

Ændrede forholds betydning for kontraktsforhold :

Om hardship og hardshipklausuler

af

Stud.jur. Christian Wegener

København, Juni 1998

“The event which has happened was not contemplated by either of the parties at the time, and therefore was not provided for by their agreement . . . If . . . Where, from any . . . want of foresight of the parties, or other mistake or accident, there would be a failure of justice, it is the duty of this court to interfere and supply the defect, or furnish the remedy.” Quick v. Stuyvesant, 2 Paige 84, 91-92 (N.Y. Ch 1830).

~~~~~

*“Whoever offers to another a bargain of any kind, proposes to do this: Give me that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of the good offices which we stand in need of. It is not from the benevolence of the butcher; the brewer; or the baker; that we expect our dinner; but from their regard to their own interest”*

*Adam Smith, The Wealth of Nations 22 (5th ed. 1789)*

# Indholdsfortegnelse

|           |                                                                         |           |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1.</b> | <b>Indledning.....</b>                                                  | <b>1</b>  |
| 1.1       | Baggrund.....                                                           | 1         |
| 1.2       | Problemformulering.....                                                 | 2         |
| 1.3       | Disposition.....                                                        | 2         |
| <b>2.</b> | <b>Metodespørgsmål.....</b>                                             | <b>3</b>  |
| <b>3.</b> | <b>Ændrede forhold og risikofordeling i kontrakt.....</b>               | <b>5</b>  |
| 3.1       | Introduktion.....                                                       | 5         |
| 3.1.1     | Eksemplifikation af problemstillingen.....                              | 5         |
| 3.1.2     | Nogle sondringer og afgrænsninger.....                                  | 6         |
| 3.2       | Pacta sunt servanda.....                                                | 7         |
| 3.2.1     | Et grundprincip.....                                                    | 7         |
| 3.2.2     | Risikofordeling i kontraktsforhold.....                                 | 8         |
| 3.2.3     | Økonomisk motivation for reglerne.....                                  | 8         |
| 3.3       | Afvigelse fra grundreglen : hensynet til løftegiver.....                | 9         |
| 3.4       | <i>Doctrine of excuse</i> og <i>Doctrine of Adjustment</i> .....        | 10        |
| 3.5       | Særligt om langvarige og komplekse kontraktsforhold.....                | 11        |
| 3.6       | Relational contracts.....                                               | 14        |
| <b>4.</b> | <b>Ændrede forholds betydning efter gældende ret.....</b>               | <b>16</b> |
| 4.1       | Indledning.....                                                         | 16        |
| 4.2       | Komparativ gennemgang af national regler.....                           | 16        |
| 4.2.1     | Danmark.....                                                            | 16        |
| 4.2.1.1   | Regler om force majeure o.l.....                                        | 16        |
| 4.2.1.2   | Aftalelovens §36.....                                                   | 17        |
| 4.2.1.3   | Forudsætningslæren.....                                                 | 19        |
| 4.2.1.4   | Sammenfatning vedrørende retstilstanden i Danmark.....                  | 20        |
| 4.2.2     | Norge og Sverige.....                                                   | 21        |
| 4.2.2.1   | Købelovgivningen.....                                                   | 21        |
| 4.2.2.2   | Aftalelovens §36. Forudsætningssynspunkter.....                         | 22        |
| 4.2.3     | Frankrig og Italien.....                                                | 23        |
| 4.2.3.1   | Code Civil/Codice Civile.....                                           | 23        |
| 4.2.3.2   | Princippet om “ <i>imprévision</i> ” og Codice Civile artikel 1467..... | 23        |
| 4.2.4     | Tyskland.....                                                           | 25        |
| 4.2.4.1   | Umulighed.....                                                          | 25        |
| 4.2.4.2   | Læren om “Wegfall der Geschäftsgrundlage”.....                          | 25        |
| 4.2.5     | England.....                                                            | 26        |
| 4.2.6     | USA.....                                                                | 27        |
| 4.2.7     | CISG.....                                                               | 28        |
| 4.2.8     | Jus mercatorum.....                                                     | 30        |
| 4.2.9     | Sammenfatning.....                                                      | 30        |
| <b>5.</b> | <b>Partsregulering af ændrede forholds betydning.....</b>               | <b>32</b> |
| 5.1       | Introduktion.....                                                       | 32        |
| 5.2       | Aftalevilkår, der modvirker forskydelse af kontraktsbalancen.....       | 33        |
| 5.2.1     | Forskydelse af kontraktsbalancen : hensyn bag kontraktsregulering.....  | 33        |
| 5.2.2     | Klarhed : indeks-, stabiliseringsklausuler m.v.....                     | 34        |
| 5.2.3     | Fleksibilitet og genforhandling : hardshipklausuler m.fl.....           | 35        |

|         |                                                                               |           |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 5.3     | Hardshipklausuler generelt.....                                               | 37        |
| 5.3.1   | Terminologi.....                                                              | 37        |
| 5.3.2   | Udvikling.....                                                                | 37        |
| 5.3.3   | Udbredelse.....                                                               | 39        |
| 5.4     | Hardshipklausulers opbygning og retlige indhold.....                          | 40        |
| 5.4.1   | Introduktion.....                                                             | 40        |
| 5.4.2   | Indtrædelse af hardship.....                                                  | 41        |
| 5.4.2.1 | “Ændrede forhold” : upårgenlige og udefrakommende.....                        | 41        |
| 5.4.2.2 | Intensitetskriteriet – økonomiske konsekvenser.....                           | 42        |
| 5.4.2.3 | Usikkerhedsmomenter.....                                                      | 44        |
| 5.4.3   | Genforhandling m.h.p. tilpasning/afslutning af kontrakten.....                | 44        |
| 5.4.3.1 | Genforhandling.....                                                           | 44        |
| 5.4.3.2 | Tilpasning/afslutning.....                                                    | 45        |
| 5.4.3.3 | Den ny aftale.....                                                            | 46        |
| 5.4.4   | Reaktionssystem.....                                                          | 47        |
| 5.4.4.1 | Baggrunden for et reaktionssystem. Voldgift/domstol.....                      | 47        |
| 5.4.4.2 | Den juridiske ramme.....                                                      | 48        |
| 5.4.4.3 | Justering af aftalen ved domstole/voldgiftretters medvirken.....              | 49        |
| 5.4.4.4 | Dommens/afgørelsens status.....                                               | 50        |
| 5.4.4.5 | Domstol vs. Voldgift.....                                                     | 50        |
| 5.4.4.6 | Danske domstole/dansk ret og hardshipklausuler.....                           | 51        |
| 5.5     | Sammenfatning.....                                                            | 52        |
| 6.      | <b>Behovet for legale regler om hardship.....</b>                             | <b>53</b> |
| 6.1     | Introduktion.....                                                             | 53        |
| 6.2     | Principles of European Contract Law. Artikel 6.111 : “Changed Circumstances”. | 53        |
| 6.3     | Argumenter for en legal regel.....                                            | 53        |
| 6.4     | Argumenter imod.....                                                          | 54        |
| 6.5     | Sammenfatning.....                                                            | 56        |
| 7.      | <b>Konklusion.....</b>                                                        | <b>58</b> |

## Litteraturfortegnelse

### European Principles artikel 6.111 og Unidroit Principles artikel 6.2

Denne specieleafhandling indeholder **58 sider** med i alt **140.370 tegn**. Det er i overensstemmelse med de i “Vejledning om specieleafhandling” anførte retningslinier, hvoraf fremgår, at en specieleafhandling på 3 studieenheder maksimalt må fylde 140.400 tegn.

# 1. INDLEDNING

## 1.1. Baggrund

Der antages at gælde et almindeligt princip i alle kontraktsretlige systemer om, at indgåede aftaler skal opfyldes efter deres indhold og kun kan ændres ved en ny aftale mellem parterne. Princippet, som på latin går under betegnelsen *pacta sunt servanda*, har en århundredlang retlig tradition bag sig. Det fører bl.a. til, at ændrede forhold, som viser sig efter kontraktsindgåelsen, i mangel af modstående aftale ikke får nogen betydning for parternes forpligtelse til at opfylde, uanset om de pågældende ændringer indebærer, at opfyldelsen bliver mere byrdefuld.

Princippet om *pacta sunt servanda* er dog ikke og har aldrig været aldeles undtagelsesfrit. Ældst er begrænsninger, som fritager for pligt til opfyldelse - og tillige for erstatningsansvar over for den anden part<sup>1</sup> - såfremt denne viser sig umulig som følge af efterfølgende og uforudselige hændelser eller såfremt visse udefra kommende begivenheder af helt ekstraordinær karakter hindrer opfyldelse (umulighed, vis major, force majeure). Senere - fra sidste halvdel af det 19. århundrede - er hertil kommet modifikationer i princippet, som udtrykker adgang til frigørelse for løftegiveren med udgangspunkt i vildfarelses- og forudsætningssynspunkter. Fra indeværende århundrede, i særdeleshed fra dettes anden halvdel, stammer endelig i adskillige retssystemer bredt formulerede rimelighedsstandarder, der åbner op for frigørelse for eller delvis ændring af kontraktlige forpligtelser, bl.a. under hensyntagen til omstændigheder, som er indtruffet efter aftalens indgåelse.

I de sidste 20-30 år har der blandt kontraktsretsteoretikere og -praktikere fundet en diskussion om mulige yderligere begrænsninger i princippet sted. De grundlæggende synspunkter i denne diskussion er for så vidt ikke nye, men på baggrund af især de voldsomme prisstigninger, der fulgte i kølvandet på oliekrisen i begyndelsen af 1970'erne, fik emnet fornyet aktualitet. Den stærkt voksende verdenshandel, ændrede handelsmønstre og gennemgående stærkt øget kompleksitet i kontraktsforhold kombineret med omfattende - eventuelt verdensomspændende - økonomiske op- og nedture har hos nogle af diskussionens deltagere ført til en antagelse af, at der navnlig ved langvarige og komplicerede kontraktsforhold er særlige hensyn at tage til den aftalepart, som kommer til at lide under (især) de økonomiske konsekvenser af ændrede forhold.<sup>2</sup> Hensyn som antages ikke fuldt ud at kunne tilgodeses gennem de ovenfor nævnte hovedkategorier af modifikationer i *pacta sunt servanda*, der således opfattes som utilstrækkelige.

Et af de mere håndgribelige resultater af den omtalte diskussion har været, at forskellige internationale organisationer/institutter/kommissioner er fremkommet med udredninger om, hvordan aftaleparter imødegår nogle af de uheldige konsekvenser af ændrede forhold.<sup>3</sup> Det er for det første blevet til mere eller mindre udførlige forslag til formuleringen i almindelighed af såkaldte

<sup>1</sup> Hvad vi i dansk ret betegner som "opfyldelsesinteressen", jvf. *Ussing (1950)*, s. 116f.

<sup>2</sup> F.eks. at priserne på olie pludselig stiger voldsomt - en udgift der som udgangspunkt bæres af den ene part.

<sup>3</sup> Det Internationale Handelskammer (ICC) i publikationen "Force Majeure and Hardship" fra 1985; UNCITRAL "Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works" fra 1988; UNIDROIT "Principles of International Commercial Contracts" fra 1994; "Principles of European Contract Law" udgivet af Commission on European Contract Law, som stadig er under udarbejdelse, men kan hentes i senest reviderede udgave (1997) via Internettet (<http://ananse.ircv.uit.no/trade-law/doc/E...tract.Principles.1997.preview.htm>). ICC's publikation fokuserer direkte på problemstillingen, mens de andre tre fremstillinger behandler problemet som led i en større kontraktsretlig sammenhæng.

*hardshipklausuler*. I korthed er en *hardshipklausul* et *aftalevilkår*, der berettiger den aftalepart, som lider under indtrådt *hardship* (i.e. at ændrede forhold i væsentlig grad påvirker ligevægtsforholdet efter aftalen),<sup>4</sup> til at kræve aftalen genforhandlet med henblik på at tilpasse den til de nye forhold. Hvis en sådan genforhandling ikke fører til noget resultat, bemyndiges et tvistløsningsorgan til at foretage tilpasningen, eller der åbnes eventuelt adgang for den pågældende kontraktspart til at frigøre sig for aftalen med et vist varsel. Fra kontraktspraksis har sådanne klausuler været kendt i mere end 25 år, men de har hidtil i betydelig grad haft et individuelt præg. Ved siden af forslagene til *hardshipklausuler* har der også fundet bestræbelser på at skabe en uniform retstilstand gennem lovgivning sted, idet der er formuleret udkast til legale *hardshipregler*. Dette sidste er sket i forbindelse med det meget ambitiøse arbejde, som sigter mod en harmonisering af formueretten i Europa på længere sigt ved skabelse af en "European Civil Code". *Hardshipreglerne* i det hidtil publicerede forslag er tænkt som en mulig fællesstandard for EU-landene.

## 1.2. Problemformulering

Den foreliggende afhandling beskæftiger sig med de omtalte overvejelser/forslag vedrørende yderligere generel hensyntagen til ændrede forhold. For det *første* søges en afklaring af, om eksisterende regler om ændrede forhold er så utilstrækkelige som påstået af disses kritikere, navnlig når det gælder langvarige og komplekse kontraktsforhold. For det *andet* undersøges *hardshipklausulerne* med henblik på en stillingtagen til, om de vil kunne løse parternes mulige dilemma og hvilke spørgsmål sådanne klausuler fører med sig. Med afsæt i resultaterne fra de to første problemkredse vil det for det *trede* blive undersøgt, om der er et reelt behov for legale *hardshipregler* set i lyset af de juridiske og praktiske problemer disse måtte rejse.

## 1.3. Disposition

Problemformuleringen indebærer, at der må foretages en efter forholdene grundig undersøgelse af gældende retsregler om ændrede forholds betydning. Da de foreliggende harmoniseringsforslags bestemmelser giver problemet en international dimension, er det nødvendigt at behandle reglerne i nogle af de centrale retsordener og i Danmark m.v. ud fra et komparativretligt perspektiv. Undersøgelsen vil blive delt op således, at nogle generelle problemer og fællestræk ved reglerne skitseres i kapitel 3, mens kapitel 4 rummer en oversigt over de konkrete regler i forskellige lande. I kapitel 5 undersøges *hardshipklausulerne* og i kapitel 6 vil et forslag til en legal regel om *hardship* blive analyseret, hvilket skulle lede hen til en overordnet konklusion i kapitel 7.

---

<sup>4</sup> Eller *hardship* er udtryk for, at kontrakten p.g.a. ændrede forhold er blevet usædvanlig byrdefuld for løftegiveren at opfylde end forventet.

## 2. METODESPØRGSMÅL

Der knytter sig flere metode- og retskildeproblemer til behandlingen af det foreliggende emne. For det første er en nærmere fastlæggelse af det materielle indhold af begrebet hardship og af dets retlige status ikke nogen helt enkel opgave. Således som begrebet fremstår i de foreliggende arbejder, især i foreslåede klausuler/regler, har det nogle forholdsvis vage konturer. Hertil kommer, at der er uenighed i den juridiske doktrin om, hvorvidt det udtrykker en almindelig retsgrundsætning ("a general principle of law") inden for den såkaldte internationale handelsret og om det i overensstemmelse hermed er udtryk for en særegen retsstilling for internationale kontraktsparter (ret til genforhandling og tilpasning af kontrakten). Der findes trykt kontrakts- og rets-/voldgiftspraksis, som vil kunne befordre forståelsen, men denne er hverken omfattende eller klar og entydig. For at komme uden om disse vanskeligheder har jeg valgt bl.a. at støtte mig til indholdet af de udredningsarbejder, der omtales ovenfor, navnlig Unidroit Principles' hardship-bestemmelse, idet disse kan anses for at give et rimeligt dækkende udtryk for en vis kerne i hardship-begrebet. Som til dels allerede berørt ovenfor er de centrale elementer i dette følgende: 1) kontraktsbalancen ændres afgørende som følge af omstændigheder, der er tilkommet efter aftaleindgåelsen, og som 2) ikke var kendt på dette tidspunkt, og 3) ligger uden for kontrol- eller rådighedssfæren for den af parterne, der nu ønsker at påberåbe sig de pågældende omstændigheder. Hvor det skønnes nødvendigt, suppleres der med bidrag fra national og international praksis og navnlig fra den ganske omfattende doktrin. Hermed skulle det være muligt at få et nogenlunde acceptabelt billede af begrebet.

Diskussionen om hardship og hardshipklausuler har som alt overvejende hovedregel knyttet sig til internationale kontraktsforhold af længerevarende karakter og har navnlig udspundet sig blandt komparativretlige teoretikere. Begrebet hardship forekommer at være opstået i international kontraktspraksis, og det eksisterer ikke som nogen velafgrænset enhed i noget lands retsforfatning. Formentlig er det netop antagne lakuner i nationale retsordener, som har fremprovokeret anvendelse af hardshipklausuler. For fuldt ud at forstå de problemer, som afhandlingen beskæftiger sig med, er det derfor nødvendigt at gå ind i spændingsfeltet mellem national ret og international kontrakts- og retspraksis. Det andet metodeproblem består da i, at en sådan undersøgelse fordrer anvendelse af komparativretlige metoder, som kan bidrage til at udfinde forskelle og ligheder mellem nationale retssystemer for derefter at sammenholde disse med hardshipbegrebet, således at det bliver muligt at se, om eventuelle retsfølger, som knyttes til dette, indebærer noget egentlig nyt. Det bør i denne forbindelse noteres, at der i en vis udstrækning består terminologiske divergenser på området; mellem de enkelte retsordener i almindelighed og det nationale og internationale niveau i særdeleshed.

Anvendelse af hardshipklausuler eller -regler medfører nødvendigvis ændringer i en aftales økonomi. Det kan derfor for det tredje være formålstjenligt for en analyse af hardshipbegrebet at overveje at anlægge visse økonomiske betragtninger. Hermed ikke sagt, at (mikro)økonomi bør have nogen væsentlig rolle i afhandlingen. Dette følger i øvrigt allerede af, at vores juridiske system (i nogen grad i modsætning til navnlig det amerikanske) ikke inkorporerer økonomisk teori som en del af den juridiske metode (eller - måske mere retvisende - betragter økonomiske teorier/analyser som umiddelbart relevante retskildefaktorer). Men med hardship-begrebets klare udspring og anvendelse i anglo-amerikanske retsforfatninger og med retsøkonomiens muligt voksende betydning også i Europa, vil der i begrænset omfang blive peget på basale retsøkonomiske argumenter som bidrag til analysen i det følgende, idet sådanne bidrag måske kan hjælpe med til at anskueliggøre problemstillingen. Det samme

er tilfældet med hensyn til de tendenser i nyere - navnlig amerikansk - kontraktsretsteori, som sammenfattes under betegnelsen *relational contracts*.



### 3. ÆNDEDE FORHOLD OG RISIKOFORDELING I KONTRAKT

#### 3.1. Introduktion

##### 3.1.1. Eksemplifikation

Når to parter fører forhandlinger om gennemførelse af en bestemt transaktion, vil opmærksomheden naturligvis navnlig være rettet mod en fastlæggelse af de gensidige ydelser og mod løsningen af spørgsmål, som knytter sig til de respektive opfyldeshandlinger. Men hvor grundige undersøgelserne og de deraf følgende detaljerede stipulationer i kontraktsdokumentet end er, vil det i mange tilfælde ikke være praktisk eller muligt at forholde sig til alle eventualiteter. Der vil således ofte med en vis - undertiden muligvis stor - sandsynlighed indtræde begivenheder, som ikke er dækket af kontraktens bestemmelser, og disse vil på den ene eller anden måde kunne kræve ekstra omkostninger eller opofrelser fra en af kontrahenterne for, at aftalen kan opfyldes. En af kontraktsrettens funktioner er, at kunne tage over, hvor aftalen slipper, således at parterne alligevel i videst mulig udstrækning er klar over, hvilke juridiske konsekvenser hændelsen skal have for deres forpligtelser, og hvem som skal bære ofrene/omkostningerne. Funktionen foreligger principielt uden hensyntagen til aftalens beskaffenhed, d.v.s. at det er ligegyldigt, om der er tale om en dagligdags "her og nu"-transaktion eller om et omfattende og langvarigt samarbejdsforhold, hvor sandsynligheden for at forholdene ændrer sig under kontraktsforløbet efter omstændighederne kan være store. Problemet kan illustreres med en tænkt eksempel fra krisen i Asien 1997/98 :

Hvis en dansk virksomhed har indgået en kontrakt om opførelse af en cementfabrik i et asiatisk land, opstår der problemer for enten den danske virksomhed eller den asiatiske aftalepart, såfremt valutaforholdene ændrer sig drastisk. Er kontraktssummen fastsat i den lokale valuta og det for fabrikken vigtige tekniske udstyr skal importeres udefra, vil værdien af kontraktssummen falde proportionalt med valutaen. Det betyder, at den danske virksomhed får meget mindre for sit arbejde og måske endda kommer til at sætte penge til. Er kontraktssummen fastlagt i danske kroner, vendes situationen om og den asiatiske virksomhed står med store problemer, idet det kommer til at koste betydeligt mere at opfylde aftalen end budgetteret. I begge tilfælde kan man uden videre tale om, at aftalen som følge af de ændrede valutaforhold er blevet væsentlig mere byrdefuld for en af parterne. Medkontrahenten kan ved at præstere sin ydelse optjene ret til modydelsen. Det værditab, som valutafaldet giver, skal i første omgang bæres dér, hvor det foreligger, nemlig hos den part, som er tvunget til at præstere mere eller modtage mindre uden gennem modydelsen at få nogen kompensation herfor. Kompensation er, hvad den bebyrdede kontraktspart måske er mest interesseret i, for dermed udjævnes det misforhold, som er opstået mellem ydelsernes værdi. Det er ofte ikke umiddelbart interessant for den bebyrdede part helt at søge relationen afbrudt, eftersom det tekniske udstyr måske allerede er indkøbt, det meste af fabrikken bygget o.s.v., lige som en afbrydelse antageligvis vil kunne vanskeliggøre mulighederne for fremtidigt samarbejde. På den modsatte side bliver kompensation en for medkontrahenten uventet belastning, som det gennemgående vil være naturligt for denne at afvise. Har parterne ikke forholdt sig til problemet i aftalen, må kontraktsretten kunne anvise hensigtsmæssige løsninger på det opståede dilemma.

### 3.1.2. Nogle sondringer og afgrænsninger

Krisen i Asien omkring årsskiftet 1997/98 med abrupte valutafald på 30-40 pct er som sagt blot et aktuelt eksempel, der illustrerer den størrelsesorden, hvori problemet med uventede begivenheder kan manifestere sig, ikke blot for det enkelte kontraktsforhold, men også for en uoverskuelig mængde af (andre) igangværende aftaler i området. Forholdene kan endvidere ændre sig på et utal af andre måder: Lønninger og priser på råvarer eller transportomkostninger kan pludselig stige dramatisk, der kan ske devaluering og opstå kraftig inflation, blive indført nye tekniske eller miljømæssige standarder, forekomme statslige indgreb i form af ind- eller udførselsforbud etc. Der er også problemer, hvor forholdene i faktisk henseende ikke har forandret sig, men hvor man ikke havde fuldstændig rede på disse på tidspunktet for aftalens indgåelse. For eksempel ændrer jordbundsforhold sig ikke, men hvis man pludselig, selv efter rimeligt forsvarlige undersøgelser, støder mod klippegrund eller plastisk ler, er det ved bygge- og entreprenørarbejder igen et spørgsmål, hvem der skal bære ekstraomkostningerne ved erkendelsen af denne nye situation. I det følgende fokuseres der alene på tilfælde, hvor der sker forandringer efter aftaleindgåelsen og hvor der således i forhold til denne er tale om *efterfølgende* omstændigheder.

Problemet er som skitseret, om en aftalepart bør fastholdes på en forpligtelse, som er blevet mere tyngende, end han forventede på grund af forhold, som ingen af kontrahenterne havde forudset eller forventet ville indtræffe. Mange aftaleforhold indgås med så stort et tidsspænd og/eller er så komplekse, at en udførlig stillingtagen til alle eventualiteter fra start til slut vil nærme sig det umulige. Forholdene bliver bestemt ikke enklere, såfremt aftalen er af international/transnational beskaffenhed, fordi der - som nogle af de oven for nævnte eksempler antyder - i den foreliggende henseende findes særlige risici for kontraktsforhold, hvor ydelserne er grænseoverskridende. Praktisk set opstår problemet imidlertid stort set kun ved aftaler, hvor opfyldelsestidspunktet ligger noget ude i fremtiden eller hvor opfyldelse skal ske kontinuerligt over et vist - muligt ubestemt - tidsrum. Der kan således bortses fra momentane eller kortvarige transaktioner, idet disse efter deres beskaffenhed normalt ikke vil levne mulighed for, at forholdene ændrer sig i væsentligt omfang. Selvom det ikke kan udelukkes, at problemet opstår i forbrugeraftaler og i aftaler, hvor begge parter ikke er erhvervsdrivende, er det givet, at det først og fremmest har relevans i *kommercielle* relationer og den følgende fremstilling begrænses derfor hertil.

Som det fremgår, er der i yderste konsekvens tale om et økonomisk problem. Med udgangspunkt heri er det påkrævet at foretage forskellige yderligere sondringer. De indtrufne ændringer kan have en sådan karakter, at opfyldelse i egentligste forstand bliver *umulig*, d.v.s. ikke lader sig gennemføre, selv ikke med ubegrænsede midler. Tilfælde af denne art betegnes sædvanligvis som *force majeure*, såfremt *årsagen* til umuligheden er visse ude fra kommende og uforudseelige begivenheder af kvalificeret ekstraordinær beskaffenhed. Ændringerne kan videre foreligge således, at opfyldelse nok er mulig, men kun med indsats af helt uforholdsmæssige økonomiske midler. Her tales om *økonomisk force majeure*, såfremt hindringen har en sådan (økonomisk) tyngde, at den reelt bør sidestilles med (bogstavelig) umulighed.<sup>5</sup> Med den i kapitel 2 omtalte forståelse af hardship-begrebet ses det, at der er afgørende forskelle mellem umulighed og almindelig (eller klassisk) *force majeure* og hardship: Ved det sidste er opfyldelse efter aftalen mulig og der fokuseres (sammenlignet med *force majeure*) langt mindre på

---

<sup>5</sup> Begrebet *økonomisk force majeure* er dog ikke aldeles ikke entydigt, se fremstillingen hos Nørgaard-Nielsen & Theilgaard (1993) s.350 ff og neden for i afsnit 4.2.1.1.

forekomsten af bestemte årsagsforhold, men derimod først og fremmest på kontraktsbalancen.<sup>6</sup> Økonomisk force majeure har det til fælles med hardship, at opfyldelse for så vidt er mulig. Kontraktsbalancen spiller en rolle i de omtalte ekstreme situationer, men - som forskel - kun ved bestemte typer af årsagsforhold. Hvor disse optræder, er der imidlertid en overlapning mellem begreberne og økonomisk force majeure kan da ses som en slags *kvalificeret* hardship.<sup>7</sup>

## 3.2. *Pacta sunt servanda*

### 3.2.1. *Et grundprincip*

Det opfattes som en af juraens grundsætninger, at indgåede aftaler skal holdes, udtrykt gennem den romerretlige maksime *pacta sunt servanda*.<sup>8</sup> Opfyldelse skal ske efter aftalens indhold, uden hensyntagen til om begivenheder, som indtræder efter aftaleindgåelsen, griber radikalt ind i muligheden for at opfylde.<sup>9</sup> Heraf følger, at den danske part i det ovenfor omtalte aftaleforhold må acceptere den opståede situation og opfylde forpligtelserne efter aftalen mod den formindskede modydelse, hvis betaling er aftalt i den lokale valuta. *Pacta sunt servanda*, en af hovedhjørnesteenerne for et liberalistisk samfund,<sup>10</sup> er dog som følge af sin programmatisk karakter ikke nogen umiddelbart operationel retsregel, men udtrykker snarere et grundlæggende formueretligt (kontraktsretligt) princip, hvis nærmere implementering beror på retsordenens mere detaljerede regler, f.eks. om de enkelte typer af skyldforhold.<sup>11</sup> I retssystemerne findes tillige retsmidler og håndhævelsesmekanismer, som sikrer, at det bedst kan betale sig at opfylde indgåede aftaler. Løftegiver vil i tilfælde af ikke-opfyldelse som udgangspunkt enten kunne tvinges til at opfylde *in natura* eller betale erstatning (som stiller den anden part økonomisk set lige så godt, som han ville have været, dersom aftalen var blevet opfyldt).<sup>12</sup>

*Pacta sunt servanda* fører endvidere til, at en indgået kontrakts *indhold* betragtes som helligt og uforanderligt, for så vidt som der ikke kan gøres ændringer heri af andre end parterne selv. De retsanvendende myndigheder *skal* principielt give kontrakten akkurat de juridiske konsekvenser, parterne har foreskrevet. Dermed udelukkes muligheden for, at efterfølgende omstændigheder ses i lyset af situationen, da de indtrådte. Deres betydning skal derimod vurderes med udgangspunkt i tidspunktet, hvor aftalen blev retlig bindende (*ex ante*).<sup>13</sup> Det er følgelig forbudt uden videre at ændre i aftalen ("parternes lov/retsregel"),<sup>14</sup> fordi dette vil underminere partsautonomien. Levner aftalen på det omtvistede punkt spillerum for fortolkning, er der dog naturligvis intet, som forhindrer domstolene i - f.eks. ud fra rimelighedshensyn - at fortolke denne på en måde, der reelt indebærer modifikationer i princippets temmelig absolutte indhold.

<sup>6</sup> Jeg ser foreløbig bort fra de forskelle, som følger af, at der også bliver tale om vidt forskellige retsvirkninger.

<sup>7</sup> Ændringer forekommer naturligvis i forskellige tempi og kan i så henseende navnlig være produktet af en udviklingsproces eller af pludseligt indtrædende forhold. Medens baggrunden for hardship kan være begge dele, vil der ved force majeure som regel foreligge mere abrupte forandringer.

<sup>8</sup> Maksimen kaldes også for princippet om kontraktens ukrænkelighed. På engelsk "principle of sanctity of contract", jfr. Treitel (1994) s. 1 og Nassar (1995) s. 6ff.

<sup>9</sup> Treitel (1994), s. 1.

<sup>10</sup> Adlercreutz (1989), s. 21.

<sup>11</sup> I dansk ret er princippet udtrykt i Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2.

<sup>12</sup> Gomard (1996) s. 30 og Ussing (1950) s. 19 for dansk rets "definition" af en retlig bindende aftale. I praksis vil eksekution af kravet om opfyldelse *in natura* primært komme på tale ved speciesydelse. Ved genus har erstatningsbeføjelsen primat, som det iøvrigt er hovedreglen i anglo-amerikansk ret.

<sup>13</sup> Resultatet er naturligvis, at domstolene kun med særlig hjemmel må gå ind og justere aftaleforholdet.

<sup>14</sup> Om parternes "retsregel", Bryde Andersen (1995), s. 51

### 3.2.2. Risikofordeling i kontraktsforhold

At *pacta sunt servanda* udelukker efterfølgende begivenheder fra at blive taget i betragtning, fører til at princippet fungerer som *risikofordelingsmekanisme*. Fokus for risikobegrebet er i den foreliggende sammenhæng netop (alle typer af) begivenheder eller forhold, som først indtræder eller åbenbarer sig efter aftalens indgåelse.<sup>15</sup> Formålet er i denne henseende at afklare, hvilken af parterne i et givet aftaleforhold der skal bære byrder og tab i tilfælde, hvor ingen af dem har ansvar for begivenheden.<sup>16</sup> Princippet bidrager med andre ord til at udfylde de huller, som kontrakten måtte have efterladt, idet det placerer byrden på én af parterne. Alle begivenheder eller forhold, som åbenbarer sig efter aftalens indgåelse, lige fra almindelige prisstigninger (som er naturlige foreteelser) til forhold, som har ligget helt uden for parternes forestillingsevne, omfattes heraf. Kun hvis der er åbnet mulighed herfor i aftalen, kan risikofordelingen ændres. I det ovenfor nævnte eksempel kommer den danske kontraktspart således til at bære risikoen for valutafluktuationerne, netop fordi tabet falder hos ham.<sup>17</sup> Han er nærmest til at sikre sig mod begivenheder,<sup>18</sup> som finder sted i hans faktiske eller retlige rådighedssfære, og risikoen opretholdes indtil forpligtelsen ophører.<sup>19</sup> Udgangspunktet er, at *løftegiver* bærer risikoen for forøgelse af byrderne, i.e. præstationsomkostninger.<sup>20</sup> At *pacta sunt servanda* fører til risikofordeling, er i bund og grund en del af den klassiske aftaleretsideologi, hvor aftalen i den skikkelse, den blev indgået, ses som den centrale reguleringsmekanisme. Aftalerettens rolle er efter denne ideologi ikke at tage stilling til, om noget er retfærdigt, men at foretage en klar fordeling af rettigheder og pligter (og hermed også byrder) i aftalen. Det centrale udgangspunkt er tiden, da aftalen blev retligt bindende, nemlig tidspunktet for "meeting of the minds".

### 3.2.3. Økonomisk motivation for reglerne

*Pacta sunt servanda* og de deraf flydende løsninger må siges at være en fundamental nødvendighed for et markedsorienteret økonomisk system og det er således næppe muligt at forestille sig en velfungerende samfundsøkonomi uden dette princip.<sup>21</sup> Der skabes naturligvis mistillid og usikkerhed i omsætningen, hvis parterne i kontraktsforhold ikke kan regne med, at medkontrahenten opfylder. Manglende almindelig sikkerhed for opfyldelse vil i den forbindelse formentlig udelukke, at der tør tages risici og indgås bl.a. komplicerede og langvarige aftaleforhold og heraf vil følge kompromittering af den almindelige økonomiske effektivitet. Hensynet til medkontrahentens forventning om et vist økonomisk resultat af forholdet vejer altså tungt. Princippet tvinger parterne til kun at afgive løfter, de kan holde og til at forholde sig realistisk til situationen.<sup>22</sup> Jo mere gennemtænkt forholdene omkring transaktionen er, desto større er sandsynligheden for, at den bliver gennemført gnidningsfrit.<sup>23</sup> Det skaber klarhed og lægger ansvaret over på de kontraherende parter, som selv må sikre sig ved at

<sup>15</sup> Har parterne kendskab til forholdet før aftaleindgåelsen, vil udgangspunktet være, at det betragtes som en del af aftalegrundlaget.

