændringsordre kan afgives når som helst og kan angå øgning eller reduktion i *omfang*, eller ændring af *karakter, kvalitet, art* eller *udførelse* af arbeidet eller dele af det. Ligeledes kan selskabet kræve ændringer i tidsplanen. Der gælder kun den almene begrænsning, at ændringsretten ikke kan gå ud over, hvad parterne med rimelighed kunne

have regnet med, da aftalen blev indgået, jf. art. 12.2, stk. 2. Bestemmelsen ledsages af en procedureregulering, som opstiller krav til pålæggets form og indhold samt ikke mindst retsvirkningerne heraf, herunder udarbejdelse af overslag vedrørende betaling, tidsfrister (“fremdriftsplan”), konfliktløsning ved uenighed etc.

Er parterne uenige om, hvorvidt der foreligger en ændring af arbejdet (med de foran angivne virkninger heraf), skal dette angives. Ændringsordren betegnes herefter som “omtvistet” (DVO = *Disputed Variation Order*, modsat VO = *Variation Order*). Ifølge art. 16.3 kan dette spørgsmål herefter henvises til foreløbig afgørelse hos en uafhængig ekspert i overensstemmelse med regler, der følger af et bilag til aftalen.

Skal et sådant ændringssystem kunne praktiseres uden endeløse stridigheder, må to forhold bringes på det rene. For det første må det hurtigt og effektivt kunne afklares, hvilken *ydelse* leverandøren skal præstere i konsekvens af ændringsordren. Når dette er sket, er der grundlag for at fastslå et vederlag herfor. For det andet må der etableres en *procedure*, der effektivt og endeligt fastsætter den pligt til at betale vederlag, som leverandøren vil betinge sig.

Grundregulering

I *NTK 07* indebærer det forhold, at selskabet afgiver ændringsordre, at leverandøren – på selskabets regning – skal sende selskabet et overslag over udgiftens karakter, jf. art. 12.2. Kontrakten fastsætter principperne for, hvordan denne merudgift beregnes. Indebærer ændringen en reduktion af leverandørens pligter, kan leverandøren kræve godtgørelse for sin tabte fortjeneste, fikseret til 6 % af differencen, se art. 13.3. På grundlag af dette overslag udsteder selskabet en ændringsordre. Ordren skal afgives på et særligt fastsat skema, jf. nærmere art. 14.

7.5.c. Genforhandling

Adgangen til at *genforhandle* en aftale er som altovervejende hovedregel fri, for så vidt som én aftale jo altid kan erstattes med en anden. Denne regel gennemskydes kun af ganske enkelte undtagelser, hvoraf forhandlingsforbuddet i de EU-retlige udbudsregler (se hertil afsnit 2.3.i.) er både praktisk og væsentligt.

Udgangspunktet

Begrundelsen for at genforhandle kan være, at begge parter

erkender, at et oprindeligt formål ikke længere er til stede, eller at B indser, at A's aftaleopfyldelse er blevet mere belastende end oprindeligt forudsat. *Grundlaget* for genforhandlingen kan enten ligge *åbent*, så parterne under visse ikke-indkalkulerede omstændigheder blot forpligter sig til at genforhandle aftalen, eller det kan være *præciseret*, så pligten til genforhandling styres af betingelser eller forudsætninger. Ligeledes kan der være forskellige metoder til at opnå et genforhandlingsresultat i tilfælde, hvor parterne ikke umiddelbart kan blive enige.

Fordele og
ulemper

Genforhandlingsklausuler anvendes for at gøre aftalen robust over for uforudsete situationer. Metoden tiltaler ved sin mangel: Man slipper for at finde en løsning her og nu i tillid til, at parterne finder ud af tingene senere. Problemet er blot, at parterne dermed vinker farvel til den sikkerhed om den retlige regulering, som aftalen netop skulle give. Ofte drives parterne af *andre* incitamerter på tidspunktet for en genforhandling end ved aftalens indgåelse. I en sådan situation er det en ringe trøst, at de bare kan se at "blive enige". Klausuler om genforhandling bør derfor ledsages af en ordning, der gør det muligt at *fremtvinge* et forhandlingsresultat, f.eks. ved en troværdig tredjeparts mellemkomst. Men i det omfang man vælger denne løsning, mister klausulen sin karakter af genforhandlingsklausul. I så fald er det jo ikke parterne, men den troværdige tredjepart, der deltager i forhandlingen. Som anført af *Clement Salung Petersen* i U 2013B, s. 35 ff. jf. også bemærkningerne ovenfor på s. 107 f., kan sådanne klausuler ikke udpege en almindelig domstol som troværdig tredjepart. En sådan rolle kan en voldgiftsret derimod udøve, hvis parterne er enige om at overlade den en sådan kompetence, selv om resultatet heraf ikke nødvendigvis umiddelbart kan eksekveres som voldgiftskendelse.

Genforhandlingsklausuler kan skabe en usikkerhed i de langvarige aftaleforhold, hvor der netop er brug for dem. Over for den interesse, A har i at kunne ombestemme sig, når verden har forandret sig efter en rum tid, står B's interesse i at få en langsigtet investering hjem (når aftalen først forventedes at kaste fordele af sig på langt sigt). En genforhandlingspligt, der underforstår, at B må give afkald på disse fordele, vil fratage B incitamentet til at tage denne langsigtede investeringsrisiko. Omvendt er der tilfælde, hvor det økonomiske fundament for transaktionen af-

gørende forrykkes (sml. nedenfor i afsnit 8.5.a. om “hardship”), og hvor det derfor vil være i begge parter interesse at tage den indgåede aftale op til revision.

DCFR III – I:110 (3) forudsætter, at en aftaleforpligtelse kan falde bort, hvis DCFR

“... (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation. ...”

Disse krav svarer i det væsentlige til dem, den nordiske lære om svigtende forudsætninger opstiller for at lade et løftes retsvirkninger bortfalde, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 400 ff., men med den nuance, at det afviste ønske om genforhandling indgår i vurderingen af, om det er rimeligt at lade løftegiveren bære risikoen for den svigtende forudsætning (hardshipsituationen). Ifølge den nogenlunde tilsvarende bestemmelse i PECL art. 6.111 er dette – måske vel vidtgående – udtrykt som en hjemmel for retten til at beslutte, at aftalen skal *bortfalde* på betingelser fastsat af retten eller *ændres* “in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances”, se artikel 6.111 (3)(b). Bestemmelsen forudsætter, at retten tillægges en kompetence til at fastlægge parternes aftalevilkår, som ikke uden videre kan forventes udøvet hverken af en domstol eller en voldgiftsret, se hertil bemærkningerne om en sådan delegation af aftalekompetence, s. 107 f.

Klausuler om genforhandling anvendes undertiden i transaktioner, hvor parterne ønsker at følge en aftalepraksis eller sædvane, som imidlertid endnu ikke har udviklet sig. Løsningen kan da være at vedtage en hensigtserklæring om til sin tid – når praksis har fæstnet sig – at genforhandle aftalen i lyset af den nu kendte praksis. Denne teknik anvendes undertiden i forlagsafta-

Andre tilfælde

ler om bogudgivelser, hvor parterne ikke har vished om, hvorledes teknologien og markedet for elektroniske udgivelser vil udvikle sig. Pkt. 3, stk. 4, i aftalen mellem Gyldendal og AC's Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) om udgivelsen af Den Store Danske Encyklopædi, lyder f.eks. således:

“Stk. 4: Beslutter forlaget at udgive encyklopædien på anden måde end i trykt form efter udgivelsen af den trykte udgave, er forfatteren berettiget til særskilt honorar for denne anvendelse. Størrelsen af dette honorar skal i påkommende tilfælde aftales særskilt mellem forlaget og UBVA, og forfatteren forpligter sig til at acceptere det således aftalte. I en sådan aftale skal principperne i nærværende overenskomst såvidt muligt anvendes. En eventuel uenighed om honorarets størrelse berører ikke forlagets ret til at udgive encyklopædien på anden måde end i trykt form. Honorarets størrelse fastsættes i et sådant tilfælde af et udvalg på 3 medlemmer, jf. ... Såfremt forlaget beslutter sig til alene at udgive encyklopædien i elektronisk form, modtager forfatteren vederlag herfor efter reglerne i stk. 1, dog som minimum svarende til et salg af 20.000 eksemplarer.”

Ensidig diktatret

En særegen metode til at opnå et genforhandlingsresultat er at give den ene part en ensidig kompetence til at *diktare en aftaleændring*. Imod en sådan løsning taler det principielle forhold, at aftalen derved bringes til at *halte*: Den ene part kan bestemme, om den skal gælde, men ikke den anden. Dette modhensyn kan dog afbødes, hvis ændringsretten (som i vilkår om *ændringsanmodninger*, jf. afsnit 7.5.b.) udøves mod vederlag eller under kontrol (f.eks. i form af voldgift). Fordelen ligger i muligheden for at opnå *klarhed*. Dette hensyn er navnlig aktuelt, hvis der er stor interesse i at *gennemføre* transaktionen, f.eks. fordi den indgår som delleverance i et samspil med andre transaktioner, eller fordi man er underlagt stramme tidsfrister.

7.5.d. Ændringshåndtering baseret på partnering

Begreb

Begrebet “partnering” er en ubestemt, men ofte benyttet, betegnelse for kommercielle transaktioner, der tilrettelægges ud fra et ønske om at opnå større aftalefleksibilitet end sædvanligt i forretningsmæssige transaktioner. Trods ordlyden tager partnering ikke sigte på interessentskaber og aktionæraftaler. Begrebet anvendes navnlig inden for byggeri og entreprise, it og teknologisk

udvikling. Idéen skulle være, at parterne ikke blot motiveres af, hvad de er tvunget til at gøre, men hvad der tjener transaktionen bedst. I stedet for at operere med rettigheder og pligter, siger parterne mod mål og delmål, idet de først senere bliver enige om, hvordan disse mål og delmål skal nås. I retorikken omkring partnering hører man f.eks. det synspunkt, at parterne skal arbejde sammen *med* frem for *mod* hinanden (*fællesoptimering* frem for *egenoptimering*). Det er denne pointe, der kommer til udtryk i selve begrebet, der altså ikke etablerer et *partnerskab*.

Litteraturen om partnering er forholdsvis begrænset. Se bl.a. *Ole Hansen: Entrepriseretlige mellemformer* (2013), s. 183 ff., og *Peter Lauge Christensen* i Anders Vestergaard Buch & Jacob Møller (red.): *Projektudvikling af fast ejendom – en håndbog for praktikere* (2005), s. 241 ff. By- og Boligministeriet udsendte i 2000 en rapport med titlen “Nye samarbejdsformer – arbejdsrapport om udformning af samarbejdsaftaler ved partnering”. En anden offentlig udredning er udgivet af Erhvervsfremmestyrelsen i maj 2000 med titlen “Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet”. Publikationen indeholder fire eksempler på partneringaftaler. Se ligeledes Erhvervsfremmestyrelsens rapport “Partnering – en studie i nye samarbejdsformer i byggeriet” (maj 2000) og *Henrik L. Bang, Stefan Christoffer Gottlieb: “Partnering i udførelse – Erfaringer fra opførelse af LO’s hovedsæde i Havnestaden”* (Statens Byggeforskningsinstitut, 2004). I lovbemærkningerne til tilbudslovens § 4, stk. 1, siges det, at det heri anvendte udtryk “forpligtende samarbejde” sigter mod partneringaftaler, hvor der ikke ved opgavens tildeling kan ske en sådan detaljering, at der i traditionel forstand kan afgives en bindende pris, se FT 2000-2001, Till. A, sp. 3424. Man kan diskutere det hensigtsmæssige i, at man i en lov, der handler om afgivelse af bindende tilbud, omtaler sådanne uforpligtende samarbejder, jf. *Hørlyck* (2006), s. 81. Emnet behandles af *Christina D. Tvarnø* i U 2003B, s. 372 ff. og (kritisk) af *Ole Hansen* i TBB 2005, s. 377 ff. Se også *Hørlyck* (2014), s. 36 ff. Illustrativ for de styringsproblemer, der kan opstå ved partnering, er *TBB 2008.305 VBA*. Blandt mange enkeltspørgsmål i den meget komplicerede sag fastslog kendelsen blandt andet, at partneringaftalen i sig selv skærpede kravet til beviset for ekstraarbejde.

Ligesom egentlige partnerskaber indbefatter en intens regulering af, hvorledes de enkelte deltagere kan udøve deres egeninteresse (generalforsamling, afstemningsregler etc.), vil en partneringaftale opstille regler, der regulerer samarbejdsrelationen mellem

*Samarbejds-
relationen*

kunde og leverandør. Parterne vil her etablere en *samarbejdsorganisation*, der ikke alene har ret til løbende at modtage informationer om projektets fremdrift, men som efter omstændighederne også har kompetence til at ændre projektet, jf. straks nedenfor om ændringsstyring. Ønsker parterne ikke at give den nødvendige kompetence fra sig, bør de anvende en mere traditionel samarbejdsform.

Ændringsstyring

Det er således centralt, at samarbejdet i partnering vil underlægges procedurer, der tillader løbende ændringer i de krav mv., der lå til grund for aftalen ved dens indgåelse. Sådanne ordninger kendes fra andre områder, se f.eks. afsnit 2.2.e. om prøveforløb. At styringen af sådanne projekter kan rumme store udfordringer, illustreres ved de ovenfor anførte rapporter og ved de sager, der dukker op. Se f.eks. *TBB 2007.445 VBA*, der lagde til grund, at en partneringaftale, der blandt andet indebar, at alt skulle besluttes af parterne med heraf følgende begrænsninger i byggelederens normale kompetence, havde gjort det umuligt for byggeledelsen at agere relevant. Som følge heraf havde entreprenøren krav på en ekstrabetaling på godt 290.000 kr.

Visse partneringaftaler går så langt i målsætningen om at reducere de retlige tvangselementer, at man nøjes med at indgå *rammeaftaler* uden at detailregulere de pligter, der skal påhvile parterne. I den forbindelse kan nøjes med at opstille generelle målsætninger og *hensigtserklæringer* af typen “Vi skal i et åbent samarbejde og i fællesskab løse opgaven x”. For at understøtte denne målsætning vil parterne ofte indbygge *procedurer*, der sikrer, at de hver for sig er indstillede på at løfte den samarbejdsopgave, som aftalen pålægger dem, f.eks. ved løbende at deltage i partneringseminarer.

Eksempler på partneringaftaler findes hos *Tina Monberg* (2002), s. 221 ff., og i den førnævnte vejledning af december 2000 fra By- og Boligministeriet. Ligeledes har en række interesseorganisationer inden for byggeriet (Byggeriets Arbejdsgivere, Bygherreforeningen i Danmark, Danske Entreprenører, FRI og PRI) i marts 2001 udsendt en vejledning i partnering kaldet *Partnering i praksis*, hvori der ligeledes findes et paradigma for en Partneringaftale (s. 8 ff.).

Incitamentsmodeller

For at incitere leverandøren til at udvise den særlige omsorg for kunden, som partneringkonceptet indebærer, kan aftalen binde

betalingsreglerne op på kundens forretningsmæssige interesser i stedet for på en objektivt målbar teknisk kvalitet. Det kan f.eks. ske ved en bonus, der kommer til udbetaling ved en fælles resourceoptimering. Egentlige *partnerskabsmekanismer* kan også forekomme, f.eks. således at parterne i fællesskab nyttiggør den ydelse, transaktionen resulterer i (f.eks. ved at give rettighederne til et softwareprodukt i licens til tredjeparter). Når det gælder betalingsforpligtelsen, kan man tænke sig særlige regler om deling af omkostninger og vederlag.

Partneringaftaler vil typisk indbygge vilkår om alternativ konfliktløsning (f.eks. i forbindelse med mediation, mægling, voldgift eller kombinationer heraf, se hertil afsnit 9.5.). Igen er tanken, at ønsket om at løse konflikten og fortsætte samarbejdet skal veje tungere end ønsket om at opnå en i juridisk forstand korrekt og stringent juridisk vurdering af den uenighed, der måtte opstå.

Konfliktløsning

Vilkårene i en partneringaftale kan risikere at bliver så løse, at der opstår tvivl om, hvorvidt der overhovedet foreligger en aftale, der forpligter leverandøren til at gøre noget bestemt. Aftalen kan blive så domineret af *hensigtserklæringer* om parternes mål og interesser, at den anden side af mønten – regler om betalingspligt, ejerskab mv. – træder i baggrunden. Virksomheder, der skal foretage regnskabsmæssige afrapporteringer over for myndigheder, kreditorer og investorer, er imidlertid nødt til at kende denne side, som jo er central for budgetlægningen og regnskabsafleggelsen. Derfor er det også inden for offentlige institutioners bygge- og anlægsprojekter, at man finder nogle af de mere problematiske eksempler på denne aftaleforms risici.

Risici

I forbindelse den 148 % store budgetoverskridelse vedrørende byggeriet af DR-byen konkluderede en revisionsundersøgelse den 19. juni 2008, at denne budgetoverskridelse skyldtes den model for partnering, som DR havde aftalt med sine entreprenører, og som indebar begrænsninger i mulighederne for at etablere et klart og sikkert budgetgrundlag, inden byggeriet gik i gang.

8.1. Almindelige spørgsmål

8.1.a. Begreb og problemstilling

*Misligholdelses-
begrebet*

Misligholdelse foreligger, når en part ikke efterkommer en pligt, som han har lovet. Den forpligtede påfører dermed den berettede en skuffelse, som retsordenen søger at afbøde ved at give denne et antal misligholdelsesbeføjelser, jf. i det hele del II af *Lærebog i Obligationsret I* (kapitlerne 5-7). I aftalen vil parterne som regel tage stilling til, *hvornår* der foreligger en misligholdelse (retsfaktum), samt virkningerne heraf (retsfølgen). Dette kapitel omhandler det sidstnævnte reguleringstema med enkelte bibemærkninger om nogle typetilfælde, der kan udgøre misligholdelse.

Regelmodellen

Ved koncipering af misligholdelsesvilkår er det vigtigt at fastholde sammenhængen mellem vilkårets retsfakta og retsfølger. Misligholdelsesvirkningen er en *retsfølge*, der indtræder, fordi den hændelse, der beskrives i et *retsfaktum* (pligtbruddet), er indtrådt. For aftalekoncipisten gælder det for det første om at *rubricere* forskellige typer af pligter som sanktionsbærende eller sanktionsfri; for det andet om at vælge en passende *sanktion* hertil.

*Det principielle
konciperings-
valg*

Der kan ikke opstilles noget fast princip for, *hvor* i aftalen dens misligholdelsesregulering bør placeres. Med udgangspunkt i regelmodellen kunne man argumentere for, at misligholdelsesbeføjelsen, fordi den er en *retsfølge*, altid bør placeres i forbindelse med de pligter, der misligholdes (*retsfaktum*). En sådan konciperingspraksis er dog hverken praktisk eller udbredt. Den er for det første kompliceret at fastholde, fordi man til enhver pligt måtte vedtage en sanktion. For det andet vil den kunne fremtvinge en forhandling om sanktionsspørgsmål, som parterne ofte vil anse for upassende i lyset af deres typiske vilje til frivilligt at efterkomme aftalens pligter, sml. bemærkningerne herom s. 124 f. I aftalepraksis tegner der sig ikke nogen klar linje for,

hvordan aftalens misligholdelsesregler struktureres. Man koncentrerer sig om de retsvirkninger, der har størst betydning, og overlader gerne den retlige regulering af de øvrige til baggrundsretten.

Der findes et rigt repertoire af retsvirkninger, som kan udgøre mulige følger af en misligholdelse. I spektrets nederste ende kan det tænkes, at der slet ingen virkninger skal indtræde, fordi parterne mener, at forholdet ligger under en *bagatelgrænse*, eller fordi aftalen med vilje kun har villet knytte *forretningsmæssige* sanktioner (men altså ikke retskrav) til den, se hertil s. 124. I den modsatte ende kan det tænkes, at misligholdelsen giver den krænkede part *hævebeføjelse* og ret til betydelige *erstatningskrav*. Valget beror på, hvilket behov parterne har for at sikre sig. Er pligten *kritisk* for A, bør den ledsages af en sanktion, der tilskynder B til at opfylde den (*præventionssynspunktet*), eller som i det mindste sikrer A en økonomisk kompensation for skadevirkningerne af en misligholdelse (*genopretningssynspunktet*).

Retsvirkninger

Når parterne skal afklare sådanne regulerings spørgsmål, må de blive enige om en "sanktionspolitik", der på den ene side *inciterer* dem til efterrettelighed, uden på den anden side at påføre dem uforholdsmæssigt *besvær*. Aftalens misligholdelsesvilkår har dermed både en *økonomisk* dimension og et *sanktionspræg*. Disse to grundhensyn spiller ind med forskellig vægt i relation til de forskellige former for misligholdelse. Er en misligholdelse kritisk for den krænkede, uden at de forhold, der udløser misligholdelsen, repræsenterer tilsvarende store værdier for den misligholdende, kan det være hensigtsmæssigt at betone *præventionshensynet* og f.eks. vedtage sanktioner med et pønalt element (f.eks. konventionalbod). Har misligholdelsen ikke nævneværdig betydning for den krænkede part (en forsinkelse, som ikke påfører tab), medens retsvirkningen af at anvende retssystemets almindelige regler vil være særligt indgribende for den misligholdende part (f.eks. KBL § 21, stk. 3, der fastslår, at forsinkelse i handelskøb medfører ophævelse), kan parterne være interesseret i at nedtone sanktionsrepertoiret og betone *genopretningssynspunktet*.

Værdi og misligholdelse

Når den retsstilling, parterne ønsker at fastslå i relation til misligholdelse, i forvejen følger af baggrundsretten (f.eks. KBL eller obligationsrettens almindelige regler), behøver de strengt taget ikke regulere spørgsmålet. Men da baggrundsretten ofte er

Baggrundsretten

upræcis, kan der være et behov for *præcisering*, f.eks. ved angivelse af, hvornår en misligholdelsesbeføjelse kan anvendes. Undertiden vil det retlige grundlag for en misligholdelsesvurdering have rod i de *konstaterende erklæringer*, parterne afgiver over for hinanden, men som ikke i øvrigt har løftevirkninger, sml. herved om forbrugerkøb KBL § 76, stk. 1, nr. 1-3. Som nærmere anført i afsnit 3.4.b. bør aftalen være klar om, hvorvidt en sådan erklæring rummer et *retsfaktum* (som misligholdelsesreglerne må knytte retsfølge til), eller om dens mulige retlige virkninger må baseres på andre retsgrundlag, herunder som et *moment*, der spiller ind i vurderingen af, om ydelsen er mangelfuld.

8.1.b. Hoved- og biforpligtelser

Problemstilling

I læren om misligholdelsesbeføjelser sonderer man mellem hoved- og biforpligtelser, se *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 2.1.b. og – kritisk om sondringen – afsnit 5.1.e. Med udgangspunkt i denne sondring antager man, at en væsentlig tilsidesættelse af hovedforpligtelser uden videre giver *hævebeføjelse*, medens selv væsentlige tilsidesættelser af biforpligtelser må sanktioneres på anden vis. Som nævnt i afsnit 6.2.e. kan en sådan fast grænse ikke føres ud i livet med konsekvens. Skal den lægges nogen steder, må den knytte sig til de tilfælde, hvor misligholdelsen reducerer den krænkede parts kritiske interesser i transaktionen irreversibelt. Gør en misligholdelse det, er den “væsentlig”, uanset om den formelt set angår en “hovedforpligtelse” eller en “biforpligtelse”. Illustrerende for disse afgrænsningsproblemer er dommen i *U 1992.535 H*, der ikke fandt, at en misligholdelse af pligten til at betale for en båds videretransport fra leveringssted gav adgang til at hæve. Disse forhold må derfor afklares ved aftalereguleringen af hævebeføjelsen, se hertil s. 408 ff.

Er en parts interesse i at opfylde en pligt ikke *kendelig* for modparten, bør den *markeres* som kritisk eller på anden måde afgørende i aftalen. Det kan enten ske i aftalen eller under aftaleforhandlingen eller efterfølgende under aftalens opfyldelse. En sådan markering vil forkorte vejen til ophævelse ved misligholdelse. Se f.eks. *U 2011.115 H*, hvor en licenstagere fandtes væsentligt at have misligholdt en licensaftale ved ikke, trods gentagne påkrav, at have fremsendt revisorattesterede opgørelser over den forfaldne licensafgift.

Sådanne markeringer kan også angå parternes særlige forventninger om *omgangstone* eller *etik*, når ydelsen præsteres i et følsomt personsamvirke (f.eks. i personlige samarbejdsforhold eller ansættelser). I aftaler om sponsorering forbindes den sponsorerede person med det produkt, hvis producent sponsorerer personen. Når den sponsorerede viser en usympatisk side (ved narkomisbrug, ægtefælle vold el.lign.), vil dette kaste *badwill* over produktet. Sportsudøvere er kun “salgbare” over for sponsorer mv., hvis de opfører sig med en vis værdighed, se hertil afsnit 4, § 3B.1 i DBU’s spillerkontrakt (juni 2011), der gør “dårlig opførsel” til en misligholdelsesgrund. En part kan også have en særlig – men for modparten ikke kendelig – interesse i, at modparten overholder regler om *sikkerhed* eller efterkommer strafbelagte eller myndighedskontrollerede forskrifter.

8.1.c. Faktiske mangler

Aftalens beskrivelse af hvornår ydelsen er mangelfuld, tager normalt udgangspunkt i, hvordan ydelsen er beskrevet i aftalen eller i den ledsagende dokumentation. Beskrivelsen heraf volder størst problemer ved *realydelse*, jf. herom afsnit 6.2., men kan efter omstændighederne også give anledning til vanskeligheder ved *pengeydelse*, jf. herom afsnit 6.3. Der består dog ingen nødvendig forbindelse mellem det *faktum*, at en ydelse ikke *er* som *beskrevet* eller forventet, og den *retsvirkning*, at der kan gøres misligholdelsessanktioner gældende i den anledning. I mange tilfælde kan der udpeges forhold ved en ydelse, der i en eller anden nok så fjern forstand “adskiller” den fra aftalebeskrivelsen og dermed kvalificerer den som ikke-aftalemæssig. For at man skal kunne anse denne manglende konformitet som en faktisk *mangel*, må forskellen være *retligt relevant*. Rene bagateller eller forhold, som kreditor ingen retlig interesse har i at kunne gøre gældende, kan ikke påberåbes som faktiske mangler.

8.1.d. Forsinkelse

Forsinkelse foreligger, når ydelsen præsteres senere end aftalt, og dette ikke skyldes forhold, for hvilke kreditor bærer risikoen (fordringshaver mora). Der er stor forskel på, hvor indgribende en forsinkelse er for en part. Da baggrundsretten kun i begrænset omfang tager højde for disse forskelligheder, kan der være

Begreb

behov for en regulering, der opstiller præcise betingelser for udøvelsen af misligholdelsesbeføjelser.

KBL ser med stor alvor på forsinkelse i *handelskøb*. Den anses uden videre for “væsentlig”, jf. lovens § 21, stk. 3 (sælgerforsinkelse) og § 28, stk. 1, 2. pkt. (køberforsinkelse). Da hævebeføjelsen dermed opnås uden hensyn til, om forsinkelsen konkret påfører kreditor ulempe eller tab, vil den reelt kunne give den berettigede en adgang til at komme ud af aftalen, som dermed kommer til at halte. Bl.a. derfor fraviger parterne i køb ganske ofte den køberetlige baggrundsret. Medvirkende hertil er også KBL’s erstatningsretlige regulering ved *forsinkelse* og *ikke-erlæggelse*. Ansvar i KBL § 24 gælder – modsat den almindelige regel i § 1, stk. 1 – “medmindre han [sælger] har forbeholdt sig fritagelse derfor”.

De aftaleretlige muligheder for at variere erstatningssanktionen ved forsinkelse er mangfoldige. Mest udbredt er den blotte *fraskrivelse* af forsinkelsesansvaret, se herom nedenfor under 8.6.b. En mere afdæmpet variant går ud på at indføre adækvate modforholdsregler mod forsinkelsen, f.eks. i form af *justeringer* i betalingspligtens størrelse og indtræden. Endelig kan erstatningspligten *fikseres* gennem konventionalbøder, jf. nærmere afsnit 8.3.b.

8.1.e. Retsmangler

Begreb

En *retsmangel* foreligger, når aftalen ikke opfyldes som følge af tredjemands *retskrav*. Dette retskrav kan være aktuelt eller latent, og den manglende opfyldelse kan være fuldstændig eller delvis. Retkravet kan ramme både realydelser (f.eks. ved vanhjemmel) og pengeydelser (f.eks. ved pludselige offentlige restriktioner for betaling). Fordi kravet fremsættes af en tredjepart, har parterne ikke herredømme over det. Det stiller koncipisten over for en særlig udfordring, hvor afgrænsningen af de retsfølger, den krænkede part skal kunne påberåbe sig over for retsmanglen, i nogen grad kommer til at handle om “det muliges kunst”: Den forpligtede vil i første række bestræbe på at bringe retskravet ud af verden ved at *afhjælpe* retsmanglen. Lykkes det ikke, kan det komme på tale at præstere en *erstatningsydelse* eller at dække den krænkede part gennem *erstatning*. Den aftaleretlige regulering beror på, hvilken slags retskrav der er tale om, og hvilken berettiget tredjepart der har rejst det retskrav, der fører til retsmanglen.

Den tredjepart, der gør retskravet gældende, kan enten være en *offentlig myndighed* (der f.eks. i medfør af en særlig hjemmel kan nedlægge forbud mod en given aktivitet) eller en *privatperson* eller *virksomhed* (der f.eks. råder over en ejendomsret eller immaterialret). Retsmanglen kan enten være *fuldstændig* (hvilket er tilfældet, når ejendomsretten over et formuegode viser sig at tilhøre tredjemand) eller *partiel* (hvilket er tilfældet, hvis tredjemand kun kan gøre en partiel ret gældende, f.eks. en panteret eller servitut). Tredjepartens ret kan enten være *materiel* (i form af en ejendomsret eller panterrettigheder, der knytter sig til den fysiske manifestation) eller *immateriel* (i form af en lovbestemt enerettighed, f.eks. et patent eller en ophavsret). Dens nærmere karakter har afgørende betydning for, hvorledes aftalen bør forholde sig til retsmanglen. Hvilken retsmangel der er tale om, bestemmer hvilke muligheder, der består for at *foregribe* den og *afbøde* dens følger.

Tredjeparten

De følgende bemærkninger angår alene delvise (såkaldt *partielle*) retsmangler. I praksis er det dem, der har størst betydning. Den fuldstændige vanhjemmel er ikke nogen hyppigt forekommende misligholdelse i kommercielle aftaleforhold, og i det omfang, den optræder, er den eksisterende regulering (i form af vanhjemmelsbestemmelsen i KBL § 59) dækkende. Der tales både om tilfælde, hvor den berettigede tredjepart er en privatperson og en offentlig myndighed.

Afgrænsning

Hvor de *momenter*, der fører til en partiel retsmangel, varierer efter kravets og den berettigedes karakter, minder den *byrde*, en partiel retsmangel pålægger kreditor, i mange henseender om den situation, der foreligger ved faktiske mangler. I begge tilfælde er der tale om, at den forventede brug af ydelsen udebliver på grund af forhold, som ingen af parterne (og herunder heller ikke debitor) kendte til. Men hvor den faktiske mangel beror på et fysisk-faktisk forhold, som parterne i princippet altid vil kunne få kendskab til, hvis de var tilstrækkeligt ihærdige med at undersøge ydelsens fysiske-faktiske egenskaber, kan et retskrav opstå det øjeblik, retsforholdene ændrer sig, hvad enten dette skyldes regelændringer (f.eks. et pludseligt miljøforbud) eller udstedte tilladelser eller forbud (f.eks. udstedt patent).

Retlig betydning

I det omfang retsmanglen alene udøves i kraft af en tredjeparts vilje, er det teoretisk muligt at parere tredjepartens retsskridt

forretningsmæssigt (med økonomiske midler) eller *juridisk* (ved sagsførelse, anfægtelse mv.). Dette gælder dog ikke, hvis man under begrebet “retsmangel” indbefatter de krav, der følger af offentligretlige regler.

Baggrundsretten

Der findes kun sporadiske formueretlige regler om delvise retsmangler. Manglen er uomtalt i KBL, der kun forholder sig til et retskrav i § 59, nemlig den fuldstændige og oprindelige vanhjemmel. Derimod pålægger CISG art. 42 under nærmere faste betingelser sælgeren “at levere en vare, over hvilken tredjemand hverken har eller har fremsat krav om en immaterialret-tighed, som sælgeren ved indgåelsen af aftalen var bekendt med eller ikke kunne have været uvidende om”.

Man kan argumentere for, at der efter almindelige regler bør gælde et objektivt ansvar for immaterialretlige retsmangler, jf. mine bemærkninger i U 1987B, s. 121 ff. Som nærmere udviklet i *IT-retten*, afsnit 22.2.d., må det erkendes, at der også er stærke argumenter imod en sådan regel. Den immaterialretlige regulering vokser viltert og ofte uforudset. Derfor er det ikke altid åbenbart, at det skal være leverandøren – og ikke brugeren – der bør bære risikoen for, at tredjemand pludselig råder over en immaterialretlig retsposition, som kolliderer med et afgivet løfte. Se hertil *Lasse Buur Heisel & Dennis Bæckmann Rasmussen* i U 2015 B s. 97 ff., der med styrke argumenterer for, at ansvaret i disse tilfælde skal formes som et såkaldt kontrolansvar.

Af disse grunde rejser retsmanglen et indgående behov for af-taleregulering.

Aktualitet

Pga. retsmanglens *middelbare* karakter må misligholdelsesre-guleringen for det første afgøre, *hvornår* oplysningen om et rets-krav får misligholdelsesvirkninger. Det *kan* jo tænkes, at den berettigede tredjepart kun rasler med sablen, men slet ikke har energi, ressourcer eller lyst til at iværksætte den for ham beko-stelige proces, som vil være nødvendig for at gennemtvinge sit krav. En *indeståelse* for retsmangler kan derfor være unødigt risi-kabel for leverandøren og give påståede “rettighedshavere” let spil for ekstreme betalingskrav med tvivlsomt grundlag. Imma-terialretten er en disciplin under stadig forandring, og ofte er der tvivl om, hvorvidt en aktivitet er tilladt eller forbudt. Det samme gør sig ofte gældende i offentligretlige forhold.

Derfor bør en retsmangel først få aktuel misligholdelsesvirk-

ning, når kravet faktisk aktualiseres. At kravet inden da varsles, kan efter omstændighederne udgøre en *anteciperet misligholdelse*, men kun hvis de strenge betingelser for at gøre en anteciperet misligholdelse gældende foreligger (herunder at det er overvejende sandsynligt, at misligholdelsen vil indtræde). Derimod bør varslingen af et krav påføre debitor en pligt til at tage skridt for at sikre kreditor, f.eks. ved at tage kontakt med rettighedshaveren eller forberede afhjælpning eller erstatningsleverance.

I praksis mødes disse modsat rettede hensyn i en aftaleregulering, der uafhængigt af køberetlige retsprincipper søger at forberede transaktionen på den situation, det rejste krav skaber. Omdrejningspunktet for en sådan regulering er, at debitor bestemmer, om retskravet er kritisk eller afhjælpeligt, og – alt efter denne afgørelse – om det rejste krav skal søges anfægtet eller ikke. Afhængigt af dette valg bør aftalen præcisere *virksomheden* af, at retten ikke består, og/eller at den anfægtes af udenforstående krænkere.

Aftalepraksis

Et tjenligt eksempel herpå er reglerne i *K18*, pkt. 22, der i sin helhed lyder som følger:

“Leverandøren indestår kunden for, at det leverede ikke krænker andres rettigheder, herunder patenter eller ophavsrettigheder.

Rejses der sag mod kunden eller nogen anden statsinstitution med påstand om retskrænkelse, giver kunden leverandøren skriftlig meddelelse herom, og leverandøren overtager herefter sagen og samtlige hermed forbundne omkostninger. Leverandøren er pligtig i enhver henseende at skadesløsholde sagsøgte for enhver omkostning i forbindelse med sagen, herunder omkostninger til advokat mv. samt sagsomkostninger, som måtte blive tilkendt vedkommende sagsøger.

Foreligger der krænkelse af tredjemands ret, er leverandøren pligtig for egen regning at skaffe kunden retten til fortsat at udnytte systemet eller at bringe krænkelserne til ophør ved at ændre eller erstatte systemet, således at det opfylder kravene efter nærværende kontrakt. I øvrigt finder dansk rets almindelige regler anvendelse, jf. dog om erstatning punkt 16.

I tilfælde af, at standardprogrammet fra underleverandør krænker tredjemands ret, og leverandøren på tidspunktet for nærværende kontrakts indgåelse var i god tro, kan leverandøren dog, såfremt det vil være for-

bundet med ekstraordinær opofrelse fra leverandørens side at træffe de i forudgående afsnit, 1. sætning, nævnte foranstaltninger, i stedet vælge at betale kunden et forholdsmæssigt afslag beregnet ud fra, hvor meget anvendeligheden af systemet er nedsat for kunden.”

Bestemmelsen er ikke videreført i de nyere statslige it-kontrakter, der i tilknytning til leverandørens garanti for, at det leverede ikke krænker andres rettigheder, alene knytter den forudsætning hertil, “... at Kunden ved Meddelelse straks giver Leverandøren underretning herom, når Kunden bliver opmærksom på eventuelle rettighedskrænkelser, og at Kunden bistår Leverandøren under sagen i fornødent omfang.” Se *K02*, pkt. 17.7, og *K03*, pkt. 23.10.

8.2. Opfyldelsesbeføjelser

8.2.a. Naturalopfyldelse

Karakteristik

Kravet på naturalopfyldelse hører systematisk til blandt de misligholdelsesvirkninger, der søger at stille den krænkede part, som om aftalen var opfyldt. De betegnes i det følgende som opfyldelsesbeføjelser. Hertil hører også erstatningskrav, der giver dækning for den positive opfyldelsesinteresse (men derimod ikke den negative kontraktsinteresse, der netop bygger på den tanke, at transaktionen ikke gennemføres).

Betænkkeligheder

Det er ikke alle retssystemer, der anerkender naturalopfyldelse som en primær misligholdelsesbeføjelse. I retssystemer baseret på *common law* er det almindeligt at konvertere kravet på den primære ydelse til erstatningskrav, når der indtræder misligholdelse. En tilsvarende tanke finder udtryk i retsplejelovens § 533, som i tilfælde, hvor tvangsfuldbyrdelse ikke kan ske efter lovens regler (eller hvor rekvirenten ikke ønsker at benytte denne fremgangsmåde), giver fogedretten mulighed for at anslå rekvirentens interesse i dommens eller forligets opfyldelse i penge, som herefter inddrives ved udlæg. Den reservation, der ligger heri, skyldes de praktiske vanskeligheder, der ligger i at gennemtvinge en leveringshandling mv.: Nogen – fogedretten, under bistand af politi, låsesmed og anden medhjælp – må ud til debitor og aftvinge ham genstanden, og i visse tilfælde vil de handlinger,

der skal til for at få gennemført kravet, være så komplekse, at man alene af praktiske grunde må afstå fra gennemførelsen.

Principielle indvendinger af denne art kan i nogen grad afbødes ved aftaleregulering. *Besiddelseskrav* kan f.eks. understøttes gennem mærkningsforanstaltninger eller ved *de facto* råden. For it-systemer kan en sådan råden ofte skabes via telekommunikation. Naturalopfyldelse i let reproducerbare produkter kan sikres ved, at en kopi af produktet deponeres hos en uafhængig tredjepart.

Aftaleløsninger

Denne løsning anvendes f.eks. som middel til at sikre it-kunden adgang til de programkildetekster, som må være til stede, hvis man skal afhjælpe fejl i programmet. Kildetekster er vitale for leverandøren, der derfor fastholder dem som erhvervshemmeligheder. Ved at etablere et trepartsforhold, hvor en opdateret kopi af programkildeteksterne deponeres hos en depositar (der har pligt til at udlevere kildeteksterne til kunden ved en konstateret misligholdelse), vil kunden kunne gennemføre naturalopfyldelse i form af afhjælpning mv. Se hertil *IT-retten*, afsnit 4.4.c.

8.2.b. Forbud, påbud og umiddelbare fagedforretninger

Ifølge retsplejelovens § 596 kan besiddelseskrav som nævnt i § 528 gennemtvinges af fagedretten ved en umiddelbar fagedforretning uden sædvanligt tvangsfuldbyrdesgrundlag, såfremt den berettigede (rekvirenten) i fagedretten kan godtgøre eller sandsynliggøre sit krav mod den forpligtede (rekvisitus). Retsmidlet forudsætter, at der består et *besiddelseskrav*, dvs. en ret for kreditor til at kunne råde faktisk og retligt over den pågældende ydelse (uden at denne råden nødvendigvis udspringer af en ejendomsret).

Indsættelsesforretninger

Således antog *U 1996.1115 Ø*, at fagedretten ikke ved en umiddelbar fagedforretning kunne bistå ved en genåbning af en vandforsyning. Kravet på vand fandtes ikke at være et "besiddelseskrav". I *U 1976.972 V* blev en begæring om udsættelse af en konkurrents spilleautomater i en grillbar og indsættelse af egne automater i henhold til parternes aftale om eneret til opstilling af spilleautomater nægtet fremme. Landsretten henviser til, at en dom til naturalopfyldelse efter overenskomsten kun kunne fuldbyrdes ved omsættelse til pengekrav efter den bestemmelse, der nu er indeholdt i retsplejelovens § 533.

Forbud og påbud Med hjemmel i reglerne i retsplejelovens kapitel 40 om midlertidige afgørelser om forbud og påbud i en borgerlig sag kan retten bestemme, at private (og repræsentanter for stat, region og kommune i disses egenskab af parter i private retsforhold) midlertidigt skal foretage, undlade eller tåle bestemte handlinger. Forbud eller påbud kan meddeles, hvis den part, der anmoder om meddelelse af forbuddet eller påbuddet, godtgør eller sandsynliggør, (1) at parten har den ret, der søges beskyttet ved forbuddet eller påbuddet, (2) at modpartens adfærd nødvendiggør, at der meddeles forbud eller påbud, og (3) at partens mulighed for at opnå sin ret vil forspildes, hvis parten henvises til at afvente tvistens retlige afgørelse, jf. § 413. Forbud eller påbud kan dog ikke meddeles, når det skønnes, at lovens almindelige regler om straf og erstatning og eventuelt en af modparten tilbudt sikkerhed yder parten tilstrækkeligt værn. Forsætlig overtrædelse af forbuddet eller påbuddet kan straffes, jf. retsplejelovens § 430.

Aftaleregulering? I kommercielle aftaleforhold kan man støde på vilkår, der fastslår betingelserne for at gennemføre forbud, påbud eller umiddelbare fagedforretninger. Sådanne vilkår kan bl.a. tjene pædagogiske formål og svække styrken af rekvisiti argumentation mod et sådant retsskridt. Men de binder ikke retten. I relation til tvangsfuldbyrdelse af pengekrav afgrænser retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 4-5, udtrykkeligt de tilfælde, hvor parterne kan aftale tvangsfuldbyrdelse.

Afkald på sikkerhedsstillelse Ifølge retsplejovens § 415 kan retten bestemme, at rekvirenten som betingelse for forbuddet skal stille sikkerhed for den skade og ulempe, som kan påføres rekviritus ved forbuddet eller påbuddet, og som i medfør af § 428 pådrager rekvirenten erstatningsansvar, hvis den underliggende rettighed viser sig ikke at bestå. Det er ikke ualmindeligt at aftale, at en aftalepart på forhånd giver afkald på at kræve en sådan *sikkerhedsstillelse*, hvis han som rekviritus bliver mødt med en forbudsbegæring fra modparten. Med bestemmelsens fakultative karakter (“Retten kan bestemme ...”) skulle man tro, at dette lå inden for parternes aftalekompetence. Ifølge retspraksis er fagedretten dog ikke bundet af vilkår, hvorefter en part på forhånd har givet afkald på sikkerhedsstillelse ved nedlæggelse af forbud. Se herved *U 2006.1356 ØLK* og *U 1997.1297 ØLK*.

8.3. Erstatningsbeføjelsen

8.3.a. Karakteristik

Erstatningsbeføjelsen er en økonomisk retsfølge, der går ud på, at en skadevolder betaler eller godskrives skadelidte et beløb til dækning af dennes tab ved en skadegørende handling eller undladelse. Erstatningen kan enten være en misligholdelsesbeføjelse i et aftaleforhold (når tabet er lidt som følge af skadevolderens misligholdelse), eller den kan udspringe af almindelige deliktsretlige regler (culpareglen). Grundlaget for erstatningspligten kan enten være et aftalevilkår (f.eks. en garanti), en lovregel eller almindelige grundsætninger (culpareglen). Købe- og lejelovgivningen indeholder talrige regler, der giver hjemmel for erstatningskrav. Hertil føjer sig særlige regler spredt i formueretlige love, så som § 68 i lov om betalingstjenester, funktionærlovens §§ 3-4, gældsbrevslovens § 7 og handelsagentlovens § 6.

Der vil typisk være tre hovedformål med at regulere erstatningsforpligtelsen. For det første kan parterne ønske at *undgå* den erstatningspligt, der følger af baggrundsretten. Ansvarsfraskrivelsen er et eksempel herpå, jf. nærmere i afsnit 8.6.c. For det andet kan formålet være at *udvide* de krav, baggrundsretten hjemler. En aftalt garanti er et eksempel herpå, jf. gennemgangen ovenfor i afsnit 6.4.b. Tilbage står en tredje type, nemlig de vilkår, der *præciserer* baggrundsrettens regulering af erstatningsansvaret. Det er denne kategori, der berøres i det følgende.

*Reguleringens
formål*

Når formålet netop er at *præcisere*, må koncipisten kende baggrundsretten. Hermed sikres det dels, at aftalereguleringen rammer præcist, dels opnår parterne overblik over konsekvenserne af deres aftale.

Der er som udgangspunkt ingen grænser for, hvilket tab en erstatningsforpligtende hændelse kan udløse. En vis modifikation i skadevolders pligt til at erstatte sådanne tab findes vel i den almindelige lempelsesregel i erstatningsansvarslovens § 24. Men hvis ikke aftalen begrænser erstatningens omfang, kan den forpligtede risikere en mangfoldighed af erstatningskrav, f.eks. til dækning af udgifterne ved udbedring, erstatningskøb, produktions- og afsætningstab o.m.a. Disse krav vil ofte være mange gange større end de vederlag, der præsteres i transaktionen. Navnlig pligten til at betale erstatning for den *positive opfyldelses-*

Baggrundsretten

interesse kan være langt mere indgribende for den krænkende (erstatningsansvarlige) part, end byrden ved blot at skulle tåle *ugyldighed* eller *ophævelse*. Den erstatning, der kompenserer en part for omkostningerne ved en aftaleforhandling mv., vil typisk være mindre end erstatningen for den fortjeneste, parten gik glip af, fordi en profitabel transaktion faldt på gulvet.

Ansvars-
grundlaget

Som andre retsfølger hviler en erstatningspligt altid på et retsfaktum, i erstatningsretten kaldet et ansvarsgrundlag. I aftaleforhold kan dette retsfaktum enten foreligge i et særskilt *vilkår* (f.eks. en garanti) eller i den almindelige *culparegel*. Når culpareglen anvendes i aftaleforhold, ser man på, hvilke pligter skadevolderen har påtaget sig. Hvis ikke skadevolderen ved en *garanti* har påtaget sig et objektivt ansvar over for skadelidte, må det undersøges, om hans misligholdelse er *culpøs*. I forhold til retsstillingen uden for kontraktsforhold er denne culpavurdering skærpet. Dens nærmere indhold beror på det enkelte aftaleforhold, jf. nærmere *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 6.5.

I det følgende skal vi se, hvordan parterne kan *nuancere* den erstatningsretlige baggrundsret. Opmærksomheden koncentrerer om de misligholdelsesbeføjelser, parterne kan knytte til faktiske mangler, retlige mangler, forsinkelse og ikke-erlæggelse.

Garantier

Ved at *garantere* erstatningsretligt for noget (f.eks. en *faktisk mangel* eller følgerne af en *forsinkelse*) forpligter debitor sig til at stille kreditor økonomisk, som om ydelsen opfyldte kvalitetsforudsætningerne eller var præsteret til tiden. Denne pligt kan blive ganske bekostelig. Ikke blot omkostningerne ved at *udbedre* manglen, fremskaffe en *erstatningsydelse* og godskrive *kunder* deres tab ved misligholdelsen, men også udgifterne ved *tilretning* af det udstyr, det leverede var beregnet for, samt *produktionstab* eller tab af *fortjeneste*, omfattes da af erstatningspligten. Derfor må aftalen nøje angive retsvirkningerne af de garantier eller erklæringer, der ledsager ydelsespligten.

Representations
& warranties

I retssystemer hørende til *common law*-familien sonderer man mellem representations, warranties og indemnifications. Som anført af *Tor Sandsbraaten*: Begrepen “conditions”, “warranties”, “representations” og “covenants” – Institutt for privatrett Skrifterne 179 (2009), s. 116 ff., hænger sondringen sammen med den manglende oplysningspligt i *common law*. Da parterne ikke er forpligtet til at give oplysninger forud for aftaleindgåelsen, må

den part, der særligt lægger vægt på bestemte forhold, bede sin modpart udtale sig om dem.

En *representation* er en udtalelse om et faktisk forhold, der afgives som led i eller i forbindelse med en aftale. Dens formål er ikke nødvendigvis at fremkalde retsvirkninger. Men ofte vil udtalelsen indgå som grundlag for modtagerens beslutning om at indgå aftalen. En manglende opfyldelse af den afgivne *representation* vil da indebære, at aftalen er misligholdt. En *warranty* er derimod en indeståelse, dvs. et løfte hvorved afgiveren lover, at et forhold er som angivet i løftet uden at udtale sig om retsvirkningerne heraf. Ofte vil aftalen dog andetsteds knytte særskilte retsvirkninger hertil.

Både *representations* og *warranties* kan *isoleret set* fremtræde som konstaterende erklæringer. En *indemnification* er derimod et løfte om skadesløsholdelse, hvorved afgiveren lover at dække modtagerens tab ind, hvis bestemte forhold skulle indtræde. Se nærmere *Schans Christensen* (1998), s. 191 ff. og 237 ff., med fremhævelse af modsætningen til de transaktioner, der ikke indeholder sådanne former for garanti mv., idet der handles "as is", dvs. som det solgte er og forefindes, og *Lego Andersen* (2004), 88 ff. Parternes forhandling om *representations* and *warranties* kan navnlig være omfattende i internationale virksomhedsoverdragelser baseret på en forudgående *due diligence*-procedure. Se hertil *Enkelte transaktioner*, afsnit 2.8.d.

