

**Kandidatafhandling efterår 2009  
cand.merc.jur**

## **Fuldstændighedsklausuler i B2B kontrakter**

### **Merger clauses in B2B contracts**



**Udarbejdet af:**

Anne Louise Carstensen og

Jennie Kondal Christensen

Juridisk vejleder: Peter Møgelvang-Hansen

Økonomisk vejleder: Henrik Lando

**Copenhagen Business School**

Antal anslag: 267.969

## Indholdsfortegnelse

Resume.....	4
Kapitel 1 - Problemformulering.....	6
Indledning .....	6
Begrebsoversigt.....	7
Synsvinkel.....	8
Problem.....	9
Overordnet problemstilling.....	9
Afgrænsning .....	9
Metode.....	10
Kapitel 2 – Fuldstændighedsklausulens retlige betydning .....	13
Fuldstændighedsklausuler .....	13
Baggrund .....	13
Fuldstændighedsklausulens kontekst .....	14
Fuldstændighedsklausulens definition.....	16
Fuldstændighedsklausulens indhold og eksempler .....	19
Fuldstændighedsklausulens formulering.....	25
Standardklausul eller individuelt forhandlet klausul .....	27
Anvendelse af § 36 i erhvervsforhold .....	28
Fortolkning og udfyldning .....	29
Fortolkning i dansk ret. ....	30
Fuldstændighedsklausulen og baggrundsretten.....	37
Fuldstændighedsklausulen og udfyldning.....	38
Fuldstændighedsklausulen og fortolkning .....	40
Fuldstændighedsklausulen og international handelsret.....	44
Fuldstændighedsklausulen og domstolene .....	46
Retskilderne .....	46
Fuldstændighedsklausulen og fri bevisførelse .....	53
Fuldstændighedsklausulen og voldgiftsretten.....	57
Parternes overvejelser om fuldstændighedsklausuler .....	57
Juridisk konklusion .....	59

Kapitel 3 – En integreret diskussion .....	61
Baggrund for at anvende fuldstændighedsklausulen .....	61
Fortolkning i retsøkonomisk perspektiv.....	63
Ufuldstændige kontrakter.....	63
Optimal fortolkning.....	65
Anden indflydelse på fortolkning i praksis .....	79
Parternes indbyrdes forhold .....	80
Domstolenes afvigelse fra økonomisk efficiens.....	83
Hensyn, en IT virksomhed skal overveje .....	89
Model .....	99
Spiltræ .....	103
Modeludvidelse.....	104
Mulige alternativer til fuldstændighedsklausulen .....	108
Integreret konklusion .....	115
Litteratur- og bilagsliste.....	118
Bilag.....	120

## **Resume**

The purpose of this report is to investigate how merger clauses are to be used in Danish contract law. The term merger clause originates from common law countries and is being used more and more often in contracts subject to Danish law. The problem that arises is the fact Denmark is a civil law country with a very different culture compared to common law countries regarding contract interpretation. Many common law countries usually uses the parole evidence rule and has as a rule that parties contracts are the complete agreement between the parties. In Denmark contract law as a starting point sees the contract as the important center for a dispute resolution but the contract is generally interpreted in the light of materials from negotiations, prior agreements and so on. The question then arises of how Danish courts will interpret a contract which contains a merger clause but otherwise is subject to Danish law. Offhand you could say that freedom of contract should entail that a merger clause is accepted at courts. However in Danish law the parties do not decide how courts should interpret their agreement and so the merger clause will be subject to assessment in case it will have an extensive influence on the ruling of the courts. It follows that the courts will then need extrinsic evidence in order to decide whether or not to disallow extrinsic evidence from the case. This is the major problem when using merger clauses combined with Danish law. The judges deciding to accept merger clauses or not will not make this decision based on a general opinion of merger clauses but rather on a case to case basis where justice in a specific situation is the main concern. Because of this it will not be possible to establish a general overview on courts approach to contracts containing a merger clause until Danish courts has made rulings in a lot of cases that may give a reasonable overview. This paper seeks to give an idea of the concerns the courts should take into consideration when cases start to appear before them. For the time being and as long as merger clauses are not as widespread as in common law countries, we conclude that parties should take into consideration the very likely possibility that courts may set aside agreed merger clauses. Even if courts accept the merger clause in their final ruling they will probably do this after already having viewed the extrinsic evidence.

The theories of law and economics has discussed interpretation widely and the effect of interpretation on parties when they write contracts. Shavell concludes that interpretation is especially in the interest of the parties when they are able to approximately foresee how the courts are going to interpret the contract. This will save the parties costs associated with writing the contract. The pros connected to using merger clauses in contracts can be widespread. Principals may be able to control their agents if the principles have final approval of the contract. Parties should be better able to predict an outcome of a possible litigation because of the reduced evidence to consider and at the same time save costs of litigation. The conflict between the Danish legal outlook on merger clauses and the economic approach is that the legal system takes a lot of other considerations in regard to whether or not a merger clause should be granted full effect. We will make a model to exemplify the different aspects the parties should consider when they contemplate on using a merger clause in a contract that will be subject to Danish law. We set up a game tree to give an overview of the parties' choices and possibilities. We then give our view on how a party should take the different types of costs into account when deciding on whether or not to use a merger clause in their contracts.

# Kapitel 1

## Problemformulering

### Indledning

Aftalefrihed er en grundsten i de fleste retskulturer og ikke mindst i dansk ret. Således lyder det i Danske Lov 5-1-2, at ”Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komme til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligtelser, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere”. På trods af den i vore tid lidt forvirrende formulering, så bæres dette princip om kontraktfrihed stadig klart videre i retstraditionen. Uanset oprindelse, formulering og sprog kan princippet findes i alle retskulturer, og alle der indgår kontrakter må derfor kunne finde støtte i dette princip som garanti for at kontrakter som udgangspunkt skal holdes. Spørgsmålet, der opstår i denne afhandling går på i hvilken grad de danske domstole vil respektere dette princip, når parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul. I retsøkonomien er en af grundstenene Coase teoremet, der forklarer, at uden transaktionsomkostninger og under fuld information vil kontraktparter indgå en pareto optimal aftale. Dette synspunkt harmonerer godt i teorien med det juridiske princip om aftalefrihed og det lyder også smukt, at parterne kan komme til det bedste resultat og at domstolene derfor skal følge parternes kontrakt og hensigt. I virkeligheden vil der dog altid være transaktionsomkostninger, ufuldkommen information og ufuldkomne kontrakter med både huller og fortolkningsdilemmaer. Derudover vil der ofte være en skævhed mellem parterne, både i form af forhandlingsstyrke og størrelse, men også i baggrunden for parternes individuelle forståelse af deres kontrakt.

Når parterne vælger at aftale en merger clause<sup>1</sup>/fuldstændighedsklausul kan det have baggrund i flere hensyn. Primært er det dog udtryk for at parterne ønsker at skabe retsvished i deres forhold, så de har mulighed for at vurdere, hvilket bevismateriale domstolene vil tage hensyn til ved en eventuel retstvist. På den måde kan parterne forhandle mere frit, idet de sikrer sig at tilkendegivelser, der

---

<sup>1</sup> Kaldes i nærværende opgave fuldstændighedsklausul, se begrebsoversigten.

gives under forhandlingerne, kun får virkning, såfremt de er skrevet ned i kontrakten. Samtidig fjerner fuldstændighedsklausulen en stor del af den risiko, parterne kan udsættes for, hvis de senere ender i en retstvist og er nødt til at bruge mange ressourcer og udgifter på at føre bevis.

Fuldstændighedsklausulen har sin oprindelse i common law, men har fundet vej til civil law lande, herunder Danmark. Der opstår dermed spørgsmålet om, hvilken effekt klausulen vil have mellem parterne og ved domstolene i civil law lande og for nærværende opgave ved de danske domstole. Fuldstændighedsklausulen kan frit aftales i kraft af aftalefriheden og bør da også aftales efter den retsøkonomiske teori, hvis dette sikrer den mest efficiente kontrakt. For at kunne vejlede især danske virksomheder om, hvorvidt de bør medtage denne klausul, vil vi redegøre for de juridiske og kontraktøkonomiske aspekter ved at medtage en fuldstændighedsklausul i en kontrakt.

## **Begrebsoversigt**

### **Fuldstændighedsklausul**

Kært barn har mange navne, ikke mindst har denne klausul ualmindelig mange navne, der varierer efter hvilken sammenhæng begrebet bruges i. Der kan dog næppe siges, at der findes en klar begrebsdefinition eller en klar linje for, hvornår klausulen kaldes det ene eller det andet. Men uanset om man vælger at kalde det en entire agreement clause, merger clause, integration clause eller fuldstændighedsklausul vil udtrykkene dække over samme princip. Vi har valgt at anvende udtrykket fuldstændighedsklausul i denne afhandling, idet vi vil beskæftige os med implikationerne af anvendelsen af denne klausul i dansk ret og derfor finder det mest passende at anvende et dansk udtryk. Det er dog vigtigt at understrege, at det ikke har nogen forståelsesmæssig betydning, at vi har valgt dette udtryk frem for de andre muligheder. Se en nærmere definition og klarlægning af indholdet i en fuldstændighedsklausul i opgavens kapitel 2.

### **Retsvished**

Begrebet skal forstås som en del af begrebet retssikkerhed. I juridisk teori dækker begrebet retssikkerhed over det faktum, at man skal være i stand til at fastlægge ens retsstilling i forskellige situationer og at lige situationer behandles ens. Det er hensynet til retssikkerhed, der bestemmer at domstolene i et vist omfang er bundet

af deres afgørelser. Der er dog mange andre hensyn, der spiller ind i det danske retssamfund, hvilket betyder, at der må foretages en afvejning af hensynene. Retssikkerhedsprincippet spiller naturligvis ikke kun ind på domstolenes afgørelser, men har stor indflydelse på de love, der vedtages af Folketinget. Begrebet retssikkerhed indeholder således mange aspekter, og kan forstås på mange måder. Vi har derfor valgt i afhandlingen at anvende begrebet retsvished i stedet. Vi ser på den retsvished som parterne ønsker at opnå ved at medtage en fuldstændighedsklausul, det vil sige, i hvilket omfang parterne er i stand til at forudsige deres retsstilling. Når vi, især i kapitel 3, henviser til i hvilken grad parterne vil være i stand til at forudsige deres retsstilling, vil det primært være ud fra en omkostningsbetragtning. Det vil sige, i hvilken grad parterne kan vurdere hvilke omkostninger, de skal forvente at bruge på eventuelle retssager. Begrebet vil blive yderligere diskuteret i kapitel 3.

### **Forhandlingsmateriale**

En fuldstændighedsklausul kan have til formål at udelukke mange former for bevismateriale. For enkeltheds skyld har vi valgt at bruge begrebet forhandlingsmateriale, dog primært i kapitel 3. Når vi henviser til forhandlingsmateriale mener vi således ikke kun mundtlige og skriftlige forhandlinger, men også tidligere tilbud og lignende materiale, som det vi i kapitel 2 vil gennemgå, der af parterne forsøges udelukket ved anvendelse af en fuldstændighedsklausul.

### **Synsvinkel**

Vi vil se på problemstillingen fra et virksomhedsperspektiv. Vi har valgt at bruge denne vinkel, idet vi ønsker at konkretisere den teoretiske analyse, således at en virksomhed vil være i stand til at bruge vores konklusioner, når de kontraherer med andre virksomheder.

## **Problem**

### ***Overordnet problemstilling***

Hvilke forhold bør indgå i virksomheders overvejelser angående anvendelse af fuldstændighedsklausuler i deres kontrakter med andre erhvervsdrivende?

### **Underspørgsmål**

- Hvilken retlig betydning vil en fuldstændighedsklausul have ved domstolenes kontraktfortolkning, og i hvilket omfang kan virksomhederne regne med at denne fortolkning er økonomisk efficient?
- I hvilket omfang kan hensyn som type af gode, kontrakttype og lovvalg samt alternativer have indflydelse på virksomheders beslutning om at medtage en fuldstændighedsklausul og hvordan påvirker denne kontraktens omkostninger?

### **Tilgang til problemstilling**

Afhandlingens analyser og diskussioner vil primært være generelle og teoretiske, og vi mener, at vores konklusioner kan anvendes på tværs af blandt andet type af goder og virksomheder, men af hensyn til at have enkel og overskuelig eksemplificering af vores diskussioner, har vi valgt at tage udgangspunkt i en IT virksomhed, der leverer både varer og service til andre virksomheder.

### **Afgrænsning**

Når der i afhandlingen tales om virksomheder generelt menes der virksomheder med profit for øje. Vi har gennemgående valgt i afhandlingen at tage udgangspunkt i kontrakter, der fortolkes af domstolene. Analyserne og konklusionerne vil i høj grad gøre sig gældende uanset om kontrakten fortolkes af domstolene, voldgiftsretten eller andre fortolkere. Men for enkelthedens skyld har vi valgt at benævne fortolkeren som domstolene. Der vil dog i mindre omfang diskuteres hvilken betydning typen af fortolker har, i det omfang det er relevant for at analysere problemstillingen. I det omfang kontrakter diskuteres generelt antages det at de er gyldigt indgået og dermed indeholder rettigheder og forpligtelser for begge parter. Vi ser i afhandlingen alene på kontrakter B2B, det vil sige mellem virksomheder. Vi kommer således ikke ind på de særlige forhold, der kan gælde såfremt kontrakten indgås mellem en virksomhed og en forbruger. Vores

udgangspunkt i afhandlingens diskussioner og analyser vil være dansk ret. Vi vil dog også komme ind på fortolkningsreglerne i CISG og PECL i det omfang, det har relevans i forhold til afhandlingen. Ligeledes mener vi danske domstole, når vi henviser til domstolene generelt. Vi anvender K01<sup>2</sup> og K02<sup>3</sup> som eksemplificering flere steder i opgaven, da det er udtryk for fuldstændighedsklausuler, der anvendes i IT branchen. Vi anvender dog alene fuldstændighedsklausulerne i afhandlingen og vil derfor ikke komme nærmere ind på K01 og K02's resterende kontraktbestemmelser.

## **Metode**

Vi har valgt at starte afhandlingen med en juridisk gennemgang, der primært har til formål at give en teoretisk relevant gennemgang af fuldstændighedsklausulen og dens forhold til dansk ret i det omfang, det er relevant for besvarelsen af problemstillingen. Kapitlet er struktureret således, at vi i første afsnit redegør for, hvad en fuldstændighedsklausul er. Herefter ser vi på fuldstændighedsklausulen og dens forhold til fortolkning og udfyldning. Det næste omhandler fuldstændighedsklausulens mere direkte effekt på domstolenes proces. Endelig vil vi sammenfatte de konklusioner, der kan udledes fra det juridiske kapitel. Den juridiske problemstilling vil blive besvaret ud fra en retsdogmatisk tilgang. Vi vil herunder komme ind på de fire retskilder lovgivning, retspraksis, sædvaner og forholdets natur. Da fuldstændighedsklausuler er et nyt begreb i forhold til dansk ret, har det endnu ikke haft indflydelse på retskildernes anvendelse. Vi vil derfor diskutere retskilderne i forhold til fuldstændighedsklausuler ud fra, hvordan virksomheder kan forvente at fuldstændighedsklausuler vil påvirke retskilderne. Vi vil således analysere og konkludere ud fra et obligationsretligt argumentations-mønster, der lægger vægt på logik og "sund fornuft" betragtninger. Vi vil igennem afhandlingen bruge udtrykket "det mest retfærdige og rimelige resultat". Udtrykket dækker over det resultat, som vi regner med at domstolene vil nå ud fra en retsdogmatisk metode og vurdering af forhold i øvrigt, herunder samfundsmæssig retfærdighed.

---

<sup>2</sup> K01 Standardkontrakt for kortvarige IT projekter udarbejdet af Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling

<sup>3</sup> K02 Standardkontrakt for længerevarende IT projekt udarbejdet af Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling – se bilag 1

I det retsøkonomiske kapitel vil vi integrere de betragtninger, vi har analyseret i den juridiske gennemgang, med retsøkonomisk teori. Vi vil først gennemgå fordelene, der umiddelbart er ved at anvende en fuldstændighedsklausul ud fra et retsøkonomisk perspektiv. Herefter vil vi se på fortolkning på baggrund af flere retsøkonomiske teorier. Vi kommer kort ind på Coase's syn på optimal fortolkning, hvorefter vi har valgt, at diskutere Richard Posner<sup>4</sup> og Steven Shavells<sup>5</sup> teorier om den optimale fortolkningsmetode. Vi har valgt de to artikler fordi de passer godt til den tilgang, vi ønskede at tage i denne afhandling. Posner's artikel er præget af en omkostningstilgang. Shavell anskuer teorien ud fra den vinkel, at fortolkning kan være til stor fordel for kontrahenterne, og at parterne således allerede på kontraheringstidspunktet er nødt til at medtage en vurdering af eventualiteterne, der kan opstå på grund af senere behov for kontraktfortolkning. Vi vil herefter diskutere domstolens tilgang til anvendelse af fuldstændighedsklausuler ved fortolkning af kontrakter i forhold den retsøkonomiske teoris præference for økonomisk efficiens. Vi har til denne diskussion valgt at inkludere visse aspekter af Schwartz og Scott's artikel<sup>6</sup>. Vi vil dernæst opstille nogle vigtige hensyn en IT virksomhed bør medtage i deres vurdering af, om fuldstændighedsklausulen bør anvendes i deres kontrakter. Vi vil herunder give nogle eksempler på kontrakter, der indeholder disse hensyn og hjælper virksomheder i deres vurdering af, hvilken type fuldstændighedsklausul, de bør medtage. Udover de nævnte analyser og diskussioner, vil vi opstille en model, der vil forsøge at give et overblik over de overvejelser, en virksomhed bør gøre sig, når de tænker på at medtage en fuldstændighedsklausul i deres kontrakter. Vi har valgt at gøre dette primært ved hjælp af et spiltræ og en omkostningsbetragtning, der i vores øjne giver det bedste overblik. Afslutningsvis har vi valgt at opstille en række mulige alternativer til fuldstændighedsklausulen og diskutere, hvornår disse kan bruges. Vi har valgt at bruge en del af Katz<sup>7</sup> artikel til at supplere denne diskussion. Vi bruger denne artikel, da vi mener at kunne udlede en pointe fra artiklen om, at man altid bør overveje præcis hvad man ønsker opnået ved kontraktklausuler. Herunder hvorvidt

---

<sup>4</sup> Richard A. Posner. The law and economics of contract interpretation

<sup>5</sup> Steven Shavell. On the writing and the interpretation of contracts

<sup>6</sup> Alan Schwartz og Robert E. Scott. Contract Interpretation Redux

<sup>7</sup> Avery Wiener Katz. The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation.

det, parterne ønsker opnået ved at anvende en fuldstændighedsklausul, kan opnås på en anden og mere omkostningsminimerende måde. Til slut vil vi konkludere på vores analyser og diskussioner ved at svare på afhandlingens overordnede problemstilling.

## Kapitel 2

### Fuldstændighedsklausulens retlige betydning

Kapitlet er opbygget således, at vi først redegør for fuldstændighedsklausulens kontekst og indhold. Herefter vil vi se på fortolkning og udfyldning i lyset af fuldstændighedsklausuler. Derefter ser vi på, hvordan domstolene vil og bør tage højde for disse ved retstvister. Vi kommer ind på anvendelsen af fuldstændighedsklausuler i forhold til dansk rets princip om fri bevisførelse.

### Fuldstændighedsklausuler

#### *Baggrund*

Der skrives kontrakter som aldrig før. Efterhånden som grænserne flyder ud både i Europa og internationalt, og der bliver stadig nemmere adgang til at kommunikere frit, eksploderer handelen af både varer og tjenesteydelser. Globaliseringen giver adgang til at virksomheder kan udforske nye markeder, og det giver anledning til højere grad af samhandel mellem virksomhederne end nogensinde før. Umiddelbart skulle man tro at de samme kontrakter som de danske virksomheder tidligere har brugt i andre danske eller nordiske samarbejder blot kan bruges på samme måde med andre lande, men dette er ikke tilfældet, da der er stor forskel på kontraktens udseende fra land til land eller nærmere fra retskultur til retskultur. Amerikanerne er fx kendt for deres meget lange og udspecificerede kontrakter, mens de kontinentaleuropæiske og især de danske kontrakter nærmere sigter på at være så korte som muligt. Dette hænger naturligvis sammen med at kontrakter i common law lande almindeligvis indeholder alle regler, der skal gælde for kontrakten, da disse lande har begrænset baggrundsret at falde tilbage på i forhold til baggrundsretten i kontinentaleuropa. I Danmark og Norden vil en kontrakt sammenholdes med den relevante baggrundsret, det vil sige, at hvis man køber en løsørengstand falder handelen almindeligvis inden for købelovens rammer, og det er således ikke nødvendigt at kontrahere yderligere, medmindre man ønsker at fravige loven eller tilføje yderligere bestemmelser for det pågældende samhandelsforhold.

Når disse forskellige retskulturer pludselig tvinges sammen vil der nødvendigvis være en del forvirring til følge. Der er forskel på, hvordan ens begreber anvendes i

forskellige retskulturer, hvilket hurtigt kan lede til konflikter, der primært skyldes at kontrakter, som ellers er individuelt forhandlet, kan forstås på forskellig måde af parterne. Samtidig kan den ene part være vant til at forhandlingen er lige så stor en del af kontrakten som de ord, der bliver nedfældet, mens den anden part mener, at kun det, der nedfældes i kontrakten, har betydning for fortolkningen af denne. Dette sker fordi der i common law lande gælder et princip om, at kun den skrevne kontrakt er genstand for fortolkning, mens de fleste civil law lande har baggrundsretten at falde tilbage på, men samtidig anvender salgsmateriale, forhandlingsmateriale og lignende ved fortolkning af kontrakter. Dette betyder, at efterhånden som den internationale handel ekspanderer, vil flere af de metoder og begreber, der tidligere har været adskilt i de forskellige retskulturer, blive blandet sammen og anvendt på kryds og tværs, hvilket hurtigt kan give anledning til misforståelser og konflikter. Gorton siger således, at

*“Different approaches in various legal systems with respect to rules of material and of procedural law nature may lead to different considerations and solutions in court practice”.*<sup>8</sup>

Det er således nødvendigt med en klarlægning af klausulens effekt ved domstolene for at vurdere, hvordan virksomhederne skal tage stilling til medtagelsen af fuldstændighedsklausuler i deres kontrakter. For at analysere i hvilket omfang domstolene vil lade en fuldstændighedsklausul have sin fulde effekt, er det først nødvendigt at redegøre for klausulens kontekst og indhold.

### ***Fuldstændighedsklausulens kontekst***

Fuldstændighedsklausuler er et begreb, der tidligere alene blev anvendt i common law kontrakter, men har vundet indpas i danske kontrakter. Denne klausul anvendtes oprindeligt i common law som supplement til at klargøre parternes ønske om at kun selve kontrakten skulle danne grundlag for samarbejdet. Dette var i naturlig overensstemmelse med domstolenes almindelige anvendelse af parole evidence reglen hvorefter parterne afskæres fra at føre bevis for mundtlige aftaler, der skulle være indgået i forbindelse med forhandling af kontrakten, men ikke er nedfældet i denne. Netop denne anvendelse af parole evidence reglen er kontrast til udgangspunktet i dansk ret, hvor forhandlingsmateriale og lignende medtages ved

---

<sup>8</sup> Lars Gorton. Merger clauses in business contracts, side 2

klarlæggelse af parternes hensigt i det omfang, der kan føres tilstrækkeligt bevis for materialet. Et eksempel på anvendelsen af udbudsmateriale ved afgørelsen af købers rette forventninger til en genstand for et køb er sagen U 2008.579 V. Her var køber forud for købet af en fabriksny bil inde på sælgers hjemmeside, hvoraf det fremgik at begge forsæder kunne reguleres elektronisk, men efter købet viser det sig at alene førersædet kunne reguleres elektronisk. Sælger mente at køber burde have undersøgt sagen nærmere og samtidig mente sælger ikke at den elektroniske regulering af passagersædet havde haft betydning for købers valg af bilen. Landsretten udtaler, at køber ud fra oplysningerne på hjemmesiden samt på baggrund af den yderligere forhandling af ekstraudstyr, hvor muligheden for elektronisk reguleret passagersæde ikke blev nævnt af sælger, havde en berettiget forventning om at begge forsæde kunne justeres elektronisk. Sagen omhandlede salg til en forbruger, men giver stadig billedet af, hvordan domstolene anvender forhandlingsmateriale til at afgøre sager. Sagen U 2005.1566 H omhandlede K's køb af virksomheden V, der var ejet af S. Ifølge aftalen skulle K betale S for goodwill på baggrund af driftsresultatet de følgende år. Ved afgørelsen af, hvordanbestemmelsen om goodwill skulle fortolkes henviste S og Handelsretten til notater fra forhandlingsforløbet. Heri diskuterede S og K betingelser for udbetalingen, der i løbet af forhandlingen udgik og blev erstattet af andre betingelser. Retten konkluderede derfor at betingelserne, der var udgået ved forhandlingerne, ikke kunne gøres gældende senere. S og Handelsrettens dom blev stadfæstet af Højesteretten, dog med dissensen 3 mod 1. Dissens forelå dog på baggrund af regnskabets udregning og ikke med baggrund i henvisningen til forhandlingsforløbet. Når virksomheder begynder at anvende fuldstændighedsklausuler, der har til formål at udelukke forhandlingsmateriale, i kontrakter der ellers falder under dansk rets anvendelse, opstår spørgsmålet om, hvorledes domstolene bør tage hensyn til denne klausul i forhold den retsdogmatisk metode. Denne diskussion vil blive uddybet senere i afhandlingen.

Som nævnt i begrebsdefinitionen i kapitel 1 har fuldstændighedsklausulen mange navne, der varierer efter sammenhængen de bruges i. Uanset hvad klausulen kaldes, er den udtryk for at parterne ønsker at lade den skriftlige aftale stå alene som regulering af deres forretningsforhold. I princippet har klare kontrakt-

bestemmelser i dansk ret, som følge af princippet om aftalefrihed, i udgangspunktet altid haft forrang for baggrundsretten. Dette betyder som udgangspunkt, at eksistensen af en fuldstændighedsklausul i en kontrakt skal respekteres af domstolene. Det primære problem opstår når kontrakten er uklar og skal fortolkes i overensstemmelse med fuldstændighedsklausulen. Der opstår spørgsmålet om, hvorvidt klausulen har betydning for om baggrundsretten og fortolkningsmetoderne kan anvendes i samme omfang som ved kontrakter uden denne klausul, når kontrakterne med fuldstændighedsklausuler skal fortolkes og udfyldes. Kunne medtagelsen af fuldstændighedsklausuler fx betyde, at der stilles strengere eller lempeligere krav til kontraktens formulering ved ordlydsfortolkning? Dette spørgsmål og de andre spørgsmål, der opstår i denne sammenhæng vil blive udforsket og besvaret i nærværende afhandling, men først er det nødvendigt med en begrebsmæssig præcisering af, hvad en fuldstændighedsklausul indeholder, og hvordan den skal forstås ud fra parternes hensigt.

### ***Fuldstændighedsklausulens definition***

Der er mange udtryk for fuldstændighedsklausulen, der dækker over samme begreb, men der er samtidig mange og store forskelle mellem indholdet i disse klausuler. Da der er tale om en klausul, der indskrænker rettigheder, man ellers vil have, vil der være et naturligt krav om at klausulen skal formuleres klart og præcist således, at begge parter ved hvad de går ind til, og at domstolene uden videre kan lade fuldstændighedsklausulen få den tiltænkte effekt. Formuleringen af klausulen er også vigtig, fordi der ikke er tale om en generel klausul, der har samme betydning uanset hvilken kontrakt, den skrives ind i. Der kan være forskel på, hvad parterne ønsker konsekvensen af klausulen skal være. Generelt er der tale om, at parterne ønsker at udelukke visse tidligere eller efterfølgende dele af deres forhold fra kontraktfortolkningen. I praksis vil der dog være stor forskel på, om de ønsker at udelukke fx mundtlige forhandlinger, skriftlige forhandlinger, anden korrespondance i forbindelse med forhandlingen, tidligere direkte eller indirekte tilbud eller efterfølgende mundtlige aftaler. Fuldstændighedsklausuler har således til formål at begrænse anvendelse af visse former for aftaler i tilfælde af tvister.

Wikipedia har følgende definition:

*“In contract law, an integration clause, or merger clause (sometimes, particularly in the United Kingdom, referred to as an entire agreement clause) is a term in the language of the contract that declares it to be the complete and final agreement between the parties. The existence of such a term is conclusive proof that no varied or additional conditions exist with respect to the performance of the contract beyond those that are in the writing. A contract that has such a clause is deemed an integrated contract, and any previous negotiations in which the parties to the contract had considered different terms will be deemed superseded by the final writing. Sometimes is also known as "Entire Agreement" Clause, and, in its case, it is usually drafted at the end of the contract”<sup>9</sup>.*

Denne definition virker til at lægge vægt på, at den skriftlige aftale, der indeholder fuldstændighedsklausulen, er en integreret kontrakt, der har medtaget den del af forhandlingerne, tidligere kontrakter og lignende materiale, som parterne har ønsket skal have retlig virkning i deres indbyrdes forhold. Det virker dog umiddelbart som en lidt rosenrød definition, idet den antager, at parterne positivt udvælger de vigtige dele af forhandlingsmaterialet og mundtlige aftaler, og at parterne således er fuldstændig klar over, hvad de afskærer sig fra. Dette kan og vil dog langt fra være tilfældet i de fleste situationer. Forhandlinger og aftaleindgåelse mellem især større firmaer er en lang og hård proces, og der vil i størstedelen af tilfældene være huller i kontrakten og forskelle i kontraktens indhold og forståelsen heraf inter partes. Fx kan det tænkes, at en part tror at kontrakten indeholder visse betingelser, som den anden part er gået med til, men det viser sig at kontrakten er tvetydig, og den anden part har skiftet mening, da den modsatte forståelse af kontrakten vil komme ham til gode. I dette tilfælde vil en fuldstændighedsklausul betyde, at den første part er afskåret fra at føre bevis for den oprindelige aftale, også selvom om denne skulle have den anden parts skriftlige tilkendegivelse af den oprindelige mening. Her vil i princippet alene kontraktens ordlyd være afgørende for, hvordan domstolene vil løse tvisten. Det har ikke nødvendigvis været

---

<sup>9</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Integration\\_clause](http://en.wikipedia.org/wiki/Integration_clause)

Wikipedias mening at give definitionen en så positiv vinkel, men det er under alle omstændigheder vigtigt for den videre diskussion at have for øje, at der er fordele og ulemper ved anvendelsen af klausulen. I kraft af at denne kan formuleres og forstås på mange måder, er det ligeledes vigtigt at vide, at parter, der overvejer at bruge denne klausul, kan have fuldstændig forskellig baggrund for anvendelse og forståelse af klausulen. Dictionary.com har en hel del kortere definition af en ”merger clause” og ”integration clause” (de har samme definition af begge navne), der lyder:

*“a clause in a contract stating that the contract is a complete statement of the agreement and supersedes any prior terms, representations, or agreements whether made orally or in writing”<sup>10</sup>.*

Denne definition må siges at være fri for underliggende antagelser om, hvordan klausulen vedtages, hvilket gør den meget mere kort og klar end Wikipedias definition. Det antages heller ikke at parterne selv udvælger hvilket forhandlingsmateriale og mundtlige aftaler, der er en del af den endelige aftale. Det antages, at det kun er den endelige kontrakt, der er gældende mellem parterne, da denne erstatter alt tidligere korrespondance. Denne definition må siges at være mere præcis i forhold til, hvad en fuldstændighedsklausul indebærer end Wikipedias definition. En kort definition af begrebet er med til at skabe en forståelse for, hvad begrebet faktisk betyder. Det er ikke en fordel at have en definition, som den Wikipedia har, hvis ingen forstår, hvad denne definition betyder. Bo von Eyben har valgt at bruge udtrykket “integration clause” og definerer denne meget lig dictionary.com som:

*”Vilkår i skriftlig kontrakt, hvorefter denne udgør det fuldstændige og endelige udtryk for aftalens indhold, således at forudgående eller efterfølgende, mundtlige eller skriftlige tilkendegivelser frakendes betydning.”<sup>11</sup>.*

Også denne danske definition må siges at være kort og koncis uden underliggende antagelser om, under hvilke forhold klausulen vedtages. Et argument for at holde definitionen kort og åben er at praksis viser en stor forskel på, hvorledes klausulen formuleres og som nævnt hvilket indhold den har. Dette betyder, at definitionen af

---

<sup>10</sup> <http://dictionary.reference.com/browse/merger+clause>

<sup>11</sup> Bo von Eyben. Juridisk Ordbog, side 179

klausulen er nødt til at tage højde for disse forskelle. Man kan dog argumentere for at der skulle have stået, at ”forudgående eller efterfølgende, mundtlige eller skriftlige tilkendegivelser kunne frakendes betydning”, idet formuleringen i hvert konkret tilfælde afgør, hvad der bør frakendes betydning. Man kan således forestille sig, at parterne ofte kun ønsker at afskære tidligere mundtlige og skriftlige aftaler samt efterfølgende mundtlige aftaler. Parterne vil med al sandsynlighed sjældent ønske at afskære muligheden for at modificere aftalen skriftligt efterfølgende, såfremt der opstår situationer, der ikke var forudset ved aftalens indgåelse. Man kunne dog forestille sig en situation, hvor parterne vitterligt ikke ønsker at kunne modificere aftalen, men i tilfælde af en uforudset situation, ville være tvunget til at lave en helt ny aftale. Det vil imidlertid sandsynligvis være sjældnere at se i praksis. Samtidig er definitionen i juridisk ordbog ikke helt så åben som vi vil mene er nødvendigt, idet den henviser til ”forudgående eller efterfølgende, mundtlige eller skriftlige tilkendegivelser” som om dette er udtømmende muligheder. Det kommer selvfølgelig an på, hvordan man ser på ordet tilkendegivelser, om dette kan indeholde alt, der er relevant i forhold til parternes ønsker. Man kan diskutere om fx leverandørtilbud og reklamer kan anses som tilkendegivelser. Disse vil ofte være i parternes interesse at afskære. Uanset om man rent teknisk vil lade disse falde under udtrykket tilkendegivelser, synes vi at definitionen på dette punkt har brug for at være mere åben. Som verden udvikler sig finder virksomheder på ufattelig mange måder at markedsføre sig og man kan således hurtigt forestille sig, at det bliver nødvendigt med en bredere definition, der kan tage højde for flere situationer. Vores bud på en definition af fuldstændighedsklausulen vil derfor være:

*Et vilkår i en skriftlig kontrakt, hvorefter denne udgør det fuldstændige og endelige udtryk for aftalens indhold, således at primært forudgående eller efterfølgende, mundtlige eller skriftlige tilkendegivelser kan frakendes betydning.*

### ***Fuldstændighedsklausulens indhold og eksempler***

For bedre at kunne diskutere indholdet af fuldstændighedsklausuler giver vi nogle eksempler fra teori og praksis til at illustrere nogle af de problemer, der opstår, når virksomheder vælger at anvende disse samt for at diskutere, hvilke forhold, der har

betydning for, hvordan en fuldstændighedsklausul bør formuleres. Følgende er nogle eksempler på fuldstændighedsklausuler. Vi vil først knytte enkelte bemærkninger til hvert eksempel for herefter at diskutere fuldstændighedsklausulernes generelle udformning.

