

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Copenhagen Business School, maj 2019

**ÆNDREDE OMSTÆNDIGHEDER I LÆNGEREVARENDE
KOMMERCIELLE KONTRAKTER**

- **Change in Circumstances in Long-term Commercial Contracts**

Udarbejdet af
Katrine Nørrisgaard

Studienummer: 91769

Dato for aflevering: 15. maj 2019

179.068 anslag (med mellemrum) / 78,71 sider

Vejledere: Marie-Louise Holle & Henriette Schleimann

Indholdsfortegnelse

EXECUTIVE SUMMARY	4
1 INDLEDNING.....	5
1.1 PROBLEMFELT.....	5
1.2 CASE.....	5
1.3 PROBLEMFOMULERING	6
1.4 SYNSVINKEL	7
1.5 AFGRÆNSNING.....	7
1.6 STRUKTUR	8
1.7 METODE.....	8
1.7.1 Juridisk metode	8
1.7.2 Økonomisk metode	12
1.7.3 Interdisciplinær metode	14
2 JURIDISK ANALYSE	15
2.1 DET KONTRAKTSRETlige UDgangSPUNKT.....	15
2.1.1 <i>Pacta sunt servanda</i>	15
2.1.2 <i>Partsaunomien</i>	15
2.2 PARTERNEs AftALE: AB 18.....	16
2.2.1 <i>Udgangspunkt: Bygherre bærer risikoen for ændrede omstændigheder</i>	16
2.2.2 <i>Oplysnings- og undersøgelsespligt</i>	16
2.2.3 <i>Offentlige forbud eller påbud</i>	17
2.2.4 <i>Bygherres ændringsret</i>	18
2.2.5 <i>Tidsfristforlængelse og forsinkelse</i>	18
2.2.6 <i>Samarbejds- og loyalitetspligt</i>	20
2.2.7 <i>Agreed documents</i>	20
2.3 FORTOLKning OG UDFYLDning.....	21
2.3.1 <i>Loyalitetspligten</i>	21
2.3.2 <i>Formålsfortolkning vs. ordlydsfortolkning</i>	22
2.3.3 <i>The parol evidence rule</i>	24
2.3.4 <i>Implied terms/business efficacy</i>	25
2.3.5 <i>Commercial common sense</i>	27
2.3.6 <i>AFTL § 36</i>	28

2.3.7	<i>Bristende forudsætninger</i>	31
2.3.8	<i>The doctrin of frustration</i>	32
2.3.9	<i>Force majeure</i>	35
2.4	HARDSHIPKLAUSULER	36
2.4.1	<i>Hardship</i>	36
2.4.2	<i>Bløde hardshipklausuler</i>	37
2.4.3	<i>Hårde hardshipklausuler</i>	38
2.5	JURIDISK DELKONKLUSION	42
3	ØKONOMISK ANALYSE	43
3.1	INDLEDNING.....	43
3.2	TRANSAKTIONSOMKOSTNINGSTEORETISK PERSPEKTIV	43
3.2.1	<i>Transaktionsomkostninger ved casen – ex ante og ex post</i>	43
3.2.2	<i>Transaktionens dimensioner</i>	46
3.2.3	<i>Reguleringsstruktur og kontraktlov</i>	53
3.2.4	<i>Forstyrrelser</i>	56
3.2.5	<i>Safeguards</i>	59
3.2.6	<i>Transaktionsomkostningskonklusion</i>	61
3.3	SPILTEORETISK PERSPEKTIV	61
3.3.1	<i>Ingen hardshipklausul</i>	61
3.3.2	<i>Med hardshipklausul: reciprocitet</i>	64
3.3.3	<i>Opsummering og sammenligning</i>	67
3.3.4	<i>Spilteoretisk konklusion</i>	68
3.4	ØKONOMISK DELKONKLUSION	68
4	INTEGRERET ANALYSE	69
4.1	PARETO-EFFICIENS	69
4.2	JURIDISKE RAMMER: UFORUDSIGELIGHED	70
4.3	ØKONOMISKE RAMMER: FORUDSIGELIGHED	72
4.4	SAMMENLIGNING	73
4.5	RETSPOLITISKE BETRAGTNINGER	73
4.5.1	<i>Hardshipklausul som eneste adgang til kontraktjustering</i>	74
4.5.2	<i>Anerkendelse af hardship i baggrundsretten</i>	74
4.6	ÆNDRING AF DE JURIDISKE RAMMER	75
4.7	INTEGRERET DELKONKLUSION	75
5	KONKLUSION	77

6	ANVENDTE FORKORTELSER	78
7	LITTERATURLISTE	78
7.1	BØGER	78
7.2	E-BØGER	81
7.3	ARTIKLER	81
7.4	RETSKILDER OG FORARBEJDER	83
7.5	SOFT LAW	83
7.6	DOMME OG AFGØRELSER	84
8	BILAG	87
8.1	FORKLARING AF PAYOFF	87
8.2	TABELLER	87
8.3	FIGURER	87

Executive Summary

This Master's Thesis study the use of hardship clauses in long-term contracts under Danish and English Law. The focus is to analyze as to which extend the use of hardship clauses will enhance the parties' chances of regaining the contract balance, where unforeseen changes in circumstances has resulted in a considerable increase of the burden to fulfill one or both parties' contractual obligations.

The comparative analysis of Danish and English law examines how Danish rules provides some possibility of contract adjustment by the courts, whereas this is not the case under English law. Although Danish courts recognize the need for contract adjustment under certain circumstances the courts are overall reluctant to make contract adjustments in commercial contracts. Under English law the only remedy for change in circumstances is provided by the doctrine of frustration, and therefore the only possibility for the English courts is to terminate the contract.

The use of a hardship clause will enhance the parties' chances of regaining the contract balance in the events of unforeseen changes in circumstances. However, under both Danish and English law there is somewhat uncertainty as to when the clause will be put into force by the courts.

From a deductive perspective this thesis examines, how the use of hardship clauses can serve as a safeguard against changes in circumstances from a transaction cost economics perspective, and through the application of a game theory setup. The study argues that the parties will not be inclined to enter into renegotiations if it is ambiguous whether the hardship commitment will be enforced by the courts.

This thesis argues that the rules under both Danish and English rules should be put under evaluation. The rules, as per now, does not provide the sufficient basis for economic efficiency to occur. For economic efficiency to occur, the legal rules should provide for clearly established rules for the use of hardship clauses and there must be no opportunity for contract adjustments, besides whenever a hardship clause is agreed by the contracting parties.

Keywords: Danish law, English law, Hardship, Change in circumstances, transaction cost economics, game theory, the doctrine of frustration, Aftalelovens § 36, Forudsætningslæren, long-term commercial contracts.

1 Indledning

Til daglig indgås et utal af kontrakter mellem erhvervsdrivende parter. Nogle er korte og ikke forbundet med en særlig kompleksitet, mens andre kan antage en varighed på flere år(tier) og indeholde righoldig kompleksitet. Selvom aftaler principielt er bindende for parterne, kan det alligevel ske, at en part som følge af efterfølgende ændringer i omstændighederne ser det for særdeles uattraktivt eller måske som en direkte umulighed, at kontrakten består i sin oprindelige form. I korte og forholdsvis ukomplicerede tilfælde vil det ofte være oplagt at afbryde kontraktforholdet. I længerevarende og mere komplekse forhold vil dette dog i et begrænset antal tilfælde være det mest optimale udfald for parterne.

1.1 Problemfelt

Da det særligt i længerevarende kontrakter kan være svært for parterne at overskue alle mulige ændringer af omstændigheder, der vil kunne forskyde kontraktbalancen, er disse genstand for denne afhandling. Selvom det er muligt at overskue en stor del af disse mulige ændringer, kan det være forbundet med høje transaktionsomkostninger konkret at indkoncipere disse i kontraktgrundlaget ex ante. Samtidig vil der som oftest ikke være det samme incitament fra begge parter side til at justere i kontraktgrundlaget ex post, da det ofte alene er den ene part, der oplever ændringerne som særligt bebyrdende. Hvis spliden skal afgøres hos domstolene, er dette ofte dels ressourcetrækvende og vil desuden være forbundet med usikkerhed, da reglerne for en sådan ændringsudøvelse ikke fremstår klart. Parterne i længerevarende kontraktforhold vælger derfor ofte at lade kontrakten indeholde en hardship-klausul, hvor parterne aftaler en forpligtelse til i visse tilfælde at genforhandle. Hvilke muligheder og konsekvenser, en sådan klausul kan tilføre parterne, vil blive belyst i denne afhandling.

1.2 Case

Afhandlingen baseres delvis på en case. I den juridiske analyse vil casen ikke være gennemgående anvendt, men behandles som et konkret eksempel på en aftale. I den økonomiske analyse vil casen indtage en mere gennemgående rolle, eftersom analysen foretages ud fra denne.

Bygherre og entreprenør indgår aftale omkring opførsel af et privathospital. AB 18 lægges til grund for aftalens indgåelse med undtagelse af kapitel J omkring tvistløsning. Aftalens løbetid er estimeret til 3 år. Parterne har endnu ikke aftalt, hvilket lands regler der skal lægges til grund i tilfælde af tvistløsning hos domstolene. Entreprenør, der er en engelsk bosat virksomhed, mener, det skal være engelske regler, der skal gælde, mens bygherre mener, det

skal være de danske regler, der må gælde, eftersom hospitalet opføres i Danmark. De ønsker derfor indsigt i, hvilke konsekvenser de to retssystemer har for deres muligheder for at påberåbe sig en hardshipklausul og dermed opnå kontraktjusteringer frem for en tilsidesættelse ved tvist.

Formålet med at benytte en case er i forhold til den økonomiske analyse at foretage en konkret analyse af rationalet ved at anvende en hardshipklausul på de længerevarende og komplicerede kontraktforhold. Analysen vil derfor løbende løftes op på et mere generelt niveau, så mere overordnede sammenhænge belyses. Derfor kan analysen nå konklusioner, der tilfredsstillende besvarer den opstillede problemformulering.

Parternes problemstilling søges belyst gennem nedenstående problemformuleringer.

1.3 Problemformulering

Overordnet problemformulering

I hvilket omfang kan hardshipklausuler bidrage til en ex ante-håndtering af risikoen for senere ændringer af omstændighederne i længerevarende og kommercielle kontrakter under dansk og engelsk ret?

Juridisk problemformulering

Hvilke muligheder tilfører med afsæt i entrepriseretten en vedtagelse af en hardshipklausul parternes muligheder for, at kontraktbalancen genoprettes ved efterfølgende ændringer i omstændighederne under henholdsvis dansk og engelsk ret?

Økonomisk problemformulering

Hvad er det kontraktøkonomiske rationale for at anvende hardshipklausuler set fra et transaktionsomkostningsperspektiv, og hvad har det af betydning rent spilteoretisk?

Integreret problemformulering

Hvorledes bør de juridiske regler for efterfølgende omstændigheder være for at fremme økonomisk efficiens, og i hvilket omfang stemmer dette overens med engelske og danske regler?

1.4 Synsvinkel

Analysen foretages ud fra et virksomhedsperspektiv, hvor fokus ligger på private erhvervsdrivende parter, der indgår i business-to-business kontrakter. Eftersom omdrejningspunktet for analysen er kontraktparternes retsstilling, udføres denne på et kontraktniveau.

1.5 Afgrænsning

Der afgrænses fra kontrakter indgået i ikke-kommercielle forhold, hvorfor fremstillingen alene omhandler kontrakter indgået mellem to erhvervsdrivende parter, henholdsvis bygherre og entreprenør.

Selvom det uden tvivl ville være både interessant og relevant at behandle regler for lovvalgs- og værnetingsregler, falder det uden for denne afhandlings fremstilling.

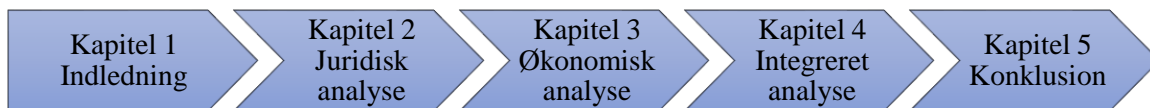
Parterne vil ofte vælge at lade kontrakten indeholde en voldgiftsklausul. Behandling efter voldgift vil der dog afgrænses fra i denne sammenhæng. Formålet med fremstillingen er at klarlægge reglerne efter dansk og engelsk ret, og derfor falder mulighederne for at vedtage aftale omkring afgørelser ud fra eksempelvis billighedsbetragtninger uden for denne afhandlings fremstilling.

Som det anførtes i afsnit 1.3, afgrænses der til alene at belyse problemstillingen delvis gennem entrepriseretten, herunder AB 18. Årsagen hertil er, at formålet med analysen ikke er alene at diskutere anvendelsen af hardship-klausulen i entrepriseretlig sammenhæng, men i en mere generel berøring. De entrepriseretlige aftaler tjener dog som et godt eksempel på, hvor der ofte vil forekomme ændringer i omstændighederne, og derfor anvendes denne til at kunne nå et dybere analytisk niveau.

Formålet med en transaktionsomkostningsanalyse i traditionel forstand vil ofte være at analysere sig frem til, hvorvidt der bør integreres vertikalt eller ej. I denne sammenhæng anvendes teorien en smule anderledes, idet formålet med analysen ikke er en undersøgelse af, hvorvidt der bør internaliseres eller ej. Det er i det følgende derfor givet, at der ikke skal integreres vertikalt.

Der afgrænses i denne afhandling fra at berøre misligholdelsesbeføjelser, idet her er fokus på, hvordan parterne kan opretholde relationen gennem en genoprettet kontraktbalance.

1.6 Struktur



Figur 1 – Afhandlingens struktur

Denne afhandling er opdelt i 5 kapitler, som illustreret i Figur 1.

Dette *første kapitel* indfører og afgrænser baggrunden for undersøgelsens genstandsfelt og problemformulering samt argumenterer for valg af teori og metode.

Det *andet kapitel* indeholder afhandlingens juridiske analyse. Den juridiske analyse skal foretages forinden den økonomiske, eftersom konklusioner herfra danner rammerne for såvel den økonomiske som den integrerede analyse.

Det *tredje kapitel* indeholder den økonomiske analyse, hvor anvendelsen af hardshipklausuler ansues fra et transaktionsomkostnings- og spilteoretisk perspektiv.

Det *fjerde kapitel* indeholder en integreret analyse og anvender således både juridisk og økonomisk teori. Dette kapitel forener og bygger i en integreret analyse ud fra efficiens- og retspolitiske betragtninger videre på konklusioner fra de to forudgående kapitler.

Det *femte kapitel* konkluderer samlet på de forudgående analyser og indeholder en samlet besvarelse af afhandlingens overordnede problemformulering.

1.7 Metode

1.7.1 Juridisk metode

Den juridiske metode foretages som en komparativ analyse af engelsk og dansk ret på området for efterfølgende ændringer i omstændighederne i længerevarende kommercielle kontrakter.

Begrundelsen for valget af engelsk ret som komparativ kilde findes dels i en begrænset sprogmæssig barriere, der kan være forbundet med anvendelse af andre retssystemer, og dels i, at de to retssystemer antager vidt forskellig retshistorisk baggrund. Eftersom det danske retssystem læner sig op ad Civil Law-traditionen, er det interessant at

se, hvordan en hardshipklausul anvendes, herunder dens eksistentielle berettigelse, inden for det noget anderledes Common Law-system. De to systemer har fra en indledningsvis betragtning en tilsyneladende vidt forskellig tilgang til spørgsmålet om uforudsete ændringer i omstændighederne. I det følgende vil der gives en indførelse i de to forskellige retssystemer.

1.7.1.1 Retsdogmatik

Ved en udledning af gældende dansk ret foreskrives traditionelt, at dertil anvendes den retsdogmatiske metode for dermed at fremkomme til et validt resultat.¹ Den retsdogmatiske metode indebærer, at retskilderne fortolkes i en særlig rækkefølge: 1) regulering, 2) retspraksis, 3) retssædvaner og 4) forholdets natur.² Argumentet herfor er ikke, at der hersker nogen rangorden mellem disse retskilder. Inden for den første regulering eksisterer dog et hierarki, der følger af *lex superior principet*.³

De danske retskilder, der vil danne grundlag for udledningen af gældende dansk ret, vil primært findes i regulering, retspraksis og forholdets natur. Inden for regulering behandles i denne afhandling særligt aftalelovens § 36 og aftaleregulering⁴ i form af *Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed* (AB 18)⁵ og gennem en vedtagelse af en hardshipklausul. I medfør af *lex superior-principet* vil aftaleregulering, som måtte stride imod præceptive regler, anses for uvirksomme, hvormed grænserne for, hvad der kan aftales inter partes, alt andet lige afhænger af præceptive regler på området.⁶

Retspraksis på området for anvendelse af hardshipklausuler er yderst sparsom i Danmark, hvorfor retspraksis for anvendelsen af aftalelovens § 36⁷ og forudsætningslæren må bidrage til at vurdere, hvilke hensyn der fremhæves ved skønsudøvelsen inden for området for efterfølgende væsentlige ændringer i omstændighederne.

¹ Begrundelsen for, at der hermed fremkommer et validt resultat af videnskabelig karakter, er, at man her sætter sig i dommerens sted og prognosticerer, hvilket resultat denne vil nå frem til. Se mere herom i Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth 2017. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 4. udgave 2. oplag, side 34 samt Ross, Alf & Holtermann, Jakob V. 2013. *Om ret og retfærdighed*. Latvia: Hans Rietzels Forlag, 2. udgave, 1. oplag, side 157

² Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth 2017, side 34

³ *Lex superior Principet* indebærer, at en trinlavere regel altid må bukke under for en trindhøjere regel, såfremt der er uoverensstemmelse mellem disse. Se herom i Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth 2017, side 35 og 247 ff.

⁴ Aftaleregulering anses omfattet af regulering i bred forstand. Argumentet herfor er, at der ved aftaleregulering er tale om en retsskabelse i form af en kompetencenorm, når parterne udformer kontraktregulering inter partes, jf. Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2017, side 104 f.

⁵ AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18), udstedt af Transport-, Bygnings- og Boligministeriet den 10. august 2018

⁶ Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2017, side 104 f.

⁷ Lovbekendtgørelse om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, (aftaleloven) Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016. Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, jf. lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996, med de ændringer, der følger af § 2 i lov nr. 1376 af 28. december 2011 og § 15 i lov nr. 1565 af 15. december 2015

Forudsætningslæren er en del af forholdets natur, også kaldet en retsgrundsætning.⁸ Forudsætningslæren er både anvendt som hjemmelsgrundlag og som fortolkningsbidrag ved skønsafvejning efter blandt andre generalklausulen i aftalelovens § 36.

Da de fire retskilder ikke antager en forskellig retskildeværdi,⁹ vil det kunne argumenteres for, at den rækkefølge, der angives i den retsdogmatiske metode, primært tjener et strukturmæssigt formål.

1.7.1.2 Engelsk juridisk metode

Det engelske retssystem kaldes ”Common Law”. Det bygger i høj grad på domstolspraksis, og regulering er ofte en form for overbygning på regler, der kan udledes af retspraksis. Engelsk ret har derfor ikke den samme hierarkiske tilgang til juridisk analyse, som foreskrives efter den retsdogmatiske metode.¹⁰

En stor kontrast mellem det danske og engelske retssystem er især at spore i traditionen for den juridiske metode. Den engelske jurist starter sin undersøgelse af gældende ret i retspraksis. De regler, der kan udledes af retspraksis, betegnes *legal rules*.¹¹ Legal rules er tæt knyttet til sagernes konkrete omstændigheder. Findes der ikke en dom, hvor sagens faktiske omstændigheder er tilsvarende, er det ikke ualmindeligt, at dommerne selv må finde på en løsning på spørgsmålet.¹²

The legal rules er de regler, der kan udledes af dommens *ratio decidendi*, som udledes af den retsgrundsætning, der lægges til grund for sagens afgørelse. Det kan dog forekomme vanskeligt at gennemskue en doms *ratio decidendi*, eftersom det hænder, at flere dommere når samme retsfølge, men med henvisning til forskellige argumenter.¹³ Den unøjagtige angivelse af, hvad en doms *ratio decidendi* omfatter, giver de engelske domstole en rig mulighed for at bøje reglerne, hvilket reelt set kan få den betydning, at domstolene sjældent er bundet af tidligere afgørelser, hvis de finder dem urimelige at følge. På dette område nærmer den engelske retspraksis’ præjudikatværdi sig den danske. Selvom flere engelske dommere ikke mener, det er domstolenes opgave at regulere på områder, hvor Parlamentet kunne gøre det, er det alligevel en praksis, der udøves af House of Lords.¹⁴

⁸ Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2017, side 213 f.

⁹ Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2017, side 30

¹⁰ Lando, Ole. 2009. *Kort indføring i komparativ ret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave, 1. oplag, side 104 f.

¹¹ Lando, Ole. 2009, side 108

¹² Man taler om ”a case of first impression” jf. Lando, Ole. 2009, side 109

¹³ Lando, Ole. 2009, side 110

¹⁴ House of Lords/Supreme Court, er den højeste engelske domstol.

Modsat de danske traditioner og generelt Civil Law-traditionen er de engelske domstole i høj grad tilbøjelige til at komme med generelle udtalelser og fremsætte retsprincipper, hvilket nødvendigvis må ses i sammenhæng med retssystemets tendens til, at retsudviklingen foretages gennem retspraksis.¹⁵

Selvom de engelske domstole har tendens til at begrunde afgørelser i friere overvejelser, er der dog opstillet adskillige retsfigurer, der udledes af den engelske retspraksis. Af disse retsfigurer vil særligt ”the parol evidence rule” og ”the doctrine of frustration” være gennemgående anvendt i denne afhandling, eftersom disse er særligt relevante for parternes muligheder ved efterfølgende ændringer i omstændighederne.

1.7.1.3 Den komparative metode

Den komparative analyse vil som indledningsvis anført udarbejdes efter den funktionelle metode. Dette indebærer, at fokus ikke er på, hvorvidt der findes tilsvarende retsfigurer og/eller retsregler under de to systemer, men derimod en undersøgelse af, hvordan de to forskellige systemer vælger at løse det samme problem.¹⁶

Strukturen i den juridiske analyse vil være, at der indledningsvis foretages en komparativ analyse af, hvordan dansk og engelsk ret foretager fortolkning og udfyldning af aftaler. På denne baggrund er det da muligt at undersøge, hvordan parternes muligheder er for at opnå en genoprettelse af kontraktbalancen ud fra baggrundsreglerne, hvor parterne har lagt AB 18 til grund, og efterfølgende, hvor parterne i tillæg hertil vedtager en hardshipklausul.

Formålet med den juridiske analyse er at udlede, hvilke muligheder de kontraherende parter har for at opnå en genoprettelse af kontraktbalancen ved efterfølgende ændringer i omstændighederne under henholdsvis dansk og engelsk ret. Den juridiske analyse vil derfor ikke følge den retsdogmatiske rækkefølge stringent, men foretages under respekt for den behandling af retskilderne, der foreskrives efter den retsdogmatiske metode. På denne måde argumenteres det for, at de opnåede resultater vil forekomme valide.

¹⁵ Schiersing, Niels. 2016. Om entreprisetrakter i engelsk ret – (1) almindelig del. *Tidsskrift for Bolig og Byggeret*. TBB2016.703, side 2

¹⁶ Lando, Ole. 2009, side 200 ff.

1.7.2 Økonomisk metode

Besvarelsen af den økonomiske problemformulering vil foretages ud fra den deduktive metode,¹⁷ hvormed den anvendte teori overføres på det praktiske eksempel, der opstilles i casen i afsnit 1.3.

Besvarelsen foretages dels ud fra transaktionsomkostningsteorien og dels ud fra spilteorien.

1.7.2.1 Transaktionsomkostningsteorien

Transaktionsomkostningsteorien hører under den ny-institutionelle økonomiske teori, og som grundlægger henregnes Oliver E. Williamson med sin udgivelse af ”Markets and Hierarkies” i 1975. Denne udgivelse tog imidlertid afsæt i Ronald Coases udgivelse af ”The Nature of The Firm” i 1937. Her stiller Coase spørgsmål, som ikke kunne besvares ud fra almindelig ortodoks neoklassisk teori. Dette blev afsættet til en ny forståelse af virksomheder, end der traditionelt anlægges efter ortodoks økonomisk teori. Således gøres den enkelte transaktion til analyseenhed i stedet for virksomheden, hvormed det bliver muligt at besvare spørgsmål som ”Hvorfor eksisterer virksomheder?” og ”Hvad bestemmer virksomhedens størrelse eller grænserne for dens størrelse?”.¹⁸

Inden for transaktionsomkostningsteorien opereres med grundlæggende antagelser om begrænset rationalitet og opportunistisme.¹⁹

Den begrænsede rationalitet definerer Williamson som at indebære, at mennesker agerer ”intendedly rational, but only limetly so”,²⁰ og der er altså tale om en tilstand, hvor menneskerne træffer beslutninger på en logisk og konsistent måde, men begrænses i evnen til at modtage og behandle informationer, der er nødvendige for at nå det ønskede mål.²¹

Den opportunistiske adfærd omfatter ”self-interest-seeking with guile”²² Disse antagelser er en af grundene til, at transaktionsomkostningsteorien er valgt.

¹⁷ Om den deduktive metode henvises til Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi – bind 1 – Videnskabsteori og forklaringstyper*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave 5. oplag, side 57 f.

¹⁸ Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi – bind 2 – Videnskabsteori og industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave 1. oplag, side 208

¹⁹ Knudsen, Christian. 1997, side 213

²⁰ Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of capitalism – Firms, markets, Relational Contracting*. England: China Social Science Publishing House, Chengcheng Books Ltd, side 21

²¹ Knudsen, Christian. 1997, side 213

²² Williamson, Oliver E. 1985, side 30

I transaktionsomkostningsteorien er det selve transaktionen, der gøres til genstand for analyse. Transaktionsomkostningerne er af Arrow²³ defineret som ”cost of running the economic system”, og denne definition tiltræder Williamson²⁴. Overordnet sondres mellem produktionsomkostninger og friktionsomkostninger.²⁵ De friktioner, der er i det fysiske system, er lig transaktionsomkostningerne i det økonomiske system.²⁶ Williamson udtaler:

*“The transaction cost analysis supplants the usual preoccupation with technology and steady-state production (or distribution) expenses with an examination of the comparative cost of planning, adapting and monitoring task completion under alternative governance structures”*²⁷

Det er altså processen med udformning, gennemførelse og kontrol af overførslen, der gøres til genstand for analyse.²⁸ Denne betragtning, hvor transaktionen gøres til genstand, gør transaktionsomkostningsteorien særligt anvendelig for at undersøge kontraktregulering i forhold til efterfølgende ændringer i omstændighederne, særligt fordi der anvendes et både ex ante- og ex post-perspektiv.