<sup>16</sup> Smgl. Bryde Andersen (1995), s. 244.

<sup>17</sup> Sml. engelsk "the loss lies where it falls".

<sup>18</sup> Eller har magt til at træffe et opfyldelsesvalg, jfr. Bryde Andersen (1995) s. 245.

<sup>19</sup> Sml. købelovens §17, jfr. §§ 9-11, om risikoens overgang ved levering.

<sup>20</sup> Sml. "...risques normalement assumés par le débiteur...", jfr. van Ommeslaghe (1980) s. 40.

<sup>21</sup> Ussing (1950) s. 23f. og Bryde Andersen (1997) s. 348

<sup>22</sup> Her er det juristens rolle at forholde sig til de faktiske risici, jfr. bl.a. Bryde Andersen (1995) s. 120f.

<sup>23</sup> Men det må på den anden side heller ikke føre til de excesser, der undertiden ses i USA, hvor man søger at tage stilling til selv de mest urealistiske og absurde forhold med den konsekvens at en kontrakt kommer til at fylde flere tusind sider, jfr. Farnsworth (1990) s. 301.

vedtage vilkår, der tager højde for risiciene, idet de ved, at når aftalen er indgået og dermed blevet retligt bindende, kan der kun foretages ændringer i denne med medkontrahentens accept.<sup>24</sup> I det benyttede eksempel kunne den danske part netop have sikret sig ved at lade betalingen foregå i danske kroner eller ved at foranledige en valutaklausul indsat.

Den af *pacta sunt servanda* følgende risikofordeling understøttes tillige af retsøkonomiske betragtninger, omend begrebsdannelsen her er noget anderledes.<sup>25</sup> Risikoen fordeles (allokeres) til "the superior risk bearer", som er den af parterne, der for de laveste omkostninger kunne have sikret sig mod begivenhedens indtræden, eksempelvis ved forsikring.<sup>26</sup> Målet er at minimere transaktionsomkostningerne, således at den nytte, der flyder af aftaleforholdet, maksimeres. I retsøkonomiens betragtninger ligger der mange forsikringslignende synspunkter, idet en bevidst påtagelse af en risiko nødvendigvis skal kompenseres i form af en "præmie". Det er den risikobærende parts egen skyld, at han ikke har "forsikret" sig ved at kræve, at kontraktssummen bliver forhøjet, f.eks. svarende til udgifterne til en rigtig forsikring som dækker forholdet (hvorved risikoen spredes). Fordelingen af risici skal skabe den højeste grad af velfærd. At en kontrahent vil komme til at lide økonomisk, tilskynder ham til at være så påpasselig som mulig, hvilket skaber et mere effektivt økonomisk system.<sup>27</sup> Også disse betragtninger fører følgelig til, at *pacta sunt servanda*-princippet fastholdes, således at der i hvert fald må foreligge helt særlige forhold, hvis der skal blive tale om at fritage løftegiver.

### 3.3. Afvigelser fra grundreglen : hensynet til løftegiver

De forskellige retssystemers stillingtagen til ændrede forholds betydning for kontraksforpligtelser rummer en række modifikationer i *pacta sunt servanda*-princippet. I hovedsagen kan disse modifikationer siges at have fulgt to - til dels krydsende eller dog undertiden konvergerende - spor, som begge har romerretlige rødder.<sup>28</sup>

Det første af disse spor tager sit udgangspunkt i sætningen *impossibilia nulla est obligatio* - til det umulige er der ingen forpligtelse.<sup>29</sup> Heraf følger umuligheds-modifikationen: Medfører en (efterfølgende) opfyldeshindring, at opfyldelse bliver umulig, og har umuligheden ikke kunnet forudses (eller burde have været forudset), er aftalen uvirksom i den forstand, at der hverken er pligt til naturalopfyldelse eller til betaling af erstatning til den anden part i form af opfyldelsesinteressen. Læren om *force majeure* som opfyldelses- og ansvarsfritagende omstændighed, jfr. oven for i afsnit 3.1.2., kan ses som en (præciserende) variation over samme tema gennem kravet om, at bestemte typer af helt ekstraordinære og upåregnelige begivenheder skal være årsagen til umuligheden.

Det andet spor udspringer af glossatorernes lære om *clausula rebus sic stantibus*. Kernen i denne er, at enhver aftale anses for indgået under en antagelse (en "forudsætning") om, at forholdene skal forblive uforandrede.<sup>30</sup> Hvis en sådan forudsætning svigter, bør løftegiver derfor fritages for at opfylde sit løfte og for at betale erstatning. Omend læren i sin klassiske - meget brede - udformning for længst

<sup>24</sup> F.eks. via standard-dokumenter eller -klausuler (eksempelvis Incoterms), der særlig retter sig mod at fordele risiciene for den konkrete transaktion.

<sup>25</sup> Ulen (1996) s. 180ff og Bryde Andersen (1997) s. 51 og samme (1995) s. 54.

<sup>26</sup> Om begrebet se Posner (1979), s. 122ff.

<sup>27</sup> Smil. "...adopt cost-justified risk-avoidance or risk-minimization techniques.", jfr. Posner (1979) s. 135.

<sup>28</sup> Omend henholdsvis i den klassiske romerret ("*impossibilia...*", jfr. den umiddelbart følgende tekst) og hos de middelalderlige glossatorer ("*clausula...*"), Tamm (1991), s. 236ff.

<sup>29</sup> Jvf. Digester 50,17,185 (Celsus).

<sup>30</sup> Zweigert & Kötz (1987) s. 557f og Ussing (1950) s. 473f. I Traktatretskonventionens art. 62 findes en eksplicit udformning af *clausula rebus sic stantibus*.

er forladt, ligger det imidlertid fast, at visse af de grundlæggende synspunkter har øvet betydelig indflydelse på retssystemerne og fortsat lever i disse, således at det bl.a. anerkendes, at en "forudsætning" for løftegiver under visse særlige omstændigheder i den grad kan være svigtet ved mere kvalificerede ændringer af forholdene, at den indgåede aftale bør anses som uvirksom.<sup>31</sup>

Begge sæt modifikationer beskæftiger sig med et af kontraktsrettens grundlæggende dilemmaer. På den ene side tilsiger hensynet til omsætningen som nævnt, at en løftegiver i et gensidigt bebyrdende kontraktsforhold holdes fast på det afgivne løfte. På den anden side er det klart, at løftegivere umuligt kan tage højde for alle kommende eventualiteter og risici og disses indvirkning på ydelsesforpligtelserne. Det hensyn til løftemodtageren - og dermed til omsætningen - som i almindelighed ligger bag princippet om *pacta sunt servanda*, kan derfor tænkes krydset af et hensyn til løftegiver. Dette kan i hvert fald tænkes i det omfang, hvor princippet som følge af ændrede forhold må anses for reelt betydningsløst som tilskyndelse til udformningen af og opfyldelsen af påtagne forpligtelser. Modifikationerne er udtryk for en erkendelse af dette dilemma og for en accept af, at hensynet til løftegiver i særlige tilfælde vejer tungere end hensynet til løftemodtager.

Ved forsøg på at lokalisere mulige fælles elementer i de to sæt modifikationer er det straks iøjnefaldende, at der inden for begge lægges afgørende vægt på *intensiteten* af de skete ændringer og disses virkninger for løftegiverens forpligtelser. Ændringerne må i alle tilfælde have meget betydelig styrke og indebære omfattende - eventuelt ekstremt vidtgående - følger for løftegiveren.<sup>32</sup> Der synes dernæst overalt at blive stillet krav vedrørende ændringernes *påregnelighed*, forstået således, at løftegiveren ikke skal have kunnet - eller burde have kunnet - forudse ændringernes indtræden.<sup>33</sup> Intensitets- og påregnelighedssynspunkter spiller tillige en vigtig rolle ved de udvidelser af modifikationerne, som aktuelt foreligger i form af legale rimelighedsstandarder, jfr. oven for i afsnit 1.1., og ved anvendelsen af hardshipklausuler og -regler.<sup>34</sup> Opfattes *pacta sunt servanda* som en risikofordelingsnorm, jfr. oven for i afsnit 3.2.2., ligger det i øvrigt lige for at se denne og alle modifikationerne som de centrale bestanddele af en samlet overordnet *risikofordelingslære* i kontraktsforhold.<sup>35</sup>

### 3.4. *Doctrine of excuse og doctrine of adjustment*

I mange af de tilfælde, hvor det efter de i forrige afsnit omtalte modifikationer findes relevant at tillægge ændrede forhold retsvirkninger til fordel for løftegiveren, kan der tænkes to principielt

<sup>31</sup> I dansk ret spillede forudsætningsynspunkter en særlig rolle for *Ussing*, der bl.a. byggede væsentlige dele af misligholdelseslæren på forudsætningsbetragtninger.

<sup>32</sup> Der kan i denne forbindelse naturligvis ses på, om ligevægten eller balancen i aftalen bliver forskudt som følge af de ændrede forhold. Ved aftalens indgåelse tilstræber parterne at maksimere udbyttet af aftalen, dog kun så meget, at denne kan hentes i hus. Der opstår derfor en form for balance mellem ydelsernes relative værdi, således at begge får noget ud af forholdet. Ved indtrædelse af ændrede forhold forskubbes balancepunktet i en bestemt retning. Ikke nødvendigvis således, at den ene part tjener mere, men således at forholdet mellem ydelserne fra den anden parts synsvinkel ændres, jfr. det i teksten benyttede eksempel om den danske virksomheds leverancer til en sydøstasiatisk medkontrahent.

<sup>33</sup> Ændringerne skal normalt være udefrakommende, d.v.s. at opfyldeshindringer, som kan henføres til løftegiverens egne forhold, er uden relevans

<sup>34</sup> Det er vanskeligt med sikkerhed at indplacere udvidelserne i et af de to i teksten omtalte spor. De legale rimelighedsstandarder har i princippet en sådan bredde, at de bevæger sig langt hinsides de overleverede muligheder, men synes dog nærmest at være beslægtet med *clausula rebus sic stantibus*-synspunkter. Hardshipklausuler og -regler har mest nærliggende forbindelse med den anden gruppe. Ved påpegningen af de omtalte fælles elementer har jeg naturligvis ikke forudsat, at den nærmere stillingtagen til og vægtning af disse overalt forløber på ganske samme måde.

<sup>35</sup> Forudsætningslæren ses eksempelvis som en risikofordelingslære, jfr. *Gomard (1998) s.144* og *Bryde Andersen (1997) s.318*.

forskellige løsningsmodeller. Man kan vælge at opfatte ændringerne som *undskyldningsgrund* for løftegiveren med hensyn til naturalopfyldelse og herefter permanent eller midlertidigt fritage ham herfor og for erstatningsansvar ("*doctrine of excuse*").<sup>36</sup> Eller man kan foretrække at betragte ændringerne som *tilpasningsgrund* og herefter justere aftaleindholdet og de dermed forbundne forpligtelser for løftegiveren til den ændrede situation, således at en forskudt kontraktsbalance genoprettes ("*doctrine of adjustment*").<sup>37</sup>

Løsningen efter begge de foreliggende spor i deres traditionelle udstrækning er anvendelse af *doctrine of excuse*. Det klassiske eksempel er konstateringen af forekomsten af *force majeure* eller økonomisk *force majeure* i skikkelse af en udefra kommende, uimodståelig og upåregnelig begivenhed, som fører til umulighed eller hvad der må sidestilles dermed.<sup>38</sup> Afhængig af, om den foreliggende hindring er af permanent eller midlertidig karakter, fritages løftegiveren for naturalopfyldelse og for erstatningsansvar, eller der sker suspension af ydelsespligten, så længe hindringen består. Som det fremgår heraf, bliver der for så vidt tale om en alt-eller-intet-løsning for løftegiveren: Forkastes "undskyldningen", vil opfyldelse typisk blive mere byrdefuld sammenlignet med forholdene ved aftaleindgåelsen; accepteres den, frigøres han typisk fra enhver forpligtelse efter aftalen.<sup>39</sup>

*Doctrine of adjustment* kan tænkes at blive praktiseret ved forekomsten af hardship-klausuler eller -regler og gennem anvendelse af de i forrige afsnit omtalte legale rimelighedsstandarder.<sup>40</sup> Det er allerede fremgået, at den helt centrale forskel i forhold til *doctrine of excuse* består i, at kontraktsforholdet principielt *bevares* med justering af vilkårene.

### 3.5. Særligt om langvarige og komplekse kontraktsforhold

I visse typer af kontraktsforhold vil der kunne være et særligt behov for anvendelse af *doctrine of adjustment*. Som almindeligt karakteriserende omstændigheder anføres oftest disse forholds *langvarighed* og *kompleksitet*.

Der er næppe tvivl om, at den *tidsmæssige* placering og udstrækning af parternes opfyldelseshandlinger i forhold til tidspunktet for aftaleindgåelsen er momenter, som kan tænkes at være af væsentlig betydning i den foreliggende sammenhæng. Søges den nærmest uendelige mængde af variationer, som i disse henseender forekommer i praksis, fremstillet på en skala, vil man i dennes ene yderpunkt finde aftaler, hvor opfyldelsen fra begge sider sker gennem en enkelt handling i umiddelbar tilknytning til aftaleindgåelsen (såkaldte "momentane" aftaler), medens der i det andet forekommer dispositioner, hvor opfyldelseshandlingerne er kontinuerlige (løbende/vedvarende) og hvor aftalen ikke angiver nogen bestemt sluttermin for sit ophør. Mellem yderpunkterne ses f.eks. tilfælde, hvor opfyldelsen, selvom den kun forudsætter en enkelt handling fra hver af parterne, i en kortere eller længere periode er tidsmæssigt forskudt i forhold til indgåelsen eller hvor der forudsættes flere successive opfyldelseshandlinger inden for et bestemt tidsrum eller hvor opfyldelseshandlingerne er kontinuerlige, men inden for en nærmere angivet periode.<sup>41</sup> Det fremgår, at der i alle disse situationer er

<sup>36</sup> Jfr. om begrebet og om "*doctrine of adjustment*" Nassar (1995) s.205 ff og 216 ff.

<sup>37</sup> Da teorien omkring disse to "doktriner" er udviklet navnlig i USA, og da det er vanskeligt at fremkomme med en brugbar dansk oversættelse, vil de i det følgende blive anvendt uoversatte som "*doctrine of excuse/adjustment*".

<sup>38</sup> Listen over upåregnelige begivenheder, som typisk accepteres som årsagsfaktor, er ikke lang, jfr. for dansk rets vedkommende Lookofsky (1996) s. 123 f med hensyn til genussælgerens ansvar efter købelovens § 24.

<sup>39</sup> Sml. Grönfors (1995) s.27 f og Bryde Andersen (1997) s.327 om aftalelovens traditionelle ugyldighedsregler.

<sup>40</sup> I Danmark aftalelovens § 36 efter ændringerne ved lov nr. 1098 af 21. december 1994.

<sup>41</sup> Jfr. Gomard (1998) s. 12ff. om éngangsydelser, rateydelser og vedvarende ydelser.

tale om dimensioner af faktisk karakter.

Når tidsforholdene i de angivne henseender jævnligt er af betydning, skyldes det naturligvis først og fremmest, at jo længere opfyldelseshandlingerne rykkes ud i fremtiden, jo mere øges samtidigt mulighederne for, at forholdene ændrer sig på forskellig vis og i forbindelse hermed måske mere eller mindre indgribende påvirker balanceforholdet mellem de aftalte ydelser. Medens momentane aftaler ikke stiller særlige fordringer i forbindelse med aftaleindgåelsen til parternes planlægning omkring ydelsesafviklingen, stiller sagen sig helt anderledes, såfremt der er en eller anden ikke ganske ubetydelig tidsmæssig afstand mellem aftaleindgåelse og opfyldelse. Opereres der med meget brede eller ubestemte tidshorisonter, er situationen ofte den, at parterne på den ene side ikke kan have nogen særlig velbegrundet tro på, at forholdene vil være konstante, samtidigt med at de på den anden side - netop fordi der efter omstændighederne skal tænkes langt eller ganske langt ind i fremtiden - vil have særdeles vanskeligt ved *ex ante*<sup>42</sup> at forholde sig udtømmende og præcist til betydningen af alle fremtidige risici af mulig relevans for opfyldelsen. Omend "tid" - også i den foreliggende sammenhæng - er en faktor, der kan være af højst relativ beskaffenhed, taler jeg i det følgende om "langvarige" eller "længerevarende" kontraktsforhold, når der er en ikke ganske ubetydelig tidsmæssig afstand mellem aftaleindgåelse og opfyldelse og denne sidste fra mindst en af parternes side forudsætter flere tidsmæssigt adskilte eller kontinuerlige opfyldelseshandlinger.<sup>43</sup>

Det andet kendetegn - *kompleksitet* - er heller ikke nogen velafgrænset størrelse, som rummer mulighed for en opridsning af præcise karakteristika. Lige som ved tidsfaktoren kan der også her skitseres en skala, hvor henholdsvis "simple"/"enkle" og "komplekse" aftaler placeres i yderpunkterne. Afgørende for placeringen er først og fremmest beskaffenheden af parternes ydelser, således at aftaleforholdet, såfremt disse fremstår med et relativt veldefineret enhedspræg (er homogene), opfattes som "simpelt" eller dog som placeret nærmest det første yderpunkt. Har ydelserne fra en eller begge sider derimod sammensat eller så at sige fler- eller mangefacetteret karakter (er heterogene), stiller sagen sig modsat. Nogle få eksempler kan anskueliggøre tankegangen. Langt de fleste momentane aftaleforhold, jfr. oven for, er tillige "simple", f.eks. kontantkøb af en bestemt vare - som i sig selv godt kan være af kompliceret beskaffenhed - over disken. De gensidige ydelser vil her som regel have det nævnte enhedspræg og være ganske nøje defineret og nogle enkle udvekslingshandlinger fuldbyrder aftalen. Ved en uddybning af det oven for i afsnit 3.1.1. benyttede eksempel når man for dettes vedkommende frem til en helt anden karakteristik. Opførelsen af cementfabrikken kræver for den danske kontraktsparts vedkommende i hvert fald ydelser, som har karakter af både entreprise (byggearbejderne) og køb (levering af det fornødne maskiner). Kontraktens bestemmelser herom kan tænkes suppleret af aftaler om finansiering, om overførsel af know-how og uddannelse af personale vedrørende driften, om (bistand til) ledelse af virksomheden efter færdiggørelse (management) og om køb af virksomhedens produkter. Tilsvarende vil den asiatiske aftaleparts ydelser ikke nødvendigvis være begrænset til betaling af vederlag under og efter opførelsen. Der kan eksempelvis blive tale om at stille arbejdskraft til rådighed under arbejderne på stedet, at fremskaffe fornødne tilladelser fra lokale myndigheder eller at bistå hermed og om i forskellige faser at levere fornøden information til medkontrahenten. Hele arrangementet eller dele af dette kan i øvrigt indstøbes i en joint venture-aftale, hvor parterne i fællesskab, eventuelt i et til formålet stiftet selskab, samarbejder om opførelse og/eller

<sup>42</sup> D.v.s. på det tidspunkt, hvor aftalen blev retlig bindende.

<sup>43</sup> Nassar(1994) begrænser (s.1) begrebet til dispositioner af den sidstnævnte art ("....the performance of continuing obligations over a lengthy period of time", m.u.), men dette er, da aftaler om successiv levering ikke med sikkerhed omfattes, formentlig for snævert.



drift. Det ses umiddelbart af eksemplet, at ydelserne her har det omtalte heterogene præg, at de enkelte elementer i vid udstrækning væver sig ind i eller dog betinger hinanden, at en præcis fastlæggelse af ydelserne ofte ikke er mulig, i særdeleshed ikke for så vidt angår elementer, som har karakter af tjenesteydelser, og at opfyldelse langt fra kan ske ved enkle udvekslingshandlinger. På i princippet helt tilsvarende måde stiller sagen sig i talrige andre kommercielle relationer. Aftaler vedrørende produktion i form af underleverandøraftaler kan f.eks. tænkes udbygget med aftaler om leje eller leasing af produktionsudstyr, om anvendelse af immaterielle rettigheder, om (gensidig) udveksling af know-how og om tilrettelæggelse af produktion og leverancer efter "just in time"-principper.<sup>44</sup> I kontraktsforhold vedrørende distribution i form af f.eks. forhandler- og franchiseaftaler har parternes ydelser på ganske samme vis regelmæssigt mangefacetteret karakter (køb, anvendelse af immaterialrettigheder og know-how, løbende gensidig information og andre tjenesteydelser). Samarbejdsforhold af den pågældende karakter har i øvrigt ofte en betydelig intensitet i den forstand, at det - ved kobling med tidsfaktoren, jfr. neden for - lægger noget eller meget videregående bånd på kontraktsparternes autonomi som selvstændige erhvervsdrivende end ved momentane og simple transaktioner samtidigt med, at der fremkommer en efter omstændighederne betydelig gensidig afhængighed.<sup>45</sup>

Der er andre forhold end beskaffenheden af parternes ydelser, som kan bidrage til, at et givet kontraktsforhold opfattes som komplekst, eksempelvis antallet af deltagende parter og om det har grænseoverskridende karakter. Vigtigere end dette er imidlertid, at den sammensatte beskaffenhed af ydelserne - der, som det vil være fremgået, i sig selv er et *faktisk* moment - tillige har en *retlig* side. Ofte forholder det sig nemlig på den måde, at de enkelte delydelser retligt set ikke meningsfyldt kan isoleres fra hinanden og henføres til eller under retsreglerne vedrørende bestemte retlige kontraktstyper, f.eks. således at den danske parts ydelser i den oven for benyttede illustration splittes op og snart henføres under køberetlige regler, i andre sammenhænge under entrepriseretlige og i atter andre under finansieringsretlige etc.<sup>46</sup> Delydelserne er så at sige gået op i en højere enhed og der er opstået et kontraktsforhold af særegen type, en *innominatkontrakt*, som falder uden for det i alle retssystemer kendte katalog over retlige kontraktstyper og de for hver enkelt af disse gældende særlige regler.<sup>47</sup> Den retlige bedømmelse beror herefter - i det omfang en tilpasning overhovedet er mulig - på almindelige kontraktsretlige principper og regler uden den direkte støtte i henseende til navnlig udfyldning - herunder eventuelt med hensyn til risikofordelingen - som kontraktstyperne kan levere.<sup>48</sup> Af dette følger videre, at behovet for udførlig detailregulering i selve kontraktsdokumentet principielt er stort i aftaleforhold af den pågældende karakter.<sup>49</sup>

Komplekse aftaleforhold i den netop skitserede forstand foreligger - som de benyttede eksempler også viser - praktisk talt undtagelsesfrit som langvarige. Opfyldelse sker herefter løbende over en længere - eventuelt på forhånd ikke præcist fastlagt - periode og de præsterede ydelser har den omtalte sammensatte karakter. Da det - trods det principielle behov, jfr. oven for - både under hensyntagen til de tidsmæssige forhold og til ydelsernes beskaffenhed sædvanligvis ikke vil være muligt i kontrakterne

<sup>44</sup> Se om det sidste *Lubben (1988)*, især s. 148 ff.

<sup>45</sup> Eller ud fra en økonomisk betragtning begrænser det marked, som foreligger mellem dem og andre mulige aktører på dette.

<sup>46</sup> Tilsvarende vil det naturligvis ofte savne mening at søge at opdele det samlede forhold i et større eller mindre antal *selvstændige* aftaler om de enkelte delydelser.

<sup>47</sup> Den fyldestgørende almindelige fremstilling af kontraktsforhold af denne art foreligger hos *Schluep (1979)* s. 770 ff.

<sup>48</sup> De retlige kontraktstyper kan opfattes som reguleringsmønstre, jfr. om typerne og typedannelsen *Andenæs (1989)* navnlig s. 10 ff.

<sup>49</sup> Kontraktsdokumenterne er da også i betydelig udstrækning skræddersyede til det pågældende forhold, eventuelt med støtte i foreliggende modelkontrakter o.l., såfremt der på området har udviklet sig et vist fastere mønster.

at regulere samarbejdet og de forskellige risici i enhver detalje for hele den aftalte eller forudsatte varighed, fremstår disse i praksis i betydelig udstrækning som en slags rammeaftaler for samarbejder eller som "open-ended contracts".<sup>50</sup> På denne baggrund forudsætter kontraktsopfyldelsen derfor gennemgående en kontinuerlig interaktion mellem parterne, som i større eller mindre udstrækning kan siges at være en *ex post*<sup>51</sup> planlægning af opfyldelsen. Ofte rummer aftalerne bestemmelser, som fastlægger strukturer og processer for, hvorledes denne planlægning skal foregå, herunder hvorledes man skal gribe ændrede forhold an. Savnes sådanne bestemmelser og formår parterne ikke at forhandle sig frem til et brugbart resultat, siger det næsten sig selv, at en praktisering af *pacta sunt servanda* og *doctrine of excuse* med de deraf følgende alt-eller-intet-løsninger hyppigt vil være enten direkte meningsløs eller føre til utilfredsstillende resultater.

Forekomsten af aftaleforhold af den omtalte karakter er formentlig i kraftig vækst.<sup>52</sup> Det er vanskeligt i korthed at give en nogenlunde dækkende forklaring herpå. Antageligvis udgør teknologisk udvikling, ændrede ydelses- og dermed også afsætningsmønstre (især fremvæksten af et meget bredt spektrum af tjenesteydelser) og den såkaldte globalisering med deraf følgende skærpelser af konkurrenceforholdene nogle af de væsentlige årsagsfaktorer.

### 3.6. Relational contracts

I USA er der siden slutningen af 1960'erne pågået en omfattende diskussion af kontraktsrettens muligheder for at levere acceptable bidrag til løsningen af de særlige problemer, som foreligger ved aftaler af den i forrige afsnit omtalte art. Nogle af de fremførte synspunkter har karakter af (ansatser til) en mere sammenhængende kontraktsretsteori, som har betydelig interesse i den foreliggende forbindelse.<sup>53</sup>

I teorien opstilles to kontraktlige idealtyper: "The discrete transaction" og "the relational contract", som modstillede poler. Karakteristisk for den første er 1) udvekslingsforløbet er momentant eller strækker sig over et kort tidsrum med skarpt afgrænsede begyndelses- og sluttidspunkter, 2) ydelserne udmærker sig ved en høj grad af målbarhed og specificitet, 3) kontraktsplanlægningen foregår udelukkende *ex ante*, den er bindende, antager en meget detaljeret og sikker karakter og drejer sig alene om ydelsessubstansen, 4) indbyrdes rettigheder og forpligtelser og dermed tillige risikofordelingen er præcist normeret, 5) der eksisterer ingen gensidig afhængighed mellem parterne, som rækker ud over kontraktens og retsordenens almindelige grænser og 6) relationerne mellem parterne uden for udvekslingsforløbet er aldeles upersonlige, d.v.s. at det i princippet ikke spiller nogen rolle, hvem den anden part er. Heroverfor ses det der betegnes som "the relational contract": 1) kontraktsforholdet har lang varighed med ubestemte begyndelses- og sluttidspunkter, 2) ydelserne er

---

<sup>50</sup> Jfr. Grönfors (1995), s. 59.

<sup>51</sup> D.v.s. en løbende planlægning, som baserer sig på allerede indtrådte begivenheder.

<sup>52</sup> Jfr. Nassar (1995) s.1: "LTICT [long-term international commercial transactions] are becoming more the norm than the exception.....".

<sup>53</sup> Teorien, hvis ophavsmand er Ian Macneil, er beskrevet og publiceret i et stort antal - til dels meget omfattende - artikler op gennem 1970'erne og 1980'erne og i værket "The New Social Contract" (1980). Den har øvet betydelig indflydelse på retsøkonomisk forskning, i særdeleshed på de dele af denne, som beskæftiger sig med transaktionsomkostningernes betydning for organiseringen af samarbejde mellem virksomheder, se f.eks. - og navnlig - Williamson (1985) s.15 ff og 68 ff. Medens Macneil's synspunkter udvikles på et meget højt - til dels nærmest spekulativt - teoretisk niveau, går andre - med principielt samme ærinde - mere praktisk til værks, se f.eks. Scott (1981), hvor det (s.1091) siges, at en aftale kan betragtes som relationel ".....to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations".

partielt eller overvejende vanskeligt mål- og specificerbare, f.eks. tjenester, 3) kontraksplanlægningen *ex ante* drejer sig mindre om ydelsessubstans end om tilrettelæggelse af strukturer og processer, som kan sikre et fleksibelt forløb af opfyldelsen, men planlægningen kan netop af hensyn til tilpasningsbehovet også foregå *ex post*, 4) rettigheder og forpligtelser er upræcist normeret og der er ingen sikker endelig allokering af risici, 5) der er en vidtgående gensidig afhængighed og stærke ønsker om fortsat samarbejde og 6) relationerne mellem parterne antager klart i større eller mindre grad personlig karakter, d.v.s. at det er af væsentlig betydning, hvem den anden er.<sup>54</sup>

Som bemærket er der tale om idealtyper og disse forekommer næppe i virkelighedens verden. I denne vil man derimod se, at alle kontraksforhold indeholder kombinationer af træk fra idealtyperne, d.v.s. at ethvert virkeligt forekommende kontraksforhold kan placeres på en skala, som strækker sig fra den ene pol til den anden, og at det alt efter omstændighederne udviser overvejende diskrete eller relationelle træk.<sup>55</sup> Det opfattes nu som et væsentligt problem, at den almindelige kontraksret som indeholdt i retsordenen og fremstillet i den kontraksretlige doktrin fokuserer på "discrete transactions" og således går ud fra, at parterne altid kan og bør indkalkulere enhver fremtidig risiko og at partsbindingerne opstår på én gang gennem et "grand meeting of minds". Der tages stort set ikke hensyn til "relational contracts". Følgerne heraf er, at den almindelige kontraksret i voksende omfang i takt med ændrede kontraktlige samarbejds mønstre er blevet uegnet til løsningen af sådanne kontraksproblemer og -konflikter, som i overvejende grad har deres udspring i eller præges af de relationelle elementer i kontraksforhold. Hvor spørgsmålet om kontraksophør eller -tilpasning som følge af f.eks. ændrede forhold efter den traditionelle kontraksret har den oprindelige aftale som referencepunkt, er dette efter "a truly relational approach" hele forholdet (relationen), således som dette har udviklet sig frem til det tidspunkt, hvor forandringerne indtrådte.<sup>56</sup>

Det fremgår, at teorien beskæftiger sig med og til dels også forklarer de særlige problemer, som er knyttet til forekomsten af langvarige og komplekse kontraksforhold, jfr. forrige afsnit. For at komme uden om det foreliggende dilemma peges der på løsninger, som entydigt fører frem til *doctrine of adjustment*, nemlig for det første på, at parterne i forhold, som overvejende præges af relationelle elementer, i konflikttilfælde bør søge at styre uden om de almindelige domstole for at undgå alt-eller-intet-løsninger, f.eks. ved anvendelse af mediation og/eller voldgift. For det andet - og vigtigere - bør parterne med henblik på at imødekomme behovet for kontraksjusteringer udforme deres aftale således, at der i denne fastlægges strukturer og procedurer gennem hvilke sådanne justeringer vil kunne foretages, uden at forholdets eksistens sættes på spil. Heri ligger en central pointe: I tilfælde af uenighed og konflikt er det i relationelle forhold gennemgående parternes ønske, at samarbejdet fortsættes og hensynet hertil prioriteres i overvejende grad over hensynet til andre værdier, f.eks. til umiddelbar profitmaksimering.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Som beskrevet hos Macneil (1974/75) s.632 ff.

<sup>55</sup> Meningen med "discreteness" i den foreliggende sammenhæng er "adskilthed" i den forstand, at en transaktion kan isoleres fra alt andet, som før, samtidigt eller efter afviklingen foreligger mellem parterne.

<sup>56</sup> Macneil (1978) s.890. Kritikken rettes i første række mod, hvad der betegnes som "classical contract law" og det medgives, at der efter visse nyere regler i navnlig Uniform Commercial Code og Restatement (Second) of Contracts (1979) (samlet betegnet som "neoclassical contract law") er forskellige muligheder for i højere grad end tidligere at tage hensyn til relationer mellem parterne uden for transaktionen (smst. s.875 f).

<sup>57</sup> Her er der overensstemmelse med Macaulay's bekendte retssociologiske undersøgelser over kontraksrettens (manglende) betydning i visse længerevarende kommercielle samarbejdsforhold, se navnlig Macaulay (1963) s. 55 ff.

## 4. ÆNDREDE FORHOLDS BETYDNING EFTER GÆLDENDE RET

### 4.1. Indledning

I dette kapitel fremstilles hovedtræk af de gældende regler om ændrede forholds betydning i forskellige retssystemer. Udover Danmark/Skandinavien inddrages en række af de centrale retsordener samt reglerne i CISG, idet formålet er at tegne et billede af ligheder og forskelle. Opmærksomheden rettes navnlig mod spørgsmålet om, i hvilket omfang *doctrine of adjustment* eventuelt har vundet indpas, i særdeleshed i tilfælde som vil kunne karakteriseres som hardship i den tidligere omtalte forstand, d.v.s. hvor kontraktsbalancen som følge af (uforudsete) ændrede forhold har ændret sig væsentligt.

### 4.2. Komparativ gennemgang af nationale regler

#### 4.2.1. Danmark

##### 4.2.1.1. Regler om *force majeure* o.l.

I Danmark antages bestemmelsen i købelovens § 24 om genussælgerens ansvar for forsinkelse at udtrykke et almindeligt obligationsretligt princip, således at genusdebitorer, såfremt andet ikke er aftalt, anses for ansvarlige for ude fra kommende opfyldelseshindringer, medmindre disse har karakter af artsumulighed og betinges af omstændigheder af kvalificeret ekstraordinær beskaffenhed (*force majeure*), som parterne sædvanligvis ikke kan tage i betragtning ved aftalens indgåelse ("upåregnelig umulighed").<sup>58</sup> Er betingelserne opfyldt, *fritages* debitor permanent eller midlertidigt for erstatningsansvar (og for naturalopfyldelse), d.v.s. at løsningen følger *doctrine of excuse*.