#### Eksempel A - Fra K01

*Bestemmelser i udbudsmaterialet, i leverandørens tilbud, i forudgående korrespondance eller lignende, der ikke er gentaget i denne kontrakt, kan ikke efterfølgende påberåbes som fortolkningsgrundlag.*

Umiddelbart henviser denne fuldstændighedsklausul til meget specifikt materiale, der ikke ønskes medtaget ved eventuelle tvister når kontrakten skal fortolkes. Listen af materialetyper, der nævnes er dog ikke udtømmende i henhold til formuleringen: "...eller lignende". Der kunne derfor godt opstå tvivl om hvad der udover de nævnte muligheder yderligere skal udelukkes fra bevisførelse. Man kunne samtidig blive i tvivl om hvad der menes med ordet bestemmelser. Betyder det, at korrespondance, udbudsmateriale og lignende ikke nødvendigvis er fuldstændig udelukket fra bevisførelse, men derimod kun formuleringer, der kan anses for værende bestemmelser? Svaret må blandt andet afhænge af, hvorvidt parterne på anden måde i kontrakten har redegjort for, hvad meningen med klausulen var ved tidspunktet for kontraktens indgåelse. Det kunne fx gøres ved at indsætte en hensigtserklæring i en præambel til kontrakten, der redegør for parternes vilje og formålet med kontrakten. Denne mulighed diskuteres videre efter gennemgangen af eksemplerne i afsnittet om fuldstændighedsklausulens formulering. Det er dog klart efter denne klausul, at udelukkelsen af materialet alene har betydning ved fortolkningstvivil, og således ikke har betydning for anvendelse af baggrundsretten, så længe der skal udfyldes huller i kontrakten. Ud over K01 er der også udarbejdet en standardkontrakt for længerevarende IT projekter kaldet K02. Denne indeholder også en fuldstændighedsklausul, der dog er en del længere end den i K01. Af K02 fremgår det, at viden om ydelser, der skal leveres under kontrakten som er erfaret i et tidligere samarbejde, ikke er fortolkningsbidrag, men at parterne er forpligtet til at afklare tvivl, der kan opstå på grundlag af en sådan viden. Det konstateres, at hvis eventuelle bilag indeholder punkter, der strider mod kontraktens bestemmelser, tillægges bestemmelserne i

bilagene ikke retsvirkning. Det fremgår også, at hvis der er modstrid mellem kundens krav og leverandørens kravsbesvarelse, har kundens krav forrang. Den største forskel mellem K01 og K02 er, at det fremgår af K02 hvilke bestemmelser og krav, der har forrang ved tvivlsspørgsmål. I K02 har forfatterne således valgt at lave en meget lang fuldstændighedsklausul. Men det er vigtigt at pointere, at den ikke er en lang formulering af en fuldstændighedsklausul, som det fx vil fremgå af eksempel C, men derimod nærmere en udspecificering af fuldstændighedsklausulen. Man kan diskutere, om uddybningen skal ses som en udtømmende opstilling af de tilfælde, hvor fuldstændighedsklausulen kan bruges. Det har næppe været meningen, hvis man ser på starten af andet afsnits formulering: ”Tilsvarende gælder...”. Men det er dog en risiko, man bør være opmærksom på og gøre klart, hvis man ønsker at anvende denne form for fuldstændighedsklausul. Derudover er det med al sandsynlighed meget omkostningsfuldt, hvis en virksomhed vil ønske at følge dette eksempel i en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul, da det vil tage tid og samtidig koste en del at indsætte så lang en fuldstændighedsklausul. Men det kan være en måde at øge sandsynligheden for at de danske domstole vil lade fuldstændighedsklausulen gælde.

#### Eksempel B - Fra expertlaw.com

*“This agreement and the exhibits attached hereto contain the entire agreement of the parties with respect to the subject matter of this Agreement, and supersede all prior negotiations, agreements and understandings with respect thereto. This Agreement may only be amended by a written document duly executed by all parties.”<sup>12</sup>*

I dette eksempel har parterne først konstateret, at aftalen udgør den fuldstændige regulering mellem parterne. Dette er vigtigt for den efterfølgende formulering, hvori der tilkendegives at aftalen erstatter eller fortrænger (supersede) alle tidligere forhandlinger og lignende. Dette kunne uden den første konstatering godt betyde, at hvis parterne havde forhandlet om en potentiel tvist, men ikke havde medtaget denne forhandling i aftalen, så ville der opstå tvivl om, hvorvidt denne forhandling kunne medtages i bevisførelsen. Men i og med at parterne har gjort klart fra start, at kontrakten udgør den fuldstændige aftale og dermed gjort deres hensigt med

---

<sup>12</sup> [http://www.expertlaw.com/library/business/contract\\_clauses.html](http://www.expertlaw.com/library/business/contract_clauses.html)

klausulen klar, må det betyde at al forhandling og lignende, der kan antages at falde inde for rammen af ”...negotiations, agreements and understandings...”, vil blive udelukket. Klausulen åbner samtidig mulighed for senere ændringer til kontrakten, så længe de er skriftlige og ”behørigt fuldbyrdet” (vores oversættelse), men hvad betyder behørigt fuldbyrdet? Man kunne forestille sig, at der almindeligvis vil være tale om, at parterne underskriver kontraktstillægget og dermed fuldbyrder det, men det kan dog diskuteres, idet der er valgt en lidt mere diffus formulering af kravet. Man kunne forestille sig at alene argumentet om at parterne kunne have skrevet, at kontraktstillægget skulle underskrives for at få virkning men undlod det, taler i høj grad for at åbne mulighed for at efterfølgende tillæg til kontrakten kan få virkning uden at parterne nødvendigvis har underskrevet tillægget. Hvorvidt efterfølgende aftaler er behørigt fuldbyrdet må således komme an på, hvad der er almindelig praksis mellem parterne i sagen og mellem parter generelt inden for samme branche.

Eksempel C - From Wikipedia:

*“This Agreement, along with any exhibits, appendices, addendums, schedules, and amendments hereto, encompasses the entire agreement of the parties, and supersedes all previous understandings and agreements between the Parties, whether oral or written. The parties hereby acknowledge and represent, by affixing their hands and seals hereto, that said parties have not relied on any representation, assertion, guarantee, warranty, collateral contract or other assurance, except those set out in this Agreement, made by or on behalf of any other party or any other person or entity whatsoever, prior to the execution of this Agreement. The parties hereby waive all rights and remedies, at law or in equity, arising or which may arise as the result of a party’s reliance on such representation, assertion, guarantee, warranty, collateral contract or other assurance, provided that nothing herein contained shall be construed as a restriction or limitation of said party’s right to remedies associated with the gross negligence,*

*willful misconduct or fraud of any person or party taking place prior to, or contemporaneously with, the execution of this Agreement.*”<sup>13</sup>

Set med danske juridiske øjne virker denne klausul fuldstændig uoverskuelig lang. Den skal naturligvis ses i sammenhæng med den engelske og amerikanske tradition for lange kontrakter der især præger common law lande, som tidligere forklaret i afsnittet om fuldstændighedsklausulens baggrund. Længden af disse kontrakter bør dog stadig være begrundet i det ekstra behov for klarhed i kontrakten på grund af manglende baggrundsret. Det vil derfor være mere naturligt at længden af kontrakten begrundes med flere bestemmelser som i blandt andet dansk ret er udeladt, fordi de allerede findes i baggrundsretten. Der er derfor umiddelbart ikke noget behov for at fuldstændighedsklausulens primære indhold som i dette eksempel bliver gemt bag høje lixtal og umiddelbar uforståelig sammensætning af ord. Fx virker den anden sætning fuldstændig overflødig i lyset af den første sætning. Den første siger, at kontrakten udgør den fuldstændige aftale mellem parterne og den anden sætning siger, at parterne ikke kan finde støtte i andet tidligere materiale, der ikke er medtaget i kontrakten. Herefter starter den tredje sætning med igen at fastslå, at parterne giver afkald på alle rettigheder, der ellers ville være givet i det tidligere materiale. Dog indsættes lige beføjelser i så fald, der forekommer grov uagtsomhed, forsæt eller svig før eller samtidig med at kontrakten underskrives. Så alt i alt står der, på trods af en betydelig længere formulering end de øvrige eksempler, ikke noget væsentlig anderledes i den lange og indviklede klausul. Det burde således overvejes, hvori fordelene ligger ved at anvende denne formulering før man bruger den. Især med tanke på, at kontrakter indgås mellem virksomheder. De har muligvis hyret advokater til at lave kontrakten, hvilket kunne forklare det høje lixtal, der, hvis det ikke er højere, er på højde med det gennemsnitlige lixtal i lovtekster. Men klausulen skal stadig anvendes efterfølgende i kontrakten, og det virker således helt forkert ikke at formulere kontrakten på en måde, der gør den brugbar for andre end juristen i virksomheden. Uanset hvem man mener, der skal kunne læse kontrakten, skal der stadig være en god grund til længden af klausulen. Så selv om man ønsker at anvende de høje lixtal og tale jura sprog, ændrer det ikke ved det faktum, at

---

<sup>13</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Integration\\_clause](http://en.wikipedia.org/wiki/Integration_clause)

halvdelen af teksten kunne fjernes uden at ændre de forpligtelser og beføjelser, der afstedkommer fra fuldstændighedsklausulen. Det vil derfor være anbefalelsesværdigt at ændre teksten, således at man uddyber hvad konsekvensen af klausulen bør være. Man kunne som i eksempel A nævne, hvornår klausulen vil få indflydelse eller som i eksempel B sætte regler for, hvordan kontrakten kan ændres. Der vil også være en sandsynlighed for at den anden part kunne beskyldte den første part for med vilje med forvirre ved at anvende en meget lang og indviklet fuldstændighedsklausul, således at kontrakten både bliver meget lang og mere kompliceret end nødvendigt. At anvende en meget lang og uforståelig klausul kan fra starten være med til at komplicere forholdet mellem parterne, hvis det er nødvendigt at bruge tid og kraft på at forstå klausulens betydning og derved have mindre tid til resten af kontraktens bestemmelser. At anvende lange klausuler som er uforståelige vil ofte ikke være den bedste måde at få opbygget et godt samarbejde mellem parterne.

#### Eksempel D - Fra Sjöman

*”Dette avtal utgör parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör. Alla muntliga eller skriftliga åtaganden eller utfästelser som föregått avtalet ersätts härav.”<sup>14</sup>*

Denne klausul indeholder som de to foregående eksempler en konstatering af, at den foreliggende kontrakt alene regulerer forholdet mellem parterne. Til forskel for de andre eksempler lægger dette eksempel dog efterfølgende vægt på, at det er tidligere afgivne forpligtelser og løfter, der erstattes af aftalen. Spørgsmålet bliver så, om det var parternes vilje at intet tidligere materiale medtages ved senere tvister, eller alene materiale der tilkendegiver forpligtelser og løfter. Man kunne forestille sig en situation, hvor tidligere forhandlingsmateriale ikke kan betegnes som løfter eller forpligtelser, men dog stadig kan have betydning for, hvad parternes vilje var på tidspunktet for aftalens indgåelse. I så fald kan der opstå tvivl om, hvor langt parterne har ønsket konsekvensen af fuldstændighedsklausulen skulle gå.

---

<sup>14</sup> Erik Sjöman. Integrationsklausuler och dispositiv rätt, side 935

### ***Fuldstændighedsklausulens formulering***

Længden på fuldstændighedsklausulen, som i eksempel C, skal blandt andet som nævnt ses i sammenhæng med common law traditionen, der giver meget lange kontrakter. Men som nævnt i vores bemærkninger til fuldstændighedsklausulen giver det ikke mening at lave lange klausuler for længdens skyld. Det bedste må nødvendigvis være at lave klausulen så kort men klar som muligt. Der er tale om en svær balancegang. Klausulen skal være så lang at domstolene nemt kan lade den gælde i det omfang parterne har ønsket det ved aftalens indgåelse, men kort nok, så den er forståelig og anvendelig for parterne. Bliver den for kort, kan der opstå tvivl om i hvilket omfang, fuldstændighedsklausulen skal finde anvendelse, men bliver den for lang og indviklet, kan den give anledning til tvivl hos parterne om, hvilken betydning klausulen har samt kræve en del omkostninger til kontraheringen. Længden af fuldstændighedsklausulen og kontrakten afhænger som nævnt også af hvilken retskultur, der præger parternes baggrund for valg af kontrakttype. I naturlig sammenhæng hermed bør man også overveje, hvilket sprog klausulen er skrevet på, herunder primært om det er begge parters modersmål. I tilfælde af, at sproget er fremmed eller sekundært for mindst den ene part, må der tages hensyn til dette ved formuleringen af fuldstændighedsklausulen. Der kan i det tilfælde være stor forskel på, hvordan fuldstændighedsklausulen med rimelighed forstås af hver part. Det samme vil være tilfældet, hvis man vælger at formuleringen skrives i ”juristsprog”, det vil sige, et sprog der er så indviklet, at det antages at det kun fuldstændigt kan læses og forstås af en jurist.

Som det ses i de oplistede eksempler kan der være stor forskel på, hvordan fuldstændighedsklausulen formuleres, og hvad der er lagt vægt på. Dette kan blandt andet begrundes i, at der kan være stor forskel på, hvad parterne ønsker at opnå ved indsættelse af klausulen i kontrakten. Dette behøver ikke nødvendigvis at være en forskel mellem de parter, der indgår en specifik kontrakt. Der kan også være forskel i de generelle behov, der er for fuldstændighedsklausuler i kontrakter inden for en bestemt branche eller varegruppe. I eksempel A er der fx tale om kontrakter for kortvarige IT projekter, der kunne præges af behovet for at udelukke udbudsmateriale. Det kunne også være, at en anden branche lagde fokus på, at

alene mundtlige forhandlinger skal udelukkes. Det er således klart, at det er nødvendigt ikke at fastholde en enkelt formulering af en fuldstændighedsklausul, men derimod åbne mulighed for at disse kan formuleres ud fra de specifikke behov parterne måtte have. Dette betyder dog også omvendt, at det er vigtigt, at parterne sætter fokus på at få formuleret fuldstændighedsklausulen helt klart. Hvis der opstår tvivl om klausulen og denne ikke har én gængs betydning generelt, så må det antages at domstolene vil tolke dette efter minimumsreglen, således at den mindst byrdefulde forståelse af klausulen vil finde anvendelse såfremt der ikke er andet i aftalen, der taler for en anden fortolkning. Af K02 fremgår det, at hvis der er uenighed omkring fortolkningen af en bestemmelse, der er medtaget i både kontrakten og et bilag, skal der fortolkes i overensstemmelse med kontraktens indhold og ikke bilaget. Dette viser, at når virksomhederne vælger at indsætte en fuldstændighedsklausul i deres kontrakter, er det vigtigt, at formulere den så klart, at den kan forstås af domstolene til at have det omfang, som parterne ønskede ved kontraheringen.

En måde hvorpå parterne til en vis grad kan sikre sig, at fuldstændighedsklausulen anvendes af domstolene i overensstemmelse med parternes hensigt ved aftalens start er ved at indskrive en hensigtserklæring om fuldstændighedsklausulen i kontraktens præambel. Dette behøver ikke at være en langtrukket erklæring, der indeholder hver detalje, der diskuteres ved forhandlingen, men blot kort og klart nævne baggrunden for medtagelsen af klausulen. Beslutningen om at medtage en hensigtserklæring om fuldstændighedsklausulen bør dog begrundes ud fra muligheden for at gøre selve klausulen så kort og klar som mulig i kontrakten, og samtidig bør erklæringen kun medtages, såfremt den har den effekt, at parternes vilje tydeligt fremhæves. Det giver ingen mening at medtage erklæringen i præambelen, hvis den ikke vil have indflydelse på domstolenes vurdering af klausulens rækkevidde ved en eventuel tvist. Det problem, der opstår omkring hvor stor effekt en fuldstændighedsklausul vil have i tilfælde af domstolenes udfyldning af huller i kontrakten, kunne i nogen grad løses ved at parterne nævner i præambelen hvilken, om nogen, betydning klausulen har i tilfælde af, at der skal ske udfyldning af kontrakten. Denne problemstilling omkring fortolkning og udfyldning diskuteres yderligere senere i kapitlet.

Uanset om man vælger at have en hensigtserklæring med i kontraktens præambel vil fuldstændighedsklausulen medføre et øget behov for at udvide kontrakten i visse situationer. Længden af kontrakten må afhænge af, i hvor høj grad parterne har behov for at afvige fra deklatorisk baggrundsret. Længden af kontrakten påvirkes af, om der er tale om, som i fx K02, et længerevarende IT projekt eller der er tale om et kortvarigt gode. Hvis parterne ikke ønsker at afvige væsentligt fra baggrundsretten, kan de medtage en klausul om lovvalg og lade udfyldningen af kontrakten være fuldstændig op til domstolene i tilfælde af en tvist. Hvis parterne derimod har behov for at lave en helt speciel kontrakt, der tilgodeser en særlig situation og i høj grad afviger fra baggrundsretten bliver kontrakten en hel del længere som naturlig følge af parternes behov. Hvis parterne i denne situation vælger yderligere at tilføje en fuldstændighedsklausul til kontrakten, kan det resultere i et igen øget behov for en præcis kontrakt, der nødvendigvis må blive længere. Det vil sige, at hvis parterne ønsker at sikre sig, at domstolene har høj sandsynlighed for at læse parternes vilje helt og fuldstændigt ud af kontrakten, er parterne nødsaget til at lægge flere kræfter i en præcis formulering af kontrakten og således øge omkostningerne til koncipering af kontrakten. Vi vil komme mere ind på denne problemstilling i det integrerede kapitel.

### **Standardklausul eller individuelt forhandlet klausul**

Der indgås mange kontrakter både inden for og på tværs af landegrænserne, hvilket har den konsekvens, at mange virksomheder for at få flest mulige kontrakter gennemført på kort tid ofte anvender standardkontrakter. Disse standardkontrakter kan lige som individuelle kontrakter også indeholde en fuldstændighedsklausul og derved opstår spørgsmålet, om de er lige så bindende som den klausul, der er individuelt forhandlet. Der må efter sagens natur gælde, at en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul i en kontrakt vil have forrang for en standardklausul så vidt der er tale om, at der i kontrakten er en af hver form for fuldstændighedsklausul. En individuelt forhandlet klausul vil således have større effekt end en standardklausul, hvilket også må betyde, at såfremt der i kontrakten alene er aftalt en fuldstændighedsklausul i form af en standardklausul, vil det medføre at der er en formodning for, at fuldstændighedsklausulen skal have retsvirkning mellem parterne. En sådan standard fuldstændighedsklausul vil dog samtidig betyde, at

domstolene vil være hurtigere til at tilsidesætte klausulen, såfremt andre hensyn taler for dette. Hvis klausulen derimod er individuelt forhandlet, vil domstolene sandsynligvis være mere tilbageholdende med blot at tilsidesætte fuldstændighedsklausulen. Brugen af standardkontrakter kan også føre til, at der findes to forskellige standardfuldstændighedsklausuler, hvis begge parter har indskrevet en i deres standardkontrakt og disse begge anvendes. Hvis formuleringen af disse klausuler ikke er væsentlig ens kan der opstå problemer med at afgøre hvilken, om nogen, kan gøres gældende. Dette taler også for at der alene er formodning for at disse er bindende.

Det er samtidig nødvendigt at vurdere, hvornår en fuldstændighedsklausul eller bestemmelser generelt er individuelt forhandlet. Hvis den ene part fx har påtaget sig at skrive kontrakten efter forhandlingerne, skal det så ses som en ensidigt formuleret kontrakt? Hvornår en bestemmelse anses som værende individuelt forhandlet, må afgøres ud fra de konkrete omstændigheder i tvivlstilfælde, så vi vil ikke komme nærmere end på denne diskussion, bortset fra at nævne følgende problemstilling, der skaber en vis form for paradoks. Hvis domstolene skal afgøre, hvorvidt en fuldstændighedsklausul er individuelt forhandlet, og det antages her at domstolene skal afgøre dette fordi parterne er uenige, må domstolene nødvendigvis afgøre dette ud fra det forhandlingsmateriale som parterne kan fremskaffe, men parterne har jo i mere eller mindre grad søgt at eliminere brugen af dette materiale ved at medtage klausulen uanset hvordan den er blevet aftalt. Men logik og sund fornuft må anvendes og medføre at fuldstændighedsklausulen alene har virkning for alle kontraktens bestemmelser undtagen fuldstændighedsklausulen selv.

### **Anvendelse af § 36 i erhvervsforhold**

Når der er tale om to virksomheder, der indgår et kontraktforhold er udgangspunktet at parterne er lige. Dette synspunkt er i visse tilfælde ikke rigtigt, da der kan være tale om kontraktindgåelse mellem to erhvervsdrivende, der ikke kan betegnes som ligestillede. Ved anvendelse af en fuldstændighedsklausul, hvor der er stor forskel på parterne, fx ved forhandlerkontrakter og ansættelseskontrakter, skal opmærksomheden være på, at det er muligt for domstolene at anvende aftalelovens § 36, der kan anvendes til at tilsidesætte hele eller dele af kontrakten. Aftalelovens § 36 kan ikke anvendes i den situation, hvor parterne kunne have

forhandlet sig frem til en bedre fuldstændighedsklausul. Kun i det tilfælde, hvor fuldstændighedsklausulen kan betegnes som urimelig. Aftalelovens § 36 er ikke en ventil som parterne kan anvende, når de synes der er tale om urimelighed, og bestemmelsen kan ikke anvendes i de tilfælde, hvor de erhvervsdrivende er ligestillende. Dette vil være op til domstolene at afgøre. Domstolene er i tidligere sager kommet frem til at aftalelovens § 36 kunne tilsidesætte urimelige kontraktvilkår mellem to erhvervsdrivende. I sagerne U 1988.1036H og U 1988.1042H kom højesteret frem til, at det var muligt at tilsidesætte fyringsolieforhandlerkontrakter, der ellers var underlagt 25-års uopsigelighed, blandt andet fordi der var tale om forhandlere, der ikke kunne ses som ligestillede med en stor virksomhed som Uno-X, som de havde indgået visse kontrakter med. Højesteret mente, at der var så stor ubalance mellem parterne, at der var grundlag for at tilsidesætte disse vilkår som urimelige efter aftalelovens § 36. En fuldstændighedsklausul kunne være et vilkår, hvor domstolene nok ofte vil anse det for et urimeligt vilkår, hvis der ikke er tale om en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul. Især i tilfælde som de nævnte sager, hvor det vil være umuligt for den svage part at påvirke kontraktvilkår i den stærke virksomheds standardkontrakt. Dette skal ikke forstås sådan at det altid er muligt at tilsidesætte en fuldstændighedsklausul bare fordi der er stor forskel på de parter, der indgår kontrakten. Er der tale om en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul, vil parternes størrelse og forhandlingsstyrke spille en stor rolle for om klausulen kan findes urimelig efter aftalelovens § 36. Det skal på ingen måde være muligt for den ene part at få det til at se ud som om klausulen er individuelt forhandlet, hvis dette ikke er tilfældet. Det vil altid være op til domstolene at afgøre om aftalelovens § 36 finder anvendelse på en fuldstændighedsklausul, ud fra en vurdering af om parterne kan betegnes som ligestillede eller ej, og da der på nuværende tidspunkt ikke har været sager om disse klausuler, vil der være stor usikkerhed omkring anvendelse af aftalelovens § 36.

## **Fortolkning og udfyldning**

I dette afsnit vil vi komme ind på de forskellige fortolkningsregler, der anvendes ved de danske domstole. Dette har vi taget med fordi de fortolkningsregler, der er i dansk ret, udspringer af civil law og begrebet fuldstændighedsklausul er fra common law, og derfor spiller disse fortolkningsregler en stor rolle, når klausulerne

skal fortolkes. Fortolkningsreglerne har også indflydelse på, hvordan og hvornår parterne vil anvende en fuldstændighedsklausul i deres kontrakter, ikke mindst hvis kontrakten skal udfyldes og ikke fortolkes. Vi mener, at virksomhederne derfor er nødsaget til at have et vist kendskab til de fortolkningsregler, der anvendes ved de danske domstole, især hvis de anvender et begreb fra en anden retskultur. Dernæst vil vi komme ind på forholdet mellem anvendelse af en fuldstændighedsklausul og baggrundsretten. Herefter vil vi analysere, hvordan anvendelse af en fuldstændighedsklausul vil påvirke domstolenes fortolkningsvirksomhed. Der vil blive henvist til udenlandske domme for at finde frem til, hvordan en fuldstændighedsklausul er blevet fortolket. Vi vil yderligere komme ind på fortolkningsreglerne i CISG og PECL. Til sidst vil vi analysere, hvilken betydning en fuldstændighedsklausul vil have, når der er tale om udfyldning og ikke fortolkning af en kontrakt.

### ***Fortolkning i dansk ret.***

I Danmark har vi aftalefrihed, hvilket betyder at alle myndige personer og juridiske retssubjekter kan indgå de aftaler, som de ønsker. Dette betyder, at der hver dag bliver indgået mange forskellige aftaler. Domstolene har således brug for at kunne forstå og fortolke kontrakten, hvis der skulle opstå uoverensstemmelser mellem parterne. At der bliver indgået mange forskellige kontrakter med både national og international karakter gør, at der er brug for forskellige fortolkningsmetoder og regler, der er i stand til at finde det rimeligste resultat, når der opstår tvister ved domstolene. Fortolkningsregler i dansk ret findes primært i retspraksis og i den juridiske teori. Der findes få fortolkningsregler i speciallovgivning for visse områder, men de vil ikke være relevante at komme ind på i denne sammenhæng. Henry Ussing betegner fortolkning som "*en kunst som kun læres fuldt ud i praksis*". Dette betyder, at fortolkning ofte er svært og kompliceret samt at domstolene ofte er nødt til at se på tidligere domme og anvende obligationsretlige grundprincipper for at finde frem til det rette resultat. For at gøre kontrakten mere klar, er det fx en mulighed at indsætte overskrifter i kontrakten for at det bliver mere overskueligt.

*"Imidlertid medfører brugen af overskrifter, at man i tilfælde af senere konflikt mellem parterne må overveje, om overskrifterne blot skal*

*forstås som en praktisk vejviser i kontrakten eller som et egentligt fortolkningsbidrag”<sup>15</sup>.*

Dette kan få betydning for udfaldet af tvisten og det er derfor vigtigt, at det gøres klart hvad der er tale om. I K01 har man brugt overskrifter og det kan derfor være af betydning, hvordan dette bliver opfattet af parterne men også af domstolene. For at der ikke skal opstå fortolkningsmæssig uklarhed, kan man skrive, at de overskrifter der bliver brugt i kontrakten ikke er andet end en vejledning til læserne af kontrakten og ikke et egentligt fortolkningsbidrag. Kontraktfortolkning skal ses som fortolkning af den enkelte kontrakt, og der kan derfor være stor forskel på, hvordan kontrakter bliver fortolket. Grænsen mellem fortolkning og udfyldning er ofte meget flydende, da domstolene ofte vil se på begge for at komme frem til det optimale resultat. Selv om man fortolker kontrakten vil domstolene i en vis grad lade sig inspirere af baggrundsretten når de skal fortolke en kontrakt, hvor meningen ikke fremgår klart og tydeligt<sup>16</sup>. Ved udfyldning forstås, at domstolene fylder de huller, der måtte være i kontrakten, ud med de generelle regler, der er gældende på det retsområde som kontrakten falder inden for. Vi vil komme ind på problemerne med udfyldning i forhold til en aftalt fuldstændighedsklausul senere i kapitlet. Der vil i det følgende blive gennemgået de mest almindelige fortolkningsmetoder, der er relevante for denne opgave.

*”Den retlige betydning af en kontrakt beror i første række på parternes erklæringer eller et fælles kontraktokument og dernæst på en udfyldning på grundlag af almindelige retsregler om de spørgsmål, som parterne ikke har taget stilling til, alt inden for de grænser for kontraktfriheden, som de præceptive regler sætter”<sup>17</sup>.*

Dette betyder, at den bedste løsning vil være hvis domstolene har mulighed for at udlede parternes fælles vilje på tidspunktet for kontraktindgåelsen, herunder med hjælp af forskellige fortolkningsregler. Fortolkningsregler er regler som domstolene kan falde tilbage på, når der ikke kan opnås enighed mellem parterne ud fra det, der er nedskrevet i kontrakten. Meningen med disse regler er, at

---

<sup>15</sup> Bjørn Saltorp og Erik Werlauff. Kontrakter, side 35.

<sup>16</sup> Mads Bryde Andersen. Grundlæggende aftaleret, side 334.

<sup>17</sup> Bernhard Gomard. Almindelig kontraktsret, side 262.

domstolene skal være i stand til ved fortolkning af kontrakten, at kunne finde frem til parternes vilje.

### Parternes vilje

Det er mest naturligt, at man først ser på hvad der er parternes fælles interesse før der er grund til at anvende de juridiske fortolkningsredskaber. Denne metode kan begrundes med, at det er mest rimeligt, at det er parternes interesser, der kommer i første række, da det er dem, der har indgået kontrakten. I Danmark har det længe været sådan, at man ved fortolkning af kontrakter ser på, hvad parternes hensigt var ved aftalens indgåelse og på denne måde finde frem til, hvad der er rimeligt ved fortolkning. Kan man ud fra kontraktens indhold ikke finde parternes fælles forståelse af kontraktens ord, går man ud fra ved den videre fortolkning at ordene skal fortolkes efter almindelig sprogbrug. Der kan være situationer hvor parterne er klar over at de ikke har samme opfattelse, men det vil kræve for mange ressourcer at forhandle videre om dette, og derfor vælger parterne ikke at præcisere kontrakten yderligere. Når domstolene skal forsøge at finde frem til parternes fælles vilje, vil dette bero på kontrakten, og på hvad parterne fremfører af beviser. Disse beviser kan være andet end selve kontrakten, da det praktisk talt er umuligt at få alle parternes forhandlinger og opfattelser skrevet ind i kontrakten. Det kan fx være en salgsannonce som understøtter ens argumenter. Ved fortolkning af en kontrakt vil det indbyrdes forhandlingsforhold ofte komme til at spille en rolle. Er der tale om to forholdsvis lige stærke parter eller er der stor forskel i deres forhandlingsstyrke? Dette kan medføre, at den stærke part prøver på at få sin vilje igennem ved fortolkning af kontrakten. Den forhandlingsstærke part kan presse den anden part så fortolkningen falder ud til den stærkes fordel. For at forsøge at finde frem til parternes fælles vilje, kan det være en stor hjælp at se hvad formålet er med kontrakten og under hvilke omstændigheder den er fremkommet. Er der tale om to parter, der er tidligere forretningsforbindelser kan der være opstået praksis mellem parterne, hvilket der skal tages hensyn til ved fortolkning af den opstående tvist. Har parterne anvendt en fuldstændighedsklausul er det vigtigt, at man kan læse parternes reelle hensigt ud fra kontrakten, da der ellers er stor risiko får at klausulen ikke for den fulde virkning.

### **Minimumsreglen**

Det er en almindelig juridisk opfattelse, at et løfte i tvivlstilfælde må fortolkes således, at det er mindst byrdefuldt for løftегiverne. Er der tale om ensidige kontrakter er det rimelig lige til, men er der tale om gensidigt bebyrdende kontrakter kan det være svært at anvende minimumsreglen, da dette vil kræve, at man gennemgår alle aspekter af kontrakten.

### **Uklarhedsreglen (koncipistreglen)**

Er der tale om ensidigt konciperede kontrakter, det vil sige i praksis almindeligvis standardkontrakter, der kun er affattet af den ene part vil der ved tvivlsspørgsmål almindeligvis fortolkes mod affatteren/koncipisten. Uklarhedsreglen er et svar på spørgsmålet om, hvem der er nærmest til at bære risikoen for en uklarhed, der kunne være undgået<sup>18</sup>. Der kan være mistanke om at affatteren med vilje har formuleret kontraktens indhold på en sådan måde, at den er tvetydig eller uklar. Dette skal man ikke kunne gøre, uden at det får konsekvenser for koncipisten når der opstår tvister, der skal afgøres af domstolene. Uklarhedsreglen kan ligesom minimumsreglen betegnes som en bevisbyrderegel, og det vil komme den part, der har undladt at sikre sig bevis for hvordan det ensidige indhold af kontrakten skal forstås og fortolkes i almindelighed, til skade. Man anvender som oftest denne metode hvis der er tale om fortolkningstvivi om standardvilkår. Kontraktens bestemmelser anses ikke alene for værende uklare hvis der er tale om upræcise eller ufuldstændige vilkår. Det gælder også hvis der er tale om direkte modstrid mellem forskellige formuleringer. Man skal ved fortolkning forsøge at få kontrakten til at fremstå i en sammenhængende helhed. Det, at der er anvendt en standardklausul, betyder ikke at uklarhedsreglen altid finder anvendelse. Der skal ses på kontrakten som helhed og er der ingen tvivl om kontraktens klarhed så finder den ikke anvendelse.

### **Gyldighedsreglen**

Denne regel går ud på at man ved fortolkning skal foretrække en løsning, hvorefter en bindende kontrakt opretholdes. Dette betyder, at man ved eventuel senere opstået tvivl skal findes frem til en løsning således at aftalen ikke bortfalder. Gyldighedsreglen bruges ofte hvis der er tale om ”battle of forms” konflikter, det

---

<sup>18</sup> Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen. Aftaler og mellemmand, side 378

vil sige, når 2 virksomheder hver især påberåber sig deres egne standardformularer og disse to er indbyrdes modstridende. Her vil man så fortolke eller udfylde kontrakten, så den stadig er gyldig og med hensyn til begge parter interesser.

### **Ordlydsfortolkning**

Det vil oftest være mest naturligt at tage udgangspunkt i kontraktens ordlyd, da begge parter har underskrevet og kendskab til kontrakten.