1.7.2.2 Spilteorien

Spilteorien udspringer af den neoklassiske teori, og blev udviklet fra grunden i 1944 af Von Neumann og Morgenstern i bogen ”Theory of Games and Economic Behavior”.²⁹ I 1951 udgiver John Nash artiklen ”Non-Cooperative Games” hvori Nash-ligevægts-begrebet første gang introduceredes i den spilteoretiske terminologi.³⁰

Hvor transaktionsomkostningsteorien giver mulighed for at opnå indsigt i, hvorvidt det vil være rationelt at anvende en hardshipklausul, er det muligt gennem anvendelsen af spilteori at undersøge, hvilken betydning en vedtagelse af en hardshipklausul vil have på parternes valg omkring at samarbejde eller ej.

²³ Arrow, Kenneth J. 1969. The organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure*. The PPB system vol I: 59-73.

²⁴ Williamson, Oliver E. 1991, side 269

²⁵ Williamson, Oliver E. 1985, side 90 ff.

²⁶ Williamson, Oliver E. 1985, side 19

²⁷ Williamson, Oliver E. 1985, side 2

²⁸ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994. *Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson*. Århus: Forlaget CCP, side 10

²⁹ Knudsen, Christian. 1997, side 83

³⁰ Knudsen, Christian. 1997, side 86

1.7.3 Interdisciplinær metode

I den integrerede analyse vil den juridiske analyse holdes op imod den økonomiske analyse. På denne baggrund undersøges det, hvorvidt der forekommer konvergens mellem de faktiske juridiske rammer og de rammer, der støtter op om økonomisk efficiens. Såfremt de faktiske juridiske rammer ikke konvergerer med de påkrævede rammer for at nå økonomisk efficiens, vil der foretages en udledning af, hvordan der helt konkret kan foretages ændringer i reglerne, så der kan bakkes op omkring økonomisk efficiens. Den integrerede analyse vil dermed kunne besvare problemstillingen og udmunder i en konklusion omkring, i hvilket omfang de juridiske rammer stemmer overens med økonomisk efficiens, eller hvorvidt der bør foretages ændringer, og i så fald hvilke.

2 Juridisk analyse

Dette kapitel indledes med en analyse af, hvilke muligheder der gives bygherre og entreprenør for at opnå en genoprettelse af kontraktbalancen efter de retslige baggrundsregler. Efterfølgende vil det undersøges, hvorvidt en anvendelse af en hardshipklausul vil kunne ændre på dette udgangspunkt.

2.1 Det kontraktsretlige udgangspunkt

2.1.1 Pacta sunt servanda

Kontraktretten bygger helt grundlæggende på princippet om aftalers bindende virkning, *pacta sunt servanda*. Udtrykket stammer tilbage fra romerretten, men er siden nedfældet i dansk ret i både Kong Christian den IV's Lov³¹ 5-1-1³² og 5-1-2³³ og senere i AFTL § 1. Princippet *pacta sunt servanda* er internationalt anerkendt og anses med rette som helt fundamental for, at effektiv økonomisk aktivitet kan opnås.³⁴ Den engelske ret bygger ikke på romerretten. Her er princippet om *pacta sunt servanda* stadig anerkendt, selvom princippet ikke er direkte nedfældet i lovgivningen, men i stedet indført gennem retspraksis.

Aftalens bindende virkning medfører, at en ikke kontraktmæssig opfyldelse som hovedregel vil udløse misligholdelse og derfor kan modsvares af juridiske konsekvenser. Dette gælder for såvel dansk som engelsk ret.

2.1.2 Partsautonomien

I Danmark er der en grundlæggende aftalefrihed (partsautonomi). Partsautonomi indskrænkes i stigende grad, men er stadig helt fundamental for den danske obligationsret.³⁵

I England er der som i Danmark aftalefrihed. Denne aftalefrihed udspringer af "laissez faire"-doktrinen. Denne doktrin er fremmet af tanken om, at parterne er de bedste til at varetage egne interesser og derfor bør have frihed

³¹ Kong Christian Den Femtes Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

³² DL 5-1-1: "Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver."

³³ DL 5-1-2: "Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komme til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, 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."

³⁴ Maskow, Dietrich. 1992. Hardship and Force Majeure. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40. 3, pp. 657-669

³⁵ Andersen, Mads B. & Lookofsky, Joseph. 2015. *Lærebog i obligationsret I – Ydelsen. Beføjelser*. København: Karnov Group Denmark A/S, 4. udgave, 2. oplag, side 19 ff. og Gomard, Bernhard & Pedersen, Hans V. G. & Ørgaard, Anders. 2015. *Almindelig kontraktsret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave 1. oplag, side 18 f.

til at indgå aftale i det omfang og med det indhold, de ønsker. Det formodes derved, at parterne alene indgår i en aftale, hvis disses interesser fremmes af denne. Ifølge denne doktrin bør domstolenes rolle derfor ikke omfatte en rimelighedsvurdering, men alene holde parterne op på deres kontraktmæssige forpligtelser.³⁶ Med tiden har domstolene dog taget sig større frihed til at omfatte rimelighedsbetragtninger.³⁷

Efter både dansk som engelsk ret er der således grundlæggende principper om aftalers bindende virkning og parts-autonomi.

Det betyder, at parternes aftale omkring vedtagelse af AB 18 som udgangspunkt tilkendes bindende virkning under begge retssystemer.

2.2 Parternes aftale: AB 18

I det følgende behandles parternes aftale, AB 18. Formålet med dette afsnit er at give indsigt i, hvordan efterfølgende ændringer i omstændighederne kan give anledning til uenighed mellem bygherre og entreprenør.

2.2.1 Udgangspunkt: Bygherre bærer risikoen for ændrede omstændigheder

AB 18 indeholder flere regler, der allokerer risikoen forbundet med efterfølgende ændringer i omstændighederne mellem parterne.³⁸ I udgangspunktet er det bygherre, der som grundejer må bære risikoen for efterfølgende ændringer i omstændighederne. Udgangspunktet er efter AB 18 det samme, som det generelt er for kontraktretten, nemlig at aftalen mellem parterne er bindende. Der forekommer imidlertid visse undtagelser.

2.2.2 Oplysnings- og undersøgelsespligt

Ved entrepriser er en af de helt store risici forbundet med uventede overraskelser i jordbunden. I aftalens § 26, stk. 3 pålægges bygherre derfor en pligt til at foretage jordbundsprøver. Denne oplysningspligt hænger sammen med,

³⁶ Andersen, Mads B. & Lookofsky, Joseph. 2015, side 32 og Clark, Peter. 2017. *Contract Law – the comprehensive guide to Contract Law*. England: Straightforward Publishing, side 12

³⁷ Disse uddybes løbende igennem analysen.

³⁸ Det følgende er ikke et forsøg på en udtømmende gennemgang af AB 18's regler omkring uventede efterfølgende ændringer i omstændighederne, men derimod som indføring i, hvilke problemstillinger parterne kan støde på ved efterfølgende ændringer i omstændighederne, hvor AB 18 er lagt til grund. Af samme årsag er dette afsnit ikke behandlet fra engelsk ret, men alene med udgangspunkt i dansk retspraksis for anvendelsen af AB 18.

at entreprenøren skal kunne give et tilbud på oplyst baggrund.³⁹ Hvis ikke oplysningspligten opfyldes fyldestgørende, skal foranstaltninger og ulemper i forbindelse med uventede overraskelser i jordbunden betales som ekstrarbejder, jf. § 26 stk. 3. Bygherren har altså en oplysningspligt efter denne bestemmelse. En overordnet oplysningspligt følger af § 4, der omhandler krav til både indhold og formulering af bygherres udbudsmateriale.⁴⁰

Efter AB 18 må bygherren som koncipist bære risikoen for udbudsmaterialet, herunder for projekteringsfejl som for beskaffenheden af byggegrunden.⁴¹ En måde, hvorpå bygherre kan mindske denne risiko, er ved at foretage forudgående undersøgelser og oplyse om disse resultater i udbudsmaterialet. Selvom den grundlæggende risiko pålægges bygherre, har entreprenøren en vis undersøgelsespligt, men denne er af mere overfladisk karakter. Entreprenøren forventes at foretage besigtigelse af byggegrunden og notere sig andre åbenbare forhold, der har betydning for det tilbud, der afgives. Bygherre har ikke risikoen for, at entreprenøren ikke lever op til sin saglighed.⁴² Et sådant udgangspunkt kan kun betragtes som rimeligt.

2.2.3 Offentlige forbud eller påbud

Selvom bygherre har opfyldt sin undersøgelses- og oplysningspligt, og entreprenør har foretaget sædvanligt tilstrækkelige undersøgelser, vil det alligevel ikke være usædvanligt, at der i entrepriser stødes på uforudsete ændringer i omstændigheder. Ved udgravningen til en bygning kan det ske, at entreprenøren eksempelvis støder på fortidsfund eller konstaterer forurening, der medfører offentlige påbud eller forbud. Såfremt dette medfører, at bygherre påføres en urimelig stor byrde ved at gennemføre entreprisen, kan bygherre vælge at afbestille denne, jf. § 26, stk. 4. I så fald har entreprenør krav på erstatning for det tab, afbestillingen forårsager, med undtagelse af dækningsbidrag for ikke udført arbejde.⁴³ Denne adgang er selvsagt smal, i og med der er krav om, at der skal være tale om et offentligt forbud eller påbud.

³⁹ Hørlyck, Erik. 2019. *Entreprise, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge og anlægsvirksomhed (AB 18)*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 8. udgave 1. oplag, side 291 f.

⁴⁰ For mere om denne generelle oplysningspligt, se Hørlyck, Erik. 2019, side 74 ff.

⁴¹ Hørlyck, Erik. 2019, side 79

⁴² Se som eksempel U 1938.258 H.

⁴³ Hørlyck, Erik. 2019, side 301

2.2.4 Bygherres ændringsret

Hvis de uforudsete vanskeligheder ikke medfører offentligt forbud eller påbud, er denne regel derfor ikke til nytte for bygherre. Bygherre kan efter § 23 kræve ændringer i arbejdet, men adgangen er ikke ubegrænset, jf. § 23, stk. 1, 1. pkt.⁴⁴ Ændringsretten omfatter alene art og omfang. Der vil derfor ikke kunne foretages en ændring i andre kontraktvilkår som eksempelvis tidsfrister eller betalingsvilkår.⁴⁵ Denne ændringsret kan derfor heller ikke anses som en løsning, hvor de ændrede omstændigheder medfører en betragtelig øget byrde, men ikke et offentligt påbud eller forbud.

2.2.5 Tidsfristforlængelse og forsinkelse

Det umiddelbart bedste redskab, bygherre har for at gardere sig mod efterfølgende ændringer i omstændighederne, er reglerne omkring tidsfristforlængelse og forsinkelse i aftalens kapitel E. Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse er reguleret i § 39. Bestemmelsen oplister udtrykkelige eksempler på, hvad der kan give anledning til, at entreprenøren kan kræve tidsfristforlængelse, men bestemmelsen er ikke udtømmende,⁴⁶ hvorfor der skal foretages en konkret risikofafvejning. I bestemmelsens stk. 1, litra b angives, at en tidsfristforlængelse kan kræves, hvis forsinkelsen opstår som følge af ”bygherrens forhold eller anden entreprenørs forsinkelse”, men hvad der kan henregnes hertil, vil i vidt omfang skulle afgøres efter de konkrete omstændigheder. Det er ikke nok, at entreprenøren oplever omstændigheder, der giver ham ret til at kræve tidsfristforlængelse efter § 39. De skal endvidere medføre en reel forsinkelse.⁴⁷

Omvendt har bygherre i nogle tilfælde ret til at kræve dagbod for forsinkelse, hvis denne kan henregnes til entreprenøren, jf. § 40. Hvis ikke dagbod eller anden særlig sanktionsbestemmelse er aftalt, vil kravet opgøres efter almindelige erstatningsregler, jf. § 40, stk. 6. Er dagbod eller anden særlig sanktionering fastlagt, kan erstatningskrav ikke overstige disse, jf. stk. 2.

⁴⁴ AB 18 § 23, stk. 1, 1. pkt.: ”bygherre kan forlange ændringer i arbejdet, når ændringen har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser”

⁴⁵ Hørlyck, Erik. 2019, side 249

⁴⁶ Betænkning nr. 1246 afgivet af Udvalget vedrørende revision af almindelige betingelser for arbejder og leverancer, 1993., side 103

⁴⁷ Hørlyck, Erik. 2019, side 385

I § 42 reguleres bygherres adgang til tidsfristforlængelse.⁴⁸ Denne bestemmelse svarer overordnet til § 39, med undtagelse af forbehold vedrørende bygherres forhold eller anden entreprenørs forsinkelse. Disse forhold må bygherre bære risikoen for, hvorfor bygherres adgang til tidsfristforlængelse er mindre omfattende end entreprenørens. Det gælder desuden, som det gælder for § 39, at bestemmelsen ikke foretager en udtømmende oversigt over, hvilke begivenheder der kan udløse ret til tidsfristforlængelse. Hvis tilsvarende omstændigheder foreligger, vil det ikke kunne afvises, at disse kan give bygherre ret til tidsfristforlængelse.⁴⁹

§ 43 regulerer modsætningsvis de begivenheder, der medfører, at bygherre hæfter ved forsinkelse. Bestemmelsen regulerer entreprenørens adgang til at modtage erstatning som følge af bygherres hæftelse for forsinkelsen.⁵⁰

Det klare udgangspunkt for såvel bygherre som entreprenør er, at hvis forsinkelsen kan henregnes til den pågældende part, er der ingen adgang til tidsfristforlængelse.⁵¹

Det kan ikke alene give anledning til vanskeligheder, hvorvidt der kan være et krav på en tidsfristforlængelse, men også selve udregningen af tidsfristforlængelserne kan give anledning til tvivl.⁵² Et eksempel på, hvordan der kan opstå uenigheder i denne forbindelse, er i tilfældet, hvor omstændighederne har ført til en forsinkelse, men vejrliget har været mildere, end hvad der efter egn og årstid er sædvanligt, hvilket har medført en egentlig arbejdsforkortende omstændighed. Disse to begivenheder skal i beregningen i udgangspunktet holdes adskilt, men er omstændighederne inden for samme kategori, kan det ikke udelukkes, at de alligevel vil få indflydelse på hinanden.⁵³ Også spørgsmålet om, hvorvidt en ændringsordre af bygherre foretaget efter § 23 har ført til en egentlig forsinkelse, vil skulle vurderes. Det er således i vid udstrækning et fortolkningsspørgsmål at nå frem til, hvad der kan henregnes til hvad, og hvorvidt parterne har ret til tidsfristforlængelse eller forsinkelse – en fortolkning, parterne i praksis ofte vil være uenige om. Selvom der er en del praksis på området, vil de konkrete omstændigheder i praksis spille en betydelig rolle for, hvordan domstolene vil fortolke disse bestemmelser.

Af ovenstående gennemgang står det klart, at det især er reglerne om tidsfristforlængelse og forsinkelse, der fungerer som værn mod efterfølgende ændringer i omstændighederne i AB 18. Disse regler er dog i vidt omfang så

⁴⁸ Bemærk indledningsvis sammenhængen mellem § 42, stk. 1, litra d og § 26, stk. 4. Dette bevirker, at bygherre i stedet for at afbestille entreprisen kan vælge at kræve tidsfristforlængelse, hvis dette vurderes tilstrækkeligt. Bestemmelsens adgang til tidsfristforlængelse rummer et noget bredere force majeure-begreb, end der oplyses i § 26, stk. 3, og rummer desuden muligheden for tidsfristforlængelse ved usædvanligt vejrlig. Omvendt vil bygherren hæfte ved forsinkelse, hvis årsagen til forsinkelsen kan henregnes til bygherrens sfære mv.

⁴⁹ Jf. betænkning nr. 1246 afgivet af Udvalget vedrørende revision af almindelige betingelser for arbejder og leverancer, 1993, side 107 og Hørlyck, Erik. 2019, side 439 f.

⁵⁰ For mere om entreprenørens adgang til at kræve erstatning henvises til Hørlyck, Erik. 2019, side 442 ff.

⁵¹ Hørlyck, Erik. 2019 side 442

⁵² Hørlyck, Erik. 2019, side 385

⁵³ Hørlyck, Erik. 2019, side 387

brede formuleret, at det kan give anledning til tvister, jf. ovenfor, særligt, fordi det ofte vil afhænge af de konkrete omstændigheder, og parterne kan ofte se sig uenige i bestemmelsernes fortolkning.

Selvom der er gjort et godt stykke arbejde i AB 18 omkring risikoallokering, og der er fokus på samarbejde og fleksibilitet ved uventede omstændigheder, er der alligevel tilfælde, hvor det kan ende med, at kontraktbalancen vælter, og parterne ikke kan nå til enighed omkring en justering af kontrakten for at genoprette kontraktbalancen. Der vil især i disse henseender kunne komme på tale, at der skal foretages kontraktjusteringer i forhold til entreprisesummens størrelse og tidsfristerne.⁵⁴

2.2.6 Samarbejds- og loyalitetspligt

I AB 18 er der en grundlæggende loyalitetspligt udtrykt i § 33.⁵⁵ Bestemmelsen er en såkaldt ”samarbejds- og loyalitetspligt”. Bestemmelserne omkring tidsfristforlængelse, forsinkelse og dagbøder bygger alle på dette helt fundamentale princip. Bestemmelsen kan siges at være en selvfølge, i og med at et gensidigt samarbejde og gensidig hensynstagen må anses for en grundlæggende forudsætning for, at entrepriser kan fuldføres vellykket.⁵⁶

2.2.7 Agreed documents

Ifølge dansk ret er der ved AB 18 tale om såkaldte *agreed documents*. Ved *agreed documents* forstås standardaftaler, der vedrører en bestemt transaktion, og som er vedtaget eller godkendt af repræsentanter for aftalens parter som f.eks. brancheorganisationer, offentlige myndigheder eller forbrugerorganisationer. Eftersom indholdet er et resultat af forhandling mellem modstående brancheorganisationer, er der en formodning om, at parternes interesser er varetaget i passende omfang.⁵⁷ AB-reglerne er i høj grad at anskue som *agreed documents*, da de er et resultat af et udvalgsarbejde og er blevet ministerielt udarbejdet efter indstilling fra forskellige organisationer. De vil derfor som det klare udgangspunkt i dansk ret skulle fortolkes restriktivt på aftalen, hvormed der anlægges en mere objektiv fortolkning og i mindre grad en fortolkning ud fra parternes individuelle forestillinger.⁵⁸

⁵⁴ Hørlyck, Erik. 2019, side 384

⁵⁵ AB 18 § 33: ”Parterne skal i øvrigt samarbejde loyalt, således at fejl, forsinkelser og fordyrelser undgås. Det samme gælder for entreprenøren i forhold til andre entreprenører og tilsynet”. Adskillige bestemmelser i AB 18 bygger på denne samarbejds- og loyalitetspligt, herunder kan tilregnes §§ 26, stk. 2, 39, stk. 3, 42, stk. 3 og 44, jf. Hørlyck, Erik. 2019 side 341 f.

⁵⁶ Hørlyck, Erik. 2019, side 341

⁵⁷ Andersen, Mads B. 2013, side 63

⁵⁸ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017. *Aftaler og mellemænd*. København: Karnov Group Denmark A/S, 7. udgave, 1. oplag, side 409

En sådan rubricering kan AB 18 ikke opnå efter engelsk ret. Det er dog værd at bemærke, at eftersom parterne vedtager en kontrakt, der ikke er resultat af en direkte inter partes forhandling, vil koncipistreglen hverken finde anvendelse efter danske eller engelske regler.⁵⁹

2.3 Fortolkning og udfyldning

For at kunne belyse, hvilke muligheder parterne har for at opnå kontraktbalancen genoprettet efter baggrundsreglerne, vil det i det følgende blive behandlet, hvilke fortolknings- og udfyldningsregler der gør sig gældende under dansk og engelsk ret.

2.3.1 Loyalitetspligten

I dansk ret er der et grundlæggende princip om loyalitetspligt. Denne loyalitetspligt gælder såvel ved aftaleindgåelse som ved udøvelse af kontraktmæssigt tildelte rettigheder eller ved opfyldelsen af aftalen.⁶⁰

I engelsk ret er der ikke et tilsvarende grundlæggende princip om loyalitetspligt. Det fremgår af nogle sager, at der anerkendes en vis ”good faith”-formodning i længerevarende kontrakter,⁶¹ mens der i andre sager⁶² antages et modsættende synspunkt, hvor der henvises til, at der ikke er en ”good faith”-doktrin i engelsk ret, og at parterne direkte bør formulere en sådan pligt i deres aftale.⁶³

Det kan af blandt andre TCC’s afgørelse i *Bluewater v Mercon*⁶⁴ udledes, at eksplicite bestemmelser om ”good faith” vil blive inddraget i fortolkningen af kontrakten. For at kontrahenterne kan opnå en fortolkning i overensstemmelse med et ”good faith” princip, vil det derfor som et klart udgangspunkt forudsættes, at kontrakten indeholder en sådan regel.

⁵⁵ Argumentet herfor er, at der ikke er en egentlig koncipist af aftalen. Koncipistreglen vil derfor alene få betydning ved fortolkningen af udbuds- og tilbudsmateriale. Fortolkningen af disse dokumenter falder dog uden for denne afhandlings fremstilling.

⁶⁰ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 423

⁶¹ Schiersing, Niels. 2016, side 7. se som eksempel sagen *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd*, [2013] EWHC 111 (QB)

⁶² Se eksempelvis *Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200 samt *Cantor Fitzgerald International v Horkulak* [2004] EWCA Civ 1287.

⁶³ Schiersing, Niels. 2016, side 7

⁶⁴ *Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV, Mercon Holding BV, Mercon Groep BV* [2014] EWHC 2132 (TCC).

I forhold til en engelsk fortolkning af parternes aftale vil det derfor være af afgørende betydning, at AB 18 indeholder en samarbejds- og loyalitetspligt i aftalens § 33.

2.3.2 Formålsfortolkning vs. ordlydsfortolkning

Der er forskellige tilgange til udøvelsen af kontraktfortolkning og -udfyldning efter dansk og engelsk ret. I det følgende vil disse blive behandlet, da dette er relevant for at kunne foretage en vurdering af, hvilke adgange kontraktparterne har såvel med som uden en hardshipklausul.

Inden for den danske aftaleret indtager parternes hensigter, vilje og ikke mindst forudsætninger en afgørende rolle. Hvis disse er nøje angivet i kontrakten, vil det som udgangspunkt ikke give anledning til konflikter. Derimod vil situationer, der udspiller sig uden for kontraktreguleringen, kunne give anledning til konflikt inter partes. Selvom parterne har foretaget et grundigt arbejde i forbindelse med kontraktkonciperingen, vil det være utopi at tro, at det kan være fuldt ud dækkende for fremtidens mulige udfoldelser. Derfor kan særligt efterfølgende ændringer i omstændighederne give anledning til konflikt. Det vil her ofte være nødvendigt at inddrage prækontraktuelle dokumenter, parternes relation mv., når der skal foretages en subjektiv fortolkning i overensstemmelse med parternes fælles vilje.⁶⁵

Når kontrakt dokumenter og erklæringer skal fortolkes, sker det for ud fra disse dokumenter at undersøge indholdet i det omfang, det er muligt. Under dansk ret foretages altså i første omgang en formålsfortolkning af hele kontrakt materialet. Der lægges her både vægt på, hvad der må opfattes som parternes fælles vilje, og hvordan det kan sluttes, at parterne har opfattet reglerne. Findes der ikke tilfredsstillende oplysninger om, hvad der kan henregnes til parternes fælles vilje, vil det herefter være mest nærliggende at foretage ordlydsfortolkning, jf. fx UfR 1994.452 H og 606 Ø.⁶⁶

Hvis der ej heller ud fra en ordlydsfortolkning kan nås et tilfredsstillende resultat, vil de retlige regler og retningslinjer blive inddraget, og fortolkningen fortsættes derfor ud fra de relevante deklaratoriske retsregler på området og naturligvis under hensyn til de præceptive regler på området.

I praksis vil det ofte være nødvendigt at inddrage baggrundsretten i fortolkningsspørgsmål omkring efterfølgende ændringer i omstændighederne, da det som oftest vedrører forhold, der ikke er indgået i parternes overvejelser ex

⁶⁵ Andersen, Mads B & Bärlund, Johan & Flodgren, Boel & Giertsen, Johan. 2015. *Aftaleloven 100 år – Baggrund, status, udfordringer og fremtid*. København: DJØF Publishing, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, side 65 ff.

⁶⁶ Gomard, Bernhard & Pedersen, Hans V. G. & Ørgaard, Anders. 2015. side 228 f.

ante, og deres stilling til et sådant spørgsmål vil da ofte ikke være afspejlet i kontraktmaterialet. Baggrundsretten indtager derfor ofte i sådanne tilfælde en ikke ubetydelig rolle i forbindelse med aftalefortolkningen og -udfyldningen.

Ved entreprisaftaler vil aftalegrundlaget desuden ofte være ændret, eventuelt ad flere omgange, inden der opstår en tvist. Dette bevirker, at aftalematerialet kan være yderst kompliceret. Det kan gøre det uoverskueligt at finde frem til fælles vilje eller formål, og ofte kan de forskellige bestemmelser modsige hinanden. Det vil i dansk ret ofte medføre, at der anlægges en mere typiseret bedømmelse af kontraktmaterialet, hvorfor formålsfortolkningen foretages ud fra et mere objektivi synspunkt.⁶⁷

I kontrast hertil står det engelske common law-system. Her er der traditionelt anlagt en betydelig vægt på at opnå forudberegnelighed og sikkerhed.⁶⁸ I naturlig sammenhæng med disse principper vil de engelske domstole ofte være tilbøjelige til i høj grad at foretage ordlydsfortolkning, jf. *Chartbrook v Persimmon*⁶⁹ og *ICS v West Bromwich*,⁷⁰ hvor domstolen udtalte, at de ”do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents”. Det afspejler den tendens, der ses hos de engelske domstole, til, at man hellere vil fastholde parterne i kommercielle kontrakter, selvom disse måtte forekomme urimelige, end at gå på kompromis med sikkerheden og forudberegneligheden.⁷¹

Hvad angår aftalefortolkning i entreprisager, som oftest forelægges TCC,⁷² er der i en nyere sag, *Murphy v Beckton Energy*,⁷³ afgivet en udtalelse af TCC omkring dette. I denne sag udtalte retten overordnet om fortolkningen af entrepriscontrakter, at der først og fremmest skal foretages en ordlydsfortolkning. Denne ordlydsfortolkning skal primært foretages ud fra den 1) naturlige og ordinære betydning af klausulen, 2) under hensyn til andre relevante bestemmelser i kontrakten, 3) det overordnede formål med klausulen og kontrakten, 4) fakta og omstændigheder, der var kendt eller antaget af parterne ved udformningen af kontrakten, 5) ”commercial common

⁶⁷ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 406

⁶⁸ Schiersing, Niels. 2016, side 2.