Er andet ikke aftalt, er det hovedreglen, at skadevolder skal erstatte det fulde tab, hvad enten erstatningspligten skyldes forsinkelse, mangler eller vanhjemmel. I den praktiske aftaleret er denne hovedregel imidlertid rent teoretisk. I kommercielle transaktioner vedtager parterne stort set altid, at den erstatningsforpligtede i hvert fald ikke skal udrede erstatning for *indirekte tab*. Dette begreb omfatter nogle gange tabt arbejdsfortjeneste, andre gange ikke (se f.eks. pkt. 16, stk. 2, i *NLS 95*, der lader ansvarsfraskrivelsen omfatte ethvert tab, manglen måtte forårsage, herunder driftstab, tabt fortjeneste og andre økonomiske konsekvenstab). Baggrunden for sådanne ansvarsbegrænsninger ligger dels i det ganske vidtgående alternativ, der følger af ansvarsreglen i KBL § 24 i genuskøb, dels i at reglerne om tabsbegrænsningspligt reducerer det krav, køberen kan gøre gældende i anledning af forsinkelsen. Hertil kommer, at det normalt ikke er muligt at forsikre sig imod sådanne tab.

Indirekte tab

Opfattelsen af begrebet indirekte tab er i øvrigt ikke klar og bør anvendes med varsomhed. Spørgsmålet er grundigt analyseret i to vægtige nordiske doktorafhandlinger, *Torsten Iversen: Erstatningsberegning i kontraktsforhold* (2000) og *Johnny Herre: Ersättning i köprätten* (1996). Navnlig kan der være grund til at advare mod begrebsanvendelsen i jurisdiktioner, der – som dansk ret – ikke knytter retsvirkninger til begrebet som sådant. Herhjemme anvendes det ofte synonymt med *følgeskader*, jf. *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 489 f., der med rette påpeger, at domstolene derfor af samme grund næppe vil tillægge de valgte formuleringer afgørende vægt. Af andre eksempler på begrebsanvendelser kan nævnes: Pkt. 6.2.4. i *ABR 89*, hvorefter rådgiveren ikke hæfter for “driftstab, avancetab eller andet indirekte tab”. Med driftstab tænkes almindeligvis på indtægtstab som følge af produktionsstop, jf. *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 460. I øvrigt sætter retspraksis en vis grænse for, hvilke afledte tab der omfattes af erstatningspligten – se i det hele *Lookofsky: Consequential damages in comparative context* (1989) – men netop fordi praksis herom er usikker, er der behov for præcis regulering af dette, økonomisk tungtvejende tema. Retssystemer baseret på *common law*-traditionen har en grundlæggende negativ holdning til afledte eller indirekte tab – også kaldet *consequential damages*. Holdningen er tidligst og klarest kommet til udtryk i sagen *Hadley v. Baxendale*, se herom *Lookofsky* a.at. og *Gomard* i U1989B.417 ff.

*Aftale-
forhandlingen*

Som nævnt s. 428 vil spørgsmålet om parternes ansvar for misligholdelse ofte blive drøftet indgående under aftaleforhandlingen. Som begrundelse for at fastholde erstatningsforpligtelsen for “det fulde tab” kan realkreditor pege på, at hans betaling for ydelsen (som forventes at være opfyldt korrekt) er sket i tillid til dens korrekthed, at debitor i højere grad end kreditor kan påvirke de forhold, der gør ydelsen mangelfri, at de tab, kreditor vil lide ved mangler, ofte skyldes fejl på debtors side, at der ofte kan gøres regres for sådanne krav mod tidligere omsætningsled, at retssystemets almindelige regler i alle tilfælde maksimerer erstatningskravet til det lidte (og uundgåelige) tab, og at debitor bedre end kreditor kan “pulverisere” den økonomiske skadevirkning af manglen. Heroverfor vil debitor kunne pege på, at en hæftelse for sådanne – ganske vidtgående – erstatningskrav langt vil overstige den risiko, parterne i transaktionen har kalkuleret med, at en sådan hæftelse navnlig vil være uforholdsmæssig, hvor der ikke er udvist grov uagtsomhed eller forsæt på debtors side, og at der i almindelighed ikke vil være mulighed for at afdække risikoen for sådanne situationer gennem forsikring.

En detaljeret regulering af erstatningsansvaret for mangler findes i *NL* 92, pkt. 21-34, der opstiller en række formelle og materielle betingelser for at gøre sælger ansvarlig for mangler. Disse bestemmelser ledsages af et afsluttende pkt. 35, hvorefter sælgeren (som det er sædvanligt i kommercielle forhold) intet ansvar har for mangler ud over det i de nævnte punkter foreskrevne. Denne fraskrivelse gælder for “ethvert tab, manglen måtte forårsage, herunder driftstab, tabt arbejdsfortjeneste og andre økonomiske konsekvenstab”. Det siges dog også, at denne begrænsning ikke gælder, dersom sælgeren har gjort sig skyldig i grov uagtsomhed.

I *K03* findes følgende bestemmelse i pkt. 29:

“Parterne er erstatningspligtige i det omfang, der foreligger det fornødne ansvarsgrundlag og der er lidt et tab.

For forhold, der udløser betaling af bod eller forholdsmæssigt afslag, kan erstatning kun kræves i det omfang, Kunden dokumenterer et tab ud over bodsbeløbet eller det forholdsmæssige afslag. Erstatning og eventuelt bodsbeløb eller forholdsmæssige afslag tilsammen er dog under alle omstændigheder begrænset til leverancevederlaget.

Såfremt en uvildig sagkyndig ved audit, jf. punkt 18, har truffet afgørelse om, at en Parts manglende opfyldelse af kravene til indsigt, jf. punkt 9, har haft betydning for Partens væsentlige misligholdelse af Kontrakten, forhøjes maksimum for den samlede erstatning og bod eller reduktion af vederlag med [...] %.

Parterne er ikke i noget tilfælde ansvarlig for driftstab, følgeskader eller andet indirekte tab. Følgeskader og indirekte tab anses ikke at omfatte: a) Kundens omkostninger til Standardprogrammel efter en delvis ophævelse, såfremt disse omkostninger ligger ud over nødvendige omkostninger forbundet med Kundens brug af Delleverancer, som ikke er omfattet af ophævelsen, [b)...c).....]. Tab af data anses for indirekte tab, bortset fra tilfælde hvor dette skyldes Leverandørens Drift eller anden datahåndtering, hvor dette er omfattet af Kontrakten.

Foranstående begrænsninger gælder kun, såfremt tabet ikke kan henføres til grov uagtsomhed eller forsætlige forhold hos den skadevoldende Part.”

Bevisvanskelighederne ved at opgøre tab i erhvervsforhold taler for at fiksere erstatningskravet. Et markant eksempel herpå er *konventionalboden*, hvor erstatningskravet fikseres til et fast beløb,

*Fikseret
erstatning*

der betales uanset størrelsen af det lidte tab (jf. nærmere afsnit 8.3.b.), men mellemformer kan tænkes. F.eks. kan det aftales, at kun *bestemte tabsposter* erstattes, ligesom der kan stilles krav om, at disse tabsposter forudsætter særlig dokumentation. Parterne kan også henskyde udmålingen af det endelige tab til afgørelse hos en domstol eller voldgiftsret, se hertil afsnit 9.4.c. En erstatningsopgørelse rummer en juridisk afgørelse, som ikke falder entydigt ud, blot fordi der anvendes økonomisk sagkundskab. Derfor bør spørgsmålet ikke håndteres på samme måde som aftalens vilkår om regnskabsmæssige kontrolforanstaltninger, se herom i afsnit 6.6.b.

Variations-
muligheder

Som nævnt er der talrige muligheder for at nuancere erstatningsforpligtelsen for indirekte tab. For det første kan ansvaret knyttes til den udviste *culpa* (f.eks. ansvar for grov, men ikke simpel uagtsomhed). Dernæst kan man – som eksemplerne ovenfor viste – afskære visse *tabsposter* (f.eks. tabt arbejdsfortjeneste eller tabt fortjeneste). Erstatningsforpligtelsen kan også begrænses i *tid*, således at krav må gøres inden for en bestemt periode efter præstationshandlingens afslutning eller efter tidspunktet for den hændelse, der udløser kravet. Tabet kan også begrænses i overensstemmelse med den *forsikringsdækning*, debitor har tegnet for risici af den omhandlede art. Endelig kan tabet fikseres til et *fast beløb*.

Produktskader

Et særligt problem angår aftalens regler om hæftelse for produktskader. Produktansvarslovens § 12 forbyder fravigelse af loven ved forudgående aftale “til skade for skadelidte eller den, som indtræder i skadelidtes krav”. Derimod er det muligt ved aftale at fordele det ansvar, to eller flere producenter har ifølge § 4, eftersom det ikke indebærer nogen indtræden i skadelidtes krav.

Der er ikke noget til hinder for at aftale, hvilken mellemand der i det endelige opgør skal bære det tab, der følger af en produktskade. *NL* 92 pkt. 36, stk. 1, bestemmer f.eks., at køberen skal holde sælgeren skadesløs i den udstrækning, sælgeren pålægges ansvar over for tredjemand for sådan skade og sådant tab, som sælgeren efter aftalens bestemmelser ikke er ansvarlig for over for køberen. Se nærmere om ansvarsfraskrivelse og produktansvar *Morten Samuelsson* i *Forsikrings og Erstatningsretlige skrifter I – 2000* (“Festskrift for FED”), s. 235 ff.

Aftale om moraforrentning i samhandelsvilkår adskiller sig fra rentevilkår i låneaftaler derved, at det gældsforhold, der forrentes, ikke er aftalt. Rentesatsen må derfor indkalkulere et vist *risikoverdrag* (debitor har f.eks. ikke evne til at betale) samt et vederlag for det *besvær* og de *udgifter*, den manglende betaling påfører ham. Ofte påføres kreditor dernæst *kreditomkostninger* for at finansiere en udebleven betaling.

Morarente

Rentelovens regler om moraforrentning, der gælder uden særskilt vedtagelse, udgør for de fleste formål en passende regulering af pengedebitors erstatningspligt for kreditors kredittab. Loven sonderer mellem den rente, der er *aftalt* i skyldforholdet, henholdsvis den, der indtræder ved *misligholdelse*. Forud for forfaldsdagen gælder den rente, der følger af parternes aftale. For perioden efter forfaldsdagen, pålægger § 5, stk. 1, en rente, der svarer til en referencesats, der udgøres af den officielle udlånsrente, som Nationalbanken har fastsat henholdsvis pr. den 1. januar og den 1. juli det pågældende år, med et tillæg på 8 %. Selv om denne morarentesats i et samfund med lavinflation så rigeligt forrenter kreditors tilgodehavende, aftales ofte en morarente, der ligger væsentligt over rentelovens. Kreditor kan ikke uden særskilt aftale kræve renters rente af morarenten, jf. *Lærebog i Obligationsret I*, s. 393 f., og *U 1990.386 H*.

Debitor skal betale rente af hele det forfaldne beløb fra forfaldsdagen, og til betaling sker. Det fremgår af rentelovens § 3, stk. 1, der fastslår, at "Rente skal betales fra forfaldsdagen, hvis denne er fastsat i forvejen". Kravet om, at forfaldsdagen skal være "fastsat" viser tilbage til aftalen eller dens forudsætninger. Se i det hele hertil *Lærebog i Obligationsret I*, s. 385 ff.

Ifølge rentelovens § 9a, stk. 1, kan fordringshaveren kræve, at skyldneren betaler ham rimelige og relevante omkostninger ved udenretlig inddrivelse af fordringen, medmindre forsinkelsen med betalingen ikke beror på debitors forhold. Bestemmelsen er præceptiv, jf. stk. 2. Angår kravet vederlag i henhold til aftale mellem erhvervsdrivende mv., kan kreditor i medfør af stk. 3 kræve et fast *kompensationsgebyr*, som ved bekendtgørelse nr. 105 af 31. januar 2013 er fastsat til 310 kr.

Andre omkostninger

Derudover kan kreditor i medfør af rentelovens § 9b kræve et

rykkergebyr. Gebyret er ifølge stk.2 fikseret til 100 kr. for hver rykkerskrivelse og kan efter bestemmelsens stk.1 opkræves, såfremt skrivelser er fremsendt med rimelig grund. Kreditor kan endvidere kræve et *inkassogebyr* (der også er fikseret til 100 kr., jf. stk.3), der kompenserer ham for besværet ved at skulle anmode en anden (f.eks. en advokat eller et inkassobureau) om at inddrive fordringen på hans vegne, såfremt dette er sket med rimelig grund. Disse gebyrregler kan ikke fraviges til skade for skyldneren ved aftale i erhvervsforhold, jf. § 9b, stk. 4.

Valuta og
lovvalg

Renteloven forholder sig ikke til, hvilken valuta en morarente skal beregnes i. Den sats for morarenten, der fastsættes i et lands rentelovgivning, vil ofte være afpasset efter renteniveauet i landets valuta. Derimod er morarentesatsen i den danske rentelov fastsat efter reglerne i direktiv 2000/35 om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner, og dermed EU-retligt bestemt. Parterne bør afklare, om et lovvalg, der indbefatter rentelovgivningen i lovvalgslandet, kommer til at indføre en morarentesats, der svarer til den valuta (som jo ikke behøver være lovvalgslandets), parternes vederlag betales i. Se i øvrigt *Enkelte transaktioner*, afsnit 3.2.d., om de økonomiske og risikomæssige faktorer, der er afgørende for en rentefastsættelse.

8.3.b. Konventionalbod

Begreb

Et vilkår om konventionalbod (også kaldet pønalt stipulation, eng. *liquidated damages*, *agreed penalty* eller *penalty clause*) går ud på, at debitor ved en nærmere anført misligholdelse skal betale et på forhånd fikseret beløb, uanset om kreditor har lidt noget tab svarende hertil. Ved at aftale konventionalbod undgår parterne besværet ved at skulle fastslå et tab, der kan være *vanskeligt* at opgøre, eller som reelt kun *kan* opgøres, hvis den ene part kompromitterer følsom information (f.eks. indkøbspriser el.lign.). Derimod regulerer boden som udgangspunkt ikke de andre retskrav end erstatningskravet (jf. herom senere), som kreditor i øvrigt kan gøre gældende i anledning af misligholdelsen.

Konventionalbodens problem er genstand for *Lena Olsens* doktorafhandling: *Ersättningsklausuler – vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott* (1994). UNCITRAL har gennemført en omfattende udredning om anvendelsen af bestemmelser om konventionalbod i in-

ternational handel, se Yearbook vol. X (1979), part two, I, A og vol. XII (1982), part two, I, B, 1. På grundlag af denne udredning har UNCTRAL vedtaget et sæt "Uniform rules on contract clauses for an agreed sum due upon failure of performance", se Yearbook XIV (1983), part one, I, A. FN's generalforsamling har efterfølgende anbefalet sine medlemsstater at indføre sådanne klausuler i deres lovgivning. Se også *Kim Frost* i ET 2014, s. 207 ff.

Konventionalboden varetager dermed flere hensyn. Først og fremmest tilgodeser den kreditors interesse i tabsudligning (*genopretningshensynet*). Dernæst virker konventionalboden som et incitament til, at den forpligtede opfylder sine forpligtelser (*præventionshensynet*). Endelig modvirker klausulen tvister ved at overflødiggøre bevisførelser om omfanget af en erstatningspligt (*klarhedshensynet*). Forhandlingen af vilkår om konventionalbod rejser ofte indgående diskussioner om, hvor meget der betales i bod. Blandt variationsmuligheder kan nævnes *progressiv eller degressiv* betaling, betaling gradueret efter *misligholdelsårsagen* eller betaling, der beror på, hvilket *tidspunkt* i et opfyldelsesforløb parterne befinder sig i.

Formål

Trods iøjnefaldende fordele rummer konventionalboden en risiko for uafbalancerede vilkår. Derfor indeholder talrige retssystemer hjemmel for aftalekorrektion. Indtil indførelsen af generalklausulen i AFTL § 36 fandtes sådanne regler i den indtil dagældende § 36, se herom nærmere *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 8.4.f., og *Grundlæggende aftaleret*, s. 431 f.

En aftale om konventionalbod bør tage stilling til, om bodsbetaling træder i stedet for erstatningspligten. Uden særlig aftale herom må det antages, at konventionalboden udtømmende gør op med erstatningspligten, se hertil *Hørlyck* (2014), s. 320, med henvisning til *U 1922.497 H* og *TBB 2011.611 V*. Dette gælder dog næppe, hvis den forpligtede har udvist grov uagtsomhed, sml. *Kolrud m.fl.* (1993), s. 66. Ifølge konkurslovens § 98, nr. 2, er den del af konventionalboden, der ikke modsvarer et lidt tab, et efterstillet krav. En aftale om bodsbetaling bør i øvrigt tage stilling til, om den forpligtede kan "arbejde sig ud af" pligten til at betale konventionalbod ved at *forcere* sine efterfølgende leveringer. Praksis herom er uklar, se *Vagner* (2005), s. 115 f. Endelig bør aftalen tage stilling til, om boden også skal betales ved aftalens ophævelse. I mangel af modsat aftale vil en ophæ-

Koncipering

velse ikke afskære et aftalt krav om konventionalbod, jf. *U 2009.2180 H*.

Ydelsesbinding

En bodsbestemmelse må først og fremmest tage stilling til, hvilke former for misligholdelse, der skal udløse bod. Har parterne interesse i at incitere til prompte opfyldelse af *delydelser*, kan boden knyttes hertil. Der er heller intet til hinder for at aftale bod ved misligholdelse af *accessoriske pligter*, f.eks. undladt udlevering af manualer: Er dokumentationen så vigtig, at køberen ikke kan eller sikkerhedsmæssigt bør tage hovedydelsen i brug, kan boden eventuelt beregnes på samme måde, som hvis hovedydelsen var udeblevet.

Tidsbinding

Når en konventionalbod knytter sig til en undladelsesforpligtelse (jf. herom diskussionen i afsnit 6.2.a.), må den være præcis om sin tidsmæssige udstrækning. For det første må den tage stilling til *starttidspunktet*. Skal ydelsen udvikles og senere afleveres, vil starttidspunktet ofte falde sammen med en “milepæl” under en langvarig opfyldelse eller afleveringsforretningen. For det andet må det afklares, hvor længe der skal betales bod, når misligholdelsen er længerevarende.

Størrelse

Når det gælder bodens størrelse, vælger parterne ofte et fast beløb pr. dag eller begivenhed. Beløbet kan enten fastsættes *en gang for alle* eller med udgangspunkt i en *flerhed af begivenheder*, jf. eksemplet nedenfor. Ved fastsættelsen bør man tage hensyn til de hensyn, der begrundes konventionalbodem. Det kan være vanskeligt at *bevise* tabet ved en misligholdelse, navnlig i et langvarigt aftaleforløb. På den ene side gælder det om at *incitere* debitor til at opfylde – man må altså over en vis bagatelgrænse. Samtidig bør koncipisten undgå, at klausulen tilsidesættes som urimelig, jf. AFTL § 36. Endelig må man tage i betragtning, i hvilken grad debitor overhovedet har *mulighed* for at påvirke de forhold, der udløser bodsbetaling. En konventionalbod, der understøtter konkurrenceklausuler, bør stå i forhold til den goodwill, der i givet fald undergraves ved overtrædelse af konkurrenceklausulen. *U 1994.841 H* viser, at dette aspekt også indgår ved vurderingen af, om en konventionalbod skal tilsidesættes i medfør af AFTL § 36.

I løbende samhandelsforhold sættes boden ofte til en fast procentdel af vederlaget for den misligholdte del af aftalen. I aftaler om maskin-

leverancer sættes konventionalboden typisk til mellem 0,5 og 1 % pr. uge, se hertil *Kolrud m.fl.* (1993), s. 63. *NL 92* pkt. 13 anslår 0,5 % som udfyldende regel. Sådanne løbende betalingsmekanismer kan dog føre til uforholdsmæssigt store krav. Derfor indfører man som regel et *maksimum*, der også sættes i forhold til værdien af den misligholdt leverance. *NL 92* fastsætter et maksimum på 7,5 % af beregningsgrundlaget. I *K18* og *K33* er dette maksimum på 10 %. *K02* (pkt. 18.1.2) og *K03* (pkt. 25.2.1) overlader det til parterne at fastsætte et maksimum.

Bodsvilkår må afklare de temaer, der gør sig gældende ved betalinger. Hertil hører spørgsmålet om *forfaldstidspunktet* (skal boden opkræves løbende efter påkrav fra kreditor, eller når arbejdet er afsluttet?) samt visse problemer vedrørende *forrentning*, *modregning* og *periodisering* mv.

Forfaldstidspunkt

Et detaljeret vilkår om konventionalbod findes i 18.1.2 i *K02*:

“Såfremt en af de i bilag 1 anførte frister for overtagelsesprøve, driftsprøve eller øvrige bodsfrister overskrides, betaler Leverandøren en bod for hver påbegyndt Arbejdsdag, som den aftalte frist overskrides.

Boden udgør [...] % af leverancevederlaget pr. påbegyndt Arbejdsdag.

Den samlede bod for forsinkelse vedrørende en Leverance kan ikke overstige [...] % af leverancevederlaget.

Påløbet bod betales efter påkrav fremsat i Meddelelse fra Kunden. Har Leverandøren ikke senest 12 måneder efter den aftalte Overtagelsesdag modtaget Meddelelse herom fra Kunden, bortfalder Kundens ret til bod.

Såfremt Leverandøren overholder den oprindelige frist for overtagelsesprøve med tillæg af udskydelser, der skyldes Kundens forhold, bortfalder Kundens krav på bod vedrørende forudgående bodsfrister. Eventuelt betalt bod tilbagebetales sammen med den rate af leverancevederlaget, der betales ved godkendt overtagelsesprøve.”

Hertil føjer sig pkt. 18.2.2, om bodsbetaling ved overskridelse af servicemål:

“Såfremt servicemålene i bilag 6 overskrides, betaler Leverandøren en bod i henhold til principperne anført i bilag 6.

Den samlede bod for manglende opfyldelse af servicemål i en måned kan ikke overstige vedligeholdelsesvederlaget for den pågældende måned.

Påløbet bod betales månedsvis efter påkrav fremsat i Meddelelse fra Kunden. Har Leverandøren ikke senest 12 måneder efter månedens udløb modtaget Meddelelse herom fra Kunden, bortfalder Kundens ret til bod for den pågældende måned.”

8.4. Gensidighedsbeføjelser

8.4.a. Tilbageholdelse

Begreb og problem

Retten til at holde ydelsen tilbage udspringer af den samtidighedsgrundsætning, som væsentlige dele af den praktiske aftaleret bygger på. Trods princippet grundlæggende karakter kan der være behov for at afklare dets rækkevidde i aftalen. Dette gælder navnlig, når der er tale om mere komplekse ydelser (der f.eks. præsteres i småbidder over et længere forløb), eller hvis tredjemand (f.eks. en transportør) er involveret i overdragelsesprocessen.

Retsvirkning

Giver aftalen en part ret til at stille sin opfyldelse i bero, bør den afklare de økonomiske konsekvenser af, at dette sker. Skal den anden part f.eks. bære de heraf følgende *ekstraomkostninger*, f.eks. til kommunikation og advokatbistand, honorar til transportør for at ekspedere det ændrede ønske, afgifter til myndigheder og oplagringsomkostninger? Herudover kan det være nødvendigt at *korrigere* parternes pligter, f.eks. ved at erstatte en tidligere ydet kredit med en pligt til kontantbetaling for delleverancer eller forudgående sikkerhedsstillelse. Disse retsfølger kan forekomme vidtrækkende, men de må sammenholdes med det tænkelige alternativ, en ophævelse. Som eksempel på en sådan regulering kan nævnes pkt. 14.1. i det Modelforslag til Almindelige Salgs- og Leveringsbetingelser i Internationale Løsørekøb, der er trykt i Juridisk formularbog (2004), s. 767 ff. Bestemmelsen lyder:

“Såfremt Køber ikke overholder aftalte betalingsbetingelser eller ikke dokumenterer, at aftalte sikkerhedsstillelser er etableret nøjagtigt til aftalt tid, forbeholder Sælger sig at stille afvikling af handlen i bero for

Købers regning, herunder standse Varen under forsendelsen og instruere fragtføreren om, at Varen ikke må udleveres til Køber, før betalings- og sikkerhedsstillelsesforpligtelserne er opfyldt. Sælger kan i tilfælde af Købers misligholdelse med disse forpligtelser kræve sikkerhedsstillelse for fremtidige betalinger eller kræve forudbetaling, selvom der tidligere er indrømmet kredit uden sikkerhedsstillelse for sådanne beløb.”

8.4.b. Forholdsmæssigt afslag

Det forholdsmæssige afslag befinder sig begrebsmæssigt et sted midt imellem erstatning, naturalopfyldelse og delvis ugyldighed. Som udgangspunkt kræver det særlig hjemmel at give forholdsmæssigt afslag. En sådan hjemmel findes i KBL §§ 42-43, CISG art. 50 og lejelovens § 11, stk. 2. Herudover giver visse regler indirekte hjemmel for prisreduktion. Det gælder f.eks. AFTL § 36 og den almindelige forudsætningslære. Men også uden for det direkte anvendelsesområde af sådanne regler har domstolene undertiden justeret prisen for en ydelse, således at der reelt har været givet et forholdsmæssigt afslag.

Karakteristik

Se *U 1970.787 H*, der dog ikke fandt grundlag for at give afslag i betalingen for en virksomheds goodwill, fordi et forudsat agentur var mangelfuldt. Se også *U 2003.1230 H*, der gav forholdsmæssigt afslag i en aftale om opsætning af reklameplakater. En af fordelene ved at angive hvorledes købesummen sammensættes, ligger i muligheden for at præcisere et forholdsmæssigt afslag, hvis der indtræder værdiforringende mangler.

Et forholdsmæssigt afslag udgør en hensigtsmæssig regulering af en række forhold ved misligholdelse. Afslaget spiller sin væsentligste rolle i relation til *faktiske mangler*, og det er da også i mangelstilfælde, at loven ofte hjemler afslag. Men beføjelsen kan også benyttes i andre tilfælde. F.eks. kan et forholdsmæssigt afslag være en afbalanceret måde at kompensere for kreditors ulempe ved en *forsinkelse* på (f.eks. hvis ydelsen kun har en bestemt økonomisk levetid, som forsinkelsen til dels afskærer kreditors nytte af) eller ved *retsmangler*, som kun rammer en del af den samlede ydelse.

Funktion

Vilkår om forholdsmæssigt afslag bør angive en utvetydig målestok, som værdiforringelsen kan udmåles efter. En sådan målestok foreligger f.eks., når aftalen fastslår, at nedsat *driftseffekti-*

Koncipering

vitet ved det leverede efter bestemte beregningsregler medfører nedsættelse af købesummen. Uden sådanne regler tvinges parterne til en kostbar sagsoplysning, f.eks. ved sagkyndige erklæringer. Ofte vil der være flere mulige principper at opgøre et afslag efter: For det første kan man skønne over *ydelsens værdi* med og uden mangler. For det andet kan man skønne omkostningerne ved en *reparationsværdi* (hvilket kan føre til et højere beløb). For det tredje kan man skønne over, hvilken værdi de *mangelfulde aspekter* af ydelsen får for realkreditor.

8.4.c. Ophævelse

Karakteristik

Når en aftale ophæves, bortfalder parternes pligt til at præstere den primære ydelse. I stedet kan der indtræde andre forpligtelser, alt efter aftalens karakter og indhold. At ophæve en aftale er en drastisk retsfølge, jf. nærmere *Lærebog i Obligationsret I*, s. 212 f. og 216 f. Alle de ressourcer, parterne har lagt i transaktionen, dens forhandling og opfyldelse, er nu spildt. Det behov, parterne søgte at opfylde ved aftalen, må de nu tilgodese på anden vis, typisk med en ny aftalepart, en ny forhandling, nye opfyldelsesforanstaltninger etc.

Stærke økonomiske incitamenter taler derfor for at reservere hævebeføjelsen til *ekstreme tilfælde* af misligholdelse, hvor ingen andre midler med rimelighed kan benyttes. Navnlig hvis en ophævelse vil indebære et betydeligt værdispild, kan der være grund til at undgå dette retsskridt. Ofte motiverer den slags faktorer parterne selv til at undgå ophævelse, men at benytte andre sanktioner. Har licenstageren f.eks. indrettet sin produktion på grundlag af et patent, og misligholder licensgiver sin forpligtelse til at stille supplerende *knowhow* eller tjenesteydelser til rådighed, vil licenstageren være dårligt tjent med at ophæve licensaftalen. I stedet vil licenstageren måske opgøre et erstatningskrav og tilbageholde en del af sin betaling af licensafgift, indtil tabet er dækket.

Baggrundsretten

Efter almindelige obligationsretlige regler kan en ophævelse alene komme på tale, når der foreligger en kvalificeret omstændighed, som kan karakteriseres som en *væsentlig misligholdelse*, eller når der er udtrykkelig *hjemmel* hertil i lov eller aftale. Det vanskelige punkt er ikke, om aftalen er misligholdt, men om væsentlighedskravet er opfyldt. I denne vurdering indgår en

række momenter, der knytter sig til transaktionens formål, den misligholdte ydelses karakter, parternes dialog forud for ophævelsen (og herunder den krænkede parts forvarsel om, at ophævelse kunne komme på tale) samt den krænkende parts behov for genopretning. Se herved *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 5.3.b. Disse spørgsmål vil ofte give anledning til tvivl. Denne tvivl er særdeles kritisk på grund af den standpunktsrisiko, den hævende part tager ved ophævelsen. Derfor kan der være behov for at præcisere kravene til ophævelse i aftalen.

Aftalepraksis bekræfter baggrundsrettens syn på ophævelsen som et destruktivt retsmiddel, som må benyttes med varsomhed. Dette gælder såvel i de *veldefinerede* transaktioner som i *projektprægede*, se om denne sondring s. 278 f. Selv om KBL § 28, stk. 1, 2. pkt., betragter enhver forsinkelse i *køb* med købesummens betaling som “væsentlig” misligholdelse, er det praktiske udgangspunkt et andet. Ofte aftales det, at en forsinkelse, som ikke overstiger et nærmere fastsat tidsrum, ikke giver grundlag for ophævelse, medmindre parterne forinden har indgået skriftlig aftale om, at levering skal ske nøjagtig til den aftalte tid, og *samtidig* har aftalt, at forsinkelse derudover skal kunne påberåbes som hævegrund.

Aftalepraksis

En præcisering af væsentlighedskriteriet kan for det første ske ved, at aftalen eksemplificerer de relevante tilfælde af misligholdelse som kritiske, eller angiver et beløbsmæssigt maksimum for, hvornår hævebeføjelsen kan gøres gældende. I *K02* pkt. 20.1 er dette f.eks. sket således:

Væsentligheds-kriteriet

“Der anses bl.a. at foreligge væsentlig misligholdelse i følgende tilfælde:

En samlet overskridelse af fristerne for godkendt overtagelsesprøve og driftsprøve for Leverancen med mere end 40 Arbejdsdage.

Såfremt en uvildig sagkyndig ved audit, jf. punkt 5.6., har truffet afgørelse om, at Leverandørens manglende opfyldelse af modenhedsniveauet i bilag 8 har væsentlig betydning for Leverandørens forsinkelse i forhold til tidsplanen i bilag 1 eller for at levere uden væsentlige Mangler, og Leverandøren ikke ved en fornyet audit ved den uvildig sagkyndige har dokumenteret, at modenhedsniveauet er opfyldt inden en af den uvildig sagkyndige fastsat frist.

8.4. GENSIDIGHEDSBEFØJELSER

Overskridelse af aftalt Overtagelsesdag for en ændring, der leveres som en Selvstændig Opgave, jf. punkt 6.3., med mere end 30 Arbejdsdage.

Leverandørens konkurs, såfremt konkursboet ikke på baggrund af skriftlig henvendelse fra Kunden uden ugrundet ophold tilkendegiver, at boet indtræder i Kontrakten.

Leverandørens betalingsstandsning, åbning af forhandlinger om akkord eller væsentligt forringede økonomiske forhold i øvrigt, der bringer Kontraktens rette opfyldelse i fare.

Leverandørens ophør med den virksomhed, som Kontrakten vedrører, eller indtræden af andre omstændigheder, der bringer Kontraktens rette opfyldelse i alvorlig fare.”

Nachfrist

Væsentlighedskriteriet kan for det andet reguleres proceduremæssigt. Således kan A's ret til ophævelse betinges af, at A giver B underretning om, at han agter at hæve aftalen, så B får en sidste mulighed for at undgå dette skridt (såkaldt *Nachfrist*, dvs. “sidste frist”). En regel herom kan f.eks. udtrykkes som i pkt. 7 i *NLS 95*:

“Hvis sælgeren ikke leverer materiellet i rette tid, kan køberen ved skriftlig meddelelse til sælgeren fastsætte en sidste, rimelig frist for levering, og herved angive, at han agter at hæve aftalen, hvis levering ikke sker inden for denne frist. Såfremt levering ikke finder sted inden for denne sidste frist, er køberen berettiget til ved skriftlig meddelelse til sælgeren at hæve aftalen.”

Et andet eksempel på en sådan regulering findes i pkt. L i den Standardformular for Internationale Løsørekøb, der er trykt i *Juridisk Formularbog* (2004), s. 756 ff. Formulærens pkt. N pålægger herudover køber en særlig pligt til at undersøge varen, som minder om KBL § 51 om handelskøb, men som indfører en absolut pligt til at reklamere inden tre dage, efter at varen er ankommet til bestemmelsesstedet. Hermed undgås det tvivlsmoment, der ligger i KBL § 52's henvisning til, at reklamation skal ske “i handelskøb straks og ellers uden ugrundet ophold”.

Bestemmelser om *Nachfrist* kan eventuelt pålægge modtageren at reagere på en bestemt måde, f.eks. således, at en undladt

meddelelse om, hvordan den misligholdende part vil tage skridt til at opfylde, i sig selv indebærer, at væsentlig misligholdelse foreligger.

Når en aftale er sammensat af forskellige ydelser, f.eks. hoved- og biforpligtelser eller delleverancer, der kan præsteres for sig, er der behov for at klargøre, om en ophævelse skal gøres gældende for hele aftalen, eller om den kun skal slå igennem på en del af den: Køber jeg hos en konditor en særligt tilvirket festkage og noget piskefløde, som skal piskes til flødeskum umiddelbart inden serveringen, er piskefløden vel et accessorium til kagen. Men hvis jeg har mulighed for at skaffe en frisk piskefløde inden serveringen, bør en misligholdelse af denne delydelse ikke give mig hæveadgang til kagen. Begrundelsen er her, at der ingen *nødvendig sammenhæng* består. Piskefløden kunne lige så vel have været købt i et supermarked. Billedet ændrer sig, når begge ydelser fremkommer som en "pakkeløsning", f.eks. hvis konditoren selv skal piske fløden op i forbindelse med serveringen og spolerer sit eget værk ved ikke at levere den.

Eksempler som disse er righoldige i den praktiske aftaleret: Køber B en maskine af A, idet A samtidig ved særskilt aftale påtager sig at vedligeholde den, bør B's hævebeføjelse over købet ved misligholdelse af vedligeholdelsespligten bero på, om andre leverandører end A kan vedligeholde maskinen. Kan de det, har B ingen interesse i at hæve købsaftalen, pga. A's misligholdelse af vedligeholdelsesaftalen. Men er A den eneste, der kan vedligeholde maskinen, bør B kunne hæve hele aftalen, hvis A's misligholdelse af vedligeholdelsespligten fratager maskinen sin brugsværdi. På tilsvarende måde kan misligholdelse af pligten til at *rådgive* modtageren af en kompliceret ydelse være en kritisk biforpligtelse, der derfor giver hævebeføjelse.

Ved på den måde at rette hævebeføjelsen mod de dele af den samlede transaktion, som påvirkes kritisk af debtors misligholdelse, kan realkreditor sikre sig mere effektivt end ved en fuldstændig ophævelse. Om en sådan delvis ophævelse er berettiget, kan være vanskeligt at afgøre ud fra baggrundsretten. Spørgsmålet bør derfor afklares i aftalen. Klausuler herom kan være vanskelige at afbalancere. Kreditor bør ikke kunne benytte sig af muligheden for delvis ophævelse ved at udvælge de mest lukrative elementer af transaktionen. Når kreditors fordel herved af-

*Biforpligtelser og
accessorier*

Delvis ophævelse

vejes over for debtors ulempe, må det tages i betragtning, at den særlige fordel, kreditor får, er opstået ved debtors misligholdelse.

NL 92 indeholder i pkt. 14 en regel om delvis ophævelse. Reglen træder i kraft, når køberen har optjent ret til maksimal konventionalbod, og materiellet fortsat ikke er leveret. I denne situation kan køberen ved skriftlig meddelelse til sælgeren kræve levering og fastsætte en sidste, rimelig frist, som ikke kan være kortere end en uge. Leverer sælgeren fortsat ikke – uden at der foreligger en ansvarsudelukkelsesgrund – kan køber ved skriftlig meddelelse til sælger hæve aftalen for så vidt angår den del af materiellet, som ikke kan tages i brug som forudsat.

Situationen efter ophævelsen

Enhver regel om ophævelse må tage stilling til parternes retsstilling, når ophævelsen er gennemført, jf. i det hele kapitel 7 om aftalers ophør. Som ved opsigelse er udgangspunktet, at parterne skal tilbagegive deres ydelser. Men tilbagegivelsen indtræder her uforudset og kan måske af praktiske grunde ikke gennemføres. Dernæst kan det tænkes, at den tilbagegivende part allerede har opnået en betydelig nytteværdi af ydelsen i hans rådeperiode, eller at ydelsen har undergået en forandring, der gør tilbagegivelse meningsløs.

Pkt. 26.2.1 i *K03* angiver følgende generelle løsning på dette spørgsmål:

“Ved ophævelse skal Leverandøren straks tilbagebetale de af Kunden indbetalte beløb vedrørende de dele af Leverancen, der omfattes af ophævelsen, uden fradrag for værdinedgang eller almindelig brug.

Kunden skal tilbagelevere de af ophævelsen omfattede dele af Leverancen i den stand, hvori de findes hos Kunden. Kunden er erstatningsansvarlig for tab, der skyldes en brug af Leverancen, der ikke kunne være forventet. Leverandøren skal varetage demontering.

Kunden er dog berettiget til at benytte dele af Leverancen, indtil alternative løsninger kan anskaffes. I så fald tilbagebetales de af Kunden indbetalte beløb, for det som omfattes af ophævelsen, først, når tilbagelevering finder sted.

For perioden fra ophævelse og indtil tilbagelevering finder sted, betaler Kunden et rimeligt vederlag for den nytte, Kunden har haft af de pågældende dele af Leverancen, herunder for eventuel Ibrugtagning forud for Overtagelse. Ved tilbagelevering af dele af Leverancen fastsættes nytteværdien som udgangspunkt som summen af eventuelt driftsvederlag, vederlag for vedligeholdelse og løbende betalinger for anvendelse af Programmel (eller en eventuel forholdsmæssig andel af en fast engangsbetaling). Disse vederlag og afgifter betales forholdsmæssigt i forhold til den berigelse, Kunden har ved brugen.

Ved ophævelse beholder Kunden de dele af Leverancen, som ikke omfattes af ophævelsen, samt eventuelle rettigheder knyttet hertil, på de vilkår som i øvrigt gælder efter Kontraktens punkt 31 og Bilag 16. Kunden kan endvidere ikke kræve tilbagebetaling af erlagt vederlag for sådanne dele af Leverancen.

Kunden kan kræve, at Leverandøren reetablerer forholdene vedrørende eventuelle tidligere overtagne Delleverancer, der ikke omfattes af ophævelsen, såfremt den fulde funktionalitet vedrørende disse Delleverancer ikke længere foreligger som følge af forhold ved den del af Leverancen, for hvilken der foreligger væsentlig misligholdelse.

For den del af Leverancen, der omfattes af ophævelsen, bortfalder aftale om vedligeholdelse og eventuel Drift ved tilbagelevering. Leverandøren er fortsat forpligtet til at vedligeholde og varetage eventuel Drift af de dele af Leverancen, som ikke er omfattet af ophævelsen, på hidtidige vilkår, dog således at Leverandørens vederlag reduceres forholdsmæssigt. Leverandøren kan dog kræve vedligeholdelses- og/eller eventuelt driftsvederlag for den resterende del af Leverancen reguleret i det omfang, at dette er rimeligt begrundet.”

En lignende regulering findes i ABSERVICE § 30:

“§ 30. Ved ophævelse af aftalen tilbagebetaler leverandøren eventuelt modtaget vederlag for endnu ikke udført levering og ordregiver betaler for eventuelt modtaget, men endnu ikke betalt levering.

Stk. 2. Kontraktsparterne leverer så vidt muligt til rådighed stillede aktiver tilbage ved ophævelse af kontrakten.

Stk. 3. Hvor et leveringsophør efter en ophævelse vil være velfærdstruende for borgere, der er afhængige af serviceydelsen, kan ordregiveren uanset

8.4. GENSIDIGHEDSBEFØJELSER

aftalens ophævelse kræve, at leverandøren i en overgangsperiode stiller ressourcer til rådighed for levering af serviceydelsen, indtil leveringen med rimeligt varsel kan overtages af ordregiveren eller en anden leverandør. Levering i overgangsperioden sker på samme vilkår som i den ophævede aftale, idet den leverandør, som hæver aftalen eller frem til ophævelsen har udøvet standsningsret, dog kan forlange forudbetaling for ydelserne.”

Kan ydelsen ikke leveres tilbage, er parterne som regel godt hjulpet med det princip, der finder udtryk i KBL § 57, nemlig at sælgeren ikke er berettiget til at få genstanden tilbage, medmindre han tilbagegiver, hvad han har modtaget i betaling, ligesom køberen heller ikke er berettiget til købesummen, medmindre han tilbageleverer det modtagne i væsentlig samme stand og mængde, hvori det var ved leveringen.

*Umulig eller
uønsket
tilbagegivelse*

Visse ydelser har egenskaber, som gør det umuligt eller uhenigtsmæssigt at tilbagegive dem. Det gælder f.eks. *ingredienser* eller *komponenter*, der skal bygges ind i noget andet, og som ikke kan genanvendes, eller *kostbare installationer*, som kunden umuligt eller vanskeligt vil kunne skaffe gennem en erstatningsleverance. I disse tilfælde kan det være aftalt, at der slet ikke skal kunne ske ophævelse.

Lejeordninger

Ønsket om at ophæve en aftale og bringe de udvekslede ydelser tilbage til udgangspunktet kan undertiden komme i konflikt med parternes interesse i at råde over ydelsen. En sådan konflikt kan navnlig forekomme i situationer, hvor den funktion, ydelserne opfylder hos realkreditor, ikke uden videre kan opfyldes på anden måde. I disse tilfælde kan det være hensigtsmæssigt at indbygge vilkår i aftalen, hvorefter realkreditor (kunden) får en *option* på at kunne leje den ydelse, der i kraft af ophævelsen ellers skulle føres tilbage til realdebitor (leverandøren). I *K02* er dette sket gennem følgende bestemmelse i pkt. 20.2, der som led i reguleringen af forholdene efter en ophævelse giver kunden ret til at videreføre sin brug af dele af leverancen efter følgende regler:

“Kunden er dog berettiget til at benytte dele af Leverandørens ydelser, indtil alternative løsninger kan anskaffes. I så fald tilbagebetales de af Kunden indbetalte beløb, for det som omfattes af ophævelsen, først, når tilbagelevering finder sted.

Indtil tilbagelevering betaler Kunden et rimeligt vederlag for den nytte, Kunden har haft af ydelserne, herunder for eventuel Ibrugtagning forud for Overtagelsesdagen. Ved tilbagelevering af dele af Leverancen fastsættes nytteværdien som udgangspunkt som summen af eventuelt driftsvederlag, vederlag for vedligeholdelse og løbende betalinger for anvendelse af Programmel (eller en eventuel forholdsmæssig andel af en fast engangsbetaling). Disse vederlag og afgifter betales forholdsmæssigt i forhold til den berigelse, Kunden har ved brugen.

I en sådan lejeoption kan det være vanskeligt at fastslå lejebetalingen. For det første vil vurderingen af “det lejedes værdi” være præget af, at kunden anser ydelsen for *mangelfuld*. For det andet vil ydelsen ofte være *ændret* under opfyldelsesprocessen (f.eks. som led i leverandørens forsøg på at afhjælpe mangler mv.). I erkendelse af at man vanskeligt kan fiksere nogen “rimelig” endsige præcis målestok for denne lejebetaling, bør en sådan aftale angive nogle udgangspunkter for denne værdiansættelse. *U 2014.578 H* fastsatte f.eks. køberens nytteværdi af at have kunnet benytte det tv-apparat, som han kunne hæve købet af (fordi sælgeren havde forsømt at oplyse om en kommende ny signalstandard), til 10 % af købsprisen for tv-apparatet pr. år med fradrag af købsprisen for den boks, som køberen havde måttet købe for at kunne se tv i den nye signalstandard. Aftalen kan også fastsætte, hvilke dele af installationen der er “*betalbare*” i lejeaftalen, og med klar angivelse af, om betaling skal ske efter *ny- eller brugtværdi*. Sådanne regler kan med fordel ledsages af en metode til hurtig og effektiv *konfliktløsning*, hvis ikke parterne kan komme overens om lejebetalingen.

Ophævelsen af en aftale vil ofte berøre tredjeparter, f.eks. kunder, medarbejdere, presse og myndigheder, der på den ene eller anden måde vil være påvirket af de relationer, aftalen skabte, men som ved ophævelsen nu ikke længere eksisterer. Derfor vil parterne – eller i hvert fald den hævdede part – have en naturlig anledning til at orientere disse tredjeparter om ophævelsen. En sådan orientering kan kollidere med ønsket om diskretion om transaktionen, se herved afsnit 5.3.e. Er der hævet med rette, vil en sådan orientering i almindelighed ikke udgøre en særskilt misligholdelse, jf. *U 2007.1918 H*. Ønsker en part at fravige denne retsstilling, f.eks. ud fra et ønske om at befæste sin troværdighed på markedet, bør den hævdede part forpligtes til at

*Orientering af
tredjeparter*

forelægge udkast til orienteringsmateriale for modparten. I den forbindelse kan parterne pålægge sig en pligt til at undlade at kommentere forholdene omkring ophævelsen, se a.st. s. 254 f. om kommentararkald.

8.4.d. Udbedring, ombytning og afhjælpning

Problemstilling

Mange tilfælde af misligholdelse begås uagtsomt, f.eks. fordi den forpligtede er uopmærksom på pligten, eller fordi der indtræder en uforudset hændelse, som gjorde det vanskeligt eller upraktisk at opfylde den. Når konsekvenserne af en misligholdelse på kreditors side er beskedne, kan det føles uforholdsmæssigt at rejse økonomiske krav. I stedet kan det være retsøkonomisk mere effektivt at lade debitor rette sin fejl, hvis ellers dette kan ske hurtigt og uden ulempe for kreditor.

Realtydelser

I kommerciel aftalepraksis ser man derfor *udbedring* som det primære retsmiddel over for faktiske mangler (og ofte også over for fejl, der ikke har mangelskarakter). En udbedring kan gennemføres ved *ombytning* (udskiftning) eller *reparation* af ydelsen eller ydelseskomponenten. Debtors omkostninger herved vil typisk kun udgøre en brøkdel af det erstatningskrav, kreditor kunne opføre, hvis han selv skulle dække sig ind (f.eks. ved reparation, erstatninganskaffelse el.lign.) og kun et mikroskopisk fragment af de omkostninger, en ophævelse af aftalen ville medføre. Ved afhjælpningen stilles kreditor, som om aftalen var opfyldt. Dernæst vil udbedringshandlingen kunne give debitor nyttig viden om, hvordan lignende fejl og mangler undgås i andre leverancer. Således er ombytning eller afhjælpning kundens eneste primære sanktion over for mangler i de såkaldte *maskinklausuler*, se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 8.4.e., og som eksempel herpå *NLS* 95 pkt. 13, der forpligter sælger til inden for en periode af et år regnet fra leveringsdagen at levere nyt materiel som erstatning for materiel, der er mangelfuldt på grund af fejl i konstruktion, materiale eller fremstilling, samt mere detaljeret *NL* 92 pkt. 25 ff. og *NLM* 94 pkt. 52-66 (optrykt anførte sted).

Pengeydelse

Også forsinkelse (eller mangler) ved pengeydelse vil kunne afhjælpes. I disse tilfælde vil en ophævelse kunne føles særligt uforholdsmæssig, hvis den udeblevne betaling ikke skyldes debtors manglende evne eller vilje til at betale, men måske netop

kun en misforståelse eller vildfarelse. For at undgå, at kreditor opnår hævebeføjelse i disse tilfælde (f.eks. med den virkning, at et *lån* forfalder til fuld indfrielse, eller at et *lejemål* bringes til ophør til umiddelbar fraflytning), vil man ofte indføre en afhjælpningsmulighed, hvorefter ophævelse af låneaftalen først kan finde sted efter varsel. På denne baggrund er der indført særlige påkravsregler i tinglysningslovens § 42a, lejelovens § 93 og FAL §§ 13-15, *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 7.3.d.

Vilkår, der giver debitor afhjælpningsret ved misligholdelse, bør konciperes således, at afhjælpningen betragtes som en selvstændig (erstatnings-)præstation, der kan misligholdes i en så væsentlig grad, at vilkåret må anses som bortfaldet. Som anført straks nedenfor i petitafsnittet har domstolene da også fortolket de såkaldte maskinklausuler efter den slags principper. F.eks. er det relevant at forholde sig til, hvilke tidsgrænser afhjælpningen skal ske inden for, og til retsvirkningerne af, at sådanne tidsgrænser overskrides. Ligeledes er det vigtigt med præcise vilkår om, *hvornår* maskinklausulen skal anses for bortfaldet ved en sådan delvis misligholdelse. Det bør også afklares, *hvor* afhjælpningshandlingen skal finde sted, om den skal udføres af leverandøren *selv* (f.eks. af hensyn til risikoen for, at erhvervs-hemmeligheder kompromitteres), eller om leverandøren kan overlade den til *underleverandører*. Er det sidste tilfældet, kan der opstå problemer, hvis underleverandøren skal afhjælpe hos kunden, men ikke er bundet af samme pligt til hemmeligholdelse som leverandøren.

Koncipering

Som nævnt falder ansvarsfraskrivelse, der begrænser sælgers ansvar for afhjælpning mv., bort, hvis leverandøren misligholder sin afhjælpningspligt. Se herved *U 1974.557 SH*, der ikke fritog leverandøren for erstatningsansvar uanset en foreliggende ansvarsfraskrivelse, da leverandøren havde forsømt at afhjælpe en opstået mangel inden for rimelig tid, og *U 1986.654 H*, hvor en ansvarsfraskrivelse ikke fandtes at være gældende, efter at leverandøren af et sprøjttestøbeværktøj forgæves havde forsøgt at udbedre mangler gennem mere end ½ år.