*”Formålet med fortolkningen er at finde ordenes juridiske mening, enten generelt eller med henblik på at fastslå, om et konkret forhold er omfattet eller ikke omfattet af en bestemmelse”.*<sup>19</sup>

Dette vil sige, at man ser på hvordan man i almindelighed vil opfatte de ord, der er brugt i kontraktens bestemmelser. Man ser på den sammenhæng, hvori man har valgt at anvende ordene i kontrakten og ud fra dette finder man den almindelige opfattelse af ordene i denne sammenhæng. Her kan det spille en stor rolle om parterne, der har indgået kontrakten, kommer fra samme land. Der kan opstå problemer, hvis parterne ikke er fra samme land, da der ofte vil være specielt fagligt men også lokalt sprogbrug, der gør at parterne ved gennemlæsning af kontrakten ikke har samme baggrund for at forstå kontrakten på samme måde. Der findes omfattende retspraksis med eksempler på at domstolene vælger at ordlydsfortolke, hvilket ikke altid er en lige let sag. Der vil være mange konkrete aspekter ved parternes forhold og lignende, der skal tages hensyn til. Er der tvivl om, hvordan visse ord skal fortolkes, må man se på hele teksten og i hvilken sammenhæng parterne har brugt ordene, for at finde frem til, hvad der har været bestemmelsens hensigt og hvordan den med rimelighed skal forstås.

Er der anvendt udtryk, der er i overensstemmelse med ordlyden i lovgivning, der vedrører samme retsområde som kontrakten vedrører, skal kontraktens bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med lovgivningens. Er der tale om fortolkning med baggrund i EU-retsakter er det vigtigt, at man ser på forskellige sprogversioner, da der kan være sket fejl eller en oversættelse af teksten, der giver anledning til misforståelse. Ved internationale traktater såsom CISG er det meget vigtigt at se på andre sprogversioner da dansk ikke er et originalt sprog. Ofte vil kontraktsproget ved internationale handler ikke være dansk. Denne regel viser med

---

<sup>19</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side 187

al tydelighed, at det er vigtigt hvis parterne vælger at anvende en fuldstændighedsklausul, at den er klart og tydeligt formuleret, således at der ikke hersker nogen tvivl om, hvilke fortolkningsbidrag parterne har ønsket at afskære. Det er især vigtigt når der er tale om erhvervsdrivende fra forskellige lande, da der ofte vil opstå sproglige finurligheder når et dokument bliver oversat.

### **Analogi (udvidende fortolkning)**

Denne fortolkningsmetode bruges, når man vil anvende en regel på tvister, der falder uden for reglens anvendelsesområde.

*”Traditionelt siger man, at der kan fortolkes udvidende eller sluttes analogt, hvis der foreligger årsagernes lighed og et retstomt rum”<sup>20</sup>.*

Denne fortolkningsmetode bruges således når en retsregel er blevet affattet på et tidspunkt, hvor den nuværende retstvist ikke kunne opstå, almindeligvis på grund af den teknologiske udvikling. Der skal dog være årsaglighed før man kan anvende analog fortolkning. At der skal være tale om et område, hvor der er et retstomt rum betyder, at man kun kan anvende analog fortolkning, hvis der ikke findes en regel i forvejen. Der er dog områder, hvor det er på grund af lovgivning ikke muligt at anvende en analog fortolkning<sup>21</sup>.

### **Modsætningslutning**

Et eksempel på anvendelsen af denne regel er aftalelovens bestemmelse om at et løfte er ugyldigt, hvis der foreligger en svag ugyldighedsgrund og løftemodtager er i ond tro. Loven siger ikke noget om, hvis løftemodtageren er i god tro, men så slutter man modsætningsvis at løftet er gyldigt. På samme måde kan en kontrakt positivt angive at visse forpligtelser pålægges når situation A og B opstår, hvorefter domstolene har mulighed for modsætningsvis at slutte, i overensstemmelse med de øvrige forhold, at i situation C pålægges forpligtelserne ikke.

### **Formålsfortolkning**

Et kontraktvilkår bør altid ses i sammenhæng med hele kontrakten og omstændighederne i øvrigt. Dette opnås ved at fortolke kontrakter efter deres formål. Kontraktens formål kan findes på flere måder. Nogle parter vælger at

---

<sup>20</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side 197.

<sup>21</sup> Fx Grundlovens § 43, hvorefter man ikke kan pålægge skatter uden hjemmel og straffelovens § 1, hvorefter det ikke er muligt, at straffe personer, hvis ikke der er hjemmel hertil.

skrive en hensigtserklæring i kontraktens præambel, hvoraf det fremgår hvilket formål parterne ønsker opnået gennem kontrakten. Andre gange er domstolene nødt til at finde frem til kontraktens formål gennem forhandlingsmateriale, skriftlige tilkendegivelser eller lignende. Det er ligeledes en metode til at finde parternes berettigede forventninger. Formålsfortolkning må nødvendigvis ligge under for visse tidsmæssige begrænsninger. Hvis der således er tale om en langtidskontrakt, hvor der opstår fortolkningsproblemer efter flere år vil det tale for at domstolene lægger mest vægt på parterne seneste handlinger og situationens senere udvikling i forhold til kontraktformålet på kontraheringstidspunktet. Der kan ligeledes være andre omstændigheder, der kan føre til mere eller mindre fokus på formålsfortolkning. Andersen og Madsen udtaler således, at

*”Ved komplicerede systemudviklingsaftaler, såsom anskaffelse af diverse IT-systemløsninger, får formålsangivelser en særlig vægt. Her vil ”vejen til målet” ofte være mere eller mindre uklar ved aftaleindgåelsen, ligesom der ofte er tale om vanskeligt beskrivbare tekniske fænomener, hvorimod selve (for)målet med projektet vil/bør fremgå af kravspecifikationerne.”<sup>22</sup>*

Andersen og Madsen opsummerer ligeledes formålsfortolkning meget rammende, som følgende:

*”Enhver formålsfortolkning kan siges reelt at være en fastlæggelse af aftalens retsvirkninger ud fra parternes forudsætninger under hensyntagen til, hvad der gennemsnitligt vil forekomme rimeligt under sådanne omstændigheder.”<sup>23</sup>*

En fuldstændighedsklausul betyder at det ud fra denne regel vil være meget vigtigt at få skrevet ind i kontrakten hvad der er formålet med denne, da kontrakten som udgangspunkt er det eneste fortolkningsbidrag domstolene skal tage hensyn til.

### **Prioritetsregler**

Denne metode bruges når der er modsigelser mellem forskellige retsregler og der tages udgangspunkt i tre forskellige prioritetsregler. Den første er lex superior. Dette betyder at en højere lov fx grundloven går forud for andre love. Den anden er

---

<sup>22</sup> Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen. Aftaler og Mellemmænd, side 427.

<sup>23</sup> Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen. Aftaler og Mellemmænd, side 441-442.

lex specialis. Dette princip går ud på at en speciel regel kommer før en generel regel, hvilket betyder, at en undtagelse kommer før en hovedregel. Man kan ikke altid være sikker på at denne fortolkningsmetode vil blive den afgørende. Det vil ofte være en afvejning af sagens andre hensyn. Den tredje prioritetsregel er lex posterior, der angiver, at en yngre regel går forud for en ældre regel. Metoden bruges alene når der er modsigelser mellem de to regler. Ved brug af en fuldstændighedsklausul har disse prioritetsregler ikke den store betydning, da man kun ser på selve kontrakten. Men der kan i mange tvisttilfælde være tale om efterfølgende ændringer af kontrakten, og her kan det så få stor betydning for fortolkning om det er ændringen eller den originale tekst der skal gælde. Der kan også opstå den situation, at der er modstridende bestemmelser i kontrakten og de tilhørende bilag. Parterne kan forebygge denne situation ved at indskrive lex superior reglen i kontrakten og sige at kontrakten kommer før eventuelle bilag. Vi vil senere komme ind på brugen af fortolkningsreglerne i CISG og PECL, der som oftest danner retsgrundlaget for internationale handler.

### ***Fuldstændighedsklausulen og baggrundsretten***

Én ting er at fastlægge en definition af fuldstændighedsklausulen, men en anden vigtigere opgave er at redegøre for, hvilken betydning klausulen får i praksis. Når man umiddelbart hører formuleringen af en fuldstændighedsklausul, kunne man spørge, hvilken betydning klausulen har for domstolenes mulighed for at anvende baggrundsret som udfyldning eller fortolkning. Betyder anvendelsen af klausulen, at parterne ønsker at alene kontrakten skal have retlig betydning i deres forhold og dermed, at domstolene ønskes afskåret fra at anvende den relevante baggrundsret, når der opstår behov for at fortolke eller udfylde kontrakten? Den vigtigste motivation for at medtage fuldstændighedsklausulen for parterne er at skabe vished i deres retsforhold. Parterne ønsker at sikre sig, at alle forpligtelser og beføjelser kan læses ud af kontrakten. I praksis vil der dog almindeligvis være tale om kontrakter, der umuligt kan indeholde en klar retsstilling i alle tænkelige situationer. For at svare på, hvilken betydning klausulen får, må der skelnes mellem udfyldning og fortolkning. Der er uklarhed på området mellem udfyldning og fortolkning. Det er ikke altid fuldstændigt klart i en tvist hvorvidt kontrakten skal fortolkes eller udfyldes. Domstolene har en tendens til ved tvivl om kontraktens ord

enten at vælge ren udfyldning eller fortolke i overensstemmelse med baggrundsretten<sup>24</sup>. Dette kom til udtryk i U 1977.1031 V, hvor en leveringsklausul var nedfældet i aftalen, men der ikke kunne udledes omfanget af denne på grund af formuleringen. Da klausulen ikke var medtaget på baggrund af almindelig handelspraksis mellem parterne eller i branchen fortolkede landsretten klausulen i overensstemmelse med leveringsbegrebet i købeloven. Hvis det antages, at anvendelsen af en fuldstændighedsklausul ikke får indvirkning på domstolenes mulighed for at anvende baggrundsretten ved udfyldning, men alene begrænser anvendelsen ved fortolkning, kunne man forestille sig, at domstolenes tendens til at vælge ren udfyldning forstærkes. Især fordi det vil være nemmere og hurtigere for domstolene at lade regler, der er kendt og fortolket i retspraksis gælde frem for at være tvunget til en ren ordlydsfortolkning, der kan være mangelfuld og måske også stride mod domstolene generelle retfærdighedssans. Det er således nødvendigt at analysere i hvilken grad medtagelsen af fuldstændighedsklausuler påvirker domstolene ved henholdsvis fortolkning og udfyldning af kontrakter. Det antages for nedenstående diskussion, at fuldstændighedsklausulen er gyldigt aftalt.

### ***Fuldstændighedsklausulen og udfyldning***

Når der er huller i kontrakten og den således ikke tager stilling til en bestemt situation, der er opstået vil domstolene almindeligvis ty til baggrundsretten for at udfylde kontrakten med de regler, der lægger tættest på det, parterne med rimelighed kunne forvente ville gælde i den pågældende situation. Fuldstændighedsklausulen kan næppe forestilles at have så vidtgående konsekvens, at domstolene ikke kan udfylde kontrakten med baggrundsretten generelt. Så længe der er tale om deklatoriske regelsæt står det parterne frit for i aftalen at præcisere præcis hvilke bestemmelser, der ikke skal gælde. Dette argument må også betyde, at når parterne undlader at kontrahere om visse situationer, hvor baggrundsretten almindeligvis finder anvendelse kan begge parter med rimelighed forvente, at den relevante baggrundsret vil finde anvendelse på huller i kontrakten. Dette synspunkt forstærkes samtidig af klausulens historie, der som tidligere nævnt har den baggrund, at det primære ønske har været at udelukke forhandlingsmateriale, mundtlige aftaler og lignende fra bevisførelse, når konflikter opstår. Der er således

---

<sup>24</sup>Se fx Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen. Aftaler og mellemmand, side 379.

ikke tilstrækkelig bevis for at anvendelsen af en fuldstændighedsklausul uden videre skulle få den effekt, at baggrundsretten ikke kan finde anvendelse på kontraktens huller.

Erik Sjöman diskuterer også dette i forhold til svensk ret i en artikel fra Juridisk Tidsskrift<sup>25</sup>, hvorfra vi tidligere har vist et eksempel på en fuldstændighedsklausul. Diskussionen tager udgangspunkt i en svensk voldgiftsdom fra 1986, hvor en voldgiftsdommer udtaler, at den i sagen konkrete kontrakt ikke indeholdt:

*”någon förklaring om att avtalet ... innebar en slutlig reglering av parternas mellanhavanden med anledning av överlåtelsen.”*

Sjöman diskuterer, hvorvidt dette kan betyde, som nogle forretningsfolk og teoretikere mener, at forekomsten af en fuldstændighedsklausul i en kontrakt har den effekt, at baggrundsretten er udelukket. Dette ville medføre, at der ikke er misligholdelsesbeføjelser for andre former for kontraktbrud end dem, der er nævnt i kontrakten. Sjöman argumenterer ikke for at dette skulle være tilfældet. Tværtimod nævner han efterfølgende voldgiftsdomme, der har haft modsat effekt. Samtidig kan udtalelsen i 1986 sagen forstås på flere måder. Det vil være ret vidtgående at sige at brugen af fuldstændighedsklausuler har så vidtgående omfang på baggrund af denne ene dom, der i øvrigt ikke har været for domstolene, men alene er afgjort ved en voldgiftsdom, der alt andet lige ikke vil have så stor præjudikatværdi som en sag afgjort ved domstolene. Sjöman understøtter yderligere denne holdning ved følgende citat.

*”Helt kort skall dock framhållas att en integrationsklausul av standardlydelse föreskriver att det föreliggande avtalet utgör ”parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör”; därmed inte sagt att parterna dessutom avser att frågor som parterna inte reglerar inte skall bedömas i enlighet med dispositiv rätt.”*

Sjöman afslutter sin artikel med gennemgangen af en nyere voldgiftsdom der vedrører et selskabs køb af alle aktier i datterselskabet til et andet selskab. Kontrakten indeholdt en fuldstændighedsklausul og en informationsklausul. Køberselskabet ønskede efterfølgende at hæve købet, det vil sige, at gøre en misligholdelsesbeføjelse gældende over for sælgerselskabet med den baggrund, at

---

<sup>25</sup> Eric Sjöman. Integrationsklausuler och dispositiv rätt. side 935-941

det erhvervede selskab var behæftet med fejl, og at sælger således havde handlet i strid med informationsklausulen. Sælgerselskabet henviste til fuldstændighedsklausulen i kontrakten med den forklaring, at effekten af denne klausul var at anvendelsen af købeloven og andre baggrundsregler var udelukket ved senere tvister. Voldgiftsretten tog desværre ikke præcis stilling til omfanget af fuldstændighedsklausulen, men afgjorde derimod sagen med baggrund i informationsklausulen, idet de udtalte, at hvis sælgers argumentation skulle følges ville informationsklausulen ingen retlig binding have. Og selv om såkaldte gentlemen's agreements er velkendt og anerkendt i forretningskontrakter måtte det kræves at en bestemmelse, der skal have så vidtgående effekt at køber mister stort set alle almindelige misligholdelsesbeføjelser, bør fremgå langt tydeligere af kontrakten. På trods af at voldgiftsretten ikke tager direkte stilling til fuldstændighedsklausulens forhold til baggrundsretten virker det i dommen som om retten alligevel er af den opfattelse, at anvendelsen af fuldstændighedsklausulen ikke i sig selv kan medføre, at baggrundsretten udelukkes ved opståen af tvister efter kontraktens indgåelse.

### ***Fuldstændighedsklausulen og fortolkning***

Dette afsnit vil omhandle den situation, hvor parterne har skrevet en bestemmelse ind i kontrakten, men der efterfølgende er opstået en tvist om, hvordan denne skal fortolkes. Der er som tidligere nævnt et grundlæggende princip i dansk ret om, at man ved fortolkning først vil forsøge at finde frem til parternes fælles interesse. Har parterne aftalt en fuldstændighedsklausul kan domstolene komme til at stå i en situation, hvor det ikke er muligt at finde parternes fælles vilje ud fra kontrakten. Parterne har ved fuldstændighedsklausulen afskåret sig fra, at parterne kan fremlægge forhandlingsmateriale eller salgsannoncer til at understøtte sagen. Almindeligvis vil domstolene se på forhandlingsforløbet, og hvorvidt parterne på tidligere tidspunkter har indgået aftaler af samme art. Dette ønsker parterne at domstolene skal holde sig fra ved at aftale fuldstændighedsklausulen, da de ønsker at lade kontrakten gælde som den fuldstændige aftale. Parternes hensigt vil naturligvis have baggrund i en form for forståelse af ordlyden sammenlagt med andre fortolkningsbidrag. Jo sværere det bliver at finde parternes hensigt ved andre bidrag, jo tættere vil domstolene komme på ren ordlydsfortolkning. Dette betyder,

at domstolene vil se på, hvordan de ord og sætninger, der er anvendt i kontrakten almindeligvis bliver opfattet. Ved fortolkningen af ordene og sætningerne bliver der lagt vægt på, om de i den branche som kontrakten omfatter, har særlig betydning eller skal opfattes anderledes end ved almindelig sprogbrug. Når domstolene anvender ordlydsfortolkning, vil aftalens bestemmelser blive fortolket som almindelige erhvervsdrivende i samme branche vil opfatte ordenes sproglige betydning. Når domstolene ordlydsfortolker vil en fuldstændighedsklausul ikke spille den store rolle, da en fuldstændighedsklausul ingen indflydelse har på, hvordan man fortolker ord. En fuldstændighedsklausul vil nærmere betyde at der bliver sat større fokus på ordlydsfortolkning såfremt andet bevismateriale udelukkes. Parterne kan have skrevet i kontrakten at de mener, at ordene har en anden betydning end de almindeligvis har, og der skal naturligvis ordlydsfortolkes derefter. En fuldstændighedsklausul har betydning for, hvilke fortolkningsbidrag domstolene kan inddrage i deres vurdering. Dette ses i den norske dom.

### ***Pepsico dommen***

Den norske højesteretsdom Rt-1992-796<sup>26</sup> omhandler flere aftaler, der indeholdt en fuldstændighedsklausul. Aftalerne omhandlede aftapning af Pepsi cola, Pepsi cola Light, Seven-up og Seven-up Light, og det fremgik af aftalerne, at der ved opsigelse skulle betales en standarderstatning svarende til det antal, der var blevet købt i de sidste 18 måneder. Tvisten i sagen opstod, fordi aftalerne blev opsagt efter henholdsvis 7 og 1 måneders forløb. Bryggeriet Hamar indgik den 1. april og den 1. oktober 1987 aftaler med henholdsvis Pepsico Inc og Seven-up International (Pepsico-gruppen) om tapning af deres produkter. Hamar bragte alle 4 aftaler til ophør den 30. oktober 1987 via skrivelser til Pepsico-gruppen, hvori Hamar skrev, at de var indforstået med at betale erstatning i henhold til kontraktens bestemmelser, men der opstod en tvist vedrørende udmåling af erstatningen. Hamar mente, at erstatningen måtte beregnes af det faktiske udtag i det tidsrum som aftalerne havde løbet, men Pepsico-gruppen krævede erstatning baseret på en opsigelsesperiode på 18 måneder med en langt større salgsprognose end det faktiske udtag. Højesteret skulle således tage stilling til udmåling af erstatning. Parterne havde aftalt en fuldstændighedsklausul, hvoraf det fremgik at den

---

<sup>26</sup> Herefter kaldt Pepsico-dommen.

skriftlige kontrakt udgjorde parternes fuldstændige retsforhold. Pepsico-gruppens påstand var, at det ikke fremgik klart i erstatningsbestemmelsen, hvordan erstatningen skulle udmåles før de 18 måneder. De mente, at man skulle se på en samlet fortolkning af kontrakterne, samt at det er et anerkendt fortolkningsprincip, at man fortolker en kontrakt således, at de enkelte bestemmelser er virksomme og får en fornuftig mening. Pepsico-gruppen mente ikke, at fuldstændighedsklausulen i aftalen er til hindring for en sådan fortolkning. Hamars påstand var, at det fremgik klart af ordlyden af erstatningsbestemmelsen, at erstatningen skulle beregnes ud fra det antal enheder, der blev købt. Dette ændres ikke af, at kontraktforholdet bringes til ophør før der er gået 18 måneder. De mente, at der ved en fortolkning skulle tages hensyn til, at der er tale om en standardkontrakt som kun varetager Pepsico-gruppens interesser, og dette gjaldt selvom Hamar ved kontraktforhandlingerne fik gennemført visse ændringer. Højesteret mente ikke at der var tale om en standardkontrakt, da der havde været forhandlinger mellem parterne bistået af advokater og fordi Hamar fik gennemført ændringer i kontrakten i forhold til det oprindelige kontraktudkast. Parterne havde også aftalt en lovvalgsklausul således at kontrakterne er underlagt amerikansk ret, men dette mente den norske højesteret ikke fik nogen betydning, da de fortolkningsprincipper der anvendes vil være sammenfaldende mellem de to retskulturer.

Højesteret kom frem til, at fuldstændighedsklausulen i kontrakten ikke har afgørende betydning for resultatet, hvilket begge parter var enige om. Retten kom frem til, at spørgsmålet om erstatning som følge af udtrædelse af kontrakten, uden at give det kontraktbestemte varsel, skal løses ved en helhedsfortolkning af kontrakten. Højesteret mente ikke, at det fulgte af den klare ordlyd i kontrakten, at erstatning skal udmåles på samme måde ved udtrædelse før de 18 måneder er gået. Retten kom frem til, at ved udfyldning af en kontrakt, skal denne udfyldning ske ud fra en helhedsvurdering af kontrakten og samtidig give bestemmelserne et fornuftigt indhold ud fra deres formål. Retten lagde derfor til grund for erstatningen, at denne udgjorde det antal enheder det kunne antages at Hamar vil have købt for den resterende del af den 18 måneders periode, hvis de havde fortsat aftalen.

Sagen viser tydeligt at det ikke altid har nogen betydning om parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul, når domstolene skal fortolkes kontraktens indhold. Er der ikke taget stilling til eller fremgår det ikke klart af kontraktens bestemmelser, hvordan et givent problem skal løses, spiller en fuldstændighedsklausul ikke den store rolle, da det ikke er muligt at løse tvisten ved kun at se på kontraktens indhold. Domstolene kan komme frem til at en fuldstændighedsklausul ikke har den store betydning for den opståede tvist, og det er derfor sandsynligt, at domstolene, på trods af en fuldstændighedsklausul, fortsat vil fortolke og udfylde kontrakter med øje for den relevante baggrundsret.

I mange tilfælde vil man tage hensyn til princippet om billighed og god forretningsskik ved kontraktfortolkning. Kravet om billighed løses ofte ved at domstolene fortolker imod affatteren (koncipistreglen). Dette gælder især ved standardkontrakter men princippet kan også finde anvendelse ved fortolkning af individuelt forhandlende kontrakter. En fuldstændighedsklausul kan være en måde, hvorpå man sikrer billighed ved at der, ved en opstået tvist, ikke skal bruges tid og kræfter på, at parterne finder alt deres forhandlingsmateriale frem. På den anden side kan dette materiale indeholde oplysninger, der kan få stor betydning for tvistens udfald. Uklarhedsreglen bruges ofte som tidligere nævnt, hvis der er en eller flere uklarheder i kontrakten uanset om disse er opstået ved et uheld eller der er tale om fuldt overlæg. Dette kommer derfor koncipisten til skade. Domstolene kan vælge denne metode selvom parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul. De forskellige fortolkningsmetoder, der tidligere er blevet nævnt vil alle kunne gøres gældende ved fortolkning af en kontrakt, der indeholder en fuldstændighedsklausul. Det er ikke muligt at opstille en regel for, hvornår de forskellige metoder anvendes, da det vil afhænge af kontraktens indhold og karakter, rækkevidden af fuldstændighedsklausulen og sagens omstændigheder i øvrigt. En fuldstændighedsklausul går ud på at parterne bestemmer hvilke fortolkningsbidrag, en domstol kan tage med i sine overvejelser. Den afgør ikke, hvilken fortolkningsmetode, der skal anvendes. Det vil som tidligere nævnt være op til domstolene at finde frem til, hvilken fortolkningsmetode, der vil føre til det mest rimelige og retfærdige resultat i den givne tvist. Der vil ofte være tale om at domstolene vil anvende flere

fortolkningsmetoder på én gang, hvis dommerne vurderer, at dette vil føre til det mest rimelige resultat.

### ***Fuldstændighedsklausulen og international handelsret***

#### ***CISG***

CISG er en international købelov, der finder anvendelse på aftaler om løsøre køb mellem erhvervsdrivende med forretningssted i forskellige stater, når staterne er kontraherende stater eller når international privatrets regler fører til anvendelsen af en kontraherende stats ret jævnfør CISG artikel 1. Ser man på CISG artikel 8 fremgår det at ved fortolkning af kontrakten, kan man finde frem til parternes hensigt ud fra blandt andet forhandlingsmaterialet. Dette må siges at være et modstykke til anvendelse af en fuldstændighedsklausul. Danmark har taget et forbehold for CISG del II om aftalers indgåelse, hvori artikel 8 indgår. Men artikel 8 er ifølge bemærkningerne til det danske lovforslag i overensstemmelse med dansk rets almindelige fortolkningsregler<sup>27</sup>. Dette må betyde, at det er muligt at bruge den fremgangsmåde, der nævnes i artikel 8 for at finde parternes hensigt, således at man som i artikel 8, stk. 1 først forsøger at finde frem til parternes fælles opfattelse. Det kan som nævnt være svært at finde frem til parternes hensigt hvis parterne ved brug af en fuldstændighedsklausul har afskåret sig fra ved fortolkningstvister at anvende det materiale, hvori deres hensigt fremgår. Er det ud fra kontrakten ikke muligt at finde frem til parternes hensigt afhænger det af, hvilke fortolkningsbidrag parterne har afskåret sig fra at bruge ved fortolkningstvister. Har parterne aftalt at afskære alt forudgående materiale kunne det som i CISG artikel 8, stk. 2, være en mulighed at se på parternes adfærd og tolke dem på en almindelige og fornuftig måde og derved løse fortolkningstvisten. Igen afhænger dette dog af, hvordan fuldstændighedsklausulen er udformet, og hvad den indeholder. Har parterne tidligere indgået kontrakter kan man anvende princippet i CISG artikel 8, stk. 3, der siger, at der kan findes sædvaner mellem parterne, som kan løse den opstående tvist. Er der aftalt en fuldstændighedsklausul vil der i tvivlstilfælde være en formodning for, at fuldstændighedsklausulen har til formål at udelukke, at der kan føres bevis om supplerende eller afvigende vedtagelser, som gik forud for eller fandt sted samtidig med kontraktens indgåelse. Fremgår det derimod af

---

<sup>27</sup> Se bemærkning 82 til lovforslaget.

fuldstændighedsklausulen, at den havde til formål at udelukke bevis om, hvordan parterne under forhandlingerne fortolkede kontraktens bestemmelser, må dette ses som en fravigelse af CISG artikel 8<sup>28</sup>. Herudfra kan det konkluderes, at resultatet af en fortolkning helt og aldeles afhænger af, hvordan parterne har udformet eller anvendt en fuldstændighedsklausul, og om domstolene kan finde frem til parternes hensigt ud fra selve kontrakten.

### ***PECL***

PECL har sin baggrund i EU retten. Den er lavet som oplæg til en samlet europæisk kontraktret. Den skal dog som udgangspunkt aftales i kontrakten før den får retsvirkning i kontraktforholdet mellem parterne. Reglerne om fortolkning i PECL findes i kapitel 5 artikel 5:101 – 5:107. Det fremgår af artikel 5:101, at en kontrakt skal fortolkes i henhold til parternes fælles vilje, og dette gælder også hvis parternes fælles vilje adskiller sig fra den ordrette mening af ordene. Hvis det fastslås at en part antog kontrakten til at have en bestemt betydning, og den anden part ikke var uvidende om dette, så fortolkes kontrakten efter den første parts antagelse. Hvis parternes vilje ikke kan blive fastslået ud fra punkt 1 og 2, skal kontrakten fortolkes i henhold til den betydning som en fornuftig person i parternes situation ville have tillagt kontrakten. Det fremgår blandt andet af artikel 5:102, at der ved fortolkning af kontrakten bør tages hensyn til forhandlingsmaterialet hvilket er i overensstemmelse med dansk rets fortolkningsmetoder. Artikel 5:103 svarer til den danske uklarhedsregel og artikel 5:104 er en prioritetsregel, der siger at individuelt forhandlede bestemmelser har forrang for dem, der ikke er individuelt forhandlet. Artikel 5:105 foreskriver, at fortolkning af en kontraktbestemmelse skal ske i lyset af hele kontrakten og artikel 5:106 svarer til den danske gyldighedsregel. Artikel 5:107 bestemmer, at hvis kontrakten er skrevet på flere sprog og der opstår uoverensstemmelse mellem udgaverne bliver uenigheden afgjort efter kontrakten på det sprog, den oprindeligt blev skrevet på. Bestemmelserne i PECL kapitel 5 ligger ikke langt fra de almindelige fortolkningsprincipper i dansk ret om end dansk ret indeholder flere principper og metoder som tidligere gennemgået. Forskellen mellem dansk ret og PECL's bestemmelser om fortolkning, der har relevans for denne afhandling er, at PECL

---

<sup>28</sup> Se også Ole Lando m.fl. Udenrigshandels kontrakter, side 120.

artikel 2:105 samtidig indeholder en bestemmelse, der regulerer det forhold, at parterne har medtaget en fuldstændighedsklausul i deres kontrakt. Det fremgår således af PECL artikel 2:105, at hvis klausulen er individuelt forhandlet er den bindende for begge parter. Dette betyder, at der ved en tilsvarende bestemmelse i en standardkontrakt kun er formodning for at parterne ønsker at andet materiale end kontrakten er bindende<sup>29</sup>. Indholdet af denne artikel svarer nogenlunde til vores tidligere diskussion af standardklausuler versus individuelt forhandlede klausuler. Der er dog den forskel, at det er direkte nedfældet i PECL, hvordan domstolene skal forholde sig til en fuldstændighedsklausul, hvorimod dette ikke er tilfældet i dansk ret. Der er en formodning for at de danske domstole vil forholde sig på samme måde som, hvis PECL var aftalt mellem parterne, men der er mange flere hensyn der vil kunne spille ind og få domstolene til at afgøre eventuelle tvister efter andre forhold end dem, der er angivet i PECL's artikel 2:105. I og med der ikke er særlig retspraksis på dette område endnu må det afventes at se, præcis hvordan de danske domstole vil gribe problemstillingen an. Men hvis parterne ønsker at sikre sig at domstolene følger deres fuldstændighedsklausul, kan de vælge at lade PECL gælde i kontrakten og sørge for at fuldstændighedsklausulen er individuelt forhandlet og klart formuleret.

### **Fuldstændighedsklausulen og domstolene**

Som det første i dette afsnit vil vi se på, hvordan domstolene via den juridiske metode bruger de forskellige retskilder til at komme frem til et resultat. Vi vil først komme ind på de forskellige retskilder og hvordan disse bliver anvendt af de danske domstole ved kontraktfortolkning uden brug af en fuldstændighedsklausul, derefter vil vi diskutere, hvilke ændringer der vil opstå, når de danske domstole skal fortolke kontrakter, der indeholder disse fuldstændighedsklausuler. Vi vil efterfølgende komme ind på om der eventuelt opstår tvivl om omfanget af en kontrakts fuldstændighedsklausul i forbindelse med det eksisterende princip om fri bevisførelse i Danmark.

### ***Retskilderne***

Når de danske domstole bliver stillet over for at løse en tvist, der er opstået i et kontraktforhold, skal domstolene ud fra det materiale og de beviser, der bliver

---

<sup>29</sup> Se også Ole Lando m.fl. Udenrigshandels kontrakter, side 110.

fremlagt samt med supplerings fra retskilderne, finde frem til det rimeligste resultat for sagens parter. Retskilderne inddeles i Danmark i 4 hovedgrupper. Lovgivning, retspraksis, sædvaner og forholdets natur. De forskellige retskilder indgår i dansk ret ikke i noget hierarki, hvilket betyder, at alle retskilder har samme værdi, men der er forskel på, hvor stort et skøn de forskellige retskilder overlader til domstolene. Der er dog et reguleringshierarki på den måde forstået, at grundloven har forrang for almindelige love og derefter kommer administrative forskrifter og herefter vejledninger og så videre.

### Lovgivning

Forarbejder til lovbekendtgørelser kan betragtes på 2 måder. Som bestanddele af den vedtagende lov og som fritstående retsudtalelser, der er udtryk for de overvejelser der har gyldighed ved forståelsen af en lov<sup>30</sup>.

*”På nationalt plan synes dommerskabt ret, retsvidenskab og generelle retsprincipper at vinde frem, mens almindelig lovgivning og lovforarbejder er på retur”<sup>31</sup>*

Denne udtalelse kan være et udslag af at meget lovgivning efterhånden kommer fra EU og derfor skal fortolkes EU konformt, men det tyder også på, at der er en udvikling i det danske retssystem. Denne udvikling er på mange måder opstået grundet den generelle udvikling i samfundet som har medført større samhandel på tværs af grænser. Dette betyder at det danske retssystem skal tage stilling til eventuelle tvister som lovgiver på det tidspunkt, hvor en given lov blev vedtaget ikke havde mulighed for at tage højde for. Dette kan medføre, at de danske domstole i visse tilfælde ikke kan bruge de forarbejder der er og derfor ikke kan tillægge dem stor værdi i netop denne tvist.

Teorien opdeler ofte bemærkninger til love i almindelige bemærkninger og bemærkninger til de enkelte paragraffer. I de generelle bemærkninger gives ofte en beskrivelse af baggrunden for lovforslaget, mens bemærkningerne til de enkelte paragraffer kommer med uddybende forklaringer til lovteksten. Disse bemærkninger spiller en stor rolle ved efterfølgende subjektiv fortolkning, da det er her domstolene kan hente hjælp til at forstå meningen og indholdet af loven.

---

<sup>30</sup> Mads Bryde Andersen. Ret og Metode, side 144

<sup>31</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side 43

En fuldstændighedsklausul er et begreb, der ikke indgår i den danske retshistorie. I takt med at der sker flere og flere grænseoverskridende handler vil der naturligt være et stigende behov for fortolkning af begreber, der ikke er udsprunget af dansk ret. Denne udvikling medfører, at der vil opstå fortolkningstvister, hvor der indgår begreber som det ikke er muligt at fortolke ud fra den danske lovgivning, da disse er opstået efter lovens tilblivelse eller slet ikke er defineret i dansk ret. Dette betyder, at det i første omgang er op til parterne at få skabt klarhed over dette begreb ved kontraktens indgåelse. Er parterne ikke i stand til at skabe denne klarhed vil det være op til de nationale domstole at fortolke fuldstændighedsklausulen og dennes indhold. Dette stiller domstolene overfor en fortolkningsopgave, som kan være svær at løse. For at domstolene kan løse sådanne tvister optimalt er de nødt til at have et vist kendskab til, hvad en fuldstændighedsklausul præcist er og indeholder. Danske domstole vælger ofte at fortolke national ret på en måde, så den bringes i overensstemmelse med internationale retsakter.