Eksemplifikationen i § 24 i.f. af omstændigheder af den nævnte helt ekstraordinære karakter, som kan føre til fritagelse, er ikke særlig omfattende (hændelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, krig, indførselsforbud eller lignende) og bestemmelsens anvendelse i praksis har da gennemgående også været meget restriktiv.<sup>59</sup> Af særlig interesse i den foreliggende forbindelse er det, at den krævede artsumulighed ikke nødvendigvis behøver at være af bogstavelig karakter. Den kan efter doktrinen - og formentlig også efter praksis - manifestere sig som *relativ* i den forstand, at overvindelse af den foreliggende hindring vel er mulig, men vil kræve så uforholdsmæssige økonomiske ofre, at forholdet bør sidestilles med bogstavelig umulighed og kontraktsdebitor følgerig *fritages* for ansvar (økonomisk *force majeure*). For så vidt angår *den almindelige varéhandel* antages, hvad der i denne sammenhæng betegnes som "offergrænsen", imidlertid at ligge meget højt, i særdeleshed såfremt den øgede økonomiske byrde skyldes generelle pris- og omkostningsstigninger, medens der

<sup>58</sup> Jfr. Gomard (1995) s. 46 ff og 170 ff. Der er ikke dog enighed om, hvorvidt § 24 udtrykker et krav om, at der *både* skal foreligge objektiv umulighed og at denne umulighed skal bero på en *force majeure*-situation, eller om det er tilstrækkeligt, at der *enten* er tale om objektiv umulighed *eller* om at (arts-)hindringen er *begrundet i force majeure*, se på den ene side Gomard (1995) s.172 og på den anden Nørager-Nielsen & Theilgaard (1993) s. 320 f. § 24 har sidestykker i anden lovgivning, se således gældsbrevslovens § 7, stk. 3 og sølovens § 352, stk.3. Det følger af købelovens §§ 43, stk.3 og 30, stk. 1, at § 24 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af henholdsvis mangler ved salgsgenstanden og køberens forsinkelse med betaling af købesummen. Ansvarets strengthed begrundes især med omsætningshensyn, se f.eks. Gomard (1995), s. 48 og Nørager-Nielsen & Theilgaard (1993), s.354 f

<sup>59</sup> Se behandlingen hos Nørager-Nielsen & Theilgaard (1993) s. 330 ff og 340 ff og hos Gomard (1995) s. 173 f af forskellige kategorier af hindringsårsager.

måske ses noget mere lempeligt på situationer, hvor en enkeltstående *force majeure*- begivenhed fører til en kraftig forøgelse af omkostningerne.<sup>60</sup> I tilfælde af den førstnævnte art, som givetvis forekommer langt hyppigere end de sidste, vil selv en flerdobling af priserne - eller på købersiden meget betydelige fald i disse - efter praksis ikke føre til ansvarsfritagelse.<sup>61</sup> Ses kontraktbalancespørgsmålet alene i den enkelte aftales perspektiv, er det resultat, som må forventes i sager inden for det nævnte område, således udtryk for, at fritagelsesmuligheden efter § 24 tidligst vil kunne tænkes at blive operativ, efter at balancen i helt afgørende - muligvis ekstrem - grad er blevet forrykket.<sup>62</sup>

Kommer man uden for den almindelige varehandels område, er det omsætningsmæssigt betingede behov for en restriktiv anvendelse af fritagelsesmulighederne naturligvis mindre. I doktrinen er opfattelsen da også gennemgående den, at der her bør opereres med mindre strenge betingelser og eventuelt praktiseres mellemløsninger ad modum *doctrine of adjustment* såsom forhøjelse af vederlaget eller udsættelse af tiden for opfyldelse af aftalen.<sup>63</sup> Spørgsmålet har især været drøftet med hensyn til opfyldelsen af langvarige (vedvarende) aftaler, der rammes af betydelige (upåregnelige) pris- eller omkostningsstigninger, som i væsentlig grad forrykker det forretningsmæssige grundlag for debitor. Den foreliggende - ret beskedne - retspraksis på dette område synes imidlertid ikke klart at følge doktrinens anbefalinger, snarere tværtimod.<sup>64</sup> På et særligt område - entreprise - hjemles der derimod, til dels i overensstemmelse med disse, ved forekomsten af visse vanskeligheder for arbejdets udførelse adgang til fristforlængelse for entreprenøren i videre udstrækning end princippet i købelovens § 24 hjemler ansvarsfritagelse, jfr. AB 92 § 24.<sup>65</sup>

#### 4.2.1.2. Aftalelovens § 36

Efter generalklausulen i aftalelovens § 36, stk. 1 kan en aftale ændres eller tilsidesættes helt eller

<sup>60</sup> Jfr. Gomard (1995) s. 48, Nørgaard-Nielsen & Theilgaard (1993) s. 352 f og Lookofsky (1996) s. 124. Som anført af Nørgaard-Nielsen & Theilgaard anf. st. findes der inden for den almindelige varehandel ingen dansk (eller norsk og svensk) dom, som har fritaget en sælger for ansvar alene med den begrundelse, at opfyldelse pålægger ham en eksorbitant økonomisk byrde. Accepten af økonomisk *force majeure* som mulig ansvarsfritagelsesgrund følger derfor alene af forudsætninger i domspræmisserne, se f.eks. den i den følgende note omtalte højesteretsdom fra 1977.

<sup>61</sup> De fleste af de foreliggende afgørelser vedrører kraftige prisstigninger eller -fald i forbindelse med krig eller mere omfattende krisesituationer, se fra ældre praksis UfR 1917/430 H (prisstigning på ca. 75 pct), 1921/277 H (prisfald på ca. 50 pct) og 1922/858 H (prisstigning på knap 500 pct) og fra nyere tid 1975/588 H og 1977/641 H (prisstigning på 25-30 pct). Med udgangspunkt i dommen fra 1922 må det antages, at den absolutte økonomiske konsekvens for debitor indgår i bedømmelsen.

<sup>62</sup> Jfr. Nørgaard-Nielsen & Theilgaard (1993) s.354 f som bl.a. begrundet den meget strenge linie i disse sager med, at prisstigninger i den almindelige (spekulationsprægede) varehandel som følge af den almindelige prisudvikling, herunder stigende produktionsomkostninger, inflation og kursbevægelser for valuta, ikke blot påvirker den enkelte kontrakt, men er et generelt forhold i en begrænset overgangsperiode, som hver af parterne (afhængig af, om der er tale om en stigning eller et fald) må bære risikoen for. Det antages i tilknytning hertil, at ansvarsfritagelse kun bør ske, når prisudviklingen er så voldsom, at forholdet falder ind under aftalelovens § 36, jfr. videre neden for i det følgende afsnit.

<sup>63</sup> Jfr. Ussing (1967) s. 82 f, Gomard (1995) s. 49 ff og Nørgaard-Nielsen & Theilgaard (1993) s.360 f. Gomard fremhæver anf. st., at det ikke med gyldighed for alle kontraktstyper kan fastslås, hvilke usædvanlige begivenheder der er en ansvarsbefriende *force majeure*, og at grænserne for, hvor stærke og uforudseelige omkostninger debitorer er forpligtet til at bære, afhænger både af kontraktens almindelige karakter og af indholdet og særlige omstændigheder ved indgåelsen af den enkelte kontrakt.

<sup>64</sup> Se på den ene side UfR 1921/37 Ø, men heroverfor (især) 1951/759 H og 1987/711 V samt om vejbidrag 1956/281 H og 1959/404 Ø. 1921-dommen er dog næppe noget godt præjudikat, da brugerne måtte antages stiltiende at have affundet sig med den af forsyningsvirksomheden (som følge af forholdene under 1. verdenskrig) betingede højere pris. Noget andet er, at væsentlige (upåregnelige) ændringer i vedvarende kontraktforhold måske kan danne grundlag for en adgang til (ekstraordinær) opsigelse af aftalen, jfr. bemærkningen om prøvelsesgrundlaget i højesteretsdommen fra 1951. I voldgiftspraksis er tilbøjeligheden til at acceptere ændrede forholds relevans og til at søge frem mod en mellemløsning muligvis større end i retspraksis, se Ussing (1967) s.82.

<sup>65</sup> De fristforlængende forhold angives som vejr, som for årstiden og egnen er usædvanlig dårligt, strejke eller andre forhold over hvilke entreprenøren ikke er herre.

delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Af bestemmelsens stk. 2 fremgår, at der ved afgørelsen tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.<sup>66</sup> Ordlyden af § 36 giver således utvivlsomt mulighed for anvendelse af *doctrine of adjustment*, f.eks. - og navnlig - på den måde at et aftalt vederlag forhøjes eller nedsættes, fordi pris- og omkostningsudviklingen efter aftalens indgåelse har haft en helt uforudset karakter, som må antages at have forrykket kontraktsbalancen væsentligt.

Den nævnte mulighed indebærer naturligvis, at det bliver særdeles vigtigt at fastlægge forholdet mellem princippet i købelovens § 24 og aftalelovens § 36 nogenlunde præcist. De omsætnings- og risikofordelingssynspunkter, som ligger bag § 24, vil i større eller mindre udstrækning blive undergravet, såfremt der i kommercielle forhold med udgangspunkt i § 36 skulle bestå en almindelig adgang for domstolene til at indrømme fritagelse for eller ændring af påtagne kontraktlige forpligtelser, hvis forholdene har forandret sig efter aftaleindgåelsen, også selvom forandringerne har væsentlig karakter. Dette gælder frem for alt i det, der i forrige afsnit er betegnet som den almindelige varehandel. Accepteres de omtalte synspunkter, må hensynet til konsistens i retssystemet derfor nødvendigvis betinge, at anvendelsen af § 36 i kommercielle sammenhænge - også i ændringsmæssig henseende - reserveres nogle helt ekstraordinære undtagelsessituationer.<sup>67</sup>

Denne forståelse af forholdet mellem de to bestemmelser stemmer med forarbejderne til § 36 og med retspraksis. Efter forarbejderne skal § 36 i første række give mulighed, dels for beskyttelse af præsumptivt "svage" kontraktsparter, i særdeleshed forbrugere vis-à-vis erhvervsdrivende, dels for at udgøre et supplement til de mere specifikke ugyldighedsbestemmelser i aftalelovens §§ 28-33. Nogen almindelig rimelighedscensur med kommercielle aftaler var ikke forudsat og det udtales videre udtrykkeligt i forarbejderne til de i 1994 gennemførte ændringer i aftaleloven - bl.a. vedrørende § 36 - at der bør udvises særlig tilbageholdenhed med at ændre aftalevilkår i rene erhvervsforhold, hvor aftalen bl.a. bygger på økonomiske og risikomæssige overvejelser.<sup>68</sup> Fra retspraksis kendes ganske vist eksempler på, at § 36 er blevet benyttet, dels til at frigøre mindre erhvervsdrivende for meget tyngende forpligtelser over for formodet "stærkere" kontraktsparter, dels til indgreb vedrørende bestemte typer af kontraktsvilkår, der så at sige ofte på forhånd vil være suspekte, fordi de rummer mulighed for løsninger, som radikalt afviger fra kontraktserstatningsrettens almindelige regler.<sup>69</sup> Derimod foreligger der ikke afgørelser, som bringer § 36 i anvendelse i tilfælde, hvor ændrede forhold i større eller mindre udstrækning forrykker det almindelige forretningsmæssige grundlag for aftalen, f.eks. i form af (væsentlige) pris- eller omkostningsstigninger, kursudsving, rentestigninger eller -fald o.l., og derved gør opfyldelsen af denne væsentlig mere byrdefuld for den ene af parterne.<sup>70</sup> Specielt for så vidt angår

<sup>66</sup> Hjemmelen til foretagelse af ændringer i indgåede aftaler indsattes ved lov nr. 1098 af 21. december 1994.

<sup>67</sup> Jfr. oven for i note 53. Rimelighedshensyn indgår principielt ikke i bedømmelsen efter § 24. Sml. i øvrigt Gomard (1996) s. 184 f, hvorefter § 36 (sammen med aftalelovens § 33) fungerer som en sikkerhedsventil, "der kan redde situationen, hvor en vurdering efter almindelige kontraktregler om fortolkning, vedtagelse, ugyldighed, misligholdelse m.m. ville føre til at fastholde en kontrakt uændret, og hvor dette ville være et uacceptabelt - urimeligt - resultat....".

<sup>68</sup> Bemærkningerne til ændringslovforslaget i Folketingstidende 1994-95, till.A sp.325 ff, jfr. Nørgaard (1992) s. 105 ff (som der henvises til i bemærkningerne), især s.107-108.

<sup>69</sup> De mest markante afgørelser i den første kategori er højesteretsdommene i UfR 1988/1036 og 1042 om benzinforhandleraftaler, jfr. Riis i UfR 1989 B/227 ff. Den anden kategori omfatter navnlig vedtagelser om ansvarsfraskrivelse og konventionalbod. Afvigelserne fra kontraktserstatningsrettens almindelige regler skal her være af en sådan karakter, at der opstår klart urimelige resultater, jfr. UfR 1977/306 H, 1984/702 Ø og 1995/898 H.

<sup>70</sup> Jfr. Munchs bemærkninger i UfR 1981 B/299 (kommentar til den i flere henseender særegne afgørelse i UfR 1981/300 H) om, at anvendelsen af § 36 navnlig på aftaler mellem forretningskyndige personer må være en absolut undtagelse. Hvad der i et konkret foreliggende tilfælde kan forekomme mindre rimeligt, kan modsvares af en fordel, som den anden part ville have opnået i en anden og måske sandsynligere situation og dette kan være taget i betragtning af parterne ved

langvarige kontraktsforhold anerkendes det nok i doktrinen, at der her efter omstændighederne kan være (særlig) grund til frigørelse for det aftalte/kontraktsjustering, såfremt forholdene har ændret sig væsentligt, men retspraksis rummer ikke eksempler på accept af dette synspunkt i almindelige kommercielle relationer.<sup>71</sup>

#### 4.2.1.3. Forudsætningssynspunkter

Løftegiverens forudsætninger i tilknytning til aftaleindgåelsen antages efter den såkaldte "forudsætningslære" at kunne tillægges betydning, således at han, såfremt en forudsætning viser sig at have været *urigtig* eller at være *bristet*, enten frigøres for sine forpligtelser eller får disse modificerede. Den herskende udformning af forudsætningslæren - der opfatter denne som nogle almene (og ulovbestemte), vejledende synspunkter om, hvem af kontraktsparterne som bør bære risikoen for, at en forudsætning svigter (er urigtig/bristet) - opstiller tre betingelser for, at en forudsætning på denne måde kan have *relevans*.<sup>72</sup> Forudsætningen skal for det første have været *bestemmende* for løftegiveren i den forstand, at han ikke ville have afgivet løftet, såfremt han havde vidst, at forholdene var anderledes eller ville udvikle sig anderledes, end han gik ud fra, da han bestemte sig til at afgive sit løfte. Dernæst må det have været *kendeligt* for løftemodtageren, at forudsætningen havde afgørende betydning for løftegiveren.<sup>73</sup> Endelig kræves det, at *risikoen* for, at forudsætningen svigter, bør påhvile løftemodtageren. Dette sidste krav ses som forudsætningslærens hovedbetingelse og det anføres, at hovedopgaven for forudsætningslæren netop består i at angive almindelige retningslinier for fordeling mellem kontrahenterne af risikoen for vanskeligheder, som er en følge af fejltagelser (vildfarelser) ved kontraheringen eller af ændrede forhold.<sup>74</sup> Der kan i denne forbindelse nok skeles til, hvad parterne ville have aftalt, såfremt de havde været opmærksomme på spørgsmålet ved aftaleindgåelsen, men da dette ofte ikke kan fastlægges med nogenlunde sikkerhed eller vil give tilfældige resultater, bør der, hvor formodninger af den nævnte art ikke fører til et resultat, ses på, hvad der i det konkrete tilfælde findes at være en hensigtsmæssig og rimelig ordning med hensyn til, hvem af parterne der er nærmest til at bære risikoen, idet der herved bygges på objektive kriterier.<sup>75</sup> Er alle betingelser opfyldt og forudsætningen dermed retlig relevant, består retsfølgen som nævnt i, at aftalen i sin helhed eller delvist findes *uvirksom*, således at løftegiveren helt eller delvist frigøres fra denne, eller eventuelt i at aftalen tilpasses ændrede forhold.<sup>76</sup>

Med det skitserede almindelige indhold synes der efter forudsætningslæren principielt at være plads

---

aftalens indgåelse. Se videre Gomard (1996) s.186 og UfR 1990/65 H.

<sup>71</sup> Jfr. Andersen & Nørgaard (1993) s.198 f og Gomard (1996) s.189. De foreliggende afgørelser om langvarige aftaler vedrører i hovedsagen ikke-kommercielle relationer, se om lejeforhold UfR 1977/809 Ø og 1985/714 H og om leje af sommerhusgrund 1987/711 V. Såfremt aftaleloven på tidspunktet for sidstnævnte sags pådømmelse havde indeholdt hjemmel til ændring, er det nærliggende at antage, at årslejen ville være blevet forhøjet. I UfR 1986/242 Ø nedlagdes der bl.a. påstand om tilsidesættelse af en hjemfaldsklausul i et skøde vedrørende en erhvervsgrund, som var steget væsentligt i værdi siden købet. Påstanden afvises med henvisning til risikosynspunkter.

<sup>72</sup> Jfr. Gomard (1996) s. 212 ff og sml. Ussing (1950) s.461 ff.

<sup>73</sup> Kravet om determinering vurderes som udgangspunkt individuelt, men ellers under hensyntagen, dels til hvad fornuftige folk i løftegivers sted ville have ment, dels til rimelighed. Ved en stillingtagen til kendeligheds-betingelsen ses der bort fra individuelle forudsætninger, medmindre løftemodtageren er blevet gjort opmærksom på eller har burdet indse forudsætningens eksistens og betydning, jfr. Gomard (1996) s.213.

<sup>74</sup> Jfr. Gomard (1996) s. 215 og oven for note 29 om forudsætningslæren som risikofordelingslære.

<sup>75</sup> Jfr. Gomard (1996) s. 208 og 215 ff om subjektiv og objektiv forudsætningslære og bemærkningerne smst. s.202 om hvem af parterne der er "nærmest", sml. den noget fyldigere fremstilling hos Ussing (1950) s. 467 ff, hvor det bl.a. ud fra et omsætningssynspunkt fremhæves, at domstolene i videst muligt omfang bør opstille bestemte regler for, under hvilke betingelser forudsætninger er relevante.

<sup>76</sup> Jfr. om det sidste Gomard (1996) s. 218 og Ussing (1950) s. 479.

for en anvendelse af *doctrine of adjustment* i tilfælde, hvor en kontraktsparts forudsætninger for kontraheringen er bristet, fordi forholdene efter denne har forandret sig i uforudset retning og opfyldelsen af aftalen af den grund er blevet mere byrdefuld. Der opstår derfor på samme måde som ved aftalelovens § 36 behov for at afklare forholdet mellem princippet i købelovens § 24 og forudsætningslæren. I doktrinen er opfattelsen den, at der inden for princippet umiddelbare anvendelsesområde i dette er gjort op med mulighederne for at fritage løftegivere for følgerne af ændrede forhold eller for at lempe deres forpligtelser. Gøres forudsætningssynspunkter gældende i andre kommercielle relationer, antages det videre, at der i sådanne tilfælde må formuleres parallelle krav, d.v.s. at ændringerne skal være af usædvanlig karakter og af indgribende beskaffenhed.<sup>77</sup> Af samme grunde som anført i forrige afsnit vedrørende brugen af § 36 på kommercielle aftaler forekommer denne opfattelse at være af utvivlsom rigtighed. Der vil herefter næppe være grundlag for at tildele synspunkter vedrørende bristede forudsætningers relevans nogen selvstændig rolle ved opfyldelsesvanskeligheder, herunder af økonomisk karakter, inden for den almindelige varehandel, lige som forudsætningslærens anvendelsesmuligheder med henblik på at afbøde virkningerne af ændrede forhold i kommercielle aftaler uden for dette område må antages at være begrænset til helt ekstraordinære tilfælde.<sup>78</sup>

Retspraksis fra de seneste årtier rummer et efter forholdene ikke helt ubetydeligt antal illustrationer på forudsætningslærens anvendelse i tilfælde af bristede forudsætninger, også i kommercielle relationer.<sup>79</sup> Ingen af de trufne afgørelser synes at bevæge sig uden for de umiddelbart oven for skitserede rammer og det kan i hvert fald fastslås med betydelig sikkerhed, at der efter den aktuelle retstilstand normalt ikke med udgangspunkt i forudsætningslæren ved domstolenes hjælp vil kunne etableres kontraktstilpasning - endsige kontraktsfrigørelse - ved væsentlig forrykkelse af kontraktsbalancen som følge af stigninger i priser, omkostninger o.l.<sup>80</sup>

#### 4.2.1.4. Sammenfatning vedrørende retstilstanden i Danmark

Retstilstanden i Danmark er i helt overvejende grad udtryk for, at der ved forekomsten af ændrede forhold og deraf følgende opfyldeshindringer/-vanskeligheder opereres med alt-eller-intet-løsninger a.m. *doctrine of excuse*. Frigørelsestærsklen ligger i overensstemmelse med princippet i købelovens § 24 meget højt. Der består ganske vist både efter rimelighedsstandarden i aftalelovens § 36 og efter forudsætningslæren en principiel mulighed for praktisering af *doctrine of adjustment*. Kravene hertil

<sup>77</sup> Jfr. Gomard (1996) s. 212 og 218 og Ussing (1950) s. 479 med henvisning til Obligationsrettens Alm. Del. 3. udg. (1946) s. 82 ff.

<sup>78</sup> Det vil være fremgået, at aftalelovens § 36 og forudsætningslæren overlapper hinanden. Det er vanskeligt på grundlag af den foreliggende retspraksis og de foreliggende fremstillinger i doktrinen at sige noget præcist om det indbyrdes forhold, men det er muligvis rigtigt, som det anføres af Nørgaard (1993) s.211, at der snarere er en tilbøjelighed til anvendelse af forudsætningssynspunkter - eller måske rettere det tankeskema som forudsætningslæren indeholder - i kommercielle forhold. I en række af de i retspraksis afgjorte sager var der alene nedlagt påstand om fritagelse/lempelse med udgangspunkt i forudsætningsbetragtninger. Det forekommer i øvrigt sandsynligt, at i jo højere grad rimelighedssynspunkter skydes i forgrunden, jo mere må det almindelighed antages, at forudsætningslæren aftager i betydning i forhold til § 36.

<sup>79</sup> Afgørelserne i UfR 1978/973 V, 1981/1070 Ø, 1985/334 H, 1987/751 H, 1989/412 V, 1995/243 V, 1995/277 H, 1996/779 H og 1996/1625 H

<sup>80</sup> Højesteretsdommene i UfR 1985/334, 1995/277 og 1996/1625, som drejede sig om kommercielle forhold, accepterede alle de bristede forudsætningers relevans. Medens der i 1985-afgørelsen var sket en fuldstændig forrykkelse af en købers pris- og brugsmæssige forudsætninger på grund af forhold, som det klart var indiceret at pålægge sælgeren risikoen for, havde den ændrede situation i 1995-sagen i højere grad *force majeure*-lignende karakter (indgreb fra konkurrencemyndighederne). I 1996-afgørelsen var det på tilsvarende måde følgerne af offentlig regulering, som aktiverede forudsætningssspørgsmålet. UfR 1995/277 H er i øvrigt også interessant som eksempel på kontraktskorrektion.



synkroniseres imidlertid med betingelserne for frigørelse efter princippet i § 24 og såvel § 36 som forudsætningslæren kan i kommercielle forhold herefter kun tænkes at blive aktuelle i helt ekstraordinære tilfælde. Der findes for sådanne forholds vedkommende ikke eksempler i dansk retspraksis på særlig hensyntagen til betydningen af ændrede forhold i langvarige, komplekse kontraktsforhold, ligesom diskussionen om "relational contracts" ikke har sat sig spor i dansk doktrin og praksis.

#### 4.2.2. Norge og Sverige

##### 4.2.2.1. Købelovgivningen

Den hidtidige nordiske retsenhed på køberettens område ophørte i slutningen af 1980'erne efter vedtagelsen af nye købelove i Norge og Sverige med forlæg i CISG, jfr. om denne neden for i afsnit 4.2.7.<sup>81</sup> Af relevans for den foreliggende problemstilling er i begge lande på sælgersiden først og fremmest bestemmelserne i de respektive købeloves §§ 27 og 40 (sælgers erstatningsansvar ved henholdsvis forsinkelse og faktiske mangler) og på købersiden § 57 (købers erstatningsansvar ved forsinkelse med betalingen). Da der henvises til § 27 i §§ 40 og 57, er § 27 den centrale bestemmelse.<sup>82</sup>

Efter § 27, stk. 1 har køberen ret til erstatning for det tab, han lider på grund af sælgerens forsinkelse (§ 40: Faktiske mangler), medmindre sælgeren godtgør, at forsinkelsen beror på en hindring uden for hans kontrol, som han ikke med rimelighed kunne forventes at have taget i betragtning ved købeaftalens indgåelse og hvis følger han heller ikke med rimelighed kunne have undgået eller overvundet. Der er således tale om et ansvar uden culpa (et såkaldt "kontrolansvar"). Det er imidlertid ikke aldeles klart, hvorvidt de anførte betingelser for fritagelse i almindelighed rækker videre end betingelserne efter de ældre købeloves § 24 (svarende til den gældende danske købelovs § 24, jfr. oven for i afsnit 4.2.1.1.). I norsk og svensk doktrin synes den overvejende opfattelse at være den, at spørgsmålet må besvares bekræftende. Kerneområdet for § 27 antages - som efter den ældre lovgivnings § 24 - at være de klassiske *force majeure*-situationer, d.v.s. at hindringen skal være både ekstraordinær og upåregnelig. Men det anses dog ikke for udelukket, at "hindrings-" og "kontrol"-betingelserne i § 27 i et vist begrænset omfang kan indebære videregående ansvarsfritagelsesmuligheder for sælgeren end hidtil kendt - i særdeleshed derved, at der ikke opereres med fuldt så strenge krav i henseende til hindringsårsagens intensitet og gennemgribende (almene) virkninger.<sup>83</sup> Økonomisk *force majeure* ses i princippet som omfattet af bestemmelsen, i hvert fald i tilfælde hvor stærke (men ikke uovervindelige) pris- og/eller omkostningsstigninger kan føres tilbage til en ekstraordinær hændelse og efter omstændighederne måske også, såfremt sådanne foreligger per se.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Norge: Lov nr. 27 af 13. maj 1988 om kjøb. Sverige: Köplag, SFS 1990:931, af 6. september 1990. Også retstilstanden i Finland er ændret i overensstemmelse med CISG, jfr. Köplag (nr. 355) af 27. marts 1987. Derimod er der ingen ændringer i de til dansk ret svarende islandske regler.

<sup>82</sup> Medens der praktisk talt foreligger identitet i indholdet af lovenes §§ 27 og 40, er dette ikke ganske tilfældet med hensyn til § 57. Begge loves § 23 afskærer - med noget divergerende formuleringer - køberen fra at kræve naturalopfyldelse, såfremt der foreligger hindringer, som sælgeren ikke kan overvinde, eller såfremt opfyldelse vil forudsætte sådanne omkostninger for sælgeren, som ikke er rimelige henset til (Norge: står i væsentligt misforhold til) køberens interesse i naturalopfyldelse. Selvom betingelserne i § 23 er opfyldte, er erstatningsansvar efter § 27 ikke udelukket.

<sup>83</sup> Se hertil og til det umiddelbart følgende Hellner (1989) s.138 f og (1991) s. 148 f, Hagström (1995) s.580 ff og Ramberg (1995 A) s. 346 ff. For species-sælgeren, hvor den ældre købelovgivning opererede med et præsumptionsansvar (lovenes § 23 svarende til gældende dansk købelovs § 23), er ansvaret naturligvis klart videregående. Foreligger der culpa hos sælgeren, er der altid ansvar, se den norske lovs § 27, stk.5 og den svenske lovs § 27, stk.4.

<sup>84</sup> Jfr. navnlig Hagström a.a. s. 581 om den skønsmæssige bedømmelse af, om offergrænsen er passeret, herunder bl.a.

Det fremgår, at § 27 lige som den ældre lovgivning går ud fra *doctrine of excuse*. Uanset om de omtalte videregående muligheder for at undgå erstatningsansvar accepteres eller ej, må det formentlig antages, at den blotte (væsentlige) forrykkelse af kontraktsbalancen som følge af ændrede forhold, kun helt undtagelsesvis vil kunne åbne op for fritagelse.

#### 4.2.2.2. Aftalelovens § 36. Forudsætnings synspunkter

§ 36 i de norske og svenske aftalelove har praktisk talt samme indhold som den tilsvarende danske bestemmelse.<sup>85</sup> Der er således principielt samme mulighed for anvendelse af *doctrine of adjustment*, hvis forholdene har forandret sig væsentligt efter aftaleindgåelsen. Der synes imidlertid i norsk og svensk praksis at råde en med danske forhold parallel tilbageholdenhed med hensyn til kontraksjustering i kommercielle relationer - også hvor der er tale om langvarige aftaler - således at der, når parterne må antages at være jævnbyrdige, kun skrives til ændring (tilpasning) af aftalevilkår i ekstreme tilfælde. Også i norsk og svensk doktrin understreges - bl.a. med hensyntagen til konsekvenserne af købelovens § 27 - behovet for som helt overvejende hovedregel at undgå anvendelse af § 36 til korrektion af risikofordelingen eller følgerne af denne i kommercielle aftaler.<sup>86</sup> Der vil herefter næppe i almindelighed være basis for ændring efter § 36, selvom kontraktsbalancen har forrykket sig væsentligt.<sup>87</sup>

Forudsætningslæren har samme indhold efter norsk og svensk ret som efter dansk.<sup>88</sup> For så vidt angår bristende forudsætninger synes den imidlertid i praksis hverken i Norge eller i Sverige at spille samme rolle som i Danmark, hvilket muligt kan have sammenhæng med, at hjemmelen til ændring af aftaler/aftalevilkår efter aftalelovens § 36 har bestået i et betydeligt længere tidsrum end efter dansk ret.<sup>89</sup> Der synes ikke at foreligge nyere retsafgørelser, som indikerer, at kontraksjustering i

---

med hensyntagen til tabets størrelse, aftalens karakter (engangs-opfyldelse/vedvarende), varens beskaffenhed (konjunkturfølsomhed) og årsagerne til prisstigningen (ordinære/ekstraordinære).

<sup>85</sup> Medens de danske og norske love taler om tilsidesættelse/ændring af "aftaler", vedrører den svenske formulering "aftalevilkår". Adgangsbilletten til anvendelse af den svenske bestemmelse er således påvisning af et eller flere urimelige vilkår. Forskellen kan næppe frakendes enhver betydning.

<sup>86</sup> Se nærmere Grönfors (1995) s.217 ff, især s.230 f, 242 f og 247 ff, Ramberg (1995 B) s.221 ff, især s.229 ff, og Krüger (1991) s. 419 ff, 695 ff og 713 ff. I de norske højesteretsdomme i NRt 1988/276 og 1988/295, som begge vedrørte mulighederne for anvendelse af § 36 til opregulering af afgifter i langvarige fæsteforhold, anførtes det, at der forelå henholdsvis "en ekstrem ubalance" mellem ydelserne og en "drastisk" og "uforudset" forrykkelse af balanceforholdet. Krüger anfører a.a. s.720, at hvor præget af ubalance ikke afviger fra, hvad man må regne med i lys af markedsudvikling og konjunkturer, bør § 36 ikke bruges til andet end rene redningsaktioner baseret på at opfange begivenheder og hindringer, som hverken direkte eller indirekte kan anses for omfattet af kontraktens system for risikofordeling. I modsætning til den danske aftalelovs § 36 har de tilsvarende bestemmelser i de norske og svenske love helt fra tilkomsten indeholdt hjemmel til ændring af aftaler.

<sup>87</sup> Se senest den svenske dom NJA 1994 s 359, som et godt eksempel på den restriktive svenske praksis og en kommentar til denne i Hellner (1995), s. 137ff. En samlet oversigt over nordisk praksis efter § 36 findes hos Wilhelmsen (1995) s.1 ff. Det pågældende arbejde har retsøkonomisk karakter, idet det har til formål at undersøge, i hvilken udstrækning mulighederne for ændring efter § 36 bidrager til økonomisk effektivitet i den forstand, at bestemmelsen fører til økonomisk effektive løsninger. Det konkluderes bl.a. (s. 218), at det "indhug", som § 36 gør i forudsætningen om fri konkurrence som grundlag for den liberalistiske aftaleret, er relativt beskedent, og at den foreliggende praksis i nogen grad bekræfter en retsøkonomisk hypotese om, at domstolsskabt ret er i overensstemmelse med økonomisk effektivitet. Værdiskabningshensyn antages herefter at kunne udgøre en relevant retskildefaktor og det anbefales (s.229), at domstolene tager udgangspunkt i økonomiske kriterier for effektivitet, når der er spørgsmål om, hvorvidt en aftale skal lempes. Der kan ydermere henvises til forholdsvis ny svensk doktordisputats af Eric M. Runesson fra 1996. Denne søger v.h.a. retsøkonomiske argumenter at opstille en model for rekonstruktion af købsaftaler særligt m.h.p. regulering af risikoen for forøgede præstationsomkostninger. Forfatteren fremstiller sin model som et supplement til forudsætningslæren, Runesson (1996) s. 433f., men modellen med dens meget indviklede retsøkonomiske betragtninger/beregninger er svært tilgængelig og vil formentlig få svært ved at vinde indpas på kortere sigt.

<sup>88</sup> Se hertil Lehrberg (1989) passim, Krüger (1991) s. 680 ff, Ramberg (1995 B) s. 206 ff og Grönfors (1995) s. 250 f.