Foruden de spørgsmål, der har at gøre med pligten til at udføre udbedringshandlingen, bør aftalen tage højde for visse forhold af ejendomsretlig art. For det første bør det afklares, hvem der

*Ejendomsretlige
spørgsmål*

har ejendomsretten til det udskiftede udstyr. *NL 92* fastslår f. eks., at mangelfulde dele, som udskiftes, stilles til sælgerens disposition og bliver hans ejendom. Ved at tage vare på udskiftede dele kan sælger sikre sig et væsentligt bevis, hvis der efterfølgende skulle opstå tvist om afhjælpningen. Denne fastlæggelse af ejendomsretten får bl.a. betydning for det interessante spørgsmål, hvem af parterne der skal bære erstatningsansvaret for skader forvoldt ved den udskiftede enhed, jf. herved *Kolrud m.fl.* (1993), s. 117, samt hvem der skal bære omkostningerne ved dens bortskaffelse.

8.5. Umulighed og force majeure

8.5.a. Karakteristik

Udgangspunktet

Som anført i afsnit 1.2.e. er det grundlæggende for enhver kommerciel transaktion, at parterne påtager sig en risiko for, at den tilsigtede fortjeneste udebliver, f.eks. hvis transaktionen rammes af noget uforudset. At strategier og planer ikke kan realiseres pga. uforudsete forhold, hører med til at drive virksomhed og bør ikke give grundlag for kontraktskrav. Alligevel er der enighed om, at visse forhold har en så uforudset karakter, at det er parternes gennemsnitlige interesse, at de kan begrunde en modifikation af aftalens pligter.

Force majeure

Begrebet *force majeure* (“overvældende magt”) defineres sædvanligvis som en tilstand, hvor opfyldelse af en forpligtelse hindres ved udefrakommende begivenheder af en sådan art, at selv ikke forsvarlige forholdsregler efter almindelig erfaring kunne have sikret opfyldelse, se herved *Hagstrøm* (2011), s. 278 ff., og *Gomard* (2011), s. 55 ff. Begrebet benyttes i *Code Civil* (art. 1148), men har ikke noget eksakt indhold, hverken i lovgivning eller i aftalepraksis. Almindeligvis bruges udtrykkene “force majeure” og “vis major” synonymt. Begge henviser de til en ikke nærmere bestemt *magt*, hvis overvindelse overstiger, hvad debitor forventedes at skulle præstere, og som det er klart, at han hverken kunne afværge eller indkalkulere.

Hardship

Begrebet adskiller sig dermed fra *hardship*, der anvendes om forhold, der uden at være overvældende eller atypiske dog gør den ene parts byrde ved at opfylde aftalen væsentligt tungere

end oprindelig forudsat, se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, s. 194 ff., *Hagstrøm* (2011), s. 323 ff., og generelt *Herman Brusserud: Hardshipklausuler* (2010). Hvor begrebet *force majeure* ofte bruges om en tilstand kendetegnet ved, at en aftalepligt bortfalder pga. forhold, der indebærer eller sidestilles med umulighed, anvendes *hardship* typisk om forhold, der blot indebærer en ubalance i parternes forpligtelser, og som (i kraft af en særskilt klausul) fører til en modifikation af denne pligt – enten i kraft af genforhandling eller ved beslutning truffet af en hertil kompetent instans (f.eks. en voldgiftsret).

UNCITRAL (1988) definerer “hardship” som “a change in economic, financial, legal or technological factors that causes serious adverse economic consequences to a contracting party, thereby rendering more difficult the performance of his contractual obligations”, se s. 242. Eksempler herpå kan være nye, uforudsete miljøkrav eller afgørende ændringer i forudsætningerne for det internationale valutasamarbejde. *Hardship clauses* pålægger sædvanligvis parterne at *genforhandle* aftalen ud fra de økonomiske forudsætninger, parterne lagde til grund, med adgang til voldgift, såfremt en sådan forhandling ender resultatløst. ICC har udarbejdet et revideret sæt klausuler, der dækker såvel *force majeure* som *hardship* (første gang publiceret i 1985, senest revideret i 2003 og udsendt som ICC Publication no. 650). Se hertil *Jan Ramberg* (2011), s. 52 f. *Hardship-klausulens problemer er i øvrigt gjort til genstand for en indgående analyse i Christian Wegener: Ændrede forholds betydning for kontraktsforhold: Om hardship og hardshipklausuler*. Kromann & Münter-prisopgave, oktober 1998.

Der findes talrige lovregler, der regulerer virkningerne af, at en aftalepligt viser sig umulig, eller væsentligt vanskeligere end forudsat at efterkomme. Ligeledes kan aftaleretlige regler give hjemmel for at modificere en forpligtelse, f.eks. reglerne om forudsætningsvigt eller generalklausulen i AFTL § 36. Retsstillingen kan være anderledes i andre retssystemer. I internationale retsforhold bør *force majeure*-klausuler derfor altid udformes i lyset af reglerne om *force majeure* i lovvalgslandet, samt de aftaleretlige regler om gyldigheden af sådanne vilkår.

Lovregulering

Den regel, der i dansk ret kommer nærmest et generelt *force majeure*-forbehold, gælder for genusforpligtelser og følger af KBL § 24. Bestem-

melsen påfører utvivlsomt sælgeren et langt mere vidtgående ansvar, end nutidens forretningsfolk normalt er parate til at påtage sig. Derfor er det helt sædvanligt at fraskrive sig dette ansvar både i og uden for køb. En mere afbalanceret regulering findes i CISG artikel 79, der også fritager debitor for *erstatningsansvar*, såfremt han kan godtgøre, at ikke-opfyldelse skyldtes en hindring uden for hans *kontrol*, og at han på tidspunktet for aftalens indgåelse ikke med rimelighed kunne forventes at have taget hindringen i betragtning eller at have undgået eller overvundet den eller dens følger. Selve dette spørgsmål om ansvarets grundlag er oftere genstand for diskussion. Regler om *force majeure* findes i de fleste retsforfatninger og bygger på det enkle synspunkt, at ingen kan forpligtes til at gøre det umulige. Synspunktet kan dog være vanskeligt at omsætte i praktiske resultater, fordi opfattelsen af, hvad der er “muligt”, beror på en vurdering af, hvilke værdier den forpligtede kan og bør sætte til for at opnå den pågældende tilstand. Selv om øjeblikkets forpligtelse “umuligt” kan opfyldes, kan det tænkes, at den forpligtede har foretaget sig noget forudgående, som han måtte indse førte til denne situation, og som han med rimelighed kunne have afværget.

Aftaleregulering

Behovet for at indføre force majeure-vilkår kan enten skyldes, at parterne ønsker at fravige de force majeure-regler, der findes i lovgivningen, eller at der slet ikke findes sådanne regler. Vilkåret bør dels angive, hvilke forhold (hvilket *retsfaktum*) der som *force majeure* bør føre til en modifikation af aftalens pligter (se herom under 8.5.b.), og hvilke retlige konsekvenser (dvs. hvilken *retsfølge*) det får for aftaleopfyldelsen, at disse forhold indtræder (se herom under 8.5.c.). Afgørelsen af disse spørgsmål må tage udgangspunkt i, hvilke *risici* parterne har ønsket at tage i transaktionen, og *hvem* af parterne der bedst er i stand til at håndtere disse risici gennem forsikring eller ved præventive foranstaltninger.

Navnlig *retsfølgen* ved force majeure og hardship giver anledning til variationer. Den klassiske *retsfølge* er, at en *præstationspligt udskydes*, men konsekvensen kan også være, at en pligt – eller hele aftaleforholdet – falder bort. Ligeledes kan en force majeure-tilstand medføre en *udskydelsesret* eller ekstraordinær adgang til *opsigelse*. I en *force majeure*-klausul bør der også være regler om, at den berettigede skal *give meddelelse* om, at klausulen gøres gældende med angivelse af, hvilke *foranstaltninger* han vil træffe for at reducere konsekvenserne af denne opståede situation.

En særlig hardship-klausul er den såkaldte prisfaldsklausul, der giver en part mulighed for at frigøre sig fra den indgåede aftale, såfremt der på markedet for den ydelse, aftalen omfatter (og som skal frembringes i konsekvens af aftalen), indtræder et prisfald af en vis størrelsesorden. En sådan klausul bør altid præcisere, *hvor stort* et prisfald der kan udløse denne retsvirkning (f.eks. angivet i procent), ligesom retsvirkningerne heraf (f.eks. at aftalen umiddelbart skal falde bort, at prisen skal justeres, eller at der skal indføres en ekstraordinær adgang til opsigelse) må præciseres. Endelig bør klausulen stille krav om, at prisfaldet *dokumenteres*.

Prisfaldsklausul

Debitors mulighed for at påberåbe sig force majeure beror på, hvilken forpligtelse han hermed ønsker sig løst fra. Derfor bør vilkår om force majeure ideelt set placeres i tilknytning til de *misligholdelsesbeføjelser* (ophævelse, forholdsmæssigt afslag, naturalopfyldelse etc.), debitor ellers ville være underlagt. Som nævnt s. 384 f. er en sådan konciperingsteknik vanskelig at gennemføre. I praksis indføres force majeure-forbehold hyppigt som én generel undtagelse. Force majeure-vilkår er sjældent genstand for den dybtgående drøftelse, som bør komme enhver undtagelsesregel til del. Giver force majeure-bestemmelsen hjemmel til, at en part løses fra sine forpligtelser efter aftalen, er den for så vidt en af aftalens væsentligste regler.

Systematisk placering

8.5.b. Retsfaktum for force majeure

Retsfaktum i en force majeure-bestemmelse må for det første korrespondere med de *aftalepligter*, som den modificerer. Blandt disse er for *leverandørens* vedkommende: at levere (1) til tiden, (2) på aftalt sted, og (3) med rigtig ydelse. Hertil kommer pligten til at leve op til (4) de garantier – f.eks. i form af erstatning – som han har påtaget sig efter aftalen, og til (5) at anerkende de pligtmæssige modifikationer i aftalen – f.eks. i form af forholdsmæssigt afslag – der kan indtræde. Angår force majeure-reglen aftalens erstatningsregler, bør den henvise til de enkelte erstatningsretlige beføjelser (f.eks. afgrænset til forskellige typer af tab og/eller konventionalbøder).

Forholdet til aftalepligten

For det andet må force majeure-klausulen henvise til de situationer, der skal udløse force majeure-retsvirkningen. Disse grunde kan inddeles i følgende grupper:

Objektive kriterier

8.5. UMULIGHED OG FORCE MAJEURE

Ulykkestilfælde: Brand, eksplosioner eller vandskade.

Omstændigheder vedrørende national sikkerhed: Krig, mobilisering eller militærindkaldelser af tilsvarende omfang, terrorangreb.

Uforudsete nationale restriktioner: Beslaglæggelse, embargo eller valuta-restriktioner.

Indgreb i samfundsordenen: Oprør og uroligheder, mangel på transportmidler, restriktioner i drivkraft og energiforsyning eller samfundsfjendtlige handlinger.

Uforudset økonomisk udvikling: Almindelig vareknaphed, restriktioner på drivkraft samt mangler ved eller forsinkelse af leverancer fra underleverandører.

Arbejdskonflikter: Strejker hos de involverede parter (der ofte ses varieret, alt efter om arbejdernes krav må anses for berettigede eller ikke), lock-out eller generel uro på arbejdsmarkedet.

Vejrlig og naturkatastrofer: Jordskælv, uvejr, lynnedslag, oversvømmelser, bortskyninger eller epidemier.

*Subjektive
kriterier*

I relation til hver af disse situationer bør force majeure-klausulen opstille krav vedrørende den forpligtedes *subjektive* evne til eller mulighed for at undgå situationen. Disse subjektive krav kan tage sigte på situationen ved *aftaleindgåelsen*, f.eks. således at den forpligtede ikke må have (1) *kendt* force majeure-årsagen eller (2) *kunnet* tage den i betragtning. Sådanne henvisninger kan være vanskelige at anvende i praksis, fordi de tvinger parterne til under opfyldelsesfasen at forholde sig til forhold ved aftaleindgåelsen. Mere hensigtsmæssigt kan det derfor være – som i CISG – at male med den brede pensel og henvise til, om den forpligtede *kunne have undgået eller overvundet* hindringen eller dens følger.

*Arbejds-
nedlæggelser mv.*

I aftaleforhandlingen giver det ofte anledning til drøftelser, om strejker og andre kollektive kampskridt skal anses for omfattet af force majeure-begrebet. Det kan være vanskeligt at afgøre, om selv en overenskomststridig strejke har rod i arbejdsgiverens (aftalepartens) eget forhold, eller om den kunne være undgået af denne. Forhold, som arbejdsgiveren måske betragter som bag-

telagtige, kan udløse en sådan harme på arbejdstagerside, at medarbejderne “spontant” og (angivelig) ukontrolleret nedlægger arbejdet. Med de relativt set (sammenholdt med tabet) beskedne bodsbeløb, sådanne overenskomstbrud typisk udløser i Arbejdsretten, har arbejdstagerne ikke afgørende økonomiske incitamenter mod at tage dette skridt, der set fra arbejdsgiverside kan være ganske følelige. Dermed vil arbejdsgiveren have det i sin magt at udløse en overenskomstsstridig strejke. Dette kan vanskeligt rubriceres som “force majeure”. På denne baggrund tog *Dansk Byggeri* og *Dansk Transport og Logistik* under høringen vedrørende ABSERVICE forbehold mod at anse denne kontrakt som et *agreed document*, jf. rapporten herom (2003), s. 10.

8.5.c. Retsfølgen af force majeure

Retsfølgen af en regel om force majeure vil normalt være, at en part fritages for en pligt, f.eks. en *opfyldelsespligt* eller et ansvar ved *misligholdelse*. Typisk *suspenderes* pligten, men i særlige tilfælde kan den *ophøre* eller *konverteres* til en anden pligt, f.eks. hvis force majeure-situationen forventes at vare så længe, at transaktionens formål forspildes. Retsvirkningen kan også bestå i, at aftalens tidsplan ændres. Pkt. 5.2. i *ABR 89* (litra f) giver bl.a. rådgiveren ret til at kræve forlængelse af aftalte tidsfrister, når løsningen af opgaven forsinkes ved begivenheder, som rådgiveren ikke er herre over, og som han ikke forudså eller burde have forudset. En force majeure-bestemmelse kan endelig give begge parter ret til at forlange sig *løst* fra aftalen, hvis force majeure-situationen indtræder eller opretholdes i en længere periode. Se f.eks. *NL 92*, pkt. 39. Reglen kommer da til at fungere som en gensidig ret til annullation.

Foruden sådanne materialretlige spørgsmål kan force majeure-vilkåret regulere den *procedure*, parterne skal følge, når force majeure-hændelsen indtræder, og medens den varer. Det vil f. eks. være nærliggende at pålægge den part, der påberåber sig force majeure, at informere sin modpart om situationens karakter og udvikling samt – hvis dette er muligt – om mulighederne for at tilbyde en alternativ ydelse.

På visse områder har praksis udviklet særlige typer af force majeure-bestemmelser, se således *Jan Ramberg* (2011), s. 50 ff. med omtale af ICC’s force majeure-klausul. Et antal eksempler

Andre spørgsmål

Eksempler

på force majeure-klausuler hentet fra retspraksis og aftalepraksis findes hos *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 386 ff. Se bl.a. s. 439, der gengiver den isklausul, der findes i Københavns CIF-slutteddel 1990 for foderstoffer (§ 16) og korn (§ 17):

“a) Dersom isforholdene forhindrer anløb i en opgivet afskibningshavn, umuliggør afskibning eller forhindrer et til køber nomineret, men ikke tillastet skib i at gå til søs, og sælger påberåber sig denne hindring, forlænges terminen med indtil 21 dage – dog højest med leveringsterminens længde og ikke under 8 dage – efter første åbne vande til/fra den pågældende havn.

b) Dersom destinationen er utilgængelig på grund af is, er kaptajnen berettiget til at losse ladningen i den i samme land nærmest tilgængelige havn.”

*Særligt om
betalingskrav*

Når force majeure-virkninger tænkes rettet mod *betalingskrav*, bør debitor ikke også frigøres for pligten til at svare *rente*. En suspension af denne pligt ville give debitor en rentefordel på kreditors bekostning.

Spørgsmålet er rejst i betænkning 652/1972 om morarenter, der på den ene side (s. 16 f.) antager, at force majeure fritager for betaling af morarente, men samtidig forudsætter, at et berigelsessynspunkt alligevel kan føre til pålæggelse af morarente med rentelovens sats. Udtalelsen dementeres i betænkning 1161/1989 (Renteloven), s. 69 f., der med henvisning til norsk og svensk ret peger på, at renteloven ikke rummer noget alment forbehold for force majeure, og at en sådan regel vil føre til en kreditfordel for debitor og til et tab for kreditor. Derimod holder betænkningen muligheden åben for, at det undtagelsesvis kan være rimeligt at *lempe* rentepligten i en force majeure-situation – en lempelse, der i øvrigt kan praktiseres inden for rammerne af rentelovens § 3, stk. 5 og § 5, stk. 3.

8.6. Fællesproblemer

8.6.a. Reklamation

Problemstillingen

Uanset hvilken retsfølge parterne gør gældende ved misligholdelse, bør aftalen pålægge den berettigede at gøre sin stilling klar og give meddelelse om, hvorledes han vil redressere mis-

ligholdelsen. Købelovens system for sådanne meddelelser er ikke nuanceret. Oversigtsmæssigt bør en reklamationsregel indeholde regler om (1) den *frist*, inden for hvilken der bør reklameres; (2) fristens *starttidspunkt* (f.eks. tidspunktet for en *undersøgelingspligt*) samt (3) *retsvirkningen* ved undladt reklamation.

Med nutidens muligheder for at kommunikere hurtigt og effektivt, se hertil afsnit 5.3.d., er det i dag langt mere almindeligt end tidligere at pålægge en part at orientere modparten om sin stilling. Besværet ved at skulle afgive en sådan meddelelse er forsvindende i forhold til modtagerens værdi ved at kende sin stilling. Det er f.eks. nærliggende at aftale, at køber, inden der gøres mere alvorlige misligholdelsesbeføjelser gældende, først skal opfordre sælger til at afhjælpe misligholdelsen, eventuelt ved omlevering inden for en nærmere fastsat frist, se herom s. 410 f. om *Nachfrist*.

I aftaler om levering af større, tekniske anlæg er det almindeligt at indbygge regler om *bevissikring*. En sådan bevissikring kan ske ved at pålægge brugeren at føre *logbog* eller anden optegnelse, principielt på samme måde som man kender det inden for sø- og luftfart. AB 92 § 44 pålægger parterne at indkalde til stedeforretning og føre registreringsprotokol, efter at den ene part har ophævet aftalen.

Bevissikring

8.6.b. Konsekvenser af anvendte beføjelser

Navnlig i aftaler, der er konciperet i *common law*-miljøer, finder man vilkår, der regulerer retsvirkningerne af at gøre brug af en misligholdelsesbeføjelse. Vilkåret kan f.eks. fastslå, at den part, der påberåber sig én misligholdelsesbeføjelse, ikke dermed fortaber retten til at gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende, eller at ophævelse eller ugyldighed vedrørende en del af aftalen ikke påvirker dens øvrige bestemmelse (en såkaldt *severability clause*).

Severability clause

Når en misligholdelsesbeføjelse gøres gældende, ændres retsforholdet mellem parterne. Dette er mest tydeligt, hvis aftalen hæves, idet aftalen da falder bort. Men også hvis der gøres økonomiske krav gældende, vil der nu være tale om, at den ene part nu har en fordring på den anden, som skal opgøres og indfris ligesom andre fordringer.

Opfølgning

Den part, der gør en misligholdelsesbeføjelse gældende, må følge op og disponere i overensstemmelse den forandring af retsforholdet, som følger i konsekvens heraf. Gør han ikke det, kan hans adfærd blive fortolket sådan, at han har frafaldet sin brug af misligholdelsesbeføjelsen. Hvis A f.eks. *ignorerer* det faktum, at B har “hævet” aftalen, og fortsætter med sine opfyldelseshandlinger, og hvis B lader A fortsætte hermed, må man efter omstændighederne nå til, at virkningerne af ophævelsen er bortfaldet.

I *U 1998.1327 H* havde køberen af noget bioteknologisk udstyr, som angivelig var mangelfuldt, hævet aftalen, men herefter alligevel deltaget i et møde med leverandøren og accepteret en række yderligere afhjælpningsforsøg. Ophævelsen stod ved magt, da køberen havde fastholdt ophævelsen, medmindre anlægget herefter fungerede mindst tre uger i sammenhæng. Højesteret lagde til grund, at denne betingelse ikke blev opfyldt, og at køberen heller ikke ved passivitet havde afskåret sig fra at fastholde ophævelsen. Derimod fandt *U 2014.2260 Ø* ikke, at kreditor ved (fejlagtigt) at have afgivet et nyt påkrav om en særskilt udgiftspost, efter allerede at have hævet lejemålet som følge af manglende betaling af en anden udgiftspost, dermed havde tilbagekaldt den tidligere ophævelse.

En metode til at undgå en sådan usikkerhed består i at *formalisere* den fremgangsmåde, der skal følges, efter at en misligholdelsesbeføjelse er gjort gældende. *AB 92 § 44* giver f.eks. fælles regler om ophævelsen. Den part, der hæver aftalen, skal samtidigt hermed sørge for, at der skriftligt indkaldes til en registreringsforretning (stedeforretning), der skal afholdes hurtigst muligt. Ved denne forretning udfærdiges en registreringsprotokol, som underskrives af parterne.

*Standpunkts-
risiko*

Et særligt problem opstår, hvis det viser sig, at man har hævet en aftale med urette. I så fald har den hævende part selv misligholdt aftalen, eftersom han i konsekvens af sin ophævelse vil undlade yderligere aftaleopfyldelse. Som anført i *Grundlæggende aftaleret*, s. 122, og *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 5.1.g., tager den hævende part herved en standpunktsrisiko, idet han udsætter sig for en risiko for tab, hvis det indtrådte standpunkt (nemlig at der er ret til at hæve) viser sig urigtigt. For at begrænse denne risiko kan aftalen præcisere, under hvilke omstændigheder særligt standpunktsrisikable positioner kan indtages. En metode hertil er f.eks. at indføje regler om *Nachfrist*, se hertil s. 410 f.

Om standpunktsrisici ved modregning, se *Lars Henrik Gam Madson: Modregning med uklare krav* (2009), s. 31 ff.

Det forekommer hyppigt, at et forhold, som realkreditor har reklameret over som en faktisk mangel, skyldtes en fejlbetjening, som let kunne være undgået ved at konsultere brugsanvisninger mv. I konsekvens af reklamationen har sælger nu haft forgæves omkostninger til afhjælpning. Er reklamationen udtryk for en culpøs betjeningsfejl, vil realkreditor i mangel af aftale være ansvarlig for disse omkostninger. Ofte er dette spørgsmål dog tvivlsomt, sml. f.eks. *U 1983.549 H* og *U 1988.535 H*, og det kan i så fald være vanskeligt at fastslå, hvem af parterne der skal bære risikoen for realkreditors misforståelse. Om dette også bør gælde, selv om køber har været i god tro om problemets beskaffenhed, er nok mere tvivlsomt. *Kolrud m.fl.* (1993) antager, at der også her er ansvar. Køberen er jo trods alt den, der har begået fejlen.

Betjeningsfejl

I *K02* reguleres dette spørgsmål som følger (pkt. 14.4.3):

“Hvis Kunden fejlagtigt rapporterer et forhold som en Fejl, og det efterfølgende viser sig, at Kundens rapportering beror på manglende uddannelse, forkert brug eller andre forhold, og som ikke kan tilregnes Leverandøren, kan Leverandøren kræve et rimeligt vederlag for behandling af Kundens henvendelse.

Hvis Kunden fejkategoriserer en Fejl, og det efterfølgende viser sig, at Fejlen burde have været kategoriseret som anført af Leverandøren, kan Leverandøren kræve betaling af dokumenterede meromkostninger, herunder i forbindelse med nødvendiggjort overarbejde som følge af Kundens fejlagtige kategorisering.”

8.6.c. Ansvarsfraskrivelser mv.

En ansvarsfraskrivelse er et aftalevilkår, hvis retsvirkning går ud på at fjerne et ansvar, som en part ellers ville ifalde. Når man taler om “ansvar”, tænkes ofte på *erstatningsansvar*. Mange ansvarsfraskrivelser fraskriver da også det erstatningsretlige ansvar, en part kan ifalde i medfør af en erstatningsregel i eller uden for kontraktsforhold. Men begrebet rækker videre. Det omfatter også aftalevilkår, som fjerner de sanktioner, den misligholdende part i øvrigt ville være genstand for i medfør af aftaleforholdet, f.eks. i konsekvens af modpartens ret til at forlange *ophævelse* eller

Begreb

forholdsmæssigt afslag. Sådanne vilkår kan under et betegnes som vilkår om ansvarsfrihed (helt eller delvis og under forskellige typer af forhold).

Betydning

Vilkår om ansvarsfrihed optræder i stort set alle kommercielle aftaledokumenter. At parterne vælger at nedfælde en i øvrigt simpel aftale på skrift, skyldes ofte først og fremmest ønsket om at få dette tema reguleret. Ifølge de årlige globale undersøgelser over “Top Terms” (dvs. hvilke aftaleklausuler der i praksis forhandles mest indgående), som udarbejdes af IACCM, rangerer “Limitation of liability” hvert år som den væsentligste i den vestlige verden, se senest 2013/2014 Top Terms, s. 4 og 11. Der er i den grad tale om forudsigelige vilkår, men også om vilkår, som ganske ofte i deres konkrete anvendelse kan stille den part, der søger oprejsning mod en misligholdelse, vanskeligt. At vilkårene optræder så hyppigt (stort set i alle standardaftaler) skyldes den særdeles gunstige retsstilling, som kreditor har i medfør af baggrundsrettens regler om erstatning i aftaleforhold, f.eks. til at forlange det “fulde tab” erstattet, selv i tilfælde af simpel uagtsomhed.

Ansvarsfraskrivelse og -begrænsning

Man sonderer normalt mellem ansvarsfraskrivelser og ansvarsbegrænsninger. Hvor et vilkår om ansvarsfraskrivelse helt fjerner (“fraskriver”) ansvaret, indebærer en ansvarsbegrænsning alene, at det begrænses. Begrænsningen vil ofte være *beløbsmæssig* (f.eks. således at der ved misligholdelse alene kan rejses krav op til et bestemt beløb), men den kan også omfatte bestemte *typer af krav* (f.eks. således at ansvaret for afledte, men ikke direkte tab erstattes). Ofte vil ansvarsfrihedsklausulen kombinere disse forskellige variationsmuligheder, f.eks. således at der ikke er ansvar for direkte tab og i alle omstændigheder aldrig for tab over et bestemt beløb.

Andre begrænsninger

Ansvarsfraskrivelser er i familie med aftalevilkår, der lægger tekniske begrænsninger i parternes mulighed for at påberåbe sig et retskrav i medfør af aftalen. Hertil hører f.eks. vilkår, der lader kravet bortfalde inden for visse frister, eller hvis ikke kreditor har udført visse handlinger. Se herom afsnit 7.3.c.

Gyldighed

Som udgangspunkt er en ansvarsfraskrivelse bindende på samme måde som andre aftaler. Dette udgangspunkt modificeres dog i nogen grad ved aftalerettens regler om vedtagelse, fortolkning og ugyldighed, jf. nærmere *Lærebog i Obligationsret I*,

afsnit 8.2.c. Når aftalen om ansvarsfraskrivelse konciperes, kender koncipisten ikke nødvendigvis de faktorer, der kan påvirke klausulens gyldighed. Risikoen for tilsidesættelse og indskrænkende fortolkning er større, jo bredere og mere vidtrækkende klausulen er.

Den klassiske dom angik flyttefirmaet ADAM, *U 1929.707 H*. Her fortolkedes en ansvarsfraskrivelse indskrænkende i et tilfælde, hvor skaden skyldtes grov uagtsomhed. Også forhold ved aftaleindgåelsen kan få betydning for klausulens forståelse, jf. *KFE 1993.153 VBA*: Ved indgåelsen af en aftale om levering og opstilling af en vindmølle havde vindmølleproducenten givet ukorrekte oplysninger om møllens kapacitet. Oplysningerne ansås som en tilsikring, og uanset den ansvarsfraskrivelse for indirekte tab, som fandtes i AB 72 § 22, stk. 5, dømtes producenten til at erstatte bygherrens tab ved den årlige mindre produktion. Se i øvrigt om aftalecensur af ansvarsfraskrivelse *Børge Dahl* i FSRs årsskrift (1990), s. 127 ff., og *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 71 ff. Vanskelighederne ved at koncipere en ansvarsfraskrivelse belyses ved *U 1975.339 SH*. Her havde en leverandør i sine leveringsbetingelser påtaget sig at afhjælpe "fejl, som skyldtes konstruktion, fremstilling eller materiale", men fraskrevet sig ansvar herudover. Leverandørens afhjælpningsforsøg havde imidlertid ikke bragt ydelsen i aftalt stand. Køber gjorde derfor gældende, at fraskrivelsen ikke var gyldig. Det gav Sø- og Handelsretten ham medhold i under henvisning til, at en ansvarsfraskrivelse som den aftalte måtte forudsætte, at udbedring af mangler lykkedes. Retten fandt derfor, at leverandøren havde misligholdt sin afhjælpningsforpligtelse, som der ikke var vedtaget nogen ansvarsfraskrivelse for. *U 2006.2052 H* anså en aftale mellem to erhvervsdrivende, der fraveg produktansvaret for erhvervstingskader, for gyldig.

I aftaler mellem erhvervsdrivende tilsidesættes ansvarsfraskrivelse ikke i samme omfang som i forbrugerforhold. Hvor den private forbruger ikke forventes at anstille undersøgelser om produktets egenskaber, gælder det modsatte udgangspunkt i kommercielle transaktioner. Erhvervsdrivende forventes i højere grad end forbrugere at kunne foretage en økonomisk afvejning af de fordele, ansvarsfraskrivelsen giver debitor. Ofte vil den retsstilling, ansvarsfraskrivelsen fastslår, give kommerciel mening: Man får produktet billigere uden det ledsagende ansvar, eller man står sig bedre ved at give leverandøren adgang til at afhjælpe opståede fejl end ved at gennemføre en destruktiv ophævelse.

Koncipering

Som andre aftalevilkår har en ansvarsfraskrivelse såvel et retsfaktum som en retsfølge, der – som anført ovenfor – kan affattes mere eller mindre generelt.

Retsfaktum

Retsfaktum for ansvarsfraskrivelsen vil for det første knytte sig til en *begivenhed*, der enten udløser et tab eller indebærer en misligholdelsestilstand, f.eks. at en genstand er mangelfuld, eller at en ydelse ikke præsteres til tiden. I tillæg til denne begivenhed eller tilstand kan klausulen stille *kvalificerede krav* for, at de retsvirkninger, der følger af baggrundsretten, indtræder. Det kan f.eks. aftales, at et erstatningsansvar alene kommer på tale, hvis der foreligger grov uagtsomhed, eller at en ophævelse kun kan komme på tale, hvis en forsinkelse strækker sig ud over en bestemt periode. Dernæst kan det tænkes, at den forpligtede begrænser sin hæftelse for misligholdelse *personelt*, så forhold begået af underleverandører eller tilknyttede konsulenter ikke udløser misligholdelsesbeføjelser. Sådanne begrænsninger kan være rimelige, hvis hovedleverandøren ikke har mulighed for at kontrollere sine underleverandører mv., eller hvis underleverandøren er særligt udpeget af kunden med adgang til at rejse direkte krav.

Retsfølge

Retsfølgen kan begrænses *absolut*, så der slet ikke kan fremsættes krav af en bestemt karakter (f.eks. erstatning for afledte tab), eller *kvantitativt*, så fraskrivelsen dækker krav over et vist beløb (såkaldt ansvarsbegrænsning). Hvilken retsfølge der passer til den konkrete transaktion, må bero på dennes karakter, og herunder på de implicerede værdier. Ofte vil en absolut begrænsning indgå side om side med en kvantitativ. Er der samtidig indgået aftale om betaling af *konventionalbod*, må klausulen tage stilling til, om betaling af bod udelukker krav på erstatning. Se hertil bemærkningerne s. 403 f. med henvisning til *Hørlyck* (2014), s. 320, *U 1922.497 H* og *TBB 2011.611 V*.

Maskinklausuler

En særlig type ansvarsfraskrivelse er den såkaldte *maskinklausul* eller (også kaldet) *industrielle garanti*. Den fratager køberen adgangen til at rejse krav for mangler mod til gengæld at forpligte leverandøren til at *afhjælpe* manglen, om nødvendigt gennem ombytning, se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, afsnit 8.4.e., og bemærkningerne ovenfor s. 416 f. Eksempler på sådanne klausuler findes i *NLS 95* pkt. 13 og *NL 92* pkt. 21 og i tilknytning hertil pkt. 31, der også giver ret til at afhjælpe ved andre på

sælgers bekostning. Klausulerne kræver normalt ikke, at der *reklameres* hurtigt, jf. NLS 95 pkt. 14: “uden ugrundet ophold”, sml. KBL § 27, der i handelskøb pålægger køber pligt til at reklamere “straks”.

Et andet og mere vidtgående princip for ansvarsfraskrivelse er den såkaldte *knock for knock-model*, der f.eks. ofte anvendes inden for søfarts- og olieindustrien, se hertil *Askheim m.fl.* (1983), s. 553 f., *Trine-Lise Wilhelmsen: Liability and insurance clauses in contracts for vessel services in the Norwegian offshore sector – the knock principle*. MarIus 419, s. 81 ff. (2013) og *Kaasen* (2006), s. 743 ff. En sådan klausul går ud på, at ethvert tab, parterne pådrager sig ved transaktionen, bæres, hvor det falder, uanset om tabet hidrører fra en anden parts uagtsomhed. Dermed undgår parterne i en sådan ordning at skulle afholde omkostninger ved at søge erstatning eller regres hos hinanden. På engelsk betegnes sådanne klausuler også som *mutual hold harmless clauses*.

Knock for knock

Ordningen udmønter sig dermed i tre aftaleelementer: For det første giver parterne afkald på deres ret til at forlange *erstatning* hos hinanden. For det andet frafalder de *regreskrav* for erstatningskrav rejst af tredjeparter eller ansatte, selv om der i øvrigt måtte være hjemmel hertil. Og for det tredje påtager hver part sig at *skadesløsholde* den anden part, der måtte blive idømt en sådan erstatning, herfor.

Systemet bygger på den tanke, at parterne foretager en helt præcis *risikofordeling*, som de herefter *forsikrer* sig imod gennem skadesforsikringer, der dækker alle kontrakter i et samlet projekt. Populært sparer de involverede parter hermed udgiften til at ansvarsforsikre sig. Selv om en sådan regel kan være retsteknisk tiltalende i sin enkelhed, harmonerer det ikke med dansk retsopfattelse at anerkende ansvarsfraskrivelse for grovere uagtsomhedsformer, jf. tilsvarende *Viggo Hagstrøm* i TfR 1996, s. 421 ff. og i *Obligasjonsrett* (2011), s. 652 ff.

Som nævnt hos *Kaasen* (2006), s. 743, note 4, der henviser til *Erik Ørving* i 3 Arkiv for Sjørett (1959), 448 ff., med en historisk redegørelse og kontraktseksempel stammer betegnelsen fra en aftale om konvojfarten mellem de allierede under 2. verdenskrig. Ifølge den skulle skade påført skibe tilhørende én allieret ved sammenstød med skibe tilhørende en

8.6. FÆLLESPROBLEMER

anden, bæres af den skadelidte stat, uanset om det andet skib havde handlet erstatningspådragende. Udtrykket “knock for knock” anvendes også inden for forsikring til at beskrive den aftale, to skadesforsikrings-selskaber indgår med hinanden om hver for sig at dække de tab, deres forsikrede pådrager sig ved en bestemt forsikringsbegivenhed.

9.1. Fælles problemstillinger

9.1.a. Karakteristik

En konflikt er en krise mellem to parter, der gør uforenelige krav gældende mod hinanden. Konflikter kan medføre, at parterne skilles, eller at de udviser destruktiv adfærd mod hinanden. Derfor er det vigtigt at undgå konflikter og – når de er en realitet – at løse dem effektivt, enten ved at nogen træffer en afgørelse med virkning for parterne, eller ved at parterne forhandler sig til rette.

*Regulerings-
temaet*

I et forhandlingsperspektiv er det kun forhandlingstemaet (*konflikten* i modsætning til *transaktionen*), der adskiller *konfliktforhandling* fra anden *aftaleforhandling*. De *midler*, der kan anvendes for at imødegå eller løse op for en konflikt, svarer i hovedsagen til dem, der generelt kan anvendes under forhandling, jf. herom afsnit 2.5.

Konflikter er også uundgåelige i kommercielle forhold, hvor de ofte løses ved *forhandling* – frivilligt eller under forretningsmæssige eller retlige trusler – eller ved at krav *opgives*. Klarer man sig ikke på den vis, kan det være nødvendigt at bringe konflikten for en dømmende instans (voldgift eller domstol).

Løsning

Domstolsapparatet er bedst egnet til at håndtere sager i området mellem det *bagatelagtige* og det meget *omfangsrige*. Sager om beskedne beløb æder sig op i omkostninger, dels pga. de faktiske udgifter (retsafgift, advokatbistand, udgifter til syn og skøn mv.), dels som følge af den belastning, processen lægger på de involverede. Og meget komplekse tvister kan være vanskelige at håndtere inden for rammerne af den procesordning, der fastlægges i retsplejeloven. Derfor bør parterne som led i deres aftale tage stilling til, hvordan de tænker sig at løse konflikter.

*Konventionel
eller alternativ
konfliktløsning*

Sådanne aftaler er helt almindelige i erhvervsforhold. Ønsker parterne at løse konflikten ad konventionel vej, dvs. ved domsto-

lene, er reguleringsbehovet beskedent. Domstolsapparatet står til rådighed for det retssøgende publikum og sikrer en procesform med høje retssikkerhedsgarantier. Her kan parterne kun i beskeden udstrækning påvirke processen gennem aftaleregulering, jf. nærmere afsnit 9.1.b.

Men ofte taler *kommercielle hensyn* for at henlægge konfliktløsningen til særlige fora, enten fordi parterne ønsker en diskret konfliktløsning (se herved afsnit 9.4. om voldgift), eller fordi de søger at forliges gennem alternativ konfliktløsning (herom i afsnit 9.5.).

Oversigt

I dette kapitel sættes fokus på aftalens regulering af parternes konflikter. Ud over nogle hovedpunkter i konfliktløsningsreguleringen behandles også lovvalgsreguleringen. Dette er ikke udtryk for nogen stringent systematik. Aftalens lovvalg rummer en grundregulering, der efter systematikken i denne bog rettelig hører hjemme i kapitel 5. Men da vilkår om, hvor en tvist skal afgøres (kaldet *forum*), er nært forbundne med vilkår om *lovvalget for afgørelsen*, forhandles og aftalereguleres disse spørgsmål ofte under ét, f.eks. i en klausul, hvorefter “Konflikter, der udspringer af denne aftale, skal afgøres ved retten i Y-land under anvendelse af Y-lands ret”. Derfor behandles begge temaer i dette kapitel.

Aftalens regler om lovvalg og konfliktløsning hører til de væsentligste overhovedet. Valget af et retssystem er ikke alene et valg af den *baggrundsret*, der træder ind, hvis aftalen er tavs om et forhold. Det er samtidig et valg af den *aftalefrihed* (og navnlig begrænsningerne heri), parterne har, og af de *fortolkningsregler*, der vil være afgørende for, hvorledes aftalens ord og vendinger fortolkes. Valget af det *forum* (værneting), der skal afgøre uoverensstemmelser, kan være afgørende for, om en part, der “har” ret, også “får” det.

Alligevel er det et faktum, at disse dele af parternes aftale sjældent helliges en opmærksomhed, der svarer til temaets alvor. I IACCM's på s. 428 nævnte undersøgelse over “Top Terms 2013/2014” kommer vilkår om “dispute resolution” ind på en 20.-plads. Sammenlignet med temaer som pris og kvalitet, garantier og uopsigelighed opleves dette måske som en mindre væsentlig juridisk *technicality*, som “advokaterne” må diskutere.

9.1.b. Aftalefriheden

Det er ikke nødvendigt at indgå aftale om konfliktløsning, hvis parterne anser den almindelige domstolsvej for velegnet til at afgøre deres retlige uoverensstemmelser. Vælger aftalerne at gå til domstolene (et valg, de indirekte træffer ved ikke at indgå anden aftale om konfliktløsning), må de som udgangspunkt tage procesformen, som den er. Adgangen til at fravige retsplejeloven er begrænset. Domstolsprocessen er en (i hovedsagen) skattefinansieret tjenesteydelse, som staten stiller til rådighed. Dette er en væsentlig årsag til, at procesreglerne herfor kun kan fraviges, hvis retsplejeloven ved særlig hjemmel gør dette muligt. Er der ikke en sådan hjemmel, må de processuelle regler betragtes som *præceptive*, se *Gomard & Kistrup: Civilprocessen*, 7. udg. (2013) s. 623 f. Ønsker parterne at føre proces efter deres egne regler, må de aftale voldgift, se herom afsnit 9.4.

Udgangspunktet

Der er dog væsentlige *undtagelser* fra denne hovedregel.

Aftalefriheden er ganske vid i relation til reglerne om retternes stedlige og – til dels – saglige kompetence. Som anført i afsnit 9.3. er der en udstrakt aftalefrihed, når det gælder reglerne om værneting. Dernæst kan parterne give afkald på *forkyndelse*, jf. retsplejelovens § 160. Også *frister for forkyndelse* mv. kan fraviges, jf. § 350, og eksemplet s. 183 om frafald af “kald og varsel”.

Anlæg og forkyndelse

Med den domstolsreform, der blev indført ved lov nr. 538 af 8. juni 2006, er der indført mulighed for at give *forudgående ankeafkald*. Denne adgang følger af retsplejelovens § 370, stk. 1, der i sager om forhold, der vedrører parternes erhverv, giver *erhvervsdrivende* adgang til at aftale, at en dom vedrørende sagens *realitet* ikke skal kunne ankes. I *forbrugersager* består denne mulighed kun, når tvisten er opstået.

Forhånds- ankeafkald

Forudgående ankeafkald kan gøres til et vilkår i parternes aftale. Parterne kan betinge et sådant vilkår på forskellige måder, f.eks. af *at* sagen (hvis den verserer ved byretten) undergives kollegial behandling, *at* den henvises til landsretten til behandling i første instans, eller *at* der udpeges sagkyndige dommere, jf. reglerne herom i § 20, stk. 1. Et forhåndsankeafkald på anke afskærer ikke parterne fra at anke en dom under påberåbelse af fejl ved sagsbehandlingen, jf. § 370, stk. 3.

Retsplejelovens § 344 giver retten beviskompetencen i civile sager: Retten afgør, hvilke faktiske omstændigheder der skal læg-

Bevisbedømmelse

ges til grund for sagens bedømmelse. I konsekvens af det civilprocessuelle *forhandlingsprincip* kan parterne fratage retten denne kompetence ved at lægge et faktisk forhold til grund som ubestridt, eller ved at indgå en procesaftale *under sagen*, som afklarer dens faktiske stridspunkter. Derimod fraviger forudgående *bevisaftaler* ikke uden videre rettens beviskompetence. En aftale om, at et kontoudtog *pr. definition* udgør beviset for kundens gæld, er altså ikke gyldig. Derimod kan sådanne aftaler skabe bevisformodninger, se hertil *Gomard & Kistrup* a.st. s. 627. Ligeledes kan aftaler, der pålægger en part pligter med hensyn til at sikre et bevis (f.eks. i forbindelse med en afleveringsprøve eller kommunikationshandling), tillægges betydning: En part, der forsømmer at sikre det bevis, han har påtaget sig at sikre, står svagt under en efterfølgende bevisførelse.

Sags-
omkostninger

Om sagsomkostninger bestemmer retsplejelovens § 312, stk. 1, at den tabende part skal erstatte modparten de udgifter, retsagen har påført modparten, medmindre parterne har *aftalt* andet. At sådanne aftaler forholdsvis sjældent indgås, kan undre. Selv om reglerne om sagsomkostninger blev reformeret ved lov nr. 554 af 24. juni 2005 med det formål at forhøje de standardbeløb, der anvendes ved tilkendelse af sagsomkostninger til dækning af udgifter til advokatbistand væsentligt, får den vindende part sjældent fuld dækning for sine udgifter ved sagen. Aftalefriheden er dog også her begrænset. Ifølge § 312, stk. 3, kan retten bestemme, at den tabende part ikke eller kun delvis skal erstatte modparten de påførte udgifter, hvis særlige grunde taler for det. Har den tabende part tilbudt modparten, hvad der tilkommer denne, skal modparten erstatte den tabende part udgifterne ved den derefter følgende del af processen, jf. stk. 4. Vilkår om, at uddebiterede beløb, som den vindende part har måttet afholde til advokater og andre rådgivere som led i processen, krone for krone skal dækkes af den tabende part, kan derfor ikke forventes opretholdt ved danske domstole. En sådan omkostningsdækning er derimod almindelig i andre landes procesordninger og i international voldgift.

Foreløbige
retsmidler

En part kan ikke ved aftale afskære sig retten til at benytte *foreløbige retsskridt* (f.eks. umiddelbare fagedforretninger efter reglerne i retsplejelovens kapitel 55), jf. *Jens Anker Andersen & Erik Werlauff* i U 1986B, s. 63 ff. Disse retsskridt har et nødretligt

islæt, som gør det problematisk at anerkende aftaler, der på forhånd afskærer dem. Som anført s. 394 er det heller ikke muligt at aftale, at en forbudssag skal kunne iværksættes uden forudgående *sikkerhedsstillelse*.

Også parternes adgang til at aftaleregulere adgangen til *fuldbyrdelse* af retskravet er begrænset. Hjemmel til at indgå aftale herom findes i retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 4-5, der stiller krav om udtrykkelig skriftlighed af *eksigibilitetsklausuler* i frivillige forlig (om forfalden gæld) og gældsbreve. I sagens natur kan adgangen til at fuldbyrde domme og andre retsafgørelser heller ikke aftalereguleres *inter partes*.

Fuldbyrdelse

Det er den praktiske hovedregel, at domme afsagt i *fremmede stater*, som vi i Danmark normalt sammenligner os med, kan fuldbyrdes herhjemme, og omvendt. En sådan gensidig ret til fuldbyrdelse af retsafgørelser opstår ikke af sig selv. Den beror på, hvilke aftaler staterne indgår med hinanden. Sådanne aftaler kan foreligge som internationale konventioner, eller de kan være indgået bilateralt mellem enkelte lande.

9.2. Lovvalg

9.2.a. Retsgrundlaget

På de fleste områder af den kommercielle aftaleret kan parterne selv aftale, hvilket lands retssystem der skal gælde for de elementer af deres retsforhold, der er undergivet aftalefrihed. Denne adgang følger af aftalefrihedens grundsætning. I overensstemmelse med dette princip fastslår art. 3, stk. 1, i *Romkonventionen* (konvention af 19. juni 1980 om hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, som indført ved lov nr. 188 af 9. maj 1984), at en aftale er underkastet den lov, som parterne har *vedtaget*. I EU er Romkonventionen den 17. december 2009 erstattet af forordning EF 593/2008 (Rom I-forordningen), der dog ikke gælder i og ikke er bindende for Danmark pga. vort forbehold over for EU's civilretlige samarbejde.

Aftalefriheden

Friheden til at vedtage lovvalg er underlagt visse begrænsninger. Fordi den udspringer af aftalefriheden, gælder den kun i *dispositive* sager. Dernæst følger det af relativitetsprincippet, at en sådan aftale kun har virkning for parterne. Man kan heller

Begrænsninger

ikke indgå lovvalgsaftaler, som begrænser *trejdeparters* retsstilling (f.eks. efter ejendomsretlige regler), som berøver *forbrugere* præceptive retskrav, eller som griber ind i en procedure, retsordenen har fastsat, f.eks. om *konkursbehandling*. Se nærmere herom *Giuditta Cordero Moss: International commercial arbitration – party autonomy and mandatory rules* (Oslo, 1999), navnlig s. 86 ff.

Dette princip finder som regel direkte udtryk i de relevante beskyttelseslove. Således fastslår handelsagentlovens § 1, stk. 2, at reglerne i lovens §§ 22 og 25-27 ikke kan fraviges til skade for handelsagenten og heller ikke ved en lovvalgsaftale fraviges til skade for agenten, hvis forholdet uden lovvalgsaftalen ville være underkastet loven. Lovvalgsaftaler i forbruger- og ansættelsesforhold er reguleret i Romkonventionens artikel 5-6.

Baggrundsretten

En række særlige regler, alle med grundlag i internationale instrumenter, fastslår, hvilket lands lovgivning der gælder for en transaktion uden for de tilfælde, hvor parterne gyldigt har truffet bestemmelse om lovvalget. I mangel af særlig aftale opstiller Romkonventionens art. 4, stk. 1, en almindelig regel om, at aftalen da er underkastet loven i det land, som “den har sin nærmeste tilknytning til” (den “individualiserende metode”). Videre opstiller art. 4, stk. 2, en formodning om, at aftalen har sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den part, som skal præstere den for aftalen *karaktéristiske ydelse*, på tidspunktet for aftalens indgåelse har sin bopæl eller sit hovedsæde, se f.eks. *U 2014.1900 ØLK*, der anså indholdsleverancen i en DVD-produktion (i modsætning til selve kopieringen) som karakteristisk. Den ydelse, der er “karakteristisk” for aftaleforholdet, er typisk *ikke* betalingen. I et køb med en amerikansk sælger vil køberetten i den amerikanske delstat derfor gælde, eftersom vederlaget ikke er den ydelse, der karakteriserer et køb.

9.2.b. Beslutningen om lovvalget

Retlige fordele og ulemper

En parts fordel ved at underlægge sin aftale hjemlandets retssystem ligger først og fremmest i muligheden for at *overskue* sin retsstilling. Det er langt fra givet, at hjemlandets regler er mere fordelagtige end reglerne i modpartens hjemland. Derfor bør man ikke *instinktivt* plædere for sit eget lands ret. Ideelt set bør

valget bero på indgående undersøgelser om, hvad der tjener partens interesser i transaktionen bedst.

Et sådant kendskab til fremmed ret besidder en dansk jurist sjældent. Angår aftalen en kritisk eller kostbar ydelse, bør der derfor søges udenlandsk juridisk bistand. En sådan bistand kan være bekostelig, hvis den udenlandske jurist skal ned i alle aspekter. Vil man undgå det, kan det være hensigtsmæssigt at indbygge en skærpet loyalitetspligt mellem parterne om forhold i den enkeltes retssystem, som kan have kritisk betydning for transaktionen. EUF-aftalen pålægger f.eks. opdragsgiveren pligt til at hjælpe rådgiveren med at fremskaffe den relevante lovgivning, se pkt. 9.1.

En anden faktor, der spiller ind for lovvalget, er muligheden for at *administrere* masseaftaler efter ensartede regler samt muligheden for at opretholde samme retsstilling i en *kontraktskæde*, f.eks. i forholdet mellem hjemlandets underleverandører og de udenlandske kunder. Hvis en mangel opstår i et produkt, der indgår i en serieproduktion, vil den med en vis sandsynlighed også opstå i andre. Med både værneting og lovvalg i samme land får man en ensartet prøvelse af de tekniske og retlige forhold, som har fælles betydning for denne flerhed af sager.