*”Sådanne fortolkningsteknikker er medvirkende til, at der udvikles fælles, grænseoverskridende retsopfattelser, der på lang sigt baner vejen for international lov harmonisering.”<sup>32</sup>*

Der er i forbindelse med grænseoverskridende handler allerede opstået et behov for, at de fleste retssystemer er i stand til at fortolke fremmede retsbegreber. Anvender parterne en fuldstændighedsklausul betyder det, som tidligere nævnt, at parterne kan afskære visse fortolkningsbidrag. At parterne har anvendt en fuldstændighedsklausul vil betyde, at der ved fortolkning kun skal tages hensyn til selve aftalen, men lovgivningen kan komme til at spille en stor rolle i form af baggrundsret, hvis domstolene skal udfylde kontrakten. Som tidligere diskuteret vil fuldstændighedsklausulen næppe påvirke anvendelsen af baggrundsretten ved domstolene.

### **Aftaleregulering**

*”I det indbyrdes retsforhold mellem parter, der har indgået en aftale, er det oplagt, at denne er en væsentlig kilde til at fastslå, hvad der er*

---

<sup>32</sup> Mads Bryde Andersen. Ret og Metode, side 150

*ret mellem parterne. Vi anser dette aspekt af aftaleregulering for omfattet af begrebet regulering eller lovgivning i vid forstand.*”<sup>33</sup>

Dette citat viser klart, at det som parterne har aftalt ved kontraktindgåelse spiller en meget stor rolle, hvis ikke hovedrollen ved fortolkningsspørgsmål. Dette kan ses som en naturlig følge af at der i dansk ret og mange andre steder i verden som nævnt gælder et princip om kontraktfrihed, hvilket betyder at det er parterne suverænt der bestemmer med hvem, hvordan og med hvilket indhold de vil indgå en aftale, så længe de ikke aftaler noget ulovligt.

*”Retskildeværdien af aftaleregulering for andre end parterne er tvivlsom og vil afhænge af, om fx en standardaftale er blevet så indarbejdet, at der er tale om en kutyme (retssædvane).”*<sup>34</sup>

Det kan godt være at selve aftalereguleringen ikke er bindende for andre end parterne selv, men opstår der en tvist som domstolene skal afgøre, vil dommen ofte blive offentlig tilgængelig og på denne måde få betydning for, hvordan andre sager af samme karakter i fremtiden vil blive fortolket. Dette vil have den effekt at andre, der ønsker at indgå en lignende aftale, vil tage muligheden for fortolkning med i deres overvejelser. En stor del af aftalereguleringen er alt det materiale, der bliver brugt under forhandlingerne. Dette materiale kan være fremkommet på mange forskellige medier såsom mails, fax, breve og en eventuel mundtlig forhandling om aftalen. Dette betyder, at forhandlingsmaterialet kan være svært at holde styr på og det er derfor vigtigt, at parterne allerede fra starten har godt styr på, hvad de har forhandlet sig frem til. Dette materiale er udtryk for parternes fælles vilje da det i disse dokumenter ofte vil fremgå, hvad parternes baggrund for kontraktens bestemmelser har været. Dette kan få stor betydning, hvis der skulle opstå en tvist mellem parterne, da det kan være en fordel for en eller begge parter at fremlægge forhandlingsmateriale for domstolene således at den rimeligste afgørelse kan blive truffet. Hvis aftalens parter bliver uenige om, hvordan aftalen skal forstås, vil domstolene forsøge at finde frem til, hvad parternes hensigt på tidspunktet for kontraktens indgåelse var.

---

<sup>33</sup> Ruth Nielsen og Christian D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side. 85.

<sup>34</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side. 92.

### Retspraksis

Tidligere retspraksis skaber en forventning om hvordan fremtidige sager vil afgøres. Sager som er blevet afgjort af Højesteret vil ofte blive tillagt stor præjudikatværdi da disse domme ikke kan ankes og derfor er udtryk for samfundets "sidste ord". Det er ikke alle sager som får præjudikatværdi. Er der tale om en sag som er forholdsvis lige til og det klart fremgår af de relevante retsregler, hvad der er gældende ret vil sagen ofte kun få betydning for de involverede parter. Er der til gengæld tale om en sag, der er den første af sin slags eller har principiel karakter, vil udfaldet af sagen ofte skabe stor interesse for andre end sagens parter. Er der tale om et område, hvor retsreglerne ikke har ændret sig betydeligt fx aftaleloven er der stor sandsynlighed for at efterfølgende sager vil blive afgjort på samme vis. Hermed er det ikke sagt, at domstolene er bundet af deres beslutninger i fremtiden, da der kan ske en ændring af reglerne eller samfundet udvikler sig således at den gamle afgørelse ikke længere vil give mening. Retspraksis fra andre lande anvendes til at underbygge ens argumenter, men det kræver stort kendskab til andre retskulturer og dette kan være en stor byrde for domstolene. Brugen af fremmed retspraksis vil således stille ret store krav til både parterne og domstolene. Det kan være en god grund til at fremmed ret ikke bliver brugt så meget, da der er stor risiko forbundet med at ændre disse sager. På den anden side vil anvendelse af fremmed retspraksis som hjælpemiddel være med til at sikre en ensartet retsanvendelse på tværs af landegrænserne. Disse synspunkter understøttes af følgende citat:

*"Domstolenes praksis udfolder sig forskelligt under forskellige retssystemer og på forskellige retsområder. På områder, hvor der ingen lovgivning findes at dømme efter, spiller domspraksis selvsagt en betydelig rolle"*<sup>35</sup>.

At begrebet fuldstændighedsklausul er nyt i dansk ret betyder også, at der på nuværende tidspunkt ikke findes retspraksis i dansk ret. Dette kan ændre sig efterhånden, hvis der opstår tvister som domstolene skal tage stilling til. Der kan være forskel i formuleringen af de fuldstændighedsklausuler virksomhederne vil bruge, hvilket vil medføre, at fremtidig retspraksis sandsynligvis vil være forskellig

---

<sup>35</sup> Mads Bryde Andersen. Ret og Metode, side 156.

og svær at sammenligne. Domstolene er samtidig ikke bundet af de domme, de har afsagt, hvilket kan medføre, at der gennem tid kan vise sig forskel på, hvordan domstolene vil fortolke tvister om fuldstændighedsklausuler, især til at starte med. Det kan være en mulighed for både parterne og domstolene at se på udenlandske domme om fuldstændighedsklausuler, men de skal huske, at dommene er fra et andet retssystem, og der kan derfor være store forskelle i udfald og de fortolkningsmetoder, der er blevet brugt til at finde frem til resultatet.

### Sædvaner

Traditionelt definerer man en sædvane som

*”...en handlemåde, som et samfunds medlemmer almindeligt, stadigt og længere har fulgt i den overbevisning, at man er retsligt forpligtet hertil”<sup>36</sup>.*

Sædvaner er kun bindende for de personer som de har virkning for. Ser man fx på CISG artikel 9 er parterne bundet af de sædvaner, som de har indgået eller som følger af den praksis, der er mellem parterne. Har parterne ikke aftalt nogen sædvaner imellem dem, der taler for det modsatte, er det underforstået, at de sædvaner, der er almindeligt kendt i branchen, er gældende.

*”Den omstændighed, at de vigtigste kontraktretlige love viger for kutymen, medvirker til at give domstolene en særlig fri stilling i kontraktsager og gør kontraktretten mere fleksibel end andre dele af retssystemet, men samtidig også mindre forudberegnelig.”<sup>37</sup>*

Citatet viser med alt tydelighed, at det har stor betydning om der eksisterer sædvaner mellem parterne eller i branchen. Det, at kontraktretten er så fleksibel gør også, at parterne næsten kan aftale det, som de vil. Dette betyder også, at det bliver sværere for parterne, at forudsige hvordan domstolene vil vurdere de sædvaner, der er mellem parterne og om de sædvaner, der findes i branchen, skal tillægges samme værdi ved en fortolkningsvist.

I den svenske arbejdsretssag AD 2007 nr. 86 blev der taget stilling til, hvilken betydning en fuldstændighedsklausul har for sædvaner mellem parterne. I sagen behandlede de svenske domstole spørgsmålet om der var grund til fyring af en

---

<sup>36</sup> Bo Von Eyben. Juridisk ordbog, side 298.

<sup>37</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side 168.

medarbejder, der havde brugt et firmakort til privatbrug. Arbejdstageren anførte, at han havde ret til dette, fordi han havde gjort det før. Den skriftlige ansættelsesaftale indeholdt ingen bestemmelser om en sådan ret. Arbejdsretten mente ikke, at det var blevet klargjort af den nye arbejdsgiver, at denne ret skulle ophøre i forbindelse med ejerskifte i virksomheden. Ansættelsesaftalen indeholdt en fuldstændighedsklausul, hvoraf det fremgik, at denne nye aftale var en endelig regulering af forholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver og at denne aftale erstattede alle tidligere skriftlige og mundtlige aftaler. Arbejdsgiveren anførte, at den nye ansættelsesaftale betød, at alle tidligere rettigheder og aftaler, der ikke fremgik af den skriftlige aftale, ikke kunne gøres gældende. Den svenske arbejdsret kom frem til, at der ved fortolkning af fuldstændighedsklausulen først skulle ses på, hvad parterne havde haft til hensigt med aftalen. Arbejdsretten tillagde betydning til det, at arbejdstageren før ejerskiftet havde haft ret til at bruge firmakortet til privat brug ved modregning i lønnen. Arbejdstageren havde også visse andre rettigheder, som fx mobiltelefon, som han havde beholdt ved ejerskiftet uden at disse fremgik af den skriftlige ansættelsesaftale. Arbejdsretten mente derfor ikke, at fuldstændighedsklausulen udelukkede alle tidligere aftalte rettigheder, der ikke tydeligt fremgik af den skriftlige aftale. Fuldstændighedsklausulen kunne derfor ikke føre til, at arbejdstageren, ved at anvende firmakortet til privat brug, havde handlet i strid med sine ansættelsesvilkår. Sagen viser, at hvis der findes en sædvane mellem parterne før de har anvendt en fuldstændighedsklausul vil denne stadig være gældende mellem parterne, medmindre det fremgår klart og tydeligt af fuldstændighedsklausulen eller andet sted i kontrakten, at dette ikke er tilfældet. Sagen omhandlede ikke branchesædvaner, men det må antages, at de samme principper vil være gældende for disse så længe domstolene ikke specifikt har taget stilling til dette.

### **Forholdets natur**

Forholdets natur er den retskilde, der er sværest at beskrive, da der er stor uenighed om, hvad denne retskilde indeholder. Domstolene bruger ofte begrebet forholdets natur i sager, hvor det kan være svært at finde frem til et rimeligt resultat ud fra de øvrige retskilder. Forholdets natur bruges ofte til at vurdere de andre retskilder med og derfor kan det til tider være svært at se, om der er tale om forholdets natur eller

der er en af de andre retskilder sagen er blevet afgjort efter<sup>38</sup>. Forholdets natur er i den juridiske litteratur et meget omdiskuteret begreb, da der er delte meninger om det er en selvstændig retskilde eller ej. Vi mener, at der ofte vil være forhold eller situationer i en sag, der ikke vil kunne begrundes i en af de andre retskilder, herunder økonomiske hensyn, og derfor er der behov for en fælles betegnelse (forholdets natur) for disse.

Forholdets natur kan komme til at spille en stor rolle ved anvendelsen af fuldstændighedsklausuler. Der kan opstå konkrete situationer hvor det, at lade fuldstændighedsklausulen få fuld virkning efter anvendelsen af de andre retskilder, vil give så skævt et resultat, at domstolene må lægge vægt på forholdets natur for at afgøre sagen med et rimeligt resultat. Forholdets natur giver mulighed for at inddrage flere fornuftige og logiske argumenter samt lægge vægt på helt særlige hensyn når det er nødvendigt, og dette vil domstolene fortsætte med at gøre selvom parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul. Domstolene vil derfor stadig medtage forholdets natur i deres afgørelser, hvilket åbner op for, at domstolene kan medtage hensyn til andet end selve kontrakten og dette vil være på trods af parternes medtagelse af en fuldstændighedsklausul i deres kontrakt. Hvis parterne havde mulighed for at bestemme, hvad domstolene skal tage med i deres overvejelser, vil parterne kunne udarbejde nogle fuldstændighedsklausuler, der ikke er rimelige for den ene part, og dette vil i det lange løb ikke være tilfredsstillende for hverken parterne eller samfundet, hvis der ikke var mulighed for at tilsidesætte en urimelig fuldstændighedsklausul eller medtage hensyn, som parterne har søgt at fraholde bevisførelsen ved medtagelsen af fuldstændighedsklausulen.

## ***Fuldstændighedsklausulen og fri bevisførelse***

### **Fri bevisførelse**

Det fremgår af retsplejelovens § 344, at parterne ved en sag kan fremlægge og anvende alle de beviser, som de mener, er relevante for at domstolene kan finde frem til det mest retfærdige og rimelige udfald af sagen. Dette betyder, at vi i dansk ret har et princip om fri bevisførelse og det er helt op til parterne i samråd med deres advokater at finde frem til, hvad de vil fremføre som bevis for deres påstande

---

<sup>38</sup> Se fx Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø. Retskilder og retsteorier, side 173

i retten. Dette medfører at alle dokumenter der kan påvirke sagens udfald kan være bevismateriale.

*”Hvis parterne ikke er enige om, hvordan et hændelsesforløb, der har betydning for den retlige bedømmelse, har været, må retten vælge en bestemt antagelse, og den part, der ønsker at påvirke dette valg, må føre bevis.”<sup>39</sup>*

Dette citat viser tydeligt, at det har stor betydning for parternes mulighed for at vinde sagen, at de kan fremføre alle de beviser de mener, kan være med til at klarlægge det faktiske hændelsesforløb. Hvis en part ikke fremfører et eventuelt vigtigt bevis kan dette medføre, at den anden part vinder sagen, selvom den første part havde en god chance for det. At parterne har ret til at fremføre alle de beviser, de vil, betyder ikke at dommerne er bundet eller begrænset af dette, men skal finde frem til det rigtige resultat ved hjælp af deres indsigt og erfaring. En vigtig del af den frie bevisførelse er, at parterne selv kan afgive forklaring og afhøre modparten, hvilket kan være til stor hjælp for finde ud af, hvad det faktiske hændelsesforhold er. Parternes forklaring kan ved fortolkningstvister ofte være med til at kaste lys over sagen. Dette kan især være tilfældet, hvis der ikke er mange skriftlige beviser, men parterne før kontraktens indgåelse har haft mange og lange samtaler om indholdet, der ikke er blevet skrevet ned. At der er fri bevisførelse betyder også, at parterne ikke kan forhindre hinanden i at fremlægge bevis for hver deres påstande. Har parterne før de er endt i retten forsøgt sig med forligsforhandling, er det muligt at fremsætte protest mod at disse dokumenter bliver fremlagt som beviser. Dette kan forklares med at man ikke skal stilles værre eller bedre ved at kunne fremvise forslag fra modparten, der kan være med til at svække hans sag betydeligt. Det skal ikke være sådan, at han bruger forligsforhandling til at få den anden part til at fremsætte forslag for senere at bruge dem imod ham i en retssag. Den vurdering domstolen skal foretage efter parterne har fremlagt deres beviser, er ikke reguleret i nogen lov. Det vil sige, at det er op til retten at skønne hvor stærke og troværdige både beviser og vidner er.

---

<sup>39</sup> Bernhard Gomard og Michael Kistrup. Civilprocessen, side 558.

### *Fuldstændighedsklausulens indflydelse på den frie bevisførelse*

Parternes anvendelse af en fuldstændighedsklausul stiller spørgsmålet om i hvilket omfang fuldstændighedsklausulen begrænser bevisførelsen. Det må naturligvis afhænge af omstændighederne ved hver konkrete sag, men som tidligere nævnt har formuleringen af fuldstændighedsklausulen stor indflydelse på dette. I tilfælde af en tvist må domstolene først og fremmest sikre sig at fuldstændighedsklausulen er gyldigt vedtaget. Det vil sige, at klausulen er bindende for begge parter. Dernæst må omfanget af klausulen fastlægges. Princippet om fri bevisførelse efter retsplejelovens § 344 må antages at have forrang for de bevisaftaler parterne vælger at medtage i kontrakten. I henhold til aftalefriheden betyder det, at de materialer og lignende, der efter en almindelig sproglig forståelse af klausulen er undtaget, i al effekt vil være udelukket fra parternes bevisførelse. Selvom princippet om fri bevisførelse fører til at forhandlingsmateriale kan medtages, vil den part, der påberåber sig fuldstændighedsklausulen, have en bevisformodning for sig, der betyder at kontrakten skal forstås i overensstemmelse med ordlyden<sup>40</sup>. Lidt sværere bliver det at afgøre, om andet materiale uanset at det ikke umiddelbart kan læses som undtagelser i fuldstændighedsklausulen skal udelukkes fra bevisførelsen. Som nævnt i sidste afsnit kan det være tilfældet, at parterne har en særlig forståelse af klausulens omfang på baggrund af deres tidligere samarbejde. Der er ingen tvivl om at så vidt parterne er enige om forståelsen, får denne forståelse forrang for den almindelige sproglige forståelse. Det kan dog være tilfældet, at parterne har hver deres forståelse af klausulens omfang, og det må så være op til den part, hvis forståelse afviger fra den almindelige sproglige forståelse, at føre bevis for at begge parter havde denne forståelse ved aftalens indgåelse.

Et andet spørgsmål, der opstår i forbindelse med anvendelsen af fuldstændighedsklausuler ved de danske domstole er hvorvidt klausulen har effekt som en generel regel eller en speciel regel mellem parterne. Man kunne forestille sig at parterne anvendte en gængs formulering som i de tidligere angivne eksempler fra fx expertlaw.com. Spørgsmålet er om denne anvendelse har så vidtgående betydning, at fuldstændighedsklausulen har det omfang, der ses i definitionen af klausulen eller om omfanget er begrænset alene til det, der kan læses ud af fuldstændig-

---

<sup>40</sup> Mads Bryde Andersen. Grundlæggende aftaleret, side 344

hedsklausulen i hver situation. Vi har tidligere redegjort for en del eksempler på fuldstændighedsklausulens formulering, hvilket kan være meget forskellige. Brugen af klausulen i praksis viser således, at klausulen kan have vidt forskellig betydning afhængigt af parternes hensigt. Muligheden for at formulere fuldstændighedsklausulen efter parternes behov i hvert tilfælde taler således for det svar, der også umiddelbart giver bedst mening. Det må således betyde at klausulen alene får betydning i forhold til parternes bevisførelse i det omfang, der direkte kan læses ud fra formuleringen af klausulen samt kan bevises som værende parternes hensigt med klausulen ved aftalens indgåelse. Denne sidste konstatering har især betydning i sammenhæng med den tidligere nævnte mulighed for at medtage en hensigtserklæring i kontraktens præambel. Det vil være ret selvmodsigende, hvis man skal anvende forhandlingsmateriale til at afgøre omfanget af en klausul, der har som primært formål at udelukke forhandlingsmaterialet ved bevisførelsen i tilfælde af en retlig tvist. Det styrker således argumentet for at tage en sådan hensigtserklæring med, så der ingen væsentlig tvivl er om parternes baggrund for at medtage klausulen. Det giver samtidig domstolene bedre mulighed for ved fortolkning at se på kontrakten som en helhed frem for enkeltvis ordlydsfortolkning af hver bestemmelse i kontrakten.

En fordel for parterne ved at medtage en fuldstændighedsklausul og således afskære muligheden for at føre visse former for bevis, herunder forhandlingsmateriale er, at det kan lette stemningen ved forhandlingen i mange situationer og således være med til at sørge for at parterne har bedre mulighed for at koncipere den bedst mulige kontrakt. Dette er tilfældet, fordi mange forhandlinger kan gå i stå når parterne holder sig tilbage i frygt for at sige noget, der senere kan bruges imod dem. Ved at aftale fuldstændighedsklausulen fra start kan det løsne op for denne frygt, og give mulighed for at parterne kan kaste tanker og idéer ud over forhandlingsbordet og på den måde skabe et åbent samarbejde, der er til gavn for begge parter. Dette ræsonnement kan blandt andet udledes i spilteorien. Vi vil komme ind på denne diskussion i kapitel 3.

## **Fuldstændighedsklausulen og voldgiftsretten.**

Hvis parterne ikke ønsker at anvende den traditionelle tilgang til tvistløsning ved domstolene har de mulighed for at aftale, at tvisten i stedet skal løses ved voldgiftsretten. Har parterne indgået en gyldig aftale om voldgift, skal domstolene afvise enhver tvist, der er omfattet af voldgiftsaftalen. En god grund til at vælge voldgiftsretten er, at det ofte vil tage meget kortere tid at få afgjort sagen. En undersøgelse, som Retsplejerådet har foretaget, viser at hovedårsagerne til at voldgift vælges er, at afgørelsen træffes af personer, der er særlige kyndige inden for det område, som tvisten er opstået i og fordi parterne selv er med til at udpege voldgiftsdommere<sup>41</sup>. Dette kan få stor betydning, hvis der er tale om sager vedrørende fuldstændighedsklausuler, som de danske domstole på nuværende tidspunkt som nævnt ikke har det store kendskab til. Det vil være en stor fordel for parterne, der anvender en fuldstændighedsklausul, at dem, der skal fortolke disse klausuler, har kendskab til dem. På denne måde vil parterne have større sikring for at fuldstændighedsklausulen vil få effekt efter hensigten. Det, at parterne selv er med til udpege voldgiftsdommere betyder, at de har en større sikkerhed for at fuldstændighedsklausulen får fuld effekt i parternes indbyrdes forhold. Det, at der anvendes voldgiftsdommere, der har stor ekspertise inde for en bestemt branche, vil dog ofte betyde, at det kan blive en rimelig bekostelig affære.

## **Parternes overvejelser om fuldstændighedsklausuler**

En vigtig grund til at parterne vælger at anvende en fuldstændighedsklausul er for at minimere deres omkostninger ved en eventuel tvist. Er det ikke muligt for parterne at skrive fuldstændighedsklausulen klart og tydeligt uden at der løber mange omkostninger på, bør den sandsynligvis ikke medtages i kontrakten. Der vil som tidligere nævnt være en rimelig stor sandsynlighed for at de danske domstole ser bort fra fuldstændighedsklausulen, hvis den er meget uklar. Det vil være op til parterne, at bestemme om og hvordan, de vil anvende en fuldstændighedsklausul, ud fra deres omkostninger til kontrakten og eventuel bevisførelse. De skal dog have med i deres overvejelser, at deres beslutning vil påvirke måden hvorpå deres kontrakt bliver fortolket af de danske domstole. Man kan hurtigt forestille sig, at

---

<sup>41</sup> Bjørn Saltorp og Erik Werlauff. Kontrakter, side 245

der vil opstå situationer, hvor parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul, men der er forhold i kontrakten, der har ændret sig drastisk. Er der tale om en længerevarende kontrakt, vil det være naturligt at fremstillingspriserne vil falde eller stige. I sådanne tilfælde kan det være svært for de danske domstole at anerkende en fuldstændighedsklausul, da der fx gennem 20 år vil være ændringer i udbud og efterspørgsel, der gør at priserne på et senere tidspunkt ikke står mål med virksomhedernes omkostninger. Vi mener, at domstolene skal acceptere, at der er aftalefrihed, men på den anden side skal det ikke være muligt for den ene part at fastholde kontraktbestemmelser, der er urimelige eller direkte tabsgivende for den anden part. Er der tale om en ændring, der medfører tab for en af parterne, vil det ikke være rimeligt at opretholde fuldstændighedsklausul, og de danske domstole vil se bort fra fuldstændighedsklausulen på dette vilkår. Da det ikke er muligt, at forudsige fx fremstillingspriserne vil det være naturligt, at parterne løbende genforhandler om dette, så der hele tiden er balance mellem begge parter. Det vil være op til parterne at finde frem til om det økonomiske bedst kan betale sig af genforhandle eller få løse tvisten ved en domstol. Her skal parterne også have med i deres overvejelser, at det kan tage rigtig lang tid at få afgjort en sag ved domstolene. Ofte vil det være sælger, der skal betale for de prisstigninger, der eventuelt vil opstå og køber vil ikke altid være med til at betale en tilsvarende prisstigning og henviser derfor til fuldstændighedsklausulen i kontrakten.

Parterne skal derfor ved anvendelse af en fuldstændighedsklausul både se på deres omkostninger til koncipering og deres forventede tvistomkostninger, men domstolene skal også være i stand til at træffe en rimelig afgørelse ud fra de beviser, der bliver fremlagt. Mener domstolene ikke, at de er i stand til at træffe en afgørelse ud fra kontrakten, vil de kræve, at parterne fremfører flere beviser, og dermed tilsidesætter fuldstændighedsklausulen, da domstolene vil vurdere, at der vil være for stor sandsynlighed for, at de træffer en forkert beslutning. De danske domstole vil hellere tvinge parterne til at fremføre flere beviser end de vil træffe en beslutning på baggrund af uklare beviser, der ikke giver et rimeligt resultat.

## **Juridisk konklusion**

Parterne kan ved en fuldstændighedsklausul som udgangspunkt indskrænke de fortolkningsbidrag, som domstolene skal tage med i deres overvejelser, når de skal fortolke en kontrakt. Det er dog ikke op til parterne at bestemme, hvilken fortolkningsmetode, domstolene skal anvende for at løse tvisten. Parterne kan forsøge at påvirke domstolenes afgørelser ved at udforme en fuldstændighedsklausul, der er så klar og tydelig, at domstolene vil anerkende den. Der vil dog stadig være forskellige måder at fortolke kontrakten på i lyset af fuldstændighedsklausulen. Det vil næppe være et spørgsmål om de danske domstole altid vil acceptere eller tilsidesætte en fuldstændighedsklausul, men derimod i hvilken grad domstolene vil lade klausulen gælde ud fra konkrete hensyn i specifikke situationer. Så længe begrebet i dansk ret er så nyt som det er nu, vil domstolene med al sandsynlighed, hvis der er den mindste tvivl om, hvorvidt de når det mest rimelige resultat ved at acceptere fuldstændighedsklausulen, vælge at vurdere forhandlingsmaterialet og lignende før de vurderer om resultatet kan nås ud fra ren fortolkning af kontrakten. Parterne kan ved at anvende PECL til en vis grad tvinge domstolene til at fortolke i overensstemmelse med en fuldstændighedsklausul, idet det klart fremgår af PECL artikel 2:105, at en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul skal accepteres. Aftales CISG som baggrund for aftalen, og det antages her at del II anvendes, bør parterne skrive i kontrakten, at de fraviger artikel 8, da der ellers vil være konflikt mellem anvendelsen af fuldstændighedsklausulen og artikel 8. Det er dog ikke et problem at fravige artikel 8, da CISG er deklatorisk.

Hvis der er en tvist mellem parterne om en bestemmelse i en kontrakt, der indeholder en fuldstændighedsklausul, men samtidig har huller på det område, hvor tvisten er opstået, medfører en fuldstændighedsklausul ikke, at domstolene er afskåret fra at udfylde disse klausuler med den relevante baggrundsret ud fra den retsdogmatiske metode. Det er ikke muligt at have én definition og udformning af en fuldstændighedsklausul idet klausulen, for at have største sandsynlighed for at blive accepteret i dansk ret, er nødt til at være individuelt forhandlet. Det vil være op til parterne, når de står i situationen, at finde frem til hvilken formulering af fuldstændighedsklausulen, der passer bedst til netop deres kontrakt. Anvender parterne en fuldstændighedsklausul, der er meget uklar, vil der være større

sandsynlighed for at domstolene ikke vil fortolke kontrakten i overensstemmelse med parterne hensigt, hvis klausulen alligevel accepteres. Der vil dog altid være en vis risiko for, at en aftalt fuldstændighedsklausul ikke vil få betydning for udfaldet af tvisten.

## Kapitel 3

### En integreret diskussion

I dette kapitel vil vi forsøge at binde de juridiske diskussioner og konklusioner sammen med den retsøkonomiske teori. Vi starter med at gennemgå hvilke generelle retsøkonomiske fordele, der kan være ved at anvende en fuldstændighedsklausul. Vi diskuterer herefter teorien om den optimale fortolkningsmetode i lyset af en fuldstændighedsklausul. Dernæst diskuterer vi de danske domstoles tilgang til fuldstændighedsklausulen i lyset af retsøkonomisk teori. Herefter vil vi opstille en oversigt over hensyn, som en virksomhed skal vurdere ved vurderingen af hvilke type fuldstændighedsklausul, der skal medtages. Til sidst i kapitlet vil vi lave en model, der bygger på den gennemgåede teori og giver en oversigt over fuldstændighedsklausulens påvirkning af parternes omkostningsvurdering.

#### **Baggrund for at anvende fuldstændighedsklausulen**

I det følgende vil vi komme ind på de retsøkonomiske fordele, der kan være ved anvendelse af en fuldstændighedsklausul. En stor del af de forhandlinger som parterne har ex ante bundet i at parterne ønsker at forudsige, hvad udfaldet af deres samarbejde vil være. Det er denne form for forudsigelighed, der kaldes retsvished.

*“The use of a ”merger clause” in a contract is often deemed by the parties to create more certainty in their contractual relation. This is the main reason for the growing use of this type of clauses in business to business contracts.”<sup>42</sup>*

Parterne forsøger ved anvendelse af en fuldstændighedsklausul at opnå retsvished forstået på den måde, at de på forhånd vil vide, hvilke beviser en domstol vil tage med i dens overvejelser ved en eventuel tvist. Der vil dog altid være en vis sandsynlighed for at domstolen vælger at inddrage andet bevismateriale eller at domstolen fejlfortolker kontraktens bestemmelser på trods af fuldstændighedsklausulen. Om parterne kan eller vil opnå en høj grad af sikkerhed og forudsigelighed afhænger af, hvad det vil koste at opnå dette.

Når parterne vælger at anvende en fuldstændighedsklausul kan det samtidig være et udtryk for, at virksomhederne ønsker at styre deres agenter. I det følgende

---

<sup>42</sup> Lars Gorton. Merger clauses in business contracts, side 1

forestiller vi os en IT virksomhed, der indgår kontrakter om levering af IT systemer til andre virksomheder. Principalen er IT virksomheden og agenten er den forhandler der på IT virksomhedens vegne skal forhandle sig frem til en kontrakt med den anden virksomhed, der køber systemet. Et principal-agent problem opstår, når principalen ikke kan observere om agenten handler i overensstemmelse med principalens interesse. Dette problem kan især opstå ved kontraktforhandling, da virksomheden ikke er i stand til at overvære alle forhandlinger, som agenten fører. Ofte vil principalen have flere agenter til at forhandle de kontrakter, der er nødvendige, og der kan derfor opstå uoverensstemmelser mellem det, som principalen ønsker skal indgå i kontrakten, og det som dens agenter har givet udtryk for til den anden part. Anvendelse af en fuldstændighedsklausul kan være med til at mindske de kommunikationsproblemer, der kan opstå mellem principalens interesser, og det som agenten formidler til kunden. Virksomheden kan ved at aftale en fuldstændighedsklausul fra start styre agenten, således at de ikke blive bundet på samme måde af forhandlingsmaterialet som de ellers ville. Dette er dog ud fra den betragtning, at fuldstændighedsklausulen anvendes efter dens formål. Principalen kan være sikker på, at agentens mundtlige salgsargumenter og eventuelle løfter ikke er en del af den endelige kontrakt, som virksomheden skal godkende, ved anvendelse af en fuldstændighedsklausul. På denne måde, er principalen sikker på ikke at blive bundet af udtalelser fra en lidt for ”kreativ” agent.

Når virksomheder forhandler kontrakter vil deres størrelse ofte spille en rolle. En stor virksomhed kan være fristet til ved forhandlingerne at presse en mindre virksomhed til at indgå en aftale, der er ufordelagtig for den mindre virksomhed. Når ulige parter indgår aftaler, der indeholder en fuldstændighedsklausul kan være svært for den mindre virksomhed at bevise at den store virksomhed forsøgte at presse en aftale igennem, hvis dette kun fremgår af forhandlingsmaterialet. Domstolene kan ved deres fortolkning tage med i deres overvejelser, at der er tale om en tvist mellem to virksomheder af meget forskellig størrelse. Er der så stor forskel, at man kan tale om, at det er ensidige og ikke individuelt forhandlede vilkår i kontrakten kan det få den virkning, at der ses bort fra fuldstændigheds-

klausulen fordi domstolene vurderer, at den mindre virksomhed ikke har haft indflydelse på indholdet af kontrakten.

## **Fortolkning i retsøkonomisk perspektiv**

### *Antagelsen om rationalitet*

Der antages rationelle parter generelt i den retsøkonomiske teori, hvilket i høj grad er omdiskuteret i litteraturen. Der er bred enighed om at personer søger at handle rationelt og i en vis grad også gør det. Det vil dog sjældent være tilfældet at personer handler fuldt ud rationelt i alle forhold af mange årsager, herunder at de mangler information eller er påvirket af eksternaliteter, men det kan også være helt grundlæggende årsager. Det er sjældent muligt for personer at gennemskue de fulde konsekvenser af deres handlinger og beslutninger, uanset om der er tale om et individ eller en virksomhed, der skal tage beslutningerne. Dette diskuteres meget i det behavioralistiske syn på retsøkonomi. Vi har dog valgt ikke at gå dybt ind i denne diskussion, da den primært vil have effekt i et forbrugerforhold og vil blive for generel en diskussion i forhold til opgavens omdrejningspunkt. Man kan sagtens forestille sig, at en virksomhed, og især en mindre virksomhed, vil have samme problem som en forbruger med at gennemskue konsekvenserne af dennes handling, men der vil være helt andre bagvedliggende årsager end i forbrugerforholdet. Den gennemsnitlige virksomhed vil bestå af flere individer som samlet beslutningstager, hvor der i almindelighed kan antages at sidde mindst én person, og sandsynligvis også flere, der vil være uddannet til at tage beslutningerne, vurdere risici og dermed i rimelig grad være i stand til at gennemskue konsekvenserne af beslutningerne. Fra en virksomheds synsvinkel vil det derfor almindeligvis være på grund af asymmetrisk information og lignende, at konsekvenserne ikke vurderes korrekt. Men i kraft af en bedre evne til at vurdere risici ved beslutningerne, giver det ikke mening at diskutere rationalitetsantagelsen på samme måde som i forbrugerforhold i forhold til emnet i denne afhandling.