<sup>89</sup> Og muligt tillige med, at det generelt antages, at det væsentligste anvendelsesområde er *urigtige* forudsætninger, jfr.

kommercielle forhold finder sted med udgangspunkt i forudsætningssynspunkter, fordi kontraktbalancen har forrykket sig væsentligt. Hertil kommer, at der i hvert fald i Sverige næppe består nogen mulighed overhovedet for vederlagskorrektur i opadgående retning med henvisning til forudsætningslæren.<sup>90</sup>

### 4.2.3. Frankrig og Italien

#### 4.2.3.1. Code Civil/Codice Civile

I art. 1148 i den *franske* Code Civil findes en regel om betydningen af *force majeure* i løssørekøb. Herefter fritages løftegiver for ansvar ved indtrædelse af absolut umulighed. Den udløsende begivenhed skal have været udefrakommende ("*d'exteriorité*") og uimodstæelig/uafværgelig ("*irrésistible*"), der skal være indtrådt objektiv umulighed ("*impossibilité*") og begivenheden skal have været uforudsigelig ("*imprévisible*").<sup>91</sup> Relativ umulighed, især sådan som kan opfattes som økonomisk *force majeure*, anerkendes ikke som ansvarsfritagelsesgrund.<sup>92</sup> Princippet tilpasses andre kontraktforhold. Denne retstilstand, som fastholdes aldeles konsekvent af Cour de Cassation, udtrykker således en meget betydelig strenghed over for løftegiveren. Illustrativ er en ledende afgørelse - *Canal de Craponne*-dommen - hvor vederlagsbestemmelserne i en 300 år gammel overrislingskontrakt i udtalt grad var blevet overhalet af tiden, men hvor dette ikke antoges at give grundlag for forhøjelse af betalingen.<sup>93</sup> Det er sandsynligt, at praksis skal ses i sammenhæng med den udtrykkelige bestemmelse om *pacta sunt servanda* i Code Civil art. 1134.<sup>94</sup>

Den *italienske* Codice Civile behandler i art. 1256 løftegiverens adgang til ansvarsfritagelse som følge af indtrådt umulighed. Betingelserne herfor har samme karakter og indhold som betingelserne i Code Civil art. 1148, jfr. oven for, d.v.s. at der skal foreligge absolut umulighed.

#### 4.2.3.2. Princippet om "*imprévision*" og Codice Civile artikel 1467

Det oven for omtalte meget strenge udgangspunkt i *fransk* ret modificeres i forskellige henseender. Dels har lovgivningsmagten på en række bestemt afgrænsede områder fastsat særlige regler, som ved forekomsten af upåregnelige ændrede forhold giver mulighed for enten indgreb i aftalens varighed eller regulering af vederlaget.<sup>95</sup> Dels har den øverste forvaltningsdomstol - Conseil d'Etat - udviklet et princip om "*imprévision*" (uforudseelighed), som finder anvendelse på aftaler mellem private og offentlige forvaltningsmyndigheder, når disse sidste handler som led i udførelsen af en *service public*, f.eks. - og navnlig - offentlig forsyningsvirksomhed vedrørende el, gas, vand etc. Princippet giver på

---

*Lehrberg* a.a. s.153 ff. Ved bristende forudsætninger anses aftalelovens § 36 for at være en mere nærliggende mulighed.

<sup>90</sup> Jfr. højesteretsdommen i NJA 1989/614. *Lehrberg* går (a.a. p. 567 ff) ud fra, at en sådan mulighed er til stede, omend det antages, at det i den slags tilfælde vil være mere på sin plads at gribe til anvendelse af § 36, se herimod *Ramberg* a.a. s. 210 f.

<sup>91</sup> *van Ommeslaghe* (1980), s. 28f og *Starck et al.* (1995) s. 603 ff og 714 ff.

<sup>92</sup> *van Ommeslaghe* (1980), s. 29, *Starck et al.* (1995) s. 616 ff, *Lando* (1991), s. 273 og *Nassar* (1995), s. 197f.

<sup>93</sup> Cass. Civ., 6 mars 1876, D.P. 1876. I. 197. De underordnede domstole havde tilladt forhøjelse af vederlaget. Hertil udtalte Cour de Cassation: "Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en consideration le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants.....".

<sup>94</sup> Artikel 1134 : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi". Den sidste sætning åbner op for en begrænset opblødning af de strenge konsekvenser af *pacta sunt servanda* i form af indskriden over for, hvad der må opfattes som misbrug af retlige positioner ("*abus de droit*").

<sup>95</sup> En oversigt findes hos *Starck et al.* (1995) s. 512 ff (navnlig visse leje-, forpagtnings- og arbejdsforhold).

dette begrænsede område visse muligheder for kontraktsjustering ved forekomsten af væsentligt ændrede forhold, jfr. det umiddelbart følgende.<sup>96</sup>

Hovedbetingelsen for anvendelse af princippet er, at aftalens økonomi skal være blevet ændret fundamentalt ("*bouleversement de l'économie du contrat*") og at dette er forårsaget af forhold, som var uforudselige ("*imprévisible*") for begge aftalens parter.<sup>97</sup> Der skal være tale om indgribende økonomiske konsekvenser ("*l'ampleur considerable*") for den bebyrdede aftalepart, omend det ikke forekommer ganske klart, hvor "offergrænsen" egentlig går.<sup>98</sup> Videre kræves, at den part, som påberåber sig princippet, ikke kan bebrejdes noget i relation til de ændrede forholds indtræden.<sup>99</sup> Debitor kan ikke bare indstille opfyldelsen af sin forpligtelse som følge af disse, idet dette fører til misligholdelse(sansvar) og til fortabelse af mulighederne for kontraktsjustering. Eksistensen af prisreguleringsklausuler udelukker ikke per se anvendelse af princippet, men kan naturligvis mindske dets praktiske betydning.<sup>100</sup> Såfremt de nævnte betingelser er opfyldte, kan den pågældende (forvaltnings-)domstol opfordre parterne til at gennemføre tilpasninger af kontrakten til de ændrede forhold (altså til genforhandling), hvorimod den umiddelbart ikke selv lave kontrakten om m.v. Lykkes genforhandlingen ikke, kan domstolen imidlertid forpligte modparten til at yde kompensation ("*indemnité d'imprévision*") til den bebyrdede part og således følge det mønster, som afstikkes af *doctrine of adjustment*.

Det er bemærkelsesværdigt, at Cour de Cassation gentagne gange aldeles konsekvent har afvist at anvende princippet om *imprévision* inden for den almindelige kontraktsret. Begrundelsen herfor synes at være den, at aftaler vedrørende offentlig forsyningsvirksomhed efter rettens opfattelse ved indtræden af væsentligt ændrede forhold rejser helt andre spørgsmål end ved aftaler mellem private, navnlig sådanne som følger af, at opretholdelse af offentlig virksomhed af den nævnte art må antages at være en absolut (samfundsmæssig) nødvendighed.<sup>101</sup>

Efter art. 1467 i den italienske Codice Civile art. 1467 gælder, at såfremt en aftale (uanset om den foreligger mellem private indbyrdes eller mellem det offentlige og en privat virksomhed) er blevet usædvanlig byrdefuld ("*eccessivamente onerosa*") som følge af ekstraordinære og uforudsete begivenheder, der har forskubbet balancen i kontrakten, kan den bebyrdede part anmode om aftalens ophør (altså om ret til at træde tilbage). Denne anmodning kan imødegås af den anden part med et rimeligt tilbud om modifikation af de foreliggende forpligtelser, men er tilbudet ikke godt nok eller gives det slet ikke, kan debitor træde tilbage fra aftalen.<sup>102</sup> I praksis er det videre blevet anerkendt, at den bebyrdede part kan opfordre domstolene om direkte at modificere det aftalte.<sup>103</sup> Bestemmelsen

<sup>96</sup> Princippet formuleredes i dommen *Compagnie du Gaz de Bordeaux* (30. marts 1916), jfr. *Starck et al. (1995)* s. 508 f..

<sup>97</sup> Senest udtrykt af Conseil d'Etat i en afgørelse af 20. maj 1994: "Une indemnité au titre d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'Administration, ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat", jfr. *Starck et al. (1995)* s. 509.

<sup>98</sup> *Gaz de Bordeaux*-dommen og senere afgørelser peger - helt i overensstemmelse med ordningens raison d'être - nærmest i retning af, at den bebyrdede part skal styre direkte mod konkurs, såfremt kontraktsjustering ikke foretages, jfr. også *Starck et al. (1995)* s. 509.

<sup>99</sup> *van Ommeslaghe (1980)*, s. 30.

<sup>100</sup> *van Ommeslaghe (1980)*, s. 31.

<sup>101</sup> Se om argumenterne for og imod princippet om *imprévision* og om Cour de Cassation's opfattelse *Starck et al. (1995)* s. 506 ff. Den omstændighed, at lovgivningsmagten på bestemte områder har åbnet op for visse ændringer af aftalen ved forekomsten af ændrede forhold, jfr. oven for i og ved note 86, taler naturligvis i sig selv for, at man har accepteret Cour de Cassation's opfattelse som udtryk for den alment gældende regel.

<sup>102</sup> *van Ommeslaghe (1980)*, s. 37.

<sup>103</sup> *Perillo (1996)*, s. 10.

gælder ikke på områder, der præges af betydelige risici (spekulationsprægede aftaler o.l.) og omfatter ej heller forhold, som kan betegnes som en normal risiko.<sup>104</sup> De materielle betingelser for dens anvendelse svarer i det væsentligste til de i fransk ret opstillede, jfr. umiddelbart foran.

#### 4.2.4. Tyskland

##### 4.2.4.1. Umulighed

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) indeholder forskellige bestemmelser om betydningen af umulighed, jfr. §§ 306 og 307 om oprindelig umulighed og §§ 275 og 280 om efterfølgende. De to sidste bestemmelser henviser til almindelige ansvarsregler og efter disse hæfter debitor for culpa, jfr. § 276, og for så vidt angår genusforpligtelser tillige for "*Unvermögen*", d.v.s. for sin evne til at opfylde, jfr. § 279, herunder for sin økonomiske formåen. En genusdebitors forpligtelser antages videre ikke at være begrænset til bestemte eksemplarer af arten. Debitor har bevisbyrden i ansvarsmæssig henseende, jfr. BGB § 282. Da umulighedsbegrebet i praksis også omfatter relativ ("praktisk") umulighed, herunder sådanne hindringer i økonomisk henseende, som debitor - med fastlæggelse af en efter forholdene rimelig "*Opfergrenze*" - ikke bør tvinges til at overvinde, er retstilstanden ved forekomsten af ændrede forhold herefter i det væsentligste identisk med den, der for dansk rets vedkommende følger af princippet i købelovens § 24, jfr. foran i afsnit 4.2.1.1.<sup>105</sup> Løsningen hører således hjemme i *doctrine of excuse*.

##### 4.2.4.2. Læren om "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*"

Med støtte i bestemmelserne i BGB §§ 157 og 242 er der i tysk doktrin udviklet en lære om, at bortfald af en aftales grundlag ("*Wegfall der Geschäftsgrundlage*") efter omstændighederne giver mulighed for at tilsidesætte aftalen eller at foretage korrektioner i denne.<sup>106</sup> Læren foreligger i en subjektiv og en objektiv udgave og i forskellige hybrider mellem disse. Efter den oprindelige - og formentlig herskende - udformning af den subjektive variant dannes et *Geschäftsgrundlage* enten gennem en kontraktsparts antagelser eller forestillinger vedrørende aftalen, således som disse fremtræder ved kontraktsslutningen og er kendelige for og ikke modsagt af medkontrahenten, eller gennem parternes fælles forestillinger om tilstedeværelsen eller den fremtidige indtræden af visse omstændigheder, i begge tilfælde såfremt "retshandelsviljen" ("*der Geschäftswille*") bygger på de nævnte forestillinger.<sup>107</sup> Den mest prominente objektive udformning går ud fra, at der kan tales om *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ved fraværet af enhver omstændighed, som er objektivt nødvendig for, at aftalen skal bestå som meningsfyldt normering af parternes indbyrdes forhold. Dette bliver især aktuelt, såfremt ændrede forhold fører til *Äquivalenzstörung* i form af et åbenbart misforhold mellem parternes forpligtelser eller såfremt der sker *Zweckvereitelung*, således at et af begge parter næret og i aftalen udtrykt formål med denne ikke lader sig realisere. Både ved *Äquivalenzstörung* og ved *Zweckvereitelung* ses der bort fra tilfælde, hvor

<sup>104</sup> Perillo (1996), s. 8.

<sup>105</sup> Se om umulighed som ansvarsfritagelsesgrund Medicus (1993) s.170 ff.

<sup>106</sup> § 157 foreskriver, at "Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". § 242 fastslår, at "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht die Verkehrssitte es erfordern". Lige som der efter dansk ret er en glidende overgang mellem fortolkning og bl.a. ugyldigheds-/forudsætningsstilfælde, er der antageligvis ikke skarpe grænser mellem tilfælde, hvor der med forankring i BGB § 157 foretages en tilpasning af aftalen til ændrede forhold gennem *ergänzende Auslegung*, og tilfælde hvor der under hensyntagen til den almindelige god skik-regel i § 242 korrigeres under hensyntagen til *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.

<sup>107</sup> Som udformet af lærens ophavsmand M. Oertmann i "Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff" (1921).

risikoen for ændringer i *die Geschäftsgrundlage* antages at burde ligge hos løftegiveren, navnlig når ændringerne har været forudseelige og ved spekulationsaftaler.<sup>108</sup> Det fremgår, at den subjektive variant udviser et ganske nært slægtskab med (dele af) den nordiske forudsætningslære, medens den objektive udgave nok snarere er i familie med det franske princip om *imprévision*, jfr. oven for i afsnit 4.2.3.2.

Læren om *Wegfall der Geschäftsgrundlage* er accepteret af de tyske domstole i en forholdsvis omfattende praksis om et bredt spektrum af tilfælde siden 1920'erne, således at der, hvor betingelserne skønnes at være opfyldt, efter omstændighederne enten foretages tilpasning af aftalen eller sker frigørelse af løftegiveren, herunder i tilfælde hvor pludselige, voldsomme pris- og omkostningsstigninger helt forrykker aftalens grundlag, d.v.s. at *doctrine of adjustment* kan finde anvendelse.<sup>109</sup> Som det ses af ovenstående referat af hovedindholdet i de to varianter, er betingelserne herfor imidlertid ganske strenge. Det er følgelig - lige som ved den nordiske forudsætningslære - antageligvis korrekt at opfatte *Wegfall der Geschäftsgrundlage* som en slags snævert dimensioneret sikkerhedsventil i forhold til de løsninger, der ellers betinges af umulighedsreglerne.

#### 4.2.5. England

Engelsk ret indeholder ikke positive almindelige bestemmelser om retsvirkningerne af umulighed o.l. svarende til de i de foregående afsnit omtalte bestemmelser i Code Civil, Codice Civile og Bürgerliches Gesetzbuch. Derimod er der i common law udviklet en særlig lære om betydningen af *frustration* ("the doctrine of frustration"), som til dels fører til samme resultater.<sup>110</sup> Efter den pågældende lære kan en aftale betragtes som ophørt i tilfælde, hvor der efter indgåelsen forekommer begivenheder, som skaber en radikalt anden situation for parterne, eller en af dem, end forudset ved indgåelsen og som gør opfyldelse umulig eller ulovlig samt i visse andre tilsvarende situationer, herunder hvor formålet med aftalen bortfalder ("frustration of purpose").<sup>111</sup>

Læren, som synes at have visse træk fælles med *imprévision* i fransk ret og *Wegfall der Geschäftsgrundlage* i tysk, har i praksis et ganske snævert anvendelsesområde og kan følgelig kun

<sup>108</sup> K. Larenz i "Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung" (1963).

<sup>109</sup> Se oversigten over forskellige tilfældegrupper hos Flume (1992) s. 507 ff. I doktrinen er en række typetilfælde, f.eks. ændringer som følge af valutakurs-udsving, sammenbrud af den aftalte valuta, forandringer i den grundlæggende lovgivning, krig o.l., undertiden blevet betragtet som *Änderungen der Sozialexistenz* med muligt videregående tilpasningsmuligheder, se Flume a.a. s.518 ff, bl.a. med et stærkt restriktivt syn på adgangen til korrektion i de to førstnævnte tilfældegrupper.

<sup>110</sup> Oprindelig i dommen *Taylor v. Caldwell* [1863] 3 B.& S.826. "Frustration" kan oversættes til "forhindring" eller "forstyrrelse". Der er ikke enighed om lærens teoretiske grundlag, se fremstillingen hos Treitel (1995) s. 832 ff. Det er interessant, at grundlaget undertiden søges i rimelighedssynspunkter svarende til de, der utvivlsomt i betydelig udstrækning reelt ligger bag adskillige af de kontinental-europæiske modifikationer i *pacta sunt servanda*.

<sup>111</sup> Beskrivelserne af lærens indhold i de foreliggende retsafgørelser er ikke aldeles identiske, men der henvises undtagelsesfrit til kravene om de helt ekstraordinære virkninger af de indtrufne forandringer og om uforudseelighed, jfr. f.eks. i *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban Council* [1956] A.C.696: ".....frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract", se også *Cricklewood Property Investment Trust Ltd. v. Leighton's Investment Trust Ltd.* [1945] A.C. 221: ".....the occurrence of an intervening event or change of circumstances so fundamental as to be regarded by the law both as striking at the root of the agreement and entirely beyond what was contemplated by the parties when they entered into the agreement...". Medens frustration-påstanden normalt gøres gældende af den af parterne, som skal præstere realydelsen, er forholdet omvendt ved "frustration of purpose". Her er opfyldelse naturligvis mulig, men realydelsen har helt eller delvist mistet sin værdi for modtageren, se den grundlæggende afgørelse i *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740. Der er imidlertid overordentlig stor tilbageholdenhed i praksis med hensyn til accept af frustration af denne art, jfr. *Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. John Walker & Son Ltd.* [1977] 1 W.L.R. 164 og *Treitel* (1995) s. 798

betragtes som rummende en meget beskeden modifikation i parternes grundlæggende pligt til opfyldelse.<sup>112</sup> Det kræves i almindelighed 1) at der indtræffer en begivenhed, som ligger ganske uden for parternes forventninger, 2) at ingen af dem er ansvarlige for den pågældende begivenhed og 3) at aftalen, såfremt den skulle opfyldes, ville få en helt anden karakter end forudsat ved indgåelsen. Betingelserne forstås restriktivt. Det er herefter ikke nok, at forholdene blot har ændret sig siden kontraheringen, hvis forandringerne ikke har en sådan styrke, at de skaber en fundamentalt forskellig situation. Frustration godtages derfor navnlig ikke, blot fordi opfyldelse er blevet vanskeligere eller væsentlig mere bekostelig end forventet eller vil resultere i et muligt betydeligt tab eller lige frem er blevet umulig. Det følger heraf, at hvad der i skandinavisk og tysk ret efter omstændighederne vil kunne betragtes som (ansvarsbefriende) økonomisk umulighed, ikke accepteres som fornødent grundlag for en påstand om, at den pågældende aftale er "frustrated".<sup>113</sup> Det samme gælder naturligvis så meget mere den blotte henvisning til, at kontraktsbalancen er blevet forrykket væsentligt eller lige frem i afgørende grad. Specielt hvad angår langvarige kontraktsforhold, ligger det klart, at der efter den foreliggende retspraksis ikke tages særligt hensyn til tiden som sådan og til de heraf erfaringsmæssigt følgende ændringer i forholdene, men at der tværtimod anvendes fuldstændig tilsvarende løsninger.<sup>114</sup>

Som nævnt er retsvirkningerne af, at frustration antages at foreligge, at aftalen anses for bortfaldet, d.v.s. at man befinder sig inden for *doctrine of excuse*. Der er ikke mulighed for mellemløsninger i form af justering af vederlag eller korrektion af andre vilkår.<sup>115</sup>

#### 4.2.6. USA

*The doctrine of frustration* anerkendes også i amerikansk common law. Betydningen heraf er dog meget mindre end i engelsk ret, idet der på det praktisk vigtigste kontraktsretsområde - løsøre køb - foreligger en regulering i lovgivningen, som stort set overflødiggør frustration-synspunkter, nemlig bestemmelserne i Uniform Commercial Code (UCC) Section 2-615 om *commercial impracticability*, jfr. de hertil svarende bemærkninger i Restatement (Second) of Contracts §§ 261-272.<sup>116</sup>

Efter pkt. (a) i den nævnte bestemmelse i UCC anses sælgers forsinkelse eller manglende levering ikke for misligholdelse, såfremt opfyldelse er blevet uigennemførlig ("impracticable") ved forekomsten af en hændelse, hvis ikke-indtræden var "a basic assumption" for aftalen.<sup>117</sup> Det forudsættes, at

<sup>112</sup> Jfr. Lord Harman's votum i *Gaon & Co. v. Société Interprofessionnelle des Oléagineux Alimentaires* [1960] 2 Q.B. 318: "Frustration is a doctrine .....very rarely relied upon with success. It is, in fact, a kind of last ditch, and.....it is a conclusion which should be reached rarely and with reluctance".

<sup>113</sup> Engelske domstole har i det hele vist sig stærkt modvillige over for de løsninger som i amerikansk ret anvendes ved forekomsten af (*commercial*) *impracticability*, jfr. herom det følgende afsnit, se *Treitel* (1995) s.792 ff og som eksempel *Palmco Shipping Inc. v. Continental Ore Corporation; The Captain George K* [1970] 2 Lloyd's Rep. 21. *Impracticability*-synspunkter ses derimod lejlighedsvis i *obiter dicta*, jfr. *Treitel* anf. v.s. 793.

<sup>114</sup> Jfr. flertallets votum i *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co.* [1978] 1 W.L.R. 1387. Sagen drejede sig om en aftale fra 1919, hvor et vandværk for en fast pris "at all times hereafter" påtog sig at forsyne et hospital med vand. I 1975 var prisen på vand steget til 18 gange niveauet fra 1919 og vandværket opsagde uden hjemmel i aftalen denne til ophør med 7 måneders varsel. Retten accepterede opsigelsen, idet man tolkede aftalen som tidsbestemt med heraf følgende opsigelsesadgang. Det fremgår af præmisserne, at man ville være nået til det modsatte resultat, såfremt aftalen var blevet anset som indgået for en bestemt periode.

<sup>115</sup> Jfr. *British Movietonews Ltd. v. London and District Cinemas* [1952] A.C. 166. The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 regulerer forskellige spørgsmål vedrørende tilbagebetaling af vederlag o.l.

<sup>116</sup> "Impracticability" må oversættes som "uigennemførlighed". Et princip om betydningen af *impracticability* for kontraktlige forpligtelser anerkendtes i praksis før UCC, se *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 156 P. 458 (1916). Bestemmelserne i UCC 2-302 om urimelige ("unconscionable") kontraktvilkår forudsætter, at urimeligheden forelå på tidspunktet for aftalens indgåelse, og de er følgelig interesseløse i den foreliggende sammenhæng.

<sup>117</sup> "A basic assumption" antages at udtrykke et påregnelighedskriterium, ikke et egentligt forudsætningspunkt, jfr. *Lookofsky* (1983) s. 124 f. Grænsen turde dog være vanskelig at trække.

sælgeren er uden skyld ("without fault") og at han ikke har påtaget sig en videregående forpligtelse ("a greater obligation") såsom eksempelvis en egentlig indeståelse for levering som aftalt. "Impracticability" dækker *ekstreme og urimelige* opfyldelsesvanskeligheder, omkostninger, skader og tab, herunder omkostninger af den nævnte art som forårsages af alvorlig knaphed på råmaterialer eller forsyninger på grund af krig, embargo, fejlslagen høst eller uforudset lukning af hovedforsyningskilder o.l. Forøgede omkostninger er imidlertid i sig selv ikke tilstrækkeligt, det kræves - som det fremgår - at omkostningsforøgelsen kan henføres til en eller anden uforudset hændelse, som i væsentlig grad ændrer selve opfyldelsens karakter ("the essential nature of the performance"). At markedet ændrer sig i op- eller nedadgående retning, danner herefter ikke *eo ipso* grundlag for anvendelse af bestemmelsen.<sup>118</sup> Som det ses af det skitserede, giver forekomsten af *impracticability* mulighed for at tilgodese sælgeren i noget højere grad end efter *the doctrine of frustration*.<sup>119</sup> En i henseende til betingelserne ikke ganske fjernliggende parallel er den nordiske praksis vedrørende betydningen af økonomisk *force majeure*.<sup>120</sup>

Retsvirkningen af *impracticability* er som udgangspunkt, at sælgeren bliver fritaget ("discharged") for ansvar, d.v.s. *doctrine of excuse*.<sup>121</sup> Det er dog principielt ikke udelukket, at der kan ske justering af aftalen (*doctrine of adjustment*), således at et foreliggende tab fordeles.<sup>122</sup> Spørgsmålet har naturligt nok især tiltrukket sig opmærksomhed i langvarige kontraktsforhold med henblik på mulighederne for opjustering af aftalte priser. Der findes formentlig ikke noget klart eksempel på, at amerikanske domstole har anvendt en sådan løsning. Et par meget omtalte nyere sager, hvor spørgsmålet var rejst, fordi sælgeren stod til at lide overordentlig betydelige tab, fremmedes ikke til endelig dom, men forligtes undervejs.<sup>123</sup>

#### 4.2.7. CISG

Efter art. 45, stk. 1, litra b og 61, stk. 1, litra b i "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (CISG) er henholdsvis sælgeren og køberen i en af konventionen omfattet aftale om internationalt løsøre køb erstatningsansvarlige på objektivi grundlag ved misligholdelse af deres respektive forpligtelser over for den anden part.<sup>124</sup> Dette strenge ansvar modificeres ved

<sup>118</sup> UCC 2-615 comment 4. I dommen *Eastern Airlines, Inc. v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp.429 (1975) gav en fire-dobling af oliepriserne i forbindelse med energikrisen i begyndelsen af 1970'erne f.eks. ikke sælgeren mulighed for frigørelse.

<sup>119</sup> Jfr. oven for i note 104.

<sup>120</sup> Jvf. *Lookofsky* (1983), s. 120ff.

<sup>121</sup> § 2-615 har da også overskriften "Excuse by Failure of Presupposed Conditions".

<sup>122</sup> UCC 2-615 comment 6, *Lowenfeld* (1996) s.66, *Farnsworth* (1990) s. 736 og *Nassar* (1994) s.195 om "a loss-sharing doctrine". Rationalet bag § 2-615 antages da også at være, at ingen erhvervsvirksomhed kan antages at ville arbejde gratis og at aftaleparterne ikke bør opmuntres til på urimelig vis at drage fordele af medkontrahenters uheld. I modsat fald ville kontraktinstituttets almindelige stabilitet blive truet, jfr. *Nassar* anf.st.

<sup>123</sup> I de såkaldte *Westinghouse*-sager havde det multinationale selskab af samme navn indgået leveringsaftaler vedrørende uranium-oxid til faste priser med 27 atomkraftværker. I tilknytning til energikrisen i begyndelsen af 1970'erne steg prisen på uran til godt og vel det fire-dobbelte af det aftalte, hvilket henset til leveringsaftalerne skønsmæssigt ville påføre *Westinghouse* et tab på omkring 2 mia.\$ Selskabet påstod sig frigjort efter UCC 2-615. Sagerne forligtes mod præstation af forskellige værdier til værkerne for ca. 600 mio.\$, se *New York Times* 31. marts 1977. I *ALCOA*-sagen (*Aluminium Corp. of America v. Essex Group, Inc.*) havde USA's betydeligste producent af aluminium påtaget sig over en periode på 16 år at forsyne en større aftager med aluminium. Kontrakten indeholdt en "price escalator clause". Grundlaget for denne var imidlertid mangelfuldt, idet der ikke var taget højde for betydelige stigninger i energipriserne. Da sådanne stigninger blev aktuelle under den foran nævnte krise, ville aftalen, uanset klausulen, påføre *ALCOA* et tab på ca. 60 mio.\$ UCC 2-615 førtes i marken til frigørelse. The District Court justerede aftalen ved indføjelse af en ny prisreguleringsklausul, som antoges på rimelig vis at afbalancere de risici, som parterne formodedes at ville have påtaget sig. Under anke til The Circuit Court forligte parterne efter tilskyndelse fra retten sagen på andet grundlag, se 499 F.Supp. 53 (1980).

<sup>124</sup> Konventionen er tiltrådt af alle de i de foregående afsnit omtalte lande bortset fra Storbritannien. De nordiske lande



bestemmelsen i konventionens art. 79. Efter dennes stk. 1 er en part ikke erstatningsansvarlig for manglende opfyldelse, såfremt han kan godtgøre, at dette skyldes en hindring uden for hans kontrol ("an impediment beyond his control") og at han på tidspunktet for aftaleindgåelsen ikke med rimelighed kunne forventes at have taget hindringen i betragtning eller at have undgået eller overvundet den eller dens følger.

Ansvar efter CISG siges herefter at være et "kontrolansvar".<sup>125</sup> Anvendelsen af art. 79 forudsætter fastlæggelse (på objektivt grundlag, jfr. konventionens art. 8, stk.2) af en slags risiko-zone eller -sfære, som vedkommende kontraktspart på den ene side principielt har mulighed for at påvirke, men som han på den anden side indestår for. Kun hindringer af ekstern karakter - som således er beliggende uden for zonen - kan føre til ansvarsfritagelse.<sup>126</sup> Samtidigt må de kumulative krav vedrørende (sædvanlig forretningsmæssig) forudseenhed og overvindelse m.v. være opfyldt. Der stilles derimod - forudsat at der er tale om en hindring og at denne er ekstern - ikke særlige krav vedrørende hindringens nærmere beskaffenhed, d.v.s. at alle årsager for så vidt kan komme i betragtning.

Med tilknytning til både hindrings- og overvindelsesbetingelserne har det særligt været drøftet, om art. 79 omfatter økonomisk umulighed. Spørgsmålet besvares bekræftende, men kravene for at fritage i sådanne tilfælde er antageligvis lige så strenge som efter de nationale køberetsregimer.<sup>127</sup> Fra den endnu forholdsvis beskedne rets- og voldgiftspraksis vedrørende art. 79 kan der i denne sammenhæng være grund til at pege på en nyere italiensk afgørelse, hvor retten afviste en påstand fra sælgeren om frigørelse efter art. 79 som følge af påstået hardship, fordi priserne på aftaleprodukterne var steget med ca. 30 pct. siden indgåelsen.<sup>128</sup> For så vidt angår pris- og omkostningsstigninger synes praksis videre - lige som efter de forskellige nationale regler - at indicere, at disse skal være forårsaget af grundlæggende ændringer af markedet.<sup>129</sup>

Sammenlignet med de nationale regler i Danmark, Frankrig og Tyskland om umulighed og *force majeure* vil art. 79 formentlig i princippet føre til (lidt) mere lempelige frigørelsesmuligheder, i særdeleshed fordi der ikke opereres med krav om forekomst af specifikke årsagsforhold ved eksterne hindringer. Det vil i øvrigt være fremgået, at bestemmelsen må placeres inden for *doctrine of excuse*.<sup>130</sup>

---

har ikke tiltrådt konventionens del II (købeaftalens indgåelse) og har i øvrigt taget et såkaldt "nabolandsforbehold" efter art. 94. Om det territoriale og saglige anvendelsesområde, se art. 1-6. Konventionen inkorporeredes i dansk ret ved lov nr. 733 af 7. december 1988 (International købelov).

<sup>125</sup> Jfr. tilsvarende om de norske og svenske købeloves § 27 oven for i afsnit 4.2.2.1. Under forhandlingerne om konventionen blev det (af den norske delegation) foreslået, at der skulle optages en hardship-lignende bestemmelse med følgende indhold: "If, as a result of special events which occurred after the conclusion of the contract and which could not have been foreseen by the parties, the performance of its stipulations results in excessive difficulties or threatens either party with considerable damage, any party so affected has a right to claim an adequate amendment of the contract or its termination.....". Forslaget blev afvist, hvilket også gjaldt mulighederne for at anvende eventuelle nationale doktriner om hardship i forbindelse med art. 79, jfr. *Maskow* (1992) s.658 og *Tallon* i "Festskrift til Olé Lando" (1997) s.321.

<sup>126</sup> Heraf følger, at en sælger normalt vil være ansvarlig for opfyldelsesvanskeligheder, der stammer fra underleverandører, se i øvrigt særreglen i art. 79, stk.2 om tilfælde, hvor en trediepart er antaget til helt eller delvist at opfylde aftalen.

<sup>127</sup> Jfr. *Honsell* (1997) s. 988, v. *Caemmerer/Schlechtriem* (1995), s. 694 f., *Honnold* (1989), s. 442 f. og *Bianca/Bonell* (1987) s.581 f.

<sup>128</sup> Se *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondametall International A.B.* (Tribunale Civile di Monza, dom af 14. januar 1993). Kort refereret på databasen "CLOUT" (<http://www.smu.edu/~pwinship/clout.htm>) Abstract no. 54. Retten bemærkede, at art. 79 ikke hjemlede fritagelse på grund af hardship og at en national domstol ikke kunne integrere sådanne nationale bestemmelser i konventionen, som muligt gav adgang til fritagelse på dette grundlag, idet hardship ikke eksplicit var holdt uden for konventionsområdet, jfr. art.4, se også oven for i note 115. Der sigtedes herved til bestemmelsen i Codice Civile art. 1467, jfr. afsnit 4.2.3.2. For en kommentar til dommen se *Weitzmann* (1997), s. 285ff.

<sup>129</sup> Jfr. CLOUT (forrige note) Abstract no. 102 (ICC, Court of Arbitration, case 6281), hvor en påstand om frigørelse efter art. 79 afvises med bemærkning om, at prisstigningerne hverken var "sudden, substantial nor unforeseeable", lige som det anførtes, at de negative virkninger kunne have været imødegået ved hjælp af en indekseringsklausul.