*Praktiske
argumenter*

9.2.c. Aftalevarianter

Der gælder ingen formkrav – herunder krav om skriftlighed – for lovvalgsaftaler. Man kan ikke udelukke, at aftale herom indgås stiltiende, sml. *U 1996.937 HK*, der i en entreprisaftale dog ikke fandt, at en sådan aftale var indgået. Udgangspunktet er dog, at lovvalget skal være *udtrykkeligt* eller fremgå med sikkerhed af aftalens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt. Parternes lovvalg kan omfatte hele aftalen eller kun en del heraf.

Aftalefriheden

Aftaler om lovvalg er forholdsvis enkle at koncipere. Det rækker med en bestemmelse om, at “Denne aftale er underlagt X-lands ret”. Hvis en nation består af delstater eller provinser (som f.eks. USA eller Canada), bør det præciseres, hvilken delstats ret der sigtes til. Det kan også være hensigtsmæssigt at præcisere, at aftalen ikke alene skal underlægges de *materielle* regler i det valgte land, men også de *fortolkningsprincipper*, og *bevisregler*, der gælder. Derigennem undgås den forståelse, at disse spørgsmål anses for omfattet af *procesretten*, der som udgangspunkt ikke

Fortolkning

dækkes af en lovvalgshenvisning (men i almindelighed følger af forumvalget).

Hvis en lovvalgsaftale henviser til “dansk ret”, indbefatter denne henvisning også love, der gælder i dansk ret, selv om de fremstår som “internationale”. Det skyldes, at “dansk ret” almindeligvis sigter til retskilder, der har opnået deres retskildeværdi i kraft af dansk lovgivning og dansk retspraksis. Således vil en lovvalgsaftale om dansk ret i et internationalt løsøre køb omfatte CISG (den internationale købelov), når det følger af dansk ret, at CISG er retsgrundlag for købet, eftersom CISG er sat i kraft i Danmark ved lov nr. 733 af 7. december 1988.

Stabilitetsklausul

Er parterne usikre på, hvilke retskrav de har i et fremmed retssystem, kan de forsyne deres lovvalgsaftale med en *stabilitetsbestemmelse*, der begrænser lovvalget, således at reglerne i henvisningslandet alene gælder i deres skikkelse på aftaletidspunktet.

9.2.d. Lex mercatoria

Begreb

Kan parterne ikke enes om, hvilket lands ret der skal gælde for transaktionen, kan de vælge et lovvalgssurrogat ved at henvise til en ikke-national kodifikation af *formueretlige grundprincipper*, der nyder almen international anerkendelse blandt erhvervsdrivende. Et sådant lovvalgssurrogat formuleres på engelsk med betegnelser som f.eks. *international customs or usages, transnational law, general principles of law* eller *lex mercatoria*. Ved at henvise hertil kan parterne løsrive sig fra uforudsete nationale retsregler (f.eks. om præceptivitet) og fortolkningsprincipper (f.eks. koncipistreglen). Ønsket om at underlægge sig et sådant ikke-nationalt regelsæt kan navnlig være aktuelt for *stater*, som af principielle grunde sjældent ønsker at underlægge sig fremmede retssystemer, når de optræder som aftaleparter.

Om *lex mercatoria*, se *Lookofsky & Hertz* (2011), s. 839 ff., og *Ole Lando* i 34 *International and Comparative Law Quarterly* 747 (1985). Et af de forsøg på at kodificere *lex mercatoria*, der nyder bredest anerkendelse, er *Unidroit's Principles of International Commercial Contracts* (eller blot *Unidroit Principles*). Også DCFR kan anskues som et (europæisk) forsøg på at udtrykke en række generelle principper, der nyder bred anerkendelse. DCFR har reelt videreført de *Principles of European Contract Law* (PECL), som i 1995 i en første version blev udsendt af *Commission of*

European Contract Law – et netværk af retskyndige fra forskellige europæiske retsordninger, som den danske professor *Ole Lando* har taget initiativ til. PECL finder efter deres indhold, jf. art. 1.101, (3)(a), anvendelse, når parterne har aftalt, at deres aftale skal reguleres af “*general principles of law*”, “*lex mercatoria*” eller tilsvarende henvisninger. Se nærmere herom *Lando* i 56 *Rabels Zeitschrift*, s. 261 ff. (1992).

En *domstol* har normalt ikke pligt til at respektere en henvisning til *lex mercatoria*, medmindre domstolen kan træffe sin afgørelse inden for en klart defineret ramme, f.eks. ved at regelsættet er gjort til aftalevilkår. Domstole anvender “loven”. De kommercielle sædvaner og typeforudsætninger, som udgør kernen i *lex mercatoria*, har uden særskilt aftale isoleret set karakter af *fakta*, som parterne må oplyse retten om, men som retten ikke forventes at have forhåndskendskab til. Uanset hvilken kodifikation man har i tankerne, er *lex mercatoria* ikke et “retssystem”. Vedtager parterne derimod *lex mercatoria* som en del af deres aftale, vil der foreligge en situation svarende til, at parterne anmoder domstolen om at udfylde et upræcist retsgrundlag.

*Lex mercatoria
som lovvalg?*

Modsat retsstillingen i national ret er der i international *voldgift* fast tradition for at anerkende lovvalgssurrogater af denne art som gyldige. Styrken ved international voldgift ligger netop i, at der er tale om et *procesretligt* blandingsprodukt med ingredienser fra forskellige retsordninger. Skridtet herfra og til også at anerkende et *materielretligt* blandingsprodukt, er ikke stort. I begge tilfælde søger man at nå en afgørelse, der træffes på grundlag af præmisser og grundsætninger, som der hersker fælles enighed om blandt praktikere i international voldgift. Det primære motiv er at undgå uforudsete og særegne regler i det enkelte lands retssystem.

*International
voldgift*

Jan Ramberg (2011), s. 20 ff., antager at Unidroit-reglerne er “sufficiently comprehensive to be regarded as an alternative to the choice of a particular law” (s. 21). Se tilsvarende positivt fremstillingen hos *Werlauff: International Contracts the UNIDROIT principles as an alternative to clauses on governing law* (2013) og kritisk heroverfor *Peter Arnt Nielsen* i U 2013B, s. 249. Som anført af *Lookofsky & Hertz* (2011), s. 840, beror spørgsmålet i nogen grad på, hvordan man definerer *lex mercatoria*. Henviser begrebet til de resultater, voldgiftsdommere vil nå frem til ved brug af forudsætninger og kutymer mv., kan det være vanskeligt at se

nogen betænkelighed i, at *lex mercatoria*-voldgiftsretten bekender kulør og dømmer i overensstemmelse med dette regelsæt. Anderledes, hvis man henviser til en så detaljeret kodifikation som Unidroit Principles, DCFR eller PECL. Spørgsmålet sættes på spidsen, hvis der i et retssystem gælder en fristregel (f.eks. om forældelse), medens opfattelsen efter *lex mercatoria* beror på et skøn. Se hertil *Ana M. López Rodríguez: Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU (2003)*, s. 321 ff.

Voldgiftslovens
§ 28, stk. 1

Ifølge voldgiftslovens § 28, stk. 1, skal voldgiftsretten afgøre tvisten “i overensstemmelse med de retsregler, som parterne har valgt til afgørelse af sagens realitet”. Ved at tillade parterne at give voldgiftsretten kompetence til at afgøre sagen efter det bredere begreb “retsregler”, og ikke ved det snævrere “et lands ret”, tillader bestemmelsen, at parterne også kan anvende retsregler, som ikke er gældende i noget bestemt land, f.eks. *lex mercatoria*, DCFR, PECL eller *Unidroit Principles*.

9.3. Forum

9.3.a. Forumvalget

Forum og
værneting

Et forum er en instans, der er kompetent til at afgøre en tvist. I en aftale vil parterne altid træffe et forumvalg. Er aftalen tavs om sit forum, vil den stiltiende udpege det værneting, der følger af de procesretlige regler, som sit forum.

Forumvalget står først og fremmest mellem *domstolsbehandling* og *voldgiftsbehandling* (jf. herom i afsnit 9.4.). Vælger parterne voldgiftsbehandling, har de et vidt spillerum for, hvordan de ønsker deres voldgiftsforum reguleret processelt. Vælger de domstolsbehandling, kan de vælge mellem det ene og andet værneting. Aftalens *lovvalg* aktualiseres, når sagen skal *afgøres*. Derimod er *forumvalget* afgørende for, *hvor* sagen anlægges.

Baggrundsretten

I sager mellem danske statsborgere gør retsplejeloven udtømmende op med værnetingsspørgsmålet, se herved §§ 235-244. Reglerne bygger på den hovedregel, at retssager anlægges ved sagsøgtets hjemting, medmindre andet er bestemt ved lov (§ 235, stk. 1). Drejer sagen sig om et aftaleforhold, kan den anlægges på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes (opfyldelsesværnetinget), se herved § 242, stk. 1.

En forumaftale vil retsteknisk indeholde to komponenter: En *prorogationsaftale*, der tildeler den udpegede domstol eller voldgiftsret dømmende kompetence, og en *derogationsaftale*, der fratager den ellers kompetente domstol sin kompetence. Aftalen vil normalt ikke særskilt gøre op med tildelings- og fratagelsesspørgsmålet: At udpege domstol X som kompetent giver som regel kun mening, hvis det følger i konsekvens heraf, at den ellers kompetente domstol Y ikke skal være det. Men både fortolkningen og vurderingen af voldgiftsaftalens rimelighed må anlægges med sigte på hvert af de to elementer. Navnlig derogationsaftalen kan være kritisk i internationale aftaler. Som anført af *Torsten Iversen & Mads Bryde Andersen* i U 2014B, s. 317 ff., kan det være katastrofalt at skulle have sin tvist afgjort af dommere, der på et eller flere punkter ligger ganske langt fra det danske ideal om faglighed og upartiskhed mv.

Udformning

I sager mellem parter fra forskellige lande opstår en række principielle og vanskelige problemer om danske domstoles internationale kompetence. Reglerne herom gennemgås i den internationale privat- og procesret og skal derfor kun strejfses her. De nærmere betingelser for en sådan gensidig fuldbyrdelse beror til enhver tid på internationale aftaler indgået bilateralt, multilateralt eller i kraft af EU-samarbejdet.

Internationalt forum

Ifølge art. 4 i Bruxelles I-forordningen (også kaldet domsforordningen) om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (1215/2012) er udgangspunktet, at debitor sagsøges ved sit hjemting. Sager om aftaleforhold kan dog anlægges ved retten på det sted, hvor den aftalte forpligtelse er opfyldt eller skal opfyldes, jf. for dansk ret retsplejelovens § 242, stk. 1. Se nærmere *Lookofsky & Hertz* (2011), s. 32 ff.

9.3.b. Forumvalgets følger

Om man skal føre en sag mellem to procesindlændinge i den ene eller den anden retskreds, har i almindelighed ikke betydning for, om sagen kan vindes. Praktiske grunde kan dog tale for, at parterne i deres aftale udpeger et værneting. For det første kan en virksomhed, der ofte sagsøges, have stordriftsfordele ved at samle retssagerne ét sted. For det andet kan det være nyttigt, at

Nationalt forumvalg

standarddokumenter, som giver anledning til ensartede søgsmål fra et stort antal kunder mv., bedømmes af samme ret.

*Internationalt
forumvalg*

I internationale retsforhold giver forumvalget anledning til anderledes komplekse spørgsmål. Her kan parternes forumvalg få retsvirkninger, der rækker videre end til selve beslutningen om, hvor sagen skal føres.

*Praktisk
betydning*

For det første har valget af internationalt værneting praktisk betydning. Det koster mere at føre sag i udlandet end på hjemmebanen. Foruden egne advokatomkostninger får man nu også omkostninger til lokal advokatbistand. Procesreglerne i nogle retsordninger kan være så formalistiske og tidskrævende, at advokatregningerne løber i vejret. Hertil kommer omkostninger til oversættelse, rejser og ophold. I visse retssystemer – f.eks. i USA – afgøres talrige erhvervsager under medvirken af lægdommere. En sådan procesform rummer en risiko for, at den fremmede sagsøger starter med minuspoints. Dertil kommer, at en part typisk lettere kan fremlægge sin sag for en dommer, som han sprogligt og kulturelt er på linje med, end for en dommer fra en fremmed kulturkreds. Sammenlagt betyder udsigten til disse mange og forskelligartede omkostninger og usikkerheder, at den enkelte part normalt vil ønske sit eget forum og kun vil rejse utvivlsomme sager om betydelige beløb ved fremmede fora.

Retlig betydning

Herudover har forumvalget betydning i visse retlige henseender. For det første afgrænser forumvalget den *procesretlige* ramme for sagen. Fordi valget af forumland også er et valg af, hvilket lands procesregler der skal gælde, kommer dette valg også til at omfatte landets *international-privatretlige* regler, eftersom disse regler systematisk betragtes som en del af procesretten. Forumvalget afgør også, hvilke foreløbige retsmidler og bevismidler der kan bringes i anvendelse. Visse lande – f.eks. USA – hjemler ganske vidtgående muligheder for foreløbige retsskridt, hvorimod andre fordrer gennemførelse af endelig sag inden tvangsfuldbyrdelse.

Discovery

Et enkelt af disse retsskridt skal der knyttes nogle supplerende bemærkninger til, fordi det ofte vil få umiddelbar betydning på dansk jord, når en dansk virksomhed er involveret i en retssag i USA. I amerikansk ret spiller det foreløbige retsmiddel, der betegnes som *discovery*, en særlig rolle. I overensstemmelse med Rule 26 i *Federal Rules of Civil Procedure* kan en part i en civil sag

begære *discovery* med henblik på at fremskaffe oplysninger fra modparten. Beslutningen herom træffes, før sagen er anlagt, med henblik på at afklare, om der skal anlægges sag. De beføjelser, en part kan påberåbe sig under *discovery proceedings*, indbefatter bl.a. afgivelse af edsvorne (dvs. belagt med vidneansvar) erklæringer, skriftlige forespørgsler, fremskaffelser af dokumenter (herunder dokumenter fra parternes interne it-systemer, såkaldt *e-discovery*) og bevismidler hos modparten samt isolerede bevisoptagelser. Modellen kendes ikke her på kontinentet, se dog de eksempler, der omtales i petitaafsnittet straks nedenfor. Reglerne om *discovery* går således langt videre end de regler om editionspligt, der følger af retsplejelovens §§ 298-300. Derimod kender vore retssystemer til andre lignende angreb på det kommercielle privatlivs fred.

I sine praktiske virkninger minder *discovery* om flere retsmidler, der har fundet deres indtog i dansk ret gennem de senere år: Den mest nærliggende praktiseres i *konkurrenceretten* ved de såkaldte “*dawn raids*”, se herved konkurrencelovens § 18 og som eksempel herpå *U 2003.1328 HK*. Bestemmelsen er ret så vidtgående. Dens stk. 2 giver bl.a. konkurrencemyndighederne hjemmel til at foretage undersøgelseshandlinger hos en ekstern databehandler, såfremt oplysninger forgæves er søgt indhentet hos den mistænkte part. Se også lov nr. 408 af 31. maj 2000 samt i det hele rådets forordning af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i (nu) TEUF artikel 101 og 102 (nr. 1/2003, EFT 2003 L 1/1). Forordningens art. 22-22 giver – modsat tidligere ret – mulighed for at foretage kontrolundersøgelser af “andre lokaler, grunde eller transportmidler, herunder private hjem tilhørende de pågældende virksomheders eller virksomhedssammenslutningers direktører, ledere og andre medarbejdere”. Ligeledes er der nu skabt hjemmel til, at sådanne undersøgelser kan foretages på vegne af konkurrencemyndigheden i en anden medlemsstat og i dennes navn. I straffeprocessuel henseende er disse foranstaltninger at betragte som ransagninger i medfør af retsplejelovens kapitel 73. Undersøgelsen sker derfor altid på grundlag af retskendelse. Forskellen ligger i, at der ikke foreligger en konkret sigtelse, men derimod en generel undersøgelse. Se for en nærmere gennemgang af disse regler *Morten Lau Schmit, Jon Iversen og Niels Christian Ersbøll* i R&R nr. 8 (2002), s. 12 ff., og generelt om administrative kontrolundersøgelser, *Michael Gøtze & Christian Bergqvist* i Carsten Henrichsen & Peter Pagh (red.): *Smæk for skillingen – retsvidenskabelige studier i administrative sanktioner* (2015), s. 53 ff. En særegen form for “*discovery*” er indført i dansk ret ved de regler om bevissikring i immaterialretlige sager, som kan udføres i medfør af retsplejelovens kapitel 57a, se hertil *IT-*

retten, s. 338 ff. Spørgsmålet om det hensigtsmæssige i at have sådanne regler blev drøftet under juristmødet i Helsinki i august 2002, se herved *Oluf Engells* referat i del I, s. 201 ff., og forhandlingerne i del II, s. 243 ff.

*Indirekte
virkning*

Selv om amerikanske retsplejeregler ikke formelt gælder i Danmark, vil *discovery*-reglerne reelt kunne gøre det. Involveres en dansk virksomhed i en retssag i USA, er der processuel skadevirkning knyttet til at modsætte sig *discovery*. Derfor må virksomheden tage imod sin modparts advokater og stille de bevismidler til rådighed, som de rekvirerer. Både udsigten til et sådant besøg og risikoen for at blive pålagt editionspligt efter de danske retsplejeregler eller at blive genstand for myndighedsbesøg bør give enhver virksomhed anledning til forebyggende *modforholdsregler*. F.eks. bør en part undgå at arkivere papirer, som har mistet deres betydning, og som kan belaste parten under en eventuel senere bevisførelse. Hvis potentielt belastende bevismidler har betydning og derfor må arkiveres, bør man sørge for, at de opvejes af andre dokumenter, der forklarer eller modificerer de beviskritiske aspekter.

Virksomheder i konkurrencemyndighedernes søgelys vil ofte formulere et sæt interne retningslinjer, som skal følges, hvis virksomheden bliver genstand for et *dawn raid*. Heri bør det præciseres, hvem i virksomheden der skal varetage *kontakten* med konkurrencemyndigheden, når den pludselig indfinder sig, hvilken ekstern *advokatbistand*, der skal rekvireres, hvorledes man skal forholde sig til dokumentation, der er genstand for tavshedsforpligtelser eller *vidnefritagelse* mv., og hvordan virksomheden skal *bevissikre* sig under forløbet (f.eks. gennem videooptagelse). Ligeledes kan det være hensigtsmæssigt at slå fast, at medarbejderne skal blive på deres pladser, så længe ransagningen foregår, så de kan medvirke ved kopiering af filer eller dokumentation.

*Strategisk
betydning?*

Som reguleringstema har forumvalget og lovvalget i princippet intet med hinanden at gøre. Man kan ikke desto mindre spørge, hvilket af de to temaer der har størst strategisk betydning for parterne. Svaret beror på, hvilke fora og hvilke retssystemer, der er inde i billedet. Og det er forholdsvis klart, hvis man forholder sig til *worst case*-scenarier: Har parterne som forum valgt en domstol i en korrupt stat, er det uden betydning, om deres lovvalg peger på et nok så afbalanceret retssystem. Men omvendt,

har parterne valgt en velfungerende domstol eller voldgiftsret i en ukorrupt stat, er der en formodning for, at denne domstol – hvis ikke der er overraskende og præceptive regler inde i billedet – vil finde afbalancerede løsninger på de fleste spørgsmål. Derfor må det forhandlingsstrategiske svar være, at parterne bør prioritere ønsket om et forum, de har tillid til, forud for ønsket om at vælge deres eget lands ret.

9.3.c. Værnetingsaftaler

I dispositive sager kan parterne normalt aftale, hvilket forum der skal være kompetent til at afgøre sagen. At parterne frit kan bestemme *værneting*, er slået fast i retsplejelovens § 245, der ifølge § 246, stk. 1, også finder anvendelse over for processuelle udlændinge.

Aftalefriheden

Som andre procesaftaler må også værnetingsaftaler respektere den domstolsordning, der er fastlagt i retsplejeloven. Det betyder, at parterne har aftalefrihed “nedad”, men ikke “opad”. Parterne kan altså gyldigt vedtage *byretsbehandling* i en sag, der ellers skulle anlægges ved landsretten eller Sø- og Handelsretten. Men aftalefriheden går ikke den anden vej. En værnetingsaftale, der peger på Sø- og Handelsretten, får kun retsvirkning i sager, hvor denne ret ifølge retsplejelovens § 225, § 227 og § 15, stk. 2, er kompetent. Er der tvivl om kompetencen, bør en værnetingsaftale, der henviser til Sø- og Handelsretten, derfor også angive et *subsidiært værneting* (eller eventuelt subsidiært henskyde sagen til voldgift), hvis det viser sig, at retten ikke er kompetent. En sådan tvivl gør sig bl.a. gældende i relation til retsplejelovens § 225, stk. 2, nr. 1, der gør Sø- og Handelsretten kompetent i “internationale sager, hvor fagkundskab til internationale erhvervsforhold har væsentlig betydning”.

Undertiden volder det tvivl, om en værnetingsaftale kan anses for vedtaget, når den er indeholdt i et standarddokument, som ikke har været særskilt forhandlet, eller som ikke er underskrevet af parterne. Se f.eks. *U 1975.607 SH* og *U 1985.1101 V* (dissens), der begge anså værnetingsaftaler trykt med småt på en standardformular for vedtagne.

Værnetingsklausuler er sjældent omfattende. *Forudgående værnetingsaftaler* (som indgås, inden tvisten aktualiseres) må foreligge skriftligt, dvs. enten på papir eller i et digitalt dokument,

Værnetingsklausuler

hvis indhold kan bevises. Uden et sådant bevis kan der blive behov for en ressourcekrævende bevisførelse om værnetingsaftalen, der ofte er ude af proportion med den procesbesparelse, værnetingsaftalen skulle tilgodese. *Efter* sagens anlæg anses en stiltiende værnetingsaftale for at foreligge, når sagsøgte giver møde uden at protestere mod værnetinget.

Værnetingsaftalen bør angive den *domstol*, der skal være kompetent. I internationale aftaler vil man ofte vedtage *Sø- og Handelsretten* som værneting. I medfør af § 225, stk. 2, nr. 1, er denne ret kompetent i “internationale sager, hvor fagkundskab til internationale erhvervsforhold har væsentlig betydning”. I mindre sager vil det være relevant at udpege den *byret*, som det af hensyn til en eventuel sagsførelse vil være lettest at foranstalte retsmøder ved.

Angår aftalen et retsforhold, der kan tænkes indbragt for *Forbrugerklagenævnet* eller et af de godkendte *klage- og ankenævn*, kan det være hensigtsmæssigt at præcisere, at aftalen om værneting alene gælder for så vidt sagen *ikke* kan henvises til behandling ved det kompetente nævn, jf. den præceptive bestemmelse i retsplejelovens § 361. Herved undgås en indvending om, at værnetingsaftalen skulle være ugyldig, fordi den ikke opnår alle sine retsvirkninger.

9.3.d. Processuelle forberedelseshandlinger

Problemstillingen

Mange sager anlægges, fordi parterne ikke har overblik over det faktum, der er afgørende for udfaldet. Procesbesparende hensyn taler for at give parterne mulighed for at sikre bevisoptagelse inden sagsanlæg. Mulighederne herfor er gode i retssystemer, der anerkender *discovery*, jf. herom s. 444 ff. Herhjemme kan retterne kun yde bistand hertil i særlige tilfælde, f.eks. i det omfang det er muligt at føre beviser i en sag om forbud og påbud (se herom retsplejelovens § 417, stk. 1), og sager om sikring af bevis for krænkelse af immaterialrettigheder mv. (se herom de særlige regler om bevissikring i retsplejelovens kapitel 57a).

Isoleret

bevisoptagelse

Ifølge retsplejelovens § 343 kan retten tillade, at der optages bevis, selv om dette ikke sker til brug for en verserende retssag. Anmodning herom indgives til retten på det sted, hvor vidnet bor eller opholder sig, eller for så vidt angår syn og skøn til retten på det sted, hvor genstanden for forretningen findes. Udgif-

terne ved bevisoptagelse afholdes af den part, der ønsker beviset optaget. Retten kan kræve, at der stilles sikkerhed for de udgifter, som bevisoptagelsen vil medføre. Skønnet om, hvorvidt isoleret bevisoptagelse skal tillades, ligger hos retten, men det kan ikke udelukkes, at en forudgående aftale mellem parterne, der på forhånd markerer en villighed til at anvende dette retsskridt, vil kunne tillægges vægt.

Både fogedsager og sager om isoleret bevisoptagelse er forbundet med en beskeden *retsafgift*. Ifølge retsafgiftslovens § 17, stk. 1, nr. 3, betales der en grundafgift på 300 kr. for at rekvirere et fogedforbud. Retsafgiften for bevisoptagelse, herunder optagelse af syn og skøn (hvad enten bevisoptagelse skal ske her i landet eller i udlandet) er ifølge § 14 på 400 kr. Der er i begge tilfælde tale om hurtige procesformer, der af samme grund typisk vil kræve mindre advokattid. Også af denne grund er disse processer typisk mindre omkostningskrævende.

*Omkostnings-
aspektet*

I komplicerede, teknisk prægede transaktioner vil omkostningerne ved at føre et bevis *efter* transaktionens gennemførelse være betydeligt større end ved at føre beviset *her og nu*. Derfor kan der være behov for at aftale sig frem til fremgangsmåder, der tidligt og bevissikkert fikserer sagens faktum på de kritiske punkter. Dette kan ske gennem vilkår, der giver en part adgang til at rekvirere en troværdig tredjepart, som herefter fastslår det faktiske forløb i den nævnte henseende.

*Fikseret
sagsoplysning*

Sådanne vilkår findes f.eks. i *K18* pkt. 12, stk. 3, i *K02* pkt. 27.2, stk. 2 og i *K03* pkt. 37.2: Kan parterne ikke opnå enighed om, hvorvidt krav til f.eks. driftseffektivitet, svartider eller service-mål er opfyldte i en bestemt periode, kan de lade en *sagkyndig* udmelde, der herefter afgør spørgsmålet – herunder om størrelsen af afvigelsen – endeligt og bindende for begge parter. Ifølge *K03* skal parterne forinden have forsøgt spørgsmålet henvist til kundens og leverandørens projektleder, der da sammen har kompetence til at afgøre uenigheden. Selv om tvister om fortolkning af aftalen og om andre juridiske spørgsmål ikke kan afgøres af den sagkyndige, vil dennes afgørelse på grund af sin endelighed få karakter af en *voldgiftskendelse*. Hvis den fremgangsmåde, der anvendes af den sagkyndige, respekterer grundlæggende kontraktatoriske principper og i øvrigt optræder ordentligt og redeligt, bør en sådan klausul være uproblematisk, jf. *IT-retten*, s. 1001.

*Sagkyndig
beslutning*

AB 92 § 46 indeholder en lignende regel om “sagkyndig beslutning om stillet sikkerhed mv.”. Til denne regel hører et sæt “Regler om sagkyndig beslutning om stillet sikkerhed mv. ved Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed”, som er udarbejdet af nævnet i medfør af bestemmelsens stk. 8. Den sagkyndige beslutning angår en parts ret til at holde betalinger tilbage eller foretage modregning i tilfælde af parternes uenighed, jf. nærmere *AB 92* § 22, stk. 14. Betænkning 1246/1993 om *AB 92* antager (s. 152), at den sagkyndige beslutning er bindende for garanten, såfremt garantien er udformet som forudsat i *AB 92*. Beslutningen har derimod ikke retskraft. En tilsvarende bestemmelse findes i *ABService 2003* § 33.

Editionspligt

Ifølge retsplejelovens §§ 298–299 kan retten efter begæring af en part pålægge modparten eller tredjemand at fremlægge dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som parten vil påberåbe sig under sagen, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som han ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne. En sådan begæring må angive de kendsgerninger, der skal bevises ved dokumenterne, samt de grunde, hvorpå han støtter, at modparten eller den opgivne tredjemand er i besiddelse af dokumenterne. Bestemmelse om fremlæggelse af dokumenter træffes, efter at den, der har rådighed over dokumenterne, har haft lejlighed til at udtale sig.

9.4. Voldgift

9.4.a. Begreb og funktion

Begreb

Ordet voldgift kommer af udtrykket “at give i vold”, dvs. at overlade en skæbne til andre. Ved at aftale voldgift overlader parterne med bindende virkning deres uoverensstemmelser til en kompetent instans – voldgiftsretten – som dermed kommer til at fungere som en privat domstol for dem. En sådan aftale fratager samtidig de almindelige domstole deres kompetence til at dømme i det retsforhold, der dækkes af voldgiftsklausulen. Det følger således af voldgiftslovens § 4, at domstolene ingen kompetence har i tvister, som skal afgøres ved voldgift “ud over hvad der følger af denne lov”. Den udpegede voldgiftsret er ikke en

domstol, selv om dens *kendelse* kan gennemtvinges på samme måde som en domstol (se voldgiftslovens § 38), og selv om dens *sagsbehandling* (som ofte involverer dommere fra de almindelige domstole) kan minde om en retssag ved domstolene. Skal man foretage en retsteknisk sammenligning, kan man se elementer af et fuldmagtsforhold i voldgift: Parterne beslutter i en vis forstand i fællesskab at give voldgiftsretten mandat til at “tvangsførlige” den tvist, de ikke selv kan nå overens om.

Fordi voldgiftsrettens kompetence udledes af parternes aftale, kan den ikke uden lovhjælp udøve større kompetence, end parterne selv havde. Til gengæld kan voldgiftsrettens sagsbehandling – alt efter voldgiftsaftalens indhold – helt afstemmes efter parternes ønsker til processen. Den kan være *grundig* eller *summerisk*. I den civile retspleje er udgangspunktet, at en dom, kendelse eller beslutning kan appelleres (se dog retsplejelovens § 370 om forhåndsankeafkald). I voldgift aftales det normalt, at voldgiftsretten afgør parternes retsforhold *endeligt* og i *én instans*. Der er dog intet til hinder for at indgå aftale om, at voldgiftskendelsen kan appelleres, enten til en anden voldgiftsret eller til de almindelige domstole.

Som udgangspunkt kan parterne kun give en voldgiftsret kompetence til at påkende “tvister i retsforhold, som parterne har fri rådighed over”, altså *dispositive* retsspørgsmål, se voldgiftslovens § 6. En voldgiftsret kan ikke påkende *konstitutive* retsforhold, f. eks. om et patents generelle gyldighed. Voldgiftsrettens afgørelse kan heller ikke fastslå andre retsvirkninger, end parterne selv kunne have aftalt. En voldgiftsklausul binder kun de parter, der har indgået den. Dette princip modificeres dog, når en part *succederer* eller på anden måde indtræder i et retsforhold, der er omfattet af en voldgiftsklausul, se f.eks. *U 2014.2042 H* (forsikringsselskab indtrådt i forsikret bygherres voldgiftsaftale) og *TBB 2002.410 VLK* (ejendomskøber indtrådt i AB72-voldgiftsaftale). Var erhververen af en fordring, der støtter sig på en aftale med voldgiftsklausul, ikke bundet af voldgiftsklausulen, kunne overdrageren reelt smyge klausulen af sig ved at overdrage fordringen.

Voldgiftsprocedurens forankring i parternes aftale viser sig ikke alene i parternes adgang til at *vedtage voldgift*, jf. herom afsnit 9.4.c., men også i deres mulighed for at *aftaleregulere voldgiftsprocessen*, jf. herom afsnit 9.4.e. Sammenlignet med domstols-

Kompetence

Aftalefriheden

Oversigt

processen ligger voldgiftsproceduren langt tættere på aftaleretten end på procesretten. Som nævnt s. 435 udtrykker reglerne i retsplejeloven den tvistløsning, staten stiller til rådighed for det retssøgende publikum. Den må parterne tage, som den er, med begrænset mulighed for at aftale andre procesregler. Muligheden for at indgå aftale om, *hvordan* man ønsker sin sag voldgiftsbehandlet, er anderledes fri. Voldgiftsloven opstiller en række *fravigelige* regler om voldgiftssagens behandling samt visse *ufravigelige* regler om voldgiftskendelsens gennemtvungelse og ugyldighed. Se nærmere om loven afsnit 9.4.d.

9.4.b. Fordele og ulemper

Voldgiftsbehandling har både fordele og ulemper. Inden parterne beslutter sig for at indgå aftale herom, må de beslutte, om denne konfliktløsning opfylder deres behov.

*Tillid og
sagkundskab*

Fordelen ved voldgift ligger først og fremmest i muligheden for at få sagen pådømt af voldgiftsdommere, som parterne knytter særlig *tillid* til, f.eks. pga. deres tekniske eller juridiske *sagkundskab*, *nationalitet* eller *personlighed*. I sager om erhvervsforhold udpeges som regel enten fagdommere (dvs. dommere ved de almindelige domstole), praktiserende advokater eller universitetsjurister som voldgiftsdommere. I bygge- og entreprisesager indgår ofte teknisk sagkyndige meddommere, se f.eks. *U 2015.1192 V*, der ikke ville tilsidesætte en voldgiftskendelse afsagt af en arkitekt som enevoldgiftsdommer. Domstolsreformen fra 2006 har også taget konkurrencen op med den private voldgift på dette punkt. Ifølge retsplejelovens § 20, stk. 1, kan retten i borgerlige sager i 1. instans, der behandles ved byretten eller landsretten, bestemme, at retten under hovedforhandlingen skal tiltrædes af to sagkyndige medlemmer, hvis fagkundskab skønnes at være af betydning for sagen. Parterne kan dog ikke fremtvinge en sådan sagsbehandling.

Det kendetegner voldgiftssystemet, at parterne har indflydelse på valget af voldgiftsmænd. Den mulighed består ikke ved domstolene. Denne indflydelse er grundlæggende i voldgift og kommer f.eks. til udtryk i voldgiftslovens § 37, stk. 2, litra d, der som (et blandt flere) grundlag for at tilsidesætte en voldgiftskendelse anfører, at “voldgiftsrettens sammensætning eller voldgiftssagens behandling ikke var i overensstemmelse med parternes aftale”.

Hjemsted

I internationale sager giver voldgift dernæst mulighed for at

henlægge en konfliktløsning til et sted, hvor ingen af sagens parter er *hjemmehørende*. Denne adgang kan bl.a. være kritisk, hvis sagen involverer forhold, som kan give anledning til myndighedsindblanding (f.eks. en “strafferetlig” efterforskning af parter eller voldgiftsmænd fingeret af en korrump lokalmyndighed). Det kan også tænkes, at genstanden for voldgiftssagen er i strid med et lands retsordning, f.eks. hvis der rejses krav om rente i strid med et islamistisk renteforbud.

En tredje fordel ved voldgiftsbehandlingen ligger i muligheden for at føre sagen i fortrolighed. Selv om der ikke er udtrykkelige regler herom i voldgiftsloven, vil voldgiftssagen stort set altid foregå i diskretion. I erhvervsforhold vil denne diskretionspligt kunne udledes af MFL § 19 om erhvervshemmeligheder. Retsmøderne afholdes normalt for lukkede døre, alle involverede har tavshedspligt, og voldgiftskendelsen vil derfor kun blive bragt til offentlighedens kendskab, hvis parterne selv ønsker det.

Fortrolighed

Dette aspekt af voldgiftssystemet behøver dog ikke være anderledes end domstolsprocessen. Visse voldgiftsinstitutioner offentliggør principielle kendelser, ganske vist typisk i anonymiseret stand og efter aftale med parterne. Det gælder f.eks. herhjemme *Voldgiftsnævnet – Byggeri og Anlæg* og i udlandet ved ICC’s *International Court of Arbitration* i Paris. Omvendt giver retsplejelovens § 29, stk. 1, nr. 3, mulighed for at lukke dørene, når offentlig forhandling ville tilføje nogen en uforholdsmæssig krænkelse, herunder når der skal afgives forklaring om *erhvervshemmeligheder* (se som eksempel herpå kendelsen i *U 1935.627 Ø*). Der ligger dog en betydelig usikkerhed i, om retten i det enkelte tilfælde vil gøre brug af denne bestemmelse. Hertil kommer usikkerheden om, under hvilke sikkerhedsforanstaltninger retten håndterer retsbøger, bilag og domsudskrifter mv.

En fjerde fordel ligger i, at voldgiftssager, hvis parterne ønsker det, kan afsluttes hurtigere end retssager. For det første er ap-pelmuligheden som regel fravalgt. For det andet kan parterne indbygge tidsfrister i deres voldgiftsklausul. Et eksempel på en sådan klausul findes i *K18* pkt. 27, stk. 5 (“et halvt år efter voldgiftsrettens nedsættelse”). Med en sådan frist må voldgiftsdommerne gøre op med sig selv, om de kan påtage sig sagen, inden de lader sig udpege. Bestemmelsen er ikke medtaget i de langt mere detaljerede voldgiftsklausuler, der findes i de nyere statslige it-kontrakter. En parts undladelse af at medvirke til, at fristen

Tempo

kan overholdes, kan i særlige tilfælde medføre voldgiftsklausulens bortfald, se f.eks. *U 2003.2412 V* og *U 2009.248 Ø*.

En voldgiftssag behøver dog ikke at gå hurtigere end en retssag. Når der netop kun er én instans, vil parterne ofte lægge alle kræfter i at få sagen så vel oplyst som muligt. Bl.a. derfor tillader voldgiftsretterne ofte parterne at forlænge sagsbehandlingen for at føre beviser af den ene eller anden art. Også andre faktorer kan forsinke voldgiftssager. Består voldgiftsretten af fagdommere eller andre med en hovedstilling, kan det være vanskeligt at finde tid i kalenderen til at hovedforhandle voldgiftssager af mere end en dags varighed.

Fleksibilitet

Som allerede antydet er det en fordel ved voldgift, at parterne i deres voldgiftsklausul og ved efterfølgende aftale med voldgiftsretten kan bestemme, hvordan voldgiftsretten skal behandle sagen. Uden for de tilfælde, hvor parterne vedtager institutionsvoldgift (se herom i afsnit 9.4.c.) udnyttes denne aftalefrihed dog relativt sjældent. Når voldgiftsklausulen forhandles, drøfter man primært, om voldgiftsretten skal sættes *ad hoc* eller netop som institutionsvoldgift. Vælges *ad hoc*-voldgift, er det typisk spørgsmål om voldgiftsrettens sammensætning, sprog og hjemsted, der drøftes.

Hvis parterne udnytter deres aftalefrihed og vedtager et særskilt procesreglement for voldgiftsretten, gælder disse regler som voldgiftsrettens "retsplejelov", medmindre de strider mod voldgiftslovens præceptive regler, sml. herved reglerne om tilside-sættelse af voldgiftskendelser i voldgiftslovens § 37. At parter i national dansk voldgift sjældent vedtager et sådant regelsæt, kan skyldes en forudsætning om, at voldgiftssagen behandles efter retsplejelovens regler om borgerlige sager. Denne formodning bestyrkes, hvis voldgiftsklausulen udpeger en dansk fagdommer som voldgiftsrettens formand. Men også i national voldgift kan parterne ønske at undgå retsplejelovens almindelige system.

Som eksempler på fravigelser af den almindelige procesordning kan nævnes vilkår om teknisk bevisførelse uden det *syn og skøn*, retsplejeloven bygger på. En sådan bevisførelse kan f.eks. ske ved fælles afhøringer af ekspertvidner ("*expert witness conferencing*"), hvor eksperter udpeget af parterne afgiver forklaring i hinandens påhør. Parterne kan også ønske en *summarisk voldgiftsprocedure*. Reglerne om konstatering i *K02* pkt. 27.2 er et eksempel herpå.

Se herved s. 449. De fleste voldgiftsinstitutioner har regler om en forenklet voldgiftsproces (“*fast track arbitration*”), se s. 466 f.

Der er også argumenter imod voldgiftssystemet:

Målt ud fra parternes interesse i at opnå den løsning på deres uoverensstemmelse, der kommer tættest på “gældende ret”, kan der for det første peges på en ulempe i, at voldgiftskendelsen ikke kan appelleres. Denne indvending rammer dog ikke selve voldgiftssystemet, men alene den måde, hvorpå det praktiseres, jf. de indledende bemærkninger: Der er intet til hinder for i voldgiftsaftalen at aftale en appelmulighed. Hertil kommer, at ulempen ved en uønsket voldgiftskendelse i nogen grad opvejes af den klarhed, der dog ligger i, at sagen er *afgjort med den af-sagte kendelse*. Muligheden for at underlægge sig en éninstantbehandling er i øvrigt også til stede ved domstolene, jf. retsplejelovens § 370 om forhåndsankeafkald.

Usikkerhed

Dernæst kan voldgiftssager være *relativt* kostbare. Dommeren i en retssag betales af det offentlige, men parterne i en voldgifts-sag skal selv honorere voldgiftsdommerne. Ifølge voldgiftslovens § 34, stk. 1, fastsætter voldgiftsretten selv sit vederlag og godtgørelse for udlæg ved sagsbehandlingen. Denne fastsættelse kan efter anmodning fra en part prøves særskilt ved domstolene inden for en frist af 30 dage, jf. stk. 3.

Omkostninger

Principperne for honorering af voldgiftsretten er forskellige i *ad hoc*-voldgift og ved institutionel voldgift. I *ad hoc*-sager fastslås honoraret til den samlede voldgiftsret ofte til et beløb svarende til det proceduresalær, en advokat måtte antages at oppebære. Dette gælder dog ikke, hvis sagens genstand er meget omfattende. Det forekommer også, at voldgiftsrettens honorar fastsættes ud fra et skøn over tidsforbruget samt sagens størrelse og kompleksitet. I institutionel voldgift har voldgiftsinstitutionen normalt fastsat regler herom. Det Danske Voldgiftsinstitut og ICC International Court of Arbitration i Paris arbejder med faste takstgrænser, inden for hvilke honoraret kan variere. Andre voldgiftsinstitutter udreder honorar til voldgiftsdommerne efter timebetaling. I mange tilfælde vil honorarets størrelse være betydeligt større end den retsafgift, der ville forfalde ved de almindelige domstole. Se om honorering af voldgiftsdommere *Ole Spiermann* i U 2004B, s. 340 ff.

Retsforhold med flere parter

Voldgiftsbehandling kan være problematisk i sager, der invol-

verer mere end to parter, der ikke alle har vedtaget voldgift. Kan parterne ikke enes om enten at til- eller fravælge voldgifts- eller domstolsbehandling, risikerer de at skulle føre parallelle sager ved domstole og voldgiftsretter. Også når en sag angår et retsforhold, der berører tredjeparter (f.eks. sager om, hvorvidt et ophavsretligt værk er originalt, eller om et patent er gyldigt udstedt), kan det være hensigtsmæssigt at gå til de almindelige domstole. Uden særlig aftale er der f.eks. ikke mulighed for at intervenere i en voldgiftssag, sml. for retssager retsplejelovens §§ 251-252.

9.4.c. Voldgiftsvedtagelsen

Den retlige figur

For at forstå voldgiftsaftalens funktion er det nødvendigt at forstå de aftalerelationer, der udmønter sig i og omkring en voldgiftsbehandling. Aftaler om voldgift indeholder nemlig flere partsforhold, som udspiller sig forskelligt før, under og efter voldgiftsprocessen.

Selve voldgiftsaftalen rummer som nævnt s. 443 bl.a. en *derogatorisk* fratagelse af de almindelige domstoles kompetence. Er aftalen gyldigt indgået, skal domstolene herefter afvise enhver tvist, der er omfattet af voldgiftsaftalen, jf. voldgiftslovens § 4.

Men herudover indeholder aftalen et *konstitutivt* element. Når voldgiftsretten er udpeget, og de udpegede dommere har anerkendt udpegningen, opstår voldgiftsretten som et selvstændigt, kompetencebærende *retssubjekt* over for parterne, domstolssystemet og tredjeparter (herunder eventuelt et voldgiftsinstitut, jf. herom straks nedenfor). Det er nok mest rammende at betegne dette retssubjekt som et *interessentskabslignende samvirke* mellem de involverede dommere. Denne betragtning er bl.a. relevant i relation til spørgsmål om beslutningskompetence, ret til omkostninger og dispositioner over for de almindelige domstole i overensstemmelse med voldgiftslovens regler herom.

Endelig etablerer voldgiftsaftalen mellem parterne – når den er tiltrådt af voldgiftsretten – et retsforhold mellem *voldgiftsretten* og *parterne* (og undertiden deres advokater), en såkaldt *voldgiftsdommeraftale*, se hertil *Juul & Thommesen* (2008), s. 185 ff. Denne aftale danner grundlaget for den konfliktløsningsydelse, voldgiftsretten leverer til parterne. Som andre ydelser, der præsteres i aftaleforhold, kan den misligholdes med den virkning, at

parterne kan gøre almindelige misligholdelsesbeføjelser gældende mod voldgiftsretten i form af naturalopfyldelse, ophævelse, erstatning etc.

Når voldgiftsaftalen skal konciperes, står parterne allerførst over for valget mellem at overlade sagen til et voldgiftsinstitut eller selv at nedsætte voldgiften, ved såkaldt *ad hoc*-voldgift.

En *ad hoc*-voldgift kendetegnes ved udelukkende at virke på grundlag af parternes aftale og voldgiftsloven. Her understøttes voldgiftsprocessen ikke af nogen *institution* (se herom senere om institutionel voldgift) eller af et *regelsæt*, der på forhånd lægger faste og kendte rammer for udpegning og sagsbehandling mv. Derfor giver *ad hoc*-voldgift koncipisten rig mulighed for at variere sin voldgiftsaftale.

Ad hoc-voldgift

Klausuler om *ad hoc*-voldgift kan være helt kortfattede. Navnlig efter indførelsen af voldgiftsloven af 2005 er der skabt en baggrundsret med relevante og detaljerede regler, der nyder vid international anerkendelse. Loven udfylder i vid udstrækning behovet for mere detaljeret regulering. Et eksempel på en kortfattet *ad hoc*-voldgiftsklausul findes i *NLS 95*, pkt. 20, der blot bestemmer, at tvistigheder i anledning af aftalen og alt, som har sammenhæng hermed, “skal afgøres ved voldgift i overensstemmelse med de lovregler om voldgift, der gælder i sælgerens land”. Se i samme retning *NL 92* pkt. 40.

Eksempel

Institutionsvoldgift kendetegnes derimod ved at følge et procesreglement, der er fastlagt på forhånd af en voldgiftsinstitution. Voldgiftsinstitutioner er private virksomheder, der typisk er opbygget i tilknytning til brancheorganisationer. Institutionen råder over et sekretariat, der bl.a. *udpeger* voldgiftsretten, *følger op* på sagsbehandlingen (navnlig hvis den ikke foregår med den fornødne hurtighed) og yder bistandsfunktioner af forskellig art (fremsendelse af dokumenter, mødefaciliteter mv.). Mange institutioner *kvalitetssikrer* herudover voldgiftsrettens arbejde (ved f.eks. at kontrollere at den færdige kendelse tager stilling til alle de nedlagte påstande) og afgør *procedurespørgsmål* undervejs (f. eks. om størrelsen af sikkerhedsstillelsen for voldgiftsrettens omkostninger eller om en voldgiftsdommers inhabilitet). Til procesreglementet vil høre et regelsæt, der efter forskellige principper (se herom s. 555) fastslår det vederlag, voldgiftsretten skal oppebære. Herigennem kan institutionen også udføre en form for

Institutionsvoldgift

vederlagscensur med voldgiftsretten. Se generelt om aftaler om institutionel voldgift, *Steffen Pihlblad* i U 2010B, s. 124 ff.

Eksempler

Voldgiftsinstitutioner kan være mere eller mindre branchespecifikke. Af almene voldgiftsinstitutioner har vi herhjemme kun ét, nemlig *Det Danske Voldgiftsinstitut*, også kaldet Copenhagen Arbitration (se www.voldgiftsinstitutet.dk). Institutet er en selv-ejende institution, der er oprettet i 1984 af en række interesseorganisationer mv., bl.a. Advokatrådet, Dansk Erhverv, Dansk Byggeri, Dansk Industri og Håndværksrådet. Et væsentligt eksempel på en branchespecifik dansk voldgiftsinstitution er *Voldgiftsnævnet – Byggeri og Anlæg*, der er nedsat i medfør af AB 92, § 47 (se nærmere www.voldgift.dk). Ser man uden for landets grænser, finder man et antal betydelige, almene, voldgiftsinstitutioner, der også hyppigt har internationale voldgiftssager med berøring til Danmark. Blandt dem kan nævnes ICC's *International Court of Arbitration* (www.iccwbo.org/court), Stockholm Handelskammarens Skiljedomsinstitut (se www.sccinstitute.se) og the London Court of International Arbitration (se www.lcia-arbitration.com). I 1994 har WIPO etableret et WIPO Arbitration Center, der navnlig – men ikke udelukkende – tager sigte på konfliktløsning (voldgift og forligsmægling) i immaterialretlige sager.

Anbefalede klausuler

Voldgiftsinstitutionen vil normalt anbefale aftaleparter at indføje en nærmere udformet voldgiftsklausul i deres aftale. Den klausul, der anbefales af Det Danske Voldgiftsinstitut, lyder f. eks. således:

“Enhver tvist, som måtte opstå i forbindelse med denne kontrakt, herunder tvister vedrørende kontraktens eksistens eller gyldighed, skal afgøres ved voldgift ved Voldgiftsinstitutet efter de af Voldgiftsinstitutet vedtagne regler herom, som er gældende ved voldgiftssagens anlæg.”

ICC Court of Arbitration anbefaler følgende klausul (se Rules of Arbitration Form in force as from 1 January 2012):

“All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.”

I tillæg til instituttets anbefalede klausul kan parterne herefter træffe de aftaler, de måtte ønske, vedrørende voldgiftssagens behandling, se herom under 9.4.e. Parternes ret til at træffe sådanne aftaler følger af voldgiftslovens § 19, stk. 1. I mangel af sådan aftale følger det af samme bestemmelses stk. 2, at voldgiftsretten skal behandle voldgiftssagen på den måde, som voldgiftsretten finder hensigtsmæssig. Voldgiftsretten kan bl.a. bestemme, hvilke beviser der kan føres, og hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund ved sagens pådømmelse. Parternes valg af *stedet* for voldgiftssagens behandling og af voldgiftsrettens *hjemsted* vil normalt blive respekteret af voldgiftsinstitutionen. Derimod er det ikke givet, at institutionen vil respektere parternes valg af voldgiftsdommere, hvis den anser dette valg for problematisk, f.eks. pga. interessekonflikter. Se hertil *Steffen Pihlblad* i ET 2011, s. 71 ff.

Supplerende vedtagelser

Parterne bør kun anvende institutionsvoldgift, hvis de har fuldt kendskab til det procesreglement, der anvendes af voldgiftsinstituttet, og hvis de har tillid til, at instituttet vil håndtere sin sagsbehandling forsvarligt. Klausuler om institutionsvoldgift bør løbende overvåges. Voldgiftsinstitutterne ændrer sig løbende, og parterne kan tilmed risikere, at en voldgiftsinstitution er nedlagt, før sagen kommer for, sml. den situation, der forelå i *U 1986.314 H*.