⁶⁹ *Chartbrook Ltd. v Persimmons Homes Ltd.* [2009] UKHL 38

⁷⁰ *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society* [1998] 1 All. E.R. 98.

⁷¹ Schiersing, Niels. 2016, side 2

⁷² Technology and Construction Court

⁷³ *J Murphy & Sons Ltd v Beckton Energy Ltd* [2016] EWHC 607 (TCC). I sagen havde parterne indgået en aftale omkring opførelsen af et kraftvarmeværk. Byggeriet var væsentligt forsinket, og bygherren ønskede derfor at påberåbe sig denne forsinkelse. Sagen omhandlede en entreprenørgaranti på et anfordringsvilkår efter FIDIC Yellow Book clause 4.2. Tvisten vedrørte en på nogle punkter modificeret udgave af FIDIC Yellow Book og vedrørte en entreprenørgaranti på anfordringsvilkår efter Yellow Book Clause 4.2 i en aftale omkring opførelsen af et kraftvarmeværk. Her var byggeriet væsentligt forsinket, og bygherren ønskede at trække på garantien, da dagbodskravet på 75 mio. DKK efter påkrav ikke var blevet betalt af entreprenøren.

sense”,⁷⁴ 6) og uden hensyn til beviser for parternes subjektive intensjoner. I forlængelse heraf udtalte retten desuden, at:

*“Agreements should be read as a whole and construed so far as possible to avoid inconsistencies between different parts on the assumption that the parties had intended to express their intentions in a coherent and consistent way. One expects provisions to complement each other. Only in the case of a clear and irreconcilable discrepancy would it be necessary to resort to the contractual order of precedence to resolve it”.*⁷⁵

Denne udtalelse er i fuldstændig overensstemmelse med den generelle angivelse af kontraktfortolkning, der er opstillet i sagen *Arnold v Britton*,⁷⁶ og der må heraf konkluderes, at der ikke gælder særlige fortolkningsregler inden for entrepriseretten set i forhold til øvrige aftaler i engelsk ret.⁷⁷

Som det fremgår af ovenstående, er det altså i første omgang ordlydsfortolkningen, der lægges til grund.

2.3.3 The parol evidence rule

En vigtig regel i engelsk ret er den såkaldte ”parol evidence rule”. Efter denne regel tillades parterne ikke at fremføre ”extrinsic evidence” for at tilføje, variere eller modsige kontrakten. Kontrakten anses for den eneste kilde til at fremføre beviser.⁷⁸ Formålet med reglen er, at parternes hyr med at udarbejde en kontrakt ikke forstyrres af efterfølgende anklager om øvrige krav/pligter, som ikke var direkte inkorporeret i kontrakten.⁷⁹ Denne regel står dermed i kontrast til det udgangspunkt, der findes i dansk ret for aftalefortolkning, hvor det er hele kontraktmaterialet, der indgår i fortolkningen, jf. ovenfor.⁸⁰

En nylig udtalelse om princippet er foretaget i sagen *Globe Motors v TRW*⁸¹ fra 2016:

” It is now clearly established by authority that the general rule is that the precontractual negotiations of the parties cannot be taken into account in interpreting its terms and determining what they mean. [...] The rationale for the general rule is said to be practical policy and the public interest in economy and predictability in obtaining

⁷⁴ ”Commercial common sense” gennemgås nedenfor.

⁷⁵ *J Murphy & Sons Ltd v Beckett Energy Ltd* [2016] EWHC 607 (TCC), para 43

⁷⁶ *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36, para 15

⁷⁷ Schiersing, Niels. 2016, side 3

⁷⁸ *Jf. Jacobs v Batavia & General Plantations Trust Ltd* [1924] 1 Ch 287

⁷⁹ McKendrick, Ewan. 2017. *Contract Law*. Oxford: Palgrave Macmillan, side 227

⁸⁰ Schiersing, Niels. 2016, side 6

⁸¹ *Globe Motors, Inc and Ors v TRW Lucas Varity Electric Steering Limited* [2016] EWCA Civ. 396

*advice and adjudicating disputes. [...] [T]he general rule means that, in this respect, legal interpretation differs from the way language is interpreted in ordinary life. [...] [I]t has long been the settled position in English law".*⁸²

Et eksempel fra retspraksis, der vedrører princippet i forhold til entrepriseretlige tvister, kan findes i sagen *Bluewater Energy v Mercon*.⁸³ Her blev det i overensstemmelse med ovenstående udtalelse afvist at tillægge de forudgående drøftelser mellem parterne vægt.⁸⁴

"The parol evidence rule" kan umiddelbart synes at være en smule urimelig i sig selv. At begrænse bevisførelsen til selve kontraktens rammer er en hård grænse at trække. På grund af "parol evidence"-reglen vil de engelske kontrakter ofte have en høj detaljeringsgrad. Det er dog i det hele taget helt usandsynligt, at parterne kan formulere en kontrakt, der i sig selv kan give et fyldestgørende og korrekt billede af parternes hensigter, og da særligt ikke i tilfældet af en uventet efterfølgende ændring i omstændighederne. Sidstnævnte er dog indrømmet af de engelske domstole i den forstand, at hvor der er tale om en kontraktjustering, vil der være en formodning om, at aftalen ikke er dækkende, hvorfor det opnås adgang til at tilføje "extrinsic evidence".⁸⁵

Eftersom bygherre og entreprenør har vedtaget AB 18, vil denne umuligt kunne give et fyldestgørende billede af parternes hensigter. Parterne har i medfør af "the parol evidence rule" ikke mulighed for at fremlægge øvrig bevisførelse for, hvordan de mener, kontrakten bør fortolkes. Det kan derfor vise sig særlig problematisk, at aftalen fortolkes efter engelsk ret, henset til risikoen for senere ændringer i omstændigheder.

Retsfigurerne "implied terms" og "commercial common sense" giver dog en snæver adgang til en mindre tekstnær fortolkning. Disse vil blive behandlet umiddelbart nedenfor.

2.3.4 Implied terms/business efficacy

I engelsk ret er der som før nævnt i udgangspunktet ikke adgang til at fortolke ud fra andet end det, der eksplicit fremgår af selve kontrakten. En undtagelse hertil er at finde i retsfiguren "*implied terms*". Testen for, hvorvidt der kan være tale om "implied terms", er opstillet i *BP v Shire of Hastings*,⁸⁶ hvor dommeren Lord Simon udtalte, at:

⁸² *Globe Motors, Inc and Ors v TRW Lucas Varity Electric Steering Limited* [2016] EWCA Civ. 396, para 61

⁸³ *Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV, Mercon Holding BV, Mercon Groep BV* [2014] EWHC 2132 (TCC), para 697 ff.

⁸⁴ Schiersing, Niels. 2016, side 6

⁸⁵ Jf. dommerens udtalelse i *Globe Motors, Inc and Ors v TRW Lucas Varity Electric Steering Limited* [2016] EWCA Civ. 396, para 61: "*The exceptions are where a party seeks to establish that a fact which may be relevant as background was known to the parties or to support a claim for rectification or estoppel*"

⁸⁶ *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings* (1977) 16 A.L.R. 363.

*”for a term to be implied, the following conditions (which may overlap) must be satisfied: (1) it must be reasonable and equitable; (2) it must be necessary to give business efficacy to the contract, so that no term will be implied if the contract is effective without it; (3) it must be so obvious that ‘it goes without saying’; (4) it must be capable of clear expression; (5) it must not contradict any express term of the contract”.*⁸⁷

Ud fra denne formulering skal der være tale om helt åbenlyse underlagte forudsætninger. I en følgende sag, *Philips v BSB*,⁸⁸ blev følgende tilføjet til testen:

*” The question of whether a term should be implied, and if so what, almost inevitably arises after a crisis has been reached in the performance of the contract. So the court comes to the task of implication with the benefit of hindsight, and it is tempting for the court then to fashion a term which will reflect the merits of the situation as they then appear. Tempting, but wrong. ... (It) is not enough to show that had the parties foreseen the eventuality which in fact occurred they would have wished to make provision for it, unless it can also be shown either that there was only one contractual solution or that one of several possible solutions would without doubt have been preferred (...)”.*⁸⁹

For at der kan blive tale om en ”implied term”, er det altså ikke nok, at det blot kan godtgøres, at parterne ville have reguleret den efterfølgende ændring i omstændighederne, hvis de havde forudset den. Det skal ligeledes kunne fremføres, at der kun vil være en helt åbenlys kontraktlig løsning af problemet, eller at en af flere løsninger uden tvivl ville være foretrukket af parterne.

Udfyldning foretages kun, hvis fortolkningen efterlader huller, og angår, ligesom fortolkningen, alene ex ante-betragtninger. Forudsætningslæren og AFTL § 36 i dansk ret går videre, eftersom der heri inddrages ex post-betragtninger, når urimeligheden skal vurderes. I dansk ret er det desuden ikke afgørende, hvorvidt der hersker huller i kontrakten. AFTL § 36 regulerer nemlig særligt de tilfælde, hvor der er indgået en gyldig aftale, men hvor bestemmelserne, der er reguleret som følge af efterfølgende ændringer i omstændighederne, har udviklet sig til, at de vil være urimelige at håndhæve i deres helhed.

⁸⁷ BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings (1977) 16 A.L.R. 363, jf. Schiersing, Niels. 2016, side 4

⁸⁸ Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd [1995] EMLR 472

⁸⁹ Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd [1995] EMLR 472, jf. Schiersing, Niels. 2016, side 4

2.3.5 Commercial common sense

I ”commercial common sense”⁹⁰ ligger, at hvis en ordlydsfortolkning fører til et meget urimeligt resultat, kan dette ikke ignoreres, men må i stedet give anledning til at stille spørgsmålstejn ved, om det realistisk kan være en afspejling af parternes intentioner. Hvis parternes intentioner adskiller sig markant fra en ”commercial common sense”, er det nødvendigt, at parterne har anført en sådan intention eksplicit i kontrakten.⁹¹ Hvis en ordlydsfortolkning fører til et resultat, der strider mod en ”commercial common sense”, må ordlydsfortolkningen derfor vige.⁹²

Der er imidlertid som ovenfor anført meget tydeligt fastslået i engelsk retspraksis, at det klare udgangspunkt for domstolens fortolkning er en ordlydsfortolkning, og en fortolkning efter ”commercial common sense” må derfor høre til undtagelsen og ikke hovedreglen. Derfor må parterne som udgangspunkt forvente en afgørelse efter ordlydsfortolkning, selv hvor resultatet kan forekomme urimeligt. En tilpasning af aftalen kan ikke begrundes af urimeligheden i sig selv.⁹³

Forskellen mellem fortolkning efter henholdsvis dansk og engelsk ret illustreres godt ved den føromtalte sag, *Arnold v Britton*.⁹⁴ Havde denne sag været forelagt de danske domstole, ville det ikke kunne afvises, at en justering af aftalen efter AFTL § 36 kunne være kommet på tale, men i dommen afviste de engelske domstole at fravige udgangspunktet om ordlydsfortolkning.⁹⁵ I forholdet mellem disse to regler må det dog bemærkes, at der efter ”commercial common sense” alene inddrages ex ante-betragtninger, mens AFTL § 36 går videre, idet der under denne regel inddrages ex post-forhold i urimelighedsvurderingen.⁹⁶

⁹⁰ Også kaldet ”business common sense”

⁹¹ Jf. dommerens udtalelse i sagen *Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235: ”*the fact that a particular construction leads to a very unreasonable result must be a relevant consideration. The more unreasonable the result, the more unlikely it is that the parties have intended it, and if they do intend it the more necessary it is that they shall make that intention abundantly clear*”.

⁹² Jf. dommerens udtalelse i sagen *Antaios Compania Naviera SA v Salen Rederierna AB (The Antaios)* [1984] AC 191, s 201: “[I]f detailed and syntactical analysis of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business common sense it must yield to business common sense” og dommerens udtalelse i sagen *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] UKSC 50: “*If there are two possible constructions, the court is entitled to prefer the construction which is consistent with business common sense and to reject the other*”

⁹³ Schiersing, Niels. 2016, side 3 f. og Cartwright, John. 2016. *Contract Law, An introduction to English Law od Contract for Civil Lawyer*. Portland: Hart Publishing Ltd. 3. Udgave., side 260 ff.

ff.

⁹⁴ *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36

⁹⁵ Schiersing, Niels. 2016, side 3

⁹⁶ Jf. AFTL § 36, stk. 2: ”... og senere indtrufne omstændigheder”

2.3.6 AFTL § 36

Den grundlæggende forudsætning om aftalers bindende virkning begrænsedes i dansk ret i 1975 ved indførelsen af den dagældende § 36⁹⁷ med senere ændringer i 1994.⁹⁸

Det følger af AFTL § 36, stk. 1, at aftaler kan *”ændres eller tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med almindelig redelig handlemåde at gøre den gældende”*. Af bestemmelsens stykke 2 fremgår: *”Ved afgørelsen [...] tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder”*. Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, tildeles domstolene kompetence til at foretage ændringer og/eller ophæve hele eller dele af kontrakten. Hvad ”ændre” dækker over, er ikke klart defineret, men af retspraksis har det vist sig under visse forudsætninger at kunne omfatte f.eks. prisjusteringer, konventionalbudsbestemmelser og forlængelse af leveringstider.⁹⁹ Det kræves ikke, at parterne har truffet aftale om indeksregulering, genforhandling eller lignende. Særligt i længerevarende kontrakter, herunder entrepriseaftaler, kan forholdene ofte kan have ændret sig væsentligt, og det kan derfor være svært at erklære aftalen ugyldig i sin helhed, fordi kontraktens opfyldelse allerede er i gang. Dette kan der tale for en bredere ændringspraksis ved de længerevarende kontrakter, end ved de kortere og mere simple konstellationer. I sådanne langvarige kontraktforhold vil det i nogle tilfælde kunne give mening for domstolene at lade parternes aftale blive tilført nye rimelige vilkår eller at foretage justeringer.¹⁰⁰

Indførelsen af AFTL § 36 var ikke tiltænkt handler mellem to (eller flere) erhvervsdrivende, men derimod en del af en indsats mod økonomisk kriminalitet.¹⁰¹ Ikke desto mindre har bestemmelsen vist sig særlig interessant i denne type aftaleforhold. En nærmere definition af, hvad der skal forstås ved *”urimelig eller i strid med almindelig redelig handelsmåde”* er ikke nærmere defineret i forarbejderne, hvilket har givet anledning til en noget friere skønssafvejning, når der påberåbes urimelighed efter § 36. Af forarbejderne til den seneste ændring af bestemmel-

⁹⁷ Lov om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m.v. (Bekæmpelse af beskadelig økonomisk virksomhed m.v.), Lov nr. 250 af 12. juni 1975 § 2, nr. 2

⁹⁸ Lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love (Urimelige aftalevilkår i visse forbrugeraftaler m.v.), lov nr. 1098 af 21. december 1994, § 1, nr. 2

⁹⁹ Se fx U 2004.2518 V, hvor lejestørrelsen blev opjusteret fra 10 kr til 8.000 kr., UfR 2008.1538 V, hvor AFTL § 36 blev anvendt til at ændre en købesum fra 40.000 kr. til 650.000 kr. med henvisning til handlens ”usædvanlige vilkår”, herunder især, at der var et ”åbenbart misforhold” mellem den reelle værdi og den mellem parterne aftalte pris. I U 2010.1628 H (U 2007.1988 V) hvor en kautionforpligtelse blev nedsat fra 750.000 kr. til 350.000 kr. under henvisning til det misforhold, der bestod mellem kautionisternes økonomi og den aftalte kautionforpligtelse, hjemles ligeledes under i AFTL § 36.

¹⁰⁰ Gomard, Bernhard & Pedersen, Hans V. G. & Ørgaard, Anders. 2015, side 167 f.

¹⁰¹ Jf. Betænkning over forslag til lov om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m. v. (Bekæmpelse af skadelig økonomisk virksomhed m. v.), Lovforarbejder nr. 42 af 27. maj 1975

sen fremgår det dog, at der ved de rene erhvervsforhold, der normalt bygger på betragtelige økonomiske og risikomæssige overvejelser, bør udvises en særlig tilbageholdenhed med at foretage ændringer i kontrakten.¹⁰² Denne realitet er slået igennem i retspraksis.¹⁰³

AFTL § 36 bør ikke bruges til efterfølgende at ændre i kontrakten, når udviklingen blot medfører, at den ene part realiserer en risiko, der var kendt ved indgåelsen, og kan siges at være taget in mente, da risikoen allokeredes mellem kontrahenterne.¹⁰⁴

Selvom det langt fra er alle, der får medhold i deres påstand, når AFTL § 36 påberåbes, er der en ikke ubetydelig retspraksis på området.¹⁰⁵ Af denne tegner der sig et billede af, hvilke *supplerende hensyn*¹⁰⁶ der ofte foretages i forbindelse med urimelighedsvurderingen. I det følgende vil først urimelighedsvurderingen og derefter vil retsvirkningerne blive behandlet.

I forhold til urimelighedsvurderingen bemærkes det først og fremmest, at vurderingen foretages som en helhedsvurdering,¹⁰⁷ hvorfor vurderingen ofte er tæt knyttet til sagens faktiske omstændigheder. Der er visse træk som kan udledes fra retspraksis, der synes at spille en mere eller mindre gennemgående rolle i domstolenes skønsafvejning.

Et supplerende hensyn, der særligt kan spille en rolle i erhvervsforhold, er risikovurderingen. Særligt det forhold, at kommercielle kontraktforhold baseres på økonomiske og risikomæssige overvejelser, synes domstolene at have taget til sig. I urimelighedsvurderingen er offergrænsen således anderledes end ved forhold, der involverer ikke-professionelle parter. Det forventes med rette, at de professionelle parter ved aftalens indgåelse har foretaget en risikoallokering, og det kan ikke virke rimeligt, at en realisering af en sådan risiko kan udløse urimelighed i § 36's forstand. Dette ville på sin vis underminere det grundlæggende princip om *pacta sunt servanda* så meget, at den stabilitet og forventelighed, der følger af dette princip, ville være tilnærmelsesvist underkendt.¹⁰⁸

¹⁰² Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 225 og Andersen, Lennart L. 2018. *Aftalelovens § 36 – Fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. København: Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag, side 342 f.

¹⁰³ Se eksempelvis U 1982.958 Ø, 1983.429 V, U 1991.330 H og U 2001.1474 H og TBB 1999.70 VBA I sidstnævnte anførtes det af to dommere, at AFTL § 36 "bør anvendes restriktivt på aftaler mellem erhvervsdrivende". For et overblik over retspraksis omkring AFTL § 36 generelt henvises til Andersen, Lennart L. 2018.

¹⁰⁴ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 210. Om dette se fx U 2012.3007 H, hvor Højesteret afviste at anvende AFTL § 36 på en royaltyaftale, samt U 2014.1009 V.

¹⁰⁵ En statistik viser, at der i perioden mellem 1975-2017 har været omtrent 120 sager af kommerciel karakter for domstolene, hvoraf alene 33 % har opnået medhold efter AFTL § 36, Jf. Andersen, Lennart L. 2018, side 342

¹⁰⁶ Supplerende hensyn referer til nogle overordnede betragtninger, der ud fra domspraksis ofte viser sig at indgå i urimelighedsvurderingen. Se Andersen, Lennart L. 2018, side 222 ff.

¹⁰⁷ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 206

¹⁰⁸ Om kalkuleret risiko i retspraksis kan særligt nævnes sagerne U 2002.1224 H (Tango Jalousi) og U2003.23 H (Tintin). I begge sager spiller parternes risikokalkulation en afgørende rolle for sagernes udfald. For mere om disse, se Andersen og Madsen: "Aftaler og mellem-mænd" side 217 og AFTL 36 §, side 253 ff.

Det må bemærkes, at risikovurderingen ikke foretages ud fra, hvorvidt parterne har ageret i god eller ond tro, men i stedet anlægges en mere objektiv vurdering, der tager udgangspunkt i en slags bonus pater-betragtning.¹⁰⁹ Uanset, om der ved senere ændringer i omstændighederne anvendes AFTL § 36 eller forudsætningslæren, vil der være tale om en konkret risikovurdering.¹¹⁰

Proportionalitet spiller desuden en rolle i vurderingen. Er der f.eks. et betydeligt misforhold mellem aftalevilkår, der fungerer som en aftalt retsvirkning, og selve aftalebruddet? Herunder kan der eksempelvis være tale om, at parterne har aftalt dagbøder, der er uforholdsmæssigt høje. I sådanne sager vil der ofte foretages en nedjustering af bodstørrelsen efter AFTL § 36.¹¹¹

Somme tider kan en tilfredsstillende løsning nå gennem en delvis tilsidesættelse af aftalen. I andre tilfælde vil det være mere nærliggende at foretage en justering i kontrakten. Ud fra retspraksis kan det tyde på, at dommerne finder det mest hensigtsmæssigt at ændre i aftaler fremfor at vælge en tilsidesættelse, hvilket i forhold til længerevarende kontrakter ofte vil være ønsket af parterne.¹¹² I denne forbindelse har domstolene ikke alene mulighed for at skære i aftalen, men altså ligeledes mulighed for at foretage tilføjelser.¹¹³

Eftersom parternes aftale efter dansk ret er et såkaldt agreed document, vil anvendelsen af AFTL § 36 dog være stærkt begrænset. Har parterne eksempelvis fastsat en dagbodsbestemmelse, som afviger væsentligt fra de vilkår, der sædvanligvis aftales inden for lignende entrepriser, kan dette dog tale for, at AFTL § 36 alligevel kommer i spil.¹¹⁴

Aftalelovens § 36 har unægteligt lavet et indhug i forudsætningslæren, men forudsætningslæren har stadig selvstændig berettigelse, særligt i kommercielle aftaleforhold. I U 1989.1039 H påberåbte bygherren sig både AFTL § 36 og forudsætningslæren. Af Højesterets argumentation fremgår det, at det var forudsætningslærens argumentationsbetragtninger, der vakte dommernes interesse.¹¹⁵

¹⁰⁹ Andersen, Lennart L. 2018, side 259

¹¹⁰ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 227

¹¹¹ Andersen, Lennart L. 2018, side 248 ff.

¹¹² Edlund, Hans H. 2006. Udtræden eller tilpasning af længerevarende erhvervskontrakter. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*. ET 2006.296, side 5

¹¹³ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 222 f.

¹¹⁴ Jf. eksempelvis U 1981.870 V, U 1987.767, U 1989.921 m.fl. som anført i Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 214 f.

¹¹⁵ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 228 f.

2.3.7 Bristende forudsætninger

Forudsætningslæren finder særligt indpas, hvor de forudsætninger, løftegiver havde på kontraktindgåelsestidspunktet, er væsentligt ændret som følge af uventede ændringer i omstændighederne. Disse uventede ændringer i omstændighederne forårsager en kontraktbalance, som den bebyrdede part ikke ville have vedtaget, hvis denne havde været korrekt informeret om og/eller havde foretaget et korrekt skøn omkring udviklingen i fremtiden. Forudsætningslæren omhandler parternes forudsætninger for at indgå i kontraktforholdet. Nogle af disse dele af beslutningsgrundlaget kan efter omstændighederne retfærdiggøre, at parternes kontraktmæssige forpligtelse helt eller delvist bortfalder (eller sjældnere ændres). For at dette retsprincip kan finde anvendelse, skal tre kumulative krav være opfyldt: Forudsætningen skal være: 1) bestemmende for løftegiveren, 2) kendelig for løftemodtageren og 3) relevant.¹¹⁶

Hvorvidt forudsætningen har været *bestemmende* for løftegiver, afhænger af, hvorvidt forudsætningen har været bestemmende for, at løftegiver har valgt at indgå i kontraktforholdet. Ved kendelighedskriteriet refereres til, hvorvidt modparten kendte eller *burde kende* til forudsætningen. Ved forudsætninger, der er sædvanlige inden for den pågældende type aftaleforhold, kræves ikke, at der foreligger konkrete omstændigheder, der taler for, at modparten var klar over forudsætningen. Heller ikke i de tilfælde, hvor forudsætningen er så uventet, at det næppe kan forventes, at den bebyrdede part har kunne forudse og indkalkulere en sådan omstændighed i dennes betragtning, vil det kræves, at der foreligger konkrete omstændigheder, der kan tale for, at forudsætningen var kendelig for modparten. Især i erhvervsforhold vil det med rimelighed kunne forventes, at de efterfølgende ændringer skal have en særlig usædvanlig karakter. Relevanskriteriet omhandler, i hvilken udstrækning der er et tilstrækkeligt grundlag for at overføre risikoen for de bristede forudsætninger til modparten – der er altså tale om en dommerskøn.¹¹⁷

I forudsætningslæren sondres mellem *urigtige* forudsætninger og *bristende* forudsætninger. Det vil ikke altid være hverken nødvendigt eller muligt at foretage en skarp sondring.¹¹⁸ Det er dog alligevel sidstnævnte, der er interessant i nærværende sammenhæng, da bristende forudsætninger refererer til senere indtrufne omstændigheder.

Det gælder som ved AFTL § 36, at forudsætningslæren ikke kan komme i spil, hvor der ønskes en løsrivelse, blot fordi man har måttet realisere den risiko, man i kontrakten har påtaget sig. Et videre sammenfald mellem AFTL § 36 og forudsætningslæren findes i, at også forudsætningslæren vil være sværere at påkalde sig i erhvervmæssige

¹¹⁶ Gomard, Bernhard & Pedersen, Hans V. G. & Ørgaard, Anders. 2015, side 187 ff.

¹¹⁷ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 195 f. for eksempler fra retspraksis oplistes en række afgørelser til illustration af forudsætningslæren i Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 198 ff.

¹¹⁸ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 190 f.

forhold.¹¹⁹ I udgangspunktet må parterne selv bære risikoen for, at deres forudsætninger for at indgå i aftalen svigter, hvis der ikke er taget eksplicit stilling til dette i kontrakten.¹²⁰ Dette er hensigtsmæssigt, eftersom der i modsat tilfælde kunne dannes grundlag for, at parterne spekulerer i, hvilke risici der skal lægges frem, i håb om at kunne frigøres efter forudsætningslæren, hvis en risiko senere viser sig at blive realiseret, og dermed ”spare” de omkostninger, der er forbundet ved at fremsætte en betingelse.¹²¹ Det er derfor naturligt, når domstolene viser en vis forbeholdenhed omkring, hvorvidt parterne i disse sager oplever bristede forudsætninger eller blot har måttet realisere en ikke udtalt risiko.

Da AB 18 ikke er et resultat af individuelt forhandlede vilkår, kan man fristes til at udfordre argumentet om, at parterne skulle have foretaget en velovervejede risikovurdering. Dog er AB 18 som ovenfor omtalt i almindelighed at betragte som en rimelig risikodeling som følge af dens tilblivelsesfacon. En undtagelse fra udgangspunktet kan derfor ikke tænkes at blive foretaget i denne sammenhæng.