### *Ufuldstændige kontrakter*

Det er vigtigt, at sondre mellem hvorvidt domstolene skal fortolke eller udfylde kontrakten som vi også diskuterede i den juridiske gennemgang. En kontrakt skal udfyldes, hvis der opstår en situation, der ikke er taget hensyn til i kontrakten. Kontrakten skal derimod fortolkes hvis der er taget højde for situationen i

kontrakten, men der kan være tvivl om en bestemmelse er medtaget med den intention at den skulle få retsvirkning i denne situation, eller tvivl om præcis hvilket omfang bestemmelsen har. Denne adskillelse lyder enkel, men i praksis kan der være meget tvivl om hvorvidt en kontrakt i en bestemt situation skal fortolkes eller udfyldes. Dette er også diskuteret i den juridiske gennemgang i kapitel 2. Retsøkonomisk set udfolder denne problemstilling sig i en diskussion af begrebet fuldstændige kontrakter. Det accepteres generelt i den retsøkonomiske teori, at kontrakter sjældent er fuldstændige, men der kan være stor forskel på, hvornår en kontrakt anses for fuldstændig eller ufuldstændig. For at holde begreberne adskilt vælger vi at følge Shavell's tankegang i hans artikel<sup>43</sup>, der opstiller 3 forskellige kontrakter. Den første er en fuldstændig detaljeret kontrakt, hvori der er specificeret følgerne af alle mulige situationer, der kan opstå som følge af kontraktforholdet. Den anden er en fuldstændig generel kontrakt<sup>44</sup>, hvori der er opstillet generelle regler, der vil finde anvendelse på flere forskellige mulige situationer, der kan opstå. Den tredje er en ufuldstændig kontrakt, der indeholder huller som domstolene vil være nødt til at udfylde, hvis der opstår en situation, der ikke er taget højde for i kontrakten. Der vil sandsynligvis være tale om, at domstolene skal fortolke den første kontrakt og udfylde den tredje. Det er sværere at afgøre i den anden kontrakt. Der kan opstå en situation, hvor et generelt vilkår umiddelbart kan finde anvendelse på en uforudset situation, men hvor det vil være uhensigtsmæssigt over for parterne at lade vilkåret gælde. Her må der tages hensyn til parternes baggrund for at medtage vilkåret. Ofte medtager parterne et generelt vilkår for at undgå huller i kontrakten og samtidig tilkendegive deres fælles vilje. Det vil derfor være urimeligt at fastholde parterne til vilkåret, hvis det er klart, at parterne ville have aftalt et andet vilkår, såfremt de havde forudset situationen. Der vil dog stadig være en vis sandsynlighed for, at domstolene til en vis grad vil lade vilkåret gælde ud fra hensynet om at lade det skrevne ord gælde og dermed skabe incitament til fremtidige parter kontraktindgåelser. På den anden side kan det også være tilfældet, at parterne rent faktisk har ønsket at lade vilkåret gælde uanset hvilken situation, der skulle opstå. I dette tilfælde kan det være en mulighed for parterne at indsætte en "ingen fortolkning"s option til den pågældende

---

<sup>43</sup> Steven Shavell. On the writing and the interpretation of contracts

<sup>44</sup> Udtrykket er frit oversat. Shavell kalder denne kontrakt obligatorily complete.

bestemmelse således, at den ene part kan vælge at domstolen skal lade bestemmelsen finde anvendelse. Der er således fordele og ulemper ved at fylde kontrakten ud med en masse generelle bestemmelser. Ud fra den betragtning, at en kontrakt meget sjældent vil være fuldstændig detaljeret, idet fremtiden ikke kan forudsiges i alle tilfælde samt at det ville være uforholdsmæssigt dyrt at koncipere en fuldstændig detaljeret kontrakt, vil den logiske deduktion på dette være, at balancere de tre mulige kontrakter. Dette vil ske ved at man medtager en del specifikke bestemmelser ud fra en vurdering af, hvad der er vigtigst for én at regulere i kontrakten, og samtidig medtager en del generelle bestemmelser. Men det vil med al sandsynlighed være umuligt at undgå nogle huller i kontrakten og man må derfor i en vis udstrækning satse på at domstolene er i stand til at vurdere, hvornår kontrakten skal udfyldes, og hvornår den skal fortolkes. Som det vil fremgå i den senere diskussion af Shavell's artikel, kan det også være en stor fordel for virksomhederne at lade deres kontrakter være ufuldstændige med vilje. Omvendt vil det samtidig gælde, at parterne nødvendigvis bør overveje nøje hvilke specifikke vilkår, de medtager i kontrakten, idet det ikke vil være optimalt, at domstolene fortolker væk fra dette, så længe meningen med bestemmelsen er klar.

### ***Optimal fortolkning***

Vi har valgt at strukturere dette afsnit således, at vi diskuterer den optimale fortolkningsmetode i retsøkonomisk teori, ved først kort at gennemgå Coase teoremet og diskutere dette ud fra fortolkningsprincipperne i dansk ret. Herefter kommer vi ind på Posner's teori om optimal fortolkning og diskuterer denne i lyset af dansk ret og anvendelsen af fuldstændighedsklausuler. Vi kommer herefter kort ind på CISG og PECL. Vi vil dernæst gennemgå Shavell's syn på optimal fortolkning og dennes effekt på virksomheders kontraktindgåelse, herunder en kort gennemgang af Shavell's model. Til slut kommer vi kort ind på andre forhold, der kan have indflydelse på fortolkning i praksis.

### ***Coase***

Ifølge Coase teoremet vil rationelle parter indgå en Pareto-optimal kontrakt når der ikke er transaktionsomkostninger og under fuld information. Hvis man således følger tankegangen bag den almindelige retsøkonomiske teori, hvori der antages rationelle parter og Coase teoremet finder anvendelse kan det forklare hvorfor

parternes faktiske vilje, så længe den kan findes, altid bør trumfe en eventuel fortolkning af kontrakten. I virkeligheden vil der dog altid være transaktionsomkostninger, eksternaliteter og ufuldkommen information. Coase teoremet tilpasser sig til dette i kraft af at Coase siger, at den optimale kontrakt findes ud fra hvad parterne ville have aftalt, hvis der ikke var transaktionsomkostninger og de havde forudset situationen. Dette er udtryk for parternes hypotetiske vilje.

Når en tvist over kontraktens indhold finder vej til domstolene vil det som oftest være på baggrund af, at parternes faktiske vilje ikke kan udledes. Det retsøkonomiske princip for fortolkning går ud på at domstolene bør udlede parternes hypotetiske partsvilje. I kraft af Coase teoremet, hvorefter der kun vil findes én pareto-optimal kontrakt betyder det, at parternes hypotetiske vilje bør gå forud for en ren ordlydsfortolkning. Selve logikken bag dette synspunkt er rimelig enkelt at forstå, det er nærmest en sikring mod at man har fået skrevet noget på en forkert måde, og at der derfor skal gives lov til at teksten skal læses, som den var oprindeligt ment. Men i praksis kan det give flere problemer. Når en tvist først er nået til domstolene, må det antages at parterne ikke er enige om, hvad den oprindelige mening var, idet de ellers ikke ville lade sagen komme så vidt, da de blot kunne aftale sig ud af misforståelsen. Det vil sige, at man står i en retssag, hvor hver part har sin forståelse af en aftalt bestemmelse. Hvis bestemmelsen er formuleret klart, så der ud fra en almindelig forståelse af ordenes sammensætning fremgår en tydelig angivelse af meningen vil domstolene kræve gedigent bevis for at bestemmelsen skulle forstås på anden måde. Dette må især gælde, hvis den klare formulering er i overensstemmelse med den ene parts forståelse. Der kan selvfølgelig gælde undtagelser i praksis hvor fx forholdets natur kunne have så stor indflydelse at bestemmelsen tillægges anden virkning, men generelt må man kunne stole på kontraktens ord. Der må samtidig tages hensyn til at domstolene har samfundsmæssige aspekter for øje og således vil ønske at skabe incitament for fremtiden således, at parter generelt sørger for at formulere kontrakten så klart og tydeligt som nødvendigt for forståelsen. Den hypotetiske partsvilje vil i dansk ret således ikke uden videre gå forud for parternes faktiske vilje som den er formuleret i kontrakten.

### ***Posner om optimal fortolkning***

Posner forsøger i sin artikel<sup>45</sup> at vise, hvordan økonomien kan bruges til at hjælpe domstolene med at belyse forskellene mellem de forskellige fortolkningsmetoder. Årsagen til at en kontrakt skal fortolkes kan være, hvis fx parterne ubevidst har et klodset ordvalg i kontrakten, så den er tvetydig eller ingen mening giver. Det er samtidig nærmest umuligt at skrive fuldstændige kontrakter på grund af uforudsigelig fremtid og behov. Selv hvis parterne var i stand til at forudsige fremtiden og dermed skrive fuldstændige kontrakter kan de stadig rationelt beslutte ikke at medtage visse bestemmelser af forskellige årsager. Ofte er baggrunden for at holde kontrakten kort at holde omkostningerne til forhandling og koncipering lave. Det kan også være parterne har stor tiltro til at visse situationer ikke vil opstå eller at situationerne ikke vil skabe uenighed. Det kan også være, at parterne ganske enkelt "agree to disagree", det vil sige, at de ikke kan blive enige og derfor vælger at stole på at problemet kan løses senere, hvis det skulle opstå.

Formålet med at fortolke er, at minimere kontraktmæssige transaktionsomkostninger, og dermed fjerne hindringer, der er skyld i at parterne ikke frivilligt har mulighed for at allokere deres ressourcer til det sted, hvor der sker værdimaksimering. Posner redegør i sin artikel for fire fremgangsmåder hvorpå domstolene kan fortolke kontraktvilkår. Den første og bedste måde er, at finde parternes vilje, det vil sige, det som de enten har aftalt med uklar formulering eller det, de ville have aftalt, hvis de havde forudset situationen. Dette kan dog let blive meget omkostningsfuldt at gøre. Den anden måde er at vælge den mest økonomisk efficiente løsning under den antagelse, at dette ville parterne have gjort. Dette vil dog være en svær regel at føre ud i praksis, da man i virkelighedens verden næppe kan forestille sig, at andre end parterne selv har fuld viden om deres egen økonomiske situation og dermed vurdering af hvad, der er økonomisk efficient for dem. Den tredje måde er at fastlægge en regel for fortolkning. Et eksempel på dette i dansk ret er uklarhedsreglen. Posner nævner også muligheden for at man kan vælge at fortolke vilkåret imod den, der forsøger at håndhæve dette. Dette er en klar billig løsning og vil i nogle tilfælde være optimal, men den har klart færrest fordele i forhold til de andre måder, idet en konsekvent anvendelse af en sådan

---

<sup>45</sup> Richard Posner. The law and economics on contract interpretation

regel, vil afskære domstolene fra at være i stand til at tage hensyn til de særlige omstændigheder i sagen og dermed komme længere væk fra parternes vilje. Den fjerde måde er en kombination af den første og den tredje måde. Man antager, at kontrakten er den fuldstændige aftale mellem parterne og intet andet kan afgøre hvordan kontrakten skal fortolkes. Domstolene skal derefter foretage en ren semantisk analyse af kontrakten. Denne metode vil umiddelbart svare til, hvordan parterne ønsker, at domstolene skal fortolke kontrakten, såfremt de har medtaget en fuldstændighedsklausul. Metoden vil sandsynligvis være den metode, der har flest fordele og samtidig have forholdsvis lave omkostninger i forhold til den første metode, hvor det optimale er at finde parternes vilje. Posner siger at den hypotetiske partsvilje er den optimale fortolkningsmetoder, men understreger at dette i praksis ikke altid vil være muligt. Han kommer dog med alternative løsninger, hvoraf den fjerde metode foretrækkes, men i praksis vil dette nok meget afhænge af sagens omstændigheder. Fx kan den tredje metode i dansk ret være meget anvendelig når der er tale om klare standardvilkår, der kan fortolkes efter uklarhedsreglen, men sagerne vil jo i praksis ofte være langt mere indviklede for domstolene at afgøre. Man kan forestille sig en sag, der kommer for domstolene i Danmark, hvori parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul, hvilket som udgangspunkt afskærer bevisførelse for forhandlingsmateriale og hvor parternes vilje således ikke kan udledes af de foreliggende beviser fordi parterne er uenige. Overvejelserne vil så gå på efter Posner's metode om der er en fortolkningsregel, der kan finde anvendelse på problemet. Hvis der er en fortolkningsregel, der kan løse sagen og give et for dommerne at se umiddelbart rimeligt resultat, så vil de sandsynligvis lade denne finde anvendelse og dermed ty til Posner's tredje metode. Vil fortolkningsreglen derimod medføre et efter dommernes vurdering urimeligt resultat for en eller begge parter vil domstolene som diskuteret i den juridiske analyse næppe lade sig binde af fuldstændighedsklausulen i større omfang end de stadig kan inddrage andre hensyn eller forhandlingsmateriale i det omfang, de således vil nå et rimeligt resultat.

### ***Retsøkonomisk syn på CISG artikel 8 og PECL***

CISG anvendes af mange parter, der handler på det internationale marked, og den anerkendes af domstolene i de lande der har ratificeret CISG. Den er således udtryk for en almindelig tilgang til problemstillinger vedrørende internationale køb. CISG's artikel 8 indeholder som nævnt i den juridiske gennemgang en fortolkningsregel, der således i høj grad finder anvendelse når domstolene skal afgøre konflikter vedrørende tvister om kontrakter, der har valgt CISG til at regulere partsforholdet<sup>46</sup>. PECL anvendes ligeledes af mange kontraherende parter og er samtidig udtryk for en form for fælles europæisk tilgang til kontraktretten, herunder fortolkning.

Fra et retsøkonomisk synspunkt er CISG artikel 8 udtryk for en generel enighed om optimal fortolkning. Som tidligere nævnt antages det i retsøkonomien, at parternes hensigt skal findes hvis det er muligt for at fortolke kontrakten optimalt. Hvis dette ikke er muligt må man se på, hvad en rationel person i samme situation som parterne ved aftalens indgåelse, ville have aftalt. Artiklens stykke 3 må også siges at være i overensstemmelse med den brede enighed i retsøkonomiens syn på fortolkning, som den er gennemgået idet denne blot præciserer hvilken form for materiale, der kan være med til at finde parternes vilje. Så længe den optimale fortolkning er parternes hensigt må det med retsøkonomiske øjne være uanset hvilket materiale, der anvendes til at finde denne, så længe der er tilstrækkelig bevis for materialet og det ikke er for omkostningsfuldt.

Essensen af PECL's fortolkningsregler er stort set det samme. Parternes fælles vilje er det centrale udtryk i begge regelsæt og PECL artikel 5:101 angiver endvidere direkte, at parternes fælles vilje står over kontraktens ordlyd, hvilket er i klar overensstemmelse med det traditionelle retsøkonomiske syn på optimal fortolkning som tidligere diskuteret. Bestemmelsen er således udtryk for en værdimaksimerende tankegang. Artikel 5:102 (a) angiver, at der som udgangspunkt skal tages hensyn til forhandlingsmaterialet ved fastlæggelse af parternes fælles vilje. Retsøkonomisk må der afvejes flere aspekter for at afgøre, hvorvidt der bør tages hensyn til forhandlingsmaterialet og om det er efficient at medtage. Det må således vurderes, hvor meget information forhandlingsmaterialet giver domstolene til at

---

<sup>46</sup> Det antages til denne diskussion, at parterne har aftalt, at lade hele CISG gælde i retsforholdet. Dette er som nævnt nødvendigt, da Danmark ikke har ratificeret CISG del II.

afgøre sagen, hvor dyrt det er at fremkomme med beviset for dette og hvor sikkert forhandlingsmaterialet er. Med sikkert forhandlingsmateriale mener vi, at det er muligt at parterne har forhandlet om en situation, men senere bevidst er gået væk fra denne forhandling eller har ændret holdning. Der vil i dette tilfælde være risiko for at ændringen ikke kan bevises og udgangspunktet godtages af domstolene og således kommer en part til gode, som kan være i ond tro.

Koncipistreglen i PECL artikel 5:103 kan diskuteres ud fra det synspunkt, at den kan være til hinder for at den ene part påtager sig at skrive kontrakten for at omkostningsminimere, hvis det betyder, at dette vil komme denne part til skade ved en eventuel retssag. Der kan være andre årsager end omkostningsminimering, der kan betyde at det vil være mest efficient for den ene part at udforme kontrakten efter endt forhandling. Det kunne være at den ene part har god erfaring med at skrive kontrakterne hensigtsmæssigt mens den anden part fx er ny på markedet og nødvendigvis vil være nødt til at bruge langt flere ressourcer til at skrive kontrakten. Her vil det være bedst hvis den erfarne part tager styringen med kontraktskrivningen, men denne part kan være nødsaget til at være tilbageholdende med dette af hensyn til at koncipistreglen kan medføre, at parten, der har konciperet kontrakten står dårligere ved en eventuel retstvist. Man kunne også forestille sig en situation, hvor parterne handler på et marked, hvor der er en generel standard for, hvordan kontrakter formuleres. Hvis den part, der skriver kontrakten har mulighed for at gøre kontrakten bedre ved at tænke innovativt og formulere kontrakten på en ny måde kan koncipistreglen medføre, at parten vil være tilbageholdende på grund af frygt for at domstolene vil lade koncipistreglen gælde på mulige retstvister. En løsning kan være at parterne i højere grad samarbejder om at koncipere kontrakten, hvilket nok vil ske i en del tilfælde i praksis, men det vil også være mere omkostningskrævende, hvis man ikke får andet ud af det ekstra arbejde på at koncipere kontrakten, end at koncipistreglen bortfalder. Denne diskussion fører os samtidig tilbage til den juridiske problemstilling, vi har nævnt i kapitel 2 om hvornår et vilkår er individuelt forhandlet og om det skal komme den part, der har påtaget sig at skrive kontrakten ud fra legitime efficienshensyn til skade. Selvom koncipistreglen således er skrevet med baggrund i hensyn, der ikke kan være tvivl om er legitime, fx når en part i ond tro bevidst tilsikrer sig fordele på bekostning af

den anden part, der ikke var eller burde være vidende om dette er der mange andre hensyn der således taler for at koncipistreglen ikke uden videre bør anvendes. Problemet er, at koncipistreglen bruges sporadisk efter domstolenes vurdering, og parterne kan således ikke på kontraheringstidspunktet være sikre på om reglen vil tages i brug. Dette betyder at parterne, så længe der er en risiko for at reglen kan blive anvendt, ikke vil have det rette incitament til at uddelegere koncipering af kontrakten til den part, der bedst kan skrive den.

Som nævnt i den juridiske gennemgang, anvender domstolene gyldighedsreglen i dansk ret når der er to mulige udfald, hvoraf det ene medfører at kontrakten opretholdes, det vil sige fortsat er gyldig og det andet udfald medfører at kontrakten bortfalder på grund af ugyldighed, så foretrækkes udfaldet, der medfører, at kontrakten opretholdes. En tilsvarende regel er PECL artikel 5:106. Denne regel vil Posner nok være uenig i, idet den kan sammenholdes med den situation, som han nævner i sin artikel, hvor der opstår en uløselig fejl, der ikke skyldes nogen af parterne eller begge parter er lige meget skyld i fejlen. I det tilfælde mener Posner, at det økonomisk set er bedst at give mulighed for ophævelse af kontrakten. Man skal dog være sikker på at begge parter stilles lige, da fortolkningen har til formål at straffe dem der med vilje fremkalder uklarhed i vilkårene for at opnå fordele. Man må antage, at gyldighedsreglen har baggrund i det hensyn at når parterne har lavet en aftale, så må det antages, at de har ønsket frivilligt at lade sig binde efter en gyldig aftale uanset hvor uklar kontrakten er skrevet. Vi mener derfor ikke, at man blot efter et økonomisk efficiens synspunkt som Posner fremstiller kan lade aftalen falde bort. Dette vil ikke give incitament til parterne og eventuelt andre fremtidige parter at sørge for at få skrevet kontrakterne klare fra start. Reglen vil samtidig have den effekt at fremtidige potentielle parter tænker sig om en ekstra gang før de binder sig til nogle løfter, som de ikke kender det fulde omfang af.

### ***Shavell om optimal fortolkning***

Shavell gør gældende i sin artikel, at fortolkning af kontrakten er i parternes interesse ud fra to primære argumenter. Det første er at fortolkning kan fyldestgøre ellers ufuldstændige kontrakter og det andet argument er, at det faktisk, at parterne kan forvente, at domstolene vil fortolke kontrakten giver parterne mulighed for at

skrive mere enkle og kortere kontrakter og dermed billigere kontrakter. Shavell mener, at en fortolket kontrakt kan ses som en ny kontrakt i forhold til den ikke fortolkede kontrakt. Forskellen mellem de to kontrakter angiver således værdien af domstolens fortolkningsmetode. Jo tættere domstolene er på den optimale fortolkningsmetode, jo mere ufuldstændige kan parterne lade kontrakterne være, da de alligevel vil blive fortolket efter deres hensigt. Shavell antager også at den optimale fortolkningsmetode er bedre end objektiv ordlydsfortolkning, idet den optimale fortolkningsmetode vil være i stand til at finde frem til parternes hensigt. Dette hænger også sammen med Shavells syn på de tre mulige kontrakter som tidligere nævnt, hvoraf den anden består af nogle generelle bestemmelser, der ikke altid bør anvendes, men derimod fortolkes i overensstemmelse med parternes fælles vilje. Dette betyder, at når domstolene er i stand til generelt at fortolke og udfylde kontrakter efter parternes hensigt vil det være optimalt for kontraherende parter med vilje at lade deres kontrakter være ufuldstændige, da domstolene alligevel vil fortolke dem i overensstemmelse med parternes fælles vilje. Dette vil give parterne store omkostningsbesparelser.

### ***Shavell's eksempel om fortolkningsværdi***

Vi vil nu gennemgå Shavell's eksempel, der giver en vurdering af, hvor stor effekt domstolens fortolkningsmetode kan have på parternes valg af kontrakt, det vil sige hvor detaljeret denne vil være.

Eksemplets antagelser er følgende:

- $a$  = retsfølge ( $a$  tilhører  $A$ , som er alle mulige retsfølger i kontrakten)
- $\theta$  = uforudset hændelse ( $\theta$  tilhører  $\Omega$ , som er alle mulige uforudsete hændelser)
- $E_j$  = Begivenhed: Mængde af hændelser
- $P_i$  = sandsynlighed for  $\theta_i$
- $x(\theta_i, a)$  = fælles payoff til parterne i tilfælde af  $\theta_i$  og følgehandling  $a$
- $\max x(\theta_i, a)$  = ideel bestemmelse  $a^*(\theta_i)$
- Domstolene kan bekræfte  $a$  og  $\theta$
- $t$  = type af kontraherende parter ( $t$  tilhører  $T$ , som er alle mulige typer)
- Domstolene kan ikke observere  $t$ , men  $F(t)$  = sandsynlighedsfordeling af type  $t$

- En kontrakt  $K$  listes som hændelser,  $E$  og retsfølger,  $a$ :
  - $K = \{(E_1, a_1), \dots, (E_m, a_m)\}$
  - $(E_j, a_j) =$  kontraktvilkår
- Hvis der for  $E_j$  er kun én  $\theta_i$  er det et specifikt kontraktvilkår, hvorimod hvis der flere mulige retsfølger til  $E_j$ , er det et generelt vilkår

### Selve eksemplet

En sælger og en køber indgår en kontrakt, hvor sælgeren skal lave et produkt. Sælgeren kan bruge 4 alternative materialer A, B, C, D, og der er 2 mulige hændelser,  $\theta_1$  og  $\theta_2$ . Kontraheringsomkostningen er  $\alpha$  ved at skrive et vilkår ind i kontrakten, og  $\alpha > 0$ .  $z(K) =$  antal vilkår i kontrakten  $K$  og de fulde kontraheringsomkostninger for at skrive kontrakten er  $K = \alpha z(K)$ . Fortolkningsmetoden  $M$  kendes af parterne, domstolene anvender denne og det antages at den er omkostningsfri at anvende. Dette betyder, at  $M(K) =$  den fortolkede kontrakt og  $M(K) = (\{(E_1, a_1), \dots, (E_m, a_m)\}) = \{(\theta_1, a(\theta_1)), \dots, (\theta_n, a(\theta_n))\}$ . Samtidig gælder, at  $t$  ikke påvirker  $M$ , da domstolene ikke kan observere denne. Fortolkningsmetoden siges her at være uafhængig af vilkårene, det vil sige at kontraktens bestemmelser vurderes enkeltvis. Fortolkningsmetoden i eksemplet er som følgende:

*Specifikke vilkår fortolkes som skrevet, huller fyldes med A og generelle vilkår fortolkes som skrevet undtagen ( $\theta_1$  or  $\theta_2$ , C), der fortolkes som  $\{(\theta_1, C), (\theta_2, B)\}$*

Det antages, at kontrakter ikke genforhandles og at straffen ved at bryde kontrakten er tilstrækkelig til at parterne overholder kontrakten (eller den fortolkede kontrakt). Dette medfører, at den fælles forventede værdi,  $V(K)$ , hvis den fortolkes som den er skrevet og ikke har nogen huller, er

$$\blacksquare V(K) = \sum_i^n p_i x(\theta_i, a_i)$$

Men da  $M(K) \neq K$  og der er kontraheringsomkostninger, bliver værdien:

$$\blacksquare V(K) = V(M(K)) - \alpha z(K)$$

Det antages herefter, at Payoff, som funktion af hændelser og handlinger, er følgende:

	A	B	C	D
$\theta_1$	15	9	18	22
$\theta_2$	6	4	12	8

Ligeledes antages det, at sandsynligheden for hændelse 1 er  $p(\theta_1) = 0,8$  og sandsynligheden for hændelse 2 er  $p(\theta_2) = 0,2$  samt at kontraheringsomkostningerne er  $\alpha = 2$ . Det vil sige, at:

<b>K</b>	<b>M(K)</b>	<b>Forventet værdi</b>
$\{(\theta_1, D)\}$	$\{(\theta_1, D), (\theta_2, A)\}$	$0,8 \times 22 + 0,2 \times 6 - 2 = \mathbf{16,8}$
$\{(\theta_1, C), (\theta_2, A)\}$	$\{(\theta_1, C), (\theta_2, A)\}$	$0,8 \times 18 + 0,2 \times 6 - 4 = \mathbf{11,6}$
$\{(\theta_1 \text{ or } \theta_2, C)\}$	$\{(\theta_1, C), (\theta_2, B)\}$	$0,8 \times 18 + 0,2 \times 4 - 4 = \mathbf{13,2}$

Parterne ville lave en fuldstændig detaljeret kontrakt, hvis den ville blive fortolket som skrevet, og der ikke var nogen kontraheringsomkostninger. Denne kontrakt må bruges som benchmark ved sammenligning med skrevne kontrakter og fortolkede kontrakter. I eksemplet vil den optimale kontrakt være  $\{(\theta_1 \text{ or } \theta_2, D)\}$ , der har en forventet værdi på 17,2.

### **Diskussion af eksemplet**

Eksemplet illustrerer hvor stor betydning fortolkningsmetoden kan have for parterne og at denne endda kan være værdifuld for parterne. Det er klart, at den meget specifikke fortolkningsmetode vil adskille sig kraftigt fra virkelighedens fortolkningsmetoder, der vil variere meget i hver konkret situation. Der er som gennemgået i kapitel 2 forskel på hvilke metoder, de danske domstole vil anvende. Selvom Shavell tager udgangspunkt i amerikansk ret vil det ligeledes gælde at fortolkning vil afhænge af situationen. Men uanset denne praktiske afvigelse viser eksemplet stadig, at domstolens fortolkningsmetode påvirker parterne når de skal koncipere kontrakten, og at fortolkningsmetoden kan have værdi for parterne. Parterne skal dog medtage en risikovurdering, hvor de vurderer sandsynligheden

for at fejlvurdere, hvilken fortolkningsmetode domstolene vil anlægge. I sammenhæng med dette skal parterne også medtage en risikovurdering af sandsynligheden for, at domstolene tager fejl af forskellige omstændigheder og dermed afgør sagen på forkert grundlag med forkert resultat. Fortolkningsmetoden er i eksemplet antaget at være uafhængig, hvilket i virkeligheden er urealistisk, fordi det udelukker, at et vilkår fortolkes i lyset af de resterende vilkår i kontrakten, som det fx som nævnt er tilfældet i PECL artikel 5:105. Det gælder generelt, at et vilkår i en kontrakt skal ses i sammenhæng med hele kontrakten. Shavell antager ligeledes at fortolkningsmetoden er omkostningsfri at anvende, hvilket ikke vil stemme overens med virkeligheden. Der vil altid være omkostninger forbundet med fortolkning af kontrakten, om ikke andet så i form af den tid, som fortolkningen kræver. Uanset om parterne eller domstolene bærer omkostningerne vil det have betydning for parterne hvor mange omkostninger, der skal bruges ved fortolkning. Dette kan ses ved, at selv hvis domstolene bærer omkostningerne, det vil sige, at sagsomkostningerne, som vil pålægges den ene part, ikke dækker den fulde omkostning, vil det medføre, at de kræfter, som domstolene lægger i fortolkning vil være begrænset af omkostningen. Det vil være nødvendigt for parterne at tage hensyn til dette i deres vurdering af, hvad domstoles afgørelse af en bestemt retstvist vil være.

### ***Shavell om anvendelse af forhandlingsmateriale***

Shavell diskuterer yderligere i sin artikel mulighed for at bruge udefrakommende bevis<sup>47</sup>. Vi antager for følgende diskussion at dette udtryk betyder den form for bevis, der almindeligvis søges at være afskåret fra bevisførelsen når parter vælger at aftale en fuldstændighedsklausul. For enkelthedens skyld vil vi dog bruge udtrykket forhandlingsmateriale, selvom om det vil dække over langt mere end blot mundtlige og skriftlige forhandlinger i overensstemmelse med begrebsdefinitionen i kapitel 1. Vi vil se på Shavell's argumenter i lyset af dansk ret, og det er derfor nødvendigt at præcisere, at dansk ret har det omvendte udgangspunkt end det Shavell har i sin artikel. Shavell antager således at forhandlingsmateriale som udgangspunkt er afskåret fra bevisførelsen (ved parole evidence reglen), men at det er muligt at aftale, at denne form for bevis skal anvendes ved fortolkning af en del

---

<sup>47</sup> Begrebet udefrakommende er frit oversat fra Shavell's udtryk "extrinsic evidence".

af kontrakten. Denne del af kontrakten benævnes R. Shavell antager for enkeltheds skyld, at det forhandlingsmateriale, der kan føres bevis for, er perfekt, så domstolene kan finde den ideale  $a^*(\theta_i, t)$ . Omkostningen ved at føre udefrakommende bevis er  $\beta$ , og det antages at  $\beta > \alpha$ . Shavell fastlægger her proposition 6, der har som udgangspunkt, at parterne fastsætter en række situationer R i deres kontrakt og aftaler, at forhandlingsmateriale vil blive anvendt såfremt disse situationer opstår. I dette tilfælde konkluderer Shavell, at

- a) Et specifikt vilkår med baggrund i en bestemt situation vil ikke blive nedfældet, såfremt sandsynligheden for at situationen opstår, er mindre eller lig forholdet mellem  $\beta$  og  $\alpha$  således, at  $p^* = \alpha/\beta$ .
- b) Omvendt vil der ikke føres bevis for forhandlingsmateriale i nogen situationer, hvor sandsynligheden for situationen, er større end  $p^*$ . Det vil sige, at R ikke indeholder nogen situationer  $\theta_i$  for hvilke det gælder, at  $p_i > p^*$ .
- c) Bevis af forhandlingsmateriale vil kun føres ved retssagen, hvis omkostningen ved at gøre dette er mindre end omkostningen ved at undlade dette.

Dette vil sige, at  $\beta < x(a^*(\theta_i, t), \theta_i, t) - x(a(\theta_i), \theta_i, t)$ .

Shavell tilføjer herudover to bemærkninger. Den første er, at afgørelsen af, hvorvidt forhandlingsmateriale skal føres ved domstolene er bedst overladt til parterne. Hvis domstolene afgør, hvornår beviset skal føres, vil den sociale velfærd falde. Dette begrundes ud fra den betragtning, at afgørelsen af hvorvidt parterne ønsker at føre bevis for forhandlingsmateriale afhænger af hvilken type parterne (t) er, jævnfør punkt c, og Shavell antager i starten af artiklen, at domstolene ikke er i stand til at gennemskue parternes type. Den anden er, at hvis det ikke er muligt at føre beviset, vil den optimale fortolkningsmetode ændres, idet der vil være risiko for store tab som følge af fejlfortolkning, hvilket øger  $\beta$ .

### Diskussion

Vi vil starte med at diskutere, hvorvidt det er realistisk at opdele kontrakten i flere dele, hvoraf fortolkning af den del, Shavell kalder R vil foretages på baggrund af forhandlingsmaterialet. For at være i stand til at diskutere denne mulighed med relevans for vores afhandling antager vi, at det at Shavell tillader bevis for

forhandlingsmateriale svarer til at parterne, for denne del R af kontrakten, ikke har aftalt en fuldstændighedsklausul, men derimod har aftalt at lade en fuldstændighedsklausul gælde på resten af kontrakten. Vi er klar over at denne antagelse efter en sproglig vurdering er ret selvmodsigende i og med at en fuldstændighedsklausul i sin sproglige formulering må have til formål at domstolene skal se på en kontrakt som fuldstændig. Vi mener dog stadig antagelsen er i overensstemmelse med praksis idet vi allerede har gjort rede for at kontrakter i almindelighed er ufuldstændige og i de tilfælde kontrakterne er underlagt udfyldning i dansk ret, vil en aftalt fuldstændighedsklausul ikke have særlig indflydelse på forholdet. Vi mener derfor, at man kan se på R delen af en kontrakt som udtryk for en uspecifik del af kontrakten, hvor der er medtaget ufuldstændige bestemmelser for retsvirkninger i bestemte situationer. Domstolene vil derfor være nødt til at fortolke bestemmelserne i lyset af forhandlingsmaterialet. En fuldstændighedsklausul vil således ikke have virkning på kontraktens R del, men have effekt på kontraktens resterende bestemmelser. Men er det realistisk, at sådanne kontrakter kan findes i praksis? Som sagt taber den sproglige forståelse af fuldstændighedsklausulen lidt, idet kontrakten ikke længere kan siges at være udtryk for den fuldstændige aftale mellem parterne. Men man kunne argumentere for at dette gjorde sig gældende i forvejen når vi antager at størstedelen af alle kontrakter er ufuldstændige. Der er dog forskel på at indse, at kontrakten muligvis har huller i form af situationer der kan opstå med lav sandsynlighed, og så ligefrem indskrive i kontrakten, at den rent faktisk er bevidst ufuldstændig. Hvis parterne på denne måde vælger bevidst at åbne op for anvendelsen af forhandlingsmateriale og lignende for en del af kontrakten kunne man forestille sig, at domstolene ikke vil holde sig tilbage for at anvende bevismaterialet på andre dele af kontrakten, ud fra det synspunkt at parterne selv har tillagt væsentlig betydning til materialet, ved afgørelsen af deres hensigt med kontraktindgåelsen.