Parterne kan også vælge at henskyde afgørelsen af en retlig uenighed til en instans med *tvistløsningsfunktioner*. Det er f.eks. almindeligt, at erhvervsdrivende erklærer at ville respektere afgørelser fra *Forbrugerklagenævnet* eller fra godkendte *private klage- eller ankenævne*. Et sådant ensidigt *løfte* til gunst for forbrugeren er uden videre bindende. I mangel af et sådant udtrykkeligt tilsagn følger det nu af § 32 i forbrugerklageloven, at en erhvervsdrivende, der *ikke* ønsker at være bundet af en afgørelse fra Forbrugerklagenævnet eller fra et godkendt privat klage- eller ankenævn, skal meddele dette skriftligt inden 30 dage fra afgørelsens forkyndelse. Herefter kan kendelsen tvangsfuldbyrdes, jf. forbrugerklagelovens § 34 og retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 8.

Mellemformer

Hvis ligeværdige parter indgår *aftale* om på forhånd at ville efterleve afgørelser fra en *offentlig myndighed* med tvistløsningsfunktioner (f.eks. et såkaldt tvistnævn), vil en sådan aftale muligvis kunne fastholdes som en aftale om voldgift *sui generis*. Myndig-

hedens afgørelser er dog kun bindende, hvis den har truffet sin afgørelse på juridisk grundlag og under anvendelse af kontradiktorisk sagsbehandling. Hvis ikke, kan afgørelsen tilsidesættes efter voldgiftslovens § 37, stk. 1, nr. 1.

*UNCITRAL-
voldgift*

Endelig kan parterne vælge at gennemføre deres voldgiftssag på grundlag af et procesreglement, der nyder almen anerkendelse uden at være understøttet af et voldgiftsinstitut. En detaljeret procesregulering findes i *UNCITRAL Arbitration Rules*, hvis seneste version er fra 2010. Dette regelsæt anbefales vedtaget med følgende klausul:

“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules.”

I forbindelse med denne klausul anbefales parterne at tage stilling til *antallet* af voldgiftsdommere, hvilken *instans*, der skal *udpege* voldgiftsretten, hvis ikke parterne er enige herom, stedet for voldgiftssagen og *sproget*. Parterne bør også tage stilling til voldgiftsrettens hjemsted. Hvert land har over for UNCITRAL angivet en udpegningsinstans. I Danmark er Det Danske Voldgiftsinstitut udpegningsinstans.

Kombinationer

En voldgiftsaftale kan kombineres med en aftale om værneting, så søgsmål under en given grænse (angivet ved et beløb), eller om visse typer af stridigheder (f.eks. søgsmål, der ikke er omfattet af en hemmeligholdelsesklausul) skal anlægges ved domstolene, men at øvrige sager skal voldgiftsbehandles. Der er ikke meget vundet ved at skulle føre parallelle sager mellem samme parter ved forskellige fora. En sådan opsplnitning bør derfor undgås, hvis den kan tænkes at resultere i parallelle sager om samme spørgsmål.

*Særlige
regulerings-
temaer*

Foruden valget mellem *ad hoc*-voldgift og institutionsvoldgift bør parterne afklare en række centrale spørgsmål i deres voldgiftsklausul, jf. nærmere afsnit 9.4.e. I dansk ret står det parterne frit for at træffe aftale herom. Som nævnt i afsnit 9.2.d. kan parterne bl.a. vedtage, at voldgiftsretten skal dømme på et grundlag, der ikke nødvendigvis er sammenfaldende med et lands retssystem, f.eks. efter *lex mercatoria*. En anden mulighed består i at vedtage, at voldgiftsretten skal dømme ud fra bil-

lighedshensyn (“*ex aequo et bono*”). Denne adgang er udtrykkeligt gjort gyldig i art. 28 i UNCITRAL’s modellov, hvis vilkåret herom er udtrykkeligt. Se tilsvarende voldgiftslovens § 28, stk. 3.

Et vidtgående og særegent eksempel herpå er den voldgiftsklausul, der refereres i *U 1993.67 H*: Herefter skulle “Voldgiftsmændene og opmanden ... fortolke nærværende aftale som en æresforpligtelse snarere end udelukkende en juridisk forpligtelse, og ... afgive deres kendelse med henblik på en rimelig håndhævelse af aftalens generelle formål.” Dommen tager desværre ikke stilling til fortolkningen af denne klausul. Se også *Wërlauff & Nørsgaard* (1995), s. 183.

9.4.d. Retlig regulering

Reglerne om *vedtagelse* af voldgift, om voldgiftssagens *behandling* og om *gennemtvungelse* af voldgiftskendelser fremgår af den lovgivning, der gælder i den stat, hvor voldgiftssagen aftales, behandles eller gennemtvunges. Når det gælder regler om sagsbehandlingen, vil det være reglerne i den stat, hvor voldgiftsretten har sæde (*seat*), der er afgørende, jf. om dette begreb s. 464 f. Derfor gælder det om at vælge en stat, hvis lovgivning om voldgift er så betryggende, at kendelser afsagt af en voldgiftsret heri kan forventes tvangsfuldbyrdet i opfyldelseslandet.

Udsigten til, at en voldgiftskendelse viser sig *ugyldig* eller på anden måde ikke kan *tvangsfuldbyrdes*, er det skrækscenarie, der ikke alene præger den retlige regulering af voldgiftsprocessen, men også parternes aftale om voldgift. En voldgiftskendelse, der pga. formelle eller materielle mangler ikke kan gennemtvunges, er til mere skade end gavn: Parterne har investeret energi og penge i sagens gennemførelse, uden at udkommet bibringer den tilsigtede afklaring af deres retsforhold. Risikoen for, at sådanne indvendinger rejses mod voldgiftskendelsen, er særlig stor i voldgift, hvor der kun er “et skud i bøssen”: Når den afsagte kendelse ikke kan appelleres, stiger parternes motivation for at bringe den ud af verden på anden vis. Se om voldgiftskendelsers ugyldighed *Juul & Thommesen* (2008), kapitel 10.

Foruden reglerne i voldgiftsloven præges dansk voldgiftsret af retsplejelovens regler om dommeres bibeskæftigelse, fordi de begrænser muligheden for at udpege fagdommere som voldgifts-

Overzicht

*Ugyldigheds-
scenariet*

*Regler om
bibeskæftigelse*

dommere. Ifølge § 47b må en dommers indtægter ved bibeskæftigelse (med særlige undtagelser) i gennemsnit ikke overstige 50 % af dommerens løn i hovedstillingen og maksimalt 50 % af en højesteretsdommers løn i hovedstillingen. Indtægtsopgørelsen sker i faste perioder på tre kalenderår og kontrolleres af et særligt bibeskæftigelsesnævn, jf. §§ 47e-47f. I den forbindelse bestemmer § 47a, stk. 3, at udpegning af en dommer bl.a. som medlem af en voldgiftsret eller til anden tvistløsning uden for domstolene skal foretages af vedkommende *retspræsident* (eller af en anden dommer, som en retspræsident har bemyndiget hertil). Ved udpegning af fagdommere til voldgiftsretter vil parterne derfor først rette henvendelse til den dommer, der ønskes udpeget. Ønsker denne at blive udpeget, rettes derpå henvendelse til retspræsidenten med anmodning om udpegning af den pågældende.

Voldgiftsloven

Voldgiftsloven udfylder i vid udstrækning parternes behov for detaljerede procesregler for deres voldgiftssag. Loven bygger på UNCITRAL's modellov fra 1985 og korresponderer derfor med tilsvarende lovgivning i en række andre lande. Den gælder for voldgift, herunder international voldgift, der finder sted her i landet, § 1.

Aftalefriheden

Hovedparten af lovens regler finder kun anvendelse, hvis andet ikke er aftalt, jf. § 2, stk. 1. Navnlig kan reglerne i kapitel 3 om voldgiftsrettens *sammensætning*, i kapitel 4 om voldgiftsrettens *kompetence*, i kapitel 5 om voldgiftsrettens *sagsbehandling*, i kapitel 6 om *voldgiftskendelsen* og om voldgiftssagens *afslutning* og i kapitel 7 om *sagsomkostninger og sikkerhedsstillelse* fraviges ved parternes forudgående eller efterfølgende aftale. Derimod kan reglerne i kapitel 8-9 om tilsidesættelse af voldgiftskendelsen og om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser ikke fraviges ved aftale.

Præceptive regler

Enkelte af voldgiftslovens regler i de ellers deklatoriske kapitler er gjort præceptive, jf. § 2, stk. 2. Det drejer sig først og fremmest om det grundlæggende *kontradiktionsprincip* i § 18, hvorefter parterne skal behandles lige, og hver part skal have fuld lejlighed til at fremføre sin sag. Ligeledes er forbrugeres ret til at opretholde *indsigelser* mod voldgiftsrettens kompetence præceptiv (jf. § 16, stk. 4, 2. pkt.). Også voldgiftsdommerens pligt til at orientere om mulig *inhabiliter* i § 12 er præceptiv. Det samme er kravene om *skriftlighed* og *underskrivelse* i § 31, stk. 1 og 3, og § 33, stk. 5.

Voldgiftslovens åbner mulighed for, at voldgiftsretten, eller en part med voldgiftsrettens samtykke, kan anmode domstolene om bistand til at optage bevis efter retsplejelovens almindelige regler, se § 27. Ligeledes kan voldgiftsretten anmode domstolene om at anmode *EU-Domstolen* om at afgøre et EU-retligt spørgsmål. Herudover giver loven hjemmel for, at parterne kan forelægge visse spørgsmål for domstolene, se f.eks. § 11, stk. 3 (*udpegning*, hvor parterne ikke selv gør det), § 13, stk. 3 (afgørelser om indsigelser mod en voldgiftsdommer), § 14, stk. 1 (beslutning om *op-hør* af en voldgiftsdommers hverv), § 16, stk. 3 (prøvelse af voldgiftsrettens afgørelse af sin egen *kompetence*) og § 34, stk. 3 (*omkostningsfastsættelsen*). Heller ikke disse regler kan fraviges ved aftale, jf. § 2, stk. 2.

9.4.e. Voldgiftsprocessen

De følgende bemærkninger handler om de retlige rammer for voldgiftsrettens sagsbehandling, altså voldgiftsprocessen. Voldgiftsloven overlader her parterne en betydelig aftalefrihed. Nogle af disse spørgsmål kan afklares i voldgiftsklausulen, f.eks. gennem regler om, *hvor* og på hvilket *sprog* sagen behandles. Andre har en så detaljeret karakter, at de først kan fastlægges, når man kender den opståede konflikt. Her vil parterne selv kunne vælge at aftaleregulere. Gør de ikke det, vil voldgiftsretten træffe de fornødne processuelle beslutninger. Er andet ikke aftalt, vil der være fri adgang til at tilrettelægge sagen på en måde, voldgiftsretten og parterne finder hensigtsmæssig.

Denne frihed består også i institutionel voldgift. Her vil der normalt være fastlagt en retlig trinfølge for, hvilke vilkår der er afgørende for sagens gang. § 18, stk. 2, i reglerne for sagsbehandlingen ved Det Danske Voldgiftsinstitut (2013) lyder f.eks. således:

“Behandlingen af voldgiftssagen sker i overensstemmelse med reglerne. Såfremt et spørgsmål ikke er omtalt i reglerne, afgøres spørgsmålet efter de regler, parterne i øvrigt har aftalt, eller i mangel af sådanne aftaler efter de regler, voldgiftsretten måtte bestemme.”

I internationale voldgiftssager vil voldgiftsretten på et tidligt tidspunkt, efter høring af parterne, vedtage et regelsæt (kaldet “Order for Directions” el.lign.), som gælder som procesreglement. Heri vil hovedlinjerne i voldgiftsprocessen være præciseret, lige-

Problemstillingen

Regulering og procesledelse

Særlige procesreglementer

som der typisk vil være givet tidsfrister, krav til udformning af processkrifter eller andre forskrifter af formel karakter. Ved at tiltræde et sådant procesreglement (hvilket parterne typisk vil gøre ved et indledende møde) vil parterne have indgået en “aftale”, der efter omstændighederne fraviger voldgiftsloven. I mangel af aftale herom vil regelsættet få gyldighed som voldgiftsrettens bestemmelse om sagsbehandlingen.

Udpegning

Som nævnt s. 452 må parterne beslutte, hvilke dommere de vil udpege. I *institutionsvoldgift* vil voldgiftsinstitutionen foretage den formelle udpegning, men almindeligvis har parterne mulighed for at foreslå hver sin sidedommer. Ligeledes er det almindeligt, at parterne i fællesskab stiller forslag om voldgiftsrettens formand. Fordi formandens person er så afgørende for voldgiftssagens behandling, bør man søge at opnå en sådan enighed. I *ad hoc*-voldgift vil de partsudpegede dommere normalt i fællesskab udpege voldgiftsrettens formand, jf. voldgiftslovens § 11, stk. 2, 2. pkt. En anden mulighed er at lade en retspræsident udpege voldgiftsretten eller dens formand, jf. voldgiftslovens § 11, stk. 3.

Man kan diskutere, om det er hensigtsmæssigt at lade hver part vælge en voldgiftsmand, fordi man hermed risikerer at gøre den partsudpegede dommer til denne parts “advokat”. Ordningen er helt sædvanlig, og som nævnt fastsat som tilbagefaldsregel i voldgiftsloven, men man kan ikke udelukke, at en voldgiftsdommer med tanke på fremtidige udnævnelser forsøger at gøre sit arbejde “så godt som muligt” i mere end én forstand. Denne effekt kendes i faglige voldgiftsretter, hvor voteringen nærmest former sig som en fortsættelse af domsforhandlingen, med opmanden som eneste reelle objektive dommer (disse voldgiftsretter holdes af samme grund uden for voldgiftsloven, jf. § 1, stk. 5), og den kan også spille en rolle i kommerciel voldgift. Netop denne risiko fik et enigt domstolsudvalg til i sin betænkning nr. 1319/1996, s. 49 og 391, at slå fast (hvilket siden har været gældende som almindeligt princip), at fagdommere ikke må lade sig udpege som partsudpegede dommere. Vil man undgå denne risiko, kan voldgiftsaftalen lade parterne i fællesskab udpege hele kollegiet af voldgiftsdommere eller voldgiftsrettens formand, som herefter bemyndiges til at udpege sine meddommere. Om “non-neutral arbitrators”, se *Arne Bech* i *Festskrift til Sjur Brækhus* (1988), s. 29 ff.

Hjemsted

I international voldgift er stedet for voldgiftsbehandlingen (*the seat of arbitration*) et af de væsentligste valg, der træffes. Det er

vigtigt at sondre mellem voldgiftsrettens “seat” (*situs, point of retracement*) og “place”. Hvor “place” refererer til det sted, hvor voldgiftsbehandlingen rent faktisk afholdes (hvilket kan være mange forskellige steder under samme sag), angiver dens “seat” den adresse, hvor voldgiftsretten som juridisk person er hjemmehørende. Hjemstedet markerer dermed voldgiftsrettens tilhørsforhold til et retssystem. Navnlig får hjemstedets voldgiftslovgivning (herunder om samspillet mellem voldgiftsrettens sagsbehandling og domstolens behandling) indflydelse på voldgiftsbehandlingen. Ligeledes har hjemstedet betydning for anvendelsen af de IP-retlige regler og for sandsynligheden for at *håndhæve* voldgiftskendelsen. I internationale transaktioner vælges typisk et hjemsted, der er neutralt i forhold til parterne.

At parterne er hjemmehørende i forskelligartede retssystemer og retsfamilier (f.eks. *civil law* henholdsvis *common law*), kan tale for at placere voldgiftsretten i en stat, der ikke tilhører nogen af disse retsfamilier (f.eks. et nordisk land). I alle tilfælde bør man vælge hjemsted i et land, der har ratificeret New York-konventionen af 10. juni 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser (som sikrer gennemtvungelse af voldgiftsavgørelser), eller som har gennemført UNCITRAL’s modellov om international voldgift. En kendelse afsagt af en voldgiftsret hjemmehørende i en stat, der har ratificeret New York-konventionen, kan normalt forventes tvangsfuldbyrdet i et andet konventionsland. I visse lande kan voldgiftskendelser alene opretholdes efter godkendelse fra en lokal domstol. En sådan voldgiftsordning tjener ikke de formål, der ligger bag parternes ønske om voldgift. Ligeledes kan man – som anført s. 453 – risikere, at der nedlægges forbud mod en voldgiftsrets arbejde.

I valget af sted for voldgiftssagens foretagelse er det primært praktiske hensyn, der gør sig gældende. Byer med gode flyforbindelser og hotelfaciliteter og med kulturelle og æstetiske herlighedsværdier er yndede voldgiftssteder. F.eks. benyttes London, Paris og Geneve hyppigt ved international voldgift. København har uden tvivl et betydeligt potentiale i så henseende. Voldgiftsrettens *hjemsted* (“seat”) er ikke afgørende for, på hvilket *sted* (“place”) voldgiftssagen skal behandles. Ønsker parterne på forhånd at fiksere dette, må det finde udtryk i voldgiftsklausulen.

Det *sprog*, sagen skal føres og voldgiftskendelsen affattes på,

Sted

Sprog

spiller en stor praktisk og principiel rolle for voldgiftsbehandlingen. En stillingtagen hertil er i *faktisk* henseende indirekte en stillingtagen til, hvilke dommere (og advokater) der kan behandle sagen, samt hvilke omkostninger der skal påløbe til tolkning, oversættelse mv. *Retsvirkningen* af at der anvendes et andet sprog end det aftalte, vil være, at det pågældende processkrift enten betragtes som en nullitet eller som mangelfuldt. Der er ingen nødvendig forbindelse mellem aftalens sprog og det sprog, der ønskes anvendt i en voldgiftsbehandling. Ofte anvendes flere forskellige sprog i samme transaktion (og oversættelser heraf). Og selv om der anvendes samme sprog, kan parterne have en interesse i at lade voldgiftsbehandlingen foregå på et tredje sprog (f.eks. hvis man ønsker sagen behandlet i et neutralt land, der ingen relation har til transaktionen).

*Sager med
mange parter*

Har en aftale mere end to parter, må voldgiftsklausulen indbygge en særlig ordning for, hvordan voldgiftsretten skal udpeges. En voldgiftsklausul svarende til voldgiftslovens tilbagefaldsregel, jf. § 11, stk. 2, hvorefter hver part udpeger en voldgiftsdommer, som herefter udpeger voldgiftsrettens formand, lader sig ikke praktisere, hvis der er mere end to parter. I en sådan situation kan det være mere hensigtsmæssigt at lade en voldgiftsinstitution foretage udpegningen, eventuelt således at parterne kan fremkomme med forslag hertil.

Frister

En af hovedbegrundelserne for at vedtage voldgift er at sikre parterne en hurtig prøvelse af deres tvist. Fordi det kan være vanskeligt at føre dette ideal ud i livet, kan det som nævnt være relevant at opstille frister for, hvornår voldgiftssagen skal være afgjort, i selve voldgiftsklausulen, se herved s. 453 f. En sådan tidsfrist bør ikke begrænse parternes adgang til at føre (tidskrævende) beviser, men den pålægger den part, der har et sådant bevisbehov, at optimere sine bestræbelser. Fristen er navnlig henvendt til voldgiftsretten, som i sådanne sager har en særlig pligt til at tage alle rimelige og adækvate skridt.

Der er ikke praksis for at indbygge detaljerede *enkeltfrister* for afgivelsen af processkrifter mv., medvirken til sagens rejsning (udpegning af voldgiftsmand mv.) samt bevisførelse i en voldgiftsaftale. Derimod kan parterne aftale, at sagen skal underkastes en *summarisk procedure*. Regler herom findes hos de toneangivende voldgiftsinstitutioner, men fremgangsmåden benyttes endnu for-

holdsvis sjældent. Den indebærer bl.a. begrænsninger i, hvilke processkrifter, der kan fremlægges. Sagen behandles normalt af en enkelt voldgiftsdommer. Ifølge § 15, stk. 3, i de regler om "Forenklet voldgift", der gælder for Det Danske Voldgiftsinstitut (2013), afgøres sagen f.eks. på skriftligt grundlag, medmindre parterne har aftalt andet. Selv om en skriftlig behandling kan fremskynde voldgiftsprocessen, bl.a. fordi der ingen problemer er med berømmelse, mister man den væsentlige kvalitet, der ligger i muligheden for at *høre* parter, vidner og procederende advokater. Proceduren er bl.a. vedtaget i *K02* pkt. 27.3.3. og *K03* pkt. 37.3.4.1 i mindre tvister.

Voldgiftsklausuler ledsages sjældent af sanktionsregler, til trods for at de – deres karakter af kompetencenormer til trods – indebærer håndfaste handlepligter for parterne. Ofte hænder det, at parter oversidder tidsfrister eller tilsidesættelser formkrav mv. Uden særskilt regulering vil den forsmåede parts eneste retsmiddel være at hæve voldgiftsklausulen (se herom s. 453 f.), men dette retsmiddel er sjældent adækvat, eftersom det leder frem til en – på dette tidspunkt – endnu mere tidskrævende proces. Derfor kan det være hensigtsmæssigt at forsyne fristregler med sanktioner om virkningen af fristoverskridelser. I stedet for detaljeret at angive hver af disse sanktioner kan voldgiftsretten tage hensyn til disse forhold, når den tager stilling til, hvem af parterne der skal betale sagsomkostninger. Der er intet til hinder for, at parterne vedtager konventionalbøder som sanktioner med fristoverskridelser, men i praksis indgås sådanne aftaler ikke.

Sanktioner

Et andet væsentligt reguleringsområde angår voldgiftsrettens eller -institutionens procedure ved enkelte sagsoplysningskridt, herunder *syn og skøn*. Som nævnt s. 454 f. kan parterne her have en interesse i at gennemføre en mere fleksibel sagsoplysning og procedure. Dansk voldgiftspraksis er på dette område under stigende påvirkning af international voldgiftspraksis. Se hertil *Hørlyck: Syn og skøn – sagkyndig bevisførelse*, 5. udg. (2015), s. 67 ff.

Sagsoplysning

I international voldgift er det almindeligt at optage *stenografisk referat* af retsmøder. Sådanne referater kan tilmed gøres tilgængelige for parterne via computerskærme, samtidig med at de optages (idet tilpassede, mere færdige, referater herefter løbende eftersendes). Formålet er dels at sikre en korrekt protokolle-

Referater

ring af vidneforklaringer, dels at kunne føre efterfølgende bevis for, at voldgiftsprocessen har været forsvarlig. Skal der optages stenografisk referat, vil parterne normalt ønske at kommentere dette referat efterfølgende. Dette kan være vanskeligt at gøre, hvis man – som vanligt i danske retssager og voldgiftssager – går direkte fra afhøringer til procedure.

*Midlertidige
foranstaltninger*

I komplicerede sagsforhold kan det være hensigtsmæssigt at give voldgiftsretten kompetence til at træffe midlertidige og foreløbige afgørelser. Dermed undgås efterfølgende formalitetstvivil om, hvorvidt der består en sådan kompetence (eller om parternes generelle ønske om at få en hurtig afgørelse på hele sagens problematik skal vægtes tungere). Foreløbige voldgiftskendelser kan være hensigtsmæssige, hvis sagens genstand vil lide skade ved at afvente en fuld sagsbehandling (f.eks. en oplagret vare, der forrådes med tiden), eller hvis der vil være uforholdsmæssige omkostninger forbundet med at skulle afvente en afgørelse (f.eks. nedtagning af et maskineri). Men vilkår herom kan ikke gennemtvinges fogedretligt. Skal der gennemføres forbud og indsættelsesforretninger, må parterne betjene sig af det system til tvangsfuldbyrdelse, der findes i procesordningen.

Fortrolighed

Den danske voldgiftslov tager ikke stilling til, om en voldgiftsdommer er underlagt tavshedspligt. Svaret herpå er som udgangspunkt ja, eftersom det er et af hovedformålene ved at gennemføre voldgift at opnå en diskret afgørelse af sagens problem. Man kan begrunde dette resultat formelt ved at antage (jf. ovenfor s. 456 f.), at der mellem voldgiftsretten og parterne består en voldgiftsdommeraftale, der i medfør af MFL § 19 pålægger voldgiftsdommerne pligt til at hemmeligholde de erhvervshemmeligheder, der kommer frem i sagen. Denne pligt vil i praksis omfatte alle oplysninger, der fremkommer under sagen. Pligten modificeres, i det omfang voldgiftsinstitutionen (efter aftale med sagens parter) offentliggør kendelsens resultat, f.eks. i form af et resumé.

9.5. Alternativ konfliktløsning

9.5.a. Begreb og funktion

Enhver beslutning om at gennemføre en sag involverer en afvejning mellem effektivitetshensyn (herunder ikke mindst omkostningshensyn) og retssikkerhedshensyn. Det koster betydelige ressourcer at føre sager, og flere ressourcer jo mere grundig og kompetent en konfliktløsning man ønsker. Disse ressourcer kan være givet godt ud, men er det langt fra altid. Undertiden giver det måske ligefrem økonomisk mening, at de stridende parter enes om at lade deres tvist løse efter udfaldet af et terningkast. For den part, der efter at have været 2-3 retsinstanser igennem, og som sluttelig får afgjort en sag ved Højesteret under kneben dissens, kan terningkastet fremstå som et praktisk og effektivt alternativ til domstolsvejen med sine iøjnefaldende fordele målt i økonomi, tid, besvær og ubehag!

*Økonomi og
retssikkerhed*

Selv om terningkastet selvsagt ikke kan anbefales som almindelig konfliktløsningsmetode, anskueliggør det den afvejning mellem økonomi og retssikkerhed, som parterne må søge i deres konfliktløsning. Og samtidig anskueliggør billedet de muligheder for konfliktløsning, der tegner sig, hvis man fjerner blikket fra den traditionelle domstolsvej.

ADR står for *alternative dispute resolution*, dvs. alternativ konfliktløsning. Hermed sigtes til en bred, og ofte upræcist defineret, vifte af metoder til at løse retlige stridigheder uden om domstolene eller ved voldgift. Hvor domstols- og voldgiftsprocessen fører til endelige og gennemtvungelige afgørelser, omfatter ADR-begrebet kun den konfliktløsning, der er under parternes *kontrol* i hele processen og frem til sagens afslutning, og som derfor i hele dette forløb må bæres af parternes enighed. Ofte inddrager ADR-teknikker forskellige psykologiske og juridiske mekanismer, der er egnede til at bringe parterne til enighed. Men begrebsanvendelsen er langt fra sikker. § 3, nr. 1, i forbrugerklageloven af 2015 (der bl.a. gennemfører direktiv 2013/11/EU af 21. maj 2013 om alternativ tvistbilæggelse i forbindelse med tvister på forbrugerområdet og direktiv 2009/22/EF om ATB på forbrugerområdet) definerer f.eks. endnu mere snævert "alternativ tvistløsning" som "En udenretslig tvistløsning, der opfylder lovens krav".

ADR

*Lovgivningen
mv.*

Gennem de seneste års retsudvikling har man gennem forskellige midler søgt at incitere private parter til at søge deres tvister løst gennem ADR. Ved domstolene tog man et væsentligt skridt i denne retning, da man i 2008 indførte regler om retsmægling i kapitel 27, se herom s. 471. Den formelle titel på forbrugerklage-loven af 2015 er “lov om alternativ tvistløsning i forbindelse med forbrugerklager”. Den nye titel skyldes navnlig reglerne i lovens kapitel 5 om mediation i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Hertil føjer sig en række specialregler om alternativ konfliktløsning, bl.a. inden for teleområdet. Se f.eks. bekendtgørelse nr. 398 af 2. maj 2011 om alternativ tvistbilæggelse mellem udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester.

Begrundelse

Der kan være mange grunde til at anvende ADR. Undertiden er begrundelsen den rent praktiske, at parterne ikke anser konfliktløsning ved domstol eller voldgiftsret for velegnet, fordi omkostningerne herved står ude af forhold til sagens genstand, eller fordi man er “nødt” til at forliges. Men som regel er det forretningsmæssige og psykologiske hensyn, der motiverer parterne til at gå ADR-vejen. Udsigten til at nå et forhandlingsresultat i enighed og sympati kan være langt mere værd end en juridisk “sejr”, der er opnået efter en konflikt, der i mellemtiden har ødelagt parternes forretnings samarbejde.

Udspring

Ser man bort fra de særlige, kulturelt betingede former for ADR, der fra gammel tid har været anvendt i Asien (herunder Japan), hvor det er en del af retskulturen at undgå retlige konfrontationer ved domstolene, er idéen udviklet i USA i slutningen af 1970'erne og for alvor bragt i anvendelse gennem 1980'erne og 1990'erne. Navnlig amerikanske retssager kan trække i langdrag gennem endeløse delafgørelser og bevisførelser mv., som medfører en langsom sagsbehandling og betydelige retssagsudgifter. Men misforholdet mellem sagsgenstanden og de mulige sagsomkostninger ved en sagsførelse gør sig også gældende for mindre sager.

Gennem de seneste år er der skabt et marked for private ADR-udbydere, der har været i stand til at fremvise gode resultater i form af en høj andel forligte tvister mv. En række af disse udbydere er opbygget i tilknytning til eksisterende voldgiftsinstitutter. Et eksempel herpå er det britiske *CEDR* (Centre for Effective Dispute Resolution, se www.cedr.co.uk), der med

stor succes udbyder en hel palet af forskellige metoder til konfliktløsning.

At ADR er et tema i fremdrift, træder også frem i dansk retspleje. Med reglerne i retsplejelovens kapitel 27 er der indført en ordning med “retsmægling” i civile sager, der verserer ved byret eller landsret eller ved Sø- og Handelsretten. Ifølge retsplejelovens § 272 kan retten efter anmodning fra parterne udpege en retsmægler til at bistå parterne med selv at nå frem til en aftalt løsning på en tvist, som parterne har rådighed over. Retsmægleren fastlægger forløbet af retsmæglingen i samråd med parterne. Med parternes samtykke kan retsmægleren holde møder med parterne hver for sig, jf. § 275. Parterne bevarer den fulde kontrol over sagen, medens retsmæglingen gennemføres. Retsmæglingen *afsluttes*, hvis parterne når frem til en aftalt løsning på tvisten, hvis retsmægleren bestemmer det, eller hvis en af parterne anmoder om det, jf. § 276. Oplysninger, der fremkommer under en retsmægling, er *fortrolige*, medmindre parterne aftaler andet, eller oplysningerne i øvrigt er offentligt tilgængelige, jf. § 277.

Også voldgiftsmarkedet har fået øjnene op for mulighederne for at løse konflikter gennem ADR. De fleste voldgiftsinstitutioner har i dag indført regler for *mediation* eller *mægling* og hertil hørende anbefalede klausuler om anvendelse af dette ADR-middel. Det Danske voldgiftsinstitut har f.eks. både regler om mediation, sagkyndige og særlige tvistløsningspaneler. På initiativ af *Advokatrådet* og med privat fondsstøtte er der etableret et dansk *mediationsinstitut* (se www.mediationsinstituttet.dk), der efter et detaljeret regelsæt udbyder en af instituttet kvalitetssikret form for mediation, herunder ved udpegning af mediatorer. ICC har pr. 1. januar 2014 indført et nyt sæt “ICC Mediation Rules” med tilhørende vejledning og anbefalede standardklausuler, se hertil *Georg Lett* i ET 2014, s. 185 ff.

Selv om ADR-teknikker kendetegnes ved deres frivillige grundlag, kan det være hensigtsmæssigt at manifestere parternes ønske om at gå denne vej i aftalen. Kunststykket består i på én gang at fastholde det frivillige i ADR-processen og samtidig sikre, at parterne lever op til deres intention om at gå denne vej, når konflikten viser sig. I det omfang ADR-processen er formaliseret (f.eks. ved en institution, som “leverer” denne ydelse på et fikseret og kendt regelgrundlag), er det i sig selv en enkel sag at

Retsmægling

*Institutionaliseret
mediation mv.*

Koncipering

formulere en adgang for en part til at sætte denne procedure i værk.

*Konfliktløsning
i K03*

Et eksempel på en detaljeret regulering, der søger at forebygge konflikter gennem ADR-teknikker, findes i den seneste statslige it-kontrakt, K03. Ifølge pkt. 37.1 henskydes uenigheder om *kategorisering af fejl eller opfyldelse af servicemål* i første omgang til afgørelse hos kundens og leverandørens projektleder, der da – hvis de kan blive enige – sammen afgør uenigheden. Kan de ikke det, går sådanne uenigheder videre til en sagkyndig til endelig afgørelse. *Øvrige tvister* behandles gennem forhandling (pkt. 37.3.1), der først skal foregå på det niveau i samarbejdsorganisationen, hvor tvisten er opstået. Forhandlingerne kan herefter på begæring af en part eskaleres til næste niveau i samarbejdsorganisationen, såfremt parterne ikke inden for en vis periode opnået en løsning. Fører dette heller ikke til en løsning, kan konflikten bringes videre til et af parterne udpeget *konfliktløsningorgan*. Bringer dette heller ikke en løsning på plads, kan hver af parterne ifølge pkt 37.3.2 anmode om en vejledende udtalelse hos en *uafhængig tredjepart*. Herefter giver pkt. 37.3.3. parterne adgang til at iværksætte *mediation* i overensstemmelse med Danske IT-advokaters mediationsprocedure. Består der fortsat en konflikt, kan tvisten søges endeligt afgjort ved *voldgift*, jf. pkt. 37.3.4.

Gennemtvængelse

Det ligger i sagens natur, at man ikke kan gennemtvænge en pligt til at medvirke ved ADR. En modifikation til dette udgangspunkt følger dog af § 34 i forbrugerklageloven, hvorefter en afgørelse fra Forbrugerklagenævnet eller et godkendt privat tvistløsningsorgan kan tvangsfuldbyrdes i forhold til den erhvervsdrivende efter udløbet af visse frister, medmindre den erhvervsdrivende forinden har givet skriftlig meddelelse til Forbrugerklagenævnet eller tvistløsningsorganet om, at den pågældende ikke ønsker at være bundet af afgørelsen. Ved at tillægge den erhvervsdrivendes undladte indsigelse retsvirkning som en slags indirekte samtykke til eksekverbarhed placerer bestemmelsen sådanne nævnsafgørelser i en mellemstilling mellem den eksekverbare retsafgørelse og den ikke-eksekverbare ADR-afgørelse. Parterne kan i øvrigt gyldigt bestemme, at en tilsidesættelse af et tilsagn om at følge en ADR-afgørelse kan få andre konsekvenser. Navnlig kan det være relevant at pålægge pligt til at betale *erstatning* eller *bod* ved misligholdelse. Et erstatnings-

krav kan f.eks. omfatte omkostninger til ADR-leverandøren, parternes egne sagsomkostninger eller et rentetab under den forgæves gennemførte ADR-procedure. I et løbende samarbejdsforhold, hvor parterne forventes at kunne håndtere et stort antal konflikter, vil en manglende deltagelse i en fastlagt ADR-procedure kunne udgøre en misligholdelse, der derudover kan give grundlag for ophævelse af aftalen. En ADR-aftale kan også få processuelle virkninger, f.eks. således at en retssag mellem parterne må suspenderes, indtil det er afklaret, om sagen forliges.

Præmisserne i *U 2015.1412 SH* synes at forudsætte, at sagsanlægget under andre omstændigheder end de foreliggende (behovet for at afbryde en forældelsesfrist) ville være afvist pga. en klausul, der påbød mediation forud for sagsanlæg. I sagen *Cable & Wireless PLC v. IBM* (se dommernes vota i [2002] EWHC 2059 (Comm) og [2002] EWHC 316 (Comm)) måtte selve retssagen udsættes, indtil det var klarlagt, om en ADR-procedure bar frugt. Et tilsvarende resultat kunne formentlig nås herhjemme gennem en analog anvendelse af udsættelsesreglen i retsplejelovens § 345. Ifølge retsplejelovens § 312, stk. 3, skal modparten erstatte den tabende part udgifterne ved den del af processen, der følger efter, at den tabende part har tilbudt modparten, hvad der tilkommer denne. *U 2014.3124 Ø* anvendte denne bestemmelse analogt i en situation, hvor sagen blev forligt på et beløb svarende til det forligstilbud, sagsøgte havde afgivet forud for sagens anlæg. Se tilsvarende *U 2011.3058 Ø*, hvor forligstilbuddet var afgivet før hovedforhandlingen.

Af størst praktisk betydning er de *forretningsmæssige* sanktioner af ikke at efterleve et løfte om at deltage i ADR. Har en virksomhed på forhånd afgivet et løfte til offentligheden om, at den vil medvirke til konfliktløsning ved hjælp af ADR (en såkaldt *public pledge*), vil det selvsagt påføre virksomheden en betydelig *badwill* i offentligheden ikke at efterleve det.

Forretningsmæssige sanktioner

9.5.b. Mægling og mediation

Den form for ADR, der har størst betydning i dag, er mediationsprocessen. Mægling og mediation er nært forbundne, men ikke identiske procedurer til løsning af stridigheder. Begge søger at videreføre en forhandling, parterne tidligere har haft, men som af den ene eller anden årsag er stødt på grund.

Begrebsafgrænsning

Mægling (*conciliation*) indebærer, at en tredjepart (mægleren)

Mægling

placrer sig mellem parterne med det formål at få dem til at kommunikere mere effektivt. Udgangspunktet for mæglingen er de krav og ønsker, parterne selv har formuleret. Metoden er velkendt i familieretten (forligsmægling og vilkårsforhandling) og i den kollektive arbejdsret, men som nævnt ovenfor har den gennem de seneste år vundet frem også i andre, teknisk komplicerede og juridisk uafklarede sagstyper. Undertiden sonderer man mellem den mægling, hvor mægleren kan fremsætte *forligsforslag* (et eksempel herpå er forligsmandens opgave ifølge forligsmandsloven) og den, der alene tilsigter at bringe parterne på *talefod* igen (mægling i ægteskabssager er et eksempel herpå).

Den sidstnævnte forståelse er nok den mest udbredte i dag. Fra sin upartiske position kan mægleren bedre end parterne fremlægge kompromisforslag, ligesom han kan filtrere og ikke mindst artikulere de “vilde” krav, som parterne ellers – for at være på den sikre side – kan føle sig tilskyndet til at fremsætte under en forhandling. I terminologien fra denne lærebog kan mægleren navnlig tvinge parterne til at føre en *saglig forhandling*, jf. herom afsnit 2.5.b.

Mediation

Mediation (ordet stammer af det latinske ord *medius*, som betyder “i midten”) adskiller sig fra mægling ved, at tredjeparten søger at gå bagom de krav, parterne i første række gør gældende, for at vurdere, om det er muligt at finde en løsning, der tilgodeser begge parters interesser uden at give køb på nogen af disse. Hvor mægleren ser det som sin hovedopgave at bringe parterne på talefod, lægger mediatoren i højere grad et kreativt element i sin bistand. Som ved mægling er formålet at finde en løsning på tvisten. Men fokus i mediationsprocessen er ønsket om at tilgode begge parters interesser uden nødvendigvis at nå frem til et resultat, der korresponderer med gældende ret. Ved at fokusere på de faktorer, der begrundes eller i det mindste forklarer de krav, parterne har præsenteret hinanden for, og ved at leve sig ind i parternes respektive interesser (herunder ved brug af økonomi, psykologi og forhandlingsteori) søger mediator at udvirke en *løsning* på parternes uoverensstemmelse, som parterne kan leve med.

Slagsordsmæssigt udtrykkes dette ofte således, at “kagen er blevet forøget”, jf. *Tina Monberg* (2002), s. 54 f. Grænserne mellem de to begreber

er dog ikke skarpe. For at markere de terminologiske yderpunkter son-
drer man undertiden mellem *evaluativ mediation* og *facilitativ mediation*,
jf. *Monberg* a.st. s. 15. Ved *evaluativ mediation* spiller evaluator en mere
styrende rolle. Grundlaget for denne styring søges ofte i et objektivt
regelsæt, f.eks. baggrundsrettens regler. Derimod har den *facilitative*
mediation primært til formål at få parterne til at forstå hinandens syns-
punkter mv. Der foreligger efterhånden en del litteratur om, hvordan
man fremelsker disse egenskaber. Se herved *Lotta Maunsbach: Avtal om*
rätten till domstolsprövning – processuella överenskommelsers giltighet
i svensk rätt (2015), navnlig s. 188 ff., *Vibeke Vindeløv: Konfliktmægling –*
en refleksiv model, 2. udg. (2008), *Per M. Risrvedt & Ola Ø. Nisja: Alter-*
nativ tvisteløsning (2008) og *Tina Monberg: To vindere – mediation som*
positiv konfliktløsning (2002). Se også *Vibeke Vindeløvs doktorafhandling*
Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling (1997).

Inden parterne beslutter sig til at lade deres konflikt løse gennem
forligsmægling eller mediation, må de afklare konfliktløserens
rolle. Dette bør ske i et fast regelsæt. Som nævnt s. 471. finder
man sådanne regelsæt ved de institutter, der tilbyder mediation
og anden konfliktløsning. *UNCITRAL* har i 1980 udarbejdet et
sæt *Model Conciliation Rules*, der direkte eller i tilpasset form kan
danne grundlag for en sådan aftale. Meningen er, at en part, der
mener at have et krav mod en anden part, først skal gå frem
efter disse regler, inden parten går til domstol eller voldgiftsret.
Reglerne angiver, hvordan forligsforhandling indledes, hvordan
mægleren udpeges, og hvordan selve mæglingen finder sted. *UN-*
CITRAL har også arbejdet med forligsmægling i internationale
retsforhold gennem sin modellov fra 2002 om *international com-*
mmercial conciliation.

*Forligsprocessens
grundlag*

Et væsentligt element i forligsmandens arbejde består i at formidle par-
ternes respektive forligsforslag. Dette rejser et særligt spørgsmål om
mæglerens tavshedspligt. Ifølge artikel 10 i *UNCITRAL*-reglerne er
hovedreglen, at forligsmanden kan viderebringe information fra den
ene til den anden, men at den informerende part kan pålægge ham
begrænsninger i denne adgang. En sådan fortrolighed med den ene
part om forhold, som kan være afgørende for forhandlingen, kan true
mæglerens uafhængighed.

9.5.c. Særlige forligsprocedurer

I det følgende omtales nogle teknikker, der ikke altid er i fokus, når der drøftes teknikker til ADR. De omtales sjældent i den hjemlige litteratur (se dog den norske fremstilling hos *Ristvedt & Nisja* (2008), s. 53 ff. og 609 ff., der betegner disse teknikker som “hybridmetoder”), og de indgår ikke i det udbud af ADR-produkter, der udbydes af de store voldgiftsinstitutioner. Fælles for dem alle er, at de på frivillighedens grundlag tvinger parterne gennem en proces, der er egnet til at åbne deres blik for, hvordan uenigheden kan bringes til ophør.

*Early Neutral
Evaluation*

Den første teknik går ud på at lade en troværdig, uafhængig tredjepart forholde sig til materien i parternes konflikt, før den er eskaleret. I modsætning til mægleren (der har i opdrag at få parterne til at tale sammen), og mediatoren (der forsøger at afdække parternes respektive interesser), indebærer *Early Neutral Evaluation*, at tredjeparten forholder sig til, hvem der efter hans opfattelse har ret – og hvorfor. Der er intet til hinder for, at denne metode også kan indgå som led i en mediationsproces, der dermed – og navnlig hvis parterne får mulighed for at udtale deres opfattelse af tvisten undervejs – får en slags voldgiftspræg. Det Danske Voldgiftsinstitut har i 2015 givet særskilte regler om sagkyndige. Efter disse regler kan en part anmode om at få udpeget en sagkyndig (der enten kan være en fysisk eller juridisk person) til at afgive erklæring om “bestemte spørgsmål”. Reglerne kan dermed både bruges til at kaste lys over tekniske og retlige uoverensstemmelser.

Mini-trial

Har parterne forgæves søgt at forlige deres sag gennem mediation eller mægling, er mediators eller mæglers arbejde ikke nødvendigvis frugtesløst. Således kan parterne aftale, at den forgæves forligsprocedure følges op af en udvidet forligsprocedure, der inddrager elementer af retssagsbehandling. Dette kan ske gennem en aftale om såkaldt *mini-trial*. Man opbygger her en slags “voldgift”, der ikke har dømmende kompetence. Forligsmanden er “opmand”, og en repræsentant for hver af de involverede virksomheder “meddommere”. Bliver panelet enigt om sagen, vil det være meddommernes opgave at forankre denne enighed hos de respektive parter.

Det kan måske forekomme egenartet hermed at henskyde afgørelsen af en sag til et forum, der delvis består af parterne selv,

men fremgangsmåden har en høj løsningsprocent. Metoden giver parterne mulighed for at diskutere de stærke og svage punkter i sagen i et *moralsk forpligtende* forum med bevidstheden om, at deres meldinger mv. er *retligt uforpligtende*. Bestemmelsen i K03 pkt. 37.2, der giver hver af parterne mulighed for at henvise uenighed om kategorisering af en fejl eller opfyldelse af service-mål til kundens og leverandørens projektleder, der da sammen afgør uenigheden (men uden opmand), kan ses som en variant over denne ADR-teknik.

Benyttes mini-trial *med* opmand *kan* parterne derpå udpege forligsmanden som formand for en voldgiftsret med dømmende kompetence, hvis ikke der opnås enighed. Man taler i så fald om *med-arb* (mediation and arbitration). *Med-arb* er dog ofte problematisk. Med udsigten til at se mægleren i en senere rolle som voldgiftsdommer med dømmende kompetence er parterne ikke inciteret til at udvise åbenhed i forhandlingsfasen.

I aftaleforhold, der danner grundlag for komplekse projekter, er det blevet almindeligt at nedsætte et fast tvistløsningspanel (*dispute review board*), der har til opgave løbende at forholde sig til de uenigheder, der opstår under projektets gennemførelse. Panelet har ingen dømmende kompetence, men skal alene udtale sig over sagen. Det er så op til parterne, om de vil følge udtalelsen eller anse tvisten for så principiel, at det er nødvendigt med en formel sagsbehandling ved domstole eller voldgiftsret. Denne model har herhjemme bl.a. været anvendt med succes inden for forsikringsbranchen og i visse større anlægsarbejder. Den finder bl.a. udtryk i K03 pkt. 37.3.1.1, som gengivet s. 472. Det Danske Voldgiftsinstitut har i 2014 indført regler om sådanne tvistløsningspaneler bestående af et eller flere uafhængige og upartiske medlemmer, som har til opgave at bistå parterne med at løse tvister, som løbende kan opstå imellem parterne under opfyldelsen af en typisk længerevarende kontrakt.

Konfliktløsningspanel

9.5.d. Formaliseret klagebehandling

I transaktioner, hvor risikoen for ensartede konflikter om forholdsvis beskedne beløb er nærliggende, kan det være hensigtsmæssigt at etablere et regelsæt, der formaliserer den fremgangsmåde, der skal følges ved fremsættelsen og behandlingen af

Klageansvaret

sådanne klager. Inden for den finansielle sektor er der ligefrem pligt til at etablere sådan klageordninger, se herved bekendtgørelse nr. 1264 af 8. december 2006 om en klageansvarlig i finansielle virksomheder. Ved at give potentielle klagere overblik over, hvordan deres klage vil blive håndteret, undgås skuffelser, og hele klageproceduren optimeres. Regler herom kan også følge af *selvregulering* inden for enkelte brancher.

Jo større grad af *uafhængighed* en sådan formaliseret klagebehandling udstyres med, desto større respekt vil ordningen få. Og jo større apparat, der sættes ind på at *oplyse* sagen i henseende til klagerens krav og kravets grundlag (et formål, der ofte vil nødvendiggøre en del kommunikation med klageren, inden den fornødne oplysning foreligger), desto større udsigt er der til, at systemet vil være effektivt. En højprofileret klageordning er organiseret direkte under virksomhedens øverste ledelse, så de salgs- og servicefunktioner, der måske bærer et medansvar for problemet, på forhånd er afskåret fra at deltage. Omvendt vil det være naturligt at foreskrive, at den interne klageprocedure bringes til ophør, hvis sagen gøres til genstand for behandling ved klagenævn eller domstol.

Eskalerings- procedure

Parterne kan også vælge at regulere deres uenighed ved en såkaldt eskaleringsklausul (*escalation clause*), der fastslår, hvordan en uoverensstemmelse bringes op gennem parternes respektive organisationer. Sådanne klausuler ses f.eks. ofte i teknisk prægede aftaler (om f.eks. it eller entreprise), se f.eks. *K02* pkt. 27.2. og 27.3.1, sidste pkt., og *K03* pkt. 37.3, som omtalt ovenfor s. 472.

Ordlister, forkortelser og lovhenvvisninger

AB 72: Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Ministeriet for offentlige Arbejder den 29. november 1972. Senere afløst af AB 92.

AB 92: Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed udfærdiget af Boligministeriet den 10. december 1992. I medfør af Boligministeriets cirkulære nr. 21 af 5. februar 1993 skal statslige og statsstøttede bygge- og anlægсарbejder anvende *AB 92* fra og med 1. juli 1993.

ABR 89: Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand (oktober 1989).

ABService 2003: Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser. Standardaftale beregnet for aftaler indgået ved udlicitering af servicefunktioner fra den offentlige forvaltning. Udgivet af Økonomi- og Erhvervsministeriet, april 2003.

ABT 93: Almindelige betingelser for totalentreprise, udfærdiget af Boligministeriet den 22. december 1993.

AC: Akademikernes Centralorganisation.

Ad hoc-voldgift: Voldgiftsret, der udelukkende virker på grundlag af parternes aftale, modsat institutionsvoldgift, der virker på grundlag af et regelsæt, der på forhånd er fastsat af en voldgiftsinstitution (f.eks. Det Danske Voldgiftsinstitut), hvortil parternes aftale helt eller delvis henviser.

Adhæsiionsaftale (-kontrakt): Aftale der indgås, ved at den ene part blot tiltræder (adhærer) de vilkår, den anden part har opstillet for parternes retsforhold.

ADR: alternative dispute resolution, dvs. alternativ konfliktløsning. Samlebetegnelse for metoder til at løse konflikter uden om domstolene. I en bred betydning af begrebet omfatter det også konfliktløsning ved voldgift (s.d.). I en mere snæver (og nok mere udbredt) betydning omfatter det konfliktløsning, som parterne er herre over fra start til slut. En ADR-procedure kan i den be-

tydning ikke påtvinges en part, og den når kun sit mål, hvis parterne enes. Som eksempler på ADR i denne betydning kan nævnes mægling ved forligsmand, teknisk afklaring af faktiske forhold eller såkaldt *mini-trial*, hvor sagen afgøres af en kompetent repræsentant for hver af de stridende parter med den person, der tidligere har fungeret som forligsmand, som formand.

Advokatterten: Mads Bryde Andersen: Advokatterten (2005).

Aftale: Et partsbestemt retsgrundlag, hvis forpligtende virkning udledes af de løfter og andre viljeserklæringer, som aftalens parter har afgivet over for hinanden. Når løftet indgår i samspil med andre løfter (indeholdende retsskabende eller retsudløsende udsagn), tegner der sig en struktur af retsfakta og retsfølger, der bibringer aftalen dens karakter af retsregel. Blandt de andre forpligtende (om end ikke løfteforpligtende) erklæringer, der kan (men som definatorisk ikke skal) indgå i en aftale er konstaterende erklæringer og faktiske oplysninger. I denne bog sondres der mellem transaktionen (som må betragtes som faktum) og aftalen, der i den grundlæggende systematik er den jus, der regulerer parternes rettigheder og pligter.