Reglerne i såvel AFTL § 36 som forudsætningslæren skaber en snæver adgang for parterne til at opnå kontraktjusteringer som følge af efterfølgende ændringer i omstændighederne. Det må dog påregnes, at det vil kræve helt ekstraordinære ændringer i omstændighederne at kunne få medhold i en påstand efter disse regler.

I engelsk ret findes ikke retsfigurer, der svarer til hverken AFTL § 36 eller forudsætningslæren. Nærmest kommer retsfiguren ”the doctrine of frustration”.

2.3.8 The doctrine of frustration

Engelsk ret har ikke i særlig grad ladet sig påvirke af romerrettens princip om *clausula rebus sic stantibus*, som det er tilfældet for Danmark og en lang række andre især europæiske lande. Clausula rebus sic stantibus medfører en underliggende betingelse af, at aftaleforholdets eksistens må bero på, at forholdene forbliver, som de var ved tidspunktet for aftalens indgåelse.¹²² Det er dette princip, der i dansk ret er videreført i forudsætningslæren og aftalelovens § 36. Tilsvarende lempelsesregler findes ikke på samme måde i engelsk ret.¹²³ Engelsk ret er i langt højere grad udviklet fra et mere strikt udgangspunkt. Det klassiske eksempel på den absolutte karakter, kontrakter

¹¹⁹ Et godt eksempel på den nære sammenhæng mellem forudsætningslæren og AFTL § 36 findes i U 2000.656 H (Sebastian). Sagen blev afgjort efter forudsætningslæren, men ville principielt ligeså godt være afgjort med hjemmel i AFTL § 36.

¹²⁰ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 192

¹²¹ Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017, side 193 f.

¹²² Andersen, Mads B. 2013, side 399

¹²³ Zivkovski, Velimir. 2012. Hardship in French, English and German Law. *University of Belgrade Faculty of Law*, at www.SSRN.com ID:2158583, afsnit 3.1.

tildeles efter i engelsk ret, findes i sagen *Paradine v Jane*,¹²⁴ hvor det helt tydeligt fremgår, at de om nogen væsentlige ændringer i omstændighederne ikke kunne fritage sagsøgte *Jane* for sin kontraktmæssige forpligtelse. Senere er der gennem retspraksis udviklet en adgang til at kunne blive frigjort fra aftaler som følge af væsentlige ændringer i omstændighederne, gennem ”*the doctrine of frustration*”. Den første afgørelse, der brød med princippet om kontraktens absolutte karakter, var sagen *Taylor v Caldwell*.¹²⁵ Her udtalte dommeren J. Blackburn:

“*The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance*”.¹²⁶

I den konkrete sag nedbrændte et musikhus, der havde indgået adskillige kontrakter om afholdelse af koncerter. I aftalen var der ikke taget stilling til en sådan situation, men retten fandt, at princippet måtte afviges, når ydelsen afhang af den bare eksistens af en person eller en ting.¹²⁷

40 år senere blev doktrinen udvidet fra alene at omfatte absolut umulighed til nu også at omfatte stiltiende forudsætninger - ”*frustration of purpose*” - i sagen *Krell v Henry*.¹²⁸ Tiltalte havde lejet en lejlighed af anklager i forbindelse med et kroningsoptog. Kroningsoptøget blev efterfølgende aflyst, hvorfor den tiltalte nægtede at betale for lejligheden som aftalt. Retten fandt, at tiltalte sanktionsfrit kunne udtræde af aftalen, eftersom *grundlaget for kontrakten*¹²⁹ var forsvundet.¹³⁰ Med andre ord var der tale om, at *forudsætningerne* for kontraktindgåelsen var *bristede*. Det var lignende omstændigheder, der lagdes til grund i sagen *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton*,¹³¹ men her fandt retten modsat ikke anledning til at frigøre tiltalte for sin kontraktmæssige forpligtelse, eftersom det ikke var flådeparaden alene, der udgjorde grundlaget for kontrakten.¹³² Denne afgørelse illustrerer domstolens yderste tilbageholdenhed med at tilsidesætte aftaler som følge af ændringer i omstændighederne og giver udtryk for en stram vurdering af væsentlighedskriteriet.

¹²⁴ *Paradine v Jane* (1647) Aleyn 26, 27; 82 ER 897, 897. Sagen omhandler en kvinde, Jane, der bortvises fra sin grund af ”kongens fjender”. Udlejeren, *Paradine* anklager Jane for manglende huslejebetaling over en periode på 3 år og får medhold i denne påstand.

¹²⁵ *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309

¹²⁶ *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309, n 4, 839, 314

¹²⁷ Cartwright, John. 2016, side 262

¹²⁸ *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740 (CA)

¹²⁹ “the foundation of the contract”

¹³⁰ Zivkovski, Velimir. 2012. Hardship in French, English and German Law. *University of Belgrade Faculty of Law*, at www.SSRN.com ID:2158583, afsnit 3.1

¹³¹ *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton* [1903] 2 KB 683. I sagen var der indgået en kontrakt med et bådudlejningsselskab i forbindelse med en flådeparade (naval parade) og flådeskibe (fleet ships). Flådeparaden blev efterfølgende aflyst, men retten fandt ikke dette grundlag for at frigøre tiltalte for kontraktopfyldelse, blandt andet under henvisning til, at det ikke var *hele* grundlaget for kontrakten, der var bristet.

¹³² Zivkovski, Velimir. 2012, afsnit 3.1

I sagen *J. Lauritzen AS v Wijsmuller BV*¹³³ fra 1990 udtalte dommer J. L. Bingham fem dispositioner, der kan beskrive essensen af the ”doctrin of frustration”:¹³⁴

” a) the doctrine of frustration has evolved ”to mitigate the rigour of the common law’s insistence on literal performance of absolute promises”;

b) frustration operates to ”kill the contract and discharge the parties from further liability under it”;

c) frustration brings a contract to an end ”forthwith, without more and automatically”;

d) ”the essence of frustration is that it should not be due to the act or election of the party seeking to rely on it” and it must be some ”outside event or extraneous change of situation”;

*e) a frustrating event must take place ”without blame or fault on the side of the party seeking to rely on it”.*¹³⁵

Ifølge J.L. Bingham er rammerne for anvendelsen af frustrations-doktrinen, at der skal være tale om en udefrakommende begivenhed, at den part, der ønsker at påberåbe sig, at kontrakten er ”*frustrated*”, skal være uden skyld, og at begivenheden samtidig ikke må forårsages af en handling inden for denne parts kontrol. Retsfølgen for, at en kontrakt kendes ”*frustrated*”, er, at aftalen straks automatisk ophører uden erstatningsretlige konsekvenser. Her må således bemærkes en forskel mellem retsfølgen efter frustrations-doktrinen og forudsætningslæren, eftersom forudsætningslæren ikke alene giver anledning til tilsidesættelse, men også giver adgang til at foretage kontraktjustering, jf. afsnit 2.3.7.

I sagen *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC*¹³⁶ fremførte sagsøger påstand om, at kontrakten var blevet ”*frustrated*”, men dette blev afvist af House of Lords. Parterne havde indgået aftale omkring opførelse af 78 huse til en pris af 94.000 pund. Tidsfristen var sat til otte måneder efter kontraktindgåelsen, men grundet mangel på kvalificeret arbejdskraft endte det med at tage yderligere 14 måneder at opføre husene. Dommeren Lord Radcliffe konstaterede, at det ikke var:

*”Hardship or inconvenience or material loss itself which calls for the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken could, if performed, be a different thing from that contracted for”.*¹³⁷

¹³³ J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V., [1990] 1 Lloyd’s L.Rep. 1

¹³⁴ Papp, Tekla. 2014. Frustration and Hardship in Contract Law from Comparative Perspective. *Acta Universitatis Szegediensis: acta juridical et politica*, (77) pp. 421-430, side 422

¹³⁵ Papp, Tekla. 2014, side 422

¹³⁶ *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC* [1956] AC 696

¹³⁷ McKendrick, Ewan. 2017. *Contract Law*. Oxford: Palgrave Macmillan, side 359

Det var efter dommerens opfattelse en ændring i omstændighederne, der måtte kunne forventes af parterne, da de indgik aftalen, og dommeren mente ikke, at aftalen var radikalt ændret som følge af denne begivenhed.

En simpel ulejlighed, forhøjelse af udgifter eller tab af profit kan ikke medføre, at kontrakter er ”*frustrated*”. Hvis begivenheden, der har forårsaget umulighed, var en frivillig handling af den ene part, vil ”*frustration*” heller ikke kunne påberåbes.¹³⁸

2.3.9 Force majeure

Begrebet force majeure eller på latin ”vis majeure” er hentet fra den franske *Civil Code*. Det kan oversættes til dansk som ”overvældende magt”.¹³⁹ Force majeure er nedfældet i KBL § 24,¹⁴⁰ men er et udtryk for et almindeligt grundlæggende retsprincip i dansk ret og er almindeligt anvendt som en generel udfyldningsbestemmelse.¹⁴¹ ”The doctrine of frustration” er det nærmeste, engelsk ret kommer en force majeure-bestemmelse. Parterne vil da ofte vedtage en reel force majeure-bestemmelse under engelsk ret. Et eksempel på en sådan klausul kan være at finde i UNIDROIT Principles. I art. 7.1.7.¹⁴² En sådan bestemmelse er mere smidig end ”the doctrine of frustration”, idet der gives adgang til midlertidig suspension af forpligtelserne i stedet for ”termination”. Force majeure er tæt beslægtet med Hardship, og det angives også i UNIDROIT Principles, at force majeure-bestemmelsen bør læses i sammenhæng med bestemmelserne omkring hardship.¹⁴³

¹³⁸ Se som eksempel J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V., [1990] 1 Lloyd’s L.Rep. 1, omtalt ovenfor, hvor den ene part valgte ikke at benytte en olietank til at opfylde kontraktforpligtelsen.

¹³⁹ Andersen, Mads B. 2009. *Praktisk aftaleret*. København: Gjellerup, 3. udgave, side 409

¹⁴⁰ Lovbekendtgørelse af lov om køb (Købeloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 237 af 28. marts 2003, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 523 af 6. juni 2007, § 7 i lov nr. 718 af 25. juni 2010 og § 1 i lov nr. 1460 af 17. december 2013. § 24: ”Ved køb af genstande, bestemte efter art, er sælgeren, selv om forsinkelsen ikke kan tilregnes ham, pligtig til at svare skadeserstatning, medmindre han har forbeholdt sig fritagelse derfor, eller muligheden af at opfylde aftalen må anses for udelukket ved omstændigheder, der ikke er af sådan beskaffenhed, at sælgeren ved køkets afslutning burde have taget dem i betragtning, såsom ved hændelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, ved krig, indførselsforbud eller lignende.”

¹⁴¹ Det bør dog bemærkes, at begrebet ”force majeure” ikke er et nærmere afgrænset begreb inden for dansk ret.

¹⁴² UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016. Rom: International Institute for the Unification of Private Law, art. 7.1.1: “(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt. (4) Nothing in this Article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due”.

¹⁴³ UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016, side 242 (Comment 3)

I det foregående er der redegjort for de baggrundsretlige regler, der vil have betydning for parternes retsstilling ved efterfølgende ændringer i omstændighederne. I det følgende vil det blive behandlet, hvorvidt parterne gennem en vedtagelse af en hardshipklausul kan påvirke deres adgang til at kræve kontraktbalancen genoprettet.

2.4 Hardshipklausuler

2.4.1 Hardship

Begrebet ”hardship” kan direkte oversættes fra engelsk til dansk til ”modgang”, ”besværlighed” eller ”trængsler”. Hvad der juridisk set kan betegnes som ”hardship”, er hverken defineret i dansk eller engelsk ret. Det kan dog helt overordnet anses for at dække over tilfælde, hvor den ene af aftalens parter bliver væsentligt bebyrdet som følge af ex post-begivenheder, og kontraktbalancen derfor forskydes betragteligt. Grænsen mellem force majeure og hardship kan være svær at drage, men der kan overordnet afgrænses mellem de to ud fra et synspunkt om, at det, der ikke kan kategoriseres som force majeure, hører til hardship.¹⁴⁴

I længerevarende kommercielle kontrakter er det især udbredt, at der – foruden en force majeure-klausul – aftales en hardshipklausul, hvor parterne forpligtes til at indgå i genforhandling, hvis særlige (eventuelt nærmere angivne) begivenheder optræder, samt potentielt, hvad der skal ske, hvis genforhandlingen mislykkes.

Parternes mulighed for at indføre en sådan klausul må følge af partsautonomien.¹⁴⁵ Hardshipklausulen vil ofte være formuleret i et bredt sprog, eftersom den skal kunne omfatte ethvert utænkeligt scenarie, og alene af denne grund vil det ofte give anledning til vanskeligheder, når der skal fortolkes. Bestemmelsen i UNIDROIT Principles art. 6.2.2 er et eksempel på den brede formulering, sådanne klausuler ofte antager. I UNIDROIT’s kommentarer henvises der herfor til at foretage uddybelser, der passer til det konkrete kontraktforhold.¹⁴⁶ Eksempelvis vil parterne i visse tilfælde have angivet en række forudsætninger, der skal lægges til grund for fortolkningen, men det er ikke altid tilfældet.

I praksis ses vidt forskellige eksempler på, hvordan en hardshipklausul formuleres. Erik Werlauff¹⁴⁷ foretager en overordnet sondring mellem henholdsvis *bløde* og *hårde* hardshipklausuler. Sondringen foretages ud fra, hvorvidt bestemmelsen i tillæg til genforhandlingspligten tildeler tredjepart kompetence til at foretage tilsidesættelse eller

¹⁴⁴ Østergaard, Kim. 2005. *Anvendelse af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv - Julebog 2005*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave 1. oplag, side 219

¹⁴⁵ Om partsautonomien, se ovenfor i afsnit 2.1.2

¹⁴⁶ UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016, side 222

¹⁴⁷ Werlauff, Erik. 2013. *Kontrakter – 3. redigerede udgave af Bjørn Saltorps ”Kontrakter”*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave 1. oplag, side 205

ændring i aftalen ved mislykket genforhandling. Denne overordnede opdeling af de uendeligt forskelligartede hardshipklausuler er praktisk i nærværende sammenhæng, eftersom det overordnet ofte vil kunne føre til forskellige retsvirkninger.

2.4.2 Bløde hardshipklausuler

Den *bløde* hardshipklausul forpligter parterne til at indgå i genforhandling under visse omstændigheder, men fastlægger ikke en procedure for, hvordan striden skal løses, hvis forhandlingerne ikke lykkes. Parterne kan efter denne klausul derfor ikke kræve, at der foretages specifikke justeringer af kontraktindholdet, men alene kræve, at modparten indgår i en genforhandling omkring samme.¹⁴⁸

Som anført, er der i dansk ret et grundlæggende loyalitetsprincip.¹⁴⁹ Hvis parterne ikke overholder deres genforhandlingspligt, vil det derfor udgøre en misligholdelse, hvormed modparten opnår misligholdelsesbeføjelser. Retsfølgen af ikke at indgå i en genforhandling vil da være, at denne part foretager misligholdelse af kontrakten, hvilket udløser misligholdelsesbeføjelser fra modparten. Vælger en part at indgå i forhandlinger alene for at undgå en sådan sanktion, men uden, at det er med et formål om at nå en løsning, må det alt andet lige kunne sidestilles med en egentlig misligholdelse. Vurderingen af, hvorvidt parterne har indgået i genforhandling med de rette intentioner, kan dog være svær at foretage.

I aftalen mellem bygherre og entreprenør er AB 18 kapitel J undtaget. I denne sammenhæng vil AB 18 § 64, dog anvendes for at fremme forståelsen. I AB 18 § 64 er der indført en genforhandlingspligt.¹⁵⁰ Af bestemmelsen fremgår det ikke, hvornår en part kan kræve en sådan, og det udløses altså antageligt ikke alene af hardship-begivenheder. Det er dog indført, at en part ikke kan tage ”det næste skridt” i løsningstrappen, før der kan fremlægges dokumentation for, at en indkaldelse til genforhandling har fundet sted, men det fremgår ikke af bestemmelsen, at det vil kunne medføre andet, end at modparten da vil kunne iværksætte videre skridt såsom mægling, voldgift mv., hvis modparten modsætter sig at genforhandle, jf. §64, stk. 4. En sådan genforhandlingspligt vil ikke kunne antages at udløse misligholdelsesbeføjelser, heller ikke til trods for loyalitetspligten i AB 18 § 33.

Efter engelsk ret er retsfølgen i udgangspunktet, at der ikke kan håndhæves en egentlig genforhandlingspligt. Indfører en kontraktbestemmelse en genforhandlingspligt, vil det i flere tilfælde kunne give anledning til problemer

¹⁴⁸ Werlauff, Erik. 2013 side 230

¹⁴⁹ Se afsnit 2.3.1

¹⁵⁰ Det er indres, at aftalen mellem bygherre og entreprenør ikke har medtaget bestemmelserne omkring tvistløsning i AB 18 kapitel J. Bestemmelsen anvendes her rent illustrativt.

hos de engelske domstole. I sagen *Walford v Miles*¹⁵¹ udtalte Lord Ackner sig omkring en pligt til at (gen)forhandle i god tro. Her argumenterer han for, at en sådan pligt i sagens natur er for usikker til at kunne tilkendes retsvirkning:

“The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable, is simply because it lacks the necessary certainty [...] How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? There can be [...] no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper reason’ to withdraw. Accordingly a bare agreement to negotiate has no legal content”.¹⁵²

At en aftale om at genforhandle i ”good faith” ikke kan håndhæves, medfører, at en aftale omkring at indgå i genforhandlinger efter engelsk ret som udgangspunkt ingen retsvirkning vil have. Hvis denne praksis skal ændres, kræver det en dom fra Højesteret, der reverserer dette udgangspunkt.¹⁵³ Det er dog af en dommer i Court of Appeal anført, at det under visse omstændigheder ikke kan være acceptabelt at afvise en udtrykkeligt anført pligt til at genforhandle:

“it would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered”.¹⁵⁴

Til trods herfor er det stadig praksis i engelsk ret, at man ikke kan forvente en genforhandlingspligt håndhævet.

2.4.3 Hårde hardshipklausuler

I UNIDROIT Principles art. 6.2.2 defineres hardship således:

“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events”.

¹⁵¹*Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 (HL)

¹⁵²*Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 (HL) 138. Dette argument nød opbakning fra de øvrige medlemmer af House of Lords, jf. Cartwright, John. 2016. *Contract Law, An introduction to English Law of Contract for Civil Lawyer*. Portland: Hart Publishing Ltd. 3. udgave, side 78

¹⁵³ Cartwright, John. 2016, side 270.

¹⁵⁴ *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA* [2005] EWCA Civ 891, [2006] 1 Lloyd’s Rep 121

Hardship defineres i denne klausul at indtræde, når efterfølgende begivenheder, der ændrer kontraktbalancen *fundamentalt*, a) opstår ex post, b) ikke kan antages, at den bebyrdede part kunne have forudset ex ante, c) ligger uden for den bebyrdede parts kontrol, og d) at risikoen for begivenhedens indtræden ikke var forudsat af den bebyrdede part. Disse betingelser er kumulative, og det vil i udgangspunktet alene kunne påberåbes hardship, hvor alle er opfyldt.

Hvad der skal lægges i, at kontraktbalancen skal ændres *fundamentalt*, skal efter kommentarerne til UP¹⁵⁵ afhænge af sagens konkrete omstændigheder, men kan omfatte drastiske stigninger i omkostningerne ved at opfylde den kontraktmæssige forpligtelse eller et drastisk fald i værdien af den ene parts kontraktmæssige modkrav.¹⁵⁶

Bestemmelsen er efter en ordlydsfortolkning mere lempelig end reglerne i AFTL § 36 og forudsætningslæren, men også aldeles set i forhold til engelsk ret. Efter engelsk ret er der jo principielt ikke adgang til at inddrage ex post-betragtninger i fortolkningen, ligesom der stilles et krav om, at begivenheden er uden for begge parter kontrolsfære.

Bestemmelsen i UNIDROIT Principles er et eksempel på en hård hardship-bestemmelse,¹⁵⁷ da den indeholder en angivelse af, hvad der skal ske, såfremt genforhandlingen mislykkes i art. 6.2.3:¹⁵⁸

“(Effects of hardship)

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

¹⁵⁵ UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016, side 218 f.

¹⁵⁶ Eksempelvis hvis der pludseligt kommer ny teknologi på markedet, eller lovgivning medfører, at formålet med at indgå i kontrakten brister, jf. UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016, side 219

¹⁵⁷ Werlauff, Erik. 2013, side 230

¹⁵⁸ I engelsk ret vil en sådan bestemmelse normalvis refereres til som en ”intervener clause”, jf. McKendrick, Ewan. 1995. *The Regulation of Long-term Contracts in English Law – Goodfaith and fault in Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, side 329 f.

I bestemmelsen afgrænses hardship-begivenhederne til at være udefrakommende begivenheder, hvilket synes at være hensigtsmæssigt, eftersom tilfældet, hvor begivenheden kan siges at udspringe af forhold inden for modpartens kontrolsfære, i stedet i langt de fleste tilfælde bør opfattes som en misligholdelse af kontrakten, jf. loyalitetsprincippet.¹⁵⁹

Udgangspunktet om ikke at håndhæve en aftalt genforhandlingspligt kan i grunden til dels ses baseret på en påstand om, at pligten til at forhandle i ”good faith” i sagens natur er usikker. Ved at lave en udførlig og detaljeret genforhandlingsklausul som domstolene kan sige, er tilfredsstillende sikker, kan det overvejes, om klausulen da vil kunne håndhæves. En sådan detaljering kunne eksempelvis være at medtage regler for, hvad der skal ske, såfremt genforhandling mislykkes, herunder hvordan striden da skal løses.¹⁶⁰

I engelsk ret er det kun de hårde hardshipklausuler, der potentielt kan tilkendes retsvirkning. De engelske domstole har ikke procedurer for, hvordan en kontraktjustering kan og/eller bør foretages, og det er derfor ikke forudsigeligt, hvad en ændringsudøvelse vil indebære. Det er indres, at de engelske domstole ikke af baggrundsretten er tildelt kompetence til at foretage kontraktjusteringer, og det eneste remedie til at løse problemstillinger omkring efterfølgende ændringer i omstændighederne er frustrations-doktrinen, der altid medfører ”termination”. Derfor har de engelske domstole ikke procedurer eller retningslinjer for en sådan justering, som domstolene kan støtte sig til.¹⁶¹ Det kan tale for, at en engelsk domstol vil vise en større tilbageholdenhed omkring at foretage egentlige kontraktjusteringer, medmindre parterne har opgivet konkrete beskrivelser af, hvordan en sådan ændringskompetence skal udøves.

Det bør kort bemærkes, at parterne ved at vedtage en hardshipklausul mister adgangen til, at kontrakten kan erklæres ”frustrated”. Årsagen hertil er, at ”the doctrine of frustration” alene omhandler uforudsete ændringer i omstændighederne, og har parterne vedtaget en bestemmelse omkring disse, vil det efter engelsk rets fortolkning opfattes således, at der er taget stilling til spørgsmålet.¹⁶²

I dansk ret vil en håndhævelse af en hård hardshipklausul kunne tænkes af volde vanskeligheder. Hvis parterne tildeler en domstol kompetence til at foretage ændringer i aftalens indhold, kan det være vanskeligt, såfremt det er hovedpunkterne, der skal justeres. Domstolene er efter retsplejeloven¹⁶³ tildelt kompetence til at behandle tvister,

¹⁵⁹ Loyalitetsprincippet indebærer jo netop en tabsbegrænsningspligt, der strækkes til, at parterne forpligtes til i videst muligt omfang at foretage dispositioner, der ikke medfører unødigt tab for modparten.

¹⁶⁰ Cartwright, John. 2016, side 271

¹⁶¹ Cartwright, John. 2016, side 269 f.

¹⁶² Papp, Tekla. 2014, side 424

¹⁶³ Lovbekendtgørelse om rettens pleje (retsplejeloven) nr. 1284 af 14. september 2018, jf. lovbekendtgørelse nr. 1101 af 22. september 2017, med de ændringer, der følger af lov nr. 1679 af 26. december 2017, § 2 i lov nr. 1680 af 26. december 2017, lov nr. 130 af 27. februar

der kan bedømmes retligt. Hvorvidt en ændringskompetence til at foretage en skønsbaseret justering af aftalen kan karakteriseres som en retsanvendelse, således at tvisten kan karakteriseres som en retstvist, er af betydning for, hvorvidt domstolene kan udleve en sådan ændringskompetence.¹⁶⁴ De grundlæggende forudsætninger for udfyldningen af aftalen udfordres ifølge Clement Salung Petersen ved den hårde hardshipklausul. Argumentet herfor er, at en sådan ændringskompetence oftest vil omfatte helt grundlæggende vilkår for aftalen, uden at der stilles konkrete regler for, hvordan en sådan ændring skal udfoldes. Derfor vil kompetencen ikke begrænses til at udfylde et partsbestemt retsgrundlag, men i stedet foretage en revidering af dette retsgrundlag. Hvis ikke aftalen indeholder konkret anførelse af, hvordan en sådan ændring skal udledes, vil der ikke være tale om en almindelig fortolkning og udfyldning af tvisten, hvilket er rammerne for domstolens kompetences grænser.¹⁶⁵ Derfor vil bestemmelsen i UNIDROIT Principles ikke kunne udøves inden for rammerne af den danske domstols kompetencer, jf. Clement Salung Petersen.¹⁶⁶ Argumentet for, at kontraktjusteringen falder uden for domstolens ændringskompetence, er dog baseret på, at hvis det er hovedpunkterne i aftalen, der skal justeres, vil der reelt set ikke være tale om en kontraktjustering, men om en kontraktrevidering.¹⁶⁷ Tilpasses klausulen med regler omkring, hvilke ændringer der kan foretages, eksempelvis prisjusteringer eller fristforlængelser, må det antages at falde inden for domstolens kompetence, eftersom domstolene allerede udøver denne disciplin efter baggrundsretten. At parterne har valgt at inddrage en hardshipklausul i kontraktgrundlaget, vil de danske domstole, uanset hvorvidt ændringskompetencen kan udøves efter bestemmelsen eller ej, lade indgå i fortolkningen af parternes fælles vilje.

Ved at anvende den hårde hardshipklausul vil parterne forventeligt opnå bedre adgang til kontraktjusteringer end efter baggrundsretten. I engelsk ret vil det især være relevant for parterne at benytte hardshipklausuler, da kontraktjusteringer efter baggrundsreglerne er stærkt begrænset. De danske domstole vil formentlig vurdere hardship at indtræde ved en lavere offergrænse, end hvis tvisten alene skulle løses ud fra baggrundsretten. Forholdet mellem adgangen til at opnå kontraktjusteringer efter dansk og engelsk ret vil ikke være videre harmoniseret ved at anvende en hardshipklausul. Uanset, om parternes tvist skal afgøres efter danske eller engelske regler, vil det dog medføre en forbedret adgang til at opnå kontraktjusteringer, såfremt parterne anvender en hård hardshipklausul.