Man kunne forestille sig at hvis parterne aftaler at have en del R i kontrakten kunne det modvirke den tendens til forlængede kontrakter som fuldstændighedsklausulen vil medføre. En fuldstændighedsklausul vil således betyde, at parterne skal være meget mere fokuserede på at formulere kontrakten og medtage flere bestemmelser såfremt fuldstændighedsklausulen skal have nogen reel virkning. Det vil dog åbne

muligheden for at "nøjes" med nogle generelle bestemmelser på de områder, der måske er mest usandsynlige eller på anden måde mindre vigtige for parterne at koncipere om, hvis disse generelle bestemmelser stadig kunne vurderes ved hjælp af forhandlingsmaterialet og lignende.

En anden diskussion som Shavell selv tager hul på i artiklen er kvaliteten af forhandlingsmaterialet. Ovenstående gennemgang tager udgangspunkt i antagelsen om at forhandlingsmaterialet er perfekt, hvilket langt fra er tilfældet i praksis. Anvendelsen af forhandlingsmaterialet vil altid medføre risiko for fejlfortolkning. Der vil være tilfælde, hvor der slet ikke er tilstrækkeligt materiale, tilfælde hvor der kun vil være materiale man bevidst har valgt at udelukke eller situationer hvor den ene part har mulighed for at udnytte bevismaterialet til dennes fordel, selvom det ikke er i overensstemmelse med parternes oprindelige fælles vilje. Herudover vil det i de fleste tilfælde være meget dyrt at føre beviset og der kan være urimelig forskel på parternes evne til at føre beviset. Når man først har nået det punkt, hvor der nærmest opstår krig mellem parterne om at føre bevis for forhandlingsmateriale vil der også være en tendens til at parterne vil bruge langt flere omkostninger til at dække bevisførelsen end hvad der er efficient. Det kunne fx ske ud fra et hævn-perspektiv, at man vil vinde over den anden for at bevise ens styrke og position frem for at se på hvad der rent omkostningsmæssigt er efficient at bruge.

Et tidspunkt hvor vi kan forestille os, at det især ville være klogt at medtage muligheden for at parterne kan bruge forhandlingsmateriale til at afgøre en opstået tvist selvom kontrakten i øvrigt er underlagt en fuldstændighedsklausul, vil være i de tilfælde, hvor parterne bevidst har valgt at udelade en bestemmelse eller lave en meget vag formulering af denne på grund af, at de ved forhandlingen ganske enkelt ikke var i stand til at finde frem til konsensus. Et såkaldt agree to disagree tilfælde. Parterne kan have en forventning om at en situation, hvor den pågældende bestemmelse vil finde anvendelse kun vil opstå med en vis sandsynlighed, og de vælger derfor ud fra en ren cost-benefit betragtning og ud fra hensynet til at få afsluttet kontrakten i enighed, at blive enige om at de er uenige og udelader derfor bestemmelsen eller formulerer den vagt.

En sidste vigtig betragtning er omkostningerne til ovenstående overvejelser. Shavell opsætter en enkel og smart måde at anskue hvad parternes overvejelser bør

gå på når de skal vælge mellem en specifik bestemmelse og en generel bestemmelse i kontraktens del R. Shavell konkluderer således, at et specifikt vilkår med baggrund i en bestemt situation ikke vil blive nedfældet, såfremt sandsynligheden for at situationen opstår, er mindre eller lig forholdet mellem  $\beta$  og  $\alpha$  således, at  $p^* = \alpha/\beta$ . Vi er enige i denne måde at anskue problemet på, men mener dog at det er nødvendigt at medtage det problem, at det i sig selv er en ret omkostningsfuld vurdering at foretage. Det kan ses som en sunk cost, men vi mener stadig at man er nødt til at medtage overvejslen, når man vurderer hvilken indsats man vil lægge i kontraktskrivningen. Der må således sættes en grænse for den tid og de udgifter, man bruger på at fastlægge omkostninger og sandsynligheder ved de to muligheder,  $\alpha$  og  $\beta$ , i forhold til blot at aftale den specifikke bestemmelse fra start.

### ***Anden indflydelse på fortolkning i praksis***

#### **Posner om fortolkningsmedium**

Det er vigtigt, at parterne ved konciperer og forhandling af kontrakten er opmærksomme på hvem der skal fortolke kontrakten ved en eventuel tvist. Der vil være ekstrem stor forskel på, hvor mange kræfter parterne bør lægge i konciperer af kontrakten i forhold til deres forventning om hvem der skal fortolke kontrakten. De to yderpunkter af fortolkere vil være den perfekte fortolker, der gennemskuer parternes faktiske vilje uden problemer, og den ekstremt inkompetente eller måske ligefrem korrupte fortolker. Den sidste vil nok høre til de sjældnere tilfælde, men derfor skal parterne stadig have for øje, hvem der skal fortolke kontrakten. Det kan fx have stor betydning om parterne har aftalt at tvister skal afgøres ved voldgift frem for ved domstolene. Voldgiftsretten minder i høj grad om domstolenes procedure, men voldgiftsretten vælges af flere årsager ofte frem for domstolene og parternes valg vil derfor have indflydelse på hvordan voldgiftsretten fortolker kontrakten. Voldgiftsretten kan være valgt af hensyn til at tvister kan løses hurtigere, fastholde fortsat samarbejde, ikke appelleres eller ud fra et ønske om altid at nå et økonomisk efficient resultat, som Posner også nævnte som mulig fortolkningsmetode. Voldgiftsretten vil således fortolke kontrakten i lyset af disse hensyn. Uanset om man vælger voldgift, domstolene eller en helt anden løsning vil det være nødvendigt for parterne at vurdere fortolkeren og dennes sandsynlighed

for at fortolke kontrakten forkert i hver parts øjne og så medtage denne sandsynlighed ved vurderingen af hvor præcise kontraktens bestemmelser bør være formuleret og hvor mange bestemmelser, der i det hele taget bør medtages i kontrakten.

### **Domstolene og samfundshensyn**

Man må være opmærksom på at domstolene og parterne ud fra et økonomisk synspunkt ikke har samme incitament til at nå samme resultat. Under den antagelse at alle er rationelt tænkende, vil hver af parterne ønske at opnå maksimale fordele. Ikke nødvendigvis bevidst på bekostning af den anden part, men det kan næppe undgås at fordele til den ene part vil medføre ulemper for den anden part. Det vil også være svært at forestille sig at en kontrakt bliver stillet foran en domstol til fortolkning på grund af en tvist mellem parterne, der ikke bunder i at en af parterne ønsker en fordel på bekostning af modparten. Domstolene har naturligvis som udgangspunkt til formål at løse tvisten retfærdigt i forholdet mellem parterne, men samtidig vil de have i baghovedet at resultatet også skal være samfundsmæssigt hensigtsmæssigt. Det nytter således ikke at bruge uanede midler til at finde parternes vilje. Domstolene må tage hensyn til at nå et resultat der er økonomisk ansvarligt og samtidig danner den rette præcedens til fremtidige sager, som både skal skabe en ensformig tilgang til ens fremtidige retstvister samt skal give incitament til andre virksomheder om at bruge samfundsmæssigt optimale kræfter på at skrive deres kontrakter for at udgå tvister og ikke udnytte svage parter og lignende hensyn. Dette må parterne nødvendigvis tage hensyn til i deres vurdering af en eventuel retssag, både når de forhandler kontrakten og når en tvist opstår.

## **Parternes indbyrdes forhold**

### **Samarbejde**

Hvordan parterne har forhandlet vil ofte kunne ses af udformningen af kontrakten, herunder fuldstændighedsklausulen. Er der tale om, at parterne fra starten kunne se, at det bedste udfald vil blive opnået ved at samarbejde, vil de vælge dette. Det kan være svært for parterne, at forudsige hvordan den endelige kontrakt vil komme til at se ud, og dermed om det bedst kan betale sig at samarbejde eller forsøge at snyde hinanden. Samarbejde vil ofte føre til, at der bliver truffet hurtige og effektive

beslutninger, da dette er i begge parternes interesse både ud fra økonomiske hensyn men også ud fra hensynet til eventuel indgåelse af fremtidige kontrakter. Der vil kunne opstå en situation, hvor parterne startede med at samarbejde, men det nu ikke er muligt, at forudsige hvad den anden part vil gøre, og derfor gør den første part det, som er bedst for denne. De går således fra fælles optimering til egen optimering, da det ikke er muligt at genforhandle, eller se hvad der vil være det næste træk. Dette kalder man i retsøkonomisk teori for prisoners dilemma, der går ud på at man, på grund af usikkerhed omkring den andens type, foretager en handling, der er egen optimerende og ikke fælles optimerende, som ellers ville være det bedste for begge parter. Dette kan ske, hvis parterne ikke er i stand til at samarbejde gennem hele forhandlingsprocessen således, at hver part forsøger at få mange krav igennem, fordi de ikke er sikre på, hvad den anden gør. En fuldstændighedsklausul kunne være et vilkår, hvor parterne var meget uenige om, hvilke eksterne fortolkningsbidrag der skal afskæres. Dette kan føre til den nævnte situation, at parterne hver især kommer med udspil til udformningen af kontrakten ud fra ens egen situation, og ikke den fælles situation, de befinder sig i. Hvordan parterne vælger at forhandle, om de fx er frembrusende eller mere tilbageholdende, har stor betydning for, hvordan parternes samarbejde udvikler sig, og om de bliver ved med at samarbejde, eller om de går over til at modarbejde hinanden og derved komme langt væk fra, hvad der er efficient for parterne. At der er et godt samarbejde mellem parterne er med til at opbygge tillid til hinanden, der kan øge sandsynligheden for at fællesoptimeringen lykkes. Parternes indbyrdes forhold, har således stor betydning for, hvordan de vil agere i forskellige situationer, herunder ved koncipering af en fuldstændighedsklausul.

### **Signalering**

Når en virksomhed vælger at indsætte en fuldstændighedsklausul i deres kontrakter sender virksomheden et signal til den anden part. Det vil så være op til den anden part på at tyde, hvad signalet betyder. Derefter vil den anden part reagere i overensstemmelse med hvordan signalet tydes. Det kan være at signalet medfører at den anden part opfatter det, som om det sendes for at snyde den anden part. Denne situation kan opstå, fordi der altid vil være handlinger, der ikke kan observeres af den ene part, og derfor har den anden part ikke det optimale

incitament til at dele information. Situationen kan føre til at kontrakter, der ellers ville gavne begge parter, ikke bliver gennemført, fordi parterne er bange for at den anden skjuler relevant information.

Det, at den ene part foreslår en fuldstændighedsklausul kan blive opfattet som positivt, især hvis begge parter ved, hvad begrebet indebærer. Er der tale om en dansk virksomhed, der indgår mange kontrakter med virksomheder, der er underlagt common law, vil det ofte blive opfattet som et positivt signal. Et sådan signal kan være med til at styrke samarbejde således, at den udenlandske part vil opfatte det som en form for tillidserklæring, da begrebet som tidligere nævnt stammer fra common law og vil derfor ofte blive opfattet som en meget imødekommende handling. En fuldstændighedsklausul kan også blive opfattet som et positivt signal mellem danske virksomheder, hvis den første part får signaleret, at fuldstændighedsklausulen er til fordel for begge parter på en troværdig måde således, at den anden part handler i overensstemmelse hermed, og der bliver indgået en kontrakt. En virksomheds samarbejdspartnere kan have et stort kendskab til, hvordan en fuldstændighedsklausul påvirker en efterfølgende tvist, hvilket betyder, at hvis man signalerer et troværdigt ønske om at anvende en fuldstændighedsklausul vil dette signal blive opfattet rigtigt af en rationel modpart. Hvis de signaler, som parterne sender til hinanden, bliver opfattet rigtigt, skabes der grobund for et godt samarbejde, da der dannes en tillid, der betyder, at der opnås incitament til at parterne gennem deres handlinger, herunder gennem deling af information, indgår i den optimale kontrakt.

Signalering i forbindelse med en fuldstændighedsklausul kan også blive opfattet af den anden part som et forsøg på at snyde. Her tænker vi især på den situation, hvor der er tale om to parter, der tidligere har indgået kontrakter uden en fuldstændighedsklausul. Det kunne tænkes, at hvis den første part på nuværende tidspunkt signalerer et ønske om at medtage en fuldstændighedsklausul i den nye kontrakt, kunne det opfattes som et forsøg på at føre ham bag lyset. Det vil sige, at hvis den anden part ikke kan overskue, hvad det vil betyde, at indsætte en fuldstændighedsklausul er det vigtigt, at den første part får gjort klart, hvad denne ønsker at opnå med klausulen, så det ikke ender med at der ikke bliver indgået en ellers efficient kontrakt. Er der tale om et længerevarende kontraktforhold kan det

også blive opfattet negativt, hvis den ene part pludselig vil have en fuldstændighedsklausul med. For at signalet ikke skal blive opfattet negativt, som et forsøg på at snyde, er det vigtigt, at signalet er troværdigt, og det kan til tider være nødvendigt, at forklare den anden part hvordan en fuldstændighedsklausul vil påvirke kontrakten fremover. Det er ikke i nogen af parternes interesse, at ellers efficiente kontrakter ikke bliver indgået blot fordi medtagelsen af fuldstændighedsklausulen sender et utroværdigt signal.

### **Domstolenes afvigelse fra økonomisk efficiens**

Ser man på, hvordan en fuldstændighedsklausul er blevet fortolket i common law lande, er det på nuværende tidspunkt sådan, at mange domstole ved deres afgørelser anvender en hård parole evidence regel, hvilket betyder, at en fuldstændighedsklausul vil blive fuldt ud anerkendt af domstolene. Der er lavet en undersøgelse af Eisenberg og Miller<sup>48</sup> blandt amerikanske virksomheder, hvor der i 46 % af de tilfælde, hvor der anvendes en lovvalgs-klausul, vælges New York. Det samme er tilfældet med værneting i 41 % af de kontrakter, der var med i undersøgelsen. Dette viser, at der blandt amerikanske virksomheder er en tendens til at vælge den stat, der oftest anvender en hård parole evidence regel og dermed anerkender en fuldstændighedsklausul fuldt ud. Dette gør de ofte ud fra en omkostningsminerende tankegang, men det kan også være med til at skabe incitament til en mere åben forhandling, herunder deling af information, da parterne som udgangspunkt efter amerikansk ret ikke er bundet af deres udtalelser. Skabes der sådanne incitament kan det tænkes, at parterne turde være mere nytænkende og nyskabende ved koncipering af kontrakter, hvilket i sidste ende kan munde ud i mere økonomisk efficiente kontrakter. Tendensen til at ønske, at en medtaget fuldstændighedsklausul skal have vidtgående omfang, regner vi med vil blive set mere og mere i danske kontrakter efterhånden som det bliver mere almindeligt at anvende en fuldstændighedsklausul i civil law lande. De danske domstole er således nødt til at tage stilling til deres tilgang til disse fuldstændighedsklausuler. Problemet opstår, som nævnt i kapitel 2, idet den danske retskultur har en helt anden tilgang til kontraktfortolkning og ud fra den

---

<sup>48</sup> Theodore Eisenberg og Geoffery P. Miller. The flight to New York, An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts 2007. Fakta fra denne undersøgelse er fra Schwartz og Scott's artikel.

retsdogmatiske metode medtager andre bidrag til afgørelsen end blot kontrakten. Da det er parterne, der skal bære omkostningerne ved at føre bevis, vil de ofte have en interesse i at begrænse mængden af disse. Dette stemmer godt overens med common law, men i Danmark vil det være sådan, at domstolene vil se mere bevismateriale for at være helt sikker på, at de ikke har overset noget. Det understøttes af Fontaine og De Ly<sup>49</sup>, der mener, at i Civil law lande vil domstolene tillade andre beviser, selv om der er aftalt en fuldstændighedsklausul, for efterfølgende at afvise dem, hvis det viser sig, at de ikke er relevante for sagens udfald. En tvist om en fuldstændighedsklausul ved de danske domstole vil betyde, at de danske domstole skal afgøre sagen ud fra færre beviser. Dette betyder, at en fuldstændighedsklausul, for at den skal få fuld virkning ved de danske domstole, skal være klart og tydeligt formuleret. Ellers vil der være stor sandsynlighed for, at klausulen ikke får effekt. De danske domstole har ikke retspraksis om fortolkning af kontrakter med fuldstændighedsklausuler, hvilket gør, at der stilles store krav til parterne, når de skal udforme klausulen. For at anskue problemstillingen ud fra en retsøkonomisk tilgang, vil vi vurdere, hvorvidt det egentlig er i parternes interesse at de danske domstole anvender samme tilgang til anvendelsen af en fuldstændighedsklausul som i common law lande, der anvender en hård parole evidence regel.

Parternes baggrund, for at vælge at bruge en fuldstændighedsklausul, er retsvished. Dette vil senere i kapitlet blive klarlagt ud fra en vurdering af parternes omkostninger til kontrahering og fuldstændighedsklausulens påvirkning af disse. I dette afsnit vil vi dog anvende udtrykket ud fra en overordnet forestilling om, at parterne ønsker at være i nogenlunde stand til at kunne forudsige afgørelsen af en eventuel retstvist og omkostningerne hertil. Parterne ønsker generelt at indgå kontrakter ud fra muligheden for økonomisk vinding, og det må deraf udledes, at parterne primært vil være interesseret i, at domstolene vil komme frem til det mest økonomisk efficiente resultat ved en eventuel retstvist. Dette er i overensstemmelse med den retsøkonomiske teori, der angiver, at domstolene bør stræbe mod at nå den mest økonomisk efficiente afgørelse ud fra et ex ante perspektiv. I det følgende vil vi diskutere, om domstolene alene stræber mod økonomisk efficiens.

---

<sup>49</sup> Marcel Fontaine og Filip De Ly. Drafting International Contracts – An Analysis of Contract Clauses, side 139.

### Eksempler

Lad os forestille os en situation, hvor parterne er interesseret i at bruge en fuldstændighedsklausul i en kontrakt, der er underlagt dansk ret. For eksemplets skyld antager vi, at Fuldstændighedsklausulen er individuelt forhandlet, klar og tydelig og, der er medtaget en hensigtserklæring i kontrakten. Der består således ingen tvivl om at parternes hensigt ved tidspunktet for kontraktindgåelsen var, at kontrakten skal være den fuldstændige aftale mellem parterne og finde anvendelse på alle forhold.

Vi vil med det samme konstatere, at i det omfang der er tale om uforudsigelige konsekvenser af fuldstændighedsklausulen, vil den sandsynligvis ikke anvendes af hverken common law domstole eller i dansk ret. Man kan således forestille sig, at parterne har aftalt en prisbestemmelse i kontrakten om en fast pris for en vare. Hvis der pludselig kommer en ekstrem prisstigning i de råvarer, som sælger skal bruge, der betyder at sælger vil opnå tab ved at sælge, vil sælger ønske at købsprisen ændres. Hvis prisbestemmelsen eller øvrige bestemmelser i kontrakten ikke tager højde for denne situation, vil en rigid anvendelse af fuldstændighedsklausulen i princippet medføre, at sælger er tvunget til at sælge varen med tab. Dette vil dog næppe være udfaldet af en retstvist uanset om sagen anlægges i common law eller ved de danske domstole. Disse tilfælde med uforudsigelighed, der således nærmest vil behandles som huller i kontrakterne, vil derfor ikke diskuteres videre, da der ikke vil være forskel i de to retskulturer.

I det følgende eksempel antages således, at der er tale om en situation, som parterne har forudset og medtaget en bestemmelse om, men hvor der efterfølgende opstår tvivl om bestemmelsens betydning. Vi antager, at de danske domstole har en strategi tilsvarende common law domstolenes hårde parole evidence regel. Vi kan fx forestille os, at to parter har indgået en kontrakt om levering af vare x. I kontrakten fremgår af leveringsklausulen, at levering skal foregå ”picco”. Af forhandlingsmaterialet fremgår det, at sælger mente levering om 90 dage fra underskrivestidspunktet. Der opstår dog en tvist mellem parterne, idet køber påstår ”picco” betød 45 dage, mens sælger siger 90 dage. Vi antager, at det har væsentlig betydning for køber, at varerne forsinkes de 45 dage.

Der kan næppe konstateres andet, end at det mest økonomisk efficiente resultat i dette tilfælde vil være, at domstolene kommer frem til at sælger først skulle levere efter 90 dage, da dette var parternes hensigt. Men så længe domstolene er tvunget til at lade fuldstændighedsklausulen finde anvendelse, vil afgørelsen nødvendigvis skulle træffes på grundlag af kontrakten og ikke forhandlingsmaterialet. Nu er det måske ikke det mest sindsoprivende eksempel, men ideen bag vil være det samme i mange virkelige tilfælde. Domstolene ville være nødsaget til, hvis kontrakten ikke indeholder en løsning, at ty til en vurdering af kutymmer, sædvaner og sproglig vurdering i øvrigt. Hvis vi antager, at denne vurdering vil føre til at køber får medhold, vil anvendelsen af fuldstændighedsklausulen således medføre, at domstolene når en afgørelse, der ikke er økonomisk efficient. Det kunne også ske, at den alternative vurdering ville medføre et økonomisk efficient resultat. Pointen vil dog være, at der ingen sikring er for dette. Vi vil således med baggrund i dette eksempel diskutere, hvor forskellen på de danske domstoles tilgang til anvendelse af fuldstændighedsklausuler og den retsøkonomiske teori om dette ligger.

### **Diskussion**

Parterne skal være klar over, at domstolene naturligvis anerkender, at der er aftalefrihed, men der vil være en grænse for, hvornår langt hensynet til aftalefrihed vil følges i forhold til andre legitime hensyn. Som vi allerede nævner i ovenstående eksempel, vil en hård anvendelse af aftalte fuldstændighedsklausuler ved domstolene betyde, at domstolene ikke altid vil komme frem til den mest økonomisk efficiente afgørelse. Det er dog vigtigt, at pointere her at det i dansk ret ikke er økonomisk efficiens, der primært afgør sager. Som gennemgået i kapitel 2 vil domstolene efter den retsdogmatiske metode komme frem til det mest rimelige resultat. På denne måde og ud fra princippet om aftalefrihed, kan man sige, at domstolene forsøger, at finde frem til parternes hensigt og således har nogenlunde samme udgangspunkt som det, den retsøkonomiske teori kalder den optimale fortolkningsmetode. Domstolene fastligger sig således ikke efter en ren ordlydsfortolkning, hvis det fremgår på anden måde, at dette ikke var formålet med kontrakten. Der er dog stadig stor forskel på mange af de afgørelser som kommer fra de danske domstole og de afgørelser, der ville have været fremkommet, hvis domstolene gik efter ren økonomisk efficiens. I forbindelse med ovenstående

fremkommer et af de problemer, der ville opstå, hvis domstolene overgik til den hårde anvendelse af fuldstændighedsklausulen. Det ville således være meget tilfældigt om domstolene altid vil komme frem til det mest økonomisk efficiente resultat, hvis de ikke anvender forhandlingsmaterialet. Præcedens er en vigtig faktor i retskildelæren, idet den i vid grad sikrer, at ens sager behandles ens, og er således også med til at give parter en mulighed for til en vis grad at opnå retsvished for, hvordan en eventuel retssag vil blive afgjort. Det paradoksale her bliver så, at parterne ønsker at opnå retsvished ved at anvende fuldstændighedsklausulen, men det vil i længden få en modsatrettet effekt i form af tvetydig og rodet retspraksis, der gør det sværere for parterne at opnå retsvished.

En anden del af den retsdogmatiske metode, der kan skabe konflikt ved en hård anvendelse af fuldstændighedsklausuler, er sædvaner. En fuldstændighedsklausul skal ses som parternes ønske om at begrænse antallet af andre fortolkningsbidrag end kontrakten, men der opstår et spørgsmål om, hvad der skal gælde, hvis der er tale om en sædvane eller en branchekutyme. Der blev i den svenske arbejdsrets dom AD 2007 nr. 86 som tidligere gennemgået taget stilling til problemstillingen med sædvaner og den svenske domstol kom frem til, at selvom der var aftalt en fuldstændighedsklausul, så havde sædvaner stadig virkning. Parterne kan undgå, at domstolene ser bort fra deres fuldstændighedsklausul ved at de i kontrakten skriver, hvordan de forholder sig til de sædvaner, der måtte være i deres branche. De er dog nødt til at følge skarpt op på disse konstateringer, så de ikke kun få virkning en gang i mellem, men derimod håndhæves løbende i kontraktforløbet. Vi mener, at en af grundene til at den svenske domstol kom frem til det resultat var, at den sanktion, som virksomheden havde anvendt over for den ene medarbejder, var ude af proportion. Ydermere var der også tale om at visse sædvaner stadigvæk var gældende, selvom de ikke fremgik af den nye kontrakt. Står der ikke noget i kontrakten, om at parterne ønskede at afskære sædvaner, vil det være op til dem at bevise dette, og det vil være svært, når de har aftalt en fuldstændighedsklausul. Fremgår det ikke tydeligt i kontrakten at visse eller alle sædvaner ikke er gældende på deres kontrakt, vil der være en formodning for at de er gældende, da der vil være antagelse om, at hvis parterne ønskede af afskrive dem ville det fremgå af kontrakten. Er der, som i den svenske sag, stor forvirring omkring hvilke sædvaner,

der er gældende eller ej, vil domstolene nok se bort fra fuldstændighedsklausulen, da det ikke vil være rimeligt, at en ansat skal gætte sig frem til, hvilke sædvaner, der er gældende. Det vil også være omkostningsfyldt for domstolene at finde frem til disse sædvaner. Det er i parternes interesse, at begrænse deres omkostninger ved tvister, men det skal ikke være sådan, at domstolene ikke er i stand til at træffe en beslutning, hvis der ikke bliver fremført relevante beviser for parternes retsstilling. En fuldstændighedsklausul får således ved de danske domstole den betydning, at sædvaner fortsat er gældende, hvis ikke andet fremgår af kontrakten. Dette betyder, at det er helt op til parterne at vælge, hvilke sædvaner der skal gælde i deres kontraktforhold så længe de skriver det ind i kontrakten. Hvis man forestiller sig en situation, hvor parterne ikke eksplicit i kontrakten har taget afstand fra en sædvane, der ellers gør sig gældende på kontraktens område, vil der opstå spørgsmålet, i tilfælde af en tvist, om sædvanen stadig skal finde anvendelse på forholdet. Der vil være modsatrettede hensyn, idet fuldstændighedsklausulen umiddelbart kan forstås således, at når sædvanen ikke fremgår af kontrakten, så er det fordi, den ikke skal have betydning i kontraktforholdet. På den anden side er det almindeligt at sædvaner er gældende såfremt de ikke eksplicit er undtaget i kontrakten. Der vil igen kunne opstå det forhold at det resultat, domstolene vil opnå ved hård anvendelse af fuldstændighedsklausulen ikke vil være økonomisk efficient i forhold til den afgørelse de vil nå ved at lade sædvanen gælde. Og igen kunne det omvendte ligeledes gøre sig gældende.

Et andet sted, hvor der opstår konflikt mellem den retsøkonomiske og juridiske teori, er ved de antagelser som retsøkonomien ofte gør sig. Da det ikke vil have afgørende betydning for konklusionerne af denne diskussion, vil vi ikke gå i dybden med mange antagelser, men blot nævne en central problemstilling. Dette er antagelsen om, at domstolene fuldt ud kan vurdere hvilket resultat, der er økonomisk efficient. I realiteten vil domstolene næppe være i stand til at finde det nøjagtige mest økonomisk efficiente resultat, idet domstolene ikke vil være i besiddelse af den nødvendige information fra parterne. Virksomhederne, der er ude i en konflikt vil være meget nøje i forhold til den information, de ønsker at dele med domstolene og modparten. De vil sandsynligvis frigive oplysninger, der vil

styre domstolene mod et for virksomheden gavnligt resultat og som samtidig ikke afslører for mange forretningshemmeligheder.

Den sidste diskussion, vi vil komme ind på i dette afsnit, er en kort gennemgang af den primære diskussion, der skiller mange retsøkonomer fra jurister. Begrebet er retfærdighed. Mange jurister mener, at retsøkonomisk teori er væsentlig, men mangelfuld i forhold til den juridiske teori om den retfærdige tilgang til sagers afgørelse. Teoretikerne Schwartz og Scott<sup>50</sup> kommer frem til, at det er i parternes interesse at begrænse mængden af beviser, da de derved begrænser deres transaktionsomkostninger. De argumenterer for, at det vil være meget omkostningsfyldt at fremlægge alle beviser for domstolene, og at domstolene vil være i stand til at afgøre sagen på baggrund af en mindre bevismængde end hvis forhandlingsmaterialet bliver medtaget. De hævder, at domstolene er i stand til at træffe den rigtige beslutning ud fra den mindre bevismængde, da det nogle gange er for omkostningsfyldt at anvende flere beviser. Det er vigtigt at se på, hvad man anser for det rigtige resultat i denne sammenhæng. Schwartz og Scott argumenterer ud fra en omkostningsbetragtning, hvilket må siges at betyde, at når de henviser til de rigtige resultat, så mener de det resultat, der er mest økonomisk efficient. De danske domstole arbejder som nævnt efter at finde det rigtige rimelige resultat ud fra den retsdogmatiske metode, der vil indeholde flere hensyn end blot økonomisk efficiens som tidligere diskuteret. Der vil derfor ikke altid være overensstemmelse mellem det økonomisk efficiente resultat og det resultat domstolene kommer frem til. Selv hvis man som mange retsøkonomer konkluderer, at retfærdighed er indeholdt, når man vurderer det mest økonomisk efficiente resultat ud fra en ex ante vurdering, vil de øvrige forhold, som præcedens, sædvaner og informationsdeling som nævnt i det ovenstående fortsat gøre sig gældende.

### **Hensyn, en IT virksomhed skal overveje**

Alle disse kriterier er hjælpemidler som en IT virksomhed bør tage med i dens overvejelser, når de skal vurdere om der skal medtages en fuldstændighedsklausul. Fordelingen mellem rettigheder og pligter i kontrakterne vil påvirke parternes omkostninger ved kontrakten og derfor bør parterne nøje overveje de økonomiske fordele og ulemper ved fuldstændighedsklausulen. Det følgende er ikke en

---

<sup>50</sup> Alan Schwartz og Robert E Scott. Contract interpretation redux 2009

udtømmende opstilling af de hensyn parterne bør overveje, når de vurderer medtagelsen af fuldstændighedsklausulen. De følgende hensyn giver dog et godt overblik over generelle hensyn og illustrerer således vurderingen af hvilken type fuldstændighedsklausul en virksomhed bør medtage i konkrete aftalesituationer.

### **Type af goder**

Er virksomheden i færd med forhandlingerne om at indgå en kontrakt, er den nødsaget til at forhandle med øje for varernes holdbarhed. Er der tale om en levering af engangsprodukter, som fx blækpatroner har parterne ikke råd til at bruge lige så meget tid til at forhandle som, hvis der fx er tale om levering af IT systemer. Der skal ved forhandlingerne tages hensyn til, om der er tale om en kontrakt, hvor sælger skal levere et produkt, en serviceaftale, et speciallavet system eller en blanding af disse. Er der tale om en længerevarende kontrakt, kan det være at parterne hen af vejen vil genforhandle kontrakten, da det kan være svært før varen er leveret, at vurdere de specifikke behov, der opstår hos kunden. Det vil være lettere og også billigere for parterne at forhandle, hvis de, inden forhandlingerne er begyndt, er klar over, at der i deres overvejelser skal tages hensyn til, hvilke vare, der skal forhandles om. Det kan næppe siges at en fuldstændighedsklausul generelt ikke bør bruges ved kontrakter om kortvarige goder. Der kan opstå tvister længere tid efter kontrakten er opfyldt i form af reklamation og lignende. Men ud fra og ren logisk betragtning, vil det nok ofte være tilfældet, at jo kortere godets holdbarhed og dermed forhandlingerne er, jo oftere vil det være for dyrt at medtage en fuldstændighedsklausul i kontrakten. Det vil dog afhænge af hvilke kræfter parterne lægger i at kontrahere generelt. Hvis kontrakten således generelt indeholder mange specifikke bestemmelser alligevel, kan det betyde, at det ikke vil være alt for omkostningsfuldt at medtage fuldstændighedsklausulen.

Det spiller således en stor rolle for virksomheden at vurdere, hvilken type af gode, der kontraheres om. Er der tale om en species vare, der skal fremstilles specielt efter købers anvisninger, kan det blive dyrere at forhandle, da sælger er nødt til at have mange oplysninger før han kan gå i gang med at fremstille varen end hvis der er tale om en genus vare, han kan tage fra sit lager. Er der tale om en species vare løber sælger også en større risiko ved at det kan være umuligt for ham at sælge

varen til anden side, hvis køber fortryder. Selv hvis varen kan sælges videre vil det sælgeren ikke nødvendigvis opnå samme pris fra den nye køber. Derfor er det vigtigt, at kontrakten bliver skrevet og forhandlet således at begge parterne vil opfylde den. Her har det stor betydning for begge parter, at de er i besiddelse af væsentlige oplysninger, som den anden part ligger inde med. Er der skævhed i informationsfordelingen, kan det betyde, at sælger fremstiller et utilfredsstillende gode, der ikke lever op til købers forventning og ikke kan videresælges. Er der tale om en species vare, har sælger en stor risiko, der skal tages hensyn til i forhandlingerne. Det vil ofte være således, at sælger skal undersøge, om der findes særlige regler for fremstilling af det pågældende gode, og der skal måske også indkøbes specielle materialer til varen. Typen af gode vil i høj grad være med til at bestemme, hvordan kontrakten vil blive udformet. Er der tale om en genus vare, som sælger har på lager, kan det være at sælger benytter en standardkontrakt og at en del af forarbejde derved er gjort. Er der derimod tale om en vare som sælger aldrig har fremstillet før så vil der være stor usikkerhed om leveringstidspunktet og løbende ændrede kravspecifikationer. I denne situation vil parterne skulle bruge en del tid på forhandling og udformning af kontrakten, og det kan være at dette fører til at sælger er så usikker på, hvordan han kan opfylde kontrakten optimalt, at han vælger ikke at indgå kontrakten, selvom det ville være økonomisk efficient for sælger. Derfor er det vigtigt, at begge parter ikke tilbageholder vigtig information for hinanden. Sondringen mellem om der er tale om en species eller genus vare vil have betydning, når en virksomhed vurderer, hvorvidt de skal medtage en fuldstændighedsklausul. En af de vigtigste forskelle vil være specifikation af kvalitet i kontrakterne. Hvis der er tale om en species vare og kontrakten indeholder en fuldstændighedsklausul vil det naturligt medføre et øget behov for at specificere kvaliteten af species genstanden i kontrakten. Hvis kontraktgenstanden ikke er tilstrækkelig specificeret i selve kontrakten vil det medføre stor sandsynlighed for at retten vil tilsidesætte fuldstændighedsklausulen og tillade bevis for forhandlingsmateriale alligevel. Hvis kontrakten har en genus vare som omdrejningspunkt vil en fuldstændighedsklausul næppe have nær så stor indflydelse på kvalitetsspecifikationen i kontrakten. Når domstolene vurderer kvaliteten af en genus vare i forbindelse med en retstvist, vil det almindeligvis

foregå ud fra, hvad en køber almindeligvis har af berettiget forventning til varens kvalitet. At parterne har medtaget en fuldstændighedsklausul i en kontrakt om en genus vare vil således næppe påvirke domstolene vurdering af kvaliteten i særlig høj grad.

