

Den gode kontrakt

**Professor, dr. jur.
ERIK WERLAUFF
advokat (H).**

**Aalborg Universitet og Dansk El-Tavle Forening.
Torsdag den 27. oktober 2011.**

”Success is a lousy teacher ...”

- **Harvard Business Review juni 2011**
 - ‘failure’ giver bedre indlæring end ‘success’
 - ”Success is a lousy teacher! It seduces smart people into thinking they can’t lose!” – Bill Gates.
 - hvad er endnu bedre til indlæring end egne fejl?
 - at lære af andres fejl! (hvis man da hører om dem)
 - dette gør vi derfor i det følgende.

Husk en præambel.

- **Hvorfor overhovedet denne kontrakt?**
 - romerne: kontraktens 'causa'
 - common law landene: altid en 'preamble'
 - kan vippe fortolkningen senere
 - er der aftalt voldgift, så supplér med at citere vgl. § 28,3 – forretningsmæssig rimelighed
 - nogle kontrakter fortjener særskilt formåls-aftale
 - fusion: en 'merger intent'
 - hvad forventes af hvem hvornår?
 - giver en bedre fusion! – Ashkenas, Francis & Heinick i Harv. Buss. Rev. Juli-august 2011 p. 126 ff.

Må en overskrift få lov til at gøre en forskel?

- **Må overskrifterne få juridiske virkninger?**
 - hvis de kun er til orientering: skriv dette!
 - Således altid i common law kontrakt
 - hvis intet skrives: kan gøre en forskel
 - Midtbank-dommen, UfR 2005.984 H – ”misbrug” af insiderviden (overskrift)

Kontinental stil eller angelsaksisk stil?.

- **Kort dansk eller udpenslende UK/US stil?**
 - Den kontinentale stil
 - "I give you this orange"
 - Den angelsaksiske stil
 - "I give you all and singular, my estate and interest, right, title, claim and advantage of and in that orange, with all its rind, skin, juice, pulp and pips, and all the right and advantage therein, with full power to bite, cut, suck and otherwise eat the same ... with much more to the same effect"
 - Tendensen – i retning af UK/US
 - Nogle kontrakter nu total UK/US-stil – internationale lån mv.
 - Visse engelsksprogede kontrakter er klare og anvendelige
 - Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010
 - kan vedtages i stedet for "dansk ret", "italiensk ret" etc.
 - = "lex mercatoria"

Standardkontrakter er nyttige, men....

- **Standardkontrakter sparer tid og er velkendte**
 - AB 92, NSAB, NLM, div. lejekontrakter, forpagtning etc.
 - men brug 20 min. på at tjekke, at deres standardløsninger er relevante her
 - kan ændre totalt på 'baggrundsretten' (= det, der gælder, hvis der ikke aftales andet)
 - jf. pakhusbranden, UfR 1995.856 H
 - Risikoen for opbevaringen af biler, motorcykler mv. flyttedes fra pakhusets ejer til godsets ejere...
 - alene gennem henvisning til NSAB

Kræv kontraktresumé.

- **Fylder én side**
 - giver overblik over det væsentlige
 - henviser til §§ og gengiver essensen
 - nyt kontraktudkast → nyt kontraktresumé

Kræv eksempler i kontrakten.

- **Tal, formler mv. skal illustreres med eksempler**
 - en reguleringsklausul skal fx gennemregnes
 - Arlas tidligere investeringsselskab (MD Invest)
 - rente- og valutaformel i investeringsaftale
 - her citeret fra dagspressen dengang
 - resulterede i negativ rente, dvs. hovedstol reduceret
 - løst ved forlig, dvs. intet UfR-referat

Er det den 'rigtige' aftalepart, du har?

- **Tillykke med, at du har fået Snoldelev-koncernen som kunde**
 - men 'en koncern' kan ikke være part i en kontrakt
 - det kan kun ét eller flere bestemte fysiske eller juridiske personer
 - er det det/de rigtige selskab(er) i koncernen, du har som aftalepart?
 - husk altid tjek via www.cvr.dk (navn, CVR-nr., gratis basale oplysninger, årsrapport online straks: 37 kr. – godt givet ud)
 - skal andre indestå? moderselskab, hovedaktionær
 - må din aftalepart frit kunne overgå til andre (og alligevel fastholde kontrakten uændret)?
 - via fusion, spaltning – kan jo i dag fusionere ud af landet om ønsket!
 - via majoritetsovertagelse (takeover)?
 - ellers: fusionsklausul! (merger clause).

Er din ydelse klart defineret?

- **Alt er hv'er: hvem, hvad, hvornår, hvor?**
 - (og præambelen er: hvorfor?)
 - er alle hv'erne klart defineret?
 - er i særdeleshed din ydelse klart defineret? (hvad, hvornår, hvor)
 - ubehagelig overraskelse i isværkssagen, UfR 2009.437/1 H
 - ydelsen var ikke den enkelte maskine...
 - men samtlige maskiner
 - dvs. da brand undervejs, var ydelse ej præsteret.

Forstår du forbeholdene?