2018, § 5 i lov nr. 503 af 23. maj 2018, § 2 i lov nr. 708 af 8. juni 2018, lov nr. 709 af 8. juni 2018, lov nr. 710 af 8. juni 2018, § 4 i lov nr. 713 af 8. juni 2018, lov nr. 714 af 8. juni 2018 og § 2 i lov nr. 715 af 8. juni 2018.

¹⁶⁴ Petersen, Clement S. 2014. *Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler – Ændringsregler i længerevarende kontrakter*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave 1. oplag, side 77

¹⁶⁵ Petersen, Clement S. 2014, side 78 f.

¹⁶⁶ For en dybere indførelse i denne diskussion henvises til kilde, Petersen, Clement S. 2014 og til Bang-Pedersen, Ulrik R. & Christensen, Lasse H. & Petersen, Clement S. 2017. *Den civile retspleje*. Hellerup: Universitetsforlaget PEJUS, 4. udgave, 1. oplag.

¹⁶⁷ Petersen, Clement S. 2014, 78f.

2.5 Juridisk delkonklusion

Det grundlæggende udgangspunkt for kontraktretten er ens under dansk og engelsk ret: aftaler er bindende og skal overholdes i overensstemmelse med dens indhold. Undtagelser hertil forekommer dog under begge retssystemer, om end i forskelligt omfang. Engelsk ret lægger større vægt på stabilitet og forudberegnelighed, end det er tilfældet under dansk ret.

Efter engelsk ret er der en stærkt begrænset adgang til at blive lempet fra sin kontraktmæssige forpligtelse, og en sådan lempelse vil primært kunne findes gennem "the doctrine of frustration". Det engelske "doctrine of frustration" sammenlignes bedst med forudsætningslæren, da en påberåbelse af, at kontrakten er "frustrated", kræver, at grundlæggende forudsætninger for aftalens indgåelse brister. Retsfølgen ved "doctrine of frustration" er dog uden undtagelse, at aftaleforholdet dermed bringes til ophør.

Dansk ret synes med tilstedeværelsen af AFTL § 36 og forudsætningslæren at have fundet større inspiration i det romerretlige princip *Clausula rebus sic stantibus*, end det er tilfældet i England. Efter de danske lempelsesregler i AFTL § 36 og forudsætningslæren er det både muligt for domstolene at tilsidesætte og ændre i gyldigt indgåede aftaler, hvis forudsætningerne brister, eller efterfølgende omstændigheder medfører, at det vurderes urimeligt at fastholde parterne i aftalen, som den er. Det kræver dog helt særligt urimelige forhold, førend domstolene vil ty til disse regler i kommercielle kontraktforhold.

Hvis parterne derimod lader kontrakten indeholde en hardshipklausul, vil deres muligheder for at opnå kontraktbalancen genoprettet påvirkes positivt. Det gælder for begge retssystemer, at kontrakten skal have en vis udførlighed, førend den ønskede virkning kan opnås, nemlig at domstolene foretager en justering, hvor parterne ikke selv har formået dette.

Vælger bygherre og entreprenør at lade deres kontrakt indeholde en hardshipklausul, vil udsigten til, at kontraktbalancen genoprettes ved efterfølgende omstændigheder, synes bedre under både dansk og engelsk ret.

Det kan slutteligt bemærkes, at effekten forventeligt vil være større efter danske regler, der gennem baggrundsretten har en større anerkendelse af hele kontraktmaterialet og tager udgangspunkt i formålsfortolkning, hvor det modsat under engelsk ret er den grundlæggende regel, at der alene fortolkes ud fra kontraktens fire vægge, og at en fortolkning altid starter efter ordlyden.

3 Økonomisk analyse

3.1 Indledning

I afsnit 3.2 vil det blive undersøgt, hvilket rationale der vil være for at anvende en hardshipklausul ud fra et transaktionsomkostningsperspektiv. I afsnit 3.3, vil problemstillingen analyseres ud fra et spilteoretisk perspektiv for at undersøge, hvorvidt en hardshipklausul vil kunne have en positiv effekt på parternes valg omkring at samarbejde eller ej.

Der vil i den økonomiske analyse være en gennemgående antagelse af, at en påberåbelse af en hardshipklausul vil medføre en genoprettelse af kontraktbalancen.¹⁶⁸

3.2 Transaktionsomkostningsteoretisk perspektiv

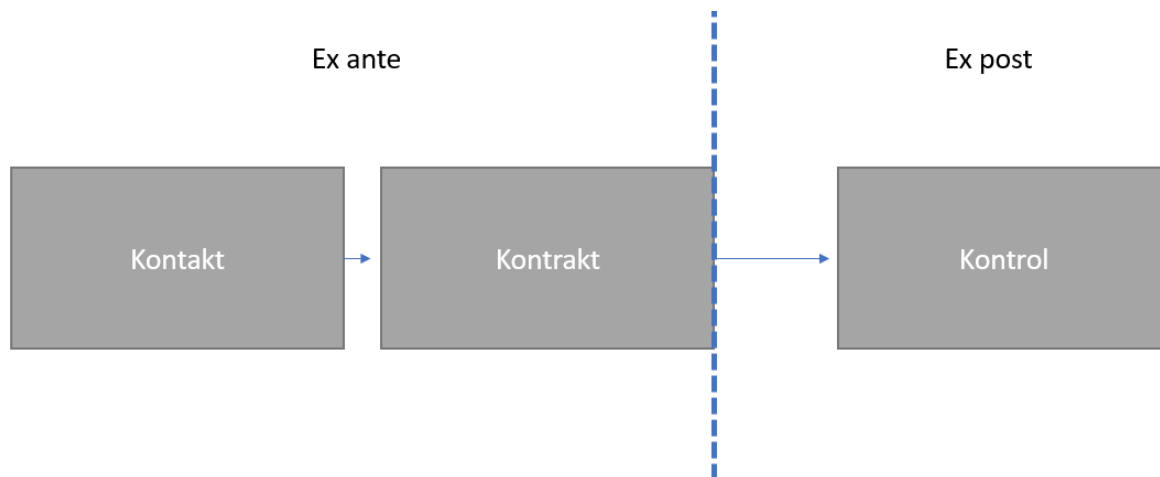
I det indledende afsnit vil transaktionsomkostningerne mellem bygherre og entreprenør analyseres for at få klarlagt, hvilke transaktionsomkostninger der konkret er tale om. Efterfølgende vil selve transaktionens dimensioner blive fastslået, fordi disse skal danne grundlag for, hvordan kontrakten mellem bygherre og entreprenør ifølge transaktionsomkostningsteorien skal indrettes.

3.2.1 Transaktionsomkostninger ved casen – ex ante og ex post

Transaktionsomkostningerne kan overordnet opdeles i henholdsvis kontakt-, kontrakt- og kontrolomkostninger.¹⁶⁹ Transaktionsomkostningsteorien opdeler overordnet disse i henholdsvis ex ante- og ex post-transaktionsomkostninger, som det illustreres i Figur 2 nedenfor. De forskellige former behandles separat umiddelbart nedenfor.

¹⁶⁸ Argumentet for denne antagelse er, at det i den juridiske analyse blev fastslået, at det alene er den hårde hardshipklausul, der potentielt kan medføre kontraktjusteringer hos domstolene. Derfor vil denne danne grundlag for den økonomiske analyse.

¹⁶⁹ Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of capitalism – Firms, markets, Relational Contracting*. England: China Social Science Publishing House, Chengcheng Books Ltd., side 2



Figur 2 – Transaktionsomkostninger ex ante og ex post¹⁷⁰

3.2.1.1 Ex ante

Ex ante-omkostninger forbundet med selve transaktionen er kontakt- og kontraktomkostningerne som illustreret ovenfor. Disse transaktionsomkostninger bæres alle frem til og med kontraktindgåelsestidspunktet. Omkostninger forbundet med transaktionen, der opstår herefter, hører under kontrolomkostningerne og er altså ex post-transaktionsomkostninger.

Kontaktomkostningerne indeholder informationssøgning, screening af potentielle aftaleparter, forhandlingsomkostninger, rådgivningsomkostninger med mere. Kontraktomkostningerne indeholder selvsagt omkostningerne forbundet med at få konciperet selve kontrakten. Alt efter detaljeringsgraden vil dette have betydning for transaktionsomkostningernes størrelse.¹⁷¹

Transaktionen mellem bygherre og entreprenør vil give anledning til adskillige transaktionsomkostninger ex ante. Eksempler på disse er bygherres udformning af udbudsmateriale, entreprenørs udarbejdelse af tilbudsmateriale, indbyrdes forhandlinger omkring kontraktens risikoallokering samt forudgående undersøgelser af jordbundsforhold og byggegrunden i øvrigt.

¹⁷⁰ Egen udarbejdet figur.

¹⁷¹ Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappellen Akademisk Forlag, 7. oplag, side 129 f.

Projektets lange varighed og omfattende karakter medfører, at denne øvelse er forbundet med mange omkostninger. Bygherre og entreprenør vil opleve høje transaktionsomkostninger ex ante, særligt fordi der er tale om en kompliceret ydelse, hvor mange detaljer skal klarlægges fra start.

Ydelsens komplicerede karakter bevirker, at kontraktens detaljeringsgrad nødvendigvis må være højere, fordi parterne skal komme til en fælles forståelse af, hvad det er, ydelsen går ud på. Bygherre udfærdiger et udbudsmateriale, men dertil kommer den risikoallokering, der skal finde sted under forhandlingerne.¹⁷²

Vælger parterne at vedtage en hardshipklausul, vil dette medføre øgede forhandlings- og formuleringsomkostninger.

3.2.1.2 *Ex post*

Kontrolomkostningerne vedrører, hvad der hører sig til kontrol med, at opgaven bliver overholdt og i forbindelse med at håndhæve aftalen.¹⁷³ I dette forhold vil det være bygherre, der holder de fleste omkostninger til kontrol med aftalens opfyldelse, særligt igennem byggepladsbesøg og lignende. Desuden vil de omkostninger, der er forbundet med kommunikationen mellem parterne for en løbende forventnings- og instruksafstemning, være forbundet med omkostninger. Disse må også nødvendigvis kunne karakteriseres som transaktionsomkostninger, eftersom de kunne være ”sparet” væk, hvis bygherre selv havde stået for opgaven.

Entrepriseaftaler er ofte forbundet med regelmæssige møder på byggepladsen, hvor status i forhold til aftalte tidsfrister og eventualiteter vil blive behandlet.

I forbindelse med kontrolomkostningerne opstår forskellige scenarier ud fra, hvorvidt der anvendes en hardshipklausul eller ej. Entreprenør skal afsætte tid – dels ved kontraktindgåelse, men også ex post – på at sætte sig ind i bygherres ønsker omkring hospitalet. Disse instrukser skal desuden formidles videre til de medarbejdere, der foretager opgaven i praksis.

Qua den grundlæggende antagelse om opportunisme vil den part, der ikke bebyrdes af de ændrede omstændigheder, ikke vælge at indgå i genforhandling, men i stedet kræve kontrakten opfyldt, som den er, hvor parterne ikke

¹⁷² Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008, side 130 ff.

¹⁷³ Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008, side 130

har vedtaget en hardshipklausul. Den bebyrdede part vil da skulle indlede en sag gennem tredjepart som eksempelvis domstole eller voldgift. Ex post-omkostningerne i dette scenarie vil da omfatte advokat- og eventuelle sagsomkostninger.

Med et overblik over, hvilke forhold, der giver anledning til transaktionsomkostninger mellem bygherre og entreprenør, vil det nu være relevant at undersøge, hvordan parterne bør indrette deres forhold, set ud fra Williamsons transaktionsomkostningsteori.

Størrelsen af de forskellige transaktionsomkostninger vil variere ud fra en række faktorer. Disse faktorer vil i det følgende blive gennemgået for at undersøge, hvilken betydning indførelsen af en hardshipklausul vil kunne få for transaktionsomkostningernes omfang.

3.2.2 Transaktionens dimensioner

Hvordan parterne bør indrette deres aftale, vil skulle vurderes ud fra en række faktorer. Det efficiente valg af reguleringsstruktur og kontraktlov vil afhænge af transaktionens dimensioner.

Williamson opdeler transaktionens dimensioner i tre: Frekvens, Usikkerhed og Aktivspecifitet.¹⁷⁴ Disse vil i det følgende blive klarlagt.

3.2.2.1 Frekvens

Frekvensen omhandler antallet eller hyppigheden af identiske transaktioner. Med identiske transaktioner må forstås transaktioner, der i behandlingsbehov og udformning kan organiseres inden for den samme reguleringsstruktur.¹⁷⁵

Specialiserede reguleringsstrukturer er mere følsomme over for reguleringsbehovet af ikke-standardtransaktioner, end det er ved ikke-specialiserede strukturer. Specialiserede strukturer er stærkt omkostningsbetonede, og spørgsmålet er, om omkostningerne kan retfærdiggøres. Dette varierer med fordelene ved valget af reguleringsstruktur på den ene side og graden af nytte på den anden side. Fordelene ved specialiserede reguleringsstrukturer er størst for transaktioner, der er supportet med betydelige investeringer i transaktionsspecifikke aktiver. De udgifter, der

¹⁷⁴ Williamson, Oliver E. 1985, side 52

¹⁷⁵ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994. *Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson*. Århus: Forlaget CCP, side 23 f.

afholdes i forbindelse med de specialiserede reguleringsstrukturer, vil desuden være lettere at genvinde for de store transaktioner af en tilbagevendende art. Det er derfor, frekvensen af transaktionerne er en relevant dimension. Hvor frekvensen er lav, men behovet for en nuanceret regulering er stort, vil muligheden for at aggregere efterspørgslerne af beslægtede, men uafhængige transaktioner kunne resultere i en specialiseret reguleringsstruktur.¹⁷⁶

Bygherre og entreprenørs aftale omkring opførelsen af et hospital er ikke en ordre, der bestilles på daglig basis. En sådan opgave står i stor kontrast til eksempelvis opførelsen af et standardiseret parcelhus. Markedet er derfor forbundet med en lav frekvens, sammenholdt med eksempelvis erhvervelsen af et almindeligt parcelhus. Den lave frekvens betyder, at transaktionsomkostningerne skal spredes på en mindre række transaktioner.

Det kræver ressourcer at indtræde i markedet for hospitalsopførsler, fordi det er bekesteligt for begge parter. Netop fordi markedet i høj grad omfatter kontrakter i mangemillion-klassen (måske endda milliard-klassen), vil antallet af bygherrer på markedet være begrænset.

Frekvens kan diskuteres, alt efter hvordan man vælger at klassificere aktivet. Hvis der foretages en bred kategorisering, således at det blot tilhører de store virksomheder, eller det handler om, at det alene omhandler markedet for privathospitaler, vil det have en betydning. I denne sammenhæng kan der argumenteres for, at der for entreprenøren ikke vil opleves en stor forskel på, hvorvidt der er tale omkring opførelsen af eksempelvis et hospital eller et hvilket som helst andet større byggeri. Det vil, uanset hvilket byggeri, der er tale om, kræve den samme ressourcekapital af bygherre. Visse faktorer kan dog alligevel tale for, at det må lægges i en kategori for sig. Et hospital kræver eksempelvis plads til ambulancer, kølerum til både opbevaring af medicin og afgående patienter, operationsstuer, lydisolering af diverse rum, indretning af mange toiletter ved privatstuer osv. Uanset hvilket byggeri, man påtænker at opføre i milliard-klassen, vil det kræve en vis økonomi, og markedet vil derfor være relativt mindre, end det eksempelvis vil være i førnævnte eksempel med opførelsen af et standardparcelhus.

I teorien spiller den relative værdi af transaktionen ikke en rolle, men der kan stærkt argumenteres for, at denne dimension bør inddrages i overvejelserne omkring valg af reguleringsstruktur. Den relative værdi af transaktionen kan have en betydning for, hvorvidt frekvensen måske indtager en mindre rolle i forhold til, hvorvidt det kan forsvares, at der anlægges en specialiseret reguleringsstruktur.¹⁷⁷

Fordi det både kræver en ressourcestærk bygherre og en ressourcestærk entreprenør at indgå en aftale af denne karakter, taler dette for en lav frekvens. Dette vil være udgangspunktet for den følgende behandling af spørgsmålet.

¹⁷⁶ Williamson, Oliver E. 1985, side 60 og Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 24

¹⁷⁷ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994 side 24, fodnote 5

Den lave frekvens medfører, at parterne ikke har samme bekymringer for, hvilket indtryk de efterlader, når transaktionen er gennemført. Med andre ord vil parterne ikke bekymre sig for, hvilken betydning ex post-opportunistisk adfærd har for deres omdømme.

3.2.2.2 Usikkerhed

Fordi parterne er begrænset rationelle, vil det være underordnet at sondre mellem kompleksitet og usikkerhed. Hvis der er tale om meget komplekse forhold, vil det i samspil med den begrænsede rationalitet udgøre en usikkerhed, uanset om kompleksiteten i grunden måtte være fuldstændig deterministisk. Den begrænset rationelle aktør vil da alligevel ikke være i stand til at overskue alle potentielle udfald.¹⁷⁸

I forhold til usikkerhed sondres i stedet mellem tre forskellige kilder til usikkerhed.¹⁷⁹ Den *første* kilde til usikkerhed er den eksogene usikkerhed, det vil sige tilstandens udvikling ("state contingent"). Den *anden* kilde til usikkerhed er en ufuldstændig eller forvrænget kommunikation, som ikke skyldes strategiske årsager. Den *tredje* kilde til usikkerhed er adfærdsbetinget usikkerhed, som refererer til parternes strategiske adfærd, der kan betyde, at informationsudvekslingen enten forvrænges, tilbageholdes eller helt undlades.¹⁸⁰ Sidstnævnte får dog alene betydning for kontraktudformningsprocessen i det omfang, der findes eksogen usikkerhed, eftersom kontrakten ellers ville være fuldstændig. Sagt anderledes, hvis der ikke er risiko for, at tilstanden udvikles, vil muligheden for den strategiske adfærd ikke byde sig. Havde kontrakten været fuldstændigt dækkende, ville det således være direkte ugyldigt, hvis tredjemand (fx domstol) ændrede i kontrakten, da den fuldstændige kontrakt ville udrydde enhver mulighed for opportunistisk adfærd.¹⁸¹

3.2.2.2.1 Eksogen usikkerhed

Graden af den eksogene usikkerhed vil øges med tidshorisonten. Jo længere varighed, desto højere grad af eksogen usikkerhed. I forhold til kontrakten mellem bygherre og entreprenør eksisterer en eksogen usikkerhed som følge

¹⁷⁸ Williamson, Oliver E. 1975. Markets and Hierarchies. *New York: The Free Press*, side 27 samt Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 25

¹⁷⁹ Bemærk dog, at der ifølge teorien ikke sondres mellem usikkerhed og kompleksitet. I teorien sidestilles kompleksitet i sin natur med usikkerhed, uanset en ellers deterministisk karakter som følge af den grundlæggende antagelse om begrænset rationalitet. De forskellige faktorer indvirkning på hinanden og den lange løbetid gør det tilsammen til en umulig opgave at fremkomme med andet end blot gætterier. Se mere om dette i Williamson, Oliver E. 1975, side 27

¹⁸⁰ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 25

¹⁸¹ Det kan i denne sammenhæng gøres opmærksom på den tætte sammenhæng mellem de grundlæggende antagelser og usikkerhedsmomentet.

af kontraktens lange løbetid og aktivets komplekse karakter. Eftersom der ikke sondres mellem tidsfaktoren og kompleksitet, er denne kilde til usikkerhed stærkt til stede. Dette medfører transaktionsomkostninger såvel ex ante som ex post. Ex ante vil parterne skulle udforme mere komplekse kontrakter, mens der ex post må forventes, at omkostningerne til at overvåge og håndhæve kontrakten ligeledes vil øges.

3.2.2.2 Fejlkommunikation, der ikke skyldes strategisk adfærd

Den anden kilde til usikkerhed, der skyldes fejlkommunikation, og som ikke skyldes strategisk adfærd, er svær at undgå. Ofte vil kommunikation kræve tid, og tid er penge. Desuden vil parternes forskellige brancher medføre, at risikoen for fejlkommunikation kan forekomme. Bygherre, der i medfør af den lave frekvens særligt kan tænkes ikke at have gjort sig mange tidligere erfaringer med entrepriser, kan ved en fejl komme til at undlade eller fejlinformere entreprenør om forhold, der kunne vise sig at have betydning. Omvendt kan det tænkes, at entreprenør ikke tidligere har beskæftiget sig med netop hospitalsopførelser og derfor ubevist undlader at informere om forhold, der kunne have betydning for bygherres beslutninger.

3.2.2.3 Fejlkommunikation, der skyldes strategisk adfærd

I forhandlingen af kontrakten vil den opportunistiske kontrahent alene vælge at udveksle de informationer, der kommer ham selv til gode. Undladelse af informationer vil derfor med al sandsynlighed forekomme, hvis dette kan optimere partens afkast af kontraktforholdet.

Den lave frekvens medfører i denne sammenhæng, at parterne kan have en interesse i at tilbageholde relevante informationer i håb om, at der efterfølgende kan dannes mulighed for ex post-opportunisme. I forhold til kontraktudformning og forhandling kan det derfor tænkes, at parterne kan have en interesse i at tilbageholde information, der ellers ville kunne medføre en mindskning af transaktionsomkostningerne ex post, da kontrolomkostningerne ved tvistløsning da eventuelt kunne være sparet.

Omvendt kan der argumenteres for, at parterne ved, at det er forbundet med høje ex ante-omkostninger at skifte partner, hvilket kan give et incitament til at genforhandle.

Der er således tale om en høj grad af usikkerhed forbundet med transaktionen. Udgangspunktet for den videre analyse er derfor en høj grad af usikkerhed. Den høje grad af usikkerhed medfører som anført øgede transaktionsomkostninger.

3.2.2.3 Aktivspecifitet

Ifølge Williamson er aktivspecifikation den vigtigste dimension af dem alle.¹⁸² Aktivspecifiteten refererer til det værditab, aktivet vil lide ved alternative anvendelsesmuligheder eller hos alternative brugere.¹⁸³ Der sondres overordnet mellem typen og graden af aktivspecifitet. I forhold til *graden* af aktivspecifitet opridses de to yderpunkter som på den ene side værende *ikke-specifikke*, hvor aktivet ingen værdi mister i alternativ anvendelse eller hos alternative brugere, og på den anden side *idiosynkratiske*¹⁸⁴ aktiver, der er uden værdi i alternativ anvendelse eller hos alternative brugere.

3.2.2.3.1 Graden af aktivspecifitet

Graden af aktivspecifitet defineres ud fra, i hvilket omfang aktivet mister værdi i alternativ anvendelse eller hos alternative brugere.¹⁸⁵ Dette er dog ikke ensbetydende med, at det nødvendigvis ikke lader sig gøre, at aktivet anvendes alternativt eller af alternative brugere, men det indebærer, at en sådan overdragelse/omdannelse vil være forbundet med høje omkostninger. Angående *typen* af aktivspecifitet sondres mellem i alt 6 typer:¹⁸⁶ stedspecificitet, fysisk specificitet, menneskelig specificitet, dedikerede aktiver, mærkenavn specificitet¹⁸⁷ og temporal aktivspecifitet.¹⁸⁸ Disse vil i det følgende blive behandlet separat.

¹⁸² Riordan, Michael H. & Williamson, Oliver E. 1985. Asset specificity and Economic Organization. *Elsevier Science Publishers B.V.(North-Holland)*. International Journal of Organization 3, 365-378, side 367 samt Williamson, Oliver E. 1991. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrativ Science Quarterly*, Vol 36. No. 2 (jun., 1991), pp. 269-296, side 281

¹⁸³ Williamson, Oliver E. 1991, side 281

¹⁸⁴ Også kaldet fuldstændigt specifikke.

¹⁸⁵ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 27 ff.

¹⁸⁶ Williamson afviser dog ikke at der kan være flere former for aktivspecifitet end dem, han selv omtaler, jf. Williamson, Oliver E. 1989. Transaction-Cost Economics. *Elsevier Science Publishers B.V. – Handbook of Industrial Organization Vol. 1. Edited by R. Schmalensee and R.D. Wrillig*, side 143.

¹⁸⁷ Mærkenavn specificitet er ikke aktuelt for denne fremstilling. Mærkenavn specificitet omhandler, hvorvidt der foretages investering i ressourcer, der knyttes til et enkelt segment eller en særlig produktgruppe, der kun har en begrænset værdi i alternativ anvendelse. For eksempel på mærkevare specificitet kan henvises til Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 32 f. For mere om mærkenavn specificitet, se desuden Williamson, Oliver E. 1989, side 14.

¹⁸⁸ Den temporale aktivspecifitet er ikke Williamsons påfund, men er lånt af Masten, Scoot E. & Meehan, James W. & Snyder, Edward A. 1991. The Costs of Organization. *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 7. No. 1 (spring, 1991), pp. 1-25, side 9. Den anerkendes dog af Williamson som en sjette faktor i Williamson, Oliver E. 1991, side 281.

3.2.2.3.2 Stedspecificitet

Stedspecificiteten omhandler mobilitetsbegrænsninger i de aktiver, entreprenør investerer i.¹⁸⁹ Et eksempel kan være, hvor en underleverandør opfører en produktionshal geografisk strategisk for at kunne begrænse transport- og lageromkostninger.¹⁹⁰ Det er altså ikke selve hospitalsbygningens mobilitetsbegrænsning, der refereres til. I byggeentrepriser er det sjældent denne form for specificitet, der antager særlig betydning. Arbejdskure og maskiner er med årene udviklet, så de problemfrit kan flyttes fra byggeplads til byggeplads. Stedspecificiteten vil derfor ikke være udslagsgivende for parternes reguleringsstruktur.

3.2.2.3.3 Fysisk specificitet

Den fysiske specificitet omhandler specialiseret udstyr, der er nødvendigt for at imødekomme den enkelte kundes behov.¹⁹¹ I byggebranchen vil det som regel ikke antage en betydelig karakter set i forhold til fabrikationsaftaler. I byggebranchen udvikles normalt maskiner og værktøj, der kan tjene flere formål, mens det i højere grad ved fabrikationsaftaler kan være, at sælger må konstruere en ny produktionsenhed, der er tilpasset den enkelte kundes behov.¹⁹² Det kan således ikke antages, at fysisk stedspecificitet spiller en særlig rolle i forhold til entreprenørens overvejelser omkring kontraktens udformning.