Afståelsesret: Den ret en lejer har i kraft af lov eller aftale til at afstå et lejemål, dvs. sætte en anden lejer i sit sted, som derefter indtræder som ny lejer i lejeaftalen i stedet for den oprindelige lejer.

Aftaleloven: Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, jf. lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996.

AFTL: Se Aftaleloven.

Agreed document: Også kaldet "tilslutningsvilkår". Standardformular vedrørende en bestemt type transaktion, som pga. sit udspring i en vedtagelse mellem repræsentanter for de typiske parter, der er involveret i den pågældende transaktion, har opnået en særlig status. Visse *agreed*

documents er så udbredte inden for de berørte retsområder, at retsdannelsen i vid udstrækning baserer sig herpå i kraft af udtrykkelige aftaler eller ved sædvane. Man taler i så fald om, at der opstår en egentlig “formularret”.

Agreed penalty: En aftale, der indbygger et særskilt sanktionselement i sig, som ikke nødvendigvis repræsenterer det faktisk lidte tab. Se også Konventionalbod og *Liquidated damages*.

Alternativ konfliktløsning, se ADR.

Andelsboligforeningsloven: Lov om andelsboligforeninger og andre boligfællesskaber, jf. lov bekendtgørelse nr. 447 af 21. marts 2015 med senere ændringer.

Ansættelsesbevisloven, se Lov om ansættelsesbeviser.

ASP: Application Service Provider. Aftale indgået mellem en it-leverandør og en kunde, hvorefter leverandøren alene præsterer (*provides*) den funktion (*service*), der knytter sig til en it-applikation (*application*). Applikationen afvikles således på leverandørens udstyr, idet funktionen typisk stilles til rådighed via en kommunikationsforbindelse (f.eks. via internettet).

Back-to-back-garanti: Aftale mellem B og C, hvorefter B lader C opnå samme garantivilkår over for B, som B vil kunne gøre gældende over for A – men hverken flere eller færre.

Baggrundsret: De regler, der i kraft af lovgivningen og domstolenes praksis, udgør den almindeligt gældende retlige “baggrund” for parternes retsstilling, hvad enten der foreligger en aftale eller ikke. Baggrundsretten vil ofte supplere parternes aftale og undertiden også afskære visse typer af aftalevilkår.

Barter trade: Byttehandel. Benyttes ofte om aftaler, der ikke involverer udveksling af pengeydelse, men f.eks. modkøb (s.d.), eller gensidig udveksling af tjenesteydelser.

Battle of the forms (the): Også kaldet “kampen om formularen”. Det fortolkningsproblem, der foreligger, når parterne i en aftale – typisk to erhvervsdrivende – hver påberåber sig sin standardformular under omstændigheder, hvor disse vilkår er uforenlige, og parterne ikke har været opmærksomme herpå ved aftaleindgåelsen eller insisteret på en afklaring af, hvilke af de modstridende vilkår der skulle gælde.

Betingelse: Bestanddel af retsfaktum i en retsregel (f.eks. et løfte eller en aftale), som skal være opfyldt, for at retsfølgen indtræder. Ved fortolkning af aftaler er det væsentligt at sondre mellem

betingelser og forudsætninger. I modsætning til betingelsen, der udtrykkes direkte i løftets retsfaktum (jus), er forudsætningen et faktum, der alene kan tillægges retlig betydning i kraft af særlig hjemmel. En betingelse kan være enten suspensiv (s.d.) eller resolutiv (s.d.).

Boilerplate: “Grydeklar”. Anvendes – navnlig i *common law*-systemer – om de dele af et aftaledokument, der indeholder detailprægede almene vilkår, der sjældent giver anledning til særskilt aftaleforhandling, og som derfor ofte kan genbruges. Herunder hører f.eks. bestemmelser om loyalitet, ophævelse, konfliktløsning, aftalens overdragelse mv. Selv om sådanne vilkår er sædvanlige, kan og bør de ofte give anledning til overvejelser og drøftelser under en aftaleforhandling.

BOT-aftale: BOT = Build, Operate, Transfer. Aftale, hvorved en stat giver en privat virksomhed koncession eller eneret til at udføre en bestemt virksomhed (f.eks. et motorvejsprojekt, et elektricitetsværk eller en infrastruktur til telekommunikation) mod, at den pågældende part bygger (“build”) og driver (“operate”) denne virksomhed i et antal år, hvorefter virksomheden overdrages (“transfer”) til regeringsmyndigheden. I moderne sprogbrug betegnes sådanne aftaler som *public-private partnerships*.

Brand: De forestillinger i markedet, der omgiver et produkt, en organisation eller en virksomhed. Begrebet omfatter dermed alt, hvad omverdenen ved, tænker, føler og forstår om produktet eller virksomheden. Undertiden afgrænses begrebet i relation til medarbejdere, kunder, investorer og “stakeholders”. Dermed kan man sondre mellem en virksomheds branding (også kaldet “corporate branding”), et produkts branding (“product branding”) og en professions branding (“professional branding”).

Brugsmodelloven: Lov om brugsmønstre mv., jf. lov bekendtgørelse nr. 106 af 24. januar 2012 med senere ændringer.

Bulkvarer: Af *bulk*: ladning. Bulkvarer er typisk genusvarer, som sælges og lastes i mængder og altså uden indpakning. I engelsk terminologi betegner et “bulk-sale” salget af en flerhed af varer, f.eks. et helt varelager.

Business angel: Ofte benyttet betegnelse for person, som vælger at investere en del af sin betydelige formue (der ofte vil være realiseret gennem salg af egen virksomhed) og erfaring på at hjælpe nystartede virksomheder til at opnå vækst ved

- at investere i de pågældende virksomheder og deltagte aktivt i ledelsen.
- Call option:** En option, der giver ret til at erhverve et formuegode. Se også det modsatte begreb, *Put option*.
- CECL:** The Commission on European Contract Law, også kaldet Lando-kommissionen efter dens formand, professor Ole Lando, København. CECL har taget på sig at søge visse principper i europæisk formueret kodificeret. I denne bog anvendes forkortelsen som en henvisning til disse Principles of European Contract Law (PECL), som CECL har udarbejdet (se litteraturlisten under *Lando & Beale*). Lando-kommissionens arbejde er i dag reelt videreført ved *DCFR*, s.d.
- CIBOR:** Copenhagen Interbank Offered Rate. Renteindeks, der udarbejdes af Danmarks Nationalbank på grundlag af indberetninger fra de 10 største danske pengeinstitutter om størrelsen af deres dag-til-dag rente. Beregningen foregår ved, at Nationalbanken på forhånd udtager den øverste og laveste af de indberettede rentesatser for herefter at tage middelværdien af de øvrige 8. Resultatet af beregningen offentliggøres hver bankdag kl. 11.00.
- Closing:** Opfyldelse. Det møde, hvor parterne i en større, aftalebaseret forretningstransaktion "lukker" aftalen ved at fremlægge de dokumenter mv., som de hver for sig skulle præstere som led i dens opfyldelse, og konstaterer disses overensstemmelse med det aftalte, hvorefter de endelige aftaledokumenter underskrives.
- CMR-lov:** Lov om fragtaftaler ved international vejtransport, jf. lovbekendtgørelse nr. 602 af 9. september 1986.
- Co-mediation:** Betegnelse for det forhold, at der under en mediation (s.d.) inddrages en assisterende mediator, f.eks. fordi sagen er teknisk eller juridisk kompleks, eller der opstår risiko for inhabilitet hos (hoved-)mediator.
- Consideration:** Grundsætning i engelsk-amerikansk ret, hvorefter et løfte kun er retligt bindende, hvis det modsvares af en modydelse, se Restatement (2nd) of Contracts §81. Grundsætningen om consideration indebærer bl.a., at tilbud kan tilbagekaldes, før de er accepteret, cfr. for dansk ret AFTL §§ 2-3.
- Corporate governance:** "God selskabsledelse". Generel betegnelse for den ledelsesmæssige udfordring i at håndtere de modsatte interesser mellem en virksomheds ledelse og dens ejerkreds. Begrebet dækker over de bestræbelser, ledelsen udfolder for at sikre et optimalt samspil mellem de forskellige ledelsesorganer i en virksomhed. Også ønsket om at sikre gennemsigtighed over for omverdenen behandles ofte under denne overskrift. I Danmark foreligger et sæt anbefalinger om god selskabsledelse udarbejdet af Komitèen for God Selskabsledelse, se www.corporategovernance.dk.
- Corporate social responsibility (CSR):** Ofte oversat til "Samfundsansvar". Almindeligt benyttet betegnelse for de pligter, en virksomhed frivilligt vælger at underkaste sig for dermed at tilgodese en række mere eller mindre klart angivne samfundshensyn. Betegnelsen fremhæver virksomhedens "sociale" ansvar og underforstår dermed, at der i bredere forstand er andre interessenter og interessebærere bag en virksomhed end dens umiddelbare ejerkreds. En virksomhed, der vælger at underlægge sig CSR-pligter, vil normalt etablere et CSR-program, der nøje angiver dens målsætninger herom. Disse pligter kan f.eks. angå arbejdsforholdene i virksomheden og hos dens samarbejdspartner, miljøforhold, medvirken til forhold, der kan rumme elementer af bestikkelse og korruption, samt overholdelse af menneskerettigheder. Et CSR-program vil ofte resultere i en form for mærkning, som virksomheden efterfølgende kan anvende i sin markedsføring. Herudover kan programmet få betydning for virksomhedens aftaleindgåelse og for de krav, den stiller til leverandører. FN har gennem sit arbejde i det såkaldte *Global Compact* (se www.unglobalcompact.org) opstillet 10 principper, der kan lægges til grund for et CSR-program. Store virksomheder har i medfør af § 99 a i årsregnskabsloven pligt til at afrapportere deres CSR-aktiviteter i årsrapporten.
- Covenant:** Af latin *con* = sammen + *venire* = komme. Særlig forpligtelse. Udtrykket benyttes navnlig om vilkår i engelsksprogede aftaler, der pålægger den ene part at udvise en særlig adfærd (f.eks. løbende at informere om driften) eller undlade visse dispositioner. Begrebet benyttes navnlig om klausuler i låneaftaler, der med det formål at undgå at øge långivers risiko eller forringe den aktivmasse, der ellers skulle anvendes til fyldestgørelse, pålægger låntager særlige forpligtelser ud over pligten til at forrente lånet.
- DBU:** Dansk Boldspil Union.
- DCFR:** *Draft Common Frame of Reference*, almindeligt anvendt forkortelse for de "Principles, Definitions and Model Rules on European Private

Law”, som *Study Group on a European Civil Code*, sammensat af formueretsjurister fra hele Europa, udsendte i 2009 i samarbejde med *the Acquis Group* (s.d.).

Derogation (aftaleretlig): Fravigelse af aftaleregulering som følge af en anden aftaleregulering. Som hovedregel kan parterne derogere deres aftale ved efterfølgende aftale, ligesom tegningsberettigede repræsentanter for de kontraherende parter ofte kan derogere uformelle vedtagelser truffet på lavere niveau i organisationen.

Designtloven: Lovbekendtgørelse nr. 102 af 24. januar 2012 med senere ændringer.

Discovery: Et foreløbigt retsmiddel, som i overensstemmelse med reglerne i visse fremmede retssystemer (f.eks. de amerikanske Federal Rules of Civil Procedure) kan anvendes til at fremskaffe oplysninger fra modparten eller tredjemand med henblik på beslutningen om at skulle anlægge sag. De beføjelser, en part kan påberåbe sig under *discovery proceedings*, indbefatter bl.a. afgivelse af edssvorne erklæringer (dvs. afgivet under vidneansvar), skriftlige forespørgsler, fremlæggelse af dokumenter og bevismidler hos modparten samt isolerede bevisoptagelser. Reglerne om discovery går langt videre end de regler om editionspligt, der følger af retsplejelovens §§ 298 ff.

Diæter: Af lat.: *dies* = dag. Dagpenge ydet til en medarbejder, typisk en tjenestemand, under dennes rejser for arbejdsgiveren (tjenesterejser). Diæter fastsættes typisk til et bestemt beløb pr. dag.

Due diligence: Eng.: “fornøden omhu”. Betegner i den praktiske aftaleret det brede spektrum af detaljerede redegørelser vedrørende en virksomheds økonomiske og andre forhold, der tilvejebringes i forbindelse med en virksomheds-overdragelse. Man skelner mellem forskellige typer af due diligence, herunder retlig, teknisk og økonomisk due diligence. De forskellige delprocesser kan involvere forskellige rådgivere, f.eks. advokater, revisorer, teknikere, it-folk etc. Ofte bestiller køberen af en større virksomhed en due diligence-rapport, der dokumenterer resultatet af disse undersøgelser. I almindelig juridisk sprogbrug henviser begrebet til en bonus pater-standard.

DVO: Disputed Variation Order. Almindeligt anvendt betegnelse for ændringsordre (s.d.), som sættes i værk til trods for, at parterne er uenige

om pligten til at betale herfor, eller omfanget af denne pligt.

Earn out: Prismekanisme, hvorefter prisen på et formuegode (f.eks. en virksomhed) delvis fastsættes ud fra en efterfølgende indtjening.

ECE: Economic Commission for Europe. FN’s Økonomiske Kommission for Europa. Står blandt andet bag konciperingen af ECE 188 (s.d.), der danner grundlag for NL 92 (s.d.).

ECE188: General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export. Standardaftale, der oprindeligt udarbejdedes af ECE marts 1953, men som siden er opdateret en række gange. Danner forbillede for NL 92 (s.d.).

ECE188A: General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export. Revideret udgave af ECE 188, der omfatter levering af maskiner og andet teknisk udstyr mv. med leveringspligt. Danner grundlag for NLM 94, s.d.

Efterkontrakt: Aftale, der tidsmæssigt falder efter indgåelse af en allerede eksisterende aftale, og som angår samme retsforhold som denne.

E-handelsloven: Lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationsområdet, herunder visse aspekter af elektronisk handel.

Erhvervslejeloven: Lovbekendtgørelse nr. 1714 af 16. december 2010 om leje af erhvervslokaler mv. med senere ændringer.

Escrow account: Deponeringskonto.

EUF: Den europæiske Udviklingsfond.

EUF-aftalen: Almindelige betingelser for kontrakter om tjenesteydelser, der finansieres af den Europæiske Udviklingsfond (EUF).

FAL: Forsikringsaftaleloven, s.d.

Fastholdelsesklausul: Klausul, der skaber en forpligtelse for en medarbejder til at tilbagebetale hele udgiften til sin uddannelse eller dele deraf, hvis ansættelsen ikke opretholdes i en nærmere afgrænset periode efter uddannelsens ophør.

FIDIC: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils. International forening af rådgivende ingeniører, stiftet i 1913 i Belgien. Dansk medlem er FRI (s.d.). FIDIC har bl.a. udarbejdet en række standardkontrakter, der kendes under betegnelserne “Red book”, “Silver book”, “Green book” og “Yellow” book.

Finansiell leasing, se Leasing.

Forbrugerftaleloven: Lov nr. 1457 af 17. december 2013 om forbrugerftaler.

Forbrugerklagebogen: Lov nr. 524 af 29. april 2015 om alternativ tvistløsning i forbindelse med forbrugerklager.

- Force majeure:** Den tilstand, der foreligger, når en aftalepart hindres i sin opfyldelse ved udefrakommende begivenheder af en sådan art, at end ikke forsvarlige forholdsregler efter almindelig erfaring kunne have sikret opfyldelsen. Force majeure-situationer defineres med henblik på givne retsfølger, f.eks. suspension af en leveringsforpligtelse eller ansvarsfrihed. Se også *Hardship*.
- Forkontrakt:** Aftale, der tager sigte på et retsforhold, som parterne tænker gjort til genstand for en særskilt aftale.
- Forkøbsret:** Aftale, hvorved A giver B ret til at købe en genstand, hvis A beslutter sig for at sælge den, forud for andre.
- Forsikringsaftaleloven:** Lovbekendtgørelse nr. 999 af 5. oktober 2006 med senere ændringer.
- Forsknings- og udviklingsaftale:** Aftale, der pålægger dens parter en pligt til at medvirke i et forskningsprojekt (hvorved ny viden søges indvundet) eller ved udviklingen af et produkt eller projekt (hvorved kendt viden søges tilpasset et specifikt formål).
- FoU-aftale:** Forsknings- og udviklingsaftale, s.d.
- Franchising:** Metode til at distribuere forretningskoncepter på, hvorved franchisegiveren mod løbende vederlag (franchiseafgift), stiller forretningskonceptet med knowhow og immaterialretigheder mv. til rådighed for franchisetageren. Gennem franchising kan franchisegiveren udvide en profitabel og arbejdskrævende virksomhed uden selv at investere den kapital og præstere den arbejdskraft, der ville være forbundet med selv at skulle stå for den daglige drift.
- FRI:** Foreningen af Rådgivende Ingeniører (se www.frinet.dk).
- FT:** Folketingstidende. Officiel publikation, der giver de væsentligste forarbejder til danske love, herunder Folketingets forhandlinger (optrykt i afdeling F), de fremsatte lovforslag (tillæg A), betænkninger fra folketingsudvalgene (tillæg B) og de vedtagne lovforslag, som jo først bliver til love ved regentens stadfæstelse (tillæg C).
- Funktionærloven:** Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, jf. lovbekendtgørelse nr. 81 af 3. februar 2009 med senere ændring.
- Garanti:** Se Tilsikring.
- GBL:** Gældsbrevsloven, s.d.
- Grant back-klausul:** Tilbageoverdragelsesklausul. Villkår i licensaftale, der pålægger licenstagere at tilbageføre eller licensgive de forbedringer mv., som han har hidført den licenserede teknologi.
- “Gyldent håndtryk”:** Populær betegnelse for trædelsesaftale med ledende medarbejder, der indebærer en rundhåndet vederlæggelse til fuld dækning af alle lønkrav mv. Undertiden anvendes udtrykket “golden hello” om de bonusordninger mv., der tilsiges en nytiltrådt medarbejder som lokkemad.
- “Gyldne håndjern”:** Populær betegnelse for bonusordninger for medarbejdere og direktører mv., der er struktureret således, at den berettigede først kan udnytte fordelene, når der er gået et vist tidspunkt efter ansættelsen.
- Gældsbrevsloven:** Lovbekendtgørelse nr. 333 af 31. marts 2014 af lov om gældsbreve.
- Halvlederloven:** Lovbekendtgørelse nr. 105 af 24. januar 2012 om beskyttelse af halvlederprodukters udformning (topografi).
- Handelsagentloven:** Lov nr. 272 af 2. maj 1990 om handelsagenter og handelsrejsende.
- Hardship:** Hyppigt anvendt betegnelse for forhold, der uden at indebære opfyldeshindringer (“umulighed” mv.) gør en parts pligt til at præstere sin ydelse væsentligt tungere end oprindelig forudsat. Ofte vil man i kommercielle aftaler indføje klausuler om hardship, hvorefter der i sådanne tilfælde skal ske genforhandling (eventuelt med mulighed for at henskyde uenighed om genforhandlingsresultatet til voldgift) eller adgang til frigørelse.
- Hovedkontrakt:** Hvis et aftaleforhold består af et sæt generelle vilkår og en hertil knyttet flerhed af mere specielle vilkår, er det almindeligt at betragte det generelle sæt som hovedkontrakten og de specielle som tilknyttede vilkår, bilag, vedtagelser el.lign. Betegnelsen “hovedaftale” anvendes sjældent om sådanne generelle vilkår pga. risikoen for sammenblanding med Hovedaftalen af 1973 mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark med ændringer pr. 1. marts 1981, 1. marts 1987 og 1. januar 1993.
- Hvidvaskningsloven:** Lov om om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme, jf. lovbekendtgørelse nr. 1022 af 13. august 2013 med senere ændringer.
- IACCM:** International Association for Contract and Commercial Management, se www.iaccm.com. Amerikansk forening, der arbejder med den praktiske aftalerets problemer. Foreningen udfolder sig ved aktiviteter, der for en stor dels vedkommende foregår på nettet (indbydelse til konferencer og “webinars”, spørgeskemaundersø-

søgelser, elektroniske nyhedsbreve mv.), og den udfører et fortjenstfuldt arbejde ved løbende at indhente erfaringsmateriale om praksis ved forhandling og indgåelse af forskellige typer af aftaleklausuler.

IBL: International Business Lawyer, tidsskrift udgivet af International Bar Association.

ICC: International Chamber of Commerce – det internationale handelskammer. En privat sammenslutning af erhvervsorganisationer i 110 lande, der yder bistand og rådgivning til støtte for den internationale handel. Centralt blandt ICC's bistandsydelser står The International Court of Arbitration of the ICC, The ICC Institute of International Business Law and Practice og The ICC Counterfeiting Intelligence Bureau. ICC's rådgivningsydelser kommer først og fremmest til udtryk i en lang række publikationer og standardaftaler, bl.a. om voldgift og sikkerhedsstillelse.

Ikke-angrebs-klausul (også kaldet *non-challenge clause*): Vilkår i aftale om licens til immaterialrettighed, hvorefter licenstageren afstår fra at anfægte gyldigheden af den rettighed, der er genstand for licensen. Ikke-angrebs-klausuler i patentlicensaftaler kan være i strid med TEUF artikel 101, idet patentet etablerer et forholdsvis stærkt monopol. Mindre sikkert er det, om en sådan klausul vil være ugyldig i forbindelse med en ophavsrettslicens.

IMF: International Monetary Fund, dvs. den internationale valutafond.

Incoterms: *International Commercial Terms*. Et sæt anerkendte standarddefinitioner for aftaleklausuler i international handel. Incoterms består af i alt 13 forskellige klausuler, der kan inddeles i fire kategorier. Første udgave af Incoterms blev vedtaget af ICC i 1936, seneste udgave i 2010.

Inkorporering: Vilkår i en aftale, der i kraft af en henvisning til vilkår i en anden aftale eller en aftaleformular fastslår, at disse andre vilkår skal være gældende på samme måde som hvis de var skrevet fuldt ind i aftalen. I engelsk terminologi betegnes denne henvisning form som *incorporation by reference*.

Institutionsvoldgift: Voldgift der virker på grundlag af et regelsæt, der på forhånd er fastsat af en voldgiftsinstitution (f.eks. ICC Court of Arbitration eller Det Danske Voldgiftsinstitut), hvortil parternes aftale helt eller delvis henviser.

Integration clause, se Integrationsklausul.

Integrationsklausul: Også kaldet *integration clause* eller *entire agreement clause*: Vilkår der fastslår, at en aftale (eller i praksis: et aftaledokument) omfatter den samlede vedtagelse mellem parterne om det pågældende retsforhold, hvorved navnlig tidligere vedtagelser fratages aftaleretlig gyldighed og tidligere dokumenter aftaleretlig relevans. Herved fremstår det, der i engelsk-amerikansk sprogbrug betegnes "an integrated contract".

ISO: International Standards Organization – den internationale standardiseringsorganisation.

IT-retten: Mads Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg. (2005).

Joint Venture: Samarbejdsaftale, hvorefter to forskelligartede virksomheder går sammen om at drive en virksomhed sammen. Den nye virksomhed etableres ikke nødvendigvis som en ny juridisk person, og ofte vil den have midlertidig karakter. Et joint venture kan f.eks. angå et konkret projekt (som forskellige dellerandører går sammen om at præstere under ét over for en kunde), eller det kan knytte sig til en praktisk foranstaltning (f.eks. at præstere en tjenesteydelse, som det er lettere eller billigere for parterne at etablere under ét frem for på et eksisterende marked).

K01: Standardkontrakt for kortvarigt it-projekt, udarbejdet af en arbejdsgruppe under Videnskabsministeriet.

K02: Standardkontrakt for længerevarende it-projekt. Færdigforhandlet af Dansk IT, IT-Branchen og IT- og Telestyrelsen i november 2007.

K03: Standardkontrakt for længerevarende it-projekt baseret på en agil metode. Udsendt af Digitaliseringsstyrelsen i december 2012.

K17: Statens standardkontrakt for standardiserede edb-systemer. Udsendt af Direktoratet for Statens Indkøb. Forløber for *K18* (s.d.).

K18: Statens standardkontrakt for standardiserede edb-systemer. Udgivet af Statens Indkøb 1992.

K33: Statens standardkontrakt for edb-totalleverancer (samtidig anskaffelse af maskinel, special- og standardudviklet programmel).

KAL: Kreditaftaleloven, s.d.

KBL: Købeloven, s.d.

Kommanditselskab, se Partnerselskab.

Kommissionsloven: Lovbekendtgørelse nr. 332 af 31. marts 2014.

Kommunikationsaftale: Aftale mellem to parter, der fastlægger, hvordan de fremtidig vil kommunikere med hinanden under en transaktion. Uden klare spilleregler kan dette tema f.eks.

- volde usikkerhed i projektprægede transaktioner, der udfolder sig ved et stort antal forpligtende enkeltbeslutninger.
- Kompatibilitet:** Den tilstand, to parter må befinde sig i for at kunne kommunikere med hinanden. Brug af samme sprog og forståelsesramme skaber kompatibilitet mellem personer. Tilsvarende gælder ved kommunikation ved hjælp af it.
- Kompensationsbestemmelse,** se Stabilitetsbestemmelse.
- Konkurrenceoven:** Lovbekendtgørelse nr. 700 af 18. juni 2013.
- Konkursloven:** Lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014 med senere ændringer.
- Konventionalbod:** Bod, som ifølge aftale skal betales i tilfælde af misligholdelse, men som ikke (nødvendigvis) udgør erstatning for det tab, misligholdelsen udvirker.
- Kreditaftaleloven:** Lovbekendtgørelse nr. 347 af 2. april 2014 med senere ændring.
- Købeloven:** Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17. februar 2014.
- Leasing:** Almindelig betegnelse for længerevarende leje af formuegoder (løsøre og fast ejendom) til hovedsagelig erhvervsmæssig anvendelse. Leasing anvendes ofte som alternativ til køb af formuegodet, enten med henblik på at opnå en enkel finansiering (såkaldt *finansiel leasing*) eller fordi det af andre grunde er hensigtsmæssigt at undgå ejerskab, f.eks. fordi genstanden blot skal benyttes i kortere tid (*operationel leasing*).
- Lejeloven:** Lovbekendtgørelse nr. 963 af 11. august 2010 med senere ændringer.
- LEV:** Lov om erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2013 med senere ændring.
- Lex mercatoria** – eller “merchant law”. Kutymen og typeforudsætninger, der navnlig er udviklet blandt europæiske forretningsfolk på tværs af landegrænser, og som i kraft af sædvanedannelsen eller ud fra forudsætningsregler enten må anses for gældende i den internationale samhandel. Der foreligger dermed en slags system af retsregler, der i visse henseender ligner et egentligt retssystem. Denne lighed indebærer, at parterne – f.eks. som led i en voldgiftsaftale – kan bestemme, at voldgiftsretten skal anvende lex mercatoria. Sådanne vedtagelser kan bl.a. løse en uenighed om, hvilket lands retssystem der i øvrigt skal finde anvendelse. Der er gjort forskellige forsøg på at definere indholdet af lex mercatoria – bl.a. af Unidroit (s.d.) og CECL (s.d.).
- Licens:** Af lat.: *licentia* = tilladelse. Løfte, hvorved indehaveren af en forbudsret *tillader* andre at gøre noget, han ellers kunne forbyde. I den praktiske aftaleret angår sådanne tilladelser primært immaterialretlige eneretspositioner, men den offentlige ret kender adskillige variationer af begrebet, f.eks. fiskerilicens, importlicens, flyvelicens og tv-licens.
- Ligningsloven:** lovbekendtgørelse nr. 1041 af 15. september 2014 om påligningen af indkomstskat til staten, med senere ændringer.
- Liquidated damages:** Aftalevilkår, der fikserer en erstatning til det beløb, parterne på forhånd påregner, at tabet vil udgøre. Se også Agreed penalty og Konventionalbod.
- LO:** Landsorganisationen i Danmark.
- Lov om ansættelsesbeviser:** Lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet, se lovbekendtgørelse nr. 240 af 17. marts 2010.
- Lov om finansiel virksomhed:** Lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015.
- Lump sum:** Betaling af et beløb, der står fast uanset efterfølgende variationer i udgifts- eller vurderingsgrundlag (i modsætning til variabel betaling). En lump sum price kan evt. opdeles i delbetalinger.
- Lærebog i Obligationsret I:** Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I, 4. udg. (2015).
- Lærebog i Obligationsret II:** Bo von Eyben, Peter Mortensen & Ivan Sørensen: Lærebog i Obligationsret II – personskifte i skyldforhold, fordringers ophør, hæftelsesformer, 4. udg. (2014).
- Løfte:** Viljeserklæring, der i medfør af retssystemets almindelige regler eller en tidligere aftale mellem parterne anerkendes som gyldigt udtryk for en parts intention om at forpligte sig retligt, og som derfor lægges til grund som retsgrundlag i overensstemmelse med sit indhold. Det essentielle i begrebet er, at løftet udløser en fremtidig begrænsning i løftegiverens frihed til at handle. Til gengæld herfor opnår løftegiveren typisk en modydelse.
- Markedsføringsloven:** Lovbekendtgørelse nr. 1216 af 25. september 2013 med senere ændring.
- Maskinklausul:** Et vilkår i en aftale om levering af et teknisk anlæg, hvorefter visse misligholdelsesbeføjelser (f.eks. erstatning og ophævelse)

- afskæres og erstattes med andre beføjelser (f.eks. ret til udbedring eller omlevering).
- Mediation:** En form for forligsmægling, der indebærer, at mægleren forholder sig til de interesser, der ligger bag de tilsyneladende uforenelige krav, parterne har præsenteret over for hinanden, med det formål at finde løsninger, som kan tilgodeses begge parter interesser.
- Mestbegunstigelsesklausul:** Vilkår i en aftale, hvorved leverandøren lover kunden ikke at give andre kunder bedre vilkår end fastsat i aftalen. Et eksempel på en mestbegunstigelsesklausul (eng.: *most favoured customer's clause*) findes i pkt. 8.2 i de tidlige statslige it-kontrakter (*K18* og *K33*).
- MFL:** Markedsføringsloven, s.d.
- Miscellaneous:** Samlebetegnelse for opsamlingsbestemmelse, som ofte optages i slutningen af omfattende aftaledokumenter. Overskriften kan dække over en mangfoldighed af pligter, som intet systematisk fællestræk bærer. Alligevel kan overskriften dække over vilkår, som det kan være fatalt at overse, f.eks. om en parts ret til at overdrage sine rettigheder og pligter efter aftalen, til at nægte godkendelse inden for en bestemt periode eller til ensidig "option" på forlængelse af aftaleperioden.
- Modkøb:** Transaktion i hvilken en væsentlig del af vederlaget for A's hovedydelse præsteres ved, at B, ofte ved særskilt aftale, og eventuelt ved tredjemands mellemkomst, præsterer en realdydelse til A – et modstående køb.
- Mægling:** Ligeom mediation er mægling en foranstaltning, der indebærer brug af en troværdig tredjepart, som begge parter har tillid til, som middel til at løse en uoverensstemmelse mellem to parter, A og B. Ved *mægling* forstås traditionelt det forhold, at tredjeparten placerer sig mellem A og B med det formål at få dem til at kommunikere mere effektivt. Udgangspunktet for en mægling er således de krav og ønsker, som parterne selv har formuleret. *Mediation* adskiller sig herfra, ved at tredjeparten søger at gå bagom de krav, parterne i første række har formuleret, for om muligt at finde en løsning, der tilgodeser begge parter interesser uden at give køb på nogen af disse.
- NJA:** Nytt Juridisk Arkiv. Svensk domssamling.
- NJM:** Forhandlingerne ved de nordiske juristmøder. "I" henviser til de skriftlige indlæg; "II" til de mundtlige forhandlinger.
- NL 92:** Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk elektrisk og elektronisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande. Finland, Norge og Sverige anvender nyere versioner af NL 92 (NL 01 og 09), men da disse ikke er accepteret af den danske forsikringsbranche, benyttes de ikke herhjemme. Før NL 92 har man haft NL79 og NL85.
- NLG 95:** Almindelige leveringsbetingelser for støbegods mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande (1995).
- NLM 94:** Almindelige betingelser for levering og montering af maskiner og andet mekanisk, elektrisk og elektronisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige. Udarbejdet af den nordiske jern- og metalindustri. Indeholder en bearbejdning af ECE 188A (s.d.). Dokumentet forelå først som NLM61. Finland, Norge og Sverige anvender i dag NLM 10, men da vilkårene heri ikke er accepteret af den danske forsikringsbranche benyttes den ikke herhjemme.
- NLS 95:** Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af mængdevarer af standardtype såsom mekaniske, elektriske og elektroniske komponenter, skruer og søm mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande (1995).
- Non-challenge-clause,** se ikke-angrebsklausul.
- Normalformularen:** Den normalformular, der med virkning fra 1. januar 1987 er godkendt af Dansk Forfatterforening og Den danske Forlæggerforening til brug for aftaler om henholdsvis *faglitteratur* og *skønlitteratur* (romaner, noveller, digtsamlinger og værker, der må ligestilles hermed), erindringer, børne- og ungdomslitteratur samt humor, kriminal- og vækkelseslitteratur.
- NTK 07:** Norsk Total-Kontrakt. Standardaftaledokument udarbejdet af en række interesseorganisationer med berøring til den norske olieindustri. Efterfølger til NF 92, NTK 2000 og NTK 2005.
- OECD:** Organization for Economic Cooperation and Development.
- Operational leasing,** se Leasing.
- Ophavsretsloven:** Lov om ophavsret, jf. lovbestemt godkendelse nr. 1144 af 23. oktober 2014.
- OPHL,** se Ophavsretsloven.
- Ophævelse:** Det ophør af en aftales retsvirkninger, der indtræder i konsekvens af den ene parts meddelelse til den anden part om, at han under henvisning til en nærmere angiven misligholdelse og en hertil hørende ophævelsesadgang "hæver" aftalen.

- Ophør:** Det forhold, at en aftaleretlig retsvirkning ikke længere er gældende. Som andre aftaleretlige retsvirkninger indtræder ophør ikke nødvendigvis på samme tid i relation til hver af aftalens regler. Typisk ophører parternes loyalitetsforpligtelser længe efter, at deres primære aftalepligter (f.eks. levering og betaling) er ophørt.
- Opsigelse:** Det ophør af en aftales retsvirkninger, der sker ved den ene parts meddelelse til den anden og med hjemmel i aftalen selv eller en anden aftaleregulering. Modsat ophævelsen indebærer det at opsigte en aftale ikke en sanktion i anledning af misligholdelse.
- Option:** Mulighed. Aftale, der giver den ene part adgang til (dvs. mulighed for) at indgå en aftale med en anden part efter på forhånd givne principper. Fordi optionen dermed udgør et *haltende retsforhold*, vil der normalt blive ydet vederlag herfor.
- Ordregivende myndighed:** Almindelig betegnelse for en offentlig myndighed, der på grundlag af en forudgående offentlig udbudsforretning forbereder sig på at indgå aftale med (afgive ordre til) en modpart, der har afgivet tilbud på grundlag af udbudsforretningen.
- ORGALIME:** Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes. Den europæiske jernindustri fællesorganisation. Sammenslutning bestående af de ledende brancheforeninger inden for jern- og metalindustrien i 15 europæiske lande. ORGALIME danner et forbindelsesled mellem disse brancheforeninger i økonomiske, juridiske, tekniske og andre spørgsmål af betydning for de industrier, som de repræsenterer, og er først og fremmest kendt for sine talrige standardkontrakter til brug for distribution af varer.
- Outsourcing:** Udskeelse af en del af driften af en virksomhed eller en myndighed, således at ansvaret herfor påhviler en udefrakommende tjenesteyder. Se også Facility management. For finansiel virksomhed kan Erhvervs- og vækstministeren udstede særlige regler om outsourcing, jf. § 72 a i lov om finansiel virksomhed. Tilsvarende gælder for værdipapirhandel, jf. værdipapirhandelslovens § 15 a.
- Patentloven:** Lovbekendtgørelse nr. 108 af 24. januar 2012 med senere ændringer.
- PECL:** Principles of European Contract Law. Den kodifikation af en række almene formueretlige principper, som er foretaget af The Commission on European Contract Law. PECL foreligger i tre dele (part I, II og III), der er udgivet i bogform af forlaget Kluwer i 2000 og 2003. Se i litteraturlisten under *Ole Lando & Hugh Beale*.
- Persondataloven:** Lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger med senere ændringer.
- Prisfaldsklausul:** Klausul, der giver en part mulighed for at frigøre sig fra den indgåede aftale, såfremt der på markedet for den ydelse, der skal produceres i kraft af aftalen, indtræder et prisfald af en vis størrelsesorden.
- Produktansvarsloven:** Lovbekendtgørelse nr. 261 af 20. marts 2007.
- Projekt:** En samlet betegnelse for et antal systematiserede arbejdsopgaver, der inden for en afmålt tidshorisont og under visse givne ressourcer skal lede frem til et bestemt resultat. Skal projekter opfylde deres formål, må de styres. En del af denne styring fastlægges i aftaler.
- Præambel:** Fortekst, eng. *recitals*. Indledende tekst, der fører frem til og introducerer en forpligtende tekst. I aftaleretten anvendes præambelskrivning ofte til at introducere en kompleks aftale. I internationale tekster (f.eks. EU-retlige direktiver og forordninger) anvendes præambelen ligeledes til at resumere formålet med samt indholdet af den ledsagende tekst.
- Prækvalifikation:** Betegnelse for en forhåndsgodkendelse af en kommende aftalepart, der sker med henblik på senere mulig aftaleindgåelse og i overensstemmelse med forud fastsatte kriterier. Begrebet anvendes dels om prækvalifikation, der blot beslutes *de facto*, dels om prækvalifikation, der finder sted efter en forudgående formel procedure, f.eks. som led i en offentlig udbudsforretning (prækvalifikation *de jure*).
- Put option:** En option (s.d.), der giver dens indehaver (den berettigede) ret til at sælge et aktiv til modparten (den forpligtede).
- Påbud:** Retlig disposition, der påfører sin modtager en handlefrihedsbegrænsning eller pligt.
- Record keeping:** Arkivhåndtering. Betegnelse for de handlinger, hvorved en part sikrer sig beviset for dokumenterbare hændelser. Der er mange måder at "arkivere" sin dokumentation på: Man kan f.eks. gemme sin korrespondance, så den kan findes frem igen, være omhyggelig med, hvad man skriver, reagere på andres referater og dokumentation, udarbejde mødereferater, føre dagbog og logbog, og i det hele have blikket rettet imod senere at skulle bevise sin adfærd over for en dømmende instans.

Redundans: Gentagelse af information, der kommunikeres uden sigte på at præcisere den eller frembringe anden information. Når man kommunikerer, bør man undgå redundans – dels fordi der ingen grund er til at have den overflødige information, dels fordi den kan medføre tvetydigheder.

Refusionsopgørelse: Regnskabsmæssig opgørelse, der tilbagefører (*refunderer*) de omkostninger, som parterne i en transaktion med en præcis skæringsdato har afholdt for hinanden. Refusionsopgørelser udarbejdes f.eks. i aftaler om køb af fast ejendom og virksomheder samt aftaler om outsourcing.

Regningsarbejde: Arbejde, der vederlægges med det beløb, der fremgår af den opgørelse (“regning”), som leverandøren udsteder efter arbejdets afslutning. Opgørelsen kan enten udspringe af leverandørens skøn eller bygge på en fikseret vederlæggelse efter forbrugt tid mv. (“time and material”).

Remburs: Betalingsløfte afgivet af et pengeinstitut efter instruktioner fra en kunde (ordregiver). Ved rembursen forpligter pengeinstituttet sig til at betale et beløb til en tredjepart (beneficianten), når denne præsenterer en dokumentation, der opfylder de betingelser, ordregiveren har stillet. Rembursen kommer dermed til at fungere som en betalingsmåde, som er særlig velegnet i distancehandel, hvor varen nødvendigvis må passere undervejs fra sælger til køber uden parternes umiddelbare kontrol.

Renteloven: Lov om renter ved forsinket betaling mv., jf. lovbekendtgørelse nr. 459 af 13. maj 2014.

Representation (*eng.*): En udtalelse om et faktisk forhold, der afgives som led i eller i forbindelse med en aftale. Formålet er ikke, at udtalelsen nødvendigvis skal fremkalde retsvirkninger. Ofte vil udtalelsen dog indgå som grundlag for modtagerens beslutning om at indgå aftalen. En manglende opfyldelse vil da indebære, at der foreligger misligholdelse.

Resolutiv betingelse: Af lat.: *resolvere* = opløse. En betingelse hvis indtræden indebærer, at en eksisterende ret eller aftale ophører, når betingelsen realiseres. Et eksempel herpå kan være pligten til at betale licensafgift for et patent, som er betinget af, at patentet opretholdes.

Restatement: American Law Institute har udsendt en serie bind, der fortæller, hvorledes retsstillingen er på forskellige områder, hvorledes retsstil-

lingen ændres, og hvordan forfatterne mener, at den bør ændres. Disse restatements (der f.eks. angår Contracts og Torts) har stor retskildemæssig betydning i amerikansk ret.

Retshandel: Nedarvet betegnelse for en persons retsstiftende handling i medfør af formueretlige regelsæt (burde for så vidt være betegnet “retshandling”). Løfter, accepter, forbud og pålæg betegnes almindeligvis som retshandler. I denne fremstilling anvendes begrebet *disposition* eller *retlig disposition* om sådanne handlinger.

Risiko: Begrebet risiko benyttes i to forskellige betydninger. I en *faktisk* betydning udtrykker en “risiko” den sandsynlighed, der er for at en uønsket hændelse indtræder. Begrebet giver i den forstand kun mening, hvis det sættes i forhold til en hændelse og til en part, for hvem hændelsen er uønsket. At risikoen for X er høj eller lav, beskriver, hvilken sandsynlighed der er for, at hændelsen X indtræder. I en *retlig* betydning udtrykker det konsekvenserne af, at en faktisk risiko realiseres. At A “bærer” en risiko for hændelsen X, betyder altså, at A (og ikke B) må bære konsekvenserne af X (hvis X indtræder).

Romkonventionen: Konvention af 19. juni 1980 om hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser. Indført i dansk ret ved lov nr. 188 af 9. maj 1984.

RR: Revision og Regnskabsvæsen (tidsskrift udgivet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer).

Rt.: Rettstidende. Norsk Domssamling.

SDR: Special Drawing Right (dvs. særlig trækningsrettighed). Værdienhed anvendt af Den internationale Valutafond, IMF (s.d.). SDR anvendes bl.a. ved erstatningsopgørelsen i CMR-loven og Søloven.

Selskabsloven: Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 322 af 11. april 2011 med senere ændringer.

Severability clause: også kaldet Saving clause. Bestemmelse, der fastslår, at de dele, der ikke rammes af en ugyldighedsgrund eller af præceptiv lovgivning, fortsat skal være gyldige.

“Silver book”: Aftaleformular udarbejdet af FIDIC med henblik på internationale totalentrepriser. Dokumentets formelle titel er “Conditions for Contract for EPC Turnkey Projects”.

Skatteforbehold: Vilkår i en aftale, der gør dennes gyldighed helt eller delvis betinget af bestemte skatteretlige virkninger, eventuelt således at vilkåret modificerer det aftalte eller lægger op til

genforhandling, såfremt de nævnte virkninger ikke indtræder.

SOU: Statens Offentlige Utredninger. Svensk samling af betænkninger.

Stabilitetsbestemmelse: Bestemmelse, der søger at bibeholde aftalens økonomiske eller retlige stabilitet uanset ændringer i omkringliggende forhold så som lovgivning, økonomiske nøgletal mv. En *lovvalgsbestemmelse* kan f.eks. suppleres med en stabilitetsbestemmelse, så den tager højde for, hvordan reglerne i henvisningslandet så ud på aftaletidspunktet. Dette kan f.eks. ske ved at begrænse lovvalget i tid, så reglerne i henvisningslandet alene gælder, som de så ud på et bestemt tidspunkt (som typisk vil være tidspunktet for kontraktens indgåelse). Ligeledes kan en *betalingsbestemmelse* i et offentligretligt aftaleforhold suppleres med en stabilitetsbestemmelse, hvorved der ydes kompensation i betalingspligten, i det omfang der ved særskilt lov pålægges den private part særlige skattemæssige forpligtelser (også kaldet kompensationsbestemmelse).

Stabilization clause, se Stabilitetsbestemmelse.

Stakeholder: "Interesseret part". Almindeligt benyttet betegnelse for en part, der i kraft af sin interesse i en virksomhed (f.eks. som aktionær, medarbejder, kreditor, nabo, deltager i et lokalt miljø eller på anden måde) kan nære rimelig grund til at forvente hensyntagen i virksomhedens dispositioner.

Standard: En teknisk specifikation, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen og konstant anvendelse, men hvis overholdelse ikke er obligatorisk i retlig betydning, medmindre der foreligger særskilt hjemmel herfor. Standarder findes inden for alle livsområder og indebærer, at produkter og fremgangsmåder bliver ensartede og dermed lettere at anvende, markedsføre, sikre o.m.a. Kvalitetscertificering kan f.eks. ske på grundlag af standarder (f.eks. ISO 9000).

Suspensiv betingelse: En betingelse, der betyder, at retsfølgen ikke indtræder, før betingelsen er realiseret. Et eksempel herpå er ejendomsretten til en fast ejendom, som ved et betinget skøde først går over, når købesummen er betalt.

SvJT: Svensk Juristtidning. Tidsskrift.

Synergi: Oprindelig sammenskrivning af de græske ord "syn" = sammen og ergon "arbejde", men efterhånden alment brugt med en underforstået henvisning til "energi" som betegnelse for den ekstra energi, der udspringer af et samarbejde.

To kreative personer kan i enrum hver for sig frembringe ét resultat, men når de udsættes for hinanden, kan den gensidige inspiration forstærke denne kreativitet, hvorved synergien opstår.

Systembegreb: Et begreb, der defineres ved et særskilt regelsæt (f.eks. KBL) eller som har et utvivlsomt meningsindhold i den retlige terminologi. Ved at betjene sig af systembegreber kan juristen indbygge præliminære overvejelser, der ligger til grund for dette regelsæt, i sit udsagn om en retstilstand. Culpæ er et systembegreb.

Tie-in clause: Vilkår, der påbyder den, der erhverver en ydelse (f.eks. en maskine eller teknologisk information under en licensaftale), kun at erhverve reservedele, råmateriale, halvfabrikata eller vedligeholdelsesydelse fra en på forhånd udpeget leverandør.

Tie-out clause: Vilkår, der påbyder en aftalepart at afstå fra at indgå aftale med andre end en på forhånd udpeget medkontrahent. Anvendes f.eks. i forbindelse med licensaftaler.

Tilbudsloven: Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren jf. lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007.

Tilsikring: Garanti. Løfte om at løftemodtageren opnår en bestemt retsstilling (f.eks. at betale erstatning), såfremt visse forhold indtræder (f.eks. at en solgt genstand er mangelfuld). Formålet med at "garantere" eller "tilsikre" noget er normalt at opnå sikkerhed for, at retsvirkningen indtræder.

Time and material: Vederlæggelse, der sker på grundlag af en opgørelse over omfanget af den tid og af de ingredienser, der er forbrugt i ydelsen.

Tinglysningsafgiftsloven: Lov afgift af tinglysning og registrering af ejer- og panterrettigheder mv., jf. lovbekendtgørelse nr. 462 af 14. maj 2007 med senere ændringer.

Transaktion: Indbegrebet af de faktiske omstændigheder, der udfolder sig, når værdier overføres mellem parter. Hvor aftalen (s.d.) er de partsvedtagne *retsregler*, der regulerer transaktionen, er transaktionen det *faktum*, den aftalte retsregel tager sigte på.

Tying clause (også kaldet *tying arrangement*): Aftalevilkår, hvorefter B forpligter sig til at købe visse produkter og ydelser (the tied product) hos A, som ikke har nogen sammenhæng med det formål, aftalen i øvrigt tilgodeser. Sådanne vedtagelser kan ofte angribes efter konkurrence-retlige regler.

Udbudsbekendtgørelse: Meddelelse fra en *ordregivende myndighed* (s.d.), hvorved myndigheden gør offentligheden bekendt med, at der ønskes bud på et arbejde.

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law – FN’s kommission for international handelsret. UNCITRAL er et organ under FN’s generalforsamling, der står bag en række konventioner og modelaftaler på formuerettens område.

Unidroit: International Institute for the Unification of Private Law. Internationalt institut med mere end 50 medlemslande, placeret i Rom. Unidroit arbejder med harmonisering af formueretten og har bl.a. udarbejdet modelkonventioner om factoring og leasing (begge vedtaget i Ottawa 1988) og et sæt Principles of International Commercial Contracts (1994, 2010).

Varemærkeloven: Lovbekendtgørelse nr. 109 af 24. januar 2012 med senere ændringer.

Venture: Engelsk: virksomhed. Anvendes almindeligvis sammen med andre begreber, f.eks. joint venture, s.d. eller venture-finansiering, s.d.

Venture-finansiering: Virksomhedsfinansiering baseret på risikovillig kapital, der stilles til rådighed af en kreditgiver, der samtidig bliver aktionær og som følger virksomhedens drift meget nøje.

VO: Variation Order, se Ændringsordre.

VOL: Virksomhedsoverdragelsesloven, lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002.

Warrant: Tegningsret, dvs. en ret til på et givet tidspunkt at tegne en aktie til en given kurs. Benyttes bl.a. ved incitamentsvederlæggelse. I modsætning til en aktieoption, som giver ret til at erhverve en *eksisterende* aktie, indebærer udøvelsen af en warrant, at der tegnes en *ny* aktie.

Warranty: Et løfte, hvorved afgiveren lover, at et forhold er som angivet i løftet uden at udtale sig om retsvirkningerne heraf. Ofte vil aftalen dog andetsteds knytte særskilte retsvirkninger hertil. Se også Representation.

“Yellow book”: Aftaleformular udarbejdet af FIDIC I 1999. Den formelle titel er “Conditions of Contract for Plant and Design-Build”. Dokumentet tager sigte på teknisk komplicerede anlæg og lægger – modsat de øvrige FIDIC-dokumenter – ansvaret for design og projektering på entreprenøren.

Ændringsordre: Betegnelse for den ordre, realkreditor har ret til at afgive i et aftaleforhold, der ensidigt giver realkreditor ret til at iværksætte en ændring af leverancen med heraf følgende korrigeret leveringspligt for realdebitor. I den norske standardkontrakt NTK 07, der anvendes inden for olieindustrien, findes en detaljeret regulering af, hvilken retsstilling der indtræder, når realkreditor (“selskabet”) afgiver en sådan ordre.

Årsregnskabsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1253 af 1. november 2013 med senere ændringer.