- **Læs lidt ekstra på tilføjelser og forbehold i en sætning**
 - ScanEnergy A/S – contribution agreement
 - indskød eget selskab og fik aktier i ScanE
 - hvis ScanE ej blev børsnoteret: tilbagelevere de modtagne aktier og få det indskudte tilbage...
 - ... fvs. som selskabslovgivningen tillader dette
 - og dét gjorde den ikke.

Tro ikke, at en forudsætning fra dig er 'underforstået'

- **Har du selv forbehold, skal de skrives**
 - den klassiske forudsætningslære er ikke til pæn brug i praktisk kontraktsret
 - forudsætninger, der ikke skrives, kan næsten aldrig bevises
 - se fx gågaden i Herning – forudsatte fradrags- eller afskrivningsret
 - og insisterer du på dine uskrevne forudsætninger, risikerer du at komme i misligholdelse
 - eneforhandleren af 'selvkørende trillebøre' – UfR 2000.1980 H
 - rabatsystem kom ikke med i fornyet kontrakt
 - tilbageholdt 34.000 kr. i rabat – 3 pct. kontantrabat
 - tog herved 'standpunktsrisiko' på tværs af kontraktens tekst.

Husk betydningen af "ham bekendt".

- **To ord gør forskellen mellem**
 - ubetinget løfte (om en bestemt egenskab)
 - "lover", "indestår", "garanterer"
 - kontra en oplysning efter bedste viden
 - ofte med ordene: "... ham bekendt"
 - "Det købte program er sælger bekendt kompatibelt med købers egne eksisterende programmer"
 - salg af Rougs beholderfabrik, Herning – UfR 2009.1598 H – indestod for, at...
 - "Selskabets virksomhed er i overensstemmelse med gældende lovgivning i enhver henseende, herunder men ikke begrænset til pris-, monopol- og arbejderbeskyttelseslove"
 - ikke noget "sælger bekendt".

Også tilsyneladende 'små' pligter i kontrakten kan blive afgørende

- **Også (tilsyneladende) biforpligtelser kan få stor betydning**
 - eller sagt på en anden måde: kontrakten skal holdes – i alle ord og punkter
 - samarbejds- og licensaftale om møbelproduktion
 - UfR 2011.115 H, Effect Furniture International ApS
 - producenten skal inden 6 mdr. efter hvert år sende designeren specificeret, revisorattesteret opgørelse over royalty
 - ”manglende opfyldelse heraf 14 dage efter påkrav er hævegrund”

Man kan ikke 'skrive sig ud' af alt.

- **Skriver man mod bedre vidende, hjælper papiret ikke**
 - UfR 2009.1636 V - salg af en ejendom med egen vandforsyning
 - sælgerens ansvarsfraskrivelse:
 - "Sælger er uden ethvert ansvar for vandets fremtidige kvalitet og kvantitet"
 - der var jern og mangan i vandet...
 - og sælger kom i VL til at forklare, hvordan han altid kørte det gennem en kaffemaskine, før han drak det!

Er exit klart reguleret?

- **Vigtigste element i kontrakten: Hvordan kommer man ud igen?**
 - er det klart reguleret?
 - BYG og Danske Malermestre – UfR 1998.281 H
 - overlod hele sin formue til BYG ved fusion
 - ingen escape-klausul
 - hvordan da løse striden, da malerne kort efter ville ud igen?
 - Højesteret brugte urimelighedsreglen i aftalelovens § 36 – det skal man normalt ikke satse på!

Dette var kun en smagsprøve.

- **Vi har ikke kunnet berøre alt**
 - men nu får I til slut en tjekliste...
 - som også omfatter ting, vi ikke har nævnt...
 - men som taler for sig selv
 - god fornøjelse med jeres næste - gode - kontrakt!

Husk følgende punkter:

- Er parterne entydigt angivet? (CVR.nr. på selskaber etc.)
- Skal andre hæfte? (moderselskab, ultimativ hovedaktionær)
- Påvirk fortolkningen: Angiv hensigt, formål, præambel etc.
- Husk evt. forudsætninger: Er de uskrevne, kan de normalt ikke tages i betragtning
- Brug eksempler
- Gennemregn talmæssige formler m.v. (Medana / BG Banks skrækeksempel)
- Forlang kontraktresumé
- Repetér kontrakten: Er alle hv-spørgsmålene klart besvaret? Hvem, hvad, hvor, hvornår? (og hvorfor?)
- Hvad er løfte, og hvad er kun oplysning?
- Er undladelsespligter helgarderet gennem bod, forbud u/ sikkerhed etc.? (hemmeligholdelse, undladelse af at markedsføre konkurrerende produkter, konkurrenceklausuler, videresalgsforbud, ikke-angrebspligt etc.)
- Er de konkurrenceretligt holdbare?
- Forhåndsftale om, hvordan parterne "giver meddelelse" til hinanden, fx elektronisk?
- Lovvalg – hvilket lands lov?
- Værnetingsaftale? – hvilket lands domstole? En bestemt domstol?
- Voldgift? (sprog, sted, sammensætning)
- Mediation – mæglingsforsøg
- Forpligtelser under tvist? – fortsætte kontrakten, indtil andet er fastslået?
- Bevisbyrde, bevissikring under tvist.