3.2.2.3.4 Menneskelig specificitet

Den menneskelige specificitet omhandler, hvorvidt der skal foretages investering i eksempel specialiseret uddannelse eller instruering for at kunne opfylde den enkelte kundes behov, og altså ikke umiddelbart kan være til samme fordel ved alternativ anvendelse eller hos alternative brugere.¹⁹³ Eksempler kan findes i fabrikation af militære fartøjer, der har en høj grad af kompleksitet, hvor evnerne, der tilegnes i forhold til en sådan opgave, ikke vil være mulige at overføre på særlig mange andre opgaver.¹⁹⁴ I byggebranchen vil der næppe være meget, der taler for, at en sådan specialisering finder sted. Det kan ikke aldeles afvises, at denne form for specificitet kan forekomme, men det vil med al sandsynlighed ikke være af afgørende betydning henset til opførelsen af et hospital. De fleste

¹⁸⁹ Williamson, Oliver E. 1989. Transaction-Cost Economics. *Elsevier Science Publishers B.V. – Handbook of Industrial Organization Vol. 1. Edited by R. Schmalensee and R.D. Wrillig.*, side 143

¹⁹⁰ Williamson, Oliver E., side 95

¹⁹¹ Williamson, Oliver E. 1989, side 143

¹⁹² Masten, Scoot E. & Meehan, James W. & Snyder, Edward A. 1991, side 8

¹⁹³ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 32

¹⁹⁴ Masten, Scoot E. & Meehan, James W. & Snyder, Edward A. 1991, side 10

kompetencer, der måtte kræves i denne sammenhæng, vil som udgangspunkt kunne forestilles at antage samme værdi i alternative transaktioner.

3.2.2.3.5 Temporal specificitet

Den temporale specificitet refererer til, at timingen af arbejdsopgaverne kan være væsentlig. Der vil være temporal specificitet til stede, hvor de forskellige opgaver skal følge en særlig rækkefølge, og hvor en forsinkelse i en større primær opgave kan føre til, at opførelsen forsinkes i forhold til den oprindelige tidsplan.¹⁹⁵ Denne faktor er yderst aktuell i entrepriser, i særdeleshed i de større. Det vil eksempelvis være nødvendigt, at piloteringspælene monteres, førend fundamentet kan støbes; skellet skal konstrueres, før vand- og strøminstallationer kan udføres; væggene skal være fuldendt, førend maleren kan komme til. Det bevirker, at der er en sensitivitet over for, hvis enkelte hovedopgaver forsinkes, hvilket i sidste ende kan betyde, at tidsfrister overskrides. Hertil kan bemærkes en sammenhæng mellem opgavens kompleksitet og følsomheden over for sådanne forsinkelser. Der kan således argumenteres for, at der er en høj grad af temporal specificitet i opførelsen af et hospital.

3.2.2.3.6 Dedikerede aktiver

Dedikerede aktiver er aktiver, der dækker en diskret udvidelse af den eksisterende aktivmasse for at opfylde en særlig kundes ønske, uden at denne investering kan henføres til en af de øvrige specificitetstyper. Det er investeringer i aktiver, der tjener et mere generelt formål, men investeringen foretages alene for at kunne udfylde den enkelte kundes behov.¹⁹⁶ Inden for byggebranchen er der i høj grad mulighed for at leje maskiner og værktøj på eksempelvis dagsbasis. Der er naturligvis omkostninger forbundet med sådanne aktiviteter, men det vil i mange tilfælde ikke være den afgørende faktor for entreprenør, hvorvidt han skal foretage sådanne dispositioner. I nogle tilfælde vil der dog kunne argumenteres for, at dette alligevel kan antage en betydning. Skal entreprenør for at kunne nå den aftalte tidsplan benytte 5 gravemaskiner, men kun ejer 2, kan sådanne investeringer komme på tale. Sådanne dedikerede aktiver, der tjener et mere generelt formål, vil dog ikke miste værdi hos alternative brugere, men måske alene være uden nytte for entreprenøren i alternativ anvendelse.

¹⁹⁵ Masten, Scoot E. & Meehan, James W. & Snyder, Edward A. 1991, side 9

¹⁹⁶ Williamson, Oliver E. 1991, side 281 samt Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 32

3.2.2.3.7 Opsummering: blandet til høj aktivspecifitet

Trods det, at flere af ovenfor omtalte typer af aktivspecifitet ikke hver især, med undtagelse af den temporale aktivspecifitet, antager en dominerende rolle, vil det samlede billede, der tegner sig, dog alligevel være, at der er tale om en transaktion med en blandet til høj aktivspecifitet, fordi entreprenørens dispositioner alt i alt vil have en stærk sammenhæng med den enkelte transaktion. I denne fremstilling antages derfor, at transaktionen antager en blandet til høj aktivspecifitet. Graden af aktivspecifitet vil have en indflydelse på niveauet af transaktioner, dels i form af øgede omkostninger til detaljering og risikoallokering, men også ex post, fordi parterne vil skulle foretage mere indgående kontrolforanstaltninger for at kunne overvåge, hvorvidt aftalen bliver efterlevet.

Med transaktionens dimensioner fastlagt er det muligt at klarlægge, hvilken regulering, der vil være bedst egnet til at minimere omkostningerne ved transaktionen.

3.2.3 Reguleringsstruktur og kontraktlov

Den er en indbyrdes sammenhæng mellem transaktionens dimensioner, og det efficiente valg af reguleringsstruktur og kontraktudformning er ifølge Williamson som illustreret i Figur 3 nedenfor.¹⁹⁷ Når der i denne sammenhæng udtrykkes ”efficient”, menes der, at det vil være den mulighed, der ifølge teorien har de bedste egenskaber for at minimere transaktionsomkostningerne.

Det må indledningsvis bemærkes, at modellen indeholder en forudsætning om en konstant grad af usikkerhed. Under denne antagelse kan figuren opdeles i to transaktionsdimensioner, nemlig frekvens og aktivspecifitet. Sidstnævnte er opdelt efter graden af aktivspecifitet, mens frekvensen er opdelt i henholdsvis sjælden og hyppig. Følgende forudsætninger gælder:¹⁹⁸

- begge parter har intentioner om fortsat at drive forretning
- der eksisterer mange potentielle sælgere til opfyldelse af ethvert ønske (mange potentielle entreprenører)
- frekvensen omhandler alene køberaktiviteten på det pågældende marked (bygherreaktivitet)
- investeringsdimensionen omhandler sælgerens investeringer (entreprenørs investeringer).¹⁹⁹

¹⁹⁷ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 43

¹⁹⁸ Williamson, Oliver E. 1985, side 72

¹⁹⁹ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 44 f.

		Investeringskarakteristika (entreprenørs investering)		
		Ikke-specifik	Blandet	Idiosynkratisk
Frekvens (bygherreaktivitet)	Sjældne	Markedsregulering (Klassisk kontrakt)	Trilateral regulering (Neoklassisk kontrakt)	
	Hyppe	Markedsregulering (Klassisk kontrakt)	Bilateral regulering (Neoklassisk kontrakt)	Forenet regulering (Overbærenhed)

Figur 3 – Efficiet reguleringsstruktur under en forudsætning om konstant grad af usikkerhed.²⁰⁰

Ifølge modellen vil den aktuelle transaktion mellem bygherre og entreprenør skulle reguleres af en trilateral regulering, støttet af den neoklassiske kontrakt, jf. ovenfor anførte kvalificering af aktivspecifitet og frekvens. Den trilaterale regulering vil derfor blive behandlet straks nedenfor, efterfulgt af den neoklassiske kontraktlov.

3.2.3.1 Trilateral regulering

Den trilaterale regulering indebærer, at der udformes en formel kontrakt med en indbygget fleksibilitet, som det er tilfældet med den neoklassiske kontrakt, hvor der i tilfælde af konflikt skal søges en løsning ved eksempelvis tredjepart.²⁰¹ Den er efter ovenstående figur efficiet, hvor der er tale om en sjælden frekvens, det vil sige en lav bygherreaktivitet på markedet, og hvor der for entreprenøren er en blandet til høj grad af aktivspecifikke investeringer forbundet med transaktionen. Fordi der er tale om aktivspecifitet, vil hyppige skift i samhandelspartner

²⁰⁰ Egen udarbejdet figur. Kilde: Williamson, Oliver E. 1985, side 79 med modificering efter Williamson, Oliver E. 1991

²⁰¹ Williamson, Oliver. E. 1985, side 74 f.

være forbundet med høje omkostninger for entreprenøren, hvorfor der fra entreprenørens side vil være et incitament til, at kontrakten fuldføres. Også for bygherre vil hyppige skift af entreprenør medføre omkostninger, og bygherre har derfor ligeledes et incitament til, at kontrakten fuldføres.

3.2.3.2 Neoklassisk kontraktlov

Den lange løbetid og opgavens kompleksitet medfører som nævnt, at der er en høj grad af usikkerhed. Fordi denne usikkerhed eksisterer, vil det ikke være muligt for bygherre blot at planlægge sig frem til en løsning. Det er vel i grunden selvsagt – man kan ikke planlægge ud fra parametre, man ikke har fuldt overblik over. Havde parterne mulighed for at forudse alle mulige udviklinger/ændringer i kontraktens løbetid, ville de kunne foretage en ex ante-afgørelse omkring, hvad der skulle gælde i alle tilfælde, og det ville i så fald ikke kunne give mulighed for tvist ex post. Hvis man derimod anerkender, at parterne ikke kan opnå et fuldt overblik over fremtidens mulige begivenheder, men i stedet antager, at parterne ikke besidder opportunistisk adfærd, vil en løsning kunne søges gennem et løfte. Årsagen til dette er, at de eventuelle huller, kontrakten måtte kunne vise sig at have ex post, da ikke vil blive udnyttet af parterne, eftersom de jo i så fald ikke vil besidde denne egenskab af opportunisme. De vil derfor overholde kontraktens ”ånd” og løse problemet i overensstemmelse med denne. Med kontraktens ånd menes i denne sammenhæng, at parterne løser problemet ud fra de forhold, der er omkring risikoallokering mv., som er afspejlet i den indgåede kontrakt.²⁰²

Hvis man imidlertid kommer til den erkendelse, at der både foreligger opportunistisk adfærd og begrænset rationalitet, og at aktivspecifitet er til stede, vil hverken et løfte eller planlægning kunne løse problemet med ex post-ændringer i omstændighederne. I så fald vil en løsning skulle søges ved at organisere transaktionen ved at økonomisere på den begrænsede rationalitet, mens der samtidig foretages det, Williamson betegner som ”safeguards”²⁰³ mod risikoen for opportunistisk adfærd.²⁰⁴

Den neoklassiske kontrakt har en indbygget fleksibilitet, fordi den anerkender, at verden er omskiftelig og i nogen grad uforudsigelig, og at det derfor ikke er muligt at udarbejde komplette aftaler. Den er fleksibel i den forstand, at den muliggør justeringer i de længerevarende relationer. Fordi parterne netop ikke har udformet en komplet kontrakt, vil der kunne opstå situationer, parterne ikke har taget højde for ved kontraktindgåelsen. Somme tider

²⁰² Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 37 f.

²⁰³ Safeguards vil blive behandlet under afsnit 3.2.5

²⁰⁴ Williamson, Oliver E. 1985, side 32 samt Williamson, Oliver E. 1989, side 140

vil parterne ikke selv være i stand til at løse sådanne spørgsmål. Disse konflikter skal i så fald løses gennem en tredjepart som eksempelvis domstole eller gennem et voldgiftsinstitut.²⁰⁵

Den neoklassiske kontrakt 1) angiver, at uventede forstyrrelser kræver tilpasning, 2) anfører en tolerancezone for de mindre forstyrrelser, der må tolereres, 3) kræver informations- og dokumentationsdeling, hvis en tilpasning er nødvendig, og 4) angiver, at en løsning skal søges hos tredjepart i tilfælde, hvor parterne ikke kan nå til enighed omkring spørgsmålet.²⁰⁶

Hvad ”forstyrrelser” refererer til, vil i det følgende blive behandlet.

3.2.4 Forstyrrelser

Forstyrrelser kan karakteriseres som ex post-ændringer i omstændighederne, der har indflydelse på, hvilken regulering der vil være efficient ex ante. Forstyrrelserne er et resultat af de grundlæggende antagelser om begrænset rationalitet og usikkerhed, herunder kompleksitet. Når en ukomplet kontrakt rammes af ex post uforudsete ændringer i omstændighederne, medfører det, at der skal foretages en tilpasning, for at kontraktbalancen igen genoprettes.²⁰⁷ Williamson skelner mellem tre grader af forstyrrelser: mindre forstyrrelser (”inconsquential”), mellemsvære forstyrrelser (”consequential”) og svære forstyrrelser (highly consequential).²⁰⁸

Disse forstyrrelser kræver forskellig tilpasning, alt efter hvilken grad af forstyrrelser der er tale om. Der sondres mellem tilpasning af type A og tilpasning af type C.

Ved tilpasninger af type A er der tale om autonome tilpasninger, der kan foretages ensidigt og kan omfatte en pris- eller mængdetilpasning. En sådan tilpasning vil ikke være i fællesskabets interesse, da en sådan ændring foretages med henblik på at maksimere partens egen nyttekalkulation. Ved type C-tilpasninger refereres til samarbejdsbaseret regulering, der indebærer forudgående forhandlinger og informationsdeling. Denne type tilpasninger kan altså ikke foretages ensidigt, men kræver begge parter engagement.

²⁰⁵ Williamson, Oliver E. 1985, side 70 f.

²⁰⁶ Williamson, Oliver E. 1991, side 272. Eksemplet, der oplistes af Williamson i denne kilde, er en form for hardshipklausul, som forpligter parterne til at foretage justeringer i kontrakten, hvis kontraktbalancen skrider: *”In the event an inequitable condition occurs which adversely affects one Party, it shall then be the joint and equal responsibility of both Parties to act promptly and in good faith to determine the action required to cure or adjust for the inequity and effectively to implement such action”*.

²⁰⁷ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 65

²⁰⁸ Williamson, Oliver E. 1991, side 272

3.2.4.1 *Mindre forstyrrelser*

Hvor der er tale om mindre forstyrrelser, vil det ikke kunne betale sig at tilpasse situationen gennem regulering, eftersom omkostningerne herved vil overstige den potentielle gevinst, der kan opnås ved at foretage en sådan tilpasning. De mindre forstyrrelser vil derfor ikke have indflydelse på, hvilken reguleringsstruktur der bør vælges.²⁰⁹

Netop fordi omkostningerne ved at regulere forstyrrelserne er større end de omkostninger, forstyrrelsen medfører, er der i den neoklassiske kontrakt indført en nedre tolerancegrænse.

3.2.4.2 *Mellemsvære forstyrrelser*

Ved de mellemsvære forstyrrelser kræves en tilpasning af kontrakten, som svarer til den tilpasningsevne, der er indbygget i den neoklassiske kontrakt. I den neoklassiske kontrakt er der formuleret rimeligt kvalificerbare kriterier som eksempelvis intervalgrænser for afregningspriser, hvilket ifølge Williamson, sikrer den fornødne elasticitet der er nødvendig for at absorbere de mellemsvære forstyrrelser. Kan kontrakten til trods for den indbyggede fleksibilitet ikke løse situationen, vil tvisten skulle løses hos tredjepart. Derfor er den trilaterale regulering egnet til at styre forstyrrelser af mellemsvær grad.²¹⁰

3.2.4.3 *Voldsomme forstyrrelser*

Ved de voldsomme forstyrrelser vil den tilpasningsmekanisme, der findes i den neoklassiske kontrakt, komme til kort. Afvigelserne fra kontrakten er her så store, at der er et højt potentiale for at udleve opportunistisk adfærd, fordi kontrakten simpelthen ikke har reguleret dette spørgsmål. Hvis relationen mellem parterne er af betydning, vil en tilpasning af de voldsomme situationer opnås bedst gennem en forenet regulering, altså inden for virksomheden.²¹¹ Dette er selvsagt ikke en mulighed i forhold til transaktionen mellem bygherre og entreprenør. De vil derfor opleve høje transaktionsomkostninger ved at skulle håndtere de voldsomme forstyrrelser, fordi det vil kræve indblanding af tredjepart.

²⁰⁹ Williamson, Oliver E. 1991, side 272

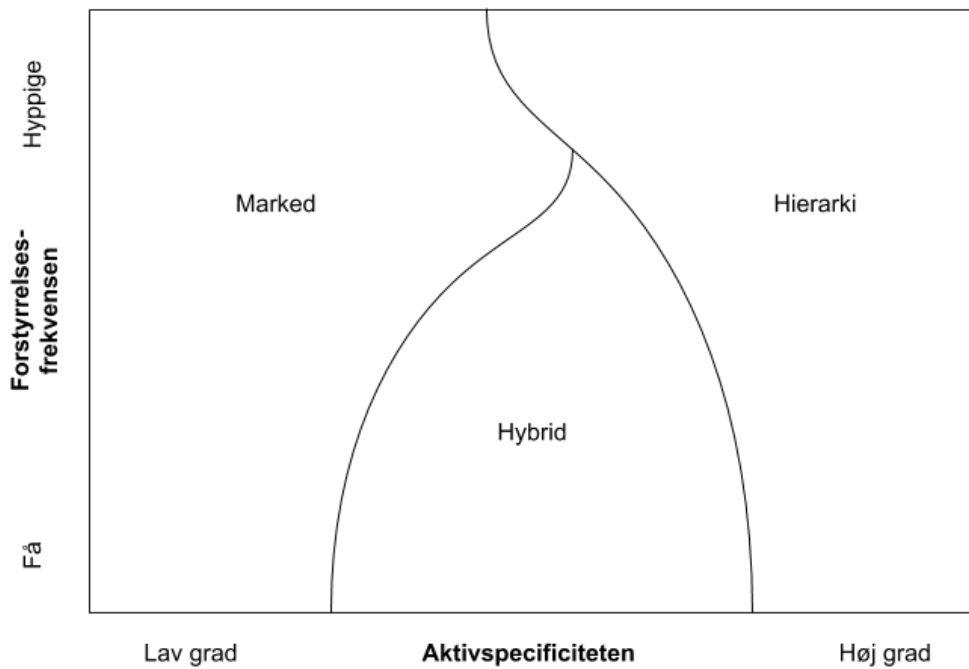
²¹⁰ Williamson, Oliver E. 1991, side 272 f.

²¹¹ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 66

Ikke alene graden af forstyrrelser vil have betydning for parternes indretning af aftaleforholdet. Hyppigheden af disse forstyrrelser har en tilsvarende stor betydning.

3.2.4.4 Forstyrrelsesfrekvens

Med forstyrrelsesfrekvens refereres til, hvor hyppigt en reguleringsstruktur rammes af forstyrrelser, og en høj frekvens betyder dermed, at der hyppigere vil kunne komme situationer, hvor det er nødvendigt at foretage tilpasninger. I forhold til sammenhængen mellem reguleringsstrukturer og forstyrrelsesfrekvensen kan sammenhængen ses i nedenstående figur:²¹²



Figur 4 – Forholdet mellem reguleringsstruktur og forstyrrelsesfrekvensen.

Som det fremgår af Figur 4 ovenfor,²¹³ vil tilpasninger af lav til moderat forstyrrelsesfrekvens kunne håndteres under alle tre reguleringsstrukturer. Stiger forstyrrelsesfrekvensen imidlertid til en høj frekvens, vil det medføre, at den hybride reguleringsstruktur ikke længere kan følge med. I denne forbindelse bør det kort bemærkes, at den

²¹² Williamson, Oliver E. 1991, side 291 f.

²¹³ Egen udarbejdet figur. Kilde: Williamson, Oliver E. 1991, side 292

trilaterale regulering her hører under hybridformen. Hybriden er her tillagt gennemsnitlige egenskaber fra den trilaterale som bilaterale reguleringsstruktur. Det skal ses i sammenhæng med, at justeringerne i den hybride struktur ikke kan foretages ensidigt, som det er tilpasset ved de to andre reguleringsstrukturer – enten gennem ordre under hierarkiet eller gennem pristilpasninger, som det er tilfældet på markedet. Tilpasningerne ved den hybride reguleringsstruktur skal opnås gennem forhandlinger mellem parterne og kan derfor alene foretages med begge parters engagement. Denne proces kan være tidskrævende, og mens parterne er ved at løse en opstået situation, kan en ny melde sig, førend den første er afsluttet, hvilket kan betyde, at parterne således ikke kan nå at foretage justeringerne i det tempo, der kræves.²¹⁴

Ved den hybride form er det delvist muligt med en autonom tilpasning, jf. figuren ovenfor, men ikke i samme grad, som det ses på markedet. En sådan autonom tilpasning vil da ofte heller ej være i fællesskabets interesse og vil sjældent kunne føre til en genoprettelse af kontraktbalancen på efficient vis. Ved de bilaterale relationer vil det derfor ofte være mere hensigtsmæssigt at foretage den koordinerede tilpasning, der bygger på forhandlinger og informationsudveksling. Denne type tilpasning kan dog være forbundet med høje omkostninger, da forhandlingerne ofte vil strække sig over længere tid, fordi begge parter vil forsøge at fremme egeninteresser, der som oftest vil være modsatrettede. Desuden vil der i perioden, hvor der forhandles, ikke være optimale forhold, hvorfor dette også vil medføre øgede omkostninger.²¹⁵ Hybride reguleringer, herunder den trilaterale regulering, vil derfor opleve problemer, hvis forstyrrelsesfrekvensen bliver for høj.

For at sikre sig mod medkontrahentens udøvelse af ex post-opportunisme vil det derfor være relevant at undersøge, hvorvidt anvendelsen af en hardshipklausul kan fungere som en safeguard mod denne.

3.2.5 Safeguards

Ifølge Williamson vil parterne, der indgår i ukomplette kontraktforhold, hvor der er aktivspecifitet til stede, skulle etablere ”safeguards” for at gardere sig mod risikoen for modpartens opportunisme.

Safeguards kan forekomme i en eller flere af følgende tre former:²¹⁶

1. indretning af incitament, der normalt involverer en eller anden art af løsrivelsesbetaling eller bøde for en førtidig termination af kontrakten

²¹⁴ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 67 f.

²¹⁵ Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994, side 68 ff.

²¹⁶ Williamson, Oliver E. 1989, side 146 f.

2. erstatte domstolsbehandling med en løsning hos en privat tredjepart som fx voldgift
3. transaktionen kan indrettes i et mere kompliceret handelsnet. Formålet er her at opnå en bedre sikring af kontinuitetsformål og at lette tilpasninger. En udvidelse af handelsrelationen fra en unilateral til en bilateral udveksling – gennem samordnet brug, fx af gensidighed – for derved at skabe ligevægt mellem handelsrisici kan være et eksempel. Et andet eksempel kan være at anvende kollektive beslutninger under en eller anden form for kombineret ejerskab.²¹⁷

En indførelse af safeguards i kontraktgrundlaget medfører en stigning i transaktionsomkostningerne ex ante. Indførelsen af sådanne safeguards kan alene retfærdiggøres, hvis de fører til en reduktion i transaktionsomkostningerne ex post.

En hardshipklausul indeholder egenskaber af den tredje form. Formålet med at anvende en sådan klausul er at sikre sig mod ex post-opportunisme ved at fordele risikoen for voldsomme forstyrrelser mellem parterne. Dette mindsker modpartens incitament til at foretage dispositioner, der påfører modparten risici, fordi parten må erkende, at en sådan udøvelse ligeledes vil ramme egen økonomi.

Williamson udtaler, at den neoklassiske kontrakt vil opleve problemer med at håndtere de voldsomme forstyrrelser, fordi det der er tale om to selvstændige virksomheder, der som udgangspunkt vil have modsatrettede interesser, når der opstår voldsomme forstyrrelser, og der er mulighed for at agere opportunistisk.²¹⁸ Men ved at benytte en hardshipklausul vil parterne ex ante have forpligtet sig til, at risikoen for eventuelle voldsomme forstyrrelser fordeles mellem parterne, og herved vil dette incitament mindskes. Hvis parterne ikke selv når til enighed omkring de voldsomme forstyrrelser, vil konsekvensen være, at tredjepart i stedet fordeler denne risiko. Fordi parterne samtidig indser, hvilke transaktionsomkostninger der er forbundet med tredjeparts indblanding, og samtidigt må indse, at risikoen fordeles uanset hvad, vil det skabe et incitament til, at parterne i fællesskab når en løsning på det opståede problem.

Det må alt andet lige kunne antages, at hardshipklausulen ikke vil kunne løse situationen fuldstændigt, fordi der reduceres i muligheden for ex post-opportunisme, men fordi det stadig kræver begge parters samtykke, vil det ikke være muligt at eliminere denne totalt. Den har dog evnen til at minimere grænserne for denne udøvelse og evnen til at indrette parternes incitament, så der vil være en højere grad af fælles ønske om at løse problemerne gennem fælles forhandling i stedet for ved indblanding af tredjepart. Dette vil gøre aftalen i stand til at håndtere en højere

²¹⁷ Williamson, Oliver E. 1989, side 146 f.

²¹⁸ Williamson, Oliver E. 1991, side 273

forstyrrelsesfrekvens, da tidshorizonten ved en løsning hos tredjepart vil være længere, end hvor parterne selv formår at justere kontraktbalancen.

3.2.6 Transaktionsomkostningskonklusion

Transaktionen mellem bygherre og entreprenør er præget af en høj grad af usikkerhed, lav frekvens og en blandet til høj grad af aktivspecificitet.

Set ud fra et transaktionsomkostningsperspektiv vil rationalet med at anvende en hardshipklausul være, at den kan anvendes, hvor ex ante-investeringen vil modsvares af en lavere grad af ex post-transaktionsomkostninger.

I transaktionen mellem bygherre og entreprenør gør ovenstående sig gældende, og det vil derfor set fra et transaktionsomkostningsperspektiv være rationelt at anvende en sådan klausul.

3.3 Spilteoretisk perspektiv

I dette afsnit vil det analyseres, hvilken betydning tilstedeværelsen af en hardshipklausul har for parternes valg omkring at indgå i genforhandlinger eller ej. Hvorvidt der altså, set fra et spilteoretisk perspektiv, er et rationale for at anvende en hardshipklausul.

For at belyse denne problemstilling vil der indledningsvis foretages spil, hvor parterne ikke har vedtaget en hardshipklausul. Derefter vil de samme spil gentages, men modificeret, så der nu er en tredje mulighed: at påberåbe sig hardship og få kontraktbalancen genoprettet hos tredjepart.

3.3.1 Ingen hardshipklausul

Hvis parterne ikke har vedtaget en hardshipklausul vil udgangspunktet være, at de kun har mulighed for at få kontraktbalancen genoprettet gennem samarbejde.

Under denne antagelse kan aftalen mellem bygherre og entreprenør opstilles i et spil, hvor deres mulige strategier er henholdsvis at samarbejde ”s” eller ikke at samarbejde ”i”. Igennem alle kommende spil vil det gøre sig gældende, at parterne foretager valg af strategi simultant og har fuld information.²¹⁹

3.3.1.1 Spil med én runde

Parternes payoff er som angivet nedenfor i Tabel 1.