<sup>130</sup> Da CISG efter art. 4, litra a) ikke normerer "the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage" er

#### 4.2.8. *Jus mercatorum*

I dele af dansk og international doktrin antages der at bestå en særlig *international handelsret* ("law merchant", "jus mercatorum", "lex mercatoria"), som efter omstændighederne vil kunne finde anvendelse til imødekomme af det særlige behov for overnational regulering, der foreligger ved grænseoverskridende kommercielle transaktioner. Det nærmere indhold af denne retsorden er ikke ganske klart, men det siges at bestå, dels af et retsmateriale ("en fælles ret"), dels af en metode.<sup>131</sup> De enkelte bestanddele af den fælles ret udgøres af muligt relevante folkeretlige regler, uniforme love - f.eks. CISG - almindelige retsgrundsætninger som anerkendes af de fleste handelsnationer - f.eks. *pacta sunt servanda* - den internationale handels sædvaner og kutymen, internationalt udbredte standardvilkår med tilhørende fortolkningspraksis og afgørelser fra internationale voldgiftsretter. Da denne fælles ret har et begrænset omfang, må den suppleres af den, der skal træffe afgørelse i en konkret sag. Her bliver metodedelen aktuel i den forstand, at der i afvejningen omkring afgørelsen tillige søges vejledning i de nationale retssystemer, som sagen har berøring med, lige som der ses på praktiske behov i den pågældende branche og på mulige etiske fordringer, som måtte gøre sig gældende inden for denne. Specielt for så vidt angår hensyntagen til (væsentligt) ændrede forhold antages der under henvisning til, hvad der her betegnes som *rebus sic stantibus*, og med syntetisering bl.a. af alle kendte nationale principper/doktriner til modificering af *pacta sunt servanda*, jfr. det foregående - at bestå vidtgående muligheder for at justere aftalen, hvis ændringerne har omsat sig i hardship for en af parterne.<sup>132</sup>

En overnational retsorden med det nævnte indhold kan ikke anvendes af de nationale domstole uden særlig hjemmel, heller ikke såfremt parterne ved lovvalgsaftale henviser til den. Da en sådan hjemmel ikke foreligger, er betydningen af *jus mercatorum* begrænset til voldgiftspraksis i tilfælde, hvor parterne har vedtaget, at voldgiftsretten skal træffe afgørelse på dette eller lignende grundlag (f.eks. efter "general principles of law").<sup>133</sup> En mulig mere fleksibel holdning til betydningen af ændrede forhold efter *jus mercatorum* end den, der fremgår af de i de foregående afsnit fremstillede regler, er følgelig umiddelbart af sekundær retskildemæssig interesse.<sup>134</sup>

#### 4.2.9. *Sammenfatning*

Selvom fremstillingen i de foregående afsnit efterlader et noget flimrende billede såvel i henseende til de anvendte løsningsmodeller som til disses teoretiske grundlag, er der nogle hovedtendenser, som aftegner sig med uomtvistelig klarhed. For det første fastholder både de forskellige nationale kontraktsretsregimer og det omtalte internationale (CISG) princippet i *pacta sunt servanda* med betydelig konsekvens ved forekomsten af ændrede forhold, således at disse ikke påvirker pligten til

---

det et uafklaret spørgsmål, om der ved forekomsten af væsentligt ændrede forhold kan gribes ind efter nationale rimelighedsstandarder, forudsætningssynspunkter o.l. For en benægtende besvarelse, se *Honsell (1997) s. 73* med sigte på *Wegfall der Geschäftsgrundlage, the doctrine of frustration* o.l. og modsat - f.s.v. angår den danske aftalelovs § 36 - *Gomard & Rechnagel (1990) s.38*.

<sup>131</sup> Se hertil *Lando (1985) s. 1 ff.*

<sup>132</sup> Se herved navnlig den indgående fremstilling hos *Nassar (1994) s. 193 ff* med redegørelse for betydningen af ændrede forhold i international voldgiftspraksis. Det er karakteristisk for fremstillingen - og for praksis - at betegnelserne "force majeure", "rebus sic stantibus", "frustration" og "changed circumstances" bruges i flæng, jfr. også den i teksten nævnte syntetisering.

<sup>133</sup> Efter art. 15 i den vedtagne - men ikke gennemførte - Haager-konvention af 1986 om internationale løsørekøb betyder "law" i konventionens forstand "the law in force in a state other than its choice of law rules". Under forhandlingerne om konventionen toges der klart afstand fra mulighederne for at give parterne adgang til at vælge *jus mercatorum*.

<sup>134</sup> *Jus mercatorum* kan derfor ikke siges at bestå som en autonom retsorden uden for partsvedtagelsernes område, cfr. den i indledningen til kapitel 2 oven for refererede opfattelse.

opfyldelse, medmindre de er af helt ekstraordinær karakter og/eller har ekstraordinære virkninger og i tilgift hertil har været upåregnelige. Der er ganske vist i flere henseender nuancer i løsningerne. Fransk og engelsk ret kan således placeres i det ene yderpunkt med meget strenge holdninger i forhold til den bebyrdede aftalepart,<sup>135</sup> medens amerikansk og italiensk ret befinder sig i det andet med mulighed for en noget mere fleksibel bedømmelse, hvor de skandinaviske lande, Tyskland og CISG indtager en mellemposition. I almindelighed er der herefter kun beskedne muligheder for at tage hensyn til hardship i den foran i afsnit 2 og 3.1.2. omtalte forstand. Hovedsynspunktet motiveres klart med omsætningshensyn og det spiller da gennemgående også en rolle, hvilken betydning aftalen efter sin genstand har for den almindelige omsætning, idet der vil være (endnu) ringere mulighed for at påkalde sig de forskellige undtagelser fra *pacta sunt servanda* inden for den almindelige varehandel eller på andre områder, hvor konjunkturfølsomheds- eller spekulationshensyn gør sig gældende. For det *andet* er det givet, at i de undtagelsestilfælde, hvor *pacta sunt servanda* antages at kunne fraviges, består løsningen som helt overvejende hovedregel i frigørelse af løftegiveren, d.v.s. en anvendelse af *doctrine of excuse*. Det accepteres ganske vist principielt i flere af de omtalte retsordener, at der - på et noget forskelligt grundlag - er mulighed for kontraktsjustering, altså *doctrine of adjustment*, men praktisk set synes denne mulighed ikke at spille nogen væsentlig rolle i almindelige kommercielle forhold, hvilket også gælder med hensyn til de eksplicit formulerede rimelighedsstandarder i de nordiske aftalelove. De typiske retsfølger af hardship anvendes således kun i meget ringe udstrækning. Endelig bør det for det *trede* bemærkes, at selvom det i de fleste nationale doktriner antages, at der kan være særlig grund til at tage hensyn til (væsentligt) ændrede omstændigheder i længerevarende kontraktsforhold, synes praksis herom ikke at have en så omfattende karakter, at det med sikkerhed lader sig påvise, at det også forholder sig således. Drøftelserne om "relational contracting", jfr. oven for i afsnit 3.6., kan ses i en vis sammenhæng med de amerikanske regler om *commercial impracticability*, de særegne franske om *imprévision* og den italienske Codice Civile art. 1467, men har ellers ikke berøringsflader med de anvendte løsninger. Følges den tankegang, som ligger bag teorierne om relational contracts, er det i øvrigt nærliggende at hævde, at både de europæiske og amerikanske kontraktsretsregimer på det foreliggende område i meget betydelig udstrækning er tilpasset "discrete transactions" og følger *doctrine of excuse*. De eksisterende regler om ændrede forhold kan således ud fra en snæver betragtning opfattes som utilstrækkelige i forhold til behovene knyttet til langvarige og komplekse kontrakter, idet de stort set udelukker løbende justeringer/tilpasninger af kontrakten, som forholdene måtte ændre sig.

---

<sup>135</sup> Som det fremgik af afsnit 4.2.3.2 kan princippet om *imprévision* ikke anvendes i forhold til rent private kontraktsforhold, men kun kontrakter, der er under Conseil d'Etats jurisdiktion.

## 5. PARTSREGULERING AF ÆNDREDE FORHOLDS BETYDNING : HARDSHIP-KLAUSULER

### 5.1 Introduktion

Den fordeling af kontraktsrisiciene, som følger af *pacta sunt servanda* og de i kapitel 4 fremstillede modifikationer hertil, kan til enhver tid ændres ved parternes mellemkomst. For visse transaktioners vedkommende vil de forhold, som har relevans for parternes opfyldelsesforpligtelse, ændre sig konstant og kunne føre til en forskydning af kontraktsbalancen (i.e. konsekvenser for aftalens økonomi). Det kan derfor være en fordel for dem under kontraktsforhandlingerne at forholde sig til disse risici, så der opnås en passende byrdefordeling.<sup>136</sup> Tilsvarende vil de i implementeringsfasen - med udgangspunkt i kontraktstfriheden - kunne ændre risikofordelingen både *ex tunc* og *ex nunc*.<sup>137</sup> Resultatet af deres "indgreb" bliver en anden byrdefordeling (end den legale), såfremt den omhandlede begivenhed indtræffer, således at de f.eks. skal dele en ekstraudgift, eller at der etableres helt nye kontraktsbeføjelser (e.g. genforhandling).

Det er forholdsvis udbredt i kommercielle kontraktsforhold, at parterne regulerer ændrede forholds betydning. I nærværende kapitel vil denne regulering blive undersøgt, idet der særligt fokuseres på hardshipklausuler. De forholder sig meget direkte til den situation, at en aftale er blevet væsentlig mere byrdefuld at opfylde, og hvor den ideelle løsning muligvis mere er, at aftalen opretholdes på ændrede vilkår (*doctrine of adjustment*), end at det bliver til en alt-eller-intet løsning (*doctrine of excuse*). Selvom de eksisterende legale regler på området (med deres udgangspunkt i *doctrine of excuse*) fra en umiddelbar betragtning kan opfattes som utilstrækkelige, vil konklusionen fra kapitel 4 ikke i sig selv kunne begrunde et krav om etablering af legale regler om hardship. Analysen må tillige dække redskaber, som parterne kan betjene sig af for at kompensere for de tilsyneladende utilstrækkeligheder i systemet. Hermed skulle det blive muligt at udtale sig lidt mere præcist og nuanceret om omfanget af problemet med den manglende adgang for retsanvendende myndigheder til at justere/tilpasse aftalen, samtidig med at der kan inddrages visse praktiske erfaringer fra anvendelsen af hardshipklausulerne. Der vil endvidere i nogen udstrækning blive redegjort for andre klausuler, som - direkte eller indirekte - regulerer ændrede forholds betydning, og som har indflydelse på kontraktsbalancen m.v.

---

<sup>136</sup> Som det fremgik ovenfor i afsnit 3.2.2. ligger der implicit i *pacta sunt servanda* en tilskyndelse for parterne til at gøre sig transaktionens færemomenter klart. Dette behøver nødvendigvis ikke resultere i stipulationer, som ændrer den givne risikofordeling. De kan udmærket have *forholdt* sig til risiciene og fordelingen heraf uden at skulle indsætte bestemmelser herom i kontrakten, idet de blot antages at have accepteret den legale risikofordeling.

<sup>137</sup> Denne *mulighed* for efterfølgende at regulere risikoens fordeling benyttes jævnligt i kommercielle aftaleforhold (særligt i langvarige og komplekse kontraktsforhold), fordi parterne tilpasser kontraktsforholdet den kommercielle/politiske/økonomiske virkelighed. Kontrakten er så at sige "levende". Men det er kun en *mulighed*, ikke en *retlig forpligtelse*, hvorfor denne frie og ubundne tilpasning af aftalen ikke har så stor interesse i denne sammenhæng (det vil dog fremgå straks nedenfor, at hardshipklausulerne sigter mod at skabe en sådan retlig forpligtelse). Det kan dog anføres, at aftaleafvikling i praksis i meget vidt omfang er styret af *uformelle løsninger* og mere *ujuridiske overvejelser*. Mange konflikter, opstået p.g.a. ændrede forhold, løses fordi parternes har en interesse i at fortsætte samarbejdsforholdet og finde en for begge parter rimelig løsning. Det har vist sig, at dette navnlig gør sig gældende inden for relationelle aftaleforhold, jvf. Scott i Nicklisch (1987), s. 54ff.

## 5.2. Aftalevilkår, der modvirker forskydelse af kontraktsbalancen m.v.

### 5.2.1. Forskydelse af kontraktsbalancen : hensyn bag kontraktsregulering

Ændrede forhold kan føre til forskydelse af kontraktens balance/ligevægt på uendeligt mange måder. Det afhænger af forpligtelsernes omfang, de implicerede risici m.v. og er forskellig fra kontrakt til kontrakt. Selv den mindste ekstraudgift ellign vil i princippet kunne føre til påvirkning af balancen, men sådanne små "udsving" har kun i begrænset omfang retlig relevans, fordi de ligger under den bagatelgrænse, som parterne ofte opererer med - det er almindelige forretningsrisici. Først når der bliver tale om mere omfattende økonomiske konsekvenser, og kontrakten er præget af usikkerhed eller er omfattende kommer regulering af forholdene fra parternes side på tale. Et af de afgørende hensyn bag kontraktsreguleringen på området er at sikre kontraktens økonomiske stabilitet og en fornuftig byrdefordeling. Partsreguleringen forholder sig til en meget bred vifte af risici, som ikke kan rubriceres i en homogen gruppe, men det centrale er, at de fokuserer på ændringen af aftalens økonomi mere end en interesse for, hvad der måtte have afstedkommet denne ændring. De bagvedliggende årsager/begivenheder vil fortsat spille en vis rolle, som målestok for ændringen ekstraordinære karakter - idet almindelige forretningsrisici netop ikke kan siges at være ekstraordinære. Økonomiske ændringer, som udspringer af egentlige force majeure begivenheder har også interesse og kan betragtes som særligt kvalificerede, men de indtræder til gengæld ikke særlig tit. Det vil især være inden for økonomiske, politiske, handelsmæssige og finansielle områder at turbulens og pludselige ændringer kan finde sted<sup>138</sup>. Forskellige former for skatter og afgifter, ny miljøregulering, nye sikkerhedsbestemmelser, væsentlig dyrere produktionsprocedurer p.g.a. ny teknologi, nye tekniske standarder/kompatibilitetskrav (i f.eks. computerindustrien), nye miljøstandarder, nye afsætningsformer og f.eks. hvis markedet forsvinder som det var tilfældet for en række produkter da Tyskland blev genforenet kan det tillige give store økonomiske konsekvenser.<sup>139</sup> Hertil kommer f.eks. ændrede transportomkostninger, lønudgifter, prisstigninger, devaluering, valutafluktuation, deflation, inflation, som indtræffer efter kontraktsindgåelsen og som kan have nok så store økonomiske konsekvenser for parterne. Der er mange årsager til, at parterne vælger at indsatte aftalevilkår i kontrakten, som influerer på kontraktsbalancen, men den overordnede grund er navnlig ønsket om at sikre, at kontrakten bliver økonomisk bæredygtig og udbytterig for begge ved at de evt. deler forøgede byrder. Især langvarige og komplekse kontrakter kræver for en tilfredsstillende gennemførsel, at parterne samarbejder og viser en vis imødekommenhed. Udviselse af fleksibilitet og imødekommenhed vil sikre mod konfrontation, navnlig i tilfælde hvor kontraktsbalancen er væsentligt forskudt. Udformningen af den konkrete regulering og valg af virkemidler hænger nøje sammen med spørgsmålet om *påregneligheden* af de indtrufne ændringer. For så vidt angår risici, som er alment forekommende (og dermed påregnelige) vil reguleringen kunne målrettes og "automatiseres", idet forskydningen af balancen er kvantificérbar. Heroverfor står risici, som er langt mere usikre og uforudsigelige og som kan ramme langt hårdere. Deres omfang og type kan ikke foruddiskonteres, og derfor vil det kræve andre virkemidler, at forholde sig til balancespørgsmålet. Langt den overvejende del af reguleringen forholder sig til første kategori, d.v.s. til mere konkrete risici, e.g. prisstigninger eller bestemte udgifter, og parterne vil typisk ændre (eller præcisere) byrdefordelingen. Herved skabes der *klarhed* - et altafgørende parameter i sådanne

<sup>138</sup> Fontaine (1976), s. 64 og UNCITRAL (1988), s. 244. Smgl. van Ommeslaghe (1980), s. 51f.

<sup>139</sup> Se eksemplet i *Unidroit Principles* (1994), s. 147, der sandsynligvis er inspireret af en tysk voldgiftskendelse fra 1992. Kendelse af 18.marts 1991 fra Berlin Voldgiftsinstitut, omtalt i Bonell (1997), s. 240.

kontraktsforhold<sup>140</sup> - og de sikrer sig, at forholdet ved indtræffelse af bestemte begivenheder skal behandles på en af dem fastsat måde. En mindre del af partsreguleringen på området forholder sig til mere ubestemte risici, hvis økonomiske og praktiske konsekvenser, det er vanskeligt eller umuligt på forhånd at forholde sig til. Her er det i højere grad ønsket om *fleksibilitet* og *rimelighedsbetragtninger*, der motiverer parterne til at gribe ind i den legale risikofordeling, og til denne gruppe hører hardshiptilfældene. Reguleringen udmønter sig i bestemmelser i kontrakten, der ikke knytter en forudberegnelig følge af visse mere eller mindre definerbare begivenheders indtræffen, men tværtimod skaber grundlag for variation og for situationsbestemt problemløsning.

### 5.2.2. Klarhed: indeks-, stabiliseringsklausuler m.v.

Ønsket om at skabe klarhed i byrdefordelingen (og undgå ubehagelige overraskelser) får meget ofte parterne til at vedtage såkaldte indeks-, pris-, valuta-, eskalations-, stabiliseringsklausuler m.v. Praksis er omfattende og udformningen af disse ofte styres af modelklausuler.<sup>141</sup> Hvis transaktionen finder sted på et konjunkturfølsomt område og/eller er langvarig og kompliceret, vil parterne kunne moderere virkningen af indtrådte ændringer, som fører til forskydelse af balancen. *Indeks-, pris-, valuta- og eskalationsklausuler* f.eks. søger med udgangspunkt i en i kontrakten anført algoritme-/beregningsmåde at fordele byrderne på en måde som er "automatisk" og uden for parternes indflydelse.<sup>142</sup> Det vil typisk betyde, at en stigning i prisen "automatisk" fører til en stigning i kontraktssummen - d.v.s. en tilpasning af kontraktssummen til de ændrede forhold.<sup>143</sup> Fordelen ved sådanne "automatiske" klausuler er, at de på et objektivt og (mere eller mindre) klart grundlag sikrer ligevægtsforholdets beståen, hvorved uoverensstemmelser undgås. Klausulerne kommer dog kun på tale hvor omfanget af ændringerne kan kvantificeres - ellers vil justeringen ikke være adækvat. De er endvidere ude af stand til at klare tilfælde af eksorbitante stigninger, og formelen kan også være forbundet med visse urimeligheder.

Parterne betjener sig ind i mellem også af såkaldte *stabiliseringsklausuler*, der fokuserer på en mere eller mindre bestemt type ekstraudgift (øgede havneafgifter, skatter, ny lovgivning f.eks.) og foreskriver en nærmere bestemt fordeling af byrden. Der er tale om en præcis allokering af risikoen for et forhold, men stabiliseringsklausulerne findes navnlig i store internationale kontrakter, hvor

<sup>140</sup> I f.eks. internationale kontraktsforhold er lovvalgsspørgsmål til stadig gene for parterne, hvorfor de ofte eksplicit vælger nationale regler fra og i stedet henviser til "general principles of law" - international handelsret, smgl. *Lowenfeld* (1996), s. 47ff. Et sådant valg er i yderste konsekvens udtryk for ønsket om en bestemt risikofordeling og dermed større klarhed. Den omfattende mængde standard- og modelkontrakter har for så vidt samme funktion. De skaber klarhed omkring byrdefordelingen inden for snart sagt alle typer af transaktioner og øger dermed sandsynligheden for forholdets succes.

<sup>141</sup> Smgl. FIDIC Civil Engineering Contract og ICC Adaption Rules fra 1978, hvori der findes eller gives anvisninger på sådanne automatiske klausuler., jvf. *Horn* (1985), s. 112ff. og 385ff.

<sup>142</sup> E.g. "Automatic adjustment clause", "price escalation clause" eller "clause d'échelle mobile", "flexible clause", "index clause", "price adjustment clause/mechanism" m.v., jvf. *Peter* (1995) s. 233., se f.eks. Super Electric Company's "price adjustment clause" og UN ECE 574's "supplementary clause - price revision", *Lowenfeld* (1996), DS-78 og DS-85. Pointen er, at parterne lader klausulernes justering "...bero på forhold i den ydre verden...", jvf. *Bryde Andersen* (1994), s. 236 og *Oppetit* (1974), s. 797 "...sans intervention des parties ou du juge...". F.eks. kan de knytte kontraktssummens størrelse til et indeks (råvareindeks, Danmarks Statistiks indekser el.lign), som ikke er under parternes direkte kontrol. Smgl. UfR 1977.641H "dagspris på olie", *Peter* (1995), s. 232ff. som kalder dem "adaptation clauses" og *Bull* (1993), s. 86f. og *Paul Fresle* i *Horn* (1985), s. 154ff.

<sup>143</sup> Den danske part fra eksemplet i afsnit 3.1.1. kunne f.eks. have foranstaltet en valutaklausul indsat i aftalen, så også medkontrahenten ville skulle bære en del af byrden. V.h.a. en "currency-stabilization clause". En "most-favoured customer clause" (mestbegunstigelsesklausul) kan også imødekomme behovene, idet den bebyrdede part skal have ligeså fordelagtig behandling som medkontrahenten giver andre kunder. De anvendes meget i EDB-branchen, jvf. føromtalt K18 pkt. 8.2., se *Bryde Andersen* (1995), s. 339. Eller en "third-party intervener clause", hvor en uvildig tredjepart kan gå ind og vurdere forholdene på området, jvf. *Peter* (1995), s. 233. Se også *van Ommeslaghe* (1980), s. 11f.

transaktionen er intensivt reguleret af lovgivning i et land og hvor ændring af denne lovgivning kan få store konsekvenser for projektet.<sup>144</sup> Klausulerne er meget anvendelige, men kan ikke løse den situation, hvor en helt uforudset situation opstår og hvor løsningen måtte kræve mere præcise individuelle bestemmelser.

### 5.2.3. *Fleksibilitet og genforhandling: hardshipklausuler m.fl.*

Når forskydningen af balancen bliver mere omfattende og det hænger sammen med begivenheder, som ikke var påregnelige står parterne i det ovenfor diskuteret dilemma. Der er tale om en situation, hvor hverken ændringens beskaffenhed eller omfang kunne være forudset på tidspunktet for aftalens indgåelse - og den bebyrdede part kan meget vel tænkes ikke at have villet indgå aftalen, hvis denne havde haft viden, idet der kræves store økonomiske opofrelser for at opfylde korrekt. Den bebyrdede part vil som regel ønske en lempelse i form af en justering/tilpasning af kontraktens bestemmelser til de ændrede forhold, således at kontraktbalancen retableres. Dette kan imidlertid kun gøres ved en mere eller mindre direkte kontakt mellem parterne og indgåelse af en ny aftale. Medkontrahenten er ikke retligt forpligtet til at acceptere en ændring af kontrakten - denne er skærmet af over for de økonomiske konsekvenser, der rammer den bebyrdede part. Der er dog en lang række grunde til, at medkontrahenten alligevel vil acceptere en justering i form af en genforhandling eller tredjemands involvering - disse gælder både den efterfølgende tilpasning, som skabelsen af et retligt grundlag på aftaletidspunktet for en tilpasning.

Problemerne opstår særligt ved langvarige og komplekse kontrakter, hvor parternes aktive medvirken er langt mere fremtrædende og hvor deres gensidige afhængighedsforhold er langt større. At gennemføre transaktionen kræver samarbejde - i mange tilfælde er der tale om et fælles projekt, hvor begge parter på et tidspunkt vil høste frugterne af samarbejdet. Udfra en samlet betragtning er det bedre at acceptere et mindre udbytte, hvis man redder værdier (fra at gå tabt) og sikrer samarbejdet. Så er det bedre at videreføre det "nødlidende" projekt og trods alt opnå en gevinst. En altfor stivnakket afvisning af kompensation fra medkontrahentens side vil kunne skade partsrelationerne og til opportunisme fra den anden parts side. Hertil kommer at medkontrahenten ved at kræve, at den bebyrdede part hæfter for alle de økonomiske konsekvenser ved aftalen evt. presser denne ud i en fallit, hvorved projektet sættes helt i stå. Endvidere vil medkontrahenten samtidig med den bebyrdede parts øgede udgifter kunne opnå en økonomisk gevinst, fordi f.eks. priserne på varen er steget på verdensmarkedet. Et andet aspekt er at samarbejdsforholdet kan fortsættets og bliver styrket og transaktionen gennemføres. Selvom disse aspekter af balanceforskydningen bør kunne få medkontrahenten til at indse, at han bør yde en vis form for kompensation, vil mere kortsigtede økonomiske interesser kunne få overhånd.<sup>145</sup> Det er baggrunden for, at der med fordel kan skabes et retligt grundlag for tilpasning af aftalen, idet parterne overbeviser hinanden om, at det for den pågældende transaktion vil kunne gavne det langsigtede samarbejde, at problemerne løses ved en løbende tilpasning af aftalen. Det er i bund og grund rimelighedsbetragtninger, som motiverer

<sup>144</sup> Bl.a. i store råstofudvindingsprojekter i u-lande er det normalt at indsætte sådanne *stabilization clauses* i kontrakten. Ny miljølovgivning, investeringsregler, skatteregler, tekniske standarder m.v. kan få store økonomiske konsekvenser. Klausulerne skærmer transaktionen mod sådanne nye regler, således de ikke skal overholdes. Det er typisk problemfrit fordi medkontrahenten typisk er landets regering, som har en ikke ubetydelig indflydelse på lovgivningen i landet. Smgl. et skatteforbehold, hvor inter partes gyldigheden af aftalen er betinget af opretholdelse af gældende skatteregler.

<sup>145</sup> Visse retsøkonomiske/spilteoretiske undersøgelser mener at vide, at parterne ved at tænke langsigtet forøger den samlede nettoværdi af transaktionen til begges fordel. Men problemer er naturligvis at skabe den fornødne tillid parterne imellem. Se for en grundig analyse af spørgsmålet, Scott i Nicklisch (1987), s. 54ff.

indsættelse af sådanne fleksible klausuler, som giver mulighed for tilpasning

Det er endvidere i samfundets interesse, at parterne benytter sig af denne adgang til genforhandling, fordi de derved løser egne problemer og undgår konflikter. Langt hovedparten af den genforhandling, der finder sted foregår på uformelt grundlag. Denne fleksibilitet gør parterne i stand til sammen at imødegå uforudsete og usædvanlige forhold/begivenheder, men uden et retligt grundlag for genforhandling, ville kontraktsrevisionen være vanskelig at organisere, hvorved en afslutning eller et brud mere sandsynlig.<sup>146</sup> Aftaleparter kan til enhver tid justere og ændre aftalen. Det er en naturlig følge af partsautonomien og forudsætter kun, at de bliver enige. Ofte vil de helt automatisk skride til justering af aftalens bestemmelser, når den har løbet i nogen tid for at "strømline" den eller tage nye forhold i betragtning. Denne helt frie og ubundne justering suppleres ofte af bestemmelser i visse aftaler, om at den skal genforhandles efter en bestemt periode - eller der indsættes deciderede *genforhandlingsklausuler*, således at der bliver en juridisk forpligtelse til genforhandling.<sup>147</sup> En klausul om genforhandling (eller revision) af aftalen vil kunne tvinge parten til forhandlingsbordet, men herudover må der tages stilling til forhandlingstemaet og -målene. En "hardshipklausul" er, som anført i denne afhandlings indledning, et aftalevilkår, der berettiger den aftalepart, som lider under indtrådt hardship til at kræve aftalen *genforhandlet* med henblik på at *tilpasse* den til de nye forhold.<sup>148</sup> Hvis en sådan genforhandling ikke fører til noget resultat, bemyndiges et tvistløsningsorgan til at foretage tilpasningen eller der åbnes eventuelt adgang for den pågældende kontraktspart til at frigøre sig for aftalen med et vist varsel.

Der findes andre klausuler, som ligeledes er operative i situationer, hvor ændringerne er upåregnelige. I entrepriseretten er det naturligt, at der kan foretages ændringer af projekter, hvis man f.eks. støder på uventede vanskeligheder.<sup>149</sup> I store internationale byggeprojekter indsætter parterne ofte en *variationsklausul* ("variation clause"), som giver mulighed for ændringer i entreprisen ved ændrede forhold. Nogle af de forhold, som klausulerne dækker, er også egentlige tilfælde af hardship,<sup>150</sup> men de løser mere konkrete projektorienterede problemer, hvor kontrakten ikke udtaler sig om hvad der skal gøres.<sup>151</sup> Endelige er der *force majeure klausulerne*, som ganske vist ikke lægger op til en justering af aftalen, men bygger på *doctrine of excuse*.<sup>152</sup> Derimod er de begivenheder, som afstedkommer ændringen ofte sammenfaldende med dem, hardshipklausulerne dækker over.<sup>153</sup>

<sup>146</sup> Jvf. Ullman (1989), s. 86f.

<sup>147</sup> Genforhandlingsklausuler er meget udbredte og findes f.eks. i arbejdskontrakter, spillerkontrakter, erhvervslejekontrakter og et væld af agent-, franchise- og licensaftaler. Der er i øvrigt flydende overgang mellem bestemmelsen i AB92 §14 og genforhandlingsklausuler. Klausulerne forholder sig ikke specifikt til *hardship*, men er mere generelle og søger en teknisk revision af aftalen, snarere end en anden allokering af risikoen. De er typisk heller ikke så specifikke som hardshipklausulerne m.h.t. i hvilken retning aftalen bør ændres. Alligevel er der overlap terminologisk og praktisk - ofte kaldes hardshipklausulerne slet og ret "renegotiation clauses" eller "revision clauses". Smgl. Peter (1995), s. 241ff. og Oppetit (1974), s. 800. En type klausul om "Good business reasons", tillader en af aftalens parter at opsige aftalen hvis grundlaget man i sin tid kontraherede ud fra har ændret sig væsentligt, anvendt i amerikansk ret.

<sup>148</sup> En tilpasning vil i de fleste tilfælde kunne gennemføres i form af en vederlagsjustering eller kompensationsordning.

<sup>149</sup> F.eks. tillader AB92 §§14-15, at der foretages ændringer af projekter, hvis man f.eks. støder på uventede vanskeligheder. Det betyder dog ikke, at der ved tilvirkningsaftaler generelt er mulighed herfor, jvf. Hørlyck (1996), s. 59f.

<sup>150</sup> Se mere detaljeret UNCITRAL Guide (1988), s. 248ff.

<sup>151</sup> I store turnkey-kontrakter, EDB-udviklingsaftaler er de faste bestanddele. Se mere detaljeret UNCITRAL (1988), s. 248ff. -

<sup>152</sup> Nærmere om begrebet se Bryde Andersen (1995), s. 294ff., Schmitthoff (1990), s. 199ff., McKendrick (1991), s. 3ff., Melis (1984), s. 213ff., Strohbach (1984), s. 46ff., van Ommeslaghe (1980), s. 41ff. og navnlig Mestads omfattende afhandling fra 1991.

<sup>153</sup> De er de mest udbredte klausuler om ændrede forholds betydning og spiller en stor rolle i internationale kontraktsforhold, p.g.a. forskellene mellem nationale retsordener. Det har dannet basis for et omfattende



Herudover er der det sammenfald, at økonomisk force majeure - som tidligere nævnt er en slags kvalificeret force majeure. Ofte vil force majeure klausulerne og hardshipklausulerne overlappe hinanden derved, at en force majeure klausul kan fremprovokere genforhandlingen ved at den sætter sagen på spidsen.<sup>154</sup>

### 5.3. Hardshipklausuler generelt

#### 5.3.1. Terminologi

Ordet "hardship" stammer fra dagligdags engelsk og kan bedst oversættes med "besværligheder" eller "strabadser". Det dækker ikke over en bestemt type "besværligheder"/"strabadser", men signalerer blot, at en handling er blevet vanskeligere at udføre uden at angive de nærmere omstændigheder. Derfor kan det udmærket dække over den situation, at opfyldelsen af kontraktsforpligtelse er blevet væsentlig mere byrdefuld på grund af ændrede forhold (at ligevægtsforholdet er blevet påvirket væsentligt). Selvom ordet "hardship" i stigende grad anvendes i kontraktsretlige sammenhænge, relaterer det sig fortsat til noget faktisk, nemlig de forøgede byrder løftemodtageren skal overvinde for at kunne opfylde.<sup>155</sup> Det er derfor mere en praktisk etikette end et egentligt juridisk koncept, og i dansk ret vil "hardship" kunne virke dobbelt fremmed, dels p.g.a. det fremmede navn, dels p.g.a. dets faktiske (ikke-juridiske) beskaffenhed. Selvom betegnelsen "hardshipklausul" vil blive anvendt i denne sammenhæng, som dækkende over alle klausuler med sådanne egenskaber, er det nødvendigt at være opmærksom på, at den går under mange andre betegnelser.<sup>156</sup>

#### 5.3.2. Udvikling

Man har kendt til klausuler af denne kategori siden 1. verdenskrig, hvor der findes eksempler på tyske klausuler.<sup>157</sup> Hyperinflationen i Tyskland efter krigen fjernede det økonomiske fundament for mange aftaler og førte til, at de blev fuldstændig værdiløse for den forpligtede part. Som reaktion herpå formuleredes hardshipklausuler i større aftaler, hvor parterne blev udstyret med en adgang til genforhandling i tilfælde af eksorbitante prisændringer.<sup>158</sup> Videre op gennem dette århundrede har det vist sig, at hardshipklausuler navnlig er blevet anvendt under økonomiske kriser (som efter 1. og 2. verdenskrig) eller ved politiske omvæltninger,<sup>159</sup> småkrige, oliekrisen i 1970'erne og

---

standardiseringsarbejde, jvf. *Lowenfeld* (1996), s. 56ff og de findes i talrige modelkontrakter : NLM 94, NL 92, K 18, ECE 188, ECE 188A, ABR 89 samt de i bilagsdelen i *Lowenfeld* (1996) optrykte standardvilkår. Heraf fremgår, at den mest normale retsfølge er fristforlængelse/udskydelsesret i andre tilfælde gives der ret til annullation af aftalen, jvf. *Bryde Andersen* (1995), s. 297. De fortolkes som hovedregel i overensstemmelse med nationale retsordener, hvilket vil sige indskrænkende, jvf. *Melis* (1984), s. 221 og *Gomard* (1995), s. 177.