Litteratur

- Advokatsamfundet: Vejledning i afgivelse af legal opinions (september 2000).
- Lars Olav Askheim, Marius Gisvold & Jan Kaare Tapper: Kontrakter i petroleumsvirksomheten. Oslo (1983).
- Lars Olav Askheim, Baard Bale, Karl-Johan Gombrii, Are Herrem, Olav Kolstad, Christian Lund, Trond Sanfelt, Georg Scheel & Arne Falkanger Thorsen: Skipsfart og samarbeid – Maritime joint ventures i rettslig belysning. Sjørettsfondet, Oslo (1991).
- Claes I. Alvstam: Praktisk affärsjuridik med formulär. 4:de upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm (1994).
- Eigil Lego Andersen: Kontrakter om virksomhedskøb (1991).
- Eigil Lego Andersen: Aktiehandelsaftaler (2002).
- Eigil Lego Andersen: Aktivhandelsaftaler (2004).
- Erling S. Andersen, Kristoffer V. Grude & Tor Haug: Målrettet projektstyring (Dansk udg., 1989).
- Flemming Horn Andersen, Niels W. Brorson & Holger Schöer: FIDIC – International entrepriseret i et dansk perspektiv (2003).
- Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, 6. udg. (2012).
- Lennart Lynge Andersen: Aftaleloven med kommentarer, 5. reviderede udg. (2008).
- Mads Bryde Andersen: Advokatretten (2005).
- Mads Bryde Andersen: Edb og ansvar (1988).
- Mads Bryde Andersen: Enkelte transaktioner, Aftaleretten III, 2. udg. (2011).
- Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, Aftaleretten I, 4. udg. (2013).
- Mads Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg. (2005).
- Mads Bryde Andersen: Ret og metode (2002).
- Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I. Ydelsen. Beføjelser, 4. udg. (2015).
- Peter Arendorff: Erhvervslivets kontrakthåndbog (1990).
- Gerlinde Berger-Walliser & Kim Østergaard (red.): Proactive Law in a Business Environment. Djøf Publishing (2012).
- Erika P. Björkdahl: Lojalitet och kontraktliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller

- andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Iustus Förlag, Uppsala (2007).
- Gary Blake & Robert W. Bly: The elements of business writing – a guide to writing clear, concise letters, memos, reports, proposals, and other business documents. Macmillan publishing Co., N.Y. (1991).
- Michael Blakeney: Legal aspects of the transfer of technology to developing countries. ESC Publishing, Ltd., Oxford (1989).
- John Blendstrup & Per Midtgaard: Køb og salg af virksomhed – herunder revisors rolle (1993).
- Jørgen Blomqvist: Overdragelse af ophavsrettigheder (1987).
- Jørgen Boe: Direktørens modelkontrakt – med variationer. Thomson Paradigma (2001).
- Jørgen Boe, Claus Juel Hansen & Jens Lund Mosbek: Direktørkontrakten. Rettigheder, pligter, ansvar, 7. udg. (2012).
- Edward de Bono: Opportunities. Penguin books, London (1991).
- Herman Bruserud: Hardshipklausuler. Fakkbokforlaget, Bergen (2010).
- Anders Vestergaard Buch & Jacob Møller (red.): Projektudvikling af fast ejendom – en håndbog for praktikere (2005).
- Bent K. Carlsen, Jesper Lau Hansen & Jens Møller (red.): Juridisk formularbog, 16. udg. (2004).
- Jan Schans Christensen: Grænseoverskridende virksomhedsoverdragelser – tilrettelæggelse, forhandling, aftaleudarbejdelse og opfølgning (1998).
- Børge Dahl: Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv, 10. udg. ved Børge Dahl, Peter Møgelvang-Hansen & Thomas Riis (2008).
- Dansk Handel & Service: Arbejde uden grænser – et værktøj til udstationering (februar 2003).
- Dansk Industri i samarbejde med advokatfirmaet Bech-Bruun & Trolle: Forsknings- og Udviklingsarbejder – en praktisk vejledning (1992).
- Dansk Standard: Standarder for kvalitetsstyring og kvalitetetsstyringssystemer. DS-håndbog 14 (1989).
- Bengt Domeij: Patentavtalsrätt. Norstedts Juridik, Stockholm (2003).
- Nicolai Dragsted, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark & Claus Sørensen: K02 med kommentarer (2008).
- ECE: Guide for Drawing up International Contracts on Industrial Cooperation. ECE/TRADE/124 (1976).
- ECE: Guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know-how in the engineering industry. ECE/TRADE/222/rev. 1 (1987).
- ECE: Guide on drawing up contracts for large industrial works, ECE/TRADE/117 (1973).
- ECE: Guide for drawing up international contracts between parties associated for the purpose of executing a specific project ECE/TRADE/131 (1979).

- Eivind Einersen: Elektronisk aftale- og bevisret (1992).
- Uggi Engel: Offshore kontrakter – en vejledende sammenligning. Udgivet af Formidlingsrådet under Teknologistyrelsen (1984).
- EUREKA: Guidelines for the protection of technological information (1992).
- Bo von Eyben, Peter Mortensen & Ivan Sørensen: Lærebog i obligationsret II: Personskifte i skyldforhold. Fordringers ophør. Hæftelsesformer, 4. udg. (2014).
- Martin D. Fern: Warren's Forms of Agreements (8 vol.). Matthew Bender, New York (løbsbladssystem, opdateres halvårligt).
- Roger Fischer, William Ury & Bruce Patton: Getting to yes, 3rd edition (2011). 2. udgave udgivet på dansk under titlen: "Få ja, når du forhandler uden at give efter" (2005).
- Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon & John A. Spanogle, Jr.: International Business Transactions, 2nd edition. West Publishing Co., St. Paul (1991).
- Formidlingsrådet under Teknologistyrelsen: Offshore kontrakter – en vejledende sammenligning. Udarbejdet af Uggi Engel (1984).
- David Frydinger: Det affärsjuridiska hantverket. Arbetet innanför avtalsfrihetens gränser. Norstedts Juridik, Stockholm (2012).
- Arve Føyen, Kristine M. Madsen, Christine Klüwer & Elisabeth Wille: Kontrakter for utvikling av programvare. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2006)
- Poul Gade: Finansiell leasing – leje og leasing af erhvervslejosere (1997).
- Niels Gangsted-Rasmussen: Erhvervslejemål, 8. udg. (2015).
- Niels Gangsted-Rasmussen: Fod på bolden – en bog om fodboldkontrakter, klubskeer og transfersummer (1986).
- Niels Gangsted-Rasmussen: Sådan får du en sponsor. Kort og kontant om fonds- og sponsorstøtte (1995).
- Johan Giertsen: Avtaler, 2. utg. Universitetsforlaget, Bergen (2012).
- Donald G. Gifford: Legal negotiation – theory and applications. West Publishing, St. Paul (2007).
- Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen: ABR 89 – Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand, 3. udg. (2013).
- Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen & Anders Ørgaard: Almindelig kontraktsret – indgåelse, gyldighed, fortolkning. 3. udg. (2009).
- Bernhard Gomard & Michael Kistrup: Civilprocessen, 7. udg. (2013).
- Bernhard Gomard: Obligationsret – 1. del, 4. omarbejdede udg. (2006).
- Bernhard Gomard: Obligationsret – 2. del, 4. udg. (2011).
- Bernhard Gomard: Obligationsret – 3. del, 2. udg. ved Torsten Iversen (2009).
- Lars Gorton (red.): Due diligence – Garantier och undersökning vid olika avtalstyper. Lund (2002).

- Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utg. Oslo (2011).
- Johannus Egholm Hansen & Christian Lundgren: *Køb og salg af virksomheder*, 5. udg. (2014).
- Jørgen Hansen: *Licensaftalen* (1981).
- Jan Hellner: *Kommersiell avtalsrätt, fjärde upplagan*. Stockholm (1993).
- Jo Hov: *Avtaleslutning og ugyldighet – Kontraktsrett I*, 3. utg. (2002).
- Jo Hov: *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, 2. utg. (2002).
- Christina Hultmark: *Opplýsningsplikt vid ingående av avtal*. Stockholm (1993).
- Christina Hultmark: *Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel* (1992).
- Gordon Humphreys: *Trading places: The need for reform in international trade dispute resolution*, 21 IBL 174 ff. (april 1993).
- Kristian Huser: *Avtaletolking* (1983).
- Erik Hørlyck: *Entreprenørvederlaget* (2002).
- Erik Hørlyck: *Entreprise. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed og licitationsloven med kommentarer*, 7. udg. (2014).
- Erik Hørlyck: *Syn og skøn – sagkyndig bevisførelse*, 5. udg. (2015).
- Erik Hørlyck: *Tilbudsloven med kommentarer*, 2. udg. (2006).
- Industrirådet: *Vejledning i konsortiedannelse* (1980).
- Industrirådet: *Underleverandøraftalen. Om aftaler mellem hoved- og underleverandører* (1987).
- Bent Iversen: *Handelsagenten og eneforhandleren*, 5. udg. (2013).
- Jon Iversen: *Legal risk management i private virksomheder*, 2. udg. (2007).
- Torsten Iversen: *Erstatningsberegning i kontraktsforhold* (2000).
- Torsten Iversen: *Støtteerklæringer* (1994).
- Jørn Vestergaard Jensen: *Joint ventures i Østeuropa* (1986).
- Christian Johansen: *Bygherrens ændringsret* (1999).
- Jakob Juul & Peter Fauerholdt Thommesen: *Voldgiftsret*, 2. udg. (2008).
- Kim Jybæk & Palle Rohrsted: *Refusion* (1993).
- Stig Jørgensen: *Kontraktsret 1 – 2* (1971, 1972)
- Knut Kaasen: *Petroleumskontrakter – med kommentarer til NF og NTK 05*. Universitetsforlaget, Oslo (2006).
- Jan Kobbernagel: *Direktøren. En håndbog for erhvervslivets ledere*. 3. udg. under medvirken af Jørgen Henriksen og Poul Olsen (1987).
- Jørn-Ulrik Kofoed-Hansen: *Leasingkontrakter*, 2. udg. (1983).
- Helge Jakob Kolrud m.fl.: *Kommentar til NL 92* (1993).
- Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 2 – Kapitalselskaber*, 4. udg. (2014).
- Anthony T. Kronman & Richard A. Posner (ed.): *The economics of contract law* (1979).
- A. Vinding Kruse: *Ejendoms køb*. 6. udg. ved Jens Møller & Peter Otken (1992).

- Kai Krüger: Pengekrav, 2. utgave. Universitetsforlaget, Bergen (1984).
- Ole Lando, Elisabeth Thuesen, Christina D. Tvarnø & Kim Østergaard: Udenrigshandelens kontrakter – Internationalt gældende samt vesteuropæisk og amerikansk ret om kontraktforhold i almindelighed og om løsøre, agentur og eneforhandling, 5. udg. (2006).
- Ole Lando, Alex Lardrup & Søren Theilgaard: Incoterms 1990 (1990).
- Ole Lando & Hugh Beale: The Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised. Kluwer Law International, Hagh, London, Boston (2000).
- Ole Lando & Hugh Beale: The Principles of European Contract Law. Part III. Kluwer Law International, Hagh, London, Boston (2003).
- Morten Langer, under medvirken af Yvonne Frederiksen: Konkurrence- og kunde klausuler, 3. udg. (2006)
- Morten Langer & Nicole Offendal: Incentives og bonusordninger, 2. udg. (2015).
- Stefan Lindskog: Förhandlingsspelet – om affärsförhandling och kontraktsskrivning. Norstedts, Stockholm (1989).
- Joseph Lookofsky: Consequential damages in comparative context (1989).
- Joseph Lookofsky & Ketilbjørn Hertz: International privatret på formuerettens område, 5. udg. (2011).
- Joseph Lookofsky & Mads Bryde Andersen (eds.): The CISG Convention and Domestic Contract Law Harmony, Cross-Inspiration, or Discord? Djøfs Forlag (2014).
- Joseph Lookofsky & Ketilbjørn Hertz: Transnational litigation and commercial arbitration – a comparative analysis of American, European, and international law, 3rd edition (2011).
- Halfdan Lowzow, Bjørn Gabriel Reed & Geir Steinberg: Aksjonærvtaler. Oslo (1993).
- Tobias Mahler: Legal Risk Management. Developing and Evaluating Elements of a Method for Proactive Legal Analyses, With a Particular Focus on Contracts. Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo (2010).
- David H. Maister, Charles H. Green, Robert M. Galford: The trusted advisor. New York, 2000. På dansk: Tillidsbaseret rådgivning (2003).
- Gregory Matusky and the Philip Lief Group: Home-based franchises (New York, 1992).
- David Mellinkoff: The language of the law. Boston (1963).
- Aage Michelsen, Steen Askholt, Jane Bolander, John Engsig & Liselotte Madsen: Lærebog i indkomstskat, 14. udg. (2011).
- Göran Millqvist: Finansiell leasing. Om det finansielle leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering. Lund (1986).
- Tina Monberg: To vindere – mediation som positiv konfliktløsning (2002).
- Jori Monukka: Kontraktuell lojalitetsplikt. Jure Förlag, Stockholm (2007).

- Peter Mortensen: Indledning til tingsretten – tredjemandskonflikter vedrørende løsøre, 2. udg. (2009).
- Gert Munk-Petersen & Svend Trangeled: Byggeriets retsregler og bygningsteknik (1994).
- Bente Naver & Hans Henrik Edlund: Købsaftale – ejerboliger, fritidshuse og grunde (2002).
- Henriette Nazarian: Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2007).
- Jacob Nørager-Nielsen, Søren Theilgaard, Michael Bjerg Hansen & Martin Hørmann Pallesen: Købeloven med kommentarer, 3. udg. (2008).
- Lena Olsen: Ersättningsklausuler – vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott. Stockholm (1994).
- Lars Lindencrone Petersen & Anders Ørgaard: Konkursloven med kommentarer, 12. udg. (2013).
- Richard A. Posner: Economic analysis of law, fifth edition (Little, Brown and Company, Boston, 1998).
- R. W. Ramage: Kelly's draftsman, 19th edition. Butterworths, London (2006).
- Christina Ramberg: Kontraktstyper. Nordstedts Juridik AB, Stockholm (2005).
- Jan Ramberg & Christina Ramberg: Allmän Avtalsrätt. Sjunde upplagan (2007).
- Jan Ramberg: International commercial transactions, fourth edition. ICC, Kluwer Law International, Norstedts Juridik, Stockholm (2011).
- Per M. Ristvedt: Advokaten som forhandler i sivile tvister og kommersielle rettsforhold, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2003).
- Per M. Ristvedt & Ola Ø. Nisja: Alternativ tvisteløsning, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2008).
- Ana M. López Rodríguez: Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU (2003).
- Claes Sandgren: Patentlicenser (1974).
- Karen-Margrethe Schebye: Ansættelsesaftaler, 2. udg. under medvirken af Arvid Andersen & Lykke Petersen. Thomson Paradigma (2002).
- Jens Schovsbo: Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten (2001).
- W. A. Shewhart: The economic control of manufactured product. New York (1931 – genoptrykt i 1980).
- Lasse Simonsen: Prekontraktuel ansvar. Det alminnelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gennemførelse af anbudskonkurranser. Oslo (1997).
- Peter Siviglia: Commercial agreements – a lawyer's guide to drafting and negotiating. Lawyers Cooperative Publishing, N.Y. (1993).
- Viktor Smith, Henrik Selsøe Sørensen, Jesper Clement & Peter Møgelvang-Hansen: Fair snak på fødevareremballager (2015).

- Stig Sohlberg: Franchise-juridik, 3. uppl. Stockholm (2001).
- Lynn B. Squires & Marjorie Dick Rombauer: Legal writing, 2nd ed. West Publishing nutshell series (1996).
- Michael Steinicke & Lise Groesmeier: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, 2. udg. (2008).
- William Strunk, Jr. & E. B. White: The elements of style, 3rd edition (1979).
- Tore Strömberg: Rättsordningens byggstenar – Om normtyperna i lag och sedvanerätt. Lund (1988).
- Robert T. Summers & Robert A. Hillman: Contract and related obligation: Theory, doctrine, and practice. West Publishing, St. Paul (1992).
- Michael H. Svendsen: Eneforhandleraftaler. Thomson Paradigma (2003).
- Carl Svernlöv (red.): Internationella avtal – i teori och praktik. Norstedts Juridik, Stockholm (2003).
- Andreas Tamasauskas: Erhvervslivets låneoptagelse (2006).
- Hans Helge Beck Thomsen: Kaution og garanti samt andre solidariske skyldforhold, 2. udg. (2008).
- Carl Thore Thoresson: Analys av risker i offerter och kontrakt (ett system för granskning av offerter och kontrakt). Juristförlaget, Stockholm (1994).
- Finn Träff: Køb og salg af fast ejendom, 4. udg. (2011).
- Udliciteringsrådet: Rammebetingelser for udlicitering af myndighedsopgaver – Responsum til udliciteringsrådet af professor, dr.jur. Carsten Henriksen (december 2004).
- Vibe Ulfbeck: Kontraktens relativitet (2000).
- UNCITRAL: Legal guide on drawing up international contracts for the construction of industrial works (1988).
- UNCITRAL: UNCITRAL – The United States Commission on International Trade Law (1986).
- William Ury: Getting past no – negotiating with difficult people (1991). På dansk ved Claus Bech: Gør nej til ja, når du forhandler (1992).
- Henry Ussing: Aftaler, 3. udg. (1950).
- Henry Ussing: Enkelte kontrakter (1946).
- Hans Henrik Vagner: Entrepriseret, 4. udg. under medvirken af Torsten Iversen (2005).
- Vibeke Vindeløv: Konfliktmægling – en refleksiv model, 2. udg. (2008)
- Richard H. Weisberg: When lawyers write, Boston (1987).
- Erik Werlauff: International Contracts – the UNIDROIT principles as an alternative to clauses on governing law (2013).
- Erik Werlauff: Kontrakter, 3. udgave (2013).
- Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2008/09 (2009).
- Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægt og aktionæraftale (1986).
- Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 2. udg. (1995).

LITTERATUR

- Geir Woxholth: Avtaleinngåelse i ugyldighet og tolkning, 6. udg. Ad Notam, Gyldendal, Oslo (2006).
- Geir Woxholth: Idrettens sponsoravtaler – En analyse av idrettsorganisasjonens, sponsorens og utøverens rettsposisjoner under idrettens sponsoravtaler, Oslo (1993).
- Richard Wydick: Plain English for lawyers, fourth edition. Durham N.C. (1998).

Doms- og afgørelsesregister

Kendelser om fast ejendom

KFE 1993.153 VBA 429

Nytt Juridisk Arkiv

NJA 1990.745 58

NJA 2007.86 61

Rettstidende

Rt. 1948.370 67

Rt. 1998.1683 108

Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

TBB 2002.260 201

TBB 2002.410 VLK 451

TBB 2002.440 V 60

TBB 2003.242 Ø 232

TBB 2003.316 Ø 238

TBB 2007.445 VBA 382

TBB 2008.305 VBA 381

TBB 2009.324 V 222

TBB 2009.335 V 236

TBB 2009.347 V 145

TBB 2011.611 V 403, 430

TBB 2013.46 ØLK 321

TBB 2013.427 Ø 327

TBB 2014.47 V 260

TBB 2014.470 V 236

TBB 2014.712 ØLK 303

TBB 2014.859 VBA 52

Ugeskrift for Retsvæsen

U 1916.67 H 25

U 1921.857 Ø 111

U 1922.94 H 344

U 1922.497 H 403, 430

U 1923.682 Ø 257

U 1929.707 H 429

U 1933.524 SH 25

U 1935.627 Ø 453

U 1935.799 Ø 216

U 1944.216 SH 269

U 1945.363 V 25

U 1945.1090 H 89

U 1946.169 Ø 62

U 1949.709 Ø 269

U 1951.898 V 269

U 1952.932 Ø 297

U 1953.398 Ø 65

U 1954.1055 SH 191

U 1958.379 H 25

U 1959.688 SH 269

U 1966.145 H 231, 261

U 1966.820 H 111

U 1967.738 Ø 351

U 1968.80 H 142

U 1968.766 H 334

U 1969.25 H 231

U 1969.117 H 344

U 1969.882 H 290

U 1970.389 V 317

U 1970.536 V 313

U 1970.588 H 269

U 1970.787 H 407

U 1971.81 H 149

U 1972.50 H 88

U 1973.280 H 222

U 1973.494 H 261

U 1973.639 H 262

U 1973.747 V 269

U 1973.796 SH 203

U 1973.803 SH 185

U 1974.119 H 189

U 1974.557 SH 417

U 1974.775 B 371

U 1975.297 Ø 37

U 1975.339 SH 358, 429

U 1975.607 SH 447

U 1975.611 SH 323

U 1976.947 SH 372

U 1976.972 V 393

U 1977.306 H 168

U 1977.413 H 372

U 1977.507 H 203

U 1977.636 H 148

U 1977.641 H 88, 121, 317

U 1978.177 H 239

U 1978.781 SH 308

U 1980.96 H 150

U 1980.170 H 189

U 1980.917 V 371

U 1981.81 H 186

U 1981.221 H 151, 153

U 1981.300 H 335

U 1981.572 V 90

U 1981.874 V 89

U 1981.1014 H 121

U 1982.56 H 222

U 1982.84 H 222

U 1982.87 H 232

U 1982.227 Ø 121

U 1982.285 SH 223

U 1982.286 H 213

U 1982.289 SH 246

U 1982.1038 V 203

U 1982.1128 HKK 66

U 1982.1195 Ø 313

U 1983.157 H 341

U 1983.206 V 313

U 1983.311 H 203

U 1983.478 Ø 222

U 1983.549 H 427

U 1983.637 Ø 265

U 1984.471 H 198

U 1984.496 H 222

U 1984.702 Ø 313

DOMS- OG AFGØRELSESREGISTER

U 1984.759 H 330	U 1994.470 V 34	U 2006.2052 H 429
U 1985.81 Ø 191	U 1994.841 H 404	U 2006.2079 H 269
U 1985.334 H 62	U 1994.861 H 65	U 2007.189 H 34, 35, 207
U 1985.550 H 71	U 1995.226 Ø 230	U 2007.537 H 73
U 1985.696 Ø 239	U 1995.306 V 269	U 2007.1254 H 71
U 1985.849 SH 269	U 1995.574 H 237	U 2007.1918 H 415
U 1985.953 V 222	U 1995.810 ØLK 269	U 2007.1949 V 340
U 1985.967 V 371	U 1996.309 V 89	U 2007.2106 H 71
U 1985.1101 V 447	U 1996.937 HK 439	U 2007.2696 H 222
U 1986.314 H 459	U 1996.1115 Ø 393	U 2007.3027 H 152
U 1986.428 Ø 256	U 1996.1478 HK 266	U 2008.181 H 129
U 1986.466 H 222	U 1997.1297 Ø 262, 341	U 2008.401 H 73
U 1986.654 H 417	U 1997.1297 ØLK 394	U 2008.547 Ø 261
U 1986.761 H 308	U 1997.1642 H 223	U 2008.2320 V 236
U 1987.526 H 335	U 1998.407 H 218	U 2009.248 Ø 454
U 1988.16 H 186	U 1998.643 V 71	U 2009.1159 H 372
U 1988.305 H 187	U 1998.907 H 366	U 2009.1214 H 33
U 1988.535 H 427	U 1998.1289 H 34	U 2009.1251 H 73
U 1988.671 H 358	U 1998.1327 H 426	U 2009.1265 SHK 71
U 1988.811 Ø 327	U 1999.216 H 209	U 2009.1308 VLK 209
U 1988.922 H 269	U 1999.939 H 66	U 2009.1512 H 257
U 1988.1036 H 238	U 2000.234 V 60	U 2009.2007 V 194
U 1988.1042 H 239, 371	U 2000.567 H 372	U 2009.2180 H 404
U 1989.53/2 H 58	U 2000.656 H 122	U 2009.2800 SH 262, 340
U 1989.232 H 296	U 2001.1085 H 223	U 2010.431 H 261
U 1989.273 H 213	U 2001.1293 H 62	U 2010.1517 V 372
U 1989.622 SH 335	U 2002.466 V 27	U 2010.1675 H 328
U 1989.748 H 198	U 2002.1030 H 26	U 2010.2183 H 315
U 1989.899 SH 323	U 2002.1224 H 312	U 2011.115 H 25, 351, 386
U 1989.1060 H 72	U 2002.1431 H 89, 90	U 2011.263 H 262
U 1990.65 H 256	U 2002.1690 H 142	U 2011.399 Ø 187
U 1990.386 H 401	U 2003.377 H 310	U 2011.2726 H 34
U 1990.606 H 189	U 2003.393 H 189	U 2011.2963 Ø 267
U 1991.140 H 257	U 2003.442 V 199	U 2011.3058 Ø 473
U 1991.235 V 222	U 2003.714 V 315	U 2011.3342 H 325
U 1991.467 V 269	U 2003.907 V 193	U 2012.344 VLK 228
U 1991.652 H 198, 366	U 2003.1126 Ø 330	U 2012.2306 H 267
U 1991.765 V 185	U 2003.1136 Ø 66	U 2012.3007 H 366
U 1991.834 H 37	U 2003.1230 H 407	U 2013.635 V 60
U 1991.881 Ø 187	U 2003.1328 HK 445	U 2013.736 H 186
U 1992.453 HKK 66	U 2003.1627 ØLK 121	U 2013.1832 H 369
U 1992.460 H 37	U 2003.2412 V 454	U 2013.2014 H 33
U 1992.535 H 25, 358, 386	U 2004.148 H 372	U 2014.578 H 415
U 1992.753 Ø 208	U 2004.1784 H 60	U 2014.975 V 81
U 1993.67 H 461	U 2004.1869 H 129	U 2014.1623 Ø 225
U 1993.130 H 122, 372	U 2004.2221 Ø 232	U 2014.1713 H 330
U 1993.496 Ø 218	U 2004.2600 SH 71	U 2014.1856 V 335
U 1994.13 V 199	U 2005.388 SH 71	U 2014.1900 ØLK 438
U 1994.79 H 333	U 2005.1036 V 232, 261	U 2014.2042 H 451
U 1994.344 H 65	U 2005.2842 H 71	U 2014.2226 V 260
U 1994.470 34	U 2005.3090 H 267	U 2014.2260 Ø 426
U 1994.470 H 166	U 2006.1356 ØLK 394	U 2014.2302 HK 321

U 2014.2562 V 231
U 2014.3124 Ø 473
U 2014.3178 H 199
U 2015.213 SH 186
U 2015.1192 V 452
U 2015.1394 H 282
U 2015.1412 SH 473

Emneindeks og lovregister

A

a conto-betaling, 310

AB 92, 130, 479

§ 1, stk. 4, 313

§ 2, stk. 6, 89

§ 4, stk. 1, 133

§ 4, stk. 2, 314

§ 5, stk. 3, 238

§ 5, stk. 4, 239

§ 6, 328

§ 7, 328

§ 14, 205, 374

§ 15, stk. 5, 205

§ 22, 318, 450

§ 44, 425 f.

§ 46, 105 f., 331, 450

§ 47, 458

ABR 89

pkt. 1.1.2, 110

pkt. 1.1.3, 109

pkt. 1.2.2, 245

pkt. 2.1.1, 230

pkt. 2.1.6, 205

pkt. 2.3.2, 286

pkt. 2.4.5, 258

pkt. 3.1.1.3, 309

pkt. 3.1.2, 310

pkt. 3.2, 320

pkt. 3.3.1, 314

pkt. 3.4, 310, 320

pkt. 5.2, 423

pkt. 6.2.4, 398

pkt. 6.2.8, 229

pkt. 7.2.3, 55

ABService, 116, 479

§ 4, 116

§ 30, 413 f.

§ 33, 450

abstrakte ord, 179 f.

ABT 93, 147 f., 90

accept

– frist, 64

– funktion, 154

– uoverensstemmende, 64, 87 f.

accessorisk forpligtelse

– karakteristik, 296 ff., 338 ff.,

386

– misligholdelse, 386 f., 411

– retlig betydning, 296 f., 386,

411

– sammenhæng med hovedydelse, 296 f., 411 f.

adfærdsfuldmagt, 209

ad hoc-voldgift, 446 f.

adhæsiionsaftaler

– begreb, 149

– konciperings, 149 ff.

ADR, 469 ff.

adresse, 225, 245, 247 f.

adverbier, 180

advokatbistand, 112, 224, 255,

282, 288 f., 309

advokatetiske regler, 102, 112,

187 f.

advokatforbehold, 198, 199

advokatskik, se god advokatskik

afbestilling, 206

afhjælpning

– ejendomsretlige spørgsmål,

417 f.

– generelt, 416 ff.

– konciperings, 417

– maskinklausul, 417, 430 f.

– misligholdelse af, 417

– pengemisligholdelse, 416 f.

afklaringsfase, 53 ff., 128

afklaringspligt, 61, 63

afleveringsforretning, 118, 292

afsendelseskontrakt, 295

afslag, se forholdsmæssigt afslag

afslutning, se aftaleslutning,

afståelsesret, 236

aftale

– anmeldelsespligt, s.d.

– begreb, 19 f., 25, 155

– delkomponenter, 23 ff., 26 ff.

– endelighed, 196 ff.

– enhed, 24 f., 358 f.

– funktion, 22 f.

– indledning, 168 f.

– konciperings, s.d.

– lovbundne, 71

– medium for, 190 f.

– minimumskrav, 120 ff.

– mundtlig, 19, 32

– offentligretlig, s.d.

– relativitet, 257

– revision, 217 ff.

– som kommunikationshandling, 190 f.

– som retsregel, 21 f., 123,

136 f.

aftalebekræftelse, 188

aftalebinding, negativ, 218 f.

aftaleforbud

– generelt, 261 f.

– option, s.d.

– undladellespligt, s.d.

aftalefrihed, se også præceptivitet, 87, 437

aftalegyldighed, se gyldighed

aftaleindgåelse, se også fuld-

magt

– adhæsiionsaftaler, 149 f.

– begreb, 184

– digital, 192 ff., 246 f., 247 ff.,

250 ff.

– forkontrakt, 84, 88, 106, 188,

483

– hæftelse, 227 f.

- internet, 193 f., 250 ff.
 - successiv, 87
 - aftalekompetence, se også fuld-
magt
 - aftalekompleks
 - begreb, 25 f., 155
 - formål, 155 f.
 - generelt, 155 ff.
 - “korthus”, 359
 - ophør, 359
 - synkronisering, 158
 - aftalekoncipering
 - adverbier, 180
 - fodnoter, 167 f.
 - indledning, 168 f.
 - kapitelinddeling, 155, 164 f.,
166
 - krydshenvisninger, 134, 165
 - modifikationer, 161 f.
 - overskrifter, 131 f., 164
 - passivformer, 174 f.
 - petit, 168
 - realydelsen, 280 ff.
 - skrifttype, 167
 - strukturering, 159 f.
 - tabulering, 162
 - tekstbehandling, 165 f.
 - aftalepart, se part
 - aftalepraksis, 98, 99
 - aftaleret
 - praktisk, s.d.
 - retspolitik, 15, 22
 - aftalerevision
 - ensidig adgang til, 218 ff.
 - generelt, 217 ff.
 - koncipering, 217 f.
 - aftaleslutning
 - aftaleindgåelse, s.d.
 - begreb, 184
 - generelt, 54 f., 184 ff., 206 ff.
 - manifestation, 186
 - mundtligt, 185 ff.
 - skattevirkninger, 184
 - aftaleudkast, 83, 164 ff., 209
 - aftaleophør, se ophør
 - AFTL (aftaleloven)
 - “formuerettens område”, 30
 - kapitel 1-reglerne, 65 f.
 - § 1, 63, 85, 129
 - § 2, 63, 245
 - § 3, 63, 245
 - § 4, stk. 2, 189, 245
 - § 6, stk. 1, 64, 87 f.
 - § 6, stk. 2, 189
 - § 7, 247
 - § 13, 245
 - § 16, 185
 - § 18, 245
 - § 21, 235
 - § 30, 60
 - § 32, stk. 2, 245, 252
 - § 34, 208
 - § 36, 67, 71, 122, 150, 205,
218 f., 239, 245, 312, 314,
317, 340 ff. 343, 364, 371,
403, 404, 407, 419
 - § 38, 28, 340 f., 343, 360
 - § 38c, 218
 - § 39, 205
 - § 40, 247
 - agil metode (systemudvikling)*,
376 f.
 - agreed document*, 130, 147 f.,
149, 479
 - agreed penalty*, 402
 - akkreditering, 51
 - aktiebesiddelse
 - forudsætninger om, 232 f.
 - håndpant, 334
 - stemmeret, 334
 - aktieselskab
 - CVR-nummer, 145, 168,
226 f.
 - udenlandske, 226 f.
 - uregistreret, 227
 - aktievederlag, 308, 308
 - aktionæroverenskomst (ejeraf-
tale), 261
 - aktivoverdragelse, 236, 370 f.
 - almindelige forretningsbetin-
gelses
 - ejendomsforbehold, 202 f.
 - generelt, 153 ff.
 - henvisninger til, 148 f., 150 f.,
154
 - koncipering, 153 f.
 - alternativ betingelse, 197
 - alternativ konfliktløsning
 - begrundelse, 124, 469 f.
 - generelt, 469 ff.
 - gennemtvungelse, 470, 472 f.
 - partneringaftale, 383
 - anerkendelsessøgsmål, 121
 - anbefalet brev, 245
 - andre bestemmelser, 164
 - anfordringsgaranti, 330
 - ankeafkald, 435, 444
 - annonce
 - aftalevirkning, 142 f.
 - mangelsvurdering, 64
 - markedsføringssspørgsmål, 154
 - anmeldelsespligt, 71 f., 215
 - annullation, 205
 - ansatte, se medarbejdere
 - ansættelsesforbud, se også kon-
kurrenceklausul, 341 f.
 - ansvarsforsikring, 360
 - ansvarsfraskrivelse
 - begreb, 427 f., 427 f.
 - generelt, 427 ff.
 - gyldighed, 428 ff.
 - koncipering, 430 f.
 - retsfaktum 430
 - retsfølge, 430
 - ansvarlig virksomhedsadfærd,
se CSR
 - ansvarsbegrænsning, se også
ansvarsfraskrivelse
 - gyldighed, 148
 - begreb, 428 f.
 - søloven, 149 f.
 - ansvarsgennembrud, 222 f.,
227 f.
 - antedatering, 207
 - “arbejdsdag”, 134
 - “as is”, 397
 - asset-stripping*, 97
 - attention-angivelse, 230
 - audit, se troværdig tredjepart
 - auktion, se også elektronisk
auktion, 85, 89, 91, 335
 - automatisk forlængelse, 371 f.
- B**
- back to back*-garanti, 332
 - baggrundsnorm, 134, 137 f.,
139 f., 139
 - baggrundsret, 21, 119 f., 127 f.,
139, 153 f., 385 f.
 - bankgaranti, 324
 - BATNA, 82 f., 96
 - battle of the forms*, 148, 154,
189, 480
 - bearbejdning (af programmel),
362
 - befragtning, se fragt

- begrænset udbud (EU-retligt), 78 f.
- behovsopgørelse, 85
- bekræftelse, 177, 188
- benzinforhandleraftale, 371
- benægtelser, 177
- besiddelseskra, 393 f.
- beskrivelse (ydelse)
- betegnelse, 281
 - funktions-, 281
 - numerisk, 284
 - omtrentlig, 284
 - standardiseret, 285
- bestemmelseskontrakt, 295
- bestikkelse, se også korruption, 110, 336, 346 ff.
- bestilling, 152
- bestyrelsesformand, 254
- betaling, se også vederlag
- a conto, 310
 - begreb, 302
 - brutto, 311
 - fast, 309
 - maksimering, 316, 319
 - retsgrundlag, 308 ff.
 - retsvirkninger, 322 f.
 - tillæg, 312
 - variabel, 314 f.
- betalingsmåde, 302 f.
- betalingsplan, 116
- betalingssted, 321
- betalingstjeneste
- retsgrundlag, 303 ff.
 - vilkår for, 303
 - oplysningsforpligtelser, 303
- betalingstjenester, lov om
- § 4, 303
 - § 40, 303
 - §§ 45-54, 303
 - § 71, 322
 - § 75, 322
 - § 76, 322
- betalingstilpasning, 314 ff., 316 ff.
- betalingstidspunkt, 303, 320 f.
- betegnelse
- abstrakt, 283
 - beskrivelse, 283 f.
 - konkret, 283
- betingelse
- alternativ, 161, 197
 - generelt, 163, 196 ff.
 - hierarkier, 197
 - koncipering, 163
 - kontrolleret, 198
 - kumulativ, 161, 163, 197
 - mellempperiode, 200 f.
 - præceptive begrænsninger, 197
 - resolutiv betingelse, 198, 204, 365
 - retsteknisk funktion, 196 f.
 - retsvirkning, 196 f., 201
 - suspensiv, 198
 - tidsbegrænsning, 199 f., 326, 366
 - udløb, 366
- betinget skøde, 197
- betjeningsfejl, 326 f., 427
- bevillingsrammer, 73
- bevis
- aftale om, 435 f.
 - formkrav, 185 f., 251 f.
 - koncipering, 178
 - mundtlig aftale, 187 f.
 - opfyldelse (digitalt), 19
 - procesaftale om, 435 f.
 - skriftlig aftale som, 206, 251 f.
- bevisoptagelse, 448
- bevissikring
- aftaler om, 251 f., 425, 436
 - elektronisk kommunikation, 251 ff.
 - generelt, 187 f., 353 ff., 425
 - immaterialretlige sager, 445 f., 448
 - reklamation, 425
- bibeskæftigelse (dommeres), 462
- bid bond*, 328
- biforpligtelse, se også accessorisk forpligtelse, 386 f., 411
- bilag
- aftalevirkninger, 140.
 - henvisninger til, 131, 142, 170 f.
 - håndtering, 170 f.
 - koncipering, 141 f., 141 f.
 - lister, 142, 171
- bindende svar (om skat), 72, 114, 212, 271
- bydelse, 296
- boilerplate provisions*, 19, 119, 128
- brancheorganisation, 50
- break away-fee*, 84
- bribe payers index*, 346 f.
- brochuremateriale
- forretningsvilkår i, 152, 153
 - inkorporering, 285
 - mangelsvurdering, 64, 143 f.
- brugervejledning
- fejl ved, 146 f., 297
 - mangelsbetydning, 64, 285 f., 297, 297 f.
 - inkorporering, 285
 - koncipering, 143 f.
 - krav til, 146 f., 297 ff.
 - lovkrav, 297 ff.
 - retsvirkning, 143 f., 297 ff.
 - sprog, 299
 - ændring, 144
- brugsanvisning, se brugervejledning
- bruttobetaling, 311
- Bruxelles I- forordningen, 443
- budomkostninger, 89 f.
- budrunde, 85
- business intelligence*, 49
- børnarbejde, se CSR
- børsretlige pligter, 254
- C**
- CAD (*cash against documents*), 306
- call option, 38 f.
- CEDR, 459 f.
- certificering, 50 f., 287 ff., 337
- certifikat
- egentligt, 288
 - klassifikation, 290 f.
 - proces-, 288
 - produkt-, 288
 - risikoafdækning, 355
 - uegentligt, 288, 288
- change of control*-klausul, 233 ff.
- change of ownership*-klausul, 233 f.
- check
- faksimile-underskrift, 207 f.
 - fremdatering, 208
 - garanti for, 324
 - “*checks and balances*”, 22
- chikane, 57, 100
- circa-beskrivelse, 284
- circularitet, 135

- CISG
 art. 7, 129
 art. 9, stk. 2, 128
 art. 27, 247
 art. 36, 294
 art. 42, 390
 art. 50, 407
 art. 56, 310
 art. 58, 306
 art. 65, 350
 art. 79, 420
civil law-tradition, 123
clause, 196
click wrap-vilkår, se også *shrink wrap*-aftale, 150, 193
closing, 211 ff., 237
 COD (*cash on delivery*), 306
commitment letter, 58
common law, 122, 129, 158 f., 210, 392, 396 f., 398, 425
company provided materials, 327
compliance-undersøgelse, 288 f.
conciliation, se *mægling condition*, 196
consideration, 38, 159, 169, 481
consequential damages, 398
contract management, 115
copyright-notits, 144
corporate social responsibility, se CSR
covenants, 199
 CSR
 CSR
 – certificering, 288 f., 337 f.
 – garantier, 335 ff.
 – kompas, 337
 – korruption, 347
 – mæglings- og klageinstitution, 336 f.
 – offentlige udbud, 74
 – program, 337
 – værdi, 43
culpa in contrahendo
 – afbrydelse af forhandling, 36, 57 f.
 – bevis for, 114
 – brud på hensigtserklæring, 33 f., 36, 57 f.
 – chikane, 57
 – generelt, 57 f.
 – tilsidesættelse af oplysningspligt, 58 f.
cut off-klausul, 157
 CPR-registeret, 45, 225
 CPR-nummer, 225
 CVR, 45, 47 f., 145, 226 f.
- D**
 datering, 206 f., 207 f.
 datterselskabsudskillelse, 227 f.
 “dawn raid”, 445 f.
 DBU’s spillerkontrakt, 291, 357, 386
de facto-ændring, 217
 debitorskifte, 236 ff.
 delvis ophævelse, 25, 297, 358 f., 411 f.
 delvis ugyldighed, 25, 365
 denunciation, 216
 deponering, se også kildetekst-deponering
 – advokaters, 270
 – flere parter, 229, 334 f.
 – generelt, 334
 – realisation, 334 f.
 derogationsaftale, 443, 456, 482
desvetudo, 217, 356
details, se også *main terms*, 88, 119 f., 127, 138
 detailregulering, 128.
 definitioner, 133 ff.
 detaljeringskrav (aftalekoncipering), 120 ff., 128 ff.
 digital aftaleindgåelse, 192 ff.
 diktatret, 380
 diligenspligt, 366
 direktøraftale, 254, 312, 343
disclosure letter, 325
discovery, 115, 234, 353, 434 ff.
 diskretion, se også erhvervs-hemmelighed
 – aftalt, 253 ff., 264
 – betydning for partsvalg, 224
 – kontrolforanstaltninger, 352 f.
 – leverandørskift, 362 f.
 – mediation, 475
 – retsmægling, 471
 – undersøgelser om modpart, 48 f.
 – voldgift, 453, 468
dispute review board, 477
doctrine of separability, 329
 dokumentationsmateriale
 – kvalitetskrav, 297, 298
 – leverandørskift, 362 f.
 – mangelsvurdering, 143 f., 285
 – teknisk -, 298 f.
 – tilbagegivelse, 360 ff., 362 f.
 dynamiske indkøbssystemer, 78, 80
 død (aftaleparts)
 – indtrædelsesret, 268
 – misligholdelse?, 235 f.
- E**
early neutral evaluation, 476
earn out-betaling, 312
e-boks, 253
 edb-programmel, se programmel
 EDI, se også kommunikationsaftaler, 251
e-discovery, 445
 editionspligt, 115, 172, 187, 445 f., 450
 efter regning, se regningsarbejde
 efterkontrakt, 156
 efterlevelse, 189
 eftersalgsservice, 360
 e-handelsloven, 59, 192
 ejendomsforbehold
 – gyldighed, 203
 – løsøre, 202 f., 268 f.
 – pengeydelse, 269 f.
 ejendomskøb, 29, 61 f., 85, 197 f., 214, 260, 270, 290, 314, 319 f.
 ejendomsret
 – forbehold af, 202 f.
 – kontrolforanstaltninger, 203, 351 f.
 – mærkning, 268 f., 393
 – overgang af, 203, 268 f.
 ejeraftale, 40, 261
 ejerændringer, 231 f.
ejusdem generis, 135
 eksemplificering
 – i aftaleforhandling, 103, 104
 – i koncipering, 133, 134
 eksigibilitetsklausul, 437
 eksklusiv forhandlingsret, 57 f., 84
 ekspertprocedure (sagkyndig), 105
 eksportrestriktioner, 274 f.
 elektronisk auktion, 80 f.

- e-mail, se også påbudssted
 – aftaleindgåelse, 192
 – aftaleregulering, 245, 247 f., 253
 emballage
 – betaling for, 297, 310
 – information på, 146 f., 298
 – krav til, 298 f.
 embargoregler, 275
 endelighed, 196 ff.
 eneaktionærselskab, 222 f.
 enkelte transaktioner, 16, 221
entire agreement clause, 132 f.
 entreprisef aftaler, se også AB 92
 – aftaleindgåelse, 89, 133
 – garantier, 328
 – samarbejdsprocedure, 217, 245
 – vejrlig, 300
 – voldgift, 439, 452
 – ændringsret, 205, 374 f., 380 f.
 erhvervshemmelighed, se også diskretion
 – dokumentationsmateriale, 298, 362 f.
 – forretningsstrategier, 97
 – kontrolforanstaltninger, 352 f.
 – leverandørskift, 362 f.
 – partsvalg, 224, 258
 – sagsførelse, 442
 – tavshedspligt 90 f., 264
 – underforstået, 277
 – undersøgelser om modpart, 48 f.
 – videreoverdragelsesforbud, 262 f., 264
 erklæring, se konstaterende erklæring, hensigtserklæring
 erstatning, se også *culpa in contrahendo*
 – aftaleregulering, 395 ff.
 – fikseret, 399 f., 402 ff.
 – “fulde tab”, 397 ff.
 – garanti, 396 f.
 – retsfaktum, 396
 – som misligholdelsessanktion, 396
 – ved ugyldighed, 67
escalation clause, 478
escrow account, 334
 eskalation, 105, 472, 478
- Euro-betalinger, 305
ex aequo et bono, 461
expert witness conferencing, 454
 EØFG, 227
- F**
- facilitering, se også bestikkelse, 346 f.
 faglig organisation, 69 f.
 “fairtrade”, 337
 faksimile-stempel, 207 f.
 faktiske mangler, 387
 faktum, 20 f., 22, 140
 fakturering, 321
 familieretlige aftaler, 17, 30
 faseopdeling, 52 ff., 82, 88 f., 286
 fast betaling, 309
fast track arbitration, 455, 466 f.
feasibility study, 45
 fejlbetjening, 326 f., 427
 FIDIC-aftaler, 245 f., 375
 fikseret sagsoplysning, 449
 fikskøb, 301
 finansiel leasing
 – aftalekomplekset, 157
 – optionsregulering, 39
 finansiel virksomhed, lov om § 7, 329
 § 8, 329
 § 11, 329
 § 20, 72
 finanskriser, 329
 firmagrupper, europæiske, 227
 fission, se også *change of control*
 – forbud, 234
 – underrettningspligt
 flere parter (på samme side), 228
 fodboldspiller, 291
 fodnoter, 167 f.
 fagedforbud, se midlertidige afgørelser
 fonde, 227
 foraftale, 37
 “forbehold for mellemsalg”, 301 f.
 forbrugeraftaler, 18 f.
 Forbrugerklagenævnet, 448, 459, 472 f.
 forbud, se også gennemtvungelse
 – aftale-, 261 f.
 – ansættelses-, 342
 – eksport-, 274 f.
 – fissions-, 234
 – faged-, 393 ff.
 – forhandlings-, 55, 79 f., 81, 377
 – fussions-, 234
 – konkurrenceklausul, 343 f.
 – konkurrenceretligt, 215, 274
 – koncipering, 174
 – markedsførings-, 59, 344
 – midlertidigt, 393 ff.
 – offentligtretligt, 20, 67, 68, 70, 270 ff., 389
 – sideløber-, 133
 – videresalgs-, 282, 262 f.
 forbudsforretninger, 394
 forbudslisten, 150, 218
force majeure
 – arbejdsnedlæggelser, 422 f.
 – betalingskrav, 424
 – generelt, 418 ff.
 – koncipering, 420 f.
 – lovregulering, 419 f.
 – objektive kriterier, 421 f.
 – retsfaktum, 421 ff.
 – retsfølge, 423 f.
 – strejker, 422 f.
 – subjektive kriterier, 422
 forcering, 403 f.
 fordring
 – indtrædelse, 306
 – overdragelse, 216, 332
 fordringshavermora, 350, 387 f.
 foreløbige retsskridt (aftaler om), 436 f.
 forfaldstid, 299 f.
 forhandling, se også saglig forhandling, tovtrækkeri
 – bagatelgrænse, 113 f., 124
 – dødvande, 103 ff.
 – eksklusivitet, 57 f., 84
 – flytning af, 105
 – forberedelse, 82 ff., 91 ff.
 – forløb, 91 ff.
 – hensigtserklæring i, 35, 84, 87, 106
 – juristens rolle, 111 ff.
 – kompetenceregler i, 65 f.
 – nedladenhed, 100
 – personangreb, 100
 – strukturering, 84 ff.