Entreprenør/bygherre	Ikke samarbejde (i)	Samarbejde (s)
Ikke samarbejde (i)	0,0	7,-2
Samarbejde (s)	-2,7	5,5

Tabel 1 – Uden hardshipklausul²²⁰

Af denne matrix kan udledes, at begge parter har en dominerende strategi i ”i”, eftersom parterne, uanset hvad modparten vælger, vil opnå det højeste payoff ved at vælge denne strategi ”i”. Dette medfører, at der er en Nash-ligevægt i (i,i), hvorfor parternes payoff er (0,0).

Dette spil er et klassisk spil ”Prisoners Dilemma”²²¹, fordi begge parter kunne være stillet bedre ved at samarbejde, men aldrig vil nå dertil, fordi de vil være bedre stillet ved ikke at samarbejde, uanset hvad modparten vælger.²²²

Hvis spillet mellem bygherre og entreprenør alene foretages i én runde, vil det altså resultere i, at parterne ikke vælger at samarbejde og dermed genoprette kontraktbalancen, men i stedet vil lade kontraktforholdet ophøre.

I længerevarende kontraktforhold er det imidlertid ikke usædvanligt, at dette spil kan udspilles mere end én runde.²²³ I det følgende introduceres derfor en anden runde til spillet.

²¹⁹ At parterne har fuld information, indebærer, at begge parter kender til spillets struktur, og alle payoffs er kendt af begge parter. Det eneste, parterne ikke ved, er, hvilket valg deres medspiller træffer.

²²⁰ Eget udarbejdet matrix. Værdier er hentet fra Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. Cambridge: The Mit Press, Massachusetts Institute of Technology, side 210. I bilag 8.1 findes en forklaring af de forskellige payoff.

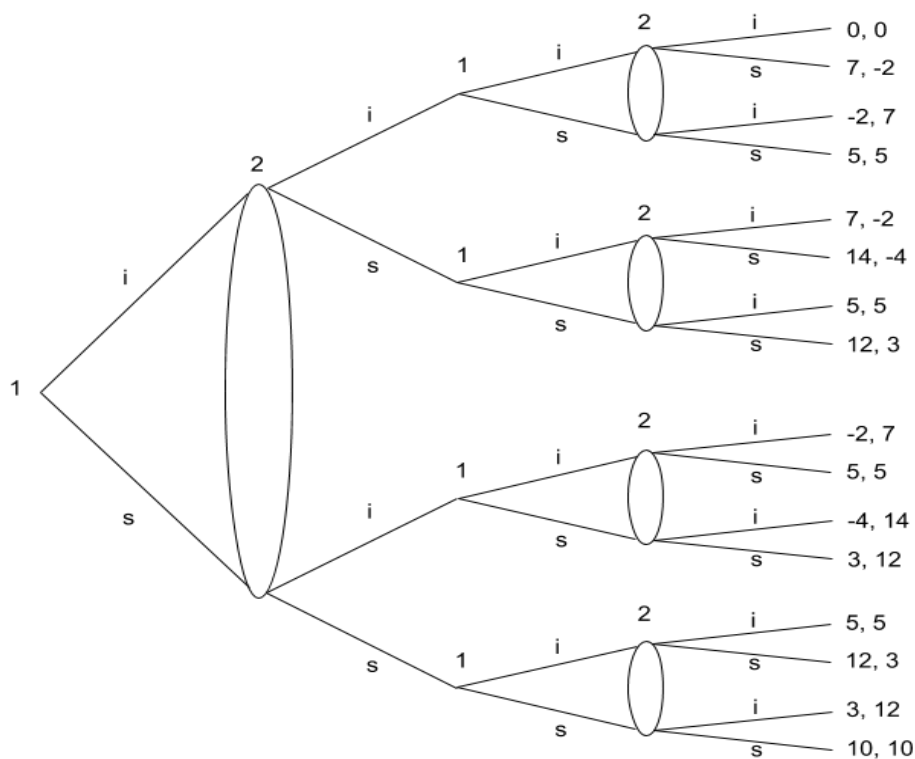
²²¹ For mere om Prisoners Dilemma henvises til, Dutta, Prajit K. 1999 side 11 ff.

²²² Dutta, Prajit K. 1999, side 11

²²³ Som det blev argumenteret for ovenfor i transaktionsomkostningsanalysen, vil aftalen mellem bygherre og entreprenør være forbundet med en høj grad af usikkerhed og derfor en større risiko for, at der forekommer forstyrrelser i en sådan grad, at det kræver samarbejde at komme igennem.

3.3.1.2 Enkelt gentaget spil

Parternes payoff er som i Tabel 1 ovenfor. Det eneste, der nu er ændret, er, at parterne har mulighed for at gentage spillet.



Figur 5 – Enkelt gentaget spil uden hardshipklausul²²⁴

Spillet er i ovenstående Figur 5 illustreret i udvidet form og kan løses gennem backwards induction. Uanset, hvad parterne vælger i første runde, vil deres payoff i runde 2 altid være (0,0) eller (i,i). Derfor er de eneste to strategier at undersøge i første runde valget mellem "i" og "s", der altid vil blive fulgt af "i", uanset hvad. Derfor er det alene payoff i første runde, der skal sammenlignes.

I valget mellem de to strategier må bygherre og entreprenør betragte dette valg, som hvis det blev spillet blot en enkelt gang, og som ovenfor anført vil parterne derfor ende med at spille (i,i), som er spillets Nash-ligevægt.

²²⁴ Kilde: Dutta, Prajit K. 1999, side 210

3.3.1.3 Finitte gentaget spil

Aftalen mellem bygherre og entreprenør kan potentielt opleve forstyrrelser, der kræver samarbejde adskillige gange gennem deres kontraktforhold. Samarbejdet vil dog have en slutdato, som begge parter er bekendt med.²²⁵ Hvorvidt det vil ændre på parternes valg af strategi, at der er udsigt til mere en to runder, vil i det følgende blive undersøgt.

Selvom spillet gentages tre eller flere gange, vil begge parter altid vælge ikke at samarbejde (i,i) i hver enkelt runde. Et sådan spil har kun et enkelt subgame, perfect equilibrium,²²⁶ og begge parter vil derfor altid vælge at samarbejde.²²⁷ Hvis spillet foretages som et finitte gentaget spil, vil spillets subgame perfect equilibria altid være summen af de forskellige stage-games' perfect nash equilibria.²²⁸

3.3.2 Med hardshipklausul: reciprocitet

Hvis det i stedet for antages, at parterne har en tredje mulighed ("delvist samarbejde" eller "d"), der medfører, at parterne kan kræve kontraktbalancen genoprettet hos tredjepart, vil parternes payoff være givet i matrix nedenfor i Tabel 2, hvor Nash-ligevægte er markeret med blå.

Entreprenør/bygherre	Ikke samarbejde (i)	Samarbejde (s)	Delvist samarbejde (d)
Ikke samarbejde (i)	0,0	7,-2	3,-1
Samarbejde (s)	-2,7	5,5	0,6
Delvist samarbejde (d)	-1,3	6,0	3,3

Tabel 2 – Med hardshipklausul²²⁹

²²⁵ Dette er årsagen til, at der i det følgende vil spilles finitte gentagne spil og ikke infinite gentagne spil. Eftersom parterne kender sluttidspunktet for samarbejdet, vil de være bekendt med, hvornår det er sidste runde.

²²⁶ Et par af strategier er "subgame perfect equilibrium", når spillerne spiller en Nash-ligevægt igennem spillet i et hvilket som helst T-stadie. For mere om "subgame perfect equilibrium", se Dutta, Prajit K. 1999, side 197 ff.

²²⁷ Dutta, Prajit K. 1999, side 199 f.

²²⁸ Dutta, Prajit K. 1999, side 218

²²⁹ Eget udarbejdet matrix. Værdier er hentet fra Dutta, Prajit K. 1999, side 210. I bilag 8.1 findes en forklaring af de forskellige payoff.

Strukturen for gennemgang af dette spil vil følge ovenstående, hvorfor der indledningsvis foretages et spil med én runde, efterfulgt af et enkelt gentaget spil, og afslutningsvis udføres spillet som et finite gentaget spil.

3.3.2.1 *Spil med én runde*

Hvis vi spiller spillet en enkelt gang, har vi to Nash-ligevægte: (0,0) og (3,3).

Hvis dette spil alene spilles en enkelt runde, vil både bygherre og entreprenør således vælge at lade domstolene foretage en kontraktjustering (d,d) eller at lade kontrakten ophøre (i,i). Ved at spille spillet alene en enkelt gang, vil tilstedeværelsen af en hardshipklausul altså ikke medføre, at parterne samarbejder.

3.3.2.2 *Enkelt gentaget spil*

Hvis dette spil gentages en enkelt gang, vil parterne altid ende i den ene af de to Nash-ligevægte. Fordi der nu er to Nash-ligevægte, er det muligt for parterne at udvise reciprocitet: de kan nu enten vælge at belønne modparten for god adfærd (s,s) i første runde ved at spille (d,d) i anden runde eller straffe ved at vælge (i,i) i anden runde, hvis modparten har valgt (i) eller (d) i første runde.²³⁰

Strategien foreskriver altså, at parterne i anden runde altid vil vælge at spille (i,i), på nær hvis der i første runde spilles (s,s). Kun hvis parterne formår at samarbejde i første runde, vil der altså ske belønning ved at vælge (d,d) i sidste runde. Dette er et subgame perfect equilibrium, fordi entreprenørens payoff ved at spille (s,s) efterfulgt af (d,d) er større end det payoff, der opnås ved at spille (i,s) i første runde, efterfulgt af (i,i) i anden runde.

Hvis begge parter vælger at spille (s,s) vil ingen af parterne opnå det højeste payoff, de kunne få i denne første runde, men vælger den ene part i stedet at spille "i" og dermed modtage et payoff på 7 i stedet for 5, vil udsigten til bonussen i næste runde forpurre.

Spillerne vil altså ikke nødvendigvis følge spillets stage-game Nash-ligevægt i første runde, fordi der er mulighed for reciprok adfærd, hvor der er mere end én Nash-ligevægt.

En spiller vil altså frivilligt ofre et payoff på kort sigt, hvis denne part føler sig overbevist om, at god adfærd vil blive belønnet i efterfølgende runder.²³¹

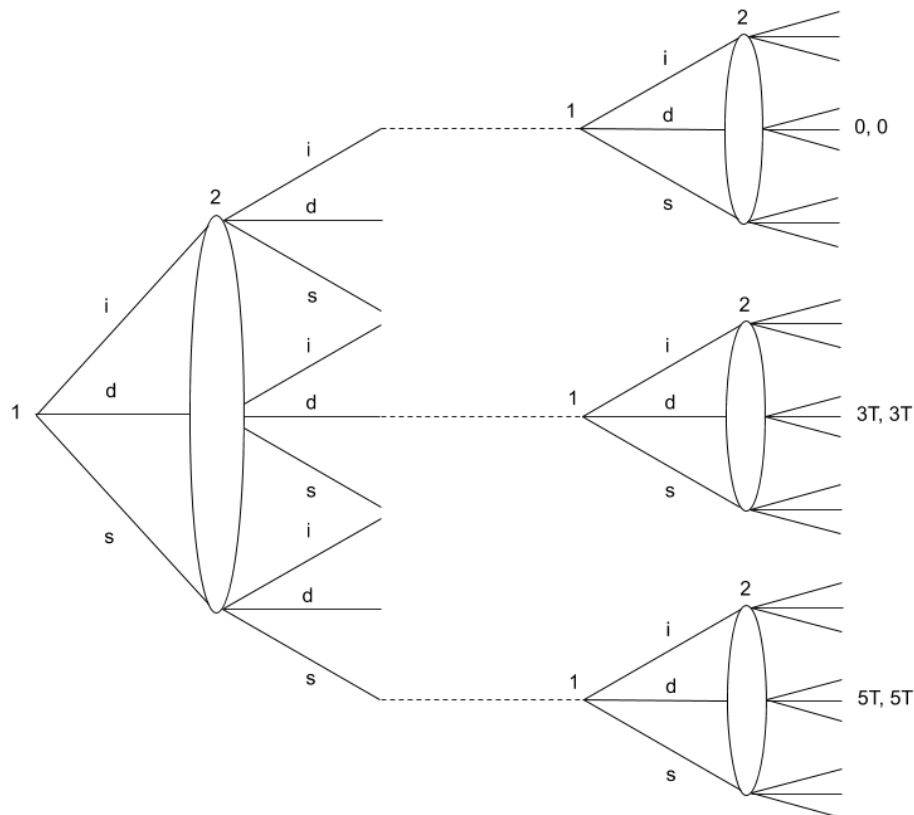
²³⁰ Dutta, Prajit K. 1999, side 216

²³¹ Dutta, Prajit K. 1999, side 217

Ovenstående er dog ikke det eneste subgame perfect equilibrium. Hvis eksempelvis første runde spilles (i,s), er det stadig muligt at spille (d,d) i anden runde. Dette vil også være et subgame perfect equilibrium.

3.3.2.3 Finitte gentaget spil

Hvorvidt det vil ændre på parternes valg af strategier, at spillet gentages et finitte antal gange, vil i det følgende blive undersøgt. Nedenfor illustreres i Figur 6 spillet i udvidet form ved det finitte gentagne spil med en hardshipklausul. T står for antal gange, spillet spilles. Parternes payoff er simpelt summen af payoffs i det T-gentagne spil.²³²



Figur 6 – Finitte gentaget spil med hardshipklausul.²³³

²³² Dutta, Prajit K. 1999, side 211

²³³ Kilde: Dutta, Prajit K. 1999, side 211

Hvis parterne her i første runde vælger at spille (s,s) og fortsætter med dette i alle de derefter følgende runder frem til den sidste runde, vil både bygherre og entreprenør vælge at spille (d,d) i sidste runde som belønning. Denne strategi er mulig, så længe ingen af parterne afviger fra at samarbejde i alle runder frem til sidste runde. Hvis blot den ene part afviger i en runde, vil næste runde modsvares af, at parterne som straf for den ”dårlige” adfærd vælger (i,i) derfra til og med sidste runde.

Ovenstående er dog ikke det eneste subgame perfect equilibrium i dette spil.²³⁴ Som det var tilfældet ved det enkelt gentagede spil, gør det sig også her gældende, at der er mere end ét subgame perfect equilibrium. Vælger parterne eksempelvis at spille (d,d) eller (i,i) i alle runder til og med sidste runde, vil der stadig være tale om et subgame perfect equilibrium, eftersom der i grunden er tale om, at Nash-ligevægten fra spillet med den enkelte runde blot gentages om og om igen.

De rationelle og opportunistiske parter vil dog vælge at samarbejde, fordi det er denne strategi, der vil maksimere deres samlede payoff. Hvorvidt parterne vurderer, at der vil være en reel udsigt til fremtidig belønning, vil altså have afgørende betydning for, hvorvidt parterne lykkes med at samarbejde.

3.3.3 Opsummering og sammenligning

Der er altså en klar forskel mellem finitte gentagne spil med og uden en hardshipklausul, fordi der i spillene med en hardshipklausul er to Nash-ligevægte, hvilket giver parterne adgang til reciprok adfærd.

Fordi der i spillene uden en hardshipklausul kun er én Nash-ligevægt, vil gentagelser af spillet altid resultere i, at parterne blot havner i Nash-ligevægten om og om igen.²³⁵ Derfor vil udsigten til et fremtidigt samarbejde ikke have en afgørende betydning for, hvorvidt parterne vælger at samarbejde eller ej. Kun hvor parterne har mulighed for at henholdsvis straffe ved dårlig adfærd og belønne ved god adfærd, vil der være mulighed for, at parterne vælger at samarbejde i stedet for at lade samarbejdet ophøre.

²³⁴ Dutta, Prajit K. 1999, side 217

²³⁵ Dutta, Prajit K. 1999, side 218

3.3.4 Spilteoretisk konklusion

Ovenstående analyse af de spilteoretiske implikationer af at anvende en hardshipklausul er altså, at parterne her, og alene her, vil have succes med at genforhandle ved efterfølgende ændringer i omstændighederne. Det kan derfor konkluderes, at en hardshipklausul ud fra en spilteoretisk vinkel vil medføre, at parterne vil indgå i genforhandlinger til begge parter gevinst, hvor der er udsigt til, at spillet skal gennemføres mere end en omgang, fordi parterne hermed opnår adgang til at udvise reciprok adfærd.

3.4 Økonomisk delkonklusion

Transaktionen mellem entreprenør og bygherre er karakteriseret ved en moderat til høj aktivspecifitet, en høj grad af usikkerhed og en lav frekvens. Derfor vil den optimale indretning af forholdet mellem bygherre og entreprenør være ved en trilateral regulering støttet af en neoklassisk kontrakt.

Den neoklassiske kontrakt kan ikke håndtere voldsomme forstyrrelser, hvorfor det er nødvendigt, at parterne indfører safeguards mod disse. Hardshipklausulen er et eksempel på en sådan safeguard, da den mindsker parternes mulighed for at udøve opportunistisk adfærd ex post, fordi risikoen for de voldsomme forstyrrelser hermed ex ante er besluttet at pålægges begge parterne. Fra et transaktionsomkostningsperspektiv vil der altså være rationale for at inddrage en hardshipklausul i aftalen mellem entreprenør og bygherre, da den vil have evnen til at mindske transaktionsomkostningerne.

Set fra et spilteoretisk synspunkt vil der være rationale i at anvende en hardshipklausul, hvis spillet foretages mere end en gang, da der hermed vil være mulighed for at udvise reciprocitet. Uden adgangen til reciprok adfærd vil parterne altid ende med ikke at samarbejde, set ud fra et spilteoretisk syn.

4 Integreret analyse

Med udgangspunkt i spillene opstillet i afsnit 3.3 vil det i dette kapitel indledningsvist blive fastslået, hvornår der forekommer økonomisk efficiens, i de tilfælde, hvor parterne har vedtaget en hardshipklausul. Hertil anvendes pareto-efficiens. Herefter undersøges, hvorledes de juridiske rammer stemmer overens med de økonomiske rammer i afsnit 4.2-4.4. Slutteligt diskuteres, hvordan de juridiske rammer bør være, for at danne grundlag for økonomisk efficiens.

4.1 Pareto-efficiens

For at kunne vurdere, hvordan reglerne bør være, må det først og fremmest undersøges, hvilke udfald der vil være økonomisk efficiente.

Udgangspunktet for efficiensvurderingen vil være, hvorvidt der er pareto-efficiens. Når tilstande er pareto-efficiente, indebærer det, at det ikke er muligt for mindst én spiller at skifte strategi og dermed forbedre eget payoff, uden at dette sker på bekostning af mindst én medspillers payoff. Pareto-efficiens referer altså til en optimal resourceallokering.²³⁶

Der er flere pareto-efficiente udfald i spillet mellem bygherre og entreprenør, hvor de har vedtaget en hardshipklausul. Disse er illustreret i Tabel 3. Payoff samt spilleregler er de samme som under den økonomiske analyse.²³⁷ Pareto-efficiente løsninger er markeret med grøn, mens Nash-ligevægt er markeret med blå.

Entreprenør/bygherre	Ikke samarbejde (i)	Samarbejde (s)	Delvist samarbejde (d)
Ikke samarbejde (i)	0,0	7,-2	3,-1
Samarbejde (s)	-2,7	5,5	0,6
Delvist samarbejde (d)	-1,3	6,0	3,3

Tabel 3 – Pareto-efficiens med hardshipklausul²³⁸

²³⁶ Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008, side 97

²³⁷ Det vil sige, at parterne foretager valg af strategi simultant og har fuld information. Se afsnit 3.3.1

²³⁸ Eget udarbejdet matrix. Værdier hentet fra Dutta, Prajit K. 1999, side 210. I bilag 8.1 findes en forklaring af de forskellige payoff.

Som det fremgår, refererer pareto-optimalitet altså ikke til, hvorvidt der sker en *retfærdig* fordeling af ressourcerne, men alene, hvorvidt det er muligt at øge eget payoff, uden det sker på bekostning af en anden medspillers payoff.²³⁹

Selvom der er flere pareto-efficiente løsninger i dette spil, kan det imidlertid argumenteres for, at (s,s) er den ”bedre” pareto-optimal. Som argumenteret i den økonomiske analyse,²⁴⁰ vil spillet mellem bygherre og entreprenør oftest udspilles mere end én gang. Fordi der netop er tale om en høj grad af usikkerhed, vil det være sandsynligt, at bygherre og entreprenør undervejs i deres samarbejde vil opleve ændrede omstændigheder, der kræver justeringer af kontrakten. Hver gang parterne står over for dette valg, vil de have mulighed for at straffe modparten ved ikke at samarbejde om en fælles løsning på problemet eller belønne ved at anerkende, at en kontraktjustering er nødvendig. Netop herfor vil alle andre valg end at indgå i samarbejde medføre, at modspilleren vil vælge at straffe ved næste konflikt ved ikke at deltage i samarbejdet. Derfor vil alle andre valg end (s,s) medføre, at parterne vil ende tilbage i den dårlige Nash-ligevægt i (i,i). Det er derfor således, at det alene ved at samarbejde (s,s) vil være muligt, at der forekommer pareto-efficiens i alle det finite gentagne spils subgames frem til sidste runde, hvor parterne vil vælge den ”gode” Nash-ligevægt som belønning.²⁴¹

Dette er muligt, fordi parterne er *overbeviste* om, at god adfærd kan belønnes, mens dårlig adfærd vil kunne straffes.²⁴² Hvis entreprenør og bygherre kan vide sig sikre på, at en hardshipklausul kan håndhæves, vil det medføre, at de vil vælge at samarbejde (s,s) frem til sidste runde, hvor de vil anerkende, at der foreligger hardship og villigt lade domstolene foretage en genoprettelse af kontraktbalancen (d,d).

Det vil derfor være økonomisk efficient, at bygherre og entreprenør vedtager en hardshipklausul og dermed vil være i stand til at samarbejde sig igennem de uforudsete efterfølgende ændringer i omstændighederne.

Hvorvidt de juridiske rammer støtter op om dette valg af strategi, vil i det følgende blive belyst.

4.2 Juridiske rammer: Uforudsigelighed

Som argumenteret for i den juridiske analyse, er reglerne for anvendelsen af en hård hardshipklausul ikke ens efter dansk og engelsk ret.²⁴³ Fælles for de to retssystemer er dog, at der ikke hersker sikkerhed om, præcis hvordan en sådan klausul skal være formuleret for at blive anerkendt og dermed håndhævet. Det er således ikke muligt for

²³⁹ Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008, side 97

²⁴⁰ Se afsnit 3.3.1.2

²⁴¹ Dutta, Prajit K. 1999, side 217 ff.

²⁴² Dutta, Prajit K. 1999, side 217

²⁴³ Jf. afsnit 2.4

bygherre og entreprenør at vide sig helt sikre på, hvornår en hardshipklausul vil føre til, at domstolene går ind og foretager en kontraktjustering. Under begge retssystemer er det en forudsætning, at klausulen har en vis udførlighed, for at den vil kunne håndhæves af domstolene.²⁴⁴ Baggrunden for dette krav er dog forskellig i engelsk og dansk ret. Efter engelsk ret vil kravet til udførlighed dels følge af det klare udgangspunkt om, at domstolene ikke bør foretage justeringer, og dels, fordi der efter engelsk ret altid tages udgangspunkt i en ordlydsfortolkning. Desuden er der som allerede belyst i den juridiske analyse²⁴⁵ efter engelsk ret begrænset adgang til at føre ”extrinsic evidence” i medfør af ”parol evidence”-reglen.²⁴⁶ Formuleringen af en hardshipklausul skal altså kunne gøre det muligt for domstolene ud fra en ordlydsfortolkning både at kunne vurdere, *om* der er tale om en hardship-begivenhed, og i bekræftende fald efterfølgende vurdere, *hvordan* en regulering vil skulle udøves for at genoprette kontraktbalancen. Førend dette er tilfældet, kan det ikke forventes, at de engelske domstole vil gå ind og foretage en egentlig kontraktjustering. Det stiller derfor enormt store krav til den formulering, der skal foretages.

At hardshipklausulen skal have en sådan udførlighed, vil medføre en væsentlig forøgelse af transaktionsomkostningerne *ex ante*, hvorfor der kræves en endnu større reduktion i transaktionsomkostningerne *ex post*, før det kan retfærdiggøres at anvende denne.²⁴⁷ I så fald vil det sandsynligvis medføre, at det i mange tilfælde ikke vil kunne betale sig at foretage en sådan investering, og de aftaler, der vil kunne forsvare en anvendelse af en sådan investering, vil begrænses.

En yderligere konsekvens af kravet til, at der skal udformes en udførlig detaljeret bestemmelse, er, at den med stor sandsynlighed vil miste nogle af de egenskaber, der danner hele formålet med at benytte en sådan klausul – nemlig at rumme alle fremtidige uforudsigelige eventualiteter. Årsagen til, at hardshipklausuler ofte er bredt formuleret, er netop, at de skal kunne favne bredt. Det er klart, at det må være muligt at foretage nogle mere udførlige bestemmelser end de, der eksempelvis findes i UNIDROIT Principles art.6.2.2 og 6.2.3,²⁴⁸ uden det nødvendigvis vil medføre et kompromis med bestemmelsens rækkevidde. Det vil dog være forbundet med stor usikkerhed, når parterne egenhændigt må sjusse sig frem til, hvad de mener, vil være tilfredsstillende for domstolene.

Efter dansk ret vil det kræve en mindre udførlighed, end det vil kræve efter engelsk ret qua de forskellige tilgange til kontraktfortolkning, herunder hvad der vil fortolkes ud fra. I dansk ret er der som anført i den juridiske analyse²⁴⁹

²⁴⁴ Cartwright, John. 2016, side 271 og Petersen, Clement S. 2014, side 78 ff.

²⁴⁵ Jf. afsnit 2.3.3

²⁴⁶ Jf. *Jacob v Batvia & General Plantations Trust Ltd* [1924] 1 Ch 287

²⁴⁷ Jf. afsnit 3.2.5

²⁴⁸ Se afsnit 2.4.3 om hårde hardshipklausuler

²⁴⁹ Se afsnit 2.3.2

et udgangspunkt om, at der fortolkes ud fra hele kontraktmaterialet.²⁵⁰ Dette skaber bedre muligheder for at fremlægge et argument om, at der forefindes hardship. Det er dog efter dansk ret en betingelse, at der foretages konkrete bestemmelser om, hvordan en ændringskompetence skal udøves.²⁵¹

De juridiske rammer er altså præget af uforudsigelighed under både dansk og engelsk ret. Hvordan disse rammer stemmer overens med de økonomiske incitamenter til at vedtage en hardshipklausul, vil blive behandlet i det følgende.