### **Type af kontrakt**

Det faktum, at baggrundsretten kan regulere forholdet mellem parterne udnyttes af mange virksomheder, da de på denne måde har mulighed for at lave korte og billige kontrakter, og blot lade baggrundsretten udfylde hullerne. På denne måde har parterne mulighed for at sætte fokus på samarbejde frem for at forsøge at forudsige alt, der kan gå galt. Har parterne valgt at indgå en kontrakt, der ligger meget op ad baggrundsretten kan det være et udtryk for at parterne ikke mener, at de selv kan forhandle sig frem til en kontrakt, der vil være mere efficient. Det kan være at fx købeloven indeholder alle de bestemmelser som parterne selv ville have forhandlet sig frem til og at parterne således ikke behøve spilde omkostninger på yderligere koncipering. Når parterne har udformet hele eller store dele af deres kontrakt i overensstemmelse med baggrundsretten betyder det, at hvis domstolene skal fortolke aftalen, har de på forhånd et stort kendskab til, hvordan reglerne skal fortolkes. Anvender parterne baggrundsretten vil de domstolsomkostninger, der kan opstå mindskes betydeligt, idet der ikke skal bruges tid på, hvordan en given bestemmelse skal forstås, da domstolene i de fleste tilfælde vil have fortolket disse regler i tidligere praksis. Parterne skal ikke bruge baggrundsretten fordi de ikke kan eller vil forhandle kontrakten. Baggrundsretten skal anvendes i det omfang, det vil medføre det meste efficiente resultat. Ønsker parterne at indgå en kontrakt om noget, der ikke er omfattet af en lov, vil der være stor risiko forbundet med at anvende baggrundsretten i stedet for at parterne forhandler sig frem til indholdet af kontrakten. Da man i økonomisk teori går ud fra at parterne er mindst begrænset rationelle, vil de ofte selv se dette problem og derfor begynde at forhandle sig frem til et indhold der er tilpasset denne givne situation, og derved opnå et mere efficient resultat af kontrakten. Hvis man vælger at anvende en kontrakt, der i høj grad skal udfyldes af baggrundsretten såfremt, der opstår tvister, skal man være forsigtig med at bruge for mange omkostninger på at medtage en fuldstændighedsklausul. Selvom vi kapitel 2 adskiller fortolkning, som fuldstændighedsklausulen vedrører,

fra udfyldning ligger de to discipliner stadig tæt op ad hinanden og kan få indflydelse. Hvis man således lader en stor del af kontrakten være ufuldstændig med vilje, men samtidig skriver at kontrakten er udtryk for den fulde aftale mellem parterne skaber dette en konflikt i kontrakten. Vi vil således mene at man i høj grad forøger risikoen for at domstolene vil tilsidesætte en fuldstændighedsklausul i dette tilfælde. Dermed ikke sagt at man skal undgå at bruge baggrundsretten som udfyldning. Man skal nok nærmere vurdere, at i så tilfælde er baggrunden at spare på omkostningerne til kontrakten, og så vil det næppe give mening at begynde at bruge omkostninger på at skrive en fuldstændighedsklausul i kontrakten, når den oven i købet vil have stor risiko for at blive tilsidesat.

En anden sondring, man må foretage, med henblik på kontrakttypens indflydelse på fuldstændighedsklausuler, er hvor vidt der er tale om en kort eller længerevarende kontrakt. Vi vil her diskutere de særlige hensyn, der skal tages såfremt man indgår en langtidskontrakt. Schwartz og Scott mener, at kontrakter vil blive længere, hvis domstolene ikke har mulighed for at tage stilling til andet bevismateriale end selve kontrakten. Dette mener vi også vil være gældende i Danmark, hvilket vil betyde en forskel fra nu, idet danske og andre europæiske kontrakter er kendt for at være korte generelt. Det vil være naturligt, at parterne er nødt til at skrive længere og mere detaljerede kontrakter, hvis de vælger at afskære andre beviser. Dette vil medføre øgede omkostninger til selve kontrakten, men på den anden side vil det også mindske deres efterfølgende omkostninger til at føre bevis ved domstolene. Ved at skrive en kontrakt der indeholder flere specifikke bestemmelser og fx en hensigtserklæring vil risikoen for fejlfortolkning sandsynligvis mindskes da domstolene kan læse, hvad parternes hensigt var på tidspunktet for kontraktindgåelsen. Den mulighed, at parterne har indgået kontrakter før, betyder, at de har et vist kendskab til hinanden og deres kontraktpraksis. Dette betyder, at parterne har erfaring med at forhandle med hinanden, hvilket kan mindske transaktionsomkostninger ved en ny kontrakt. En virksomhed skal generelt være opmærksom på, hvilke sædvaner, der eksisterer inden for deres branche. Det, at parterne har forhandlet kontrakter tidligere vil også kunne betyde, at der er opstået nogle specifikke sædvaner mellem parterne. I den tidligere nævnte svenske sag AD 2007 nr. 86 blev der taget stilling til en fuldstændighedsklausuls betydning i

forhold til sædvaner. Denne sag kan spille en stor rolle, både juridisk og økonomisk, da parterne må tage med i deres overvejelser, at domstolene kan tillægge sædvaner større betydning end en fuldstændighedsklausul. Parterne kan blive nødt til at genforhandle kontrakten således, at de skriver sædvanerne ind i kontrakten eller får skrevet, at visse sædvaner ikke skal tillægges betydning ved eventuel fortolkning af kontrakten. Parterne må vurdere omkostningerne til at medtage disse forbehold i forhold til sandsynligheden for at domstolene vil komme frem til et andet resultat, end parterne ønsker, der skal opnås med kontrakten. Det vil altid være en god idé, at parterne løbende ser på de bestemmelser de allerede har aftalt, da der kan være sket lovændringer eller den generelle samfundsudvikling gør, at nogle bestemmelser ikke længere er de meste efficient for parterne. Når der er tale om langtidspartnere, kan det være, at det er lettere at genforhandle, da parterne allerede kender hinandens forhandlingstaktik og lignende. Der vil være en form for vekselvirkning når man skal vurdere brugen af fuldstændighedsklausuler i forhold til kortsigtede og langsigtede kontrakter. En meget kortsigtet kontrakt vil nok have behov for at være en del billigere end langsigtede, hvilket kan tale for at fuldstændighedsklausuler på grund af de høje omkostninger hertil vil være sjældnere at finde i de meget kortsigtede kontrakter. En langsigtet kontrakt vil derimod naturligt kræve at der lægges flere kræfter og omkostninger i kontrakten og kunne derfor forestille sig i højere grad at indeholde fuldstændighedsklausuler. Man må dog være opmærksom på jo længere sigtet i kontrakten er, jo sværere vil det være at lave en meget specifik kontrakt på grund af manglende forudsigelighed. Dette skaber en vis konflikt mellem de langvarige kontrakter og fuldstændighedsklausuler i disse, idet klausulen almindeligvis kræver en høj grad af specifikation af kontraktens resterende bestemmelser. Det må blive et spørgsmål om at finde den gyldne mellemvej i de langsigtede kontrakter. Hvis fuldstændighedsklausulen medtages må man sætte langt større fokus på at få skrevet kontraktens formål klart og tydeligt i kontrakten jo længere tid kontrakten skal gælde over. På denne måde sikrer man domstolene mulighed for at respektere fuldstændighedsklausulen ved at fortolke kontrakten ud fra dens formål.

Den sidste type af kontrakter, vi vil sondre mellem, er standardkontrakter i forhold til individuelt forhandlede kontrakter, og dermed sonder vi mellem standard

fuldstændighedsklausuler og individuelt forhandlede fuldstændighedsklausuler. Vi antager således at en standardkontrakt indeholder en standardfuldstændighedsklausul og en individuelt forhandlet kontrakt indeholder en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul. Anvender parterne en standardkontrakt, og der opstår uenighed mellem parterne, er der stor sandsynlighed for at domstolene vil fortolke imod koncipisten, og denne risiko skal der tages hensyn til ved forhandlingen. Man kan argumentere for at der mere er tale om egen optimering end fælles optimering, hvis den ene part forsøger at påtvinge den anden sine standardvilkår. Når den ene part kommer med sine vilkår, kan det være at den anden part opfatter dette som et forsøg på at få udformet en kontrakt, der kun indeholder den første parts vilje. Det er ikke altid rigtigt, at en standardkontrakt er ens betydende med, at den er ensidig konciperet, men ofte vil domstolene opfatte det sådan. Parterne skal forsøge at finde frem til den økonomisk optimale løsning, men dette betyder ikke at man skal afvise en standardkontrakt, da det kan være, at den faktisk er den optimale løsning. Det vil aldrig være i den ene parts interesse at udforme en kontrakt, der fremmer egen optimering og især hvis risikoen for retstvister er høj, da dette vil resultere i at ingen ønsker at indgå denne kontrakt eller at domstolene tilsidesætter vilkår. Er der derimod tale om en individuelt forhandlet kontrakt, har begge parter været med til at udforme kontrakten. Det kan godt være, at den ene part har sagt eller skrevet mere end den anden, men det vigtigste er, at begge parter er tilfreds med resultatet. Den risiko, der er for at tabe en retssag vil således ikke bæres af den ene part på grund af koncipistreglen, men være fordelt mere lige mellem parterne og vil således afhænge af de konkrete omstændigheder ved kontraktbruddet. En virksomhed skal derfor tage med i deres valg mellem de to kontrakttyper, at der ofte vil være større transaktionsomkostninger forbundet med at udforme en helt ny kontrakt i forhold til at anvende en standardkontrakt, men stadig se disse i forhold til den specifikke situation og virksomhedens forventede fordele ved kontrakttyperne.

### **Lovvalg**

Parterne kan vælge at anvende en lovvalgs-klausul i deres kontrakt, da de kan have et ønske om, at der ved eventuelle tvister skal anvendes fremmed ret ved fortolkning af kontrakten. En sådan klausul kan være grundet i at parterne ved

tvivls spørgsmål hellere vil anvende love fra en anden retskultur, der indeholder andre retsprincipper. Anvender parterne en lovvalgsklausul har de mulighed for at aftale det lands ret som de mener juridisk og økonomisk vil være til deres fordel. I denne sammenhæng kan man vurdere muligheden for at kombinere en lovvalgsklausul med en fuldstændighedsklausul. Fordelen skulle så være, at man kunne vælge fx engelsk ret eller retten i en amerikansk stat, der accepterer brugen af fuldstændighedsklausuler. For at parterne optimalt kan anvende en lovvalgsklausul, kræver det et godt kendskab til fremmed ret, hvilket kan medføre betydelige omkostninger. Disse omkostninger skal parterne holde op imod risikoen for tvister og chancen for at vinde. Er omkostningerne ved at anvende en sådan klausul store, og parternes forventninger til formindskelse af risiko for tvister og chance for at vinde sagen små, vil det ud fra økonomiske hensyn ikke være en god idé at medtage lovvalgsklausulen. En virksomhed må nødvendigvis gøre sig klar over konsekvenserne af at vælge denne løsning. Hvis man fx har valgt engelsk ret, medtaget en fuldstændighedsklausul og valgt værneting i Danmark vil det få betydning for afgørelsen, at de danske domstole skal anvende fremmed ret og fortolke kontrakten i lyset af dette. Dette kan medføre store omkostninger for domstolene, da man ikke kan forvente, at de har et lige så stort kendskab til fremmed ret som til national ret. Det medfører samtidig, at der vil være en risiko for fejlagtig anvendelse af fremmed ret, der kan komme parterne til skade. Domstolene vil samtidig være tilbøjelige til at fortolke i lyset af dansk ret uanset at fremmed ret er aftalt. Virksomheden skal således være meget forsigtig med at aftale en lovvalgsklausul alene for at give en fuldstændighedsklausul fuld effekt, idet det kan have ret vidtgående og omkostningsfulde konsekvenser for eventuelle senere tvister.

#### **Øvrige hensyn, der kan få betydning**

Der vil altid være en større eller mindre risiko for at domstolene dømmer anderledes end parterne havde taget højde for. Det kan være på grund af domstolene ikke får al information eller fejlfortolker på et eller andet grundlag. Det vil tage alt for lang tid og være for dyrt, hvis parterne skal tage højde for alle de ting, der kan gå galt. Parterne er nødt til at sætte fokus på de ting, som der er størst sandsynlighed for vil indtræffe.

En virksomhed er ligeledes nødt til at medtage risikoen for at fuldstændighedsklausulen ingen effekt får ved domstolene. Som tidligere nævnt har der i de andre nordiske lande været nogle sager om fuldstændighedsklausuler og deres anvendelse. Har parterne aftalt en sådan klausul vil der, som sagerne har vist, være en risiko for at domstolene vælger at tilsidesætte klausulen. Dette skal parterne have med i deres overvejelser, hvis de tænker på at anvende klausulen. Det vil være spild af tid og kræfter at forhandle sig frem til en klausul som domstolene med stor sandsynlighed vil se bort fra. Domstolene vil med stor sandsynlighed se bort fra en fuldstændighedsklausul, hvis den ikke er udformet særligt præcist og bærer præg af, at parterne har ønsket, at holde deres transaktionsomkostninger på et minimum, forstået på den måde, at det er tydeligt, at klausulen kunne være blevet klar og tydelig, hvis parterne bare havde brugt lidt mere tid på den. Det er vigtigt, at parterne holder øje med deres transaktionsomkostninger, men det skal ikke være på bekostning af sandsynligheden for at klausulen bliver tilsidesat stiger. Det vil heller ikke tale til ens fordel, hvis den anden part kan bevise overfor domstolene, at man bevidst har udformet klausulen uklart. Kan parterne ikke finde frem til en fuldstændighedsklausul som er tilfredsstillende for begge parterne eller vil dette tage for lang tid, er det ikke sikkert, at det er optimalt at tage klausulen med. Er det ikke muligt at udforme en klar og tydelig klausul, er der stor risiko for at domstolene heller ikke kan forstå, hvorfor parterne har taget klausulen med, og derfor vil se bort fra den ved deres fortolkning af kontrakten.

Hvis parterne vælger ikke at medtage en fuldstændighedsklausul, kan de risikere, at ende i en form for omkostningskrig, hvis en tvist opstår. Dette skal forstås sådan, at hvis to parter mødes i retten og skal føre bevis for forhandlingsmateriale og lignende, kan det medføre, at parterne i situationen kommer til at se bort fra det mest økonomisk efficiente og derimod begynder at gå i krig om hvem, der kan bevise, at de har ret. Det kan selvfølgelig være en fordel for domstolene at parterne fører så meget bevis som muligt og dermed giver domstolene en masse information, der giver mulighed til at finde frem til det rimeligste resultat. Det kan dog være meget svært i selve situationen for en virksomhed at slippe taget. Mange vil ofte hellere have ret end fred, som ordsproget siger. Det kan være svært at parkere sin egen sans for retfærdighed og vælge den mest økonomisk efficiente

handlingsmåde. En fuldstændighedsklausul kan modvirke denne tendens ved at begrænse muligheden for at føre alt for meget bevis.

Vi nævnte kort i det kapitel 2 muligheden for at en stærk part kan udnytte en svag part. På trods af, at dette forhold er underlagt aftalelovens § 36 i dansk ret, og en stærk part således ikke kan kræve hvad som helst af en svag forhandlingspartner eksisterer problemstillingen stadig. Dette er blandt andet på grund af aftalefriheden, der forstærkes af, at der er tale om to erhvervsdrivende og domstolene vil derfor kræve langt større bevis for urimelighed end hvis der var tale om et forbrugerforhold. Dette problem er ikke ukendt i den retsøkonomiske teori, der ofte diskuterer hold-up problemet fx i forbindelse med OEM's<sup>51</sup>. Her menes tilfælde hvor producenter af et originalt verdensomspændende brand udnytter deres markedsposition, når de handler med deres leverandører. Producenterne har mulighed for at udnytte leverandørerne til at aftale vilkår, der er klart urimelige og endda ofte inefficente for producenten selv. Denne diskussion kan fylde en hel afhandling for sig selv, så vi vil ikke gå videre i dybden med denne problemstilling, men blot nævne at virksomhederne skal være forsigtige med at udnytte deres markedsposition for at gennemtrumfe aftaler alene for at vise deres magt. Problemet ses en del i USA, men kan naturligvis også manifestere sig herhjemme som fx nævnt tidligere i dommene om forhandlerkontrakter. En virksomhed skal være klar over at de danske domstole næppe vil finde sig i en stærk parts rene udnyttelse af en svag erhvervsdrivende, uanset om det gælder tvist om en fuldstændighedsklausul eller en anden kontraktbestemmelse. Den svage virksomhed må dog i nogen grad finde sig i at være underlagt den stærke parts luner, idet domstolene som nævnt vil stille krav til væsentlig bevis for urimelige aftaler i erhvervsforhold.

For at give et bedre overblik og dette afsnit og hvilken betydning hensynene får i forholdet til valg af fuldstændighedsklausul, har vi valgt at opstille et skema, der kort opsummerer hvilken betydning, de forskellige forhold vil få i virksomhedens beslutning ved at opstille nogle kontrakteksempler.

---

<sup>51</sup> Original Equipment manufacturer

<b>Kontrakteksempel</b>	<b>Type af fuldstændighedsklausul</b>
Kortsigtet kontrakt om kort holdbart gode, hvor kontraktens indhold ligger tæt på baggrundsretten.	Taler for at der ikke anvendes en fuldstændighedsklausul.
Langsigtet kontrakt om gode med lang holdbarhed hvor kontrakten er meget specielt udformet (langt fra baggrundsretten) og vilkårene således generelt forhandles individuelt.	Taler for anvendelse af en individuelt forhandlet klausul. Denne kan suppleres med valg af tvistløsning ved voldgiftsretten.
Kortsigtet kontrakt, der primært er udformet som standardkontrakt og ligger tæt op ad baggrundsretten.	Taler for anvendelse af en standardfuldstændighedsklausul.
Kontrakt om species vare, hvori vilkårene generelt er individuelt forhandlede og den ønskede kvalitet af varen er meget klart formuleret.	Taler for anvendelse af en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul.
En kontrakt, der i forvejen er underlagt common law lovgivning.	Såfremt en fuldstændighedsklausul ønskes fuld effekt vil denne betingelse altid tale for at anvende en fuldstændighedsklausul. Den bør nok stadig være individuelt forhandlet.

### **Model**

Formålet med denne model er at analysere forholdet mellem fuldstændighedsklausuler og disses indflydelse på henholdsvis omkostninger. For at lave denne analyse så struktureret som muligt vil vi opstille et spiltræ, der illustrerer hvor og i hvilket omfang i kontraktskrivningsfasen og på tvistløsningstidspunktet fuldstændighedsklausulen påvirker parterne. For at lave dette spiltræ er vi dog først nødt til at lave en del antagelser og forklaringer, der klarlægger de begreber og udtryk, vi har valgt at bruge i modellen. Vi vil efterfølgende udvide modellen således, at vi opstiller et udtryk for de omkostninger, parterne skal tage med på kontraheringstidspunktet for at afgøre hvorvidt fuldstændighedsklausulen bør tages med i eventuelle kontrakter.

### Antagelser og modelforklaring

I modellen angives forhandlingsmaterialet som FM. Fuldstændighedsklausulen angives som FK. Vi antager i det følgende, at alle kontrakter indgås mellem 2 erhvervsdrivende parter. Der kan opstå problemer omkring hvorvidt parterne samarbejder om at medtage fuldstændighedsklausulen, det vil sige, om parterne er enige eller ej. Enten er begge parter enige om at medtage fuldstændighedsklausulen, enige om ikke at medtage den eller også er parterne uenige om hvorvidt klausulen skal medtages. I den sidstnævnte situation antager vi at den ene part kan kompensere den anden part, således at der ultimativt opnås enighed alligevel. Vi antager at såfremt parterne rent faktisk indgår en kontrakt vil det enten være en kontrakt med en type fuldstændighedsklausul, som kaldes  $K_{FK}$  eller en kontrakt uden fuldstændighedsklausul, som vi kalder  $K_U$ . Med type af fuldstændighedsklausul mener vi, at der skal sondres mellem en standardklausul,  $K_{St.FK}$  og en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul,  $K_{In.FK}$ . Der kan naturligvis være mange forskellige grader af forhandling, der medfører mange forskellige typer fuldstændighedsklausuler, som vi også har konkluderet i kapitel 2. For denne model antager vi dog for enkeltheds skyld at der er to mulige fuldstændighedsklausuler. Parterne kan vælge en standardklausul som fx i K01 og K02 som vi tidligere har redegjort for. Hvis parterne vælger denne standardfuldstændighedsklausul vil omkostningerne ved at medtage denne være lave. Vi benævner denne omkostning  $C_{St.FK}$ . Omvendt kan parterne vælge at forhandle fuldstændighedsklausulen individuelt, og vi antager i dette tilfælde, at parterne her har valgt at medtage en hensigtserklæring og har formuleret klausulen meget klart, således at der ikke hersker tvivl om at fuldstændighedsklausulen er gensidigt vedtaget og parterne har til hensigt at lade den få fuld effekt. Omkostningen ved at medtage denne individuelt forhandlede klausul er høj og benævnes  $C_{In.FK}$ . Yderligere gælder, at omkostningerne ved den individuelt forhandlede fuldstændighedsklausul altid er højere end omkostningerne ved standardfuldstændighedsklausulen, så  $C_{In.FK} > C_{St.FK}$ . Når parterne medtager en fuldstændighedsklausul medfører det almindeligvis, at kontrakten bliver længere idet der opstår et behov for at medtage flere specifikke bestemmelser. Dette er tilfældet, fordi parterne ønsker at kun kontrakten får betydning i deres interne forhold og de er

således nødt til at gøre mere ud af at formulere kontrakten klart og med tilstrækkelige bestemmelser så domstolene kan afgøre en eventuel tvist uden brug af forhandlingsmateriale og lignende. Når kontrakten er mere klart formuleret og omfattende vil det medføre at risikoen for en tvist formindskes i større eller mindre omfang, idet parterne har en bedre indsigt i retsforholdet og dermed ved, hvor de står. På denne måde kan man deducere sig frem til at medtagelsen af fuldstændighedsklausulen har en vis påvirkning på risikoen for tvist i partsforholdet. Dette vil dog primært gøre sig gældende når parterne forhandler fuldstændighedsklausulen individuelt, idet baggrunden for at medtage standardklausulen vil være omkostningsminimering, hvilket taler for at parterne ikke i samme grad vil udbygge kontrakten med specifikke bestemmelser som ved den individuelt forhandlede fuldstændighedsklausul. Vi vil ikke komme yderligere ind på denne risiko, da den i høj grad påvirkes af parternes indsats under kontraktforløbet, som ikke er direkte afhængigt af fuldstændighedsklausulen, der primært har betydning under kontraktskrivningsfasen og på tvist tidspunktet. Når der opstår en tvist mellem parterne under kontraktforløbet antager vi at konflikten enten kan løses ved genforhandling eller at parterne er nødsaget til at lade en udefrakommende instans afgøre sagen. Vi antager i sidstnævnte tilfælde, at sagen enten afgøres ved domstolene efter dansk ret eller at parterne har aftalt voldgift.

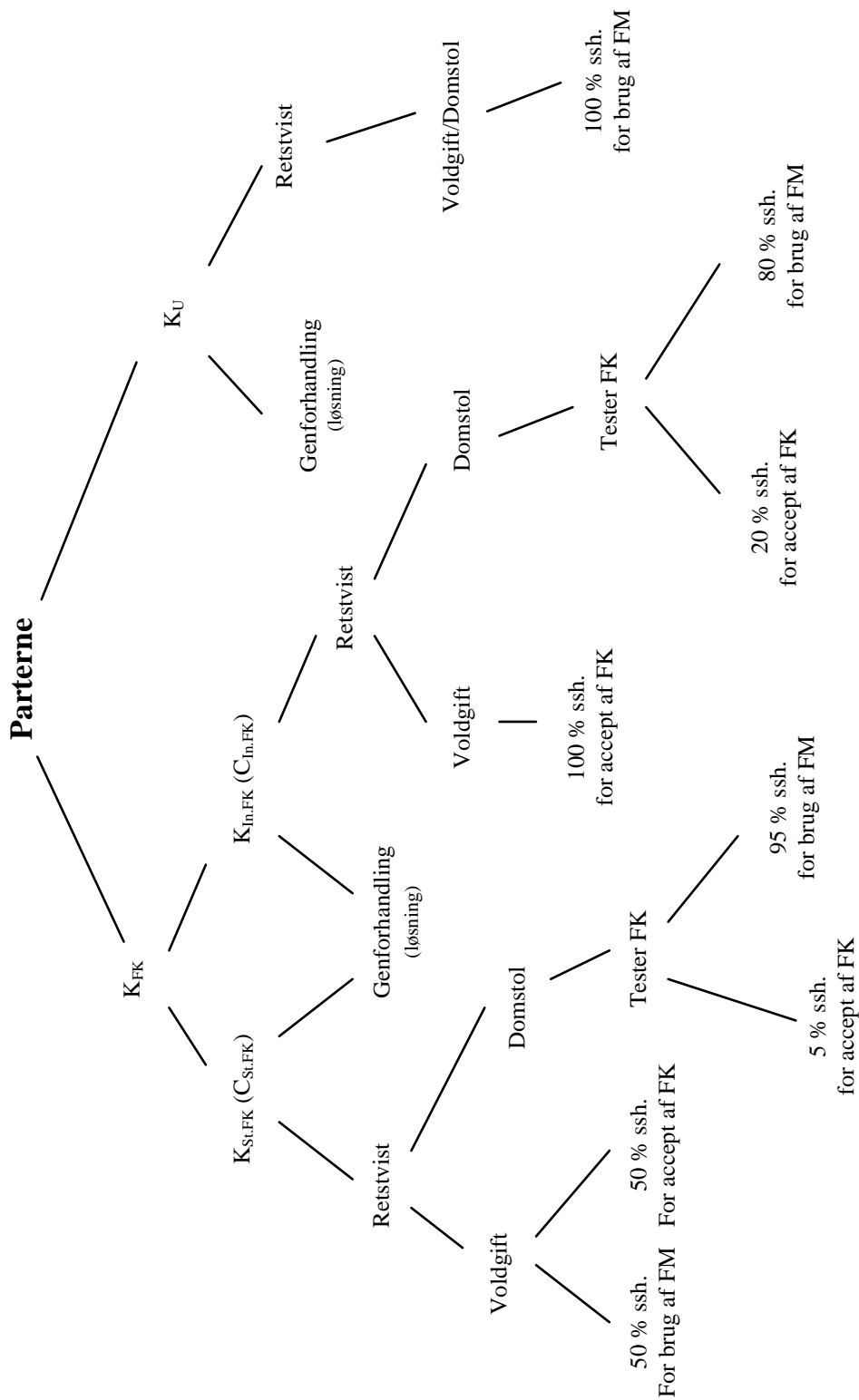
Hvis sagen skal afgøres ved domstolene antager vi, at domstolene altid vil teste fuldstændighedsklausulen. Dette er i overensstemmelse med vores juridiske analyse, idet domstolene er nødt til at vurdere om fuldstændighedsklausulen er gyldigt vedtaget. Dette skaber som tidligere nævnt et paradoks, idet de er nødt til at vurdere forhandlingsmaterialet på tidspunktet for fuldstændighedsklausulens vedtagelse. Domstolene vil altid foretage en rimelighedsvurdering, der indebærer en vurdering af forhandlingsmaterialet uanset om det så bruges ved afgørelse dommen eller ej. Al sandsynlighed taler således for at domstolene vil teste fuldstændighedsklausulen og i øvrigt i høj grad lade forhandlingsmaterialet få indflydelse, hvis det giver et mere rimeligt resultat uanset en aftalt fuldstændighedsklausul. Vi antager at domstolene kan gennemskue hvilken fuldstændighedsklausul parterne har aftalt når de tester klausulen. Der vil være en naturlig forskel på, med hvilken sandsynlighed domstolene vil vælge stadig at

bruge forhandlingsmaterialet afhængigt af om parterne har medtaget en standardfuldstændighedsklausul eller har forhandlet den individuelt. Da fuldstændighedsklausulen har vidtgående konsekvenser vil vi ikke mene at domstolen vil lade en standardfuldstændighedsklausul få retsvirkning i særlig mange tilfælde. En individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul vil sandsynligvis i flere tilfælde få retsvirkning ved domstolene. I og med at domstolene tester klausulen og vurderer forhandlingsmaterialet under alle omstændigheder vil vi dog stadig mene at fuldstændighedsklausulen når den står alene ikke vil få fuld retsvirkning i langt de fleste situationer. Det kan ikke udledes præcis med hvilke procentsatser domstolene vil bruge forhandlingsmaterialet i de forskellige situationer, men vi vælger at komme med et kvalificeret bud på disse satser i spiltræet.

Hvis sagen skal afgøres ved voldgiftsretten antager vi, at voldgiftsdommerne har dybt kendskab til parternes branche og sædvaner i denne. På denne baggrund antager vi ligeledes at voldgiftsretten er i stand til uden væsentlige omkostninger, at konstatere om parterne har anvendt en standardfuldstændighedsklausul eller har forhandlet den individuelt. Vi antager således at voldgiftsretten ikke tester fuldstændighedsklausulen, hvis de konstaterer at den er individuelt forhandlet. På baggrund af de hensyn vi tidligere har gennemgået, der begrundet parternes valg af voldgift antager vi, at voldgiftsretten i langt højere grad end domstolene vil anerkende parternes intentioner ved at medtage fuldstændighedsklausulen uden at afprøve denne såfremt den er individuelt forhandlet. Vi antager således at kombinationen af at parterne individuelt forhandler fuldstændighedsklausulen og at voldgiften anerkender dette uden prøvelse medfører, at voldgiftsretten altid vil udelukke forhandlingsmaterialet fra bedømmelsen. Hvis der derimod er tale om en standardfuldstændighedsklausul, vil voldgiftsretten være nødt til at teste klausulen i et vis omfang. Testen vil blandt andet bestå af en vurdering af, hvorvidt en sådan fuldstændighedsklausul er en almindelig del af kontrakter i den pågældende branche. Da voldgiftsdomme almindeligvis ikke bliver offentliggjort og det således er umuligt at undersøge i praksis, har vi ikke en reel procentsats for i hvilket omfang voldgiftsretten lader en standardfuldstændighedsklausul gælde. Vi har derfor valgt blot at sætte satsen som fifty-fifty, for at understrege pointen om at en

standardklausul er omkostningsminimerende at medtage i kontrakten, men kan have som konsekvens at den bortfortolkes.

### Spiltræ



### **Diskussion af model**

Spiltræet er en illustration af, hvilke muligheder parterne har, når de befinder sig i de forskellige situationer. Dette er medtaget for at skabe et overblik, så der ikke er nogen tvivl om, hvor i spillet parterne befinder sig. De forskellige faktorer i spiltræet påvirker parternes beslutninger og vil derfor kort blive omtalt i det følgende. De omkostninger der generelt er forbundet med en fuldstændighedsklausul,  $C_{FK}$  vil variere alt efter om der er tale om en standard eller individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul, heri er også medtaget eventuelle omkostninger til kompenserende af den anden part for at opnå enighed. Medtages en individuelt forhandlet klausul vil omkostningerne, der benævnes  $C_{In.FK}$ , også indeholde omkostningerne til de specifikke bestemmelser der medtages i kontrakten på grund af fuldstændighedsklausulen. Dette betyder, at der vil være stor forskel på  $C_{FK}$  alt efter om det er tale om en standardfuldstændighedsklausul eller en individuelt forhandlet klausul. Opstår der en tvist kan parterne løse den ved genforhandling eller ved at anlægge en retssag. Genforhandler parterne, vil de finde frem til en løsning på tvisten eller stå i en retsvist. Anlægges der en sag kan parterne, hvis de har aftalt dette vælge voldgiftsretten eller alternativt, hvis intet er aftalt, vil domstolene afgøre tvisten. Fuldstændighedsklausulen vil ved en tvist, alt afhængig af hvilken type klausul, der er tale om, få betydning for om voldgiftsretten og domstolene vil konstatere eller teste om denne er gyldigt vedtaget. Ved denne test vil domstolene anvende forhandlingsmaterialet, og der vil afhængig af fuldstændighedsklausulens type være forskellige sandsynligheder for anerkendelse af klausulen som angivet. Voldgiftsretten og domstolene vil alt efter om der er tale om en standard eller individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul vurdere, om de vil acceptere fuldstændighedsklausulen og udelukke forhandlingsmaterialet fra bevisførelsen, eller om de vil tillade forhandlingsmaterialet ved bevisførelsen på trods af fuldstændighedsklausulen.

### **Modeludvidelse**

For at afgøre, hvorvidt en fuldstændighedsklausul skal medtages i kontrakten tager vi udgangspunkt i virksomheder, der tager beslutningen ud fra en sammenligning af omkostningerne ved de forskellige muligheder, som vi har listet op i spiltræet. Vi vil først redegøre for de udtryk og faktorer, vi anvender i modeludvidelsen.