<sup>154</sup> Smgl. *Grönfors* (1955), s. 38. Sådanne ad hoc forhandlinger eller "adhockery", jvf. *Nassar* (1995), s. 25f vil som regel være benhårde og der vil aldrig blive givet ved dørene. På områder hvor konkurrencen er hård vil samarbejdsviljen desuden være mindre. Om koncipering af force majeure klausuler se bl.a. *McKendrick* (1991), s.21ff., *UNCITRAL Guide* (1988), s 233ff. og *ICC* (1985), s. 6-17.

<sup>155</sup> Jvf. *Perillo* (1996), s. 1f.

<sup>156</sup> E.g. "Clause d'Imprévision", "Adaptation Clause", "Gross Inequity Clause" og "Hardship Klausel". Begrebet er født i praksis, jvf. *van Ommeslaghe* (1980), s. 10n3. "Hardshipklausul"/"Hardship Clause" er dog det langt mest udbredte, *Fontaine* (1976), s. 59ff og *van Ommeslaghe* (1980), s. 8.

<sup>157</sup> Jvf. *Maskow* (1992), s. 216f. At de eksisterede også før den tid er oplagt, men man skal dog ikke meget længere tilbage i tiden, førend markedsstrukturen, samhandelsformerne og det økonomiske system ikke førte de særlige risici med sig, som findes i et mere udviklet samfund.

<sup>158</sup> *Beale* i "Festskrift til Ole Lando" (1996) s. 21f.

<sup>159</sup> *Fontaine* (1976), s. 58.

genforeningsproblematikken i Tyskland. Det er da heller ikke nogen tilfældighed, at incitamentet til at indsætte en hardshipklausul i kontrakten er størst, netop når risikoen for økonomiske udsving eller ustabilitet er størst.

På det rent teoretisk-juridiske plan er det først inden for de seneste 25 år, at de har påkaldt sig interesse. Fra midten af 1970'erne, hvor oliekrisen med sine prisstigninger på olie bragte utallige kontraktsforhold i økonomisk ubalance og skabte stridigheder, diskuterede man det rimelige i konsekvent at holde sig til *pacta sunt servanda*. En anden erfaring var, at de hardshipklausuler der var indsat før oliekrisen ikke helt løste problemerne eller skabte nye problemer. I de 25 år, der er gået er begrebet hardship og anvendelsen af hardshipklausuler blevet sat på dagsordenen i en række sammenhænge. Man har søgt at udforme forslag til standardisering af hardshipklausuler og er fremkommet med udkast til legale hardshipregler. Et par pionérarbejder, som har haft indflydelse på forslagene til både klausuler og regler blev publiceret i 1974 og 1975 af en række fransk-belgiske professorer, der systematisk analyserede problemerne.<sup>160</sup> Disse arbejder markerede muligvis startskuddet på den udvikling der har været i gang på området - og fortsat er i gang.<sup>161</sup>

Det første seriøse skridt mod at søge at anerkende "hardship" i international ret kom sidst i 1970'erne uden arbejdet med CISG, hvor det blev foreslået at indsætte en regel om hardship i tilknytning til konventionens artikel 79. Dette norske forslag var direkte afstedkommet af oliekrisens efterdønninger og bl.a. inspireret af den ovennævnte teoretiske arbejde, men det vandt ikke gehør, og det blev forkastet.<sup>162</sup> Man var ikke klar til at anerkende en legal regel om hardship på det tidspunkt, men forslaget bidrog til diskussion af emnet og førte til at søgelyset rettedes mod standardisering af hardshipklausulerne.

ICC udgav i 1985 publikationen "Force Majeure and Hardship", som indeholder visse retningslinier for koncipering af hardship (og force majeure)-klausuler i internationale kontraktsforhold. Da ICC's publikationer er meget velanskrevne i den internationale handelsret og øver stor indflydelse på kontraktspraksis, repræsenterede publikationen fra 1985 en slags gennembrud på vejen mod at sætte emnet hardship på agendaen. UNCITRAL fulgte i 1988 ICC's fodspor med en meget grundig "guide" til brug når der skal laves store konstruktionsprojekter.<sup>163</sup> Et af kapitlerne i "guiden" var helliget hardshipklausulers koncipering - og selvom det ikke indeholder en modelklausul, er det meget omhyggeligt og praktisk anvendeligt. Mod slutningen af 1980'erne havde to internationalt respekterede og betydningsfulde organer således klart givet hardship-klausuler en form for blåstempling, som et i visse situationer godt instrument i aftaleforhold.

I starten af 1990'erne udgav et internationalt institut (UNIDROIT) og en europæisk kommission (Commission on European Contract Law) efter ca. 10 års forberedelser hver deres forslag til fælles internationale/europæiske principper på det handels-/formueretlige område.<sup>164</sup> I begge disse forslag,

<sup>160</sup> Jvf. de meget grundige artikler *Oppetit (1974)*, *Fontaine (1976)* og *van Ommeslaghe (1980)*.

<sup>161</sup> Det er i denne sammenhæng væsentligt at være opmærksom på, at der ikke har været vandtætte skodder mellem diskussionen af hardshipklausulerne og -reglerne, samt at de harmoniserings-/kodificeringstendenser, der har været inden for den internationale handelsret og formueretten i Europa også har bidraget til diskussionen.

<sup>162</sup> Med ordlyden: "...If, as a result of special events which occurred after the conclusion of the contract and which could not have been foreseen by the parties, the performance of its stipulations results in excessive difficulties or threatens either party with considerable damage, any party so affected has a right to claim an adequate amendment of the contract or its termination..."

<sup>163</sup> UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, Publikation A/CN.9/SER.B/2. FN, New York, 1988.

<sup>164</sup> UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) - et privat institut med base i Rom har eksisteret i mere end 70 år og består af juridiske professorer fra det meste af verden.

hhv. UNIDROIT "Principles of International Commercial Contracts" og "Principles of European Contract Law", havde koncipisterne indsat bestemmelser eller principper om hardship, bygget over samme skabelon som hardshipklausulerne (de er optrykt i bilagsafsnittet). De to publikationer repræsenterer endnu et skridt videre mod fastlæggelse af fælles normer for, hvordan hardship skal/bør tackles. Ganske vist kommer principperne kun i funktion ved en henvisning hertil i kontrakten eller ved at de anvendes som inspiration til udformning af individuelle hardshipklausuler,<sup>165</sup> men med dem er der for første gang udformet en standardbestemmelse for hardship.

### 5.3.3. Udbredelse

Det er vanskeligt at danne sig et præcist overblik over den faktiske udbredelse af hardshipklausuler, og om der eventuelt er sket en vækst i udbredelsen siden 1970'erne. Undersøgelser har påvist, at de er relativt udbredte inden for omfattende og langvarige råstofleveranceaftaler (bl.a. olie- og gasindustrien).<sup>166</sup> Disse aftaler meget komplicerede, kræver betydelige investeringer og involverer offentlige myndigheder langt mere (er evt. indgået *med* offentlige myndigheder) samt rummer betydelige risici.<sup>167</sup> Råstofområdet er tæt reguleret, nationalt som internationalt, det er prisstabilt og kontrakterne indgås ofte for en meget lang periode - alt sammen momenter der øger muligheden for ændringer af forholdene. En hardshipklausul ses som en udvidet sikkerhed for den investor, som f.eks. har indgået en råstofudvindingsaftale med en regering. Projektet vil kræve betydelige investeringer og først efter måske mange år vil den udenlandske aftalepart kunne hente en gevinst hjem. Hardshipklausulen kan stimulere den udenlandske parts interesse i at lave de omfattende investeringer. Også ved udvinding af jern og stål,<sup>168</sup> ingeniørprojekter, store konstruktionsprojekter,<sup>169</sup> petrokemisk industri, kemisk industri, computerindustrien<sup>170</sup> og internationale låne/investerings-aftaler går hardshipklausuler igen. I noget mindre udstrækning har man set dem i know-how- og licensaftaler, transportaftaler,<sup>171</sup> forarbejdningsaftaler og agenturaftaler.<sup>172</sup> Alt i alt vil aftalen typisk skulle være den

---

<sup>165</sup> Navnlig Unidroit Principles spås at ville få stor indflydelse inden for den internationale handelsret, således at de vil kunne fungere som ligeså stærk retskilde som f.eks. AB 92 og NSAB, jvf. *Hultmark (1995/96)*, s. 663. Det begrundes med, at der er tale om fornuftige og næsten universelt anerkendte principper for internationale kommercielle transaktioner. Der henvises til, at principperne nærmest er en kodifikation af *lex mercatoria*. Initiativet bag begge forslag har sin oprindelse i den øgede internationalisering og integration i Europa, som stiller krav til større ensartethed i juraen, jvf. *Hultmark (1995/96)*, s. 655f. Ved at henvise til principperne vil de af i hvert fald voldgiftsmænd skulle anvendes som primær retskilde, hvorved der skabes den nødvendige ensartethed. De foreløbige erfaringer med Unidroit Principles viser, at de er blevet vel modtaget og er blevet inkorporeret ved henvisning i mange kontrakter. Endvidere har adskillige lande ladet sig inspirere i forbindelse med reformering af deres formueret, bl.a. Rusland, Estland, Tjekkiet og Skotland, og der findes anvendt i en lang række voldgiftskendelser, jvf. *Bonell (1997)*, s. 236ff. De to samlinger med principper er i stort omfang enslydende, hvilket har rejst kritik, fordi det kan skabe forvirring og afsvække gennemslagskraften for begge, jvf. bl.a. *Bonell (1996)*, s. 237ff. Men "Principles of European Contract Law" er i yderste konsekvens mere ambitiøst og - som det vil fremgå senere - nærmest prætenderer at være forløberen for en "European Civil Code". For yderligere fremstillinger af problemstillingen kan henvises til *Boele-Woelki (1996)*, s. 652ff.

<sup>166</sup> *Fontaine (1976)*, s. 58f, *Oppetit (1974)*, s. 794, *Lando (1991)*, s. 284 og *Ullman (1985)*, s. 82.

<sup>167</sup> En kendt og meget omdiskuteret klausul fra dette område er fra *Ekofisk*-aftalen om levering af naturgas til Frankrig. Artikel 13.9 i "Contract de vente de gaz du gisement Ekofisk", afsluttet i 1973, optrykt i *Oppetit (1974)*, s. 812f. Både Mærsk Olie og Gas samt DONG betjener sig i begrænset omfang af hardshipklausuler

<sup>168</sup> Mineindustri, jvf. *Scott i Niklisch (1987)*, s. 98n124.

<sup>169</sup> Bygning af gasledninger, fabrikker, broer o.s.v. Dette blev navnlig aktualiseret med udsendelsen af *UNCITRAL Guide (1988)*. Opførelsen af Storebæltsbroen har givet anledning til sager om kompensation for hardship i forbindelse med valutauro, men aftalekomplekset indeholdt ingen hardshipklausuler og materiale har ikke kunnet fremskaffes fra parterne.

<sup>170</sup> Særligt på områder hvor udviklingen går stærkt og kompatibilitet og tekniske modifikationer spiller en stor rolle.

<sup>171</sup> Bl.a. tidscertepartier. Ifølge *Lund (1977)*, s. 351 er de yderst sjældne og *Michelet (1977)*, s. 299f.

<sup>172</sup> *van Ommeslaghe (1980)*, s. 8f og *Böckstiegel i Horn (1985)*, s. 162.

økonomiske sværvægtsklasse, førend hardshipklausulen anses for et nødvendigt reguleringsmiddel og det typisk netop langvarige og komplekse kontrakter.

Undersøgelser viser endvidere, at klausulerne som alt overvejende hovedregel knytter sig til internationale transaktioner. Der findes ikke nogen praksis om problemer med rent danske hardshipklausuler, og de har ikke påkaldt sig den stor interesse fra akademisk hold i Danmark. Når de næsten udelukkende ses ved internationale transaktioner, hænger det sammen med de særlige risici en international transaktion indebærer. Der findes en rudimentær rets- og voldgiftspraksis som omhandler fortolkning af hardshipklausuler. Den er meget konkret og derfor højst kan bruges til at illustrere visse problemstillinger i tilknytning til begrebet. Den vil blive nævnt i det følgende hvis det er på sin plads.<sup>173</sup> Men debatten og anvendelsen af hardshipklausuler har understreget, at de kun indsættes i kontrakter hvor det er tvingende årsager hertil, og at de som alle andre undtagelser til *pacta sunt servanda* fortolkes yderst restriktivt.

## 5.4. Hardshipklausulernes opbygning og retlige indhold

### 5.4.1. Introduktion

Der findes ikke standardhardshipklausuler som sådan, ligesom der findes standard force majeure klausuler. Et af problemerne er, at de i langt højere grad må skræddersyes til den enkelte transaktions særlige kendetegn og nøje afstemmes med de risici, som gør sig gældende på området. Hertil kommer, at hvor force majeure instituttet er anerkendt, fordi det drejer sig om helt ekstreme og undskyldelige begivenheder, vil et ønske om at indsætte en hardshipklausul fra en af parternes side kunne opfattes som et tillidsbrud og mangel på engagement i partsforholdet. Hvis det kun er én af parterne, der så at sige får gavn af klausulen, vil det kunne være vanskeligt at overbevise medkontrahenten, navnlig fordi der typisk ikke er en konkret fare inde i billedet. Medkontrahenten vil derfor kunne afkræve løftegiver en række indrømmelser for at acceptere klausulen. Det er uhyre vanskeligt at udforme en hardshipklausul, fordi en for generel udformning vil gøre den forvirrende og værdiløs, mens en meget konkret klausul måske slet ikke vil dække opståede forhold. Klausulens endelige udformning vil i meget høj grad vil bygge på et kompromis mellem parterne - måske mere end ved andre klausuler afhænger formuleringen af hardshipklausulen af mere strategiske overvejelser og parternes magtkamp i forhandlingsfasen.<sup>174</sup>

Selvom klausulerne er meget individuelle har de en fælles kerne og det er den, der vil blive undersøgt på dette sted.<sup>175</sup> For det *første* drejer det sig om at definere den *situation* hvorunder klausulen kan anvendes, både hvilke begivenheder/ændringer - der kan komme på tale - og hvilke økonomiske konsekvenser disse begivenheder (mindst) skal have - d.v.s. hvornår der indtræder hardship.<sup>176</sup> Ligesom ved force majeure klausuler lægges der bl.a. vægt på et påregneligheds- og et intensitetskriterium. For det *andet* er det af betydning at få opstillet det særlige aftaleregime/procedure, som indtrædelse af hardship traditionelt igangsætter, nemlig genforhandling af aftalen m.h.p. at tilpasse den til de ændrede forhold, og en domstols/trediemands-/voldgiftsrets stillingtagen til problemet, hvis

<sup>173</sup> Se Ullman (1989), s. 83n10. Af offentliggjorte sager kan bl.a. henvises til. England : *Superior Overseas Development Corporation v. British Gas Corporation* [1982] 1 Lloyd's rep. 262. USA : *Georgia Power Co. v. Cimarron Coal Corp.*, 526 F.2d 101 (6th Cir. 1975). ICC sag 2478/1974 og ICC sag 2291/1975.

<sup>174</sup> Oppetit (1974), s. 797. Fontaine (1976), s. 58f. "...balance of power between the contracting parties".

<sup>175</sup> I det hele Fontaine (1976) og Horn (1985), s. 132ff.

<sup>176</sup> Jvf. Fontaine (1976), s. 61f.

parterne ikke kan blive enige.

I den følgende fremstilling af hardshipklausulernes opbygning og indhold prioriteres en generel fremstilling af klausulerne - al den stund det som nævnt ligger uden for denne afhandlings rammer at analysere konkrete klausuler. Ovennævnte publikationer fra ICC, UNCITRAL og Unidroit Principles vil kunne yde væsentlige bidrag til forståelsen af klausulernes retlige deres indhold og måden de konciperes på.

#### 5.4.2. Indtrædelse af hardship

##### 5.4.2.1. "Ændrede forhold" : upåregnelige og udefrakommende

Det er ikke alle begivenheder og forhold, der kan - eller for den sags skyld bør - give en part ret til at genforhandle aftalen. Et gennemgående træk ved hardship-klausulerne er, at de ændrede forhold skal have været *upåregnelige* og *udefrakommende* for at fritagelse kommer på tale. Det stemmer med den rimelighedsideologi, som ligger bag klausulen: hvis løftegiver ikke kunne have forudset den indtrådte begivenhed, som gav alvorlige økonomiske konsekvenser, vil det være urimeligt at denne fastholdes på løftet i sin helhed.

Hardshipklausuler vedrører som alt overvejende hovedregel situationer, hvor de oprindelige forhold har ændret sig, d.v.s. på tidspunktet for aftalens indgåelse.<sup>177</sup> Alle ændrede forhold har principiel relevans i denne sammenhæng, dog således at den konkrete stillingtagen til om et forhold har relevans, beror på en fortolkning af aftalen.<sup>178</sup> Klausulerne forholder sig typisk meget bredt og generelt til spørgsmålet om upåregneligheden af de ændrede forhold, idet der direkte henvises til at ændringerne skal have været "*upåregnelige*" eller ikke "have været taget i betragtning".<sup>179</sup> En bred formulering skaber et betydeligt spillerum for fortolkning og udelukker ikke på forhånd nogen begivenheder. Herved skabes det bedst mulige grundlag for at tage uventede forhold i betragtning. Omvendt vil en sådan bred formulering kunne give betydelige afgrænsningsvanskeligheder og kunne skabe betydelig usikkerhed. Kravet om, at begivenheden/forholdet skal være "*udefrakommende*" har sin logiske begrundelse i, at løftegivers egne forhold ikke må have afstedkommet ændringen eller forværret den. Der skal m.a.o. udvises påpasselighed fra løftegivers side og skrives til afværgehandling mod truende opfyldeshindringer.<sup>180</sup> Endelig signaleres der, at den indtrufne ændring skal være ekstraordinær i beskaffenhed i den forstand, at det er uden for løftegivers kontrol.<sup>181</sup>

Den konkrete påregnelighedsvurdering er lige så vanskelig at foretage som i andre tilfælde af

<sup>177</sup> "...the initial circumstances surrounding the contract undergo a change", *Fontaine (1976)*, s. 62.

<sup>178</sup> Men klausulen kan indkredse forholdet i større eller mindre udstrækning : f.eks. "monetary events and/or alterations", "...par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial", der indikerer at der skal ligge økonomiske, finansielle, kommercielle eller politiske årsager bag, smgl. bl.a. *UNCITRAL (1988)*, s. 244. Den kan også mere specifikt udpege visse konkrete forhold : "customs duties", "a novel economically available source of products". En sådan angivelse af forhold, der kan ændre sig, implicerer, at parterne er opmærksomme på risikoen. Men det fratager ikke forholdet sin upåregnelige karakter, fordi parterne ikke er i stand til at forholde sig til dets nærmere karakter, omfang eller tidsmæssige rammer. Derimod vil en udvikling af forhold, som oprindeligt kunne forudses ikke være dækket af klausulen, men derimod evt. af en index-klausul, jvf. *Fontaine (1976)*, s. 64f.

<sup>179</sup> E.g. "unforeseeable", "imprévisible", *Fontaine (1976)*, s. 62. Eller : "...events not contemplated by the parties...", *ICC (1985)*, s. 18. Eller : "...the events could not reasonably have been taken into account", Unidroit Principles artikel 6.2.2 (b). I nogle klausuler anvendes ordet "unforeseen", som slækker kravet for hvilke begivenheder, der kan føre til fritagelse. Smgl. *Ullman (1989)*, s. 87f.

<sup>180</sup> Hvis f.eks. løftegivers kunne have sikret sig et større lager af den for produktionen nødvendige råvare inden prisernes himmelflugt.

<sup>181</sup> "Beyond the control", e.g. PICC artikel 6.2.2. (c), og *UNCITRAL (1988)*, s. 244. Smgl. og *Oppetit (1974)*, s. 801ad "extériorité".

ændrede forhold, f.eks. meget bredt formulerede force majeure klausuler.<sup>182</sup> Parterne og retsanvendende organer vil dog kunne hente vejledning hertil i de legale regler om ændrede forholds betydning. De kriterier, som retssystemerne opstiller ved stillingtagen til en force majeure-situation, vil næsten direkte kunne overføres til vurderingen af upåregnelighed, men det implicerer samtidig, at vurderingen vil blive meget konkret.<sup>183</sup>

#### 5.4.2.2. Intensitetskriteriet - økonomiske konsekvenser

Løftegiver opnår ikke ret til genforhandling, blot ved at de omtalte begivenheder indtræffer. De skal føre til, at opfyldelsen bliver mere byrdefuld - først herefter er der tale om en hardship-situation. Der må m.a.o. stilles krav om mere indgribende (navnlig) økonomiske konsekvenser af de indtrådte begivenheder og dette intensitetskriterium, som findes i alle hardshipklausuler, følger for så vidt logisk af de grundlæggende træk ved alle regler om ændrede forhold, som diskuteret ovenfor i afsnit 3.3.<sup>184</sup>

Det er ikke helt enkelt og ukompliceret at lave den nærmere afgrænsning af hvornår intensiteten er stor nok til at begrunde genforhandling, d.v.s. hvornår der er indtrådt hardship. Klausulen søger at forholde sig til det uforudsigelige, idet de økonomiske konsekvenser ikke lader sig definere præcist eller kvantificere. Derfor må "formelen" for hardship nødvendigvis holdes i relativt brede termer. Til trods for at der til nogle transaktioner er knyttet helt specifikke risici, og det derfor i nogen udstrækning er muligt at forholde sig til disse mere konkret, vil der altid være mere brede og generelle formuleringer i klausulen, hvis den skal have et mere generelt anvendelsesområde.<sup>185</sup> Det skaber fleksibilitet, og man undgår, at klausulen ikke rækker,<sup>186</sup> men hermed skaber man usikkerhed omkring hvornår klausulen kan bringes i anvendelse.<sup>187</sup> Det fransk-belgiske studiegruppe om hardshipklausuler, ICC og UNCITRAL har alle pointeret vigtigheden af at være så præcis som overhovedet muligt ved konciperingen af klausulen, idet enhver mangel på præcision kan have negativ indvirkning på forholdet.<sup>188</sup> Af Unidroit Principles fremgår, at den dér anvendte afgrænsning af hardship så vidt muligt må tilpasses den konkrete transaktion.<sup>189</sup>

Formuleringerne er ligeså varierede og forskellige som antallet af klausuler og i modsætning til f.eks. økonomisk force majeure, indtræder der også hardship ved forringelse af den værdi en part modtager. ICC foreslår at hardship formuleres som en væsentlig forskydning af kontraktsbalancen, der bliver en væsentlig byrde for løftegiver ("fundamentally alter the equilibrium...placing an excessive burden...").<sup>190</sup> UNCITRAL anvender ordene "a substantial financial burden" til at dække det samme,<sup>191</sup> mens der i Unidroit Principles artikel 6.2.2. udelukkende fokuseres på kontraktsbalancen, så hardship defineres som en væsentlig forskydning af kontraktsbalancen ("fundamentally alters the equilibrium of the contract"). Men uanset, om den ene eller anden af disse brede formuleringer anvendes, vil de dække

<sup>182</sup> Smgl. *Sichert* (1994), s. 417.

<sup>183</sup> Jvf. *Ullman* (1989), s. 85f.

<sup>184</sup> Netop p.g.a. de ovenfor omtalte rimelighedssynspunkter - eller ud fra simple forudsætningsbetragtninger : at løftegiver ikke ville have indgået en aftale, hvis han havde haft viden om så omfattende og indgribende konsekvenser.

<sup>185</sup> Den fransk-belgiske studiegruppe så sig ude af stand til at foreslå en modelklausul, jvf. *Fontaine* (1976), s. 82f. Dette synspunkt lå tillige bag fremstillingen i ICC (1985), s. 18 og UNCITRAL Guide (1988), der netop er en konciperingsguide.

<sup>186</sup> *Fontaine* (1976), s. 68f og *van Ommeslaghe* (1980), s. 9.

<sup>187</sup> Smgl. *Oppetit* (1974), s. 800f. Nogle klausuler henviser specifikt til driftøkonomiske parametre, som indkomst sat i forhold til omkostning ved transaktionen, jvf. *Fontaine* (1976), s. 68f.

<sup>188</sup> *Fontaine* (1976), s. 69f., ICC (1985), s. 20 og UNCITRAL (1988), s. 244.

<sup>189</sup> Smgl. *Unidroit Principles* (1994), s. 150.

<sup>190</sup> ICC (1985), s. 18 - i tysk ret tales der om "Äkquivalenzstörung".

<sup>191</sup> UNCITRAL (1988), s. 245.

samme område - den centrale opgave er at afklare dette områdes udstrækning.<sup>192</sup> Kriteriet er objektivt forstået på den måde, at man ikke direkte kobler det med en stillingtagen til, om det skal være urimeligt for løftegiver, man må vurdere det set ud fra en betragtning om det generelt er byrdefuld. Nogle klausuler går mere direkte ind og betoner subjektive elementer, i.e. "undue hardship" eller "unfair burden", hvilket i princippet ikke gør vurderingen lettere.<sup>193</sup>

Den konkrete afgørelse af om et forhold f.eks. er "usædvanlig byrdefuldt" vil være utrolig vanskelig at træffe, både for parterne og tvistløsningsorganer, og der findes kun meget begrænset praksis at holde sig til.<sup>194</sup> Formuleringen giver ingen holdepunkter for at træffe en sikker afgørelse, idet det vil være uklart hvornår man går fra f.eks. "meget byrdefuld" til "usædvanlig byrdefuld". I Danmark, såvel som i andre lande vil aftalens "forarbejder" spille en rolle for at indkredse omfanget af formuleringen.<sup>195</sup> Det vil altid bero på en yderst konkret vurdering, ligesom det er tilfældet ved anvendelse af f.eks. aftalelovens §36. Risikoen herved er imidlertid, at klausulen enten slet ikke kan anvendes eller anvendes for meget.

Det vil være en ren økonomisk analyse af den indtrådte situation, som danner udgangspunktet for stillingtagen til spørgsmålet - om omkostningerne enten er øget eller værdien af modydelsen faldet.<sup>196</sup> Det vil være relativt nemt at kvantificere prisstigninger (og valutaudsving) og sætte dem i relation til kontraktssummen for derved at danne sig et indblik i byrdens relative omfang. Sværere bliver det, når et lands lovgivning har ændret sig, således at der f.eks. skal købes helt nyt sikkerhedsudstyr, leves op til miljøstandarder eller træffes andre mere ubestemmelige foranstaltninger. Sådanne ændringer vil ofte føre til, at kun en del af de økonomiske konsekvenser kan opgøres præcist, mens resten er mere uhåndterlige faktorer. Der må foretages en konkret vurdering, som inddrager så mange elementer som muligt, også tidsaspektet og spørgsmålet om uberettiget vinding.<sup>197</sup> Hardship er og bliver en analyse af en faktisk eksisterende situation.<sup>198</sup> Hvis der eksisterer nationale doktriner på området er det ganske givet, at domstolene vil anvende udgangspunkterne i disse til at løse spørgsmålet.<sup>199</sup> De vil endvidere højst sandsynlig fortolke hardshipklausulen indskrænkende, som det er normalt med afvigelser til *pacta sunt servanda*.<sup>200</sup> Der kan således ikke siges noget sikkert om, hvornår et forhold er usædvanlig byrdefuldt,<sup>201</sup> men noget af den usikkerhed deres skabes ved en bred formulering kan mindskes ved at

<sup>192</sup> I andre klausuler anvendes lignende brede formuleringer. E.g. "une rupture appreciable", "substantial economic hardship", "un préjudice matériel exagéré", "bouversement de l'économie du contract", jvf. Fontaine (1976), s. 68.

<sup>193</sup> Fontaine (1976), s. 68f.

<sup>194</sup> Sichert (1994), s. 416.

<sup>195</sup> Jvf. Ullman (1989), s. 89.

<sup>196</sup> I prisfastsættelsen i mange aftaler er indbygget en vis rummelighed som en slags "forsikringspræmie" for ændrede forhold. En sådan rummelighed kan føre til at risikoen anses for at ligge på løftegiver - i hvert fald skal der mere til før end der er hardship, jvf. Sichert (1994), s. 417.

<sup>197</sup> Jo længere tid den bebyrdede part skal lide økonomiske afsavn, jo større mulighed for fritagelse (tidsaspektet). Tilsvarende gælder når f.eks. en prisstigning fører til at medkontrahenten kan få en stor gevinst på at modtage varer til den lave pris, men videresælge dem til den nye pris (uberettiget vinding).

<sup>198</sup> Jvf. forudsætningsvist Perillo (1996), s. 1f.

<sup>199</sup> van Ommeslaghe (1980), s. 14.

<sup>200</sup> Blandt de få sager man har, som vedrører hardship-klausulers fortolkning gik dommerene i den såkaldte *British Gas*-sag ind og vurderede spørgsmålet om "substantial hardship". Præmisserne viste hvor skønsmæssig og konkret afgørelsen var og er ikke til megen vejledning for andre. Jvf. *Superior Overseas Development Corporation v. British Gas Corporation* [1982] 1 Lloyd's Rep. 262. Smgl Montague (1985), s. 137.

<sup>201</sup> I kommentaren til Unidroit Principles omtales en numerisk grænse for hardship på "50 pct.", som en mulighed, jvf. *Unidroit Principles* (1994), s. 147. Dette vil formentlig indebære en lavere "offergrænse" end mange retsordener. Perillo (1996), s. 9, omtaler Frankrigs regler om imprévision og Italiens Codice Civile artikel 1467, som mulige eksempler på en lav "offergrænse". Det tjener imidlertid som allerede anført næppe noget formål at tale om en konkret "offergrænse" på af en bestemt størrelse - vurderingen vil altid være konkret og indeholde et væld af andre parametre. Noget andet er, at hardshipklausulerne med sine formuleringer formentlig vil give en noget mildere bedømmelse af kravene til intensiteten

identificere specifikke typer af "hardship".<sup>202</sup>

#### 5.4.2.3. Usikkerhedsmomenter

Den manglende klarhed, omkring hvornår der er indtrådt hardship, vil kunne give anledning til stridigheder mellem parterne. Risikoen er, at den bebyrdede part vil påberåbe sig retten til genforhandling i tilfælde, der teknisk set ikke opfylder kravene. Medkontrahenten vil omvendt være interesseret i, at den nedre grænse for hvad der er usædvanligt byrdefuldt bliver placeret så højt som muligt. Da domstolene heller ikke med sikkerhed vil kunne fastslå denne grænse, er retten til genforhandling yderst usikkerhedsbetonet. Er partsrelationerne tillidsfyldte og fokuseret på, at der skal nås en løsning vil sådanne usikkerhedsmomenter formentlig fortone sig. Anderledes i tilfælde hvor parterne forfølger egeninteresser, idet man her vil kunne misbruge genforhandlingsadgangen og elasticiteten i formuleringerne til at komme med krav på et forkert grundlag.<sup>203</sup> Særlig den part, som ikke lider under de belastende økonomiske forhold, vil være tilskyndet til ikke at anerkende indtrædelse af hardship.<sup>204</sup> Hardshipklausulens tilstedeværelse kan på den måde skabe en stor grad af usikkerhed og ustabilitet i kontraktsforholdet, inden det overhovedet kommer på tale at starte forhandlinger (som også kan volde vanskeligheder, jvf. nedenfor).<sup>205</sup> Omvendt vil de efterfølgende mekanismer til tilpasning af aftalen og kontrol af et tvistløsningsorgan kunne virke disciplinerende på parterne, således at de søger pragmatiske løsninger.<sup>206</sup> Det vil være en fordel at formulere klausulen, så den anerkender begge parters mulighed for at gøre hardship gældende - en såkaldt bilateral klausul - vil kunne forøge chancerne for at medkontrahenten accepterer genforhandlingsadgangen. Imidlertid er risiciene ved mange transaktioner knytte særligt til den ene part, som i højere grad vil kunne gøre brug af genforhandlingsadgangen.<sup>207</sup>

På trods af disse konkrete problemer vil hardshipklausuler, som formuleres efter vejledning fra ICC, UNICTRAL og Unidroit, såvel som de mere individuelt betonedede klausuler, åbne døren for at parterne tvinges til at reagere overfor en bredere række af risici end uden klausulen. De brede formuleringer skaber stor grad af fleksibilitet, og gør at enhver form for ændring (som angivet ovenfor i afsnit 5.3.3.), der opfylder betingelserne om upåregnelighed og intensitet, vil kunne tages i betragtning.

#### 5.4.3. Genforhandling m.h.p. tilpasning/afslutning af kontrakten

##### 5.4.3.1. Genforhandling

Hardshipklausulernes udgangspunkt er, at parterne som de ansvarlige og bedst placerede selv må afgøre, hvordan der mest adækvat reageres overfor indtrufne ændringer i en hardship-situation, og

---

og danne basis for en genforhandling.

<sup>202</sup> Jvf. Ullman (1989), s. 91f.

<sup>203</sup> I Lund (1977), s. 351 tales der direkte om, at klausulerne ingen juridisk værdi har, og faktisk kun sikrer, at den bebyrdede part ikke bliver smidt ud af medkontrahentens kontor, når man søger om genforhandling. Ifølge Lunds i øvrigt glimrende artikel kalder man i Norge hardshipklausulerne for "vær snille"-klausuler.

<sup>204</sup> Måske får den pågældende endda udbytte, hvis f.eks. der er tale om en generel prisstigning på verdensmarkedet. En del hardshipklausuler er såkaldt *bilaterale* klausuler, idet begge parter kan benytte den og dermed tilsyneladende stilles lige. I de fleste tilfælde vil *realdebitor* dog have størst glæde af klausulen, hvilket er et forhold som realkreditor skal have for øje, når aftalen forhandles. Smlg. UNCITRAL Guide (1988), s. 243.