4.3 Økonomiske rammer: Forudsigelighed

Flere faktorer påvirker, hvorvidt det vil være rationelt at anvende en hardshipklausul ud fra en transaktionsomkostningsbetragtning. I forhold til transaktionsomkostningerne vil det alene være rationelt at anvende hardshipklausulen, hvis der er udsigt til, at parterne vil få mulighed for at udøve opportunistisk adfærd ved de uventede efterfølgende ændringer i omstændighederne. Som det blev fastslået i den økonomiske analyse,²⁵² vil der være rationale for at anvende en hardshipklausul i aftalen mellem entreprenør og bygherre, fordi transaktionen er præget af aktivspecifitet, lav transaktionsfrekvens og usikkerhed omkring fremtidens udvikling. Sidstnævnte er værd at uddybe. Den usikkerhed, der danner grundlag for, at det ifølge transaktionsomkostningsteorien vil være rationelt at anvende en hardshipklausul, er forbundet med, at der er udsigt til, at der opstår uforudsete ændringer i omstændigheder, der kræver behandling og derfor vil medføre ex post transaktionsomkostninger.²⁵³ Denne usikkerhed er altså ikke forbundet med, hvorvidt parterne kan foretage rationelle valg af strategier. Usikkerheden består ikke i, hvorvidt parterne kan træffe valg på oplyst baggrund, men i en erkendelse af, at det ikke vil være muligt at vælge netop den rette strategi, før situationen opstår.

Netop parternes evne til at foretage valg af strategi på oplyst baggrund og dermed foretage rationelle valg af strategier, er grundlaget for den spilteoretisk udledning.²⁵⁴

Bemærk således sammenhængen mellem transaktionsomkostningsteorien og spilteorien. De grundlæggende antagelser er ikke ens, men med hensyn til antagelsen om, at parterne kan forudsige konsekvenserne af deres valg af

²⁵⁰ Andersen, Mads B & Bärlund, Johan & Flodgren, Boel & Giertsen, Johan. 2015, side 65 ff.

²⁵¹ Petersen, Clement S. 2014, side 78 f.

²⁵² Se afsnit 3.2.2 om transaktionens dimensioner

²⁵³ Williamson, Oliver E. 1989, side 271 ff.

²⁵⁴ Jf. forudsætningen om fuld information

strategi, er der ikke modsætningsforhold. Under transaktionsomkostningsteorien er parterne begrænset rationelle, fordi det erkendes, at de ikke er i stand til at se fremtidens *udvikling*.

4.4 Sammenligning

Parterne kan dog netop ikke vide sig sikre på, at en hardshipklausul vil kunne håndhæves under hverken dansk eller engelsk ret. Konsekvensen bliver dermed, at det ikke vil vurderes, at der er mulighed for at udvise reciprok adfærd, hvorfor parterne vil ende i den ”dårlige” Nash-ligevægt.²⁵⁵

Hvorvidt der er adgang til at opnå kontraktjusteringer efter baggrundsreglerne, kan dog også vise sig at have konsekvenser for, hvorvidt der kan opnås økonomisk efficiens. Selvom en hardshipklausul ville kunne vedtages med sikkerhed, vil der ud fra et transaktionsomkostningsperspektiv ikke nødvendigvis være det rette incitament til at investere i en sådan foranstaltning, hvis der er høj sandsynlighed for, at kontraktbalancen kan kræves genoprettet hos domstolene uanset hvad.²⁵⁶ Fra et spilteoretisk perspektiv vil det desuden vise sig problematisk, hvis der efter baggrundsreglerne kan kræves genoprettelse af kontraktbalancen – for da vil muligheden for at straffe modparten ikke være overbevisende – ergo vil muligheden for at udvise reciprok adfærd ikke være sikker.

Konsekvensen af de juridiske rammer er derfor, at parterne ikke vil have grundlag for at føle sig overbeviste om, at god adfærd vil kunne belønnes, og at dårlig adfærd vil kunne straffes – i dansk ret er det eksempelvis muligt at opnå justering, uden der foreligger en hardshipklausul i medfør af AFTL § 36 og forudsætningslæren. Hvis blot enten udfaldet (i,i) eller (d,d) ikke kendes af spillerne, vil de ikke vælge at samarbejde.

På denne baggrund kan det konkluderes, at de juridiske rammer ikke er forenelige med økonomisk efficiens.

4.5 Retspolitiske betragtninger

Hvordan de juridiske rammer bør indrettes for at støtte op om efficiens, vil blive behandlet i det følgende.

²⁵⁵ Dutta, Prajit K. 1999, side 215 f.

²⁵⁶ Williamson, Oliver E. 1991, side 273

4.5.1 Hardshipklausul som eneste adgang til kontraktjustering

Hvis reglerne indrettes, så parterne aldrig vil kunne opnå kontraktbalancen genoprettet efter baggrundsreglerne, men altid vil kunne opnå en kontraktjustering gennem anvendelsen af en hardshipklausul, såfremt en sådan foreligger, vil det skabe det fornødne incitament til at medtage en hardshipklausul. Både fra et transaktionsomkostningsperspektiv og et spilteoretisk perspektiv vil det da være rationelt at vedtage en hardshipklausul, og det vil ydermere resultere i samarbejde.

Hvorvidt det vil kunne danne grundlag for økonomisk efficiens, hvis hardship anerkendes efter baggrundsreglerne, bør dog ligeledes undersøges. Dette vil derfor blive undersøgt straks nedenfor.

4.5.2 Anerkendelse af hardship i baggrundsretten

Hvis der indføres en retsregel, hvorefter parterne kan kræve kontraktbalancen genoprettet ved hardship, vil der kunne indføres en større forudsigelighed for, hvorvidt og hvornår parterne har ret til at kræve en kontraktbalance genoprettet. Det øger således forudberegneligheden. Det vil desuden mindske parternes transaktionsomkostninger ex ante, idet de ikke skal afholde omkostninger til at udforme en (detaljeret) kontraktbestemmelse. Spørgsmålet er, hvorvidt en sådan ændring vil fremme økonomisk efficiens. Hvis parterne ud fra baggrundsreglerne vil kunne kræve en kontraktbalance genoprettet, vil spillet se ud som illustreret nedenfor i Tabel 4. Pareto-efficiente løsninger, er markeret med grøn, mens Nash-ligevægt er markeret med blå.

Entreprenør/bygherre	Ikke samarbejde (i)	Samarbejde (s)
Ikke samarbejde (i)	3,3	7,-2
Samarbejde (s)	-2,7	5,5

Tabel 4 – Hardship anerkendes efter baggrundsreglerne²⁵⁷

Som det ses, vil alle andre løsninger end Nash-ligevægten være pareto-optimale. Vi ved fra den økonomiske udledning, at parterne altid vil vælge Nash-ligevægten i dette spil, uanset hvor mange gange dette gentages.²⁵⁸ De vil

²⁵⁷ Eget udarbejdet matrix. Værdier hentet fra Dutta, Prajit K. 1999, side 210. I bilag 8.1 findes en forklaring af de forskellige payoff.

²⁵⁸ Se afsnit 3.3.1.3

derfor spille hver enkelt runde, som var det et spil med kun én runde. Derfor vil denne løsning aldrig føre til pareto-efficiente udfald.

4.6 Ændring af de juridiske rammer

I forhold til engelsk ret vil det være nødvendigt, at domstolene stiller klare krav til, hvornår en klausul er tilstrækkeligt formuleret, før en hardshipklausul vil kunne håndhæves. Det vil være et videre krav, at domstolene fastlægger rammer for, hvordan en sådan ændringskompetence skal udøves, så parterne kan vide sig sikre på, hvilket indhold der vil være påkrævet i kontrakten. Det er på den ene side hensigtsmæssigt, når der efter engelsk ret ikke gives adgang til at føre ”extrinsic evidence”, og at der foretages en ordlydsfortolkning, for da vil parterne opnå en højere grad af forudsigelighed. Omvendt vil parterne i nogle tilfælde have foretaget justeringer egenhændigt undervejs, og såfremt disse ikke kan inddrages i fortolkningen, kan det efterlade et skævt billede af parternes aftale.

De danske regler kræver imidlertid en større tilpasning. De muligheder, der er for at opnå kontraktbalancen genoprettet efter AFTL § 36 og forudsætningslæren, vil, som det argumenteres for i ovenstående afsnit, betyde, at parterne ikke har et fornødent engagement til at tage stilling til problemet ex ante. Det vil desuden have den konsekvens, at truslen om en straf ikke er overbevisende. Som allerede anført medfører dette altså, at parterne ikke vil vælge at samarbejde. Derfor bør retsfølgen ved ændringer i omstændighederne alene kunne føre til, at kontrakten ophæves, hvor parterne ikke har aftalt en hardshipklausul.

Såfremt parterne ikke har adgang til at opnå kontraktjusteringer gennem domstolene uden tilstedeværelsen af en hardshipklausul, men med sikkerhed kan opnå det med en hardshipklausul, vil der være de rette juridiske rammer for, at parterne ender med at samarbejde, og dermed opnås økonomisk efficiens.

4.7 Integreret delkonklusion

Reglerne for, hvornår en hardshipklausul vil blive håndhævet, er usikre efter både danske og engelske regler. Hvis entreprenør og bygherre ikke kan vide sig sikre på, at klausulen vil kunne håndhæves, vil det medføre, at muligheden for reciprok adfærd forsvinder. Hvis det endvidere er muligt at opnå kontraktjusteringer uden anvendelsen af en hardshipklausul, vil det betyde, at parterne ikke vil have det fornødne engagement til at vedtage en hardshipklausul. Hvis ikke parterne vedtager en hardshipklausul, vil parterne aldrig ende med at samarbejde, og dermed vil udfaldet af parternes spil aldrig medføre økonomisk efficiens.

Økonomisk efficiens kræver, at parterne er i stand til at foretage rationelle valg, og at konsekvenserne af deres valg af strategier ligger klart, inden de træffer disse valg.

Reglerne bør derfor indrettes, så der alene opstår mulighed for at få kontraktbalancen genoprettet hos domstolene, i de tilfælde, hvor kontrakten indeholder en hardshipklausul.

5 Konklusion

I både dansk og engelsk ret er der et grundlæggende princip om pacta sunt servanda og partsautonomi. Efter begge retssystemer er der mulighed for lindring ved efterfølgende ændringer i omstændigheder uden en vedtagelse af en hardshipklausul. Efter engelsk ret kan en sådan lindring alene opnås gennem en tilsidesættelse af kontrakten efter "the doctrine of frustration", hvorimod der efter dansk ret er mulighed for at foretage kontraktjusteringer i medfør af AFTL§ 36 og forudsætningslæren. Adgangen til lindring er dog stærkt begrænset i kommercielle kontraktforhold under både dansk og engelsk ret

Ved at benytte en hardshipklausul bedres bygherre og entreprenørs muligheder for at kunne kræve kontraktbalancen genoprettet som følge af efterfølgende ændringer i omstændighederne, men det vil i hvert tilfælde bero på en konkret vurdering af de foreliggende omstændigheder, og det er usikkert, præcis hvornår en sådan klausul vil blive anerkendt.

Ved at anvende en hardshipklausul vil det ud fra et transaktionsomkostningsperspektiv være rationelt, hvis denne er egnet til at minimere transaktionsomkostningerne ex post. Hvis en sådan investering skal kunne findes forsvarlig, skal der være tale om en vis grad af aktivspecifitet og usikkerhed, for hvis ikke der er udsigt til usikkerhed, er der ikke udsigt til, at ex post-opportunisme vil kunne medføre høje transaktionsomkostninger. Hardshipklausulen vil netop komme til sin ret, hvor der er udsigt til usikkerhed.

Har parterne udsigt til at kunne påkalde sig en hardshipklausul med sikkerhed, vil det medføre, at parterne vil vælge at samarbejde sig ud af alle problemerne, eftersom det da vil være muligt henholdsvis at belønne og straffe ønsket og uønsket adfærd.

Netop hvor parterne samarbejder og selv foretager kontraktjusteringen gennem genforhandling, vil der være tale om økonomisk efficiens. Hverken de danske eller engelske rammer stiller den fornødne grad af forudberegnelighed, der kræves. For at fremme økonomisk efficiens vil det derfor være nødvendigt, at reglerne under både dansk og engelsk ret ændres.

6 Anvendte forkortelser

AFTL - Aftaleloven

KBL – Købeloven

RPL - Retsplejeloven

TCC - Technology and Construction Court

7 Litteraturliste

7.1 Bøger

Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017. *Aftaler og mellemænd*. København: Karnov Group Denmark A/S, 7. udgave, 1. oplag.

(Andersen, Lennart L. & Madsen, Palle B. 2017)

Andersen, Lennart L. 2018. *Aftalelovens § 36 – Fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. København: Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag

(Andersen, Lennart L. 2018)

Andersen, Mads B. 2009. *Praktisk aftaleret*. København: Gjellerup, 3. udgave.

(Andersen, Mads B. 2009)

Andersen, Mads B. 2013. *Grundlæggende aftaleret*. København: Gjellerup/Gads Forlag, 4. udgave 1. oplag

(Andersen, Mads B. 2013)

Andersen, Mads B & Bärlund, Johan & Flodgren, Boel & Giertsen, Johan. 2015. *Aftaleloven 100 år – Baggrund, status, udfordringer og fremtid*. København: DJØF Publishing, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave

(Andersen, Mads B & Bärlund, Johan & Flodgren, Boel & Giertsen, Johan. 2015)

Andersen, Mads B. & Lookofsky, Joseph. 2015. *Lærebog i obligationsret I – Ydelsen beføjelser*. København: Karnov Group Denmark A/S, 4. udgave, 2. oplag.

(Andersen, Mads B. & Lookofsky, Joseph. 2015)

Bang-Pedersen, Ulrik R. & Christensen, Lasse H. & Petersen, Clement S. 2017. *Den civile retspleje*. Hellerup: Universitetsforlaget PEJUS, 4. udgave, 1. oplag.

(Bang-Pedersen, Ulrik R. & Christensen, Lasse H. & Petersen, Clement S. 2017)

Cartwright, John. 2016. *Contract Law, An introduction to English Law od Contract for Civil Lawyer*. Portland: Hart Publishing Ltd. 3. Udgave.

(Cartwright, John. 2016)

Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and games*. Cambridge: The Mit Press, Massachusetts Institute of Technology.

(Dutta, Prajit K. 1999)

Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappellen Akademisk Forlag, 7. oplag

(Eide, Erling & Stavang, Endre. 2008)

Gomard, Bernhard & Pedersen, Hans V. G. & Ørgaard, Anders. 2015. *Almindelig kontraktsret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave 1. oplag

(Gomard, Bernhard & Pedersen, Hans V. G. & Ørgaard, Anders. 2015)

Hørlyck, Erik. 2019. *Entreprise, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge og anlægsvirksomhed (AB 18)*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 8. udgave 1. oplag

(Hørlyck, Erik. 2019)

Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi – bind 1 – Videnskabsteori og forklaringstyper*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave 5. oplag.

(Knudsen, Christian. 1994)

Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi – bind 2 – Videnskabsteori og industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave 1. oplag.

(Knudsen, Christian. 1997)

Lando, Ole. 2009. *Kort indføring i komparativ ret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave, 1. oplag

(Lando, Ole. 2009)

Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994. *Transaktionsomkostningsteori – en introduktion til Williamson*. Århus: Forlaget CCP.

(Lippert-Rasmussen, Martin & Mols, Niels P. 1994)

McKendrick, Ewan. 2009. *Contract Law*. Oxford: Palgrave Macmillan, 8. udgave

(McKendrick, Ewan. 2009)

Ross, Alf & Holtermann, Jakob V. 2013. *Om ret og retfærdighed*. Latvia: Hans Rietzels Forlag, 2. udgave, 1. oplag.

(Ross, Alf & Holtermann, Jakob V. 2013)

Petersen, Clement S. 2014. *Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler – Ændringsregler i længerevarende kontrakter*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave 1. oplag.

(Petersen, Clement S. 2014)

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2017. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 4. udgave 2. oplag

(Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2017)

Werlauff, Erik. 2013. *Kontrakter – 3. redigerede udgave af Bjørn Saltorps "Kontrakter"*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave 1. oplag

(Werlauff, Erik. 2013)

Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of capitalism – Firms, markets, Relational Contracting*. England: China Social Science Publishing House, Chengcheng Books Ltd.

(Williamson, Oliver E. 1985)

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein. 1998. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 3. Udgave

(Zweigert, Konrad & Kötz, Hein. 1998)

Østergaard, Kim. 2005. *Anvendelse af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv - Julebog 2005*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave 1. oplag

(Østergaard, Kim. 2005)

7.2 E-bøger

McKendrick, Ewan. 2017. *Contract Law*. Oxford: Palgrave Macmillan, 12. udgave

(McKendrick, Ewan. 2017)

Clark, Peter. 2017. *Contract Law – the comprehensive guide to Contract Law*. England: Straightforward Publishing.

7.3 Artikler

Arrow, Kenneth J. 1969. The organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure*. The PPB system vol I: 59-73.

(Arrow, Kenneth J. 1969)

Edlund, Hans H. 2006. Udtræden eller tilpasning af længerevarende erhvervskontrakter. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*. ET2006.296

(Edlund, Hans H. 2006)

Maskow, Dietrich. 1992. Hardship and Force Majeure. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40. 3, pp. 657-669.

(Maskow, Dietrich. 1992)

Masten, Scoot E. & Meehan, James W. & Snyder, Edward A. 1991. The Cocts of Organization. *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 7. No. 1 (spring, 1991), pp. 1-25

(Masten, Scoot E. & Meehan, James W. & Snyder, Edward A. 1991)

McKendrick, Ewan. 1995. *The Regulation of Long-term Contracts in English Law – Goodfaith and fault in Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.

(McKendrick, Ewan. 1995)

Papp, Tekla. 2014. Frustration and Hardchip in Contract Law from Comparative Perspective. *Acta Universiatis Szegediensis : acta juridical et politica*, (77) pp. 421-430

(Papp, Tekla. 2014)

Riordan, Michael H. & Williamson, Oliver E. 1985. Asset specificity and Economic Organization. *Elsevier Science Publishers B.V.(North-Holland)*. International Journal of organization 3, 365-378.

(Riordan, Michael H. & Williamson, Oliver E. 1985)

Schiersing, Niels. 2016.Om entreprisekontrakter i engelsk ret – (1) almindelig del. *Tidsskrift for bolig og byggeret*. TBB2016.703

(Schiersing, Niels. 2016)

Williamson, Oliver E. 1975. Markets and Hierachies. *New York: The Free Press*.

Williamson, Oliver E. 1979. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *The Journal of Law & Economics*, vol. 22, no. 2, 1979,pp. 233-261

(Williamson, Oliver E. 1979)

Williamson, Oliver E. 1989. Transaction-Cost Economics. *Elsevier Science Puplichers B.V. – Handbook of industrial Organization Vol. 1. Edited by R. Schmalensee and R.D. Wrillig*.

(Williamson, Oliver E. 1989)

Williamson, Oliver E. 1991. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrativ Science Quarterly*, Vol 36. No. 2 (jun., 1991), pp. 269-296

(Williamson, Oliver E. 1991)

Zivkovski, Velimir. 2012. Hardship in French, English and German Law. *University of Belgarde Faculty of Law*, at www.SSRN.com ID:2158583

(Zivkovski, Velimir. 2012)

7.4 Retskilder og forarbejder

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18) udstedt af Transport-, Bygnings- og Boligministeriet den 10. august 2018

Betænkning nr. 1246 afgivet af Udvalget vedrørende revision af almindelige betingelser for arbejder og leverancer, 1993.

Betænkning over forslag til lov om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m. v. (Bekæmpelse af skadelig økonomisk virksomhed m. v.), lovforarbejder nr. 42 af 27. maj 1975

Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

Lov om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m.v. (Bekæmpelse af beskadelig økonomisk virksomhed m.v.), Lov nr. 250 af 12. juni 1975

Lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love (Urimelige aftalevilkår i visse forbrugeraftaler m.v.), lov nr. 1098 af 21. december 1994

Lovbekendtgørelse om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven) nr. 193 af 2. marts 2016, jf. lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996, med de ændringer, der følger af § 2 i lov nr. 1376 af 28. december 2011 og § 15 i lov nr. 1565 af 15. december 2015

Lovbekendtgørelse om lov om køb (Købeloven) nr. 140 af 17. februar 2014, jf. lovbekendtgørelse nr. 237 af 28. marts 2003, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 523 af 6. juni 2007, § 7 i lov nr. 718 af 25. juni 2010 og § 1 i lov nr. 1460 af 17. december 2013.

Lovbekendtgørelse om rettens pleje (retsplejeloven) nr. 1284 af 14. september 2018, jf. lovbekendtgørelse nr. 1101 af 22. september 2017, med de ændringer, der følger af lov nr. 1679 af 26. december 2017, § 2 i lov nr. 1680 af 26. december 2017, lov nr. 130 af 27. februar 2018, § 5 i lov nr. 503 af 23. maj 2018, § 2 i lov nr. 708 af 8. juni 2018, lov nr. 709 af 8. juni 2018, lov nr. 710 af 8. juni 2018, § 4 i lov nr. 713 af 8. juni 2018, lov nr. 714 af 8. juni 2018 og § 2 i lov nr. 715 af 8. juni 2018.

7.5 Soft Law

UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016. Rom: International Institute for the Unification of Private Law

(UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016)

7.6 Domme og afgørelser

Dansk ret

U 1938.258 H Murermester J. Mouritsen mod Tømrermestrene E. Petersen og H. Jørgensen, Højesterets dom af 11. januar 1938

U 1981.870 V, Nørresundby Transportkompagni A/S under konkurs mod chauffør Jørgen Christensen, Viborg, Vestre Landsrets dom af 25. juni 1981

U 1982.958 Ø, B.T. Stiftung mod A/S Det Københavnske Garantiforsikringselska, Østre Landsrets dom af 24. maj 1982

U 1983.429 V, Joan Mogensen, Klarup mod A/S Adif Aalborg, Vestre Landsret 15. december 1982

U 1987.767 Cand.agro Vaclav Novak mod Forsikringselskabet Nordeuropa, Højesterets dom af 24. august 1987

U 1989.921 H, Torben Larche og Alice Larche mod A/S Nevi Finans, Højesterets dom af 28. august 1989

U 1991.330/2 H, Ingeniør Jørgen Foss mod Vekselererfirmaet Strandgaard, Kjer og Nannestad under konkurs, Højesterets dom af 19. februar 1991

TBB 1999.70 VBA, Totalentreprenør TE mod Bygherre BH, Kendelse af 24. juli 1998

U 2000.656 H, Det Kongelige Teater og Kapel mod Knud Christensen og Edition Wilhelm Hansen A/S, Højesterets dom 22. december 1999

U 2001.1474 H, Svend Erik Sønderstrup mod RGS 90 A/S, Højesterets dom af 10. april 2001

U 2002.1224 H, Jacob Gades Legat mod Edition Wilhelm Hansen A/S, Højesterets dom af 15. marts 2002

U 2003.23 H, Jørgen Sonnergaard mod Forlaget Carlsen A/S, Højesterets dom af 8. oktober 2002

U 2004.2518 V, Niels Tarpgaard Nielsen mod Evald Skarregård, Vestre Landsrets dom af 29. juni 2014

U 2007.1988 V, A og B mod Den Jyske Sparekasse, Vestre Landsrets dom af 27. april 2007

U 2010.1628 H, A og B mod Den Jyske Sparekasse, Højesterets dom af 23. marts 2010

U 2012.3007 H, Lise Aagaard Copenhagen A/S mod Pandora Production Co. Ltd., Højesterets dom af 28. juni 2012

U 2014.1009 V, Aktieselskabet TLK af 197 mod Eddy Kroghede Severinsen og Peter Kroghede Severinse, Vestre Landsrets dom af 18. december 2013

Engelsk ret

Antaios Compania Naviera SA v Salen Rederierna AB (The Antaios) [1984] AC 191

Arnold v Britton [2015] UKSC 36

Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV, Mercon Holding BV, Mercon Groep BV [2014] EWHC 2132 (TCC).

Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV, Mercon Holding BV, Mercon Groep BV [2014] EWHC 2132 (TCC).

BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings (1977) 16 A.L.R. 363.

Cantor Fitzgerald International v Horkulak [2004] EWCA Civ 1287.

Chartbrook Ltd. v Persimmons Homes Ltd. [2009] UKHL 38

Davis Contractors Ltd v Fareham UDC [1956] AC 696

Globe Motors, Inc and Ors v TRW Lucas Varity Electric Steering Limited [2016] EWCA Civ. 396

Herne Bay Steam Boat Co v Hutton [1903] 2 KB 683.

Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society [1998] 1 All. E.R. 98.

J Murphy & Sons Ltd v Beckton Energy Ltd [2016] EWHC 607 (TCC).

J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V., [1990] 1 Lloyd's L.Rep. 1

Jacobs v Batavia & General Plantations Trust Ltd [1924] 1 Ch 287

Krell v Henry [1903] 2 KB 740 (CA)

Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd [2013] EWCA Civ 200

Paradine v Jane (1647) Aleyn 26, 27; 82 ER 897, 897

Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA [2005] EWCA Civ 891, [2006] 1 Lloyd's Rep 121

Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd [1995] EMLR 472.

Rainy Sky SA v Kookmin Bank [2011] UKSC 50.

Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd [1974] AC 235.

Taylor v Caldwell (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309

Walford v Miles [1992] 2 AC 128 (HL)

Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corp Ltd [2013] EWHC 111 (QB)

8 Bilag

8.1 Forklaring af payoff

(I,I)	ingen af parterne ønsker at fortsætte samarbejdet, og aftalen ophæves.
(I,S) / (S,I)	aftalen fortsættes uændret.
(S,S)	parterne genforhandler kontrakten.
(I,D) / (D,I)	den ene part modsætter sig en påberåbelse af hardship og tilbageholder information, der mindsker domstolenes mulighed for en genoprettelse af kontraktbalancen.
(S,D) / (D,S)	den ene part ønsker genforhandling, mens modparten ønsker en afgørelse hos domstolene.
(D,D)	begge parter accepterer at der påberåbes hardship og angiver tilstrækkelig information, således at domstolene kan genoprette kontraktbalancen.

8.2 Tabeller

Tabel 1 – Uden hardshipklausul	62
Tabel 2 – Med hardshipklausul	64
Tabel 3 – Pareto-efficiens med hardshipklausul.....	69
Tabel 4 – Hardship anerkendes efter baggrundsreglerne	74

8.3 Figurer

Figur 1 – Afhandlingens struktur.....	8
Figur 2 – Transaktionsomkostninger ex ante og ex post	44
Figur 3 – Efficient reguleringsstruktur under en forudsætning om konstant grad af usikkerhed.	54
Figur 4 – Forholdet mellem reguleringsstruktur og forstyrrelsesfrekvensen.	58
Figur 5 – Enkelt gentageligt spil uden hardshipklausul.....	63
Figur 6 – Finitte gentaget spil med hardshipklausul.....	66