- tema for, 82, 84, 95 f.
- udspil, 83 f.
- vilkår for, 87 ff.
- forhandlingsdødvande, 103 ff.
- forhandlingsforbud (EU-retligt), 55, 79, 81, 377
- forhandlings-jiu-jitsu, 102
- forhandlingsklima, 93 f.
- forhandlingskneb, 99 ff.
- forhandlingsudbud, 79 f.
- forholdsmæssigt afslag, 407 f.
- forholdsnorm, 138
- forhåndsaftale, 37
- forhåndsbesked, se bindende svar
- forkontrakt
 - begreb, 37 f.
 - funktion, 33, 188
 - forhandling, 88
 - retsvirkning, 88 f.
- forkortelser, 135 f.
- forkyndelse (aftale om), 183, 225, 435
- forkøbsret, 39, 232, 260 f., 359
- forlagsaftale, se også licensaftale, 286, 341, 351, 379 f.
- forløfte, 37
- formkrav, 32 f., 185 f.
- “formuerettens område”, 30
- formularret, 19
- formulering, se også koncipering, 171 ff.
- formålsangivelse, 131 f., 170
- forprojekt, se også projekt, 53, 90
- forretningsbetingelser, se almindelige forretningsbetingelser
- forsendelse, se fragt
- forsendelsesrisiko, 247
- forsikring, 31 f., 71 f., 126 f., 294, 354, 360, 431
- forsikringsafdækning, 68, 216, 354, 360
- forsinkelse, 387 f.
- forsyningsaftaler, 295 f., 371, 393
- fortolkningsregulering, 130 ff.
- fortrolighed, se erhvervshemmelighed, diskretion
- forum, se også værnetingsaftale
 - aftale om, 435, 443 ff.
 - aftalekomplekser, 157
 - begreb, 442
 - betydning, 442
 - internationalt, 443 f.
 - valg af, 442 ff.
 - voldgift, 450 ff., 442
 - forudsat opsigelse, 372
 - forudsætningsssvigt, 27, 68, 232 f.
 - forundersøgelse, 47 f.
 - forvaltningsaftale, se offentligretlig aftale
 - forvanskning, 252
 - forældelse, se også reklamation, 367 ff.
 - fotomodel, 291
 - fragt, 294 f., 305 f.
 - franchising*, 341, 345, 483
 - fratrædelsesgodtgørelse, 372
 - fremdatering, 208
 - fremkomst, se også forsendelsesrisiko, påbud, 245 f., 247 f.
 - fremmede retsafgørelser, 437
 - free issue materials*, 327
 - frigørelsestid, 299 f.
 - frist, se tidsfrist
 - fritstående garanti, 324
 - fritstående option, 39 f.
 - frynsegoder, 299
 - fuldmagt
 - afgrænsning, 240 ff.
 - dokumentation for, 230
 - forhandlingsredskab, 194 f.
 - fuldmagtsgivers død, 235
 - fællesmandat, 244
 - generalfuldmagt, 241 f., 243
 - indre forhold, 240
 - selvindtræde, 219 f.
 - skriftlig, 66
 - strategisk anvendelse, 65 f.
 - til aftaleændring, 219 f.
 - underskrivelse i henhold til, 194 f.
 - ydre forhold, 240
 - funktionsbeskrivelse, 283 f.
 - funktionsgaranti, 325
 - fusionsforbud, 234
 - fysisk person
 - fysik, 291
 - helbredsforhold, 291
 - partsangivelse, 225
 - fællesmandat, 244
 - fællesoptimering, 375 f.
 - fødevarerloven, 146 f.
 - følgerregulering (ændringsret), 205
 - følgeskade, 398

G

 - garanti
 - bagatelgrænse, 326
 - begreb, 323, 396
 - erklæring som, 289 f.
 - for kompetence, 195 f.
 - kendetegn, 323 f.
 - koncipering, 325 ff.
 - kvalificerede forhold, 326
 - tidsbinding, 326
 - underleverandørs, 259, 332 ff.
 - varemærke som 143,
 - varighed, 360
 - gebyr, 314
 - generalfuldmagt, 241 f., 243
 - genforhandling, 128, 201, 202, 213, 271, 272, 286, 316, 317, 356, 364, 377 ff.
 - gennemtvungelse, se også naturalopfyldelse
 - alternativ konfliktløsning, 472 f.
 - forretningshensyn, 124 f.
 - kildetekstudlevering, 363
 - naturalopfyldelse, 392 f.
 - gensidighedsbeføjelser, 406 ff.
 - gentlemen's agreement*, 36 f., 124 f., 449 f.
 - genusydelse (ejendomsretsovergang), 268 f.
 - Global Compact*, 336, 337, 348
 - god advokatskik, 101 f., 112, 188, 188
 - god skik-regulering (offentligretlig), 70 f., 153, 373
 - godkendelsesforbehold, 194 ff.
 - godkendelseskrav, 72, 195 f., 199
 - good guy/bad guy*, 102, 111
 - goodwill*, 342, 404, 407
 - grundregulering, 221 ff.
 - GUIDEC-reglerne, 250
 - gyldighed (aftales, løftes), 33
 - gældsindtrædelse, 306

H

hardship, 418 f.
 handelsagentloven
 § 1, 129, 438
 § 6, 395
 § 7, 269
 § 10, 245
 § 15, 351
 § 22, 370, 438
 §§ 25-29, 372
 § 30, 185, 340, 344
 haltende retsforhold
 – forkontrakt, 37
 – option, 38, 217, 219
 – tilbud, 195
 – ændringsadgang, 380
 handelskamre, 50
 handelsomkostninger, 314 f.
 handlepligt, se også unkladelsespligt, 279 f., 281 f.
 helbredsforhold, 291
 “helligdag”, 134, 367 f.
heads of agreement, 33
 hemmeligholdelsespligt, se også erhvervshemmelighed
 – generel, 277
 – i aftaleforhandling, 90 f.
 – konkurrencebegrunder, 339 f.
 – om aftale, 255
 hensigtserklæring, se også konstaterende erklæring
 – begreb, 27, 33
 – eksklusiv forhandlingsret, 57 f., 84
 – forhandling, 35 f., 56, 84, 87, 106
 – funktion, 34 f.
 – genforhandling, 379
 – koncipering, 58, 140 f.
 – retsvirkning, 33 f., 57 f.
 – skattevirkninger, 207
 hjemmeside, se også internet
 – aftaleindgåelse, 193 f.
 – lovkrav, 192 f.
home banking (netbank), 252 f.
 hovedaftale, 156
 hovedaktionærsselskab, 222 f.
 hovedforpligtelse, 386
 hovedydelse, 296 f.
 hundehvalpe, 159 f.
 hvidvaskningsloven
 § 2, 303

§ 12, 45
 § 14, 45
 hybridmetoder (ADR), 476 ff.
 hæftelse
 – generelt, 222 f., 227 ff.
 – kreditrisiko, 223, 264 f.
 hævebeføjelse, se ophævelse
 håndhævelse, se gennemtvungelse
 håndpant
 – aktier, 334
 – depositum, 334
 – immaterialrettigheder, 334
 – koncipering, 160 f.

I

IACCM, 16, 428, 434
 ideologi, 94
 identitetsændringer, 230 ff.
 ikke-angrebsklausul, 282
 immaterialrettighed, se også industrielle rettigheder, licensaftale, ophavsret, varemærke
 – garanti for, 325
 – håndpant i, 334
 – kontrol med betaling, 351 f.
 – registre, 48
 – tilbagetagelse, 360 ff.
incorporation by reference, se inkorporering
 Incoterms, 136, 150 f., 292, 294 ff., 307, 312, 350
indemnification, 396 f.
independent guarantee, 330
 indeksering, 317 f.
 indeståelse, 324
 indirekte tab, 397 f.
 “individualiserende metode”, 438
 individualisering (genusydelse), 268 f.
 indsatsforpligtelse, 282 f.
 indspilningsaftale, 39
 indstøtelsesforretninger, 393 f.
 industrielle rettigheder, se også varemærke, 215 f.
 information
 – intern, 48 f.
 – om part, 45 ff.
 informationssamfundstjenester, 192 f.
 initialisering, 208
 inkonvertibel valuta, 305
 inkorporering
 – *agreed document*, 149
 – lovgivning, 71
 – teknisk dokumentation, 285
 – vilkår, 151 f., 156
 institutionel voldgift, 455, 457 f., 459, 460, 463 f.
 integrationsklausul, 64, 132 f., 142, 190
 internet
 – aftaleindgåelse, 192 ff., 250 ff.
 – hjemmeside (lovkrav), 192 f.
 – søgninger, 48
 interessekonflikter, 101 f., 108 ff., 224 f.
 interessentskab
 – konkursbehandling, 265
 – konto, 229
 – opsigelse, 370 f.
 – partsangivelse, 225
 internet
 – aftaleindgåelse på, 192 ff., 250 ff.
 – oplysningskrav, 192 f.
 – som informationskilde, 48
 indtrædelsesklausul, 266
 indtrædelsesret
 – dødsbos, 235, 266
 – konkursbos, 235, 266 f.
 insolvens, se også konkurs, 266 f., 350
 interessetvist, 101, 121, 122
 interoperabilitet, 287
 isklausul, 424
 ISO 9000, 51, 288
 isoleret bevisoptagelse, 448 f.
 it-aftaler, se også programmet
 – aflevering, 292
 – behovsopgørelse, 85
 – bevissikring, 353 f.
 – bilag, 141 f.
 – dokumentation, 298
 – faseopdeling, 286
 – kontrol, 353 f.
 – kundens undersøgelsespligt, 62
 – leverandørens oplysningspligt, 62
 – mestbegunstigelsesklausul, 260
 – ombestilling, 204

- projektsamarbejde, 243, 278 f.
- præambel, 169 f.
- retsmangler, 391 f.
- rettighedsoverdragelse, 238
- vidensspring, 127
- ændringer, 204, 218, 375 ff.
- it-kontrakter, se it-aftaler, programmel

J

- jobklausuler, 344 f.
- juridisk certificering, 288 f.
- juridisk enhed, 225, 226
- juridisk person, se også interesse-selskab, aktieselskab
- ejerændringer, 231 f.
- identitetsændringer, 230 ff.
- konkurrenceklausul, 342 ff.
- partsangivelse, 221 ff.
- juridiske rådgivere, 270
- jus, 20 f., 140
- just i time*, 300
- justering (betaling), se betalingsstilpasning

K*K01*

- præambel, 168 f.
- pkt. 3, 54
- pkt. 5, 205

K02

- pkt. 5.1.1, 53 f.
- pkt. 5.1.2, 55
- pkt. 5.2, 117 f., 230, 243
- pkt. 5.8, 258 f.
- pkt. 6.3, 375 f.
- pkt. 6.4, 204, 205
- pkt. 6.5, 205, 376
- pkt. 7.2, 301
- pkt. 14.4.3, 427
- pkt. 17.7, 392
- pkt. 18.1.2, 405
- pkt. 20.1, 409 f.
- pkt. 20.2, 414 f.
- pkt. 24.2, 256
- pkt. 25, 238
- pkt. 27.2, 105, 106, 449, 454 f., 478
- pkt. 27.3.3, 467
- pkt. 29.1, 131, 133
- pkt. 29.2, 229
- pkt. 29.3, 376

K03

- pkt. 5.1.1, 54 f.
- pkt. 6, 204 f.
- pkt. 6.2, 376
- pkt. 6.3, 376
- pkt. 8, 243
- pkt. 8.1, 169 f.
- pkt. 11, 258 f.
- pkt. 12.2.4, 301
- pkt. 14, 204
- pkt. 36.2, 229
- pkt. 23.10, 392
- pkt. 25.2.1, 405
- pkt. 26.2.1, 412
- pkt. 29, 399
- pkt. 33.1, 238
- pkt. 37, 449, 467, 477 f.

K18

- pkt. 2.3, 204
- pkt. 8.2, 260
- pkt. 12.3, 449
- pkt. 17, 167
- pkt. 21, 275
- pkt. 22, 327, 391 f.
- pkt. 23, 256
- pkt. 25, 238, 258
- pkt. 26, 132
- pkt. 27, 453

K33

- pkt. 8.2, 260
- pkt. 17, 167
- kancellistil, 172 f., 181 ff.
- kaution, 37, 327 f., 328

KBL (købeloven)

- § 1, 129
- § 5, 309, 309
- § 6, 309
- § 8, 310, 316
- § 12, 300, 309
- § 14, 202
- § 17, 294
- § 21, 385, 387 f.
- § 22, 25
- § 24, 127, 293 f., 388, 397, 420
- § 27, 431
- § 28, 409
- § 29, 25, 358
- § 37, 294
- § 42, 407
- § 43, 407
- § 51, 410
- § 52, 410

§ 54, 326

- § 57, 202, 414
- § 58, 361
- § 59, 389
- § 66, 285, 290
- § 76, 59, 64, 143, 285, 386
- “kemi”, 93
- kildetekstdeponering, 363, 393
- “kinesisk æskesystem”, 21, 154
- klagebehandling, 477 f.
- klassifikation, 290 f.
- knaphed, 31
- knock-for-knock*, 431
- knowhow*, 169, 340
- kollektiv overenskomst, 69 f., 153, 318
- kollektivmærker, 288
- kombinationssalg, 345 f.
- kommentarafkald, 254 f., 415 f.
- kommission
- panteret (kommissionærens), 269
- selvindtræde, 109
- kommissionsloven
- § 1, 129
- § 31, 269
- § 32, 269
- § 40, 109
- kommunikation, 244 ff.
- kommunikationsaftaler
- bevissikring, 194, 250 f.
- datalagring, 251
- formatspørgsmål, 250
- forvanskning, 252
- generelt, 194, 250 ff.
- indgåelse, 250 f.
- maksimering, 253
- retsvirkninger, 252 f.
- kompatibilitet
- personlig, 45 f., 48 f., 485
- teknisk, 148, 485
- kompetence (til aftaleindgåelse), se også fuldmagt
- afgrænsning, 240 ff.
- arbejdsretlig, 69 f.
- delegation, 86 f., 107 f.
- fællesmandat, 244
- garanti for, 195 f.
- indirekte, 143
- kompetencegaranti, 195 f.
- kompetencenorm, 138

- kompetencetildeling, se også fuldmagt
- begreb, 28 f., 240 ff.
 - forbehold, 241
 - negativ, 241
 - positiv, 241
- koncern
- partsstatus, 221 f., 222 f., 227 f., 257
 - persondatabeskyttelse, 224
- koncipering
- detaljeringskrav, 120 ff.
 - efterfølgende, 83 f.
 - generelt, *kapitel 3*
 - hvem står for, 83 f., 114
 - krav til, 112
 - regelkomponenter, 136 f.
 - standarddokumenter, 147 ff.
- koncipistregel, 83 f., 115, 440
- konflikt, 433
- konfliktløsning
- aftaleforhandling, 92, 433
 - aftalefrihed, 435
 - begreb, 433
 - koncipering, 160
 - tredjemandsgaranti, 331
- konkurrencehensyn
- betydning for partsvalg, 224
 - undladelsesforpligtelse, 281 f.
- konkurrenceklausul
- begreb, 339
 - dækningsområde, 341
 - funktionær, 340, 341
 - generelt, 261, 339 ff.
 - handelsagenter, 340
 - juridiske personer, 343
 - nøglepersoner, 344 f.
 - sanktioner, 3433 f.
 - tidsbegrænsning, 344, 360
 - ugyldighed, 340 f., 343
 - vederlag, 343
- konkurrenceloven
- § 6, 28, 262 f., 274, 340 f., 345 f.
- § 8, 72, 215, 365
- § 9, 215
- § 11, 215
- § 18, 445
- konkurrencepræget dialog, 79
- konkurs
- indtrædelsesret, 235, 265 f.
 - misligholdelse, 235
- konsortier, 244
- konstaterende erklæring, se også certifikat
- begreb, 26 f.
 - generelt, 26 ff., 140 f.
 - koncipering, 140 f.
- konstatering, 105 f., se også konstaterende erklæring
- kontantbetaling, 302 f.
- kontooverførsler, 303, 321
- kontraheringspligt
- forkøbsret, 260 f.
 - tvangslicens, s.d.
- kontrakt, se aftale
- kontrolforanstaltninger, 203, 351 ff.
- kontrolleret betingelse, 198 f.
- konventionalbod
- begrundelse, 402 f.
 - forfaldstidspunkt, 405
 - generelt, 399 f., 402 ff.
 - koncipering, 403 f.
 - maksimum, 399, 405
 - samspil med ansvarsfraskrivelse, 430
 - størrelse, 404 f.
 - tidsbinding, 404
- koordinationsgruppe, 121
- korrekthed, 287
- korruption, se også bestikkelse, 336, 346 f. 446 ff., 453
- “korthus”, 359, 364
- kravspecifikation, 85
- kreditaftaler, 202
- kreditormedvirken, 350
- kreditorskifte, 239
- kreditrisiko, se også hæftelse, 223, 264 f., 293
- kreditvurdering, 46 f.
- krydshenvisninger, 134, 165
- kultur
- aftaleforhandling, 94, 97, 122 f., 127
 - konciperingsspørgsmål, 122 f., 177
 - rets-, 122 f., 470 f.
 - underskrivelse, 206 f.
- kumulativ betingelse, 163, 197
- kundedatabaser, 224
- kundeklager, 360
- kundeklausul, 341
- “kundskab”, 252
- kurssikring, 354 f.
- kvalifikationsnorm, 133, 139
- kvalitetskrav
- begreb, 284, 286 ff.
 - effektivitet, 287
 - generelt, 286 ff.
 - korrekthed, 287
 - parametre, 287
- kvalifikationsnorm, 139
- kvalitetssikring, 50 f., 287 ff., 290
- kvasiaftale, se kvasiløfte
- kvasiløfte
- automatiseret underskrift, 208
 - begreb, 28
 - funktion, 28 f.
- kvitteringspligt, 248
- kønsbestemte pronominer, 175 f.

L

leasing, se finansiel leasing

legal opinion, 227, 288 f.

legalisering, 210

legalitetsprincip, 17, 73

legitimation, se også kompetence

– fuldmagt, 240

– overdragelse, 201

lejeforhold, 315 ff., 334, 342

lejeordninger (ved ophævelse), 414 f.

letter of awareness, 34

letter of intent, se hensigtserklæring

letter of comfort, 34

leverandørgaranti, 332 f.

leverandørvalg, 258 f.

leverandørskift, 362 f.

leveringshandling

– karakteristik, 291

– koncipering, 292 f.

leveringsprotokol, 354

lex imperfecta, 123 f.

lex mercatoria

– begreb, 129 f., 440

– i voldgift, 441 f., 449

– som lovvalg, 441

licensaftale

– garantier, 324

– ingrediens køb, 333

– kontrolforanstaltninger, 351 ff.

- *tying clause*, 345 f.
 - varighed, 366
 - udløb, 366
 - videreoverdragelse, 262 f., 334
 - licitation, se også offentligt ud-
bud, udlicitering, 71, 74, 81,
85, 88, 89, 154
 - licitationssalg (fast ejendom),
85
 - limiteret fuldmagt, 241
 - liquidated damages*, 402
 - LIX, 160
 - logbog, 425
 - lov og ærbarhed, 68, 73
 - lovvalgsaftale
 - aftaleforhandling, 437 ff.
 - aftalekompleks, 156, 157
 - baggrundsret, 438
 - betydning, 86, 120, 434,
438 f.
 - “dansk ret”, 439 f.
 - koncipering, 439 f.
 - stiltiende, 439 f.
 - loyalitetsspligt
 - accessoriske pligter, 338
 - aftaleindgåelse, 56 f.
 - aftaleophør, 356
 - bestikkelsesforsøg, 110
 - diligenspligt, 366
 - goodwillbeskyttelse, 342
 - ophævelse, 356
 - opsigelse, 370
 - tabsbegrænsningspligt, 302
 - lump sum payment*, 309
 - lydoptagelse, 187
 - løfte, se også kvasiløfte
 - begreb, 21 f., 24
 - funktion, 21 f.
 - lønudgift, betaling efter, 318 f.
 - løsure
 - karakteristik, 280 f.
 - servitut over, 263.
- M**
- main terms*
- generelt, 119
 - i forkontrakt, 188
 - under forhandling, 83
 - “manden eller selskabet”,
221 f.
 - mangelsbedømmelse, 42, 387
 - markedsføring, se også an-
noncemateriale, 154
 - maskinklausul, 416, 417, 430 f.
 - masseaftale
 - begreb, 218
 - lovvalg, 439
 - revisionsklausul, 218
 - “*med-arb*”, 477
 - medarbejdere
 - nøglepersoner, s.d.
 - valg af, 230
 - medarbejderklausul, 344 f.
 - “*medmindre*”, 178
 - medgået tid, se regningsarbejde
 - mediation
 - aftaleforhandling, 105 f.
 - evaluativ, 475
 - facilitativ, 475
 - generelt, 473 ff.
 - institutionaliseret, 470 f.
 - meeting of the minds*, 119, 184 f.
 - mellemsalgforbehold, 301 f.
 - memorandum of understanding*,
se også hensigtserklæring,
33, 40
 - merchant law*, se *lex mercatoria*
 - MFL (markedsføringsloven)
 - § 1, 59, 342
 - § 7, 59, 298
 - § 13, 313
 - § 19, 49, 90 f., 224, 277, 356,
458
 - § 20, 59
 - § 27, 59
 - § 30, 59, 360
 - mestbegunstigelsesklausul, 260
 - midlertidige afgørelser (forbud/
påbud)
 - aftaleregulering, 394
 - betingelser, 393 f.
 - sikkerhedsstillelse, 394, 436 f.
 - milepæl, 117, 310, 404
 - miljøaftaler, 73
 - miljøcertificering, 289
 - “*mini-trial*”, 477 f.
 - minimumskrav (til aftale),
120 ff.
 - miscellaneous*, 164
 - misligholdelse
 - begreb, 384
 - CSR-garanti, 337
 - erklæringer om, 68 f.
 - generelt, 384 ff.
 - genopretningssynspunkt, 385,
403
 - medvirken til, 68 f.
 - præventionssynspunkt, 385,
403
 - påkravsregler, 417
 - regelmodel, 136 f., 384
 - underleverandørs, 258 f.
 - værdi, 385
 - modforslag, 64 f.
 - modkøb, 158
 - modifikationer (koncipering),
161 f., 178 f.
 - modregning, 159, 308
 - modtagelseskrav, 248
 - moms
 - betaling, 313
 - regulering, 273 f.
 - monetary performance guarantee*,
328
 - morarente, 401, 424
 - mosaikinformation, 340
 - most favoured customer's clause*,
260
 - motivation, 16
 - motorkøretøjsregisteret, 216
 - mundtlighed, 185 ff.
 - mutual hold harmless clauses*,
431 f.
 - mægling, se også retsmægling,
mediation, 473 f.
 - møde (aftaler om), 249
 - mængdebetaling, 310
 - mærkning (ejendomsretlig),
268 f., 393

N

 - Nachfrist*, 410 f., 425
 - naturalopfyldelse, se også gen-
nemtvinding
 - forkontrakt, 37, 88
 - garanti, 337
 - karakteristik, 392 f.
 - negativ aftalebinding, 218 f.
 - negative pledge*, 235, 262, 265
 - netbank, 252 f.
 - New York-konventionen (om
anerkendelse af voldgiftsaf-
gørelser), 465
 - NLS, 486
 - pkt. 2, 297

- pkt. 5, 151 f.
 pkt. 7, 410
 pkt. 9, 321
 pkt. 13, 416, 430
 pkt., 431
 pkt. 16, 397
 pkt. 20, 457
 Nordisk Speditørforbunds be-
 stemmelser), 150
 notarpåtegning, 210
 NTK 07
 art. 1.16, 228
 art. 1.26, 228
 art. 3.1, 229
 art. 3.2, 229
 art. 3.4, 229
 art. 8.1, 258 f.
 art. 12.1, 376
 art. 12.2, 377
 art. 14, 377
 art. 16.3, 377
 art. 17.1, 206
 art. 19, 354
 art. 20.8, 352
 art. 22.1, 268
 art. 22.4, 269
 art. 30.1, 228
 art. 30.2, 228
 art. 36.1, 192
 art. 37.1, 477
 nytteværdi (afgivelse af), 201,
 412 f.
 nøglepersoner
 – betydning for opfyldelse, 230,
 234
 – betydning for partsvalg,
 221 f., 230, 234
- O**
objective bargaining standards, 96
 OECD-konvention om bestik-
 kelse, 346
 OECD-retningslinjer for mul-
 tinationale virksomheder,
 336 f.
 offentliggørelse
 – aftaleindgåelse, 255
 – ophævelse
 – pressekontakt, 254 f., 415 f.
 offentligretlig aftale,
 – generelt, 72 ff.
 – karakteristik, 17 f.
 – konkurrence, 73
 offentligretlig aftaleregulering,
 68 ff., 270 f.
 offentligt udbud, se også be-
 grænset udbud, udbud efter
 forhandling
 – begreb, 73 ff.
 – erstatningsansvar, 75
 – forhandlingsforbud, 55, 79,
 81
 – fremgangsmåde, 77 f.
 – generelt, 74 ff.
 offshore-aftaler, se også NTK
 07
 – kendetegn, 129
 – vejrlig, 300
 – ændringshåndtering, 205,
 217 f., 376 f.
 ombestilling, 204, 217 f.
 ombytning, 416
 omgangstone, 386
 omsorgspligt, se loyalitetspligt
 omsætningsrestriktion, 274 ff.
on demand-garanti, 330
 opdragsfuldmagt, 240 f.
 opfordring (til tilbud)
 – annoncemateriale, 64, 193
 – funktion, 154
 – hjemmeside, 193 f.
 – kravspecifikation, 85
 opfyldelse, 356
 opfyldelsesgaranti, 328
 opfyldelsesværneting, 442
 opfyldelseskritisk information,
 362
 opfyldelsesvalg, 258, 283
 opgivelse (af krav), 108
 ophavsret
 – copyright-notits, 144
 – forhandlinger om, 113
 – til brugsanvisninger, 144
 – videreoverdragelse, 263
 ophævelse
 – aftalepraksis, 409 f.
 – betingelser, 408 ff.
 – bortfald af, 425 f.
 – delvis, 25, 358 f., 411 f.
 – efterfølgende forhold, 412 f.
 – generelt, 408 ff.
 – karakteristik, 408 f.
 – *Nachfrist*, 410 f.
 – tilbagegivelse, 360 ff., 412 ff.
 – væsentlighed, 409 f.
 ophør
 – generelt, 356 ff.
 – retsgrundlag, 357
 – retsvirkninger, 358 ff.
 oplysninger, se information
 oplysningspligt
 – almindelig, 60 f., 338
 – fraskrivelse af, 67
 – indhold, 58 ff.
opportunity study, 46
 opsigelse
 – alternativ til ophævelse, 371
 – baggrundsregulering, 369 f.
 – begreb, 368 f.
 – forudsat, 369, 372
 – funktion, 369
 – hjemmel, 369 f.
 – kompensation ved, 370
 – loyalitetspligt, 369, 370
 – periode, 370 ff.
 – præceptivitet, 370, 371
 – udateret forudgående, 219 f.
 – varsel, 370 ff.
 – ændringsgrundlag, 373
 option
 – fritstående, 39 f.
 – generelt, 38 ff.
 – integreret, 39
 – leasingaftaler, 372
 – lejeordning (ophævelse), 414
 – *option fee*, 84
 – put og all optioner, 38 f
 optælling (varelager), 319
 ordensregler, 139
order for directions, 463 f.
 organisationsforpligtelser, 69 f.
 overdragelsesforbud, 262 f.
 overenskomst, se også kollektiv
 overenskomst, 19
overhead, 320
 overlevende aftalepligter, 359
 overskrift
 – fortolkningsbetydning, 131 f.,
 166 f.
 – funktion, 165
 – koncipering, 164, 166 f.
 overtagedesdag
 – funktion, 296
 – valg af, 200 f.
 overtræksrente, 151

P

- pagt, 19
 pakkeløsning, 411
 pakkerejser, 296, 374
 panterer, kommissionærens, 269
 paradigmeanvendelse, 166
 parafering, 166, 209
 paragraf, 160, 165
 part
 – adresse, 225
 – angivelse, 225 ff.
 – betegnelse, 29 f., 144 f., 221 ff.
 – ejerændringer, 231 f.
 – flere på samme side, 228
 – hæftelse, 222 ff., 227 ff., 236
 – identitetsændringer, 230 ff.
 – interessentskab, 225
 – kompatibilitet, 48 f., 148
 – kompetence, 65 f.
 – valg af, 45 ff., 221 f.
partnering
 – begreb, 380 f.
 – generelt, 380 ff.
 – incitamentsmodeller, 382 f.
 – konfliktløsning, 383
 – risici, 383
 – samarbejdsrelation, 29, 381
 – ændringsstyring, 382
 partsbetegnelse, se part
 partsgaranti
 – begreb, 323
 – betjeningsfejl, 326 f.
 – bortfald, 326 f.
 – egenskabsgaranti, 325
 – forbehold, 326 f.
 – funktionsgaranti, 325
 – generelt, 323 ff.
 – maksimering, 327
 – retsfaktum, 325
 – retsfølge, 323, 327
 – retsvirkning, 327
 partspraksis, 99
 partsrepræsentanter, 229 f.
 passivformer, 174 f.
 passivitet, 189
 patentoverdragelse, 263 f.
 patentregistre, 48, 215 f.
 PECL (Principles of European Contract Law).
 – generelt, 99, 440
 art. 1.101, 441
 art. 1.301, 135
 art. 1.302, 180
 art. 6.109, 372
 art. 6.111, 379
 art. 8.109, 67
 penge
 – individualisering af, 269 f.
 – som betalingsmiddel, 302 f.
 – som værdimåler, 41
 pengeinstitutgaranti, se bankgaranti
 pengeydelse
 – betalingstidspunkt, 320 f.
 – ejendomsforbehold, 269 f.
 – kontantbetaling, 302 f.
 – retsgrundlag, 303 f.
 – risikospørgsmål, 296
 perfekt aftale, 31 f., 122
performance guarantee, 328
performance bond, 328 f.
 periodisering, 312 f., 318
 persondatabeskyttelse
 – *compliance*-undersøgelser, 288 f.
 – generelt, 49, 91, 224, 225, 289
 – koncernforhold, 224
 – virksomhedsoverdragelse, 224
 persondataloven
 § 3, 224
 § 5, 225
 § 6, 224
 § 11, 225
 § 41, 91
 personlige egenskaber, 291
 petittekst, 168
 pilotprojekt, se også projekt, 52
 planlægning, 43 ff., 92 f., 126 ff.
point and click-aftale, se også *shrink wrap*-aftale, 193
positional bargaining, 95 f.
 postkvalifikation, 47
 praktisk aftaleret
 – afgrænsning, 13 ff., 16 ff.
 – formål, 15 ff.
 – virkemidler, 32 ff.
pre closing, 212
pre-contract studies, 46
 pressekontakt, 254 f.
principal agent-problemet, 101 f., 108 f.
 prisfaldsklausul, 421
 privatisering, 73 f.
 “privatliv” (virksomheds), 48 f., 253 f., 445
 procesaftale, 183, 435 ff., 447
 produktansvar, 143, 400
 produktansvarsloven
 § 4, 400
 § 5, stk. 1, 143
 § 12, 400
 produktsikkerhed, 144
 proforma, 208, 219
 programmel
 – aftaleretlige kendetegn, 279
 – incitamentsmodeller, 383
 – kvalitetsparametre, 287
 – leverandørskift, 362 f.
 – licensklausulering, 346
 – naturalopfyldelse, 393 f.
 – opsætning, 362 f.
 – special/standard-, 285
 – udviklingsaftaler, 391 f.
 – videreoverdragelse, 263
 projekt
 – analyse, 116 f., 126 f.
 – begreb, 115, 278 f.
 – forudsætninger, 116 f.
 – gennemførelse, 117 f.
 – kompetencetildeling, 243
 – leder, 229
 – organisation, se også styregruppe, 126
 – reguleringsbehov, 278 f.
 – styring, 117 f., 126 f.
 projektgruppe
 – formål og opgaver, 117 f., 126 f.
 – fuldmagt til, 243
 pronominer, 175
 prorogationsaftale, 443
 protokollat, se også referat, 35, 189 f.
provision (i betydningen: bestemmelse), 196
provision (i betydningen: vederlag), 311, 329
 præambel, 131 f., 169
 “præcedens”, 99
 præceptivitet
 – ejendomsretlige regler, 197
 – eksigibilitetsklausul, 437
 – fuldbyrdelsesklausul, 437

- generelt, 67
 - opsigelsesregler, 197, 370
 - procesretlige regler, 435, 437 f.
 - præklausur, 368
 - prækvalifikation, 47, 54, 78 f., 90, 487
 - præstationshandling, se ydelse
 - beskrivelse, 278 ff.
 - standardiseret, 285
 - prøveforløb
 - funktionæransættelse, 197
 - generelt, 52 ff.
 - opsigelsesregulering, 371 f.
 - prøveperiode, 371 f.
 - public pledge*, 473
 - put option, 38 f.
 - påbud, se også midlertidige afgørelser, påbudsregulering, påbudssted
 - aftaleretlig komponent, 23
 - annulation, 357
 - grundlag, 29
 - kendetegn, 245
 - modtagelse, se også påbudssted, 245 f., 247 f.
 - ombestillingsbegæring, 204
 - opsigelse, 369
 - regler om, 244 f., 245 ff., 247 f., 357
 - påbudsregulering, 245 f., 247 f.
 - påbudssted, 145, 226, 229, 244 ff., 246 f., 248
 - påkravsregler, 417
- R**
- rammeaftale
 - forhandling, 86 f.
 - generelt, 152 ff.
 - koncipering, 153
 - partnering, 382
 - reguleringsform, 29
 - udbudsproblemer, 80
 - rammestyrt, 128
 - ratebetaling, 310
 - realdebitor, 30
 - real kreditor, 30
 - realydelse
 - beskrivelsesproblemer, 280 ff.
 - inddeling, 278 ff.
 - standardiseret, 285
 - redundante ord, 183
 - reeksport, 275
 - referat
 - aftaleforhandling, 189 f.
 - udarbejdelse, 115
 - voldgiftsforhandling, 467 f.
 - reference, 51, 255 f.
 - refusion, 319 ff.
 - regelmodel
 - generelt, 20 ff., 136 ff., 277
 - misligholdelseslæren, 384
 - retsfaktum, 137 f., 136, 173, 196 f., 323 f.
 - retsfølge, 138 f., 136, 196 f., 323
 - retsteknisk funktion, 21 f.
 - registre
 - anmeldelse af aftale i, 214 f.
 - undersøgelser i, 47 ff.
 - registreringsnummer, 145, 225 f.
 - registreringsprotokol, 425, 426
 - regnefejl, 65
 - regningsarbejde, 309
 - regres i omsætningskæder, 360
 - reguleringsbehovet, 125 ff.
 - reimbursement (refusion)*, 319 ff.
 - reklamation, se også forældelse, 367 f., 424 ff., 431
 - reklamemateriale, 142 ff.
 - relativitetsprincippet, 257
 - remburs, 306 ff., 330
 - rente, se også morarente
 - konciperingsspørgsmål, 401 f.
 - stiltiende aftale om, 150
 - ved force majeure, 424
 - renteloven
 - § 1, 129
 - § 7, 28
 - repayment guarantee*, 329
 - representation*, 396 f.
 - reservedele, 345 f., 363
 - resolutiv betingelse, 198, 199, 204, 270 f., 365
 - resultatforpligtelse, 282 f.
 - retsafgift, 433, 449, 455
 - retsfaktum, 136 f., 141, 173, 277
 - retsfølge, 136 f., 141, 173.
 - retskultur, se *common law*, kultur
 - retsmangel
 - aftaleregulering, 390 f.
 - aktualitet, 390 f.
 - generelt, 388 ff.
 - partiel, 388
 - fuldstændig, se vanhjemmel
 - retsmægling, 471
 - retsplejelovent
 - § 11, 210
 - § 15, 447
 - § 20, 435, 452
 - § 29, 442
 - § 47a, 462
 - § 47b, 462
 - § 126, 112
 - § 127, 270
 - § 160, 435
 - § 169, 115
 - § 223b, 210
 - § 225, 442, 447
 - § 227, 447
 - § 242, 442, 443
 - § 245, 447
 - § 246, 447
 - § 251, 445
 - § 272, 471
 - § 275, 471
 - § 276, 471
 - § 298, 115, 445, 450
 - § 312, 436, 473
 - § 343, 448 f.
 - § 344, 435 f.
 - § 345, 473
 - § 350, 183
 - § 351, 183
 - § 361, 448
 - § 370, 435, 451, 444
 - § 413, 394
 - § 415, 394
 - § 430, 394
 - § 478, 394, 437
 - § 514, stk. 1, 266
 - § 528, 393
 - § 533, 392 f., 393
 - § 538a, 335
 - § 570, 87
 - § 596, 393
 - retsøkonomiske hensyn
 - ansvarsbegrænsning, 148, 416, 429
 - koncipering, 124
 - oplysningspligt, 59
 - rettighedsregistre, 47
 - returemballage, 297

returkommission, se bestikkelse
revision (aftale), 217 ff.

right of first refusal, se forkøbsret
ringbind, 140, 142, 155 f., 171,
191

risiko

– begreb, 292

– betydning, 31

– fordeling, 293 f.

– forsikring, 293, 294 f., 354,
431

– håndtering, 31 f., 44

risikobetragtninger, 30 f., 293 f.

risikoovergang

– generelt, 292 f.

– pengeydelse, 296

– realydelse, 292 f.

Romkonventionen (om lovvalg i
kontraktforhold)

– art. 1, 55

– art. 3, 437

– art. 4, 438

– art. 5-6, 438

royalty, 311

rykkergebyr, 401 f.

rådgiver, se også advokat

– forhandlingsbistand, 92,
101 ff.

– interessekonflikter, 108 ff.

– jobklausul, 344 f.

– kommunikation med, 245

– mødeomkostninger, 249

– rammeaftale, 152 f.

– tavshedspligt, 255

– totalrådgivergruppe, 229

– tværfaglighed, 113

S

sagkyndig beslutning, 105 f.,

331, 399, 409, 449, 450

sagkyndige dommere, 452

saglig forhandling

– generelt, 94 ff.

– myndigheder, 73

mægling, 474

– standarder for, 98 ff.

sagsomkostninger

– aftaler om, 436

– voldgiftssager, 462, 467

samarbejdsorganisation, 116 f.,
381 f.

samfundsansvar, se CSR

samtidighed, 202, 306 ff.,

SDR, 305

seat of arbitration, 461, 464 f.

selskabsloven

§ 2, 145, 226

§ 23, 368

§ 31, 197

§ 41, 227

§ 52, 334

§ 53, 334

§ 60, 368

§ 67, 261

§§ 150-152, 351

§ 153, 197

§ 250, 234

servitut over løsøre, 263

severability clause, 138, 158 f.,
203, 365, 425

shrink wrap-aftale, se også *click
wrap*-vilkår, 150 ff.

side letter, 37, 40 ff.

sideløberforbud, 132, 133

signering, se også underskri-
velse, 208 f.

sikkerhedsstillelse, 323, 333 f.,
394

skadesrisiko, 293

skatteforbehold, 72, 271 f.

skattevirkninger

– aftaleslutning, 184, 206

– betydning for partsvalg, 223 f.

– prissætning, 299

– underskrivelse, 206, 207

skiverådgivning, 52 f.

skjult dagsorden, 99 f., 101

skriftlighed, se også aftalekon-
cipering

– aftalt, 192

– fordele, 190 f.

– kommunikationshandlinger,
247 ff., 331

– krav om, 185 f., 191, 192

– ulemper, 191

skrifttypevalg, 167

skræddersyet ydelse, 285 f.

Skype, 145

skyttegravskrig, 104

skøde, 202

skødeskrivning, 213

software, se programmel

soliditetserklæring, se også kre-
ditvurdering, 51

specifikationsret, se også mærk-
ning, 350

spaltning, se fission

spilleregler for aftaleforhand-
ling, 87 ff., 154

sportsfolk, 291

sprog

– anvendelse, 130, 171 ff.

– begreb, 129

– brugervejledning, 299

– forudsætninger, 135

– misforståelser, 104, 130

– stringens, 135

– voldgiftsbehandling, 465 f.

stabilitetsklausul (om lovvalg),
440

stadeforretning, 425, 426

stakeholder, 42

standardaftale

– gyldighed, 148 f.

– koncipering, 147 ff.

– vedtagelse, 147, 149

standarder, 74, 299

standardiseret ydelse, 285

standard/ramme-system, 362

standby letter of credit, 307, 330

standpunktsrisiko, 308, 409,
426 f.

stempelafgift, 213 f.

stiltiende aftale

– efterfølgende, 218

– om rente, 150

straffeattest, 49

strategi (forhandling), 82 ff.,
92 f., 95 ff., 446 f.

strategisk tavshed, 97 f.

strukturering (aftaleforhand-
ling), 84 ff.

styregruppe

– formål og funktion, 117 f.,
128 f.

– kommunikation med, 245

styring

– behov for, 126 f.

– *details*, 132

– koncipering som, 123

– projekter, 117 f.

støtteerklæring, 35 f., 132

substantivering, 176 f.

substitution, 236 ff.

subjekt (sætnings), 173 f.

successiv aftaleindgåelse, 88 f.,
158, 286
 summarisk voldgiftsprocedure,
451, 454 f., 466 f.
 suspensiv betingelse, 195, 198,
213, 234 f., 364 f.
 synergi, 17, 97, 489
 systembegreb, 137 f.
 sædvane
 – forhandlingsargument, 99
 – fortolkning, 129
 – konciperingsbehov, 127
 sælgererklæring, 27, 289 f.
 Sø- og Handelsretten, 447, 448,
471

T

tabulering, 161 f.
 tantieme, 311, 313, 352
 tavshedspligt
 – budgivning, 90 f.
 – koncenselskabs, 224
 – voldgiftsrets, 468
 tegningsret, 65, 194 f.
 teknisk klarlagt ordre, 300
 tekstbehandling, 165 f.
 telefax, 192
 telekonferencer, 249 f.
 temastrukturering, 86 f.
tender bond, 328
term, 196
term sheet, 33 f.
 TEUF
 – art. 12, 73
 – art. 18, 75
 – art. 36, 75
 – art. 45, 75
 – art. 63-65, 128
 – art. 101, 28, 445
 – art. 102, 445
 – art. 128, 98
 – art. 267, 416
 testamente, 181, 282
 tidsfrist
 – forlængelse ved force majeure,
423
 – i AFTL, 63
 – i betingelser, 199 f., 245, 247
 – i kommunikationsaftaler, 247
 – koncipering, 367 f.
 – offentlige myndigheder, 247
 – skatteretlige, 206, 207 f.

tie in-clause, 346
tie out-clause, 346
tied product, 346
 tilbagebetalingsgaranti, 329
 tilbagegivelse, 360 ff., 412 ff.
 tilbageholdsret, 269, 406
 tilbud
 – funktion, 153 f.
 – grundlag, 154
 – hjemmeside som, 193
 – klausulering, 87 f.
 – til almenheden, 64
 tilbudsgaranti, 77, 328
 tilbudsloven, 81 f., 381
 tilbudspligt, 232
 tildelingskriterier (udbudsfor-
retning), 77
 tilpasning (udstyr), 362
 tilpasningsklausul (betaling),
316 ff., 353 f.
 tilskudsregler, 70, 113, 116
 tinglysning, 214
 tinglysningsafgift, 213
 tjenesteydelse
 – afgrænsning, 280 f.
 – finansiel, 281
 – personlig, 281
 tolerance, 290
 tolerancefuldmagt, 208 f.
 tovtrækkeri, 95, 96
 traktaten (om de Europæiske
Fællesskaber), se TEUF
 transaktion
 – begreb, 20, 22, 24 f.
 – enkelte, 16
 – projektpræg, 278 f.
 – rutinepræget, 91 f.
 – strategisk, 92
 – veldefineret, 278
 transaktionsanalyse, 100 f.
 transaktionsgebyr, 314
 transit, varer i, 306 ff.
Transparency International,
346 f.
 transport
 – af fordring, 306
 – af garanti, 332 f.
 – af vare, 294 f., 306 f.
 trappebetaling, 315
 tredjemandsgaranti
 – begreb, 324
 – betingelser, 329 f.

– dokumentation, 330
 – endelighed, 330
 – formregler, 331
 – generelt, 327 ff.
 – konfliktløsning, 331
 – “on first demand”, 330
 – opfyldelsesgaranti, 328
 – tidsbegrænsning, 330 f.
 – tilbagebetalingsgaranti, 329
 – tilbudsgaranti, 328
 – vederlag, 329
 tredjemandslofte, 257
 tredjepartsrelationer
 – proaktiv regulering, 257
 – reaktiv regulering, 257
 – typer af, 256 ff.
 troværdig tredjepart
 – aftaleudfyldning, 107 f., 122
 – deponering hos, 87, 270, 334
 – genforhandling, 377 ff.
 – kontrolforanstaltninger, 351 f.
 – kvalitetssikring, 50 f., 286 f.
 – omkostninger til, 352 f.
 – tavshedspligt, 351
 – ændringshåndtering, 128
 trusler, 112
 tvistløsning, se konfliktløsning
 typeforudsætning, se også for-
udsætningssvigt
 – aktiebesiddelse som, 232 f.
 – lovgivning som, 71, 440
 tvangsauktion, 89, 9186
 tvangsfuldbyrdelse, se også for-
budsforretning, gennemtvin-
gelse, indsættelsesforretning,
tvangsauktion, 393 f.
 tvangslicens, 23
tvistforhandling, 92
tying clause, 345 f.
 typografi, 165, 166 ff.
 tærskelværdi (udbudsretlig),
76, 82

U

UCP 600, 307
 udbedring, 416 ff.
 udbud, se offentligt udbud
 udbud efter forhandling, 79 f.
 udbudsbekendtgørelse, 77
 udbudsdirektivet (2004/18/EF),
75 ff.
 udbudsformer, 78 ff.

- udbudspligt, 76 f.
 udbudsregler, se offentligt udbud
 uddannelseskraft, 299
 "uden for købesummen", 312
 udenlandske statsrepræsentanter, 66
 udkast, se aftaleudkast
 udliciteringscirkulæret, 73, 74
 udlæg, betaling for, 309 f., 320
 udlægsfritagelsesklausul, 265
 udløb, 356, 365 f.
 udskiftning, 416
 udskillelse
 – aftalevilkår, 25, 41
 – generisk bestemt ydelse, 203
 udskydelse (forhandling), 106
 udskydelsesret, 299 f.
 udstationering, 299
 udviklingsydelse, 285 f., 296
 ugyldighed
 – begreb, 363 f.
 – delvis, 25, 356 f., 364 f.
 – genstand, 25
 – konkurrenceretlig, 274
 – regler om, 66 ff.
 – retsvirkninger, 364 f.
UK Bribery Act, 348 f.
 ultimatum, 99
 umulighed, 419 f.
 UNCID-reglerne, 250
 UNCITRAL
 – conciliation, 473 f.
 – konvention om e-handel, 248
 – modellov om e-handel, 248
 – modelregler om forligsmægling, 475
 – modellov om voldgift, 451, 465
 – voldgiftsregler, 460
 underleverandør
 – ansvarsfraskrivelse, 430
 – garanti, 259, 331 ff.
 – misligholdelse, 258 f.
 – priser, 318 f.
 – valg af, 258
 underretningspligt, 302
 undladelsespligt, se også hemmeligholdelsespligt, konkurrenceklausul, videresalgsforbud
 – afgrænsning, 279 f., 281 f.
 – forkøbsret, 260 f.
 – gennemtvungelse, 394
 – oversigt, 277, 279 f.
Undroit Principles
 – generelt, 99, 440 f.
 art. 7.16, 67
Uniform Rules for Demand Guarantees, 329
 underretningspligt
 – fission, 234
 – forsinkelse, 302
 – fusion, 234
 – nøglepersoner, 230, 234
 underskrivelse, 194 ff., 206 ff.
 undersøgelsespligt, se også oplysningspligt
 – juristens, 112 f.
 – generelt, 58 ff.
 undladt afklaring, 61, 63
 undtagelse (konciperings), 178 f.
 uoverensstemmende accept, 64 f.
 urimelighed, 67 f.
U.S. Foreign Corrupt Practices Act, 249
- V**
- valuta
 – inkonvertibel, 305
 – kurssikring, 354 f.
 – omregning, 305, 354 f.
 – valg af, 402, 305
 valordato, 303
 "vandfaldsmodel", 375 f.
 vanhjemmel, 389 f.
 vare, se også løsøre, 280 f.
 varegaranti, 333
 varelager, 315 f., 319
 varemærke
 – beskrivelse, 283 f.
 – garantivirkning, 143, 283
 variabel betaling, 309, 314 ff.
 vederlag
 – a conto, 310
 – brutto, 311
 – efter lønudgift, 318 f.
 – efter mængde, 310
 – efter regning, 309 f.
 – efter underleverandørpriser, 318 f.
 – fast, 309
 – maksimering, 316
 – moms, 313
 – netto, 311
 – periodisering, 312, 318
 – provision, 311
 – retsgrundlag, 308 ff.
 – sammensætning, 308 ff.
 – tantieme, 311, 313, 352
 – variabel, 314 ff.
 vedligeholdelse
 – konkurrence, 298 f.
 – teknisk dokumentation, 298
 vedståelsesfrist, 77
 vedtagelse, 27 f.
 vejrlig, 300
 ventureaftaler, 58, 93
 verber, 173 f., 176
 versionsstyring, 166
 vidensspring (oplysningspligt), 61 f.
 videresalgsforbud, 282
 viljeserklæring
 – almindelige krav, 120 f., 186
 – digital, se også internet, 193, 252
 – funktion, 23 f.
 – underskrivelse, 207 f.
 vilkår for aftaleforhandling, 87 ff.
 virksomhedsoverdragelse, 232 ff., 235 f., 312, 341
vis major, 418
 vitterlighedspåtegning, 209 f.
 voldgift
 – *ad hoc*, 446
 – aftaleforhandling, 105 f., 152
 – aftalefrihed, 451
 – begreb, 454
 – bevisoptagelse, 444, 451 f.
 – dommerkvalifikationer, 452 f.
 – fleksibilitet, 454 f.
 – flere end to parter, 445
 – fordele, 452 ff.
 – fortrolighed, 453, 468
 – hjemsted, 452 f., 454, 459, 460, 464 f.
 – honorar, 455, 457 f.
 – institutionel voldgift, s.d.
 – kompetence, 451, 462 f., 468
 – *lex mercatoria*, 441 f., 449
 – midlertidige foranstaltninger, 468
 – myndighedsafgørelser, 459 f.

EMNEINDEKS OG LOVREGISTER

- omkostninger, 455 f., 463, 466, 467
- sagsbehandling, 463 ff.
- sprog, 440, 465 f.
- statslige parter, 440
- tempo, 453 f.
- udpegning, 452, 457, 460, 461 f.
- ulemper, 452 ff.
- voldgiftsaftale
 - anbefalede klausuler, 458 f.
 - formand, 454, 464, 466
 - frister, 464, 466 f., 472 f.
 - konstruktion, 456
 - kompetence, 451, 462 f., 468
 - procesreglementer, 454, 457 f., 459, 460, 463 f.
 - sagsoplysning, 467
 - sammensætning, 454, 462
 - “place”, 465
 - processanktioner, 467
 - sagsbehandling, 463 ff.
 - “seat” (sæde, hjemsted), 461, 464 f.
 - summarisk voldgiftsprocedure, 446 f., 451, 454
- voldgiftsdommeraftale, 456 f., 468
- Voldgiftsinstitut, Det Danske, 105, 152, 455, 458
- voldgiftsloven, 451 f.
 - § 1, 462, 464
 - § 2, 451
 - § 4, 40, 450, 456
 - § 6, 107, 451
 - § 11, 464, 466
 - § 19, 459
 - § 27, 463
 - § 28, 130, 442, 461
 - § 31, 462
 - § 33, 462
 - § 34, 455
 - § 37, 452, 454, 460
 - § 38, 451
- værdi
 - begreb, 17, 30 ff.
 - generelt, 43 ff.
 - relativitet, 43
 - sikring af, 43 f.
- Værdipapircentralen, 216
- værnetingsaftale
 - betydning, 447 ff.
 - forudgående, 447 f.
 - generelt, 435, 447 ff.
 - international, 433 f.
 - koncipering, 443
 - konsistens, 156 f.
 - retsgrundlag, 442 f.
 - retsplejeloven, 442, f.
 - retstekniske komponenter, 443
- våbenembargo, 275
- W**
 - warranty*, 396 f.
 - whereas*, se også præambel, 169
 - witness conference*, 454
 - workflow management*-systemer, 249
- Y**
 - ydelse
 - numerisk kvalifikation, 138, 284
 - personlig karakter, 230
 - standardiseret, 285
 - tilbagegivelse, 360 ff.
 - typer af, 278 ff.
 - ytringsfrihed, 244
- Z**
 - Zug-um-Zug*, 202
- Æ**
 - ændring (af aftale), se aftalerevision
 - ændringshåndtering, 128, 217 ff., 373 f.
 - ændringsordre
 - entreprisaftaler, 374 f.
 - generelt, 376 ff.
 - offshore-aftaler, 376 f.
 - olieindustrien, 376 f.
 - ændringsret, se også aftalerevision
 - entrepriseretlig, 205
 - opsigelsesbaseret, 373
 - produktspecifikationer, 144
 - kundens, 217 f.
- Ø**
 - økonomi, se også værdi, retsøkonomiske hensyn, 30 ff.
- Å**
 - åbenhed
 - om partsforhold, 45 ff.
 - om strategi, 62 f., 97
 - årsregnskabsloven
 - § 3, 48
 - § 64, 36
 - § 99a, 336
 - § 104, 48