<sup>205</sup> Man siger at hardshipklausuler : "...create instability by inserting ambiguity into contracts", jvf. Ullman (1989), s. 82.

<sup>206</sup> Det diskuteres imidlertid, om klausulerne fører til flere resultater for parterne end ved en fri og ubunden justering af aftalen, som netop ikke reguleres af en klausul, jvf. Ullman (1989), s. 82 og Scott i Nicklisch (1987), s. 82ff.

<sup>207</sup> Men det er en sandhed med modifikationer, jvf. lige neden for. Om unilaterale klausuler, se Fontaine (1976), s. 80f.



derfor forpligter de parterne til at indlede forhandlinger.<sup>208</sup> Heroverfor står et mindretal af klausuler, der overlader det til en trediepart - en såkaldt *third party intervener* - at træffe beslutning om hvordan der skal reageres overfor den indtrådte hardship. I stor udstrækning kombineres de to varianter dog, således at den uafhængige trediepart kommer ind i billedet efter parternes mislykkede forhandlinger.<sup>209</sup> En hardshipklausul kan derfor godt karakteriseres som en aftale om at aftale<sup>210</sup>, men ikke præcis *hvad* der skal aftales.<sup>211</sup>

Der er store variationsmuligheder m.h.t. at formulere genforhandlingsforpligtelsens omfang : fra meget kortfattede hardshipklausuler, der alene siger, at der skal "indledes forhandlinger" til meget omfattende klausuler, som udførligt redegør for forhandlingstemaet, -procedurerne m.v.<sup>212</sup> De kortfattede klausuler forpligter ofte kun parterne til at forhandle - ikke til at nå et resultat, hvorimod der for de omfattende klausulers vedkommende stilles krav om resultater.<sup>213</sup> Hvilken fremgangsmåde, der kan anbefales lader sig vanskeligt afgøre - det vigtigste er, at parterne kommer til forhandlingsbordet og forhandler i substansen.<sup>214</sup> Et minimumskrav, der må stilles i henseende til pligten til at forhandle, er etableringen af en frist inden for hvilken parterne skal anmode om forhandlinger - ellers stilles parterne i en altfor usikker situation.<sup>215</sup> Udfra almindelige kontraktsretlige synspunkter må det endvidere for forhandlingerne forudsættes, at begge parter forhandler i god tro.<sup>216</sup> Overtrædelse heraf vil kunne give anledning til erstatningsansvar.

#### 5.4.3.2. Tilpasning/afslutning

Genforhandlingen skal sikre en omfordeling af byrderne, så de indgribende virkninger af hardship-situationen gøres tålelige for begge parter - at kontraktsbalancen retableres. Det er meget udbredt, at klausulerne foreskriver, at en "rimelig" løsning på problemet nås,<sup>217</sup> men der er meget vide rammer for

<sup>208</sup> Som det fremgik af afsnit 5.2.1. er en anden væsentlig grund til, at parterne må involveres, den at følgerne af de ændrede forhold kan være så forskelligartede, at den eneste adækvate reaktion kan tages af parterne. Der kræves en konkret og individuel beslutning, som ikke kan overflødigsgøres af en simpel algoritme, som ved de "automatiske" klausuler.

<sup>209</sup> Se hertil nedenfor. Om *third party interveners* se Schmitthoff (1980), s. 89ff.

<sup>210</sup> "An agreement to agree", jvf. Ullman (1989), s. 82.

<sup>211</sup> Smgl. Schmitthoff (1990), s. 752.

<sup>212</sup> F.eks. "The party shall make a request for revision", ICC (1985), s. 18; "...the disadvantaged party is entitled to request renegotiations", Unidroit Principles artikel 6.2.3. (1); "...the parties are bound to enter into negotiations", European Principles artikel 6.111 (2); "...revoir les modalités d'application", "...les parties procéderaient à une révision du contract", Fontaine (1976), s. 72.

<sup>213</sup> Smgl. UNCITRAL (1988), s. 245, som anfører, at det især for denne sidste gruppe at opstille et sanktionssystem for at rvinge et resultat igennem.

<sup>214</sup> Det vil som regel stå klart hvad forhandlingstemaet skal være: nemlig *tilpasning/afslutning* af aftalen, jvf. "...enter into negotiations with a view to adapting the contract", European Principles artikel 6.111 (2). Derfor kan det for så vidt anses for overflødigt at anføre det, medmindre parterne ønsker at indskrænke råderummet for tilpasning, så f.eks. kun vederlagskorrektion skal være mulig, smgl. Fontaine (1976), s. 72. I tilknytning til præcisering af selve temaet opstilles der ofte remingslinier for hvordan forhandlingerne skal foregå og hvordan resultatet bør være, e.g. "revision on an equitable basis" - se straks nedenfor.

<sup>215</sup> Smgl. Unidroit Principles 6.2.3 (1) : "The request [for renegotiation] shall be made without undue delay"; ICC(1985), s. 18f, "request for revision within a reasonable time". Eller som i UNCITRAL (1988), s. 246, hvor der omtales et helt notifikationssystem i relation til anmodning om forhandlinger.

<sup>216</sup> Fontaine (1976), s. 75. Der ses i den moderne kontraktsret en stigende tendens til at lægge vægt på såkaldte "good faith duties", som ikke blot kræver god tro i snæver forstand, men udviselse af loyalitet og agtpågivenhed og hensyntagen til medkontrahentens interesser, jvf. Lando (1985), s. 52f. Unidroit Principles foreskriver, at den bebyrdede part skal anmode om genforhandling uden unødigt forsinkelse og begrunde sig anmodning. Der skal m.a.o. udvises loyalitet over for medkontrahenten. Almindelige passivitetsgrundsætning må dog føre til, at en langsommelig notifikation af medkontrahenten kan føre til fortabelse af retten til genforhandling.

<sup>217</sup> "An equitable solution", "equitablement", "a reasonable agreement", "fair adaptation", jvf. Fontaine (1976), s. 72f., Oppetit (1974), s. 803f., ICC (1985), s. 22 og UNCITRAL (1988), s. 246f.

hvad der er "rimeligt".<sup>218</sup> *Tilpasningen* eller revisionen af aftalen vil blive forholdsvis konkret.<sup>219</sup> Selvom hardshipklausulen, som nævnt kan give visse anvisninger på hvordan resultatet bør være, afhænger det i meget vidt omfang af : parternes styrkeforhold, de indtrådte ændringer, kontraktsforholdets kompleksitet m.v. Resultatet af forhandlingerne bliver som oftest en *vederlagskorrektur* eller kompensationsordning, som lemper den økonomiske byrde på den bebyrdede part. Det er en meget håndterlig og lidt indgribende løsning, som ikke kræver formulering af et nyt kompliceret kontraktsdokument. Problemet i den situation er at fastlægge omfanget af kompensationen. Justeringen kan endvidere føre til mere omfattende forhandlinger og grundlæggende ændringer af kontraktsrelationen og behøver ikke indeholde en vederlagskorrektur, men kan omfordele rettigheder og pligter på en måde som mere adækvat svarer til den nye situation. Det vil nødvendiggøre tilsvarende ændringer af kontraktens bestemmelser. I tilfælde hvor de økonomiske konsekvenser af aftalen er meget indgribende eller hvor parterne måtte indse, at målet for aftalen ikke kan nås, fordi grundlaget for transaktionen er væk, er en *afslutning* som oftest den bedste løsning. En sådan forudsætter imidlertid, at de samlede omkostninger ved ophævelsen ikke er for store.

Mens forhandlingerne pågår vil den bebyrdede kontraktspart fortsat være forpligtet til at opfylde, medmindre andet fremgår af aftalen. Det følger umiddelbart af omstændighederne, at parten *skal* levere for at få kompensation, hvorfor en tilbageholdelse vil stride mod hele klausulens formål.<sup>220</sup> Forsinkelse vil m.a.o. være ansvarspådragende, med undtagelse af tilfælde, hvor forpligtelsen er blevet så byrdefuld, at der vil kunne ske fritagelse p.g.a. økonomisk umulighed. I nogle situationer vil de økonomiske konsekvenser dog kunne være så store, at det muligvis ville være en bedre løsning at lade aftalen blive suspenderet eller opfyldelsen udskudt, i hvert fald mens forhandlinger pågår.<sup>221</sup>

Det oplagt at medkontrahenten må rykke op med indrømmelser, som er substantielle. Den bebyrdede part vil formentlig ikke acceptere indrømmelser, der ikke reablerer aftalens balance, navnlig ikke når et evt. tvistløsningsorgan kan finde en mere rimelig ("equitable") løsning. Muligheden for sanktioner lægger altså i nogen grad rammer for i hvilken retning forhandlingerne bør gå, men medkontrahenten er ikke forpligtet til at acceptere noget tilbud fra den bebyrdede part. Der skal dog formentlig forhandles, hvis parterne slet ikke forsøger at forhandle, men går direkte i retten vil de kunne tvinges til at forhandle først.<sup>222</sup>

#### 5.4.3.3. Den ny aftale

Udgangspunktet for parternes forhandlinger vil være den eksisterende kontrakt. Når/hvis parterne bliver enige, vil den nye aftale fremstå som en selvstændig aftale,<sup>223</sup> som dog afledes af den oprindelige

<sup>218</sup> Jvf. *van Ommeslaghe* (1980), s. 52.

<sup>219</sup> Det er ikke helt nemt at fastlægge hvad en "tilpasning" egentlig er og dette vil navnlig være besværligt for både parterne og domstole m.v. Der er tvivl om det engelske ord "adaptation". Er det en omskrivning af hele aftalen, en tilføjelse eller tilretning af enkelte klausuler eller en ændring af kontraktssummen ? Det afhænger af en konkret vurdering, hvor vidt parterne må gå. Tvivl om begrebet kan føre til usikkerhed hos domstolene og opportunisme hos medkontrahenten, som vill kunne påstå, at han foreslog et pristillæg men ikke ville acceptere en revision af hele aftalen. Smgl. den omfattende diskussion i *Horn* (1985), s. 174ff.

<sup>220</sup> Alle undtagelser fra *pacta sunt servanda* vil i princippet kræve udtrykkelig hjemmel, og da en sådan ikke fremgår af bestemmelsen skal aftalens præsteres efter sit oprindelige indhold. Endelig vil man kunne risikere at en sådan adgang kan misbruges og vil være skadelig, smgl. *Unidroit Principles* (1994), s. 153, *ICC* (1985) s. 18 og *Oppetit* (1974), s. 807 om et lignende problem.

<sup>221</sup> *Unidroit Principles* (1994), s. 153.

<sup>222</sup> *Delaune* (1988), s.61f. Problematikken fremgik bl.a. af en fransk dom *E.D.F v. Société Shell Francaise*, J.C.P. 1978, II, 18810., hvor parterne blev tvunget til forhandlingsbordet idet de havde en pligt til forhandling.

<sup>223</sup> Hvis hele tilblivelse og eksistens er undergivet Aftalelovens regler.

aftale.<sup>224</sup> Den oprindelige aftale vil fortsat være udgangspunktet for partsrelationerne, medmindre de laver en helt ny revideret aftale.<sup>225</sup> Såfremt de to aftaler er i strid med hinanden, vil almindelige kontraktsfortolkningsregler skulle anvendes, og det kan bl.a. føre til, at den nye aftale ikke får virkning og må laves om igen.

Det vil først være fra tidspunktet for indgåelsen af den nye aftale, at den bebyrdede part fritages for sin byrde, d.v.s. *ex nunc*, medmindre parterne aftaler anderledes. Den oprindelige aftale fortsætter således med at have effekt under genforhandlingsforløbet.<sup>226</sup> Det vil være udgangspunktet både for parternes om domstolenes vurdering, men det beror dog på en meget konkret vurdering. Det kunne naturligvis ansøre medkontrahenten til at trække forhandlingerne i langdrag og obstruere processen. En bevidst obstruktion vil være i strid med den loyalitetsforpligtelse, der påhviler parterne i aftaleforhold og ansvarspådragende.<sup>227</sup>

Et andet interessant spørgsmål er, hvilke konsekvenser den nye aftale får for hhv. intensitets- og upåregnelighedsvurderingen for det tilfælde, at forholdene ændrer sig igen. Det er ikke unormalt, at f.eks. en pris svinger tilbage til sit oprindelige leje igen. Spørgsmålet er om den reviderede aftale kan siges at udelukke prissvingninger fordi disse nye er påregnelige og vil kræve et endnu større udsving for at kunne blive accepteret. Balancen er som udgangspunkt blevet reableret ved aftalen og derfor må samme krav gøre sig gældende som i det oprindelige tilfælde. Hvis man først har accepteret en justering i forbindelse med prisstigning er det urimeligt pludselig at skærpe vurderingen, idet prisstigninger i forvejen er normale foreteelser. Svinger forholdene tilbage igen vil udgangspunktet være, at den bebyrdede part kan anmode om forhandlinger. Men ændringer som bringer belastningen under hvad der i henhold til den oprindelige aftale var "usædvanlig byrdefuldt" eller blot går en smule i den anden retning vil ikke berettige til genforhandling. Hvis en aftalepart efter en genforhandling ikke lever op til den nye aftales bestemmelser, vil der være tale om kontraktsbrud efter de almindelige regler gældende for transaktionens type. Det almindelige regler om misligholdelse gælder også i andre relationer, således at hvis aftalen forsinkes, selvom der var hardship og blev forhandlet herom, vil der kunne gøres misligholdelsesbeføjelser gældende.

#### 5.4.4. Reaktionssystem

##### 5.4.4.1. Baggrunden for et reaktionssystem. Voldgift/domstol

Hvis den bebyrdede part skal have større sikkerhed for at kontrakten tilpasses, når der indtræder hardship, vil et uomgængeligt krav være etableringen af et reaktionssystem, som sætter ham i stand til at gennemtvinge denne justering. Som det allerede er anført indeholder de fleste hardshipklausuler en sådan mekanisme, men den kan være udformet på mange forskellige måder. I kommercielle transaktioner findes der et meget varieret udvalg af konfliktløsningsmuligheder, som vil kunne anvendes til løsningen af problemet : fra en mere eller mindre uforpligtende rådgivnings- og mæglerassistance til en juridisk bindende afgørelse ved voldgift/domstole.<sup>228</sup> I denne sammenhæng

<sup>224</sup> Smgl. Grönfors (1995), s. 12.

<sup>225</sup> Der er næppe tale om, at den indgåede aftale skal opfattes som en *novation*, d.v.s. at den gamle aftale afløses af en helt ny aftale, hvis medkontrahenten giver afkald på en del af sit tilgodehavende, jvf. Ussing (1961), s. 366ff. Oppetit (1974), s. 810ff. diskuterer dette forhold.

<sup>226</sup> Smgl. Oppetit (1974), s. 807.

<sup>227</sup> Jf. almindelige loyalitetsgrundsætninger og pligt til tabsbegrænsning, smgl. Gomard (1998), s. 44ff. Smgl. Nørager-Nielsen (1993), s. 354f. om spekulation i hhv. prisfald/-stigninger.

<sup>228</sup> Konfliktløsning i store kommercielle aftaleforhold er i det hele taget langt mere facetteret og individuelt betonet, end

fokuseres der på domstolsløsningen m.v., fordi den er indbegrebet af *doctrine of adjustment's* virkeliggørelse i forhold til kontrakten. Det betyder imidlertid ikke, at mediation, mægling, rådgivning, mini-trial og andre mere "bløde" konfliktløsningsmuligheder ikke vil kunne være egnede til løsning af parternes problemer.<sup>229</sup> Uanset hvilken form for konfliktløsning man end vælger, vil der være betydelige vanskeligheder involveret, som helt kan opveje fordelene ved et "indgreb" udefra. Vanskelighederne knytter sig navnlig til det principielle spørgsmål om hvem, som er nærmest til at tage stilling til de opståede problemer. Det er parternes aftale, hvorfor de på alle mulige måder bedst vil kunne tage vare på egne interesser og finde den allermest adækvate løsning. Den involverede trediepart vil ofte mangle den indsigt, som er nødvendig for at gribe problemløsningen adækvat an. Jo længere væk man bevæger sig i henseende til kommerciel indsigt og branchekendskab, desto vanskeligere bliver det - og hér vil navnlig domstolene kunne få problemer, som det vil fremgå.

Men som udgangspunkt er den juridiske binding i voldgifts- eller domstolsorganets afgørelse, der er det væsentligste argument for at vælge denne løsning.<sup>230</sup> En ligeså væsentlig funktion af bestemmelserne om voldgifts-/domstolskontrol er den disciplinerende effekt, som truslen om en løsning ved disse organer vil have, idet mange genstridige parter vil kunne formås til at realitetsforhandle aftalen. Endelig sikrer parterne sig ved specifikt at give organet hjemmel til at tilpasse aftalen, at sagen ikke afvises, fordi det pågældende lands regler kategorisk afviser denne mulighed.<sup>231</sup>

#### 5.4.4.2. Den juridiske ramme

Som regel formuleres stipulationerne om reaktionssystemet i hardshipklausulerne forholdsvis enkelt med udgangspunkt i, at parterne ikke kunne blive enige under forhandlingerne.<sup>232</sup> De fundamentale valg, der skal træffes er : hvilken procedure, der skal følges, hvilket resultat, der er ønskværdigt og udfra hvilke principper beslutningen skal træffes. Ofte undlades bl.a. angivelser af proceduren, navnlig når kompetencen kommer til at ligge hos en domstol eller en fast voldgiftsret, fordi disse organer har helt klare fremgangsmåder, som foretrækkes.<sup>233</sup>

---

tilfældet er ved mindre nationale forhold. Alene international voldgift spiller en overordentlig stor rolle med bl.a. ICC voldgifterne som helt centrale, jvf. *Lowenfeld (1996)*, s. 97ff. Parterne skræddersyer konfliktløsningsmekanismen til deres egne behov og pengepung.

<sup>229</sup> Men det betyder ikke, at rådgivning/mægling ikke spiller nogen rolle. Der er tale om en langt mere uformel løsning på problemet, som kan have klare fordele i forhold til voldgift/domstole og vinder større og større udbredelse i kommercielle forhold. Et af hovedargumenterne for, at parterne lader en mægler eller *third party intervener* hjælpe partene med at justere eller afslutte aftalen er, at man undgår direkte konfrontation. En af ulemperne er imidlertid, at et forslag fra en mægler ikke typisk er juridisk bindende og derfor ikke kan håndhæves. Man kan dog også kombinere mægler- og domstolsfunktionen. Se *Myers i Nicklisch (1987)*, s. 503-37 for et grundigt og fyldestgørende bidrag til spørgsmålet om alternativ konfliktløsning i relation til komplekse og langvarige kontraktsforhold. Se også *Horn (1987)*, s. 181ff.

<sup>230</sup> Hvis der ikke er lavet bestemmelser om kontrol ved et tvistløsningsorgan, er det tvivlsomt om domstole/voldgiftsorganer vil tage stilling til spørgsmålet. I hvert fald må de nationale regler om ændrede forhold være det juridiske grundlag for afgørelsen, hvilket gør det tvivlsomt, om de vil gå ind og tilpasse aftalen. På baggrund af denne usikkerhed må det anbefales, at etablere en sådan kontrol, smgl. *Fontaine (1976)*, s. 74f.

<sup>231</sup> Som f.eks. England. Men også i forhold til andre retsordener vil der kunne opstå tvivl, hvorfor det kan være hensigtsmæssigt at fastlægge en ramme for "indgrebet", jvf. *Fontaine (1976)*, s. 74f.

<sup>232</sup> E.g. "if the parties fail to agree...", jvf. *ICC (1985)*, s. 19 eller "Upon failure to reach agreement...", *Unidroit Principles* artikel 6.2.3. (3).

<sup>233</sup> *Unidroit Principles* artikel 6.2.3 (3) og (4) nævner alene, at parterne for at løse problemet må gå til domstolene ("...may resort to the court"). ICC opstiller en række alternative fremgangsmåder : forelæggelse for ICC Standing Committee, den til aftaleforholdet knyttede voldgiftsret eller domstolene, jvf. *ICC (1985)*, s. 18ff. I *UNCITRAL (1988)* anbefales det i det hele at lade spørgsmålet løse på de almindelige konfliktløsningsmåder særligt voldgift, men også mægling og mediation, jvf. s. 247 og 307ff. I *Fontaine (1976)*, s. 76ff., findes der en lang række eksempler på formuleringer af fremgangsmåderne.

For så vidt angår det ønskede resultat opstiller de fleste klausuler - udover muligheden for at gennemføre en tilpasning af kontrakten - en adgang til at afslutte eller suspendere kontrakten.<sup>234</sup> Disse retsmidler er meget lig dem, som findes i force majeure klausuler, hvilket igen understreger fællestrækkene mellem hardship og force majeure. Beslutningen om enten at suspendere eller afslutte aftalen vil være baseret på samme kriterier, som domstole m.v. anvender i tilfælde af force majeure. Der vil dog være tale om subsidiære retsmidler, som primært kommer i betragtning, når domstolene skønner, at der ikke kan opnås en rimelig løsning ved at tilpasse aftalen,<sup>235</sup> f.eks. hvis forholdet er eller nærmer sig økonomisk umulighed. Afslutning vil kunne ske på de tidsbetingelser m.v. som domstolen fastsætter og vil *de facto* føre til aftalens uvirksomhed, idet situationen vil være lig tilfælde af umulighed i køb, jvf. Købelovens §§23/24.<sup>236</sup> Der bliver kun tale om tilbagegivelse af allerede erlagte ydelser, hvis modydelsen herfor ikke allerede er faldet. Hvis domstolen derfor vælger at afslutte forholdet, vil den bebyrdede part hænge på byrden fra den indtraf til forholdets ophævelse.

#### 5.4.4.3. Justering af aftalen ved domstole/voldgiftsretters medvirken

Selvom det fra en umiddelbar betragtning måtte lyde som en overkommelig opgave for trediemand at tilpasse aftalen, er det langt vanskeligere end afslutning/suspension og involverer mange principielle juridiske problemstillinger. Det er ikke unormalt, at domstole træffer en beslutning, som får en afledet effekt i et givent inter partes forhold, men deres beslutning under hardshipklausulen vil direkte ændre på selve aftalens bestemmelser eller i hvert fald fortolkningen heraf. Domstolen eller voldgiftsrettens afgørelse kommer m.a.o. til at substituere en aftale tilvejebragt via genforhandling mellem parterne - det er en helt *ny rolle*, domstolen her kommer til at spille.<sup>237</sup>

Udgangspunktet for domstolens/voldgiftsrettens vurdering er - bortset fra den tidsmæssige - principielt identisk med parternes udgangspunkt ved genforhandlingen. Først må der tages stilling til om, der kan siges at være indtrådt hardship, hvilket som nævnt ovenfor er en meget konkret vurdering, dernæst følger en ligeså konkret vurdering i retning af hvordan der bør gribes ind. Med udgangspunkt i de økonomiske realiteter vil transaktionens videre afvikling blive overvejet. Det er udbredt at stipulere, at afgørelsen om tilpasning f.eks. skal være "rimelig" og "retfærdig" (og føre til retableringen af balancen), men disse begreber giver meget lidt vejledning for domstolene og gør ikke afgørelsen mindre kompliceret at træffe.<sup>238</sup> En tilpasning eller justering kan være mange forskellige ting og domstolene må derfor selv vurdere, hvordan de vil gribe den an, medmindre parterne specifikt har angivet at en vederlagskorrektur f.eks. er det eneste acceptable. I yderste konsekvens kan man derfor forestille sig, at en domstol/voldgiftsret skulle kunne gå ind og dispositivt rette i aftalens bestemmelser med indsættelse af helt nye kontraktstipulationer, som skal gælde inter partes. Fra at være en tilbageskuende myndighed, som tager stilling til noget allerede passeret, vil den med den nye rolle skulle se mere fremad og være en aktiv del af kontraktplanlægningen. Designeringen af denne nye rolle vil volde problemer i en række retssystemer og er bl.a. årsagen til, at tilpasning er udelukket i England, fordi parterne anses for nærmest til at løse egne problemer. En dom/kendelse, som ændrer i aftalen opfattes derfor (delvis med rette) som en anomali, hvilket vil kunne få domstole til *per se* at nægte at

<sup>234</sup> E.g. "mettre fin au contrat", "résiliation du contrat", "termination of the contract", "suspension of the contract", jvf. Fontaine (1976), s. 75f.

<sup>235</sup> Smgl. *Unidroit Principles* (1994), s. 154.

<sup>236</sup> *Ussing* (1950), s. 485.

<sup>237</sup> Smgl. *Oppetit* (1974), s. 810.

<sup>238</sup> E.g. "an equitable solution", "ex aequo et bono", "based on fairness", smgl. *van Ommeslaghe* (1980), s. 51f. og *Bryde Andersen* (1995), s. 271.

anvende kompetencen i klausulen. Derfor er det væsentligt, at denne nye rolle klart fremgår af klausulens bestemmelser.<sup>239</sup> I mange tilfælde vil det alene være et spørgsmål om at justere prisen, hvilket ikke betyder noget større indgreb i kontraktens materie, og man kan udmærket forestille sig, at domstole/voldgiftsretter vil udvise tilbageholdenhed m.h.t. omfanget af justeringen/tilpasningen. D.v.s. en vederlagskorrektur, en kompensationsordning og visse mere kosmetiske ændringer - det vil desuden være i overensstemmelse med praksis fra de lande hvor tilpasning er en realitet.<sup>240</sup> Domstolen vil evt. kunne beslutte sig til at parterne skal prøve at forhandle påny, efter at visse forhold er afdækket.<sup>241</sup> Såfremt domstolen nægter at tilpasse aftalen, vil den skulle fortsættes på de oprindelige vilkår<sup>242</sup> - en anden mulighed er dog at kontrakten simpelthen falder bort<sup>243</sup>.

#### 5.4.4.4. Dommens/afgørelsens status

Dommen/afgørelsen bliver ikke en del af aftalen, men bliver alligevel på sin vis inkorporeret heri via hardshipbestemmelsen. Den aftalepart, som ikke overholder de vilkår dommen udstikker, vil begå kontraktsbrud og give den anden part misligholdelsesbeføjelser. Alle fremtidige vurderinger af balancen skal foretages med udgangspunkt i det nye grundlag, som følger med afgørelsen og den vil have retskraft efter et kreditorskifte. Den vil m.a.o. have juridisk bindende virkning på samme måde som en ny aftale mellem parterne vil have det. Problemet er imidlertid i hvor stort et omfang man vil kunne regne med effektiv håndhævelse af dommen/afgørelsen fra andre domstoles side. En dom vil naturligvis kunne omgøres af en højerestående ret, men ofte vil domstole i andre lande ikke føle sig bundet af domme afsagt uden for landet og i endnu mindre grad respektere voldgiftskendelser. En dom eller kendelse som justerer eller tilpasser kontrakten som følge af indtrådt hardship er imidlertid udtryk for udøvelse af en skønsbeføjelse, hvorfor det vil blive i undtagelsestilfælde, at der gribes ind. Men for at undgå de usikkerhedsmomenter, som knytter sig til transnationale transaktioner og håndhævelsen af afgørelser vil parterne ofte være nødt til at være meget bevidste om hvilke konfliktløsningsmuligheder, der eksisterer og i hvilke lande, således at de i aftalen kan udelukke domstole i andre landes kompetence.<sup>244</sup>

#### 5.4.4.5. Domstol vs. voldgift.

Selvom en domstolsløsning på mange måder vil være den bedste garanti for gennemførelse af en juridisk bindende tilpasning/justering, er det nødvendigt også at beskue processen som den forløber op til domstolens afgørelse. Hertil kommer spørgsmålet om kvaliteten af domstolens afgørelse set i forhold til de behov, som parterne måtte have. *Tidshorisonten* for en afgørelse ved domstolene er overordentlig lang, hvilket ikke stemmer med den filosofi, som ligger bag hardshipklausulen : at en trediepart intervenserer og bringer kontraktsforholdet på rette spor igen, som derfor reddes og ikke løber ud i sandet. Det kan tage flere år, og derfor vil domstolenes intervention kunne komme til at tage form som et efterfølgende opgør mellem parterne om navnlig økonomiske stridspunkter og ikke leve om til

<sup>239</sup> I *Schmitthoff* (1980), s. 82f. præsenteres retstilstanden i England og der argumenteres for klar anførsel af organets nye opgaver.

<sup>240</sup> I *Principles* (1995), s. 148 nævnes, at domstolen f.eks. kan tvinge en af parterne til at bruge en anden type brændstof, kul i stedet for olie.

<sup>241</sup> *Unidroit Principles* (1994), s. 154f. og *Buxbaum i Horn* (1985), s. 50ff., jvf. passagerne "...Bargaining in the Shadow of the Law" og "...[the court] withholding the remedy as an element of forcing negotiation".

<sup>242</sup> E.g. *ICC* (1985), s. 18 : "First alternative : If the parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, the contract remains in force in accordance with its original terms". Og *Oppetit* (1974), s. 807.

<sup>243</sup> Smgl. *Gomard* (1995), s. 175n41.

<sup>244</sup> Smgl. *Fontaine* (1976), s. 78f.

forudsætningerne i hardshipklausulen. Det er ganske udbredt, at kontraktsparter f.eks. i store konstruktionsprojekter udskyder uoverensstemmelser til efter opfyldelsen af kontrakten. De koncentrerer sig m.a.o. om at samarbejde om opfyldelsen - det økonomiske opgør tages bagefter, og en langstrakt domstolsprocedure efter en hardshipklausul vil virke på samme måde, men ikke altid harmonere med ønsket om en løbende udvikling af aftaleforholdet. Domstolen kommer i den situation i højere grad til at skue tilbage end frem, som det ellers forudsættes i hardshipklausulerne. Transaktionen skal derfor strække sig over en lang årrække for at domstolsløsningen kommer til at virke efter formålet, særligt fordi man fjerner sig fra kilden til problemet. Men at domstolene således kommer til at skue tilbage og ikke frem, er mere i overensstemmelse med deres normale rolle og derfor nemmere at acceptere for dem, men så burde udformningen af klausulen muligvis ændres. Et andet problem udover det rent tidsmæssige er, som før antydtes, at domstolene mangler ekspertise til at foretage mere substantielle indgreb i kontraktens indhold. Her vil voldgiftsretter og i særdeleshed eksperter med branchekendskab være langt bedre rustede til at udøve den skaberrolle, som hardshipklausulen pålægger dem. Og når hertil kommer, at tidshorizonten ved voldgift er langt mere begrænset samt at alle andre de fordele, som traditionelt siges at eksistere ved voldgift i store kommercielle forhold, er det åbenbart, at hovedparten af hardshipklausulerne opererer med voldgiftsløsningen,<sup>245</sup> også selvom der som nævnt kan være problemer for visse lande at anerkende, at også voldgiftsretter skal kunne tilpasse kontrakten samt at der kan være problemer med løsningens retlige binding.

Men også voldgiftsretternes afgørelse tager tid og koster penge, og selvom de har mere kendskab til branchen og muligvis endda har taget stilling til andre spørgsmål ved samme kontraktsforhold vil det også for dem kunne være forbundet med vanskeligheder at tage stilling til tilpasningsspørgsmålet. Løsningen af problemet vil under alle omstændigheder være kompliceret, fordi man mere aktivt griber ind i et aftaleforhold.

#### 5.4.4.6. Danske domstole/dansk ret og hardshipklausuler

Danske domstole har som det fremgik ovenfor bemyndigelse til at tilpasse/justere aftaler. Man kan derfor ikke umiddelbart forestille sig dem afvise at udnytte en hardshipklausul, men at dømme efter den praksis, som flyder af Aftalelovens §36 og forudsætningslæren kunne noget tyde på, at man vil udvise tilbageholdenhed og søge at gøre vilkåret så simpelt som muligt. Det hænger navnlig sammen med, at hardshipklausulerne blot er mere specielle "generalklausuler" om ændrede forhold, som i princippet kan rummes f.eks. i Aftalelovens §36. Spørgsmålet er om de overhovedet vil blive tillagt nogen selvstændig betydning i forhold til §36.

Det er oplagt, at på trods af den bredde som §36 og forudsætningslæren har, vil en hardshipklausul i princippet være *lex specialis* vis-à-vis spørgsmålet om hardship, men det betyder ikke nødvendigvis, at de konkrete resultater vil være anderledes. Der savnes både doms- og voldgiftspraksis i Danmark, som vil kunne bidrage med en afklaring af det mulige omfang af en hardshipklausul. Dette hænger bl.a. sammen med, at Danmark har været forskånet for helt ekstreme økonomiske udsving (e.g. hyperinflation) og endelig har de sager, som har haft relevans været ført enten efter fremmed ret eller international voldgift. En hardshipklausul, som er bygget op over f.eks. Unidroit Principles artikel 6.2 vil dog under alle omstændigheder forpligte parterne til at genforhandle, hvilket er "nyt" i forhold til dansk ret. Mere tvivlsomt er det om domstolene f.eks. vil skulle anlægge en mindre restriktiv

<sup>245</sup> Jvf. diskussionen i *Oppetit* (1976), s. 810 "...les parties assignent [à un arbitre] pour mission d'aplanir les désaccords s'élevant entre elles en cours d'exécution du contract." (Udhævet hér). Om problemerne med længden af domstolsløsningen, bl.a. *Myers* i *Nicklisch* (1987), s. 520f.

fortolkning af intensitetsspørgsmålet, så f.eks. "offergrænsen" sænkes og kommer til at ligge lavere end efter normal praksis i Danmark. På den ene side kan selve vedtagelsen af en hardshipklausul i sig selv siges at indicere, at parterne accepterer en lempeligere bedømmelse, p.d.a.s. er det vanskeligt at trække en grænse i forbindelse med nogle så bredt formulerede standarder, som klausulerne dækker over. I den sammenhæng er det oplagt, at dansk retspraksis vil komme til at spille en meget stor rolle i fastlæggelsen af denne "offergrænse", jvf. diskussionen ovenfor.<sup>246</sup> Det er derfor formentlig korrekt, som *Gomard* hævder, at fortolkningen §36 og dansk ret iøvrigt vil føre til, at hardshipklausulen måske i realiteten slet ikke skal tillægges nogen selvstændig betydning af danske domstole.<sup>247</sup> Det er således muligvis først, når man bevæger sig til England eller Frankrig vil de få større faktisk betydning.