- $C_p$ : Udtryk for parternes omkostningsvurdering af kontraktindgåelsen
- $C_K$ : Omkostning ved at koncipere kontrakten uden FK
- $C_{FK}$ : Omkostning ved at medtage FK (Inklusiv omkostninger til yderligere specifikke bestemmelser ved  $K_{In.FK}$ )
- $P_T$ : Sandsynlighed for retstvist, der afhænger af  $C_K$  og  $C_{FK}$
- $R_T$ : Parternes forventede omkostninger ved en retstvist
- $R_T = R + r_{FK}$ :  $R$  er udtryk for de omkostninger, der almindeligvis er ved en retstvist og  $r_{FK}$  er udtryk for de eventuelle forøgede omkostninger ved retstvisten når fuldstændighedsklausulen medtages. Vi vil redegøre for disse senere i dette afsnit.
- $C_{FM}$ : Omkostningerne for parterne til at føre bevis for forhandlingsmaterialet
- $f$ : Parternes vurdering af risiko for fejlfortolkning ved en retstvist. Afhænger af  $C_K$ ,  $C_{FK}$  og  $R_T$ .
- $P_G$ : Sandsynlighed for at eventuelle tvister løses ved genforhandling
- $C_G$ : Omkostninger til genforhandling

Ved at bruge ovennævnte udtryk og spiltræet, vil vi herefter mene at virksomheders forventede omkostninger ved kontraktindgåelsen kan opstilles på følgende måde:

$$C_P = C_K + C_{FK} + P_T(C_K, C_{FK})(R_T + f(C_K, C_{FK}, R_T)) + (P_G(C_K, C_{FK}) \times C_G)$$

Formuleret i ord, siger udtrykket, at parternes forventede omkostninger til kontrakten er lig omkostningerne til at skrive kontrakten plus eventuelle omkostninger til at medtage fuldstændighedsklausulen samt sandsynligheden for retstvist gange omkostningerne til disse plus sandsynligheden for genforhandling gange omkostningerne til dette. I forhold til at bruge denne metode til afgøre hvorvidt fuldstændighedsklausulen skal medtages, er det nødvendigt med yderligere forklaring. For at gøre dette så struktureret som muligt vil vi opsplitte udtrykket og forklare de enkelte bestanddele.

Udtrykkets sidste led henviser til en parts forventede omkostninger til genforhandling. Ofte vælger teoretikere at antage at parterne ikke kan genforhandle for at opstille en model, men vi vælger at tage denne mulighed med, da vi gerne vil

have modellen til at være så virkelighedsnær som muligt. Det er meget urealistisk at antage at parterne ikke vil forsøge genforhandling i større eller mindre omfang, når der opstår en tvist. Vi antager her, at hvis parterne genforhandler, medfører det enten en løsning ved genforhandlingen eller at parterne er tilbage ved en retstvist uden særlige omkostninger til det første forsøg på genforhandling. Vi mener, at en fuldstændighedsklausul vil påvirke sandsynligheden for genforhandling ved at parterne i større omfang vil vælge genforhandling ud fra den betragtning at løsningen kan findes i kontrakten og dermed vil betyde færre omkostninger ved genforhandlingerne fordi parterne ikke skal bruge krudt på at diskutere forhandlingsmaterialet i særlig høj grad. Samtidig vil dette argument især gøre sig gældende ved en individuelt forhandlet fuldstændighedsklausul, da vi mener dette vil betyde, at kontrakten er klar og indeholder flere specifikke bestemmelser.

Udtrykkets anden sidste led drejer sig om en parts vurdering af sandsynligheden for retstvist og omkostningerne til disse. Som tidligere nævnt vil parterne altid være udsat for en vis risiko for et fejlfortolket resultat uanset om dette er ved domstolene eller voldgiftsretten. Denne risiko kan mindskes ved at medtage klare og mange specifikke bestemmelser, og således også ved medtagelsen af især en individuelt forhandlet klausul, der medfører klarhed og specifikke bestemmelser. Risikoen mindskes ligeledes til en vis grad af de omkostninger parterne lægger i at føre bevis for retten således at den har mulighed for at fremkomme med et informeret og rimeligt resultat. Det er naturligvis en klar fordel at mindske muligheden for fejlfortolkning, men man må nødvendigvis samtidig have øje for de omkostninger, der vil være forbundet med dette. De kan hurtigt komme til at overstige fordelene. Udover risiko for fejlfortolkning er en af de vigtigste beslutninger virksomheden skal tage, at vurdere hvor mange omkostninger en retstvist vil koste i form af udgifter til selve retssagen. Disse omkostninger vil især afhænge af udgifter til at føre sagen, indsamle bevis og lignende. Vi vil ikke komme ind på de mange omkostninger der kan være forbundet med at føre sagen, men alene se på disse i lyset af en eventuel fuldstændighedsklausul i kontrakten. Denne kan i høj grad påvirke de omkostninger en virksomhed vil have i tilfælde af en retstvist. Vi antager for det følgende at der er en generel omkostning,  $R$  ved at føre en sag ved både domstolene og voldgiftsretten. Derudover skal der tillægges en omkostning,

der er afhængig af om parterne har aftalt en fuldstændighedsklausul og i bekræftende fald, hvilken type der er tale om. Dette udtrykkes ved, at  $R_T = R + r_{FK}$ . For at illustrere den effekt fuldstændighedsklausulen har på omkostningerne til en retstvist må der sondres mellem hvilken type fuldstændighedsklausul, der er aftalt og om tvisten afgøres ved voldgift eller domstolene. Vi har valgt at anvende de procentsatser, vi er kommet frem til i det førnævnte spiltræ. Omkostningerne til tvisten i lyset af fuldstændighedsklausulen kan således opstilles som følgende:

	Voldgift	Domstol
$K_U$	$R_T = R + C_{FM}$	$R_T = R + C_{FM}$
$K_{St.FK}$	$R_T = R + 0,5 \times C_{FM}$	$R_T = R + 0,95 \times C_{FM}$
$K_{In.FK}$	$R_T = R + 0 \times C_{FM}$	$R_T = R + 0,8 \times C_{FM}$

På baggrund af ovenstående forklaringer mener vi således at parterne bør overveje hvorvidt de forventede omkostninger til kontraheringen hvis fuldstændighedsklausulen medtages overstiger de forventede omkostninger ved at undlade klausulen. Det er vigtigt at pointere, at vi ikke mener, at denne omkostningsvurdering indeholder alle relevante faktorer, som parterne bør overveje. Vi startede dette kapitel med blandt andet at redegøre for at en virksomhed kan anvende fuldstændighedsklausulen til at styre deres agenter. Ligeledes har vi lavet et afsnit med andre hensyn, der er nødvendige at overveje, såsom varetype, kontrakttype og lignende. Disse betragtninger, uanset om de taler for eller imod at anvende klausulen bør stadig indgå i en virksomheds vurdering. Man må således, ud over at sammenligne omkostningerne ved at medtage fuldstændighedsklausulen eller ej, tage hensyn til alternative fordele og øvrige omstændigheder, der kan præge beslutningen. Hvis vurderingen af de forventede omkostninger og øvrige betragtninger alligevel fører til, at det ikke kan betale sig at medtage en fuldstændighedsklausul uanset hvilken type, kan det tænkes, at der er mulighed for at virksomheden kan bruge et alternativ. Det er ikke det primære mål med denne afhandling at analysere effekten af andre mulige alternativer til fuldstændighedsklausulen, men vi har dog valgt i det efterfølgende afsnit at komme ind på en række alternativer, der kan overvejes til at erstatte eller supplere en fuldstændigheds-

klausul. Dette afsnit medtages ud fra det hensyn at vi ønsker at give en bred vifte af løsninger til virksomheder, der overvejer at anvende fuldstændighedsklausul og vi ønsker således ikke at lade læseren stå tilbage med ”tomme hænder” såfremt de gennemgåede overvejelser fører til det resultat, at det ikke kan betale sig for virksomheden at medtage fuldstændighedsklausuler i deres kontrakter.

### **Mulige alternativer til fuldstændighedsklausulen**

Vi har valgt, jævnfør ovenstående, at skrive dette afsnit ud fra den betragtning, at det er svært at gennemskue de fuldstændige konsekvenser af en fuldstændighedsklausul, og virksomheder må derfor overveje, hvorvidt de delvis eller helt kan opnå den sikkerhed, de ønsker på en anden måde end ved at medtage en fuldstændighedsklausul.

En af de forskere, der har forsøgt at besvare spørgsmålet om, hvilke måder parterne kan udforme en kontrakt på, så den ved eventuel fortolkning ved domstolene vil blive fortolket i overensstemmelse med, hvad parterne ønsker at opnå med kontrakten, er Katz<sup>52</sup>. En fuldstændighedsklausul kan medtages, hvis parterne ønsker at begrænse det omfang, domstolene anvender forhandlingsmateriale og lignende og dermed fokuserer på kontraktens indhold. Denne mulighed begrænser parterne i, hvad de kan påberåbe sig ved domstolene, hvis tvisten kommer så langt. Katz skriver også, at en sådan klausul ikke er en garanti for at der ikke ses på selve forhandlingsmaterialet, da domstolene har magt til at se bort fra klausulen, hvis de mener, at der er omstændigheder, der taler for dette. Katz mener, at parterne ved, hvad den optimale kontraktform er, og at det også vil være mest optimale, at parterne og ikke det offentlige udformer kontrakten. Katz mener at dette skyldes, at parterne, som kan kaldes de private lovgivere, er bedre i stand til at anvende økonomiske analyser. Især fordi de er i besiddelse af den information, der er nødvendig for at gøre dette. Katz kommer ind på, hvad parterne kan gøre ex ante for at øge chancen for at domstolene vil følge parternes hensigt. Katz nævner flere muligheder for at parterne kan påvirke kontraktens fortolkning. Disse og andre mulige alternativer vil blive gennemgået i det følgende.

---

<sup>52</sup> Avery Wiener Katz. *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation* 2004.

### **Skriftlighedsklausul**

En mulighed, der minder meget om fuldstændighedsklausulen, er at medtage en klausul, der udelukker mundtlige aftale fra bevisførelsen. På denne måde styrer parterne udviklingen i, hvad der skal medtages i kontrakten, men det kan samtidig medføre mange transaktionsomkostninger, idet parterne skal skrive alle væsentlige ændringer ned.

### **Lovvalgsklausul**

En lovvalgsklausul bruges ofte, når der er tale om kommercielle kontrakter, da der i modsætning til forbrugerkontrakter, ikke er nogle beskyttelsespræceptive regler, så lovvalgsklausulen kan få den tiltænkte retsvirkninger. Da Katz's artikel har baggrund i amerikansk ret, taler den også om bevidst at vælge mellem forskellige stater alt efter om parterne ønsker en formel eller mere fri fortolkning ved domstolene. Vi har tidligere nævnt muligheden for at supplere fuldstændighedsklausulen og vil derfor ikke komme videre ind på denne mulighed igen her.

### **Værnetingsklausul**

Et andet alternativ er en værnetingsklausul. Denne vælges almindeligvis i sammenhæng med en lovvalgsklausul. Det kan være en fordel for parterne at vælge hvilken domstol, der har kompetence til at afgøre eventuelle tvister, men de skal være opmærksomme på at der kan være stor forskel på, hvordan de forskellige domstole arbejder og fortolker. Især hvis de skal afgøre en sag efter fremmed ret. Det er netop derfor man med fordel kan vælge både at have en lovvalgsklausul og værnetingsklausul. I forhold til denne afhandling kunne man som et dansk firma, der lægger stor vægt på at give en aftalt fuldstændighedsklausul den fulde effekt, overveje fx at vælge engelsk lovvalg og værneting, da det i engelsk ret som udgangspunkt er almindeligt at lade fuldstændighedsklausuler gælde i overensstemmelse med deres ordlyd.

### **Voldgiftsklausul**

Parterne kan også vælge en voldgiftklausul ud fra samme argument som ved værnetingsklausulen, men der er dog flere aspekter. Voldgiftssager bliver almindeligvis efter aftale ikke offentliggjort, og dette kan spille en stor rolle for parterne valg. Ofte vil det være en fordel at vælge voldgift, da parterne således selv er med til at vælge de personer, der skal afgøre sagen og derfor har mulighed for, at vælge

en voldgift med stort kendskab inden for netop kontraktens område. Dette er med til at mindske risikoen for fejlfortolkning grundet mangel på kendskab til særlige forhold i branchen. Anvender parterne en voldgift til tvistløsning, vil fortolkningen almindeligvis sætte større fokus på parternes hensigt og økonomisk efficiens. Voldgiftsretten har bedre mulighed for at vurdere sagen i forhold til de oplysninger, som parterne giver, da parterne som ofte vil være tilbøjelige til at give flere oplysninger om deres virksomhed så længe de har en garanti for at sagen ikke offentliggøres. Det kan derfor resultere i, at en voldgift vil have bedre baggrund for at afgøre en sag end de almindelige domstole, hvis der er tale om fortrolige oplysninger som udgangspunkt for fortolkningen. Anvendelsen af voldgift kan samtidig være med til at styrke sandsynligheden for fremtidigt samarbejde på trods af den opstående tvist, idet sagen afgøres hurtigt, af branchekendte dommere og uden mulighed for anke. Som nævnt vil en voldgiftsklausul samtidig fungere godt som supplement en fuldstændighedsklausul.

### **Genforhandling og mægling**

Denne mulighed kan tage mange former. I princippet aftaler parterne at fokusere på samarbejde i større grad end tvistløsning. Der vil naturligvis stadig være en del tvistløsningsbestemmelser, som fokuserer på løsning ved domstolene og lignende, der vil variere fra kontrakt til kontrakt afhængig af parternes risikovurdering, der også kan ses som parternes tiltro til hinandens ærlighed i visse tilfælde og formålet med kontrakten. Denne mulighed kan bruges fra den ene yderlighed til den anden. Hvis parternes primære fokus er samarbejde kan de indgå partneringaftaler, der udelukkende opstiller hvordan parterne samarbejder inden for kontraktens formål. Hvis parterne modsat vurderer, at den anden part ikke kan stoles på og ikke ønsker genforhandling som en mulighed kan de udelukke dette fra kontrakten. Parterne behøver naturligvis ikke gå så vidt som at lave en partneringaftale, men der vil almindeligvis være fokus på genforhandling og mægling i et vis omfang. Posner kalde denne mulighed for "agreeing to agree". Det vil sige, at parterne nedfælder få ting i kontrakten og lader resten af kontrakten være åben til genforhandling. Dette vil være udtryk for parternes tiltro til hinanden og kan være nyttigt i mange situationer. Det kunne fx være en i langtidskontrakt hvor parterne ønsker at bevare samarbejdet frem for at føre mindre krige, når der opstår konflikter. Det vil være

svært at opstille en præcis gennemgang af, hvornår denne mulighed skal udnyttes, da det vil afhænge af mange forhold. Forhold som tidsperspektiv, kontrakttype og kontraktens genstand er bare nogle få, men det vil altid være en konkret vurdering, idet alle hensynene vil være underlagt parternes subjektive vurdering af hinanden.

Genforhandling, mægling og lignende ligger ret langt fra anvendelsen af fuldstændighedsklausulen og kan således ikke sammenlignes ud fra påvirkning af det bevismateriale domstolene bruger. Fuldstændighedsklausulen bruges dog også ud fra ønsket om at mindske omkostningerne til tvistløsning, og dette formål kan sammenlignes mellem de to løsninger. Før man vælger at kontrahere om genforhandling og lignende er det nødvendigt at vurdere parternes indstilling. Hvis den ene part i princippet er kompromisløs vil det være fjollet at kontrahere om genforhandling og mægling, idet sandsynligheden for at nå til et kompromis er meget lille. Herefter må man vurdere om man vil forsøge ren genforhandling mellem parterne, eller om man fra start, eller når der går hårdknude i forhandlingerne, ønsker at ty til en tredjepart som mægler. At vælge en tredjepart som mægler vil naturligvis være en af de lidt dyre løsninger, men vil samtidig være billigere end tvistløsning ved domstolene og kan samtidig være en god løsning hvis en eller begge parter ikke har fuld tiltro til den modsatte parts evne til at genforhandle. Herefter har man så mulighed for at påvirke omkostningerne alt efter hvilken løsningsform, man har valgt. Vi vil ikke gå længere ind i denne diskussion af omkostninger, men parterne har på denne måde mulighed for at sætte rammerne for genforhandlingen eller mæglingen. Fx kan parterne aftale et tidsperspektiv for tvistløsning og på den måde være sikret hurtigere og billigere konfliktløsning. Det skal dog nævnes, at når man vælger denne løsningsform, kan det betyde at man ikke altid når det mest fair resultat. Man vælger således at lægge vægten på hurtighed, samarbejde og økonomisk efficiens, og dette kan medføre at tvister løses helt anderledes end ved domstolene. Parterne må derfor vurdere hvilke hensyn, der vejer tungest, når de vælger metode til tvistløsning.

### **Begrebsdefinition**

En begrebsdefinition, der er indsat direkte i kontrakten bør overvejes i de fleste tilfælde og især når der indgås kontrakter på områder der har et særligt sprogbrug. Dette kunne fx være aktuelt for en IT virksomhed, der ofte indgår kontrakter om

levering af nye systemer. Der skal således sættes fokus på faglige begreber som fx IT navne og systemer såvel som kontraktens juridiske formuleringer. Det vil naturligvis ændre sig fra kontrakt til kontrakt hvilke begreber der bør uddybes. Man må ligeledes foretage en omkostningsbetragtning, så man ikke bare skriver løs om begreber, men derimod lader sig nøje med de begreber, man mener der kan være en fordel i at specificere. Hvis man gerne vil undgå et langt afsnit i starten af kontrakten med begreber der først bruges langt inde i kontrakten, kan man også vælge at medtage begrebsdefinitionen i et vis omfang under den specifikke klausul. Dette vil naturligvis kun være en mulighed såfremt begrebet alene fremgår i denne klausul og forklaringen af begrebet således ikke skal finde anvendelse andet steds i kontrakten. I dette tilfælde bør begrebet være defineret i en generel del af kontrakten. Hvis en virksomhed vælger ikke at anvende en fuldstændighedsklausul, men gerne vil sikre sig at kontrakten så vidt muligt anvendes ved en retstvist, kan det være en udmærket løsning af medtage begrebsdefinitioner. Parterne sikrer sig således at domstolene i et vis omfang vil afgøre ud fra kontraktens ord så længe den klart og tydeligt angiver parternes hensigt i den pågældende situation, men virksomhederne skal dog stadig være opmærksomme på at dette kun vil virke til en grænse. Før eller siden vil det ikke kunne betale sig at lægge flere kræfter i koncipering af kontrakten på grund af de omkostninger der er forbundet hermed og yderligere begrebsdefinitioner vil blot koste mere end fordelene ved at skrive begrebsdefinitionerne er værd.

### **Hensigtserklæring**

Vi har løbende i kapitel 2 nævnt muligheden for at medtage en hensigtserklæring i kontraktens præambel, der tilkendegiver hvad meningen med at medtage klausulen var på kontraheringstidspunktet. Det er på samme måde muligt at medtage en generel hensigtserklæring i kontrakten, der tilkendegiver parternes baggrund for at indgå i kontrakten. En sådan erklæring kan have stor virkning på domstolenes fortolkning, idet det er et almindeligt princip at hver af kontraktens bestemmelser skal ses i lyset af hele kontrakten. Når parter således vælger at skrive baggrunden for kontrakten, der også kan kaldes kontraktens formål, vil alle kontraktens bestemmelser således blive fortolket i sammenhæng med formålet. Som nævnt i kapitel 2 om formålsfortolkning kan en hensigtserklæring især tillægges vægt i IT

kontrakter, der bærer præg af at de er svære at gøre fuldstændige, idet der ved udvikling af IT systemer konstant ændres krav og mulige løsninger efterhånden som arbejdet skrider frem. Vi vil således klart anbefale at medtage en hensigtserklæring i kontrakter, hvor der er mulighed for ændringer undervejs eller andre hensyn taler for at parterne kan risikere at kontraktens bestemmelser fortolkes væk fra parternes hensigt på kontraheringstidspunktet. Denne løsning er i sin natur ikke et enkeltstående alternativ til fuldstændighedsklausulen idet formålet med erklæringen er forskellig fra formålet med fuldstændighedsklausulen. Man har dog mulighed for at tilkendegive mere information om kontrakten, der kan betyde at domstolene har lettere ved at gennemskue parternes hensigt og således lægger større vægt på hensigtserklæringen end eventuelt forhandlingsmateriale.

### **"Ingen fortolkning"s optioner**

Et særligt problem opstår når en bestemmelse i en kontrakt kan anses for generel, forstået på den måde at bestemmelsen kan finde anvendelse på flere potentielle situationer. Her opstår det problem, når en af de potentielle situationer opstår, at domstolene oftere end hvis der var aftalt en specifik bestemmelse til denne situation vil være tilbøjelige til at bortfortolke eller tilsidesætte bestemmelsen. Dilemmaet for parterne er naturligvis ud over at de i realiteten ikke kan skrive en fuldstændig specifik kontrakt samtidig er nødt til at spare på omkostningerne og medtage generelle bestemmelser i et vis omfang. Shavell nævner, som tidligere omtalt, en mulig løsning til dette problem, en "ingen fortolkning"s option. Denne option skal træde i kraft når en situation opstår, der falder ind under anvendelsesområdet for den generelle bestemmelse og domstolene vil tilsidesætte eller bortfortolke bestemmelsen. Parterne har så mulighed for at gennemtvinge anvendelsen af bestemmelsen selvom den får uhensigtsmæssige konsekvenser. Det er svært at forestille sig denne løsning i dansk ret, idet en domstol næppe vil lade sig binde af en sådan option i højere grad end at de stadig vil vælge at tilsidesætte bestemmelsen i de fleste tilfælde af hensyn til retfærdighed og rimelighed. Men måske en sådan klausul vil blive accepteret i common law lande. Dette vil vi ikke komme nærmere i på, men blot nævne muligheden.

### Diskussion af alternativer

Katz gør meget ud af, at der altid vil være en risiko for, at domstolene vil se bort fra de klausuler, som parterne aftaler, men i praksis vil disse klausuler ofte blive tillagt en vis betydning og domstolene vil ofte anvende dem som de fremstår i kontrakten. Dette er udtryk for hensynet til, at der er aftalefrihed, og at parterne selv er nærmest til at afgøre, hvilken kontrakt de mener, er den mest økonomisk fordelagtig. Vi mener, at Katz har ret i at det ikke vil være muligt at finde en generel metode til, hvordan parterne i almindelighed bør udforme deres kontrakter. Det vil selvfølgelig være en mulighed, at anvende en fuldstændighedsklausul, men der er også andre klausuler og alternativer, der kan komme på tale. Det kommer helt an på, hvad parterne ønsker at opnå. Det er i den forbindelse vigtigt at huske på, at man ikke skal anvende klausuler bare for syns skyld, der skal være en mening med at de er medtaget i kontrakten. Parterne må lave en cost-benefit betragtning, og vurdere, hvad omkostningerne ved at forhandle og koncipere en klausul og hvilken retsvirkning klausulen vil have på kontrakten, det vil sige hvilken værdi klausulen har for parten. Vi mener som Katz, at parterne skal være opmærksomme på, at det ved tvister ikke er op til parterne at fortolke kontrakten, og derfor vil der være en risiko for at den fortolkede kontrakt ikke stemmer overens med parternes fælles vilje på kontraheringstidspunktet. Det bedste de kan gøre er, at skrive en kontrakt, der er klar og tydelig, og kun anvende de klausuler og bestemmelser, der vil give mening og er relevante for at opnå det, parternes ønsker at opnå med kontrakten. Parterne skal ved vurderingen af klausuler se på, om de vil have nogen virkning ved senere fortolkning af kontrakten. Det vil nærmest være en ren vurdering af fordele og ulemper. Parterne skal finde frem til, hvordan de vil udforme kontrakten i hver kontraktsituation, og ikke blot udforme den efter hvilke klausuler de tidligere har valgt at anvende. Kontrakten skal afspejle parternes ønske om, hvordan og hvad domstolene skal tage med i deres overvejelser ved eventuel senere fortolkning af kontrakten. Er der tale om, at det ikke er parterne selv, der forhandler men deres agenter, kan parterne vælge at anvende en fuldstændighedsklausul eller skriftlighedsklausul, for på denne måde at mindske risikoen for at blive bundet af en udtalelse fra en forhandler, der har fået lovet noget, som denne ikke burde love. Har parterne et ønske om blot at anvende retsregler fra

baggrundsretten ved eventuelle tvister, kan de anvende en lovvalgsklausul. Er det diskretion, der betyder mest, kan de aftale en voldgiftsklausul. De kan naturligvis også vælge at mikse de forskellige alternativer sammen. Det vil således være op til parterne i de konkrete situationer, da der ikke vil være to kontrakter der er ens.

## **Integreret konklusion**

Fuldstændighedsklausuler bruges ud fra ønsket om at mindske omkostninger til eventuelle tvister. Klausulen kan betyde, at virksomheder kan spare udgifter til advokater og lignende, når der føres sager, idet der skal føres bevis i langt mindre grad end hvis der skal redegøres for forhandlingsmateriale. Klausulen kan ligeledes give bedre mulighed for at parterne kan vurdere udfaldet af en eventuel retstvist, så de kan undgå omkostninger til at føre sager, som de med al sandsynlighed vil tabe. Samtidig kan fuldstændighedsklausulen hjælpe på principal-agent forholdet, hvis virksomhederne sørger for at klausulen aftales som det første, og at ledelsen efter forhandlingerne skal godkende kontrakten. På denne måde behøver hverken virksomhederne eller deres kunder at være overforsigtige med de udtalelser, der bringes til forhandlingsbordet, idet de ikke vil være bindende, før de er medtaget i kontrakten.

Den retsøkonomiske teori indeholder mange teoretiske diskussioner om den optimale fortolkningsmetode, der er, at finde parternes hensigt og opnå økonomisk efficiens. Shavell argumenterer for, at måden, hvorpå domstolene fortolker, har stor indflydelse på parternes kontraktskrivning. Hvis parterne er i stand til at gennemskue, hvordan domstolene vil fortolke deres kontrakt og således også i hvilket omfang domstolene eller voldgiftsretten vil anerkende en fuldstændighedsklausul, kan de spare omkostninger til kontraktskrivningen. Problemet ved at anvende fuldstændighedsklausuler i dansk ret består i det forhold at der er stor usikkerhed om, hvorvidt de danske domstole vil acceptere en fuldstændighedsklausul. Det er dog vigtigt at forstå, at det er fortolkningsvirksomheden og den retsdogmatiske metode i dansk ret, der medfører, at en fuldstændighedsklausul sandsynligvis ikke vil blive anvendt i samme omfang som i common law. Medtagelsen af en fuldstændighedsklausul vil dog ikke have indflydelse på, hvilken fortolkningsmetode, domstolene vil anvende, men derimod stor indflydelse

på hvilke fortolkningsbidrag, der anvendes. Domstolene vil medtage flere aspekter end hvorvidt en aftalt fuldstændighedsklausul er efficient efter retsøkonomisk teori. Domstolene vil blandt andet vurdere, hvilken præcedens for fremtidige sager, de ønsker at skabe, hvilke sædvaner, der har indflydelse, en generel vurdering af den dokumentation, som parterne fremlægger samt vurdere sagen ud fra en generel sans for retfærdighed. Parterne kan således ikke vide sig sikker på, hvornår en fuldstændighedsklausul vil få den ønskede effekt. Denne risiko, for at domstolene fortolker kontrakten uden brug af fuldstændighedsklausulen, er parterne nødt til at medtage i deres ex ante vurdering af, hvorvidt klausulen bør aftales. Vi har opstillet et spiltræ, der angiver de situationer, som virksomheder kan ende i, når de indgår kontrakter ud fra overvejelser om at medtage fuldstændighedsklausulen. Vi har udvidet tankegangen til at omfatte en omkostningsbetragtning, der kan guide virksomheder til at vælge, hvorvidt fuldstændighedsklausulen bør medtages. Omkostningsbetragtningen anfører, at en parts forventede omkostninger til kontrakten er lig omkostningerne til at skrive kontrakten plus eventuelle omkostninger til at medtage fuldstændighedsklausulen samt sandsynligheden for retstvigt gange omkostningerne til disse plus sandsynligheden for genforhandling gange omkostningerne til dette. Denne omkostningsbetragtning er vigtig, men der er flere andre hensyn, der vil gøre sig gældende. I forhold til denne betragtning, vil der altid være problemer med at vurdere alle omkostningerne præcist nok til at basere virksomhedens beslutning alene på en omkostningsvurdering. Der kan være andre specifikke fordele ved at anvende klausulen, der ikke nødvendigvis vil fremgå af omkostningsbetragtningen. Parterne kan vælge at lave en ren omkostningsvurdering i forhold til fordele hver gang de indgår kontrakter. Dette kan dog være meget omkostningsfuldt og besværligt. Alternativt kan virksomhederne vælge at opstille nogle generelle guidelines for, hvornår der anvendes hvilke fuldstændighedsklausuler ud fra en vurdering af de hensyn og forhold, vi har gennemgået i afhandlingen.

Man kan således forestille sig en situation, hvor en virksomhed skal indgå en kortsigtet kontrakt om et kortvarigt gode på et område med omfattende og passende baggrundsret, fx købeloven. Disse forhold vil alle tale imod at anvende en fuldstændighedsklausul, idet der næppe vil være tilstrækkelig fordele til at dække

omkostningerne ved at medtage klausulen. Skal parterne derimod indgå i en mellem eller langsigtet kontrakt, der bærer præg af at være specielt udformet til lejligheden og af at være individuelt forhandlet og eventuelt med aftalt voldgift, vil det tale for at anvende en individuelt forhandlet klausul. Hvis en virksomhed generelt anvender standardkontrakter i deres forhold til andre erhvervsdrivende vil det almindeligvis betyde, at det vil være stort set omkostningsfrit at medtage en standardfuldstændighedsklausul. Kontrakten vil i dette tilfælde i forvejen være underlagt en risiko for at kontrakten i tilfælde af tvist vil blive fortolket imod virksomheden selv som koncipist. Det vil dog være muligt at bruge den metode, der er anvendt i K02 ved at uddybe fuldstændighedsklausulens præcise omfang, hvilket vil medføre en øgning af sandsynligheden for at den vil blive anvendt af domstolene eller voldgiftsretten. En virksomhed kan vælge at sætte stor fokus på at lade fuldstændighedsklausulen få fuld effekt ved at aftale fx engelsk ret eller PECL som den ret, kontrakten er underlagt. Dette kan dog være meget bekosteligt, og bør ikke aftales såfremt andre hensyn ikke taler for dette.

Vores model er et redskab til at tage beslutningen om fuldstændighedsklausulen, men det vil ikke være muligt at give en klar og endegyldig tilkendegivelse af om fuldstændighedsklausuler skal medtages i alle kontrakter, der indgås i en virksomhed. Der vil altid være de øvrige hensyn, som vi har gennemgået samt konkrete hensyn i specifikke kontraktindgåelsessituationer, der skal tages hensyn til. Når fuldstændighedsklausuler ønskes medtaget vil det mest sandsynlige være at de vil få ønskede effekt såfremt det er en klart formuleret klausul, der er suppleret med en hensigtserklæring og eventuelt en begrebsdefinition. Den største sandsynlighed, for at den vil få virkning, vil være ved voldgiftsretten. Vi anbefaler dog at medtage bestemmelser i kontrakterne, der fokuserer på genforhandling, da det almindeligvis vil være bedst at nå til enighed med den anden kontraktpart ud fra en omkostningsbetragtning, en god rygte effekt og fortsat mulighed for samarbejde.

## Litteratur- og bilagsliste

### Bøger

- Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, 2006. Aftaler og mellemmand. København: Forlaget Thomsen, 5. udgave.
- Ole Lando m.fl. 2006. Udenrigshandelens kontrakter. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave.
- Mads Bryde Andersen, 2002. Ret og metode. København: Gjellerup, 1. udgave.
- Mads Bryde Andersen, 2002. Grundlæggende aftaleret. København: Gjellerup, 2. udgave.
- Mads Bryde Andersen, 2003. Praktisk aftaleret. København: Gjellerup, 2. udgave.
- Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, 2005. Retskilder og retsteorier. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave.
- Børge Dahl m.fl., 2008. Erhvervsjura – i et markedsøkonomisk perspektiv. København: Handelshøjskolens Forlag, 10. udgave.
- Ole Lando og Hugh Beale, 2000. Principles of European Contract Law parts I and II combined and revised. Kluwer Law International.
- Bernhard Gomard m.fl, 2009. Almindelig kontraktsret. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave.
- Bjørn Saltorp og Erik Werlauff, 2009. Kontrakter. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.
- Marcel Fontaine og Filip De Ly, 2006. Drafting International Contracts – An Analysis of Contract Clauses. Chapter 3. Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic.
- Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2007. Civilprocessen. København: Forlaget Thomsen, 6. udgave.
- Bo von Eyben, 2004. Juridisk Ordbog. København: Forlaget Thomsen, 12. udgave.

## Artikler

- Steven Shavell, 2006. On the writing and the interpretation of contracts. Journal of Law, Economics, and Organization.
- Richard A. Posner, 2004. The law and economics on contract interpretation. Chicago Law & Economics, Olin working Paper No. 229.
- Lars Gorton, 2008. Merger clauses in business contracts. Forlaget Thomson. Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2008.344.
- Erik Sjöman, 2002. Integrationsklausuler och dispositiv rätt. (Svensk) Juridisk Tidsskrift Årgång 14 2002-03 nr. 4, side 935-941.
- Erik Sjöman, 2008. Ett rättsfall om integrationsklausuler. Svensk Jurist Tidning 2008 häfte 7, side 571-577.
- Alan Schwartz og Robert E. Scott, 2009. Contract Interpretation Redux. European Association of Law and Economics, North America, aug. 2009. <http://www.eale09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/view/378/125>
- Avery Wiener Katz, 2004. The economics of form and substance in contract interpretation. Columbia Law Review, Vol. 104, No. 2, side 496-538.

## Links

- K01: <http://www.itst.dk/it-styring/standardkontrakter/k01-standardkontrakt-for-kortvarige-it-projekter/K01%20kontrakt%20-%20april%202004.pdf>
- K02: <http://www.itst.dk/it-styring/standardkontrakter/Endelig%20kontrakt%20-%2020.11.07%20-%20001011.pdf>
- Wikipedia definition af Merger Clause: [http://en.wikipedia.org/wiki/Integration\\_clause](http://en.wikipedia.org/wiki/Integration_clause)
- Dictionary definition af Merger Clause: <http://dictionary.reference.com/browse/merger+clause>
- Fuldstændighedsklausul fra Expertlaw: [http://www.expertlaw.com/library/business/contract\\_clauses.html](http://www.expertlaw.com/library/business/contract_clauses.html)
- Fuldstændighedsklausul fra Wikipedia: [http://en.wikipedia.org/wiki/Integration\\_clause](http://en.wikipedia.org/wiki/Integration_clause)

### **Domme**

- U 2005.1566 H – Goodwillsagen
- U 2008.579 V – Bilsædesagen
- U 1988.1036 H – Forhandlerkontrakter
- U 1988.1042 H – Forhandlerkontrakter
- U 1977.1031 V – Kjolesagen
- Rt-1992-796 (Pepsico-dommen)
- AD 2007 nr. 86 – Svensk arbejdsretsdøm (I Sjömans artikel ”Ett rättsfall...”)

### **Bilag**

- Uddrag af K02

## **Bilag 1 – Uddrag af K02**

### **Fortolkning og kontraktstyring**

#### **Fortolkning og forrang**

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

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

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

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