## 5.5. Sammenfatning

Som det er fremgået af gennemgangen i dette kapitel har parterne en bred vifte af redskaber til rådighed for at tage højde for ændrede forhold, bl.a. hardshipklausuler som skaber juridisk basis for, at kontrakten kan blive tilpasset efter ændringer i forholdene. Det er imidlertid langt fra i alle kontraktstyper, at hardshipklausulerne indsættes eller bør indsættes. En hardshipklausul er næsten udelukkende relevant i meget omfattende og komplicerede kontraktsforhold, som har en international dimension, fordi det kun er på det plan, at virkeligt alvorlige ændrede forhold manifesterer sig jævnligt. D.v.s. forhold hvor der er involveret betydelige risici og store økonomiske interesser og klausulerne med deres kombination af frihed og tvang kan bidrage aktivt til en tilpasning af aftalens bestemmelser til de økonomiske realiteter, således at transaktionen gennemføres og samarbejdsforholdet bevares.<sup>248</sup> De fører parterne sammen om løsningen af problemet og den eventuelle forståelse, der skabes kan være gavnligt for tillidsforholdet. De rammer for genforhandlingen, som udstikkes af klausulen og truslen om tilpasning foretaget af en trediepart med juridisk bindende virkning kan virke som katalysator på indledning af genforhandlingen.<sup>249</sup> Parterne vil blive sat under pres for at nå en aftale og forhandle en aftale i god tro.<sup>250</sup> Endvidere bevares noget af den fortjeneste man ville opnå i modsætning til ved økonomisk force majeure hvor aftalen bortfalder, d.v.s. at der sikres værdier. Disse positive træk ved klausulerne skal dog holdes op mod de negative, som de er fremgået af fremstillingen ovenfor. En hardshipklausul kan afstedkomme betydelig usikkerhed og ustabilitet i kontraktsforholdet, bl.a. hvis den formuleres uklart og give basis for anmeldelse af uberettigede krav fra parternes side.<sup>251</sup> Endvidere forekommer det til de fleste klausuler knyttede reaktionssystem som en kunstig størrelse, som har vanskeligt ved at løse problemerne. Det stiller krav om, at klausulerne må formuleres så præcist som muligt eller slet ikke bør indsættes, fordi nettoeffekten i værste fald er mere negativ end positiv.

Sammenfattende kan siges, at hardshipklausulerne når de anvendes med omtanke forekommer at være et udmærket redskab til at løse det dilemma som parter i langvarige og komplekse kontraktsforhold kan komme til at stå i. De skaber mulighed for anvendelse af *doctrine of adjustment* i kontraktsforhold, men det kræver, at parterne kan blive enige om at indsætte dem i kontrakten.

<sup>246</sup> Og jvf. *Ullman* (1989), s. 85.

<sup>247</sup> Cfr. *Gomard* (1979), s. 55

<sup>248</sup> Smgl. *UNCITRAL Guide* (1988), s. 243 "...avert a disruptive failure of performance..."

<sup>249</sup> Smgl. *UNCITRAL Guide* (1988), s. 243 "...provide a framework [for] renegotiations..."

<sup>250</sup> *Horn* (1985), s. 138.

<sup>251</sup> "...create instability by inserting ambiguity into contracts", *Ullman* (1989), s. 82.



## 6. BEHOVET FOR LEGALE REGLER OM HARDSHIP

### 6.1. Introduktion

Det har tidligere uden held været forsøgt at indføre legale regler om hardship. Som det fremgik ovenfor i afsnit 5.2. blev der i forbindelse med forberedelsen af CISG foreslået indsat en hardshipregel i tilknytning til kontrolansvarsreglen i artikel 79, men dette forslag blev afvist. Debatten om emnet blev ikke lagt stille af den grund, og siden er der fremkommet to sæt af "principper", som hver især inkluderer bestemmelser om hardship : Unidroit Principles og Principles of European Contract Law. Begge projekter kan umiddelbart siges at have samme udgangspunkt, nemlig at udtrykke fornuftige alment anerkendte formueretlige standarder, som parter i kontraktsforhold kan søge inspiration i, eventuelt inkorporere ved henvisning, hvorved der sker en vis harmonisering af retsgrundlaget for kontrakter. Hvis man imidlertid ser på projekternes målsætning vil det fremgå, at European Principles prætenderer at være første udkast til en fælles europæisk formueretlig lovbog, en "European Civil Code", d.v.s. en harmonisering af formueretten i EU, som skal ske ved lov/direktiv/forordning ("fra oven"). Unidroit Principles søger også at harmonisere (den internationale privatret), men dette ved blandt kontrahenterne at søge en accept, så forskellene mellem retsgrundlaget for internationale kommercielle transaktioner langsomt forsvinder ("fra neden"). Der er stor forskel på at indføre regler fra "oven" fra "neden", hvilket er særlig markant ved hardship eftersom emnet er nyt og der er en vis retsuensartethed i Europa.<sup>252</sup>

I dette kapitel vil diskussionerne ovenfor og gennemgangen af indholdet af hardshipklausulerne blive søgt kædet sammen med problematikken om harmonisering fra neden og fra oven. Det vil gøre det muligt at besvare spørgsmålet om behovet for legale hardshipregler à la dem, som findes udtrykt i European Principles og indholdsmæssigt minder utrolig meget om hardshipklausuler og forbløffende meget om hardship-reglerne i Unidroit Principles.

### 6.2. Principles of European Contract Law. Artikel 6.111 : "Changed Circumstances"

Harmonisering af formueretten i Europa har været diskuteret med jævne mellemrum. Det vil give mange fordele på længere sigt for handelen i Europa, hvis aftaleparter ikke skal tænke på spørgsmål om lovvalg.<sup>253</sup> Det vil imidlertid også være en utrolig svær (måske umulig) opgave med mange ulemper - en opgave der vil kunne tage årtier.<sup>254</sup> Arbejdet med European Principles er foregået inden for

---

<sup>252</sup> Sondringen mellem harmonisering fra oven/neden henføres til diskussionen i forrige århundrede mellem Thibault og Savigny, hvor førstnævnte agiterede for "lovbogsløsningen" (fra oven), mens sidste gik ind for at retten skulle "gro" op fra neden i forbindelse med domstoles/voldgiftsretters virksomhed, jvf. *Lando (1996)*, s. 9ff. PECL artikel 6.111 er i så henseende en indførelse af/harmonisering af *doctrine of adjustment* fra "oven", hvorimod domstolene skal være udfarende kraft og acceptere doktrinen så at sige af egen kraft, eventuelt påvirket af et quasi-legalt regelsæt som Unidroit Principles, for at der kan tales om indførelse/accept fra neden. *Lookofsky (1997)*, s. 253f. sætter generelt spørgsmålstejn ved om der er fordele overhovedet forbundet med en lovbog, p.g.a. den usikkerhed og de omkostninger det vil føre med sig. Han forholder sig mere positiv over for harmonisering fra "neden".

<sup>253</sup> Retstilstanden i Europa er kendetegnet ved en harmonisering af lovvalgsreglerne, men ikke af de materielle regler med undtagelse af internationale køb reguleret i henhold til CISG. Derfor vil aftaleparter i nogen udstrækning fortsat skulle tage flere landes materielle regler i betragtning ved kontraheringen. Se i øvrigt betragtningerne i *Lando (1996)*, s. 11ff.

<sup>254</sup> Dette er ikke stedet til en mere grundig gennemgang af synspunkterne pro et contra for en harmonisering i det hele taget, men der vil blive fremdraget momenter, der er relevante for diskussionen om hardship. Der henvises til navnlig til

rammerne af "Commission on European Contract Law",<sup>255</sup> hvorfra der ikke lægges skjul på at principperne på længere sigt skal være udgangspunktet for en "European Civil Code".<sup>256</sup>

På samme måde som nationale retsordener indeholder regler om ændrede forholds betydning, vil en "European Civil Code" helt naturligt skulle gøre det samme. Artikel 6.111 har overskriften "Changed Circumstances" og den eksisterer side om side med en bestemmelse om kontrol-ansvar, artikel 8.108, der minder temmelig meget om CISG artikel 79.<sup>257</sup> Artikel 6.111 bygger på samme skabelon som hardshipklausulerne : først defineres hardship, i tilfælde af hvilket parterne forpligtes til genforhandling af kontrakten med henblik på at tilpasse eller afslutte den. Dernæst opstiller den rammene for domstolens udøvelse af en beføjelse til at tilpasse/afslutte aftalen. Når en aftale er blevet "usædvanlig byrdefuld" ("excessively onerous") at opfylde p.g.a. ændrede forhold ("changed circumstances"), fordi udgifterne til at opfylde er steget eller værdien af den modtagne ydelse faldet, er der indtrådt hardship, i henhold til stk. (2) - uden at selve ordet "hardship" dog anvendes. Ændringerne skal være indtruffet efter aftalens indgåelse og de må være kendt på dette tidspunkt. Der gives ingen anvisninger på hvordan de efterfølgende forhandlinger skal foregå, blot at temaet skal være aftalens tilpasning/afslutning, og stk. (3) hvor "domstolen" bemyndiges til at gribe ind er eneste holdepunkt for vurderingen af tilpasningen, at den skal bygge på billighed ("equitable"). Ophavsmændene til European Principles har under konciperingen af bestemmelsen sigtet mod at samstemme den navnlig med det franske princip om *imprévision* og international kontraktspraksis vedrørende langvarige relationer.<sup>258</sup> Det fremgår også, at bestemmelsen mindre utrolig meget om Unidroit Principles artikel 6.2.

Problemet med sådanne brede vendinger er - ligesom ved brede hardshipklausuler og bestemmelsen i Unidroit Principles, at det er umuligt at fastlægge indholdet af bestemmelsen præcist, således at den kompetente ret intet sikkert grundlag har for at afsige dom.<sup>259</sup> Forskellen mellem hardshipklausulerne og Unidroit Principles på den ene side og en hardship-regel i en fremtidig "European Civil Code" i skikkelse af European Principles artikel 6.111 på den anden er, at parterne ikke har noget valg, hvis der kommer til at gælde en legal regel. Fra at den sanktionerede genforhandlingspligt er noget der skal være enighed om mellem parterne, vil den via den legale regel i princippet komme til at gælde for alle. På trods af, at *doctrine of adjustment* altså kan praktiseres via bestemmelsen om "Changed Circumstances", og der som det fremgik kunne være situationer, hvor en hardshipklausul vil være fordelagtig, eksisterer der en lang række momenter, som taler imod at gå skridtet videre og indføre en legal regel. Først vil argumenterne for en legal regel blive ridset op (også selvom de måtte blive afvist senere), hvorefter modargumenterne i afsnittet efter bliver gennemgået.

### 6.3. Argumenter for en legal regel

Det mere principielle hovedargument for at indføre regler om hardship er, at det vil rumme en reaktion overfor påståede utilstrækkeligheder i retssystemet, bl.a. en alt for stor fokus på *pacta sunt servanda*. Ved at indføre en legal regel sikrer man sig mod de urimeligheder som ændrede forhold afstedkommer og skaber et retlig grundlag for kontrakten, som i højere grad stemmer med udviklingen i retning af

---

Hartkamp (1995), Lookofsky (1997) og Lando (1992) og (1996). En meget omfattende liste over litteraturen bag kan findes via internetadressen <http://www.agora.stm.it/unidroit/english/principles>.

<sup>255</sup> Den blev etableret i 1982 og har lige siden haft professor, dr.jur. Ole Lando fra Handelshøjskolen i København som formand.

<sup>256</sup> Jvf. Lando (1992), s. 577 og samme (1996), s. 21.

<sup>257</sup> Smgl. Principles (1995), s. 161f.

<sup>258</sup> Jvf. Beale i "Festskrift til Ole Lando", s. 31.

<sup>259</sup> Jvf. Bryde Andersen (1995), s. 271.

flere og flere relationelle kontraktsforhold.<sup>260</sup>

Ud fra dette lidt mere ideelle argument springer en række mere praktisk betonedede argumenter for indførelse af en legal regel, som navnlig stammer fra (de positive) erfaringer med hardshipklausuler. Ved at tvinge parterne til forhandlingsbordet (med efterfølgende domstolskontrol) vil en lang række kontraktsforholds fortsatte beståen blive sikret, man sikrer derudover værdier, undgår uberettiget berigelse og opportunistisk opførelse.<sup>261</sup> Her til kommer at man på trods af de fortolkningsvanskeligheder, der måtte opstå vil domstolene udmærket kunne anvende den brede standard i bestemmelsen, således at den får relevans kun for langvarige komplekse kontraktsforhold. Danske domstoles udøvelse af kompetencen i henhold til bl.a. aftalelovens §36 viser, at der udvises tilbageholdenhed, at bestemmelsen fortolkes snævert, samtidig med at de evner at anvende brede rimelighedsstandarder. Det vil føre til, at bestemmelsen kun vil blive anvendt i ekstreme undtagelsestilfælde.

Et andet argument går på, at man bør indføre regler om hardship, fordi det vil være urimeligt, at den bebyrdede part i et aftaleforhold med en hardshipklausul skal stilles så meget bedre end samme part i et forhold uden en hardshipklausul.<sup>262</sup> Det bygger på en proportionalitetsbetragtning, idet retssystemerne bør gribe ind i tilfælde, som antageligvis er urimelige, og hvor forholdet kunne have været reddet, såfremt man havde haft en hardshipklausul.<sup>263</sup> På tilsvarende vis vil forskellene imellem de nugældende regler om ændrede forhold i forskellige lande tale for en harmonisering, efter som det er uproportionelt, at et kontraktsforhold, der afgøres efter italienske regler skal behandles anderledes end et forhold i Frankrig. Ved at indføre en bred legal regel om hardship, som giver ret til justering, vil man helt kunne undgå sådanne påståede urimeligheder.<sup>264</sup> Endvidere skabes der den grad sikkerhed, som kan være gavnlige for parterne i et langvarigt komplekst aftaleforhold.

Herudover kan det fremføres, at selvom hardshipreglen principielt vil gælde alle former for kontraktsforhold, også de forhold, hvor parterne ikke umiddelbart ville have valgt en sådan regel bør det ikke føre til at reglen ikke indføres. En hardshipregel vil være en deklaratorisk bestemmelse, som parterne i et retsforhold kan fravælge til enhver tid. Eftersom reglen kun vil skulle anvendes i undtagelsestilfælde, er det ved et relativt lille antal kontrakter, hvor dette fravalg overhovedet kommer på tale. Det taler for at man sikrer den gruppe af kontrakter, hvor der bør være en fleksibel kontraktsregulering *ex post*. Da mange af de transaktioner, som vil kunne blive omfattet af reglen er formularregulerede, vil der efter al sandsynlighed i formularpraksis danne sig undtagelser til regler. Det vigtige for fortalene af bestemmelses indførelse som legal regel er at man markerer retssystemets udgangspunkt og ligeledes tager et skridt væk fra den enøjede anvendelse af alt-eller-intet løsninger.<sup>265</sup>

Uanset hvilke interesser, der tale for indførelsen af legale hardshipregler vil der være en langt række ulemper knyttet til sådanne regler, og de opvejer fordelene. Det betyder ikke, at der ikke findes situationer, hvor retsvirkninger efter hardshipreglerne kan være formålstjenlige for aftaleforholdet – hvilket fremgik af konklusionen i kapitel 5 ovenfor. Men parternes dilemma kan muligvis løses med mindre indgribende midler end ved en en hardshipregel indført fra “oven”.

<sup>260</sup> Jvf. ovenfor afsnit 3.4 og 3.6

<sup>261</sup> Jvf. Nassar (1995), s. 216ff.

<sup>262</sup> Jf. forudsætningsvis Lando i Hartkamp (1994), s. 210f.

<sup>263</sup> Smgl. Sichert (1994), s. 8

<sup>264</sup> Jvf. forudsætningsvist Nassar(1995), s. 219f. og Lando i Hartkamp (1994), s. 210.

<sup>265</sup> Nassar (1995), s. 21f.

#### 6.4. Argumenter imod

En legal hardshipregel vil rumme samme usikkerhedsmomenter, som hardshipklausulerne, blot vil de være formuleret endnu mere generelt og ikke afpasset i forhold til den konkrete transaktions karakteristika. Argumenterne imod indførsel af en legal hardshipregel skal ses i nøje sammenhæng med gennemgangen af klausulerne ovenfor. I kommercielle kontraktsforhold bør parterne som udgangspunkt være nærmest til at sikre sig. Selvom reglen i artikel 6.111 kun har begrænset rækkevidde og ultimativt kan fravælges af parterne, vil det være den mest indgribende løsning at vælge en indførelse fra "oven". Parter i meget omfattende komplicerede aftaleforhold vil p.g.a. kompleksiteten i transaktionen stå sig bedre ved at skulle vælge en hardshipklausul *til*, end at vælge hardshipreglen *fra*. Dette både fordi man i konciperingsfasen typisk nøje overvejer forholdene og afstemmer klausulen efter egne behov og accepterer de usikkerhedsmomenter klausulen er omgærdet af. I den omvendte situation er valget enten at fravælge hardshipreglen, tilpasse eller acceptere den, hvor sidste mulighed - p.g.a. reglens brede generelle indhold - risikerer at føre stor usikkerhed med sig. Disse argumenter taler umiddelbart for afvisning af en legal hardshipregel, fordi parterne mere adækvat vil kunne opfylde deres behov for regulering af hardship-situationen ved at anvende hardshipklausuler, der er så specifikke som muligt. Selvom nogle af argumenterne for legale hardship-regler – jf. ovenfor – udfra en isoleret betragtning er gode og acceptable, er en række af dem malplacerede, bl.a. proportionalitetsbetragtningerne. I virkeligheden vil et relativt begrænset antal kontrakter komme ud for hardship i implementeringsfasen, og derfor er det snarere uproportionelt at indføre lovgivning, der har generel karakter, men som kun dækker få kontrakter.

Netop fordi hele diskussionen omkring *doctrine of adjustment* og relational contracts er meget teoretisk og i fortsat mangler opbakning i praksis, vil det være en forkert strategi at vælge at indføre regler om hardship fra "oven". *Pacta sunt servanda* er og bliver et meget centralt princip, som skal være det centale grundlag for al aftaleafvikling. Ønsker man at fravige dette princip, er det nødvendigt, at der udvikles langt mere rets- og kontraktspraksis, som viser, at der er et behov for justering af kontraktsrettens regler. Det er en langvarig proces - særligt i forbindelse med den nye rolle, som tiltænkes domstolene i hardshipreglerne/-klausulerne. De uniforme hardshipregler i Unidroit Principles vil med deres quasi-juridiske præg kunne bidrage til en ensretning af anvendelsen af hardship-regler (i det enkelte kontraktsforhold), ligesom de vil kunne starte en langsom proces i retning af at få domstolene involveret. Der er tale om indførelse fra "neden" og det vil give en mere harmonisk retsudvikling, der følger de behov, som kontraktsparter har i praksis. På længere sigt vil det kunne "gøde jorden" for legale regler om hardship.

#### 6.5. Sammenfatning

Sammenfattende om behovet for legale regler kan det derfor siges, at fordelene opvejes af ulemperne. Parterne har mulighed for selv - gennem f.eks. hardship-klausuler - at lave en fleksibel mekanisme, der løser deres dilemma. Selvom der også er usikkerhedsmomenter knyttet til hardship-klausulerne, er risikoen alligevel mindre, fordi klausulerne i sagens natur kan målrettes mere end en bred hardship-standard. Med de negative konsekvenser, der kan være af legale hardshipregler på nuværende tidspunkt og de redskaber parterne har til rådighed for at løse problemet, kan der næppe siges at eksistere et reelt behov for sådanne hardshipregler. Det betyder ikke, at man helt skal ignorere de udviklingstendenser, der fortsat gør sig gældende og følge en eventuel videre udvikling i anvendelsen af hardshipklausulerne. Men som helt klar grundregel gælder det fortsat, at parterne skal være de ansvarlige i

kontraktsplanlægningen. De er de nærmeste til at vide, hvordan der bør reageres overfor pludselige ændringer. Med en stigende fokus på kontraktsplanlægning *ex post* er det ikke utænkeligt, at man fremover vil se en større anvendelse af og fortrolighed med bl.a. hardshipklausuler, og at tistering/tilpasning af aftaler bliver mere udbredt end i dag. Det kan være første skridt på vejen mod større accept af *doctrine of adjustment*.

## 7. KONKLUSION

I denne afhandling har en af det gennemgående linier været, at belyse nogle synspunkter inden for kontraktsretsteorien om at man i højere grad bør anerkende, at domstolene efterfølgende justerer/tilpasser kontrakter. Dette er en yderligere afvigelse fra grundsætningen om at aftaler skal overholdes, *pacta sunt servanda*, og går visse steder under betegnelsen *doctrine of adjustment*. Undersøgelserne af forskellige retsordener førte til det resultat, at denne "doktrin" kun i meget begrænset omfang har vundet indpas, idet aktuelle afvigelser fra *pacta sunt servanda* næsten udelukkende er bygget over *doctrine of excuse*.

Herefter blev det undersøgt, om såkaldte hardshipklausuler ville kunne fungere som løsning på det påståede dilemma parterne står i, særligt i langvarige komplekse kontraktsforhold m.h.t. at de søger en løbende tilpasning af kontrakten til de ændrede forhold. Undersøgelserne førte til den konklusion, at hardshipklausulerne udmærket kan tjene som instrument for parterne i disse særlige kontraktsforhold, men at de ikke har særlig bred anvendelse og rummer væsentlige risici og usikkerhedsmomenter.

Umiddelbart i forlængelse af undersøgelserne om hardshipklausuler blev en mulig legal regel om hardship og dermed indfasning af *doctrine of adjustment* undersøgt m.h.p. at afklare om det ville være formålstjenligt at gå skridtet videre og indføre en sådan regel. En sådan regel vil ideelt set betyde en imødekommelse af den kritik kontraktsretsteoretikerne har fremført omkring den dominans *doctrine of excuse* har for så vidt angår reglerne om ændrede forholds betydning. På baggrund af de konsekvenser en regel vil få kombineret med de omkostninger det vil have generelt at gennemføre hele harmoniseringsprojektet, blev det konkluderet, at en legal hardshipregel for nærværende ikke er en særlig god løsning af parternes dilemma. Denne konklusion skal ikke ses som en afvisning af de ideelle interesser, der ligger bag doktrinen, men at der ud fra en samlet vurdering ikke vil være umiddelbar gevinst ved indførelse af legale regler om hardship.

# Litteraturfortegnelse

## Bøger

- Adlercreutz, Axel : Avtalsrätt I, 9. uppl., Lund, 1989.
- Andenæs, Mads Henry: Kontraktsvilkår. Oslo 1989.
- Andersen, Mads Bryde : Grundlæggende aftaleret, København, 1997.
- Andersen, Mads Bryde : Praktisk aftaleret, København, 1995.
- Bianca/Bonell m.fl. : Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Milano, 1987.
- Bartels, Martin : Contractual Adaptation and Conflict Resolution, Deventer, 1985.
- Bonell, M. J. : An International Restatement of Contract Law, 2nd. ed., New York, 1997.
- Chesire and Fifoot : Law of Contract, 1996.
- Cranston, Ross (ed.) : Making Commercial Law, Oxford, 1997.
- Delaume, G. R. : Law and Practice of Transnational Contracts, New York, 1998.
- Dnes, A. W. : The Economics of Law, London, 1996.
- Elmelund, Nils m.fl. : Lærebog i dansk og international køberet, 2. udg., København, 1996.
- Farnsworth, Allan E. : Contracts, 1990.
- Farnsworth, Allan E. : On Contracts, 1990.
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft. 4. udg., Berlin 1992.
- Gomard, Bernhard : Introduktion til obligationsretten, København, 1979.
- Gomard, Bernhard : Obligationsret. 1. del, 3. omarbejd. udg., København, 1998.
- Gomard, Bernhard : Obligationsret. 2. del, 2. udg., København, 1995.
- Gomard, Bernhard : Almindelig kontraktsret, 2. omarbejd. udg., København, 1996.
- Grönfors, Kurt : Aftal och omförhandling, Stockholm, 1995.
- Grönfors, Kurt: Avtalslagen. 3. udg., Stockholm 1995.
- Hartkamp, A. S. m.fl. : Towards a European Civil Code, Dordrecht, 1994.
- Hellner, Jan : Kommerciel avtalsrätt, Stockholm, 1989.
- Hellner, Jan : Speciel avtalsrätt II : Kontraktsrätt, 2. udg., Stockholm, 1993.
- Honnold, John O. : Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Deventer, 1989.
- Honsell, Heinrich (red.): Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin 1997.
- Horn, Norbert (red.) : Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Deventer, 1985.
- Horn, Norbert (red.) : The Transnational Law of International Commercial Transactions, Deventer, 1982.
- Hørlyck, Erik : Tilvirkningskøbet, København, 1996.

- Krüger, Kai: Norsk Kontraktsrett. 2. udg., Bergen 1991.
- Lando, Ole m.fl. : Incoterms 1990, København, 1992.
- Lando, Ole : Udenrigshandelens kontrakter, 4. udg., København, 1991.
- Larenz, Karl : Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1982.
- Lehrberg, Bert: Förutsättningsläran. Uppsala 1989.
- Lookofsky, Joseph : Køb - Dansk og indenlandsk købsret, København, 1996.
- Lookofsky, Joseph : Transnational Litigation and Commercial Arbitration, København, 1992.
- Lowenfeld, Andreas F. : International Private Trade, 3rd ed., New York, 1996.
- Lubben, Richard T.: Just-in-Time Manufacturing. New York 1988.
- Lyngse Andersen, L. m.fl.: Aftaler og mellemmand, 3. udg., København, 1997.
- Macneil, Ian R. : The New Social Contract : An inquiry into modern contractual relations, New Haven, 1980.
- McKendrick, E. (red.) : Force majeure and frustration of contract, London, 1991.
- Medicus, Dieter: Schuldrecht I. Allgemeiner Teil 7. udg., München 1993.
- Mestad, Ola : Om force majeure og risikofordeling i kontrakt, Oslo, 1991.
- Nassar, Nagla : Sanctity of Contracts Revisited : A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions, Dordrecht, 1995.
- Nicklisch, F. (red.) : Der Komplexe Langzeitvertrag. Heildelberg, 1987.
- Nørager-Nielsen, J. mfl : Købeloven med kommentarer, 2. udg., København, 1993.
- Nørgaard, J. m.fl : Aftaleloven med kommentarer, 2. udg., København, 1993
- Peter, Wolfgang : Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements : Second Revised and Enlarged Edition, Haag, 1995.
- Posner, R. A. m.fl. : The Economics of Contract Law, Boston, 1979.
- Ramberg, Jan: Köplagen. Stockholm 1995 (citeret "Ramberg 1995 A").
- Ramberg, Jan: Allmän avtalsrätt. 4. udg., Stockholm 1995 (citeret "Ramberg 1995 B").
- Schlechtriem, P. (m.fl.) : Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, München, 1995.
- Schluep, Walter R.: Innominatverträge. Schweizerisches Privatrecht VII. Basel 1979.
- Schmitthoff, Clive M. : Schmitthoff's Export Trade, 9th ed., London, 1990.
- Starck, Boris m.fl. : Obligations. 2. Contrat. 5.udg., Paris 1995.
- Tamm, Ditlev : Retshistorie. Bind 2 : Romerret og Europæisk Retsudvikling, København, 1991.
- Treitel, G. H. : Frustration and Force Majeure, London, 1994.
- Treitel, G. H. : The Law of Contract, 9th ed., London, 1995.
- Ulen, Thomas m.fl. : Law and Economics, 2nd ed., Reading, 1996.
- Ussing, Henry : Aftaler på formuerettens område, 3. udg., København, 1950.
- Ussing, Henry : Obligationsretten, Almindelig del, 4. udg., København, 1961.
- Ussing, Henry : Køb, 4. udg. (v. A. V. Kruse), København, 1967.
- White & Summers : Handbook of the Law Under the Uniform Commercial Code, 4th ed., St. Paul, 1995.



- Williamson, Oliver E.: The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting. New York 1985.
- Zweigert & Kötz : An Introduction to Comparative Law, 2nd. ed., Oxford, 1987.

### Artikler

- Boele-Woelki, K. : 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts', Uniform Law Review (1996), s. 652-77
- Bonell, M. J. : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contracts Law : Similar Rules for the Same Purposes ?', Uniform Law Review (1996), s. 229-246.
- Bonell, M. J. : The UNIDROIT Principles in practice - the experience of the first two year, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, August 1997.
- Fontaine, Marcel : Hardship Clauses, Droit et Pratique du Commerce Internationale, Mars 1976, vol. 2, pp. 51-88.
- Hagstrøm, Viggo : Kjøpsrettskonvensjonen, norsk kjøpslov og international rettsenhet, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1995, s. 561-588.
- Hellner, Jan: Kontrollansvaret. I Festskrift til Curt Olsson. Helsingfors 1989 s. 114 ff.
- Hellner, Jan: Kontrollansvar och annat skadeståndsansvar i den nya köprätten. TfR 1991 s. 141 ff.
- Hellner, Jan: Jämkning af långvarigt avtal m m, JT 94/95, s. 137-41.
- Hultmark, Christina : Internationaliseringen av svensk avtalsrätt - Unidroit Principles of International Commercial Contracts, JT 95/96, s. 655-669.
- Lando, Ole : Renegotiation and Revision of International Contracts, German Yearbook of International Law 1985, p. 37-58.
- Lando, Ole: Lex mercatoria. UfR 1985 B s. 1 ff.
- Lando, Ole: Principles of European Contract Law : An Alternative to or Precursor of European Legislation ?, American Journal of Comparative Law 1992, s. 573-585.
- Lando, Ole: En europæisk lovbog på formuerettens område, Julebog 1996, Juridisk Institut, Handelshøjskolen København., s. 9-21.
- Lookofsky, Joseph : Fault and no-fault in Danish, American and International Sales Law. The Reception of the 1980 United Nations Sales Convention, Scandinavian Studies in Law, 1983.
- Lookofsky, Joseph : Formuerettens harmonisering : 'Towards a European Civil Code, Ugeskrift for Retsvæsen 1997B, p. 251-56.
- Macauley, Stewart : Non-Contractual Relations in Business. American Sociological Review, vol. 28 (1963) s. 55 ff.
- Macneil, Ian R. : A Primer of Contract Planning. Southern California Law Review, vol. 48 (1974/75) s. 627 ff.

- Macneil, Ian R. : Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law (1978) 72 *Nw U. L. Rev.* 854.
- Maskow, Dietrich : Hardship and Force Majeure, *American Journal of Comparative Law*, 40/1992, p. 657-669.
- Melis, Werner : *Force Majeure* and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration, *Journal of International Arbitration* 1984, p. 213-21.
- Montague, Adrian A. : Hardship Clauses, *International Business Lawyer* 1985, p. 135-137
- Nicholas, Barry : *Force Majeure* and Frustration, *American Journal of Comparative Law* 1992, p. 231-45.
- Nørgaard, Jørgen: Ændring af aftalelovens § 36, således at et vederlag kan forhøjes. *UfR* 1992 B s. 105 ff.
- van Ommeslaghe, Pierre : Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux, *Revue de droit Int. et le droit Comparé* 1980, p. 7-59
- Oppetit, Bruno : L'adaptation des contract internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship", *Journal du Droit International*, 1974, p. 794-814.
- Perillo, Joseph M. : Hardship and its Impact on Contractual Obligations : A Comparative Analysis, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straoero* 20/1996, p. 1-14.
- Peter, Wolfgang : Arbitration and Renegotiation Clauses, *Journal of International Arbitration* 1986/2, p. 29-46.
- Puelinckx, A.H. : Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrund-lage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, *Journal of International Arbitration* 1986/2, p. 47-66.
- Schmitthoff, Clive M. : Hardship and Intervener Clauses, *Journal of Business Law* 1980, p. 82ff.
- Scott, Robert E. m.fl : Principles of Relational Contracts (1981) 67 *Va. L. Rev.* 1089.
- Sichert, Markus : Article 2.117 EP : A European Principle compared with German, English and French Law, *Ars Aequi* 43 (1994) 6.
- Strobach, Heinz : *Force majeure* and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration. The East-German Approach, *Journal og International Arbitration* 1984, p. 40-51.
- Ullman, Harold : Enforcement of Hardship Clauses in the Frénch and American Legal Systems, (1988-1989) 19 *Cal. W. Int. L.J.* 81.
- Weitzmann, Todd : Validity and Excuse in the U.N. Sales Convention, *Journal of Law and Commerce* (1997), s. 265-290.
- Wilhelmsen, Trine-Lise: Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet. *TfR* 1995 s. 1 ff.

## **Andre publikationer**

- ICC : Force Majeure and Hardship, Publication N° 421, Paris, 1985.
- UNCITRAL : Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, New York, 1988.
- UNIDROIT : Principles of International Commercial Contracts, Rom, 1994.
- CECL : Principles of European Contract Law - Part I, Ole Lando m.fl. (red.), Deventer, 1995.
- Festskrift til Ole Lando (red. Lennart Lynge Andersen m.fl.), København, 1997.

## ***Principles of European Contract Law :***

### **Article 6.111: Change of Circumstances**

- (1) *A party is bound to fulfill his obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of performance he receives has diminished.*
- (2) *If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provides that:*
  - (a) *the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract; and*
  - (b) *the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract; and*
  - (c) *the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*
- (3) *If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:*
  - (a) *terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or*
  - (b) *adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances; and*
  - (c) *in either case, award damages for the loss suffered through the other party refusing to negotiate or breaking off negotiation in bad faith.*

...”

## ***UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts :***

### **SECTION 2: HARDSHIP**

#### **ARTICLE 6.2.1**

*(Contract to be observed)*

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

#### **ARTICLE 6.2.2**

*(Definition of hardship)*

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

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

### ARTICLE 6.2.3

#### *(Effects of hardship)*

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request negotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based
- (2) The request for renegotiation does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
  - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or
  - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium