

BERNHARD GOMARD

OBLIGATIONSRET

Almene emner

1. hefte

NATURALOPFYLDELSE



JURISTFORBUNDETS FORLAG
SEPTEMBER 1971

Bogen er renskrevet på IBM-composer
og trykt hos JSN-offset, København.
Bogbinderarbejdet er udført af
Carl Nielsens Bogbinderi, Odense.
Bogomslaget er tilrettelagt af
Dorrit Petersen.

ISBN 87 574 1580 3

INDHOLDSFORTEGNELSE

Kapitel 1. OBLIGATIONSRETTENS BEGREBSAPPARAT

I. Obligationsrettens almindeligste fagudtryk	1
II. Hovedforpligtelser og akcessoriske pligter	7
III. Ensidige og gensidige skyldforhold	8

Kapitel 2. NATURALOPFYLDELSE

I. Indholdet af kravet på naturalopfyldelse og kravets betydning for paterne	11
A. Materielle og processuelle regler om gennemtvungelse af naturalopfyldelse	11
1. Kravet om naturalopfyldelse	11
2. Tvangsfuldbyrdelse af domme	12
3. Virksomme og uvirksomme aftaler	13
B. Dansk og fremmed ret om naturalopfyldelse	13
C. Interesserne bag kravet om naturalopfyldelse	15
D. Systematikken i fremstillingen i kapitlet	18
II. Begrænsning af retten til at kræve naturalopfyldelse som konsekvens af kreditors pligt til at mindske sit tab	20
1. Realkreditors krav på naturalopfyldelse	20
2. Realdebitors krav på naturalopfyldelse	22
3. Standardvilkår	22
III. Krav på aftalt vederlag mod at stille egen ydelse til disposition. Annullation	23
A. Hovedreglen om annullation	23
1. Annullation forpligter medkontrahenten til tabsbegrænsning	23
2. Afbestilling nedsætter eller udelukker afbestillerens ansvar	25
3. Hovedpunkter af reglerne om afbestilling	25
4. Almindelige regler om annullation	27

B. Erstatningsberegningen ved annullation og modifikation i hovedreglen i enkelte kontraktsforhold	30
1. Entreprise og bestillingskøb	30
2. Transportaftaler	32
3. Lejekontrakter	33
4. Køb	34
5. Mandatskontrakter	35
6. Tjenestekontrakter	36
IV. Retsstillingen hvor naturalopfyldelse og erstatning ikke er økonomisk ækvivalente ydelser	37
A. Prisstigninger og øgede udgifter	37
B. Andre opfyldelseshindringer	40
1. Om retsstillingen i almindelighed	40
2. Særligt om entreprise	43
3. Særlig om vanhjemmel ved overdragelser	45
V. Umulighed og dens betydning for afviklingen af kontrakten	50
A. Umulighed som ugyldighedsgrund	50
B. Aftaler, der strider mod bestemmelser i lovgivningen ..	54
VI. Opfyldelse af aftaler om ydelser af personlig karakter	54
VII. Kravet på naturalopfyldelse, hvor en mangelfuld ydelse er præsteret	58
A. Problemstillingen. Afhjælpning, omlevering og efterlevering	58
1. Hovedreglen	58
2. Særregler	59
3. Leje	60
B. Omlevering (ombytning) af mangelfulde speciesydelser	60
C. Afhjælpningsret-og afhjælpningspligt	62
1. Lovgivningens almindelige regler	62
2. Fabrikant- og sælgergarantiers betydning for retten og pligten til afhjælpning	65

Kapitel 1

OBLIGATIONSRETTENS BEGREBSAPPARAT

I. Obligationsrettens almindeligste fagudtryk

Som de fleste fagområder har også obligationsretten sine idiomer. Oversigten her under I har til formål at tjene som ordliste.

Emnet for obligationsretten er forholdet mellem parterne i *skyldforhold*. Karakteristisk for et skyldforhold er, at en part har en *fordringsret* på en anden (énsidige skyldforhold) eller at parterne har fordringsrettigheder på hinanden (gensidige skyldforhold), jfr. nærmere nedenfor under III. En fordringsret er et retskrav mod en person, debitor eller skyldneren, på præstation af en *ydelse* til kreditor (fordringshaveren) eller en trediemand. Begrebet en ydelse spænder vidt. Skyldnerens pligt kan f.eks. bestå i at skulle betale nogle penge, at levere en ting, at udføre en transport, en reparation eller anden arbejdsopgave eller at arbejde som arbejdstager for kreditor (arbejdsgiveren), at undlade visse handlinger.

Retsvirkningerne af et skyldforhold indskrænker sig ikke altid til, at en part eller parterne skal præstere en ydelse, hvis nærmere karakter såsom tidspunktet for opfyldelse, mængde, kvalitet etc. er bestemt af en række krav, der er indeholdt *enten* i en aftale mellem parterne og supplerende regler af deklaratorisk eller præceptiv karakter *eller* i reglerne om erstatningskrav udenfor kontrakt eller om berigelseskrav (restitutionskrav). Udover at danne grundlaget for forpligtelsen til at opfylde kravet om præstation af *hovedydelsen* påvirker skyldforholdet ofte på en række punkter parternes – og under tiden i et vist omfang også trediemands – retsstilling, i almindelighed på en sådan måde, at kreditors interesse i at kunne udnytte ydelsen og debtors interesse i at kunne frigøre sig for forpligtelsen, betrygges. De forpligtelser af denne art, der påhviler skyldforholdets parter kaldes *biforpligtelser* eller *akcessoriske* pligter, jfr. nærmere neden for under II.

Anerkendelsen af forpligtelser for trediemand til ikke at lægge hindringer i vejen for afviklingen af skyldforholdet indebærer en retsbeskyttelse af fordringsretten overfor trediemand og falder således i princippet uden for obligationsrettens emne.

En meget væsentlig del af undersøgelsen af retsstillingen mellem parterne i skyldforhold deler sig naturligt i fire hovedspørgsmål:

- 1) hvilke krav stilles af aftale og retsregler til hovedydelsen eller ydelserne i skyldforholdet?
- 2) hvilke akcessoriske forpligtelser påhviler der parterne?
- 3) under hvilke betingelser ophører debtors forpligtelse til præstation af ydelsen ved opfyldelse og på anden måde?
- 4) hvad er følgen af, eller hvilke retsvirkninger indtræder, hvis kravene til ydelsen ikke opfyldes?

To yderligere hovedspørgsmål i obligationsretten er problemerne i forbindelse med udskiftning af retssubjekt på henholdsvis kreditor- eller debtorsiden og den indflydelse, det har på de almindelige fordringsretlige regler, at kreditor eller debitor er en flerhed af personer.

Kravene til ydelsen eller spørgsmålet om, hvad der er *rigtig ydelse* i skyldforhold, der grunder sig på aftale er, så langt kontraktfriheden rækker, et spørgsmål om aftalers fortolkning og supplerende (udfyldning) med deklaratoriske retsregler. Nær forbindelse med dette første spørgsmål har både redegørelsen for fordringsophør ved *opfyldelse* og beskrivelsen af retsstillingen i tilfælde af ikke-opfyldelse, fordi hovedbetingelsen for opfyldelse er præstation af rigtig ydelse, medens forudsætningen for, at situationen ikke-opfyldelse indtræder – i kraft af definitionen – er, at der *ikke* præsteres rigtig ydelse.

Karakteristisk for fordringsrettigheder og andre krav på bestemte ydelser som f.eks. vindikationskrav er, at de – i modsætning til rådighedsrettigheder – går ud på, *at* den forpligtede skal præstere en ydelse, f.eks. betale et pengebeløb, erlægge en ting, præstere et arbejde eller anden ydelse, og *at* fordringen ophører, når denne ydelse er erlagt til den berettigede.*) En fordringsret tager således efter sit eget indhold i almindelighed sigte på at blive bragt til ophør

*) *Arnholt* 1 s. 76 f og om panterrettigheder v. *Eyben*: Formuerettigheder s. 46 ff.

eller indeholder dog en anvisning på, hvordan den kan bringes til ophør.*) Går alt normalt, ophører fordringen ved opfyldelse. Kun erlæggelse af den ydelse, skyldforholdet pålægger debitor at præstere, er en opfyldelse af fordringen.

Bringes fordringen efter ved ydelsestidens indtræden at være blevet afviklingsmoden ikke til ophør ved opfyldelse, og er fordringen ikke ophørt af andre grunde end opfyldelse, f.eks. ved forældelse eller præklusion, indtræder der retsvirkninger af forskellig karakter alt efter grundene til, at ydelsen ikke er erlagt. Som samlebetegnelser for de enkelte typer af situationer og retsvirkninger benyttes ordene *misligholdelse*, *fordringshavermora* og *kreditørrisiko*. Alle tilfælde, hvor en fordring er forblevet uopfyldt, betegnes – uanset baggrund og retsvirkninger – med det negative udtryk *ikke-opfyldelse*. Dette udtryk har kun fremstillingsteknisk betydning. Det er praktisk at have en fælles betegnelse for aftaler, der ikke er opfyldt og ej heller på anden måde bragt til ophør. Situationernes forskelligartethed gør, at der ikke om alle tilfælde af ikke-opfyldelse kan opstilles fællesregler.

Kravene til ydelsen, f.eks. til salgsgenstandens kvalitet eller til afleveringstiden for en entreprise, falder sammen med debtors *principale* pligt i skyldforholdet eller pligten til at præstere *naturalopfyldelse* og udgør sammen med de akcessoriske pligter fordringsrettens indhold.

Præstation af ydelsen er debtors *principale* hovedforpligtelse. Opfyldes denne pligt ikke, opstår efter omstændighederne andre *subsidiære* pligter, f.eks. at betale erstatning eller tåle at vederlaget (modydelsen) holdes tilbage. Hovedreglen er, at kreditor i tilfælde af ikke opfyldelse kan vælge mellem *enten* at søge at gennemtvinge opfyldelse af debtors *principale* pligt ved at stille krav om *naturalopfyldelse* eller at *hæve* kontrakten og derved fritage begge

*) Fordringer og andre krav, der er *evige* i den forstand, at der påhviler debitor en pligt uden tidsbegrænsning til at præstere periodiske ydelser er forekommet, men modvirkes i almindelighed af lovgivningen, sml. om Grundbyrdelev, v. *Eyben*: Formuerettigheder s. 53–55 og *Fr. Vinding Kruse*: Ejendomsretten III s. 1466 f. – *Varige* skyldforhold, som f.eks. leje- eller arbejdsaftaler, kan i almindelighed bringes til ophør ved opsigelse. – I Realkreditinstitutionslovens §§ 13–15 findes reglerne om den maksimale amortisationstid for de lån, der er omfattet af loven. I øvrigt gælder der efter Renteloven af 1942 er faldet bort, ingen begrænsninger af aftalefriheden vedrørende opsigelsesvilkårene for pantegæld, se i øvrigt om uamortisable lån med pant i fast ejendom Realkreditkommissionens betænkning, nr. 552 af 1970, s. 164 f og Betænkning om åger, nr. 604 af 1971, s. 25.

parter for deres principale forpligtelse. Alt efter kontraktens skæbne i øvrigt kan krav om erstatning, hvor erstatningsbetingelserne er opfyldt, gøres gældende, *enten* således at erstatningen udmåles som kompensation for forsinket erlæggelse af eller for mangler ved den modtagne ydelse *eller* som kompensation for den udeblevne (eller tilbageleverede) ydelse eventuelt med tillæg af dækning af andet tab i forbindelse med misligholdelsen.

Særlige *opfyldelseshindringer* kan bevirke, at den forpligtelse, der påhviler debitor til at bringe fordringen til ophør ved opfyldelse, ændres eller ophører. Adskillige opfyldelseshindringer er dog uden betydning for debtors pligt til at præstere opfyldelse i overensstemmelse med aftalens indhold, således f.eks. i almindelighed prisstigninger og vanskeligheder ved fremskaffelsen af materialer og arbejdskraft. Som eksempel på en opfyldelseshindring, der bringer debtors pligt til ophør, kan nævnes salgsgenstandens hændelige undergang før levering i specieskøb. Da hindringen imidlertid, foruden at bringe sælgerens forpligtelse til ophør samtidig betager ham retten til købesummen (modydelsen), kaldes sådanne tilfælde af ikke-opfyldelse i gensidige skyldforhold, hvor begge parter både er debitor og kreditor, for *misligholdelse*, selvom hindringens indtræden ikke kan bebrejdes skyldneren, og selvom denne derfor som oftest ikke er erstatningspligtig. Ved denne sprogbrug opnås under én benævnelse at få samlet alle tilfælde, hvor en part er berettiget til at undlade at opfylde fra sin side (i eksemplet at betale købesummen), fordi modydelsen (i eksemplet salgsgenstanden) udebliver.

Enkelte opfyldelseshindringer ophæver i nogle kontraktsforhold, navnlig arbejdsaftaler, debtors præstationspligt *uden* samtidig at betage ham vederlagskravet. Som eksempel på tilfælde, hvor kreditor således bærer risikoen for begivenheder, der udelukker opfyldelse fra debtors side, ofte kort kaldet *kreditorrisiko*, kan nævnes arbejdstagers krav på sygeløn eller på løn under militærtjeneste, jfr. nærmere særligt om funktionærers retsstilling på disse punkter bestemmelserne i Funktionærlovens §§ 5, 6, 7, stk. 3. I langt de fleste tilfælde af ikke-opfyldelse bærer imidlertid skyldneren risikoen for sin egen ydelse i den forstand, at hans krav på vederlaget bortfalder, hvis ydelsen ikke erlægges.

Strander opfyldelsen af debtors forpligtelse på kreditors forhold, indtræder *fordringshavernora*, jfr. herved situationsbeskrivelserne i

Købelovens § 33 og Gældsbrevslovens § 6.)* Situationen kan være den, at kreditor ikke kan eller ikke vil modtage ydelsen, eller at han ikke har opfyldt de betingelser, som gælder for skyldnerens opfyldelsespligt, f.eks. ikke har betalt eller stillet sikkerhed for vederlaget eller ikke har legitimeret sig behørigt som kreditor. Grundtanken bag retsreglerne om virkningen af fordringshavermora er, at debtors forpligtelse i almindelighed opretholdes, men med sådanne lempelser at den udsættelse med opfyldelsen, som kreditors forhold påtvinger debitor, ikke påfører ham udgifter eller væsentlig ulempe, jfr. herved navnlig Købelovens §§ 33–37. Fordringshavermora berører i almindelighed ikke debtors krav på vederlaget.

Fremstillingerne af kravene til ydelsen og af de retsfølger, der indtræder, hvis kravene ikke opfyldes, angår fordringsrettens indhold. Redegørelsen for kravene til ydelsen er en beskrivelse af indholdet af debtors forpligtelse i normale tilfælde, hvor opfyldelseshindringer ikke bringer forpligtelsen til ophør eller udelukker dens opståen. Opfylder debitor sin pligt, ophører fordringen ved opfyldelse. Redegørelsen for retsfølgerne angår, for så vidt angår misligholdelse, som udgør den praktisk vigtigste gruppe af ikke-opfyldelsestilfælde, indholdet af kreditors ret, hvor skyldneren ikke frivilligt opfylder fordringen. Denne todeling af fremstillingen stemmer overens med en udformning af retsreglerne, der er almindelig i lovgivningen. I adskillige love beskrives indholdet af debtors forpligtelse i nogle bestemmelser, medens der i andre gøres rede for under hvilke betingelser, kreditor kan udøve *misligholdelsesbeføjelser* overfor debitor. Købelovens §§ 12 og 13 bestemmer således, hvornår sælger skal levere salgsgenstanden, medens Købelovens §§ 21–24 handler om sælgerens sanktionsrisiko, såfremt forpligtelsen ikke opfyldes i overensstemmelse med det indhold forpligtelsen efter aftalen og lovens supplerende regler har. I Lejeloven bestemmer § 33, stk. 1, hvornår betaling af leje skal ske, medens § 63, stk. 1, nr. 1, og stk. 2, indeholder regler om udlejerens adgang til ophævelse af

*) Ordet fordringshavermora er opstået ved en krydsning mellem dansk og latin. Ordet mora bruges oprindeligt i sammensætningerne *mora debitoris* og *mora creditoris* som betegnelse for erstatningspådragende forsinkelse og senere f.eks. af *Lassen* efter Købeloven for al forsinkelse, jfr. herved *Lassen*: Alm. del s. 415 med note 1 og 2. Foruden i fordringshavermora bruges ordet endnu i *morarente* (= forhalingsrente), d.v.s. en rente der regnes fra den dag, hvor gælden skulle være betalt, jfr. Gældsbrevslovens § 62, stk. 1.

lejemålet, den alvorligste af de sanktioner, lejerer er udsat for ved tilsidesættelse af pligten efter § 33, stk. 1.

I denne fremstilling er der sat lighedstegn mellem begreberne "fordringsrettens indhold", "kravene til ydelsen" og "skyldnerens hovedforpligtelse i normale situationer". I modsætning hertil gør *Ussing* i Almindelig Del s. 20 f og 51 f gældende, at kun rigtig ydelse (forstået som den ydelse, hvis præstation bringer fordringen til ophør ved opfyldelse) og ikke skyldnerens pligt er egnet til at stå som overskrift over fremstillingen. *Ussing* fremhæver, at det er hensigtsmæssigt at kunne beskrive kravene til ydelsen uden at måtte tynde beskrivelsen med forbehold om de situationer, hvor skyldneren ikke som f.eks. i tilfælde af fordringshavermora altid har pligt til at præstere rigtig ydelse. Hertil kommer, at i tilfælde af oprindelig umulighed – en solgt ting er f.eks. allerede ved aftalens indgåelse ødelagt eller beskadiget (mangelfuld) – kan skyldneren ikke godt siges at være pligtig at præstere rigtig ydelse. Hans pligt er jo fra begyndelsen kun eventuelt at skulle svare erstatning. Ansvarer kan ikke godt betegnes som en konsekvens af en pligtkrænkelse, hvor ansvar ifaldes efter objektive regler som f.eks. Købelovens § 59.

I almindelig sprogbrug forudsætter eksistensen af en pligt måske, at erstatningsansvaret kan tilskynde til opfyldelse. I hvert fald forudsætter motivation, at opfyldelse er mulig for skyldneren. Endnu fjernere fra almindelig sprogbrug er at tale om en pligt, hvor skyldneren hverken kan dømmes til at opfylde *in natura* eller til at svare erstatning. Skyldneren kan ikke siges at være forpligtet til at yde, fordi kreditor på grund af ikke-opfyldelsen kan hæve aftalen og skyldneren således i almindelighed mister sit vederlagskrav.

Forskellen i terminologi i *Ussings* fremstilling og i de fleste andre, der som her taler om ret og pligt er uden reel betydning. Realiteterne både i retsreglerne og i fremstillingerne af reglerne ligger fast. Opfyldelseshindringer af forskellig art kan på forskellig måde påvirke skyldforholdet. Det er en væsentlig opgave at slå fast, hvilken ydelse debitor normalt er forpligtet til at præstere eller ville have været pligtig at præstere, om ingen opfyldelseshindringer havde foreligget. I sidstnævnte tilfælde har præciseringen af normalkravene betydning for stillingtagen til følgerne af ikke-opfyldelsen, navnlig erstatningskrav, afslagsbeføjelse og hævebeføjelse. Om beskrivelsen af skyldforholdets normale krav til skyldneren skal have overskriften kravene til ydelsen (rigtig ydelse), eller skyldnerens ydelsespligt (fordringsrettens indhold) uden for tilfælde af befriende eller modificerende opfyldelseshindringer er en smagssag. *Lassen* anvendte i sin Håndbog i Obligationsretten, Almindelige del, udtrykket fordringsrettens indhold, jfr. navnlig s. 3 med henvisninger til ældre litteratur i note 1.

II. Hovedforpligtelser og akcessoriske pligter

Debitors hovedforpligtelse er at præstere den skyldige ydelse, i de fleste tilfælde ved erlæggelse til kreditor. Udlejeren skal stille den lejede lejlighed til disposition for lejereren, og denne skal betale lejen. Sælgeren skal levere salgsgenstanden, og køberen skal betale købesummen. Ingen positiv erlæggelseshandling fordres derimod af den, der har forpligtet sig til ikke at påføre en anden konkurrence. Udover hovedforpligtelsen påhviler der i kraft af skyldforholdet ofte parterne visse yderligere forpligtelser, kaldet *biforpligtelser* eller *akcessoriske forpligtelser*. Biforpligtelsernes formål er at beskytte kreditors interesser og lette debitor opfyldelsen af aftalen. En arbejdstager har f.eks. en vis loyalitetspligt overfor sin arbejdsgiver. jfr. herved Konkurrencelovens § 11, en sælger har efter omstændighederne en vis pligt til at advare køberen mod salgsgenstandens farlige egenskaber eller at instruere ham om dens rette brug, en kontrahent har en vis reklamations- og meddelelsespligt overfor sin medkontrahent, hvor der er behov for en afklaring af aftalens indhold eller afvikling, jfr. til illustration bestemmelserne i Aftalelovens §§ 4, stk. 2, og 6, stk. 2, samt Købelovens §§ 27 og 52.

Skyldforholdets indhold er ikke udtømt med hovedforpligtelserne, pligten til at præstere selve de aftalte ydelser, men omfatter også krav om en vis rimelig hensyntagen til den anden parts interesser. Udenfor kontraktsforhold ifaldes kun i begrænset omfang ansvar for undladelser; men jo nærmere parterne er i kontakt med hinanden, jo lettere statueres ansvar bl.a. for undladelser. Kontraktsforholdet mellem parterne fremkalder en drejning af de almindelige erstatningsregler, der gælder udenfor kontrakt. Anerkendelsen af en akcessorisk forpligtelse, som f.eks. omsorgspligten efter Købelovens § 55 eller pligten til at svare renter efter Gældsbrevslovens § 6, stk. 2, betyder ofte bl.a. at skyldneren ifalder ansvar for undladelse. I øvrigt kan kravet om erstatning ved overtrædelse af akcessoriske forpligtelser ikke éntydigt placeres som et kontrakts- eller et deliktsansvar. Et ofte vanskeligt spørgsmål er, hvorvidt skader med nogen tilknytning til en aftale, f.eks. beskadigelser af kundens ting under udførelse af et arbejde, en transport eller opbevaring, skal behandles efter almindelige deliktsregler eller er undergivet særlige regler i kontrakter eller lovgivningen om kontraktskrav. Sådanne spørgsmål finder som oftest

bedst en rimelig løsning ved isoleret afgørelse af om den enkelte regel – aftalevilkår eller lovregel – efter sin ordlyd og sit formål bør omfatte skader af den karakter sagen angår.

Biforpligtelserne er imidlertid ikke alene bærere af erstatningsregler. Overtrædelse kan også have andre følger. Oversiddelse af en pligt til reklamation medfører således i almindelighed, at kreditor mister en adgang, han ellers ville have haft, til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende mod skyldneren. Hvor overtrædelsen af biforpligtelser forringer kreditors interesse i eller udbytte af aftalen, kan han hæve, såfremt overtrædelsen er af væsentlig betydning for retsforholdet i sin helhed. Arbejdsgiveren kan f.eks. bortvise en arbejdstager, der i strid med Konkurrencelovens § 11 røber væsentlige forretningshemmeligheder.*)

Hovedpligten til at præstere selve ydelsen er i almindelighed fastlagt ved aftalen,**) den skadegørende adfærd eller anden retsstiftende kendsgerning. Bipligterne er derimod oftest uomtalt i aftalen og følger direkte af supplerende retsregler. Pligternes art og omfang afhænger ikke blot af aftalens art, men også af parternes adfærd og forholdene i øvrigt, ved skyldforholdets tilblivelse, medens det består og under dets afvikling.

De akcessoriske pligter er af vidt forskellig karakter. Fællesregler med et præcist indhold, der omfatter alle disse pligter, lader sig derfor ikke opstille. For så vidt begrænser begrebets systematiske værdi sig til det negative at tjene til påpegning af, at de almindelige misligholdelsesregler angår ikke-opfyldelse af hovedforpligtelserne. Som oftest har begge parter i et skyldforhold akcessoriske pligter. Med udtrykkene *kreditor* og *debitor* tænkes i almindelighed på hovedforpligtelsens kreditor og debitor. Tales om kreditors og debtors akcessoriske pligter, tænkes på kreditor og debitor efter hovedforpligtelsen. Et skyldforhold er ensidigt, såfremt kun én af parterne er underkastet en hovedforpligtelse.

III. Ensidede og gensidige skyldforhold

Et fordrings- eller skyldforhold kan kun bestå mellem to eller flere –

*) Jfr. nærmere *Gomard*: Erstatningsregler s. 160 ff og særligt om arbejdsaftaler *Carlsen*: Funktionærret s. 171 ff.

**) Størrelsen af et pengevederlag er dog ofte ikke aftalt, jfr. herom Købelovens § 5.

fysiske eller juridiske – personer. Den retten tilkommer kaldes kreditor eller fordringshaver, og den, den tilsvarende forpligtelse påhviler, kaldes debitor eller skyldner. Indtræder sammenfald af kreditor og debitor ved overdragelse af fordringen, ved arv eller på anden måde, er fordringen ophørt ved *konfusion*, jfr. *Ussing: Almindelig Del* s. 374.

Ved fordringsrettigheder stiftet på anden måde end ved aftale, er forholdet mellem parterne i almindelighed *ensidigt*. Kun den ene part skal præstere en ydelse. Dette gælder erstatningskrav uden for kontraktsforhold. Den ansvarlige skadevolder skal godtgøre skadelidte hans tab ved betaling af et tilsvarende pengebeløb. Skadevolderen får intet til gengæld. Ved betalingen kan skadevolderen ligesom andre skyldnere i almindelighed kræve kvittering, d.v.s. et bevis for modtagelsen, men ikke at kreditor udsteder en saldokvittering og derved giver afkald på eventuelle yderligere krav.*) Den opfyldende skyldner kan ligeledes kræve eventuelle udstedte særlige legitimationspapirer tilbageleveret, jfr. således Gældsbrevslovens § 21 om omsætningsgældsbreve.

Aftaler om ensidige skyldforhold forekommer, således tilsagn om gaver eller om kaution uden vederlag; men de fleste aftaler er gensidigt bebyrdende, d.v.s. angår udveksling af ydelser, der efter parternes opfattelse forholder sig til hinanden som vederlag. I en del aftaler er selve de udvekslede ydelser vederlag for hinanden, således i køb og bytte. Andre aftaler, f.eks. om leje, opbevaring og transport, er også gensidigt bebyrdende, men betalingen er ikke vederlag for den lejede, opbevarede eller transporterede ting, men kun for brugen, opbevaringen eller transporten.

I gensidigt bebyrdende aftaler er begge parter både kreditor og debitor. Hvor talen er om et enkelt kontraktsforhold bruges betegnelser for parterne, som ikke kan misforstås, således sælger/køber, udlejer/lejer, udlåner/låner, långiver/låntager eller arbejdsgiver/arbejdstager. Denne mulighed består ikke i den almindelige obligationsret. I de talrige skyldforhold, hvor den ene part skal betale penge som vederlag for en ydelse af anden art, er det praktisk at have benævnelser for betaleren og for den, der skal erlægge naturalydelsen. Hvor ydelsespligten er betaling af penge, kaldes i denne fremstilling parterne for *pengedebitor* og *pengekreditor*, medens

*) Jfr. UFR 1931.783 samt *Ussing: Alm. Del* s. 308 og *Arnholm: Obligationsret* s. 121.

parterne ved fordringer på andre ydelser betegnes som *realdebitor* og *real kreditor*. Også udtrykkene kreditor og debitor er dog anvendelige, hvor det af sammenhængen fremgår, hvilken forpligtelse der haves for øje, og disse udtryk kan anvendes om ethvert skyldforhold, uanset arten af den ydelse parterne skal præstere.

Kapitel 2

NATURALOPFYLDELSE

I. Indholdet af kravet på naturalopfyldelse og kravets betydning for parterne

A. Materielle og processuelle regler om gennemtvungelse af naturalopfyldelse

1. Kravet om naturalopfyldelse

Opfylder en debitor ikke frivilligt sin forpligtelse efter en gensidigt bebyrdende aftale, kan kreditor – såfremt der foreligger en væsentlig, ansvarspådragende misligholdelse – vælge mellem at hæve aftalen og kræve erstatning for det tab, han måtte lide ved ikke i stedet for det aftalte vederlag at modtage ydelsen, *eller* fastholde aftalen og i forbindelse hermed kræve erstatning for det tab, der påføres ham ved en eventuel forsinkelse af opfyldelsen. En køber kan således kræve, at sælgeren leverer salgsgenstanden, jfr. om løsørekøb Købelovens § 21, en lejer kan kræve sig indsat i den lejlighed, han har lejet, jfr. Lejelovens § 22, og en långiver kan kræve lånet tilbagebetalt i overensstemmelse med bestemmelserne herom i låneaftalen. En kreditor, der vælger at fastholde aftalen, kan opnå en eksegibel dom eller en anerkendelsesdom, som pålægger debitor at opfylde eller anerkende sin forpligtelse, eller kreditor kan ved en umiddelbar fogedforretning blive indsat i besiddelsen af de købte eller lejede ting. Afsigelse af fuldbyrdelsesdom forudsætter vistnok i almindelighed ikke, at forfaldstiden er indtrådt ved sagens anlæg, men forfaldstiden må være kommet ved optagelsen af sagen til dom, jfr. nærmere Tvistemål s. 128 med note 29.

Krav om opfyldelse in natura kan forekomme ikke blot i form af en påstand i en stævning eller krav i en fogedrekvisition, men også som et udenretligt påkrav. Et påkrav er en nødvendighed for at aktualisere debitorens forpligtelse, hvor ikke

et bestemt tidspunkt for opfyldelsen er fastsat eller fremgår af omstændighederne, jfr. Købelovens § 12.

Forkyndelse af stævning har samme virkning som et udenretligt påkrav, jfr. herved UfR 1919.861. Sagsomkostninger kan dog ikke gives for retsskridt, der er foretaget uden rimelig begrundelse, jfr. Retsplejelovens § 312, stk. 2. Fremstillingen i dette kapitel af krav om opfyldelse in natura¹ omfatter ikke udenretlige påkrav, der fremsættes for at fastsætte et tidspunkt for opfyldelsen eller søgsmål, der anlægges på et tidspunkt, hvor skyldneren (endnu) ikke har misligholdt sin pligt, sml. *Ussing*: Almindelig del s. 60 f, *Arnholm* III s. 240 og *Rodhe* s. 368 f.

2. Tvangsfuldbyrdelse af domme

Værdien og betydningen af retten til at kræve dom til naturalopfyldelse beror selvsagt på, hvilke regler der gælder om fuldbyrdelse af dommen. Domme til opfyldelse af en pengeforpligtelse fuldbyrdes efter reglerne i Retsplejelovens kapitel 47 om "fuldbyrdelse af domme, der lyder på udredelse af penge", og en dom til opfyldelse in natura af andre forpligtelser end pengeskyld kan fuldbyrdes efter reglerne i Retsplejelovens kapitel 46 om "fuldbyrdelse af domme, der ikke lyder på udredelse af penge". De tvangsmidler, der efter kapitel 46 står til rådighed for domhaveren, er: omsætning af domhaverens interesse i opfyldelsen af dommen til penge og inddrivelse af dette beløb, jfr. §§ 493 og 497, fratagelse domfældte (debitor) med magt af ting, som ved dommen er tilkendt domhaveren (kreditor), jfr. §§ 494 og 495, udførelse af arbejde eller lignende ved andre for domfældtes regning, jfr. § 496, og straf, jfr. § 499. Hvor domhaveren anmoder om konvertering af sit krav til penge efter § 493, skal vurderingen ske ud fra forholdene ved foretagelsen af fogedforretningen. Tvangsmidlerne er nærmere omtalt i *Gomard*: Fogedret s. 146 ff. Der antages bl.a., at reglen i § 495 om domme til udlevering af "en rørlig ting" også kan anvendes på domme til opfyldelse af genuskraft, hvor kreditor har en særlig interesse i at få rådighed over en ting af den art, han har erhvervet ret til ved aftalen.*¹)

*) I samme retning går UCC 2-716 (1), der hjemler specific performance d: naturalopfyldelse, som kan gennemtvinges ved straf (for contempt of court) eller på anden egnet måde, sml. herved Federal Rules of Civil Procedure, rule 70, over for sælgeren af "unique goods". Bestemmelsen lægger ved afgørelsen af, om ting er "unique", vægt på "the commercial feasibility of replacement" frem for på aftalens karakter af species- eller genuskraft, jfr. Comment 2. Se også tysk ZPO § 884.

I domssamlingerne forekommer domme om erstatning i langt større tal end domme til naturalopfyldelse.*) Heraf kan dog ikke sluttes, at adgangen til at kræve naturalopfyldelse er uden større praktisk betydning. Retsregler og ikke mindst regler om sanktioner har – må man håbe – betydning i langt flere tilfælde end i dem, der forelægges domstolene, og som den følgende fremstilling viser, er erstatning vel ofte, men langt fra altid et fuldgældigt ækvivalent for selve den lovede ydelse. Skyldnerens vrangvilje kan bevirke, at kreditor er bedst tjent med en erstatning i penge; men undertiden er fremtvingelse af selve ydelsen dog at foretrække således f.eks. som oftest for erhververen af en fast ejendom, en lejer, som nægtes adgang til det lejede, eller en køber af kunstgenstande eller andre unika, som nægtes levering.

3. Virksomme og uvirksomme aftaler

Særlige omstændigheder, der foreligger allerede ved aftalens indgåelse eller indtræder senere, kan bevirke, at de løfter, aftalen indeholder, ikke er gyldige eller bliver uvirksomme (mister deres bindende virkning).** I så fald kan kreditor (løftemodtageren) hverken kræve naturalopfyldelse eller erstatning af sin økonomiske interesse i opfyldelsen. Hvor der i dette kapital tales om undtagelser fra hovedreglen om, at kreditor kan kræve opfyldelse in natura, tænkes kun på bindende aftaler. Hvor sammenhængen mellem hindringernes beskaffenhed gør det rimeligt, er dog for oversigtens skyld også nævnt enkelte hindringer for opfyldelse in natura, der tillige har den videregående virkning, at de bringer aftalen til ophør.

B. Dansk og fremmed ret om naturalopfyldelse

Reglerne om naturalopfyldelse afviger stærkt fra hinanden i forskellige lande. I den tyske BGB fremtræder naturalopfyldelse som hovedregel. Erstatning kommer kun på tale, hvor naturalopfyldelse er umulig eller dog kun ville være mulig med uforholdsmæssige bekostninger eller er utilstrækkelig til tilfredsstillelse af kreditors interesse, jfr. §§ 241, 249 og 251 BGB. Omvendt hjemler engelsk-

*) Se herved *Stig Jørgensen*: 4 afhandlinger s. 31 ff.

**) Se om terminologien *Ussing*: Aftaler, s. 117 f og 485, samt *Amholm II* s. 17 f og I s. 49 f.

amerikansk ret kun krav på naturalopfyldelse, hvor en erstatning i penge ikke i den foreliggende situation ville give kreditor en rimelig godtgørelse af hans interesse i aftalens opfyldelse. "Specific performance" kommer kun på tale, hvor "damages" er et "inadequate remedy", jfr. *Cheshire and Fifoot* s. 565 og Restatement of contracts § 358. *Holmes* beskriver derfor debtors forpligtelse efter Common Law ikke som bestående af en principal leveringspligt og en subsidiær erstatningspligt, jfr. *Gomard*: Erstatningsregler s. 9 med note 3, men som et alternativ: en pligt til enten at opfylde eller betale erstatning.*)

Dansk ret afviger fra anglo-amerikansk ret derved, at adgangen til at få dom til naturalopfyldelse i almindelighed ikke er betinget af, at kreditors interesser ikke ville være tilstrækkelig tilgodeset ved gennemførelse af et erstatningskrav.***) Uanset begrænsninger af retten til naturalopfyldelse er uomtalt i Købelovens §§ 21 og 28, fører dog reglerne om kreditors forpligtelse til at undgå unødvendige tab så væsentlige begrænsninger i adgangen til at fastholde aftalen med sig, at vor ret, som omtalt nedenfor under II, navnlig i den almindelige varehandel nærmer sig stærkt det anglo-amerikanske standpunkt.

Adgangen til at få dom til naturalopfyldelse er mere begrænset i Danmark end i Tyskland. I Tyskland er de nødvendige begrænsninger af adgangen til at gennemtvinge opfyldelsen af aftaler alene indbygget i reglerne om tvangsfuldbyrdelsen. Efter tysk ret kan der således i modsætning til, hvad gælder i Danmark, jfr. nedenfor under VI, gives dom også til opfyldelse af tjenesteaftaler. Den reelle forskel i retsstillingen, er dog ikke stor, thi i Tyskland kan dommen til naturalopfyldelse af en arbejdsaftale ikke tvangsfuldbyrdes på anden måde end ved gennemførelsen af krav på erstatning for den skade, domhaveren lider ved, at dommen ikke respekteres, jfr. § 888, stk. 2, ZPO og *Schönke-Baur* s. 164 f. Den reelle forskel indskrænker sig således til, at mens erstatningskravet i Danmark fastsættes straks ved dommen, kan kreditor i Tyskland, om han vil, først søge dem til naturalopfyldelse og derefter, hvis domfældte ikke frivilligt opfylder

*) *Holmes*: The Common Law, 1881, s. 301. Se nærmere om fremmed ret *Zweigert-Kötz* s. 162 ff, *Dawson* i 57 Mich. Law Rev. (1959) 495 ff, *Stig Jørgensen*: 4 Afhandlinger s. 7 ff og *Selvig* i 5 Afs (1964) s. 554 ff.

**) Jfr. herved UFR 1923.331 og Fogedret s. 146.

dommen, fremsætte sit erstatningskrav. Tidspunktet for foretagelsen af erstatningsudmalingen bliver herved udskudt.

I denne fremstilling kaldes også betaling af det aftalte vederlag i penge for naturalopfyldelse.*) Skellet mellem erstatning og naturalopfyldelse er vel mindre skarpt ved pengeforpligtelser, end hvor den principale ydelse består af andet end penge, men beregningen af kravene på det aftalte vederlag og på erstatning af opfyldelsesinteressen sker dog på forskellig måde.

C. Interesserne hos parterne bag kravet om naturalopfyldelse

Både som et hjælpemiddel til brug ved fortolkningen af – eller med et andet udtryk som en bestanddel af retskilderne til – gældende danske retsregler om naturalopfyldelse og som led i billedet af kontraktshandhævelsesreglernes funktion har det betydning at klarlægge, hvilke interesser der tilgodeses ved indrømmelsen og gennemførelsen af krav på naturalopfyldelse.

I mange tilfælde kommer det både for debitor og kreditor ud på et, om en aftale opfyldes in natura, eller om debitor skal svare kreditor erstatning i penge for hans opfyldelsesinteresse. Dette er således i almindelighed tilfældet ved aftaler om levering af gængse varer. Far kreditor ikke varen fra debitor, kan han enten kræve den leveret af debitor eller bestille den andetsteds og afkræve debitor den eventuelle prisdifference; og debitor må enten levere eller godtgøre kreditor den merpris, denne må betale til anden side. Merprisen svarer i almindelighed til det beløb, debitor vil kunne opnå ved nu at udbyde varen.

Naturalopfyldelse og positiv opfyldelsesinteresse er dog ikke altid fuldtud ækvivalente størrelser. Forskel mellem det økonomiske resultat ved opfyldelse af en aftale ved opfyldelse in natura og ved erstatningsbetaling kan skyldes *enten*, at byrden for debitor ved at skulle opfylde er større end betaling af prisdifference som erstatning til kreditor, *eller* at den erstatning, kreditor kan opnå, ikke giver ham fuld dækning af det tab, han lider ved, at aftalen ikke opfyldes. Hvor opfyldelsen af en aftale alene stoder på den hindring, at priserne ved levering er højere end skyldneren havde regnet med, er byrderne ved opfyldelse af aftalen efter dens principale eller subsidiære indhold

*) Anderledes vistnok Rodhe s. 16 ved note 31.

ens. Støder derimod opfyldelsen på hindringer, der ikke rammer andre lignende ydelser, er forholdet anderledes. Udgifterne f.eks. til at opføre et hus på en blød grund, til at fremskaffe en bestemt genstand eller fjerne begrænsede rettigheder over den kan meget vel langt overstige kreditors økonomiske interesse i opfyldelse af aftalen.

En købers (kreditors) interesse i levering af den aftalte ydelse består ikke altid blot i at få dækning for den prisdifference, han kan opnå ved videresalg. En forretning med et bredt varesortiment er f.eks. ikke tjent med ikke at være leveringsdygtig i kendte og efterspurgte mærkevarer. Leveringsudygtighed af vigtige artikler kan påvirke den øvrige omsætning på uheldig måde. Kravet på opfyldelsesinteressen omfatter imidlertid som hovedregel hele det lidte tab, og også et sådant yderligere tab skulle derfor i almindelighed kunne kræves erstattet af den misligholdende sælger (debitor). Hovedreglen om erstatning af hele det lidte tab er dog netop for så vidt angår følgeskader undergivet stærke begrænsninger både i kraft af reglerne om kravene til beviset for tabet og gennem materielle regler om normalisering og begrænsning af erstatningen (adækvans). Disse regler fører ofte til, at skadelidte (kreditor) ikke får fuld erstatning for driftstab og almindeligt næringstab, der ikke kan gøres ganske nøje op eller står i en fjernere forbindelse med misligholdelsen.*) Beføjelsen til at kræve naturalopfyldelse er derfor i tilfælde, hvor aftalte leverancer udebliver, ikke sjældent af væsentlig økonomisk værdi for kreditor, såfremt samme eller dog nogenlunde tilsvarende varer ikke kan fås fra anden side.**)

En erstatning i penge giver heller ikke altid fuld dækning af driftstab ved misligholdelse af aftaler om leverancer eller andre

*) Disse vanskeligheder nødvendiggør, at der i aftaler om driftstabsforsikring indsættes nøjagtige regler om, hvordan tabet skal opgøres. — BGB indeholder i § 252 en særlig regel om beregning af "entgangener Gewinn". Vægten lægges på, hvad skadelidte sandsynligvis ville have erhvervet, jfr. *Esser* I s. 278 f.

**) Under de i teksten angivne omstændigheder vil en erhvervsdrivende ikke alene kunne få dom for at hans leverandører skal opfylde allerede indgåede aftaler, men kan efter omstændighederne også opnå, at Monopoltilsynet i medfør af Monopollovens § 12, stk. 3, meddeler leverandøren et pålæg om at levere til ham. Udstedelse af et sådant pålæg forudsætter dog, at leveringsnægtelsen "medfører en urimelig indskrænkning i den frie erhvervsudøvelse". Denne betingelse er kun opfyldt, hvor det er af væsentlig betydning for virksomheden, at den fører vedkommende varer. Tilsidesættelse af et leveringspålæg er strafbar, jfr. Monopollovens § 22. Til efterkommelse af et leveringspålæg kræves, at fabrikanten eller grossisten leverer selve den vare, der omfattes af pålægget. Pålægget er ikke opfyldt blot ved betaling i penge af den berettigedes opfyldelsesinteresse.

ydelser, der ikke skal videresælges, men anvendes i kreditors virksomhed f.eks. som råvarer, hjælpestof eller produktionsudstyr. Undladelse af at levere en enkelt maskindele eller maskine til brug i kreditors fabrik eller en undladelse af at vedligeholde eller reparere et specialmaskineri i overensstemmelse med en indgået servicekontrakt kan påføre kreditor meget betydelige tab; men en tilstrækkelig sikker bestemmelse af tabets størrelse er ofte ikke mulig, og f.eks. følgeskader, der først indtræder efter længere tids forløb, kan ikke altid fås erstattet, sml. UfR 1965.43 H, kommenteret i UfR 1965B.160.

Kreditor har også en interesse i naturalopfyldelse, hvor erstatningskravet nok både lader sig opføre og gennemføre til dom, men er så stort, at debitor måske ikke er i stand til at betale, eller hvor kreditors krav på udlevering af den principale ydelse fra en usikker betaler er et prioritetsbeskyttet krav. Kravet på erstatning er som andre pengekrav et almindeligt dividendekrav i tilfælde af skyldnerens konkurs eller lignende.*)

Kreditors interesser i opfyldelse af en aftale er ikke altid alene af økonomisk karakter. Ideelle interesser knyttet til den lovede ydelse kan kreditor kun få dækning for ved naturalopfyldelse. Dansk ret indeholder ikke regler om erstatning eller godtgørelse i penge for krænkelse af ideelle interesser knyttet til ting.***) Skuffelsen f.eks. hos en samler eller en køber af villa eller sommerhus over ikke at få rådighed over en kunstgenstand eller over netop den ejendom, han synes særlig godt om, kan derfor kun undgås ved brug af beføjelsen til at kræve opfyldelse in natura.***)

*) Sml. herved om halvgeneriske køb, *Ussing: Almindelig Del*, 3. udgave, s. 537 f.

**) Sml. om amerikansk ret *Restatement of Contracts* § 342: "punitive damages are not recoverable for breach of contract", jfr. *Corbin* § 1077 og *UCC annotated ed. sec. 2-713 note 4*. En sagsøgende kreditor, der godtgør, at debitor har brudt aftalen, har imidlertid efter engelsk-amerikansk ret krav på et symbolsk beløb som "nominal damages", såfremt beviset for, at et tab er lidt, svigter, jfr. *Restatement of Contracts* § 328 og *Corbin* § 1001. Om konsekvensen heraf for sagsomkostningerne, se smstd. ved note 33 og 34.

***) Interessen i naturalopfyldelse kommer klart til udtryk, hvor salg af en efterspurgt vare er sket til flere, men sælgeren f.eks. på grund af leveringsvanskeligheder som i UfR 1941.134 H eller beskadigelse af en del af partiet ved halvgenerisk køb som i UfR 1933.866, ikke kan opfylde sin leveringsforpligtelse overfor alle køberne. I de citerede afgørelser gives udtryk for, at sælgeren i så fald er pligtig til at levere et forholdsmæssigt kvantum til kunderne, jfr. *Ussing: Køb* s. 83 f. Samme regel er knæsat i *UCC 2-615 (b)*. – Om skadesopgørelsen, hvor en forsikring kun omfatter en af købernes interesse (andel) i samladet gods, se UfR 1957.815.

D. Systematikken i fremstillingen i kapitlet

Fremstillingen her under I, har alene haft ikke-opfyldelse af aftaler om andre ydelser end penge for øje. Fremstillingen har gjort rede for indholdet og betydningen af den almindelige regel om, at en køber og andre realkreditorer kan forlange naturalopfyldelse af deres debitor (realdebitor). I de følgende afsnit i kapitlet behandles en række særlige spørgsmål om naturalopfyldelse.

I afsnit II gøres rede for, at *pligten til at undgå unødvendigt tab* – eller rettere sætningen om, at tab, som kan (og bør) undgås, ikke kan kræves erstattet – fører til en væsentlig begrænsning af køberes og andre realkreditorens adgang til at kræve naturalopfyldelse.

I denne fremstilling kaldes også realdebitors krav på det aftalte pengevederlag for et krav om naturalopfyldelse. Det er derfor naturligt, som sket i afsnit III i forlængelse af undersøgelsen under II, at undersøge, om reglen om tabsbegrænsning også fører til den begrænsning af realdebitors krav om afvikling af aftalen ved udveksling af selve de aftalte ydelser, at realdebitor for at undgå tab for pengecreditor, f.eks. en lejer eller køber, efter omstændighederne afskæres fra at kræve det fulde vederlag betalt mod at stille ydelsen til rådighed for medkontrahenten. Spørgsmålet i afsnit III er, om realdebitor f.eks. en sælger, udlejer, arbejdstager eller bortfragter der har krav på et pengebeløb (leje, løn eller fragt) som vederlag for en ydelse af anden art (salgsstanden, brug af husrum eller ting, arbejde eller transport) kan påtvinge realkreditor ydelsen eller stille den til rådighed for ham og kræve det aftalte vederlag betalt, *eller* om realkreditor har mulighed for ved en *annullation* af aftalen at henvise realdebitor til at kræve erstatning for sit uundgåelige tab.

Afsnit IV handler om retsstillingen, hvor den økonomiske byrde, opfyldelse *in natura* og betaling af kreditors opfyldelsesinteresse ville lægge på debitor, er væsentlig forskellig. Spørgsmålet i afsnit IV er, om kreditors adgang til at vælge mellem at fastholde og hæve aftalen i *situationer, hvor der ikke er økonomisk ækvivalens mellem erlæggelse af den principale ydelse og betaling af erstatning* beskæres for at tilgodese debitorens interesse i at undgå det dyreste alternativ.

Til obligationsrettens klassiske sætninger horer *impossibillum nulla est obligatio* (D. 50.17.185). I den danske litteratur i 2. halvdel af det

19. århundrede betragtes sætningen af nogle som selvfølgelig.*) En retlig forpligtelse til at gøre det umulige ville savne mening, således *Agesen*: Den romerske privatret, bind 2, 1882, s. 30 ff. Sætningen, at ingen kan udføre det umulige, er en tautologi, men med fremhævelsen heraf er de retlige problemer ikke løst. Dom til at udføre en umulig handling, f.eks. over en insolvent person til at betale sin gæld, kan være en praktisk foranstaltning. Umulighed udelukker ikke betaling af erstatning, og pålæg af pligt hertil kan være en fornuftig og rimelig foranstaltning, f.eks. hvor en solgt eller udlejet ting ødelægges på grund af sælgerens eller udlejerens vanrøgt.

Begrænsningen af den retlige pligt til det mulige kan let flyde sammen med culpareglen: skyldneren skal bestræbe sig for, eller gøre hvad der er muligt for ham, for at opfylde sine pligter.***) Baggrunden for denne tilnærmelse mellem begreberne umulighed og culpa er en tvetydighed i umulighedsbegrebet: snart tænkes på fysisk bogstavelig umulighed, snart på hvad der er praktisk muligt eller umuligt. En begrænsning til fysisk umulighed gør begrebet uanvendeligt som bestanddel af retsregler, og en udvidelse af begrebet nærmer det til begrebet culpa.***)) For moderne dansk ret er umulighed et begreb af kun ringe betydning. Dets rolle har imidlertid tidligere været så betydelig, at sporene endnu er mærkbare. En analyse og en vis forklaring er derfor nødvendig. Opgaven er taget op i afsnit V.

Pligten for en arbejdstager til at udføre det arbejde, han har påtaget sig, kan ikke håndhæves ved afsigelse af en dom der pålægger arbejdstageren at arbejde. Ved håndhævelse af *arbejdspligten og af andre forpligtelser af personlig karakter* søger retshåndhævelsen andre midler. Herom handler afsnit VI.

Kreditors interesse i og krav på naturalopfyldelse består ikke blot, hvor debitor intet har præsteret. Også efter en opfyldelse, der ikke fyldestgør aftalens krav og derfor ikke bringer forpligtelsen til ophør, kan kreditor som oftest kræve rigtig opfyldelse. I afsnit VII er nærmere gjort rede for, at betingelserne for at fremsætte og udformningen af kravet om naturalopfyldelse dog i et vist omfang præges af den skete urigtige opfyldelse.

*) En litteraturoversigt findes i *Lassen*: Almindelig del s. 463 note 1.

**) En sådan sammensmeltning af begreberne kan måske spores hos *Goos*: Den almindelige Retslære, 2. del, 1894, s. 218 ff.

***)) Jfr. *Gomard*: Erstatningsregler s. 197 ff.

11. Begrænsning af retten til at kræve naturalopfyldelse som konsekvens af kreditors pligt til at mindske sit tab

1. Realkreditors krav på naturalopfyldelse

Kreditors adgang til at fastholde en aftale og kræve naturalopfyldelse kan have værdi for ham også i tilfælde, hvor han ikke har nogen synderlig interesse i at fremtvinge levering af selve den skyldige ydelse fremfor at kræve en erstatning for sit tab i penge. Selvom ydelsen eller dog en tilsvarende ydelse kan fås fra anden side, og skyldneren således ikke, som tilfældet kan være f.eks. ved visse mærkevarer eller ved supplerende leveringer til et specielt maskineri, indtager en faktisk monopolstilling, kan fastholdelse af aftalen være af værdi for kreditor, fordi erstatningsberegningen påvirkes af, at kreditor en tid lang har fastholdt kravet om opfyldelse in natura. Hæver kreditor aftalen, og kræver han sin interesse i opfyldelsen erstattet af realdebitor, beregnes erstatningen ud fra prisforholdene på tidspunktet for ophævelsen.*) Er priserne for en solgt vare stigende, kan kreditor derfor øge sit erstatningskrav ved indtil videre at fastholde aftalen, jfr. UfR 1920.713 H og *Hasle-Nebelong* s. 164.***) Kan kreditor ikke ved dækningskøb eller på anden måde dække sig ind ved aftaler med andre, har han en klar interesse i at kunne fastholde sin debitor, og debitor kan ikke og bør ikke i et stigende marked vilkårligt kunne nægte at opfylde en aftale om unikke ydelser og betale en mindre erstatning for senere, når priserne har nået et højdepunkt, at tage en betydelig gevinst hjem ved salg til anden side. Situationen er en anden, dersom tilsvarende ydelser kan skaffes fra anden side. Her står det i kreditors magt at undgå tab på

*) Efter formodningsreglerne i Købelovens §§ 25, 30 og 45 skal erstatningen i mangel af bevis for, at anden skade er lidt, fastsættes til forskellen mellem købesummen og prisen for genstande af samme art og godhed som de solgte på den aftalte leveringstid. Disse regler kan kun finde anvendelse, hvis kreditor hæver, så snart ske kan eller dog kort efter, levering skulle være sket, sml. Speciel del I s. 162 med note 114. Som tiden går, smuldrer grundlaget for formodningen bort. — Ophævelse af en aftale, efter den en tid har været fastholdt ved reklamation efter Købelovens § 26 eller lign., kræver formentlig i almindelighed, at der gives sælgeren et vist varsel, jfr. herved UfR 1969.202 og *Almeh* § 26 ved note 59 og flg.

**) *Almén* § 21 ved note 111 og § 25 ved note 156 og flg. *Almén* vil kun tillægge prisstigning, men ikke prisfald betydning for erstatningsberegningen. Dette er næppe velbegrunderet, hvor køberen har fastholdt købet i hvert fald en vis tid, efter ophævelsen kunne være sket, jfr. herved *Ljungman*: Om prestation in natura s. 35 ff og *Ussing* i UfR 1949B.228.

grund af yderligere prisstigninger efter det tidspunkt, hvor han må forstå, at debitor ikke kan eller ikke vil levere frivilligt, f.eks. fordi han savner midler til at opfylde aftalen, eller opfyldelse af andre grunde er blevet umulig for ham, jfr. UfR 1935.273 H, eller fordi han ikke anser sig for bundet af aftalen, jfr. UfR 1923.805 H om uenighed om akceptens rettidighed. Det er en almindelig erstatningsretlig grundsætning, at en skadelidt ikke kan kræve erstatning for skade, han kunne have undgået ved rimelige og sædvanlige foranstaltninger. Undgåelige tab (avoidable damages) kan ikke kræves erstattet. Skal denne – rimelige og velmotiverede – sætning fastholdes også for erstatning for ikke-opfyldelse af aftaler, må kreditor nægtes erstatning for tab, der kunne være undgået ved dækningskøb eller indgåelse af anden aftale, svarende til den misligholdte kontrakt. Medmindre sådan inddækning til anden side støder på meget store eller uovervindelige vanskeligheder, kan erstatning derfor i den almindelige varehandel ikke kræves for tab, som er indtrådt efter det tidspunkt, hvor det må have stået kreditor klart, at aftalen ikke vil blive opfyldt frivilligt af debitor, uanset han har foretaget den efter Købelovens § 26 eller andre lignende regler fornødne reklamation, jfr. *Ussing*: Køb s. 68 f og *Hasle-Nebelong* s. 164 f. I overensstemmelse hermed er UfR 1918.374, 1923.805 H og 1935.273 H.*) En modsat regel ville åbne mulighed for køber til uden risiko for sig selv at spekulere i prisstigninger på sælgerens bekostning, idet han kunne fastholde købet, så længe priserne stadig stiger for derefter at indkassere gevinsten ved at hæve og kræve erstatning, jfr. herved omtalen af UfR 1940.214 H nedenfor under IV.**)

I adskillige handler spiller parternes forskellige forventninger om prisudviklingen en afgørende rolle, således f.eks. ved visse køb og salg af aktier og obligationer, og aftalen er for så vidt af spekulativ karakter. Hvor begge parter har lige chancer, begrænses retsvirkningen af sådanne aftaler kun, hvor parternes forehavende har karakter af spil, jfr. DL 5–14–55. Hvor derimod som i den foreliggende situation kun den ene part kan vinde, må også virkningen af aftaler af i øvrigt normal erhvervmæssig karakter begrænses.

I adskillige handler spiller parternes forskellige forventninger om prisudviklingen en afgørende rolle, således f.eks. ved visse køb og salg

*) Ligeså i Norge NRt 1954.482, *Kristen Andersen*: Kjøpsrett s. 156–158 og *Gaarder*: Kjøp s. 65. Anderledes for svensk ret vistnok *Hellner*: Köprätt s. 108 f.

**) Se også *Ljungman*: Om prestation in natura s. 36 ff.

af aktier og obligationer, og aftalen er for så vidt af spekulativ karakter. Hvor begge parter har lige chancer, begrænses retsvirkningen af sådanne aftaler kun, hvor parternes forehavende har karakter af spil, jfr. DL 5–14–55. Hvor derimod som i den foreliggende situation kun den ene part kan vinde, må også virkningen af aftaler af i øvrigt normal erhvervsmæssig karakter begrænses.

2. Realdebitors krav på naturalopfyldelse

Gennemførelsen af den almindelige erstatningsbegrænsningsregel indebærer, at køber eller anden realkreditor ikke kan forlange naturalopfyldelse, hvor han uden urimelig omkostning eller ulempe kan dække sig ind ved kontrahering til anden side, f.eks. ved dækningskøb af almindelige varer.*) Spørgsmålet, om der gælder en lignende begrænsning for realdebitors adgang til at fastholde sit krav på pengevederlag mod at tilbyde realydelsen er omtalt nedenfor under III. Der behandles også det særlige spørgsmål, om reglerne i Købelovens §§ 33–37 om købers fordringshaveremora fører til et andet resultat vedrørende adgang for sælgeren til at fastholde købet og dermed kravet på købesummen, hvor priserne falder, og køberen nægter at aftage.

3. Standardvilkår

Mange aftaler indgås ved benyttelse af blanketter, udarbejdet af erhvervsorganisationer, bl.a. af Grosserer-Societetet og Det internationale Handelskammer. I Grosserer-Societetets slutseddel for handler med korn- og foderstoffer og i flere andre, men ikke alle de blanketter, der benyttes i en gros-handelen, er bestemt, at den, over for hvem aftalen misligholdes, *enten* kan betragte aftalen som helt bortfaldet *eller* kræve betaling af prisdifferencen, konstateret enten ved dækningskøb eller selvhjælpssalg, eller hvor sådan aftale ikke

*) Dansk ret nærmer sig således amerikansk ret, der lægger afgørende vægt på "the commercial feasibility of replacement", jfr. herved UCC secs. 2–712 comment 2, 2–713 comment 2 og 2–716 comment 2, og den internationale Købelov art. 25, der bestemmer: "The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates. In this case contract shall be ipso facto avoided as from the time when such purchase should be effected".

inden en – kort – frist kan bringes i stand, ved voldgift eller vurdering. Aftalens opregning af den krænkedes parts muligheder må antages at tilsigte at være udtømmende, og aftalens intention er således at udelukke andre krav, herunder også krav om naturalopfyldelse. En sådan ordning, der stemmer overens med de ovenfor udviklede almindelige regler, er således fundet praktisk og rimelig i hvert fald i flere brancher.

III. Krav på aftalt vederlag mod at stille egen ydelse til disposition. Annulatio

A. Hovedreglen om annullatio

1. Annulatio forpligter medkontrahenten til tabsbegrænsning

I gensidigt bebyrdende kontrakter er kravet på erlæggelse af den ene hovedydelse afhængigt af, at også modydelsen (vederlaget) erlægges. Denne afhængighed mellem ydelserne er selve kendemærket for en gensidigt bebyrdende aftale.*) En betingelse for gennemførelsen af kravet om opfyldelse in natura af medkontrahentens forpligtelse er derfor, at også ydelsen til medkontrahenten præsteres.

De fleste kontrakter går ud på præstation af en anden ydelse end penge – en realydelse – mod et vederlag i penge. I de fleste af disse kontraktsforhold har den, der skal erlægge realydelsen, i entreprisekontrakter f.eks. opføre ejendommen eller i transportkontrakter udføre transporten (realdebitor), ikke krav på mod medkontrahentens (realkreditors eller pengedebitors) protest at præstere sin egen ydelse eller holde den til rådighed for ham, og som en konsekvens heraf er realdebitor også afskåret fra at kræve vederlaget betalt i overensstemmelse med aftalen. Realdebitor har tværtimod pligt til, så snart medkontrahenten annullerer aftalen, d.v.s. giver endelig meddelelse om, at han ikke ønsker kontrakten opfyldt, at træffe alle rimelige og sædvanlige foranstaltninger til at søge sit tab formind-

*) Jfr. *Ussing*: Almindelig del s. 78 f, *Rodhe* s. 399 ff og 416 ff samt *Larenz*: Allgemeiner Teil s. 207.

sket.*) Hvor retsstillingen er som skildret her, er hovedreglen om adgang til naturalopfyldelse fraveget: Realdebitor kan ikke kræve betaling af det aftalte pengevederlag mod at præstere eller tilbyde sin egen ydelse. En erlæggelse af den uønskede ydelse og fastholdelse af den fulde vederlagspligt ville være tabbringende for kreditor, der ikke eller dog ikke fuldtud kan nyttiggøre ydelsen, og debtors interesser kan i almindelighed tilgodeses ved en erstatningsbetaling.

En bygherre, en befragter eller en anden realkreditor, der annullerer opfyldelsen af en bindende aftale, misligholder aftalen. Adgangen til annulation er ikke en beføjelse til helt eller delvis at bringe aftalen til ophør. Annulationen åbner alene mulighed for den annullerende part til at begrænse medkontrahentens valg af, hvilke misligholdelsesbeføjelser han kan bringe i anvendelse. Annulationen pålægger medkontrahenten en pligt til at foretage rimelige og sædvanlige foranstaltninger til begrænsning af det tab, misligholdelsen påfører ham. Undladelse af at begynde på eller standsning af opfyldelsen af aftalen vil som oftest være en hensigtsmæssig tabsbegrænsende foranstaltning.

En annulation har den beskrevne virkning, hvadenten den fremkommer før, samtidig med eller efter det tidspunkt, hvor betalingen for realydelsen efter aftalen skulle erlægges.***) Navnlig ved en tidlig annulation vil debtors tab ofte kunne nedbringes betydeligt. Debitor får bedre tid til at finde andre kunder, og er priserne faldende, er mulighederne for at opnå en rimelig dækning ved salg (selvhjælpssalg) eller ved anden aftale med tredjemand bedre, jo før varen udbydes. En forhåndsmeddelelse om, at det fulde vederlag ikke

*) Jfr. *Ussing* i Almindelig del s. 199 og i Køb s. 96, *Rodhe* s. 706 ff smh. m. s. 378 og s. 729 ff samt *Brunsvig* i Forhandlingerne på Det 23. nordiske Juristmøde, 1963, bilag II, med udførlig litteraturoversigt. Reglen står fast i amerikansk ret, jfr. *Restatement of Contracts* § 388, *Williston* § 1301 og *Corbin* § 983, der bl.a. siger: "It is now the general rule that when a definite repudiation is communicated to him (the injured party), the rule as to avoidable consequences is at once applicable. He must not proceed with his own performance if his so doing will increase the extent of his injury. He will not be given damages for any part of his loss that he could have avoided by refraining from continued performance or by making reasonable effort". Reglen er lovfæstet i § 649 BGB om Werkvertrag. Herved må erindres, at denne tyske figur svarer til den traditionelle brug af værksleje hos os, sml. *Lorenz*: Besonderer Teil s. 224 f og *Ussing*: Enkelte kontrakter s. 396 f.

**) Jfr. for amerikansk ret *Williston* § 1301. Anderledes – men kritisk heroverfor – om engelsk ret *Cheshire and Fifoot* s. 530 f og 560 f med note 4. Sml. om tysk ret *Leser* i *Ius Privatum Gentium*, Festschrift für Max Rheinstein II s. 643 ff.

vil blive betalt, når forfaldstid engang indtræder, er en anteciperet misligholdelse. *)

2. Afbestilling nedsætter eller udelukker afbestillerens ansvar

Forskellig fra, hvad her er kaldt *annullation*, er den adgang til helt eller delvis at frigøre sig for en aftale, som undertiden står åben for en kontrahent i kraft af særlige lovregler eller almindelige retsgrundsætninger om betydningen af ændrede forhold (svigtende forudsætninger). Undertiden, således i *Ussing*: Almindelig del s. 199, inddrages under benævnelsen *afbestilling* både annullation og tilfælde, hvor en kontrahent kan standse opfyldelsen af aftalen uden at ifalde ansvar eller dog uden at svare erstatning i form af den fulde opfyldelsesinteresse. Herved samles meget forskelligartede situationer under én hat. I denne fremstilling tales ikke om afbestilling, hvor afvisning af naturalopfyldelse medfører fuld erstatningspligt. Afbestilling benyttes kun som betegnelse for en adgang til at træde tilbage fra kontrakten uden pligt til at betale fuld erstatning.

3. Hovedpunkter af reglerne om afbestilling

For oversigtens skyld og til belysning af annullationens betydning er her indsat en kort omtale af den egentlige afbestilling.

Ansvarsfri afbestilling kan i almindelighed ikke finde sted, fordi ydelsen på grund af ændringer i bestillerens forhold har mistet interessen for ham, jfr. herved *Ussing* i Almindelig del s. 422 f og i Aftaler s. 478. Herfra gælder dog undtagelser. I UfR 1940.530 er antaget, at en bestilling af ophold i et sommerpensionat kunne afbestilles *uden* erstatningspligt, da afbestillingen skete ”med passende varsel” (i sagen: 18 dage) og ”af fyldestgørende grund” (i sagen: indlæggelse på hospital).**) Lige med bestillinger af hotelværelser må

*) Jfr. *Hasle-Nebelong* s. 97, 169 f og 213 samt *Ussing*: Almindelig del s. 94, der nævner, at medkontrahenten har ret til at hæve aftalen i tilfælde af ”uberettiget annullation”. Det spørgsmål, der behandles her, er det omvendte, om medkontrahenten kan fastholde aftalen og kræve naturalopfyldelse.

**) En lignende afgørelse findes i UfR 1920.848 om en forenings afbestilling af aftale om afholdelse af en middag for ca. 300 personer på hotel. I denne dom er dog tillige fremhævet, at foreningen – formentlig uden retlig nødvendighed – havde tilbudt at afholde festen på hotellet en senere dag. – SHT 1957.302 angår et rejsebureaus adgang til afbestilling af flypladser.

stilles andre aftaler af en lignende særlig karakter, *hvor* afbestilling er af stor betydning for bestilleren, fordi anden udnyttelse af ydelsen end den oprindelig planlagte for ham er umulig, *hvor* på den anden side medkontrahenten ofte kan opnå fuld dækning ved aftale til anden side, og *hvor* fastsættelsen af et erstatningskrav ville støde på betydelige vanskeligheder. Nævnes kan også, at hvervet efter Kommissionslovens § 50 ansvarsfrit kan tilbagekaldes, hvor kommittenten har "gyldig grund" dertil, og dette udtryk omfatter en tilbagekaldelse "motiveret derved, at kommittentens bedrift på grund af forandrede konjunkturer ikke kan bære sig", jfr. motiverne til Kommissionsloven s. 65.*) I nogle kontraktsforhold kan en meddelelse om, at leveringen bliver forsinket eller lign. så lang tid før opfyldelsen skulle være sket, at kreditor i almindelighed kan indrette sig på anden måde tillægges virkning som afbestilling, jfr. således Lejelovens § 29, stk. 2, hvorefter udlejer ikke ifalder ansvar for for sen overlevering af det lejede til lejer, såfremt lejer har fået besked senest 2 måneder før han skulle have overtaget lokalerne og udlejer ikke har udvist grov forsømmelse. Løfter om at stille lokaler til rådighed langt ud i fremtiden kan være svære at holde, og har lejer tid, har han også ofte mulighed for at finde noget andet.

Medens prisstigninger og andre øgede byrder, der har forbindelse med den normale opfyldelse, i almindelighed anses som en erhvervs- eller handelsrisiko, som skyldneren må bære, kan ændrede forhold i øvrigt, der gør gennemførelsen af aftaler som den indgåede mere risikabel eller byrdefuld, jævnlige påberåbes som en ophørsgrund (bristende forudsætning, afbestillingsgrund) for forpligtelsen, jfr. således om søtransport Sølovens §§ 135 og 142.**)

En tilbagetræden (afbestilling), der meddeles medkontrahenten så hurtigt, at aftalen endnu ikke "har virket bestemmende på hans handlemåde", kan tillægges virkning efter Aftalelovens § 39.***)

*) Jfr. i overensstemmelse med motivudtalelsen dommen i UfR 1932.1108 og *Ussing*: Enkelte Kontrakter s. 375 f. – I vedvarende kontraktsforhold er der ofte adgang for en part til at bringe aftalen til ophør med virkning for fremtiden, såfremt fastholdelse af aftalen på grund af forholdene, som de nu er, ville være særlig byrdefuld for ham. En ekstraordinær opsigelsesadgang er lovfæstet for lejekontrakter i Lejelovens § 14, stk. 1, nr. 7 og i § 35 i Sømandsloven findes en særlig regel om adgang for en sømand til at fratræde, "hvis der efter forhyringen er indtruffet en omstændighed som gør det til en velfærdssag for ham at kunne fratræde", jfr. om bestemmelsen *Baches* Kommentar s. 367 f.

**) Se også UfR 1948.64 H.

***) Jfr. eksempelvis afgørelser i UfR 1929.1084 SH og 1952.918 V.

Anvendelsesområdet for denne bestemmelse er hidtil i retspraksis opfattet som ganske snævert. Afgørende hindringer for en lidt friere brug af reglen lader sig imidlertid næppe påvise, og behovet for en vis udvidelse af afbestillingsretten, særlig i forbrugeraftaler som eksempelvis privates køb af varige (og dyre) forbrugsgoder, tegning af abonnement om vedligeholdelse af sådanne ting eller installationerne i hjemmet og private forsikringer, lod sig også og måske endda bedre imødekomme gennem en smidig retspraksis end ved en lovfæstet "foryrtdelsesparagraf".*)

Undertiden kan en part træde tilbage fra sin aftale ikke helt ansvarsfrit, men dog således, at hans erstatningspligt ikke omfatter medkontrahentens fulde tab, jfr. eksempelvis om erhvervslejemål Lejelovens §§ 16 og 18.**)

4. Almindelige regler om annulation

Hvor en realkreditor ikke undtagelsesvis har adgang til at frigøre sig for aftalen efter de under III, A, 3, nævnte eller andre regler om egentlig afbestilling, ekstraordinær opsigelse eller lignende, har han dog ofte mulighed for at mindske det tab, den nu uønskede kontrakt vil påføre ham ved annulation. Leverandørens (realdebitors) eneste eller væsentligste interesse i opfyldelsen f.eks. af aftaler om udførelse af bygningsarbejder eller af andre hverv mod vederlag i penge er som oftest at oppebære det aftalte vederlag, mens han i almindelighed ikke har nogen væsentlig selvstændig interesse i at komme til at udføre den bestilte og lovede virksomhed. En entreprenør er således interesseret i at modtage entreprisesummen, men har i almindelighed ingen selvstændig interesse i, om huset bliver opført. En kommissionær, agent eller anden mandatar har en interesse i at erhverve sin provision, men ikke en selvstændig interesse i, om hvervet udføres. Hovedinteressen for en bortfragter, en udlejer eller en arbejdstager i

*) Jfr. herved Betænkning om indførelse af en adgang for en køber til at træde tilbage fra aftalen m.v. indgået på bopælen, nr. 585 af 1970, og svensk lov af 1971 om "hemförsäljning m.m." og betænkningen bag denne SOU 1970:35, kort omtalt i *Adlercreutz: Aftal* s. 37 f. — Adskillige detailhandlere skriver i deres reklamer "fuld tilfredshed, eller pengene tilbage". Udbredelsen af dette slogan er et yderligere belæg for, at Aftalelovens § 39 i "butikshandelsaftaler" ikke bør tolkes for snævert, sml. herved samme lovs § 1,2. pkt.

**) Jfr. *Ussing* i *Almindelig del* s. 200 og i *Aftaler* s. 482 f med note 6 samt *Arnholm II* s. 58.

opfyldelsen af den indgåede transportaftale, lejeaftale eller arbejdsaftale, er på samme måde først og fremmest betaling af lejen, fragten eller lønnen, medens præstationen af modydelsen (realydelsen) – at stille det lejede til rådighed for lejeren, at gennemføre transporten eller at arbejde i medkontrahentens virksomhed – i hovedsagen kun har den betydning for ham, at erlæggelsen af vederlaget er betinget heraf. Indtræder derfor den situation, at realkreditor, f.eks. befragteren eller bygherren, annullerer aftalen, idet han frabeder sig at modtage ydelsen, eller må det af andre grunde stå skyldneren klart, at realkreditor ikke kan eller vil modtage ydelsen, kan begge kontrahenters interesser i almindelighed tilgodeses ved at give skyldneren af realydelsen krav på erstatning, men nægte ham at opfylde eller fortsætte med at opfylde kontrakten.

En betingelse for, at en sådan ordning kan fungere tilfredsstillende, er, at erstatningen fastsættes således, at den dækker skyldnerens interesse i aftalens opfyldelse, hverken mere eller mindre. Erstatningskravet må beregnes *enten* som det beløb, der er nødvendigt til dækning af afholdte udgifter ved allerede foretagne opfyldelsesforanstaltninger med tillæg af den nettofortjeneste, som realdebitor måtte antages at ville have opnået, om hele kontrakten var blevet opfyldt, *eller* som den aftalte pris med fradrag af sparede udgifter ved at opfyldelsen ikke gøres færdig. Yderligere må der – efter begge beregningsmåder – ske fradrag af indtjening, som leverandøren har haft mulighed for at opnå ved udnyttelse af produktionskapacitet, som er blevet frigjort ved undladelsen eller standsningen af opfyldelsen af aftalen.

Erhvervelsen af fremtidig fortjeneste er altid behæftet med en vis risiko. Byggearbejdet forsinkes måske af storm, brand eller strejke, eller gennemførelsen hindres måske helt, fordi en uheldig konjunkturudvikling tvinger entreprenøren til at afvikle sin virksomhed. Annulleres aftalen, bortfalder denne risiko. Erstatningen skal dog næppe i almindelighed reduceres med en risikopræmie. Størrelsen af en sådan præmie kan i almindelighed ikke fastsættes med blot nogenlunde sikkerhed, og i øvrigt har den sagesløse entreprenør måske ønsket at løbe denne risiko og fortjene gevinsten. I aftaler om langvarige store bygningsarbejder kan der derimod ikke ses bort fra reduktion af erstatningen med en mellemrente til udligning af den fordel, realdebitor opnår ved at få sine penge før tiden. I andre

aftaler må der ses bort fra mellemrente.*) Beregningernes unøjagtighed gør hensyntagen til mindre poster meningsløs, og også mindre og ubestemmelige poster, der ville forøge erstatningen, må lades ude af betragtning. I øvrigt lader enkeltheder om erstatningsberegningen sig bedst udrede i specialfremstillinger af de enkelte kontraktstyper. I dette kapitel er kun under III, B, fremsat nogle få bemærkninger om nogle af de vigtigste kontrakter til illustration af det angivne hovedsynspunkt.**)

De nærmere regler om afviklingen af forskellige kontraktsarter i tilfælde af annulation, d.v.s. hvor realkreditor giver udtryk for, at han ikke ønsker at modtage og betale for realydelsen, kan ikke udledes af det fremhævede hovedsynspunkt alene. Dette skyldes navnlig, at opfyldelsen af aftalen undertiden kan have en selvstændig interesse for realdebitor. Annulleres f.eks. i dårlige tider alle et skibsværfts eller en entreprenørs byggekontrakter, må værftet eller entreprenøren afskedige folk og stå uden mulighed for at vedligeholde og forny sin maskinpark. Virksomheden er herved blevet dårligere rustet til at modtage nye ordrer. I tjenestekontrakter må hensyn tages til arbejdstagerens interesse i at bevare og forøge værdien af sin arbejdskraft. Endelig er standsning af opfyldelsen ikke altid omkostningsbesparende. En annulation af aftalen om et arbejde, der allerede er halvfærdigt kan være økonomisk u hensigtsmæssig, fordi det færdige produkt dog kan indbringe mere end færdiggørelsesudgifterne, dersom der kan findes afsætning for varen, og denne (stadig) er sin pris værd. Modifikationer er derfor nødvendige i hovedreglen om realkreditors adgang til annulation. I lovgivningen findes enkelte afvigende særregler, navnlig bestemmelsen i Funktionærlovens § 3, der sikrer funktionærens lønkrav i videre omfang end almindelige erstatningsberegningsregler. Også uden særlig lovstøtte må der opstilles modificerende regler til beskyttelse af særlige interesser hos realdebitor, f.eks. af leverandørens interesse i at kunne sikre sig, at han i værdien af det allerede udførte arbejde har sikkerhed for opfyldelsen af sit erstatningskrav eller i at holde sit produktionsappa-

*) Jfr. således beregningen af erstatningen efter Lejelovens § 64. Her ville en mellemrente kun være et ubetydeligt beløb.

**) Om annulation eller afbestilling i annonceaftaler, der ikke er nærmere omtalt nedenfor, henvises til UfR 1917.129, 1929.1148, og 1960.289 med note 1 samt *Gaarder* i TfR 1955.242.

rat intakt, således at han vedbliver med at være leveringsdygtig og konkurrencedygtig.*)

B. Erstatningsberegningen ved annullation og modifikationer i hovedreglen i enkelte kontraktsforhold

1. Entreprise og bestillingskøb

En bygherre kan annullere aftalen med entreprenøren om udførelse af entreprisen. Entreprenøren kan ikke se bort fra annullationen, fuldføre byggeriet og afkræve bygherren den fulde aftalte byggesum.***) Entreprenøren må nøje sig med at kræve erstatning for det tab, han lider ved, at aftalen ikke opfyldes.

Entreprenørens erstatningskrav beregnes som entreprisesummen med fradrag af de besparelser, der opnås ved, at arbejdet ikke udføres eller ikke færdiggøres. Vigtigst blandt de besparelser, som skal regnes bygherren tilgode, er udgifter til materialer, som nu ikke bliver brugt i byggeriet, og lønninger til folk, hvis arbejde nu ikke kommer til udførelse. De nærmere enkeltheder i opgørelsen af entreprenørens krav kan frembyde betydelige vanskeligheder. Entreprenøren kan således kun i et vist omfang kræve erstatning for tab, der opstår ved, at han på grund af annullationen nu kun kan udnytte sin kapacitet i mindre grad end hvis arbejdet var udført. Arbejdstagere ansat med henblik på udførelsen af dette arbejde må entreprenøren formentlig afskedige og materiel lejet til udførelsen af arbejdet må leveres tilbage. Vil han ikke det, må han bære udgifterne selv. Entreprenøren kan dog efter omstændighederne i sit erstatningskrav medtage et vist dækningsbidrag til udligning af kapacitetsomkostninger, som ikke eller dog ikke uden alvorlig gene for virksomheden kan nedbringes, fordi arbejdet ikke kommer til udførelse (færdiggørelse), f.eks. udgifter til firmaets almindelige administration og til særlig kyndigt personale og specialmaskineri, som er nødvendigt for udførelsen af lignende arbejder. Fortjeneste på andet arbejde, som entreprenøren har påtaget sig efter annullationen kan i almindelighed ikke fradrages

*) Jfr. nærmere herom *Brunsvig* i Forhandlingerne på Det 23. nordiske Juristmøde, 1963, bilag II, s. 4-7.

**) Jfr. *Ussing*: Enkelte kontrakter s. 403 f og *Axel H. Pedersen*: Entreprise s. 116 ff (også i J 1952.273 ff). Særligt om skibsbygning, *Brunsvig* i 1 AfS (1951).268 f.

i erstatningen, da denne fortjeneste som oftest ikke er afhængig af annullationen. Der er intet til hinder for, at en entreprenør samtidig udfører flere arbejder. Omfanget af entreprenørens øvrige virksomhed må derimod tages i betragtning ved fastsættelsen af den del af erstatningen, der skal dække tabet ved en for ringe kapacitetsudnyttelse. Herved må også tages hensyn til anden beskæftigelse, som entreprenøren kunne have fået på rimelige vilkår.

Vanskelighederne ved at gennemføre en nøjagtig beregning af entreprenørens tab vil ofte føre til, at der må tilkendes entreprenøren en skønsmæssigt ansat erstatning, jfr. således erstatningsberegningen i UfR 1949.1093 H. *) I nogle situationer fører usikkerhed om, hvilket tab skadelidte har lidt til, at der ikke tillægges ham nogen erstatning eller dog kun et ganske ringe beløb. Den, der annullerer en bindende aftale, bør imidlertid ikke gives den yderligere fordel, at hans medkontrahent kun kan få erstatning for tab, for hvilket der kan føres sikkert bevis, jfr. herved NDS 1960.420 (navnlig s. 441) om skibsbygning. Som fremhævet i denne afgørelse må skønnet navnlig over mulige besparelser i aftaler, der skulle have været opfyldt langt ude i fremtiden, nødvendigvis være behæftet med en betydelig usikkerhed. Lagdes den risiko for bevissvigt, som er en følge af denne usikkerhed, alene eller i det væsentlige på entreprenøren, forrykkes ligevægten mellem erstatning af opfyldelsesinteressen og gennemførelse af aftalen ved udveksling af de aftalte ydelser og dermed selve baggrunden for indrømmelsen af en adgang til annullation. En altfor tung bevisbyrde for tabets størrelse er ikke på sin plads ved annullation. **)

Entreprise og bestillingskøb er nærbeslægtede kontraktsarter. Leveres alle nødvendige materialer af den, der har påtaget sig tilvirkningen af en løsøregenstand, er aftalen et bestillingskøb, omfattet af Købeloven, jfr. denne lovs § 2. Leveres materialerne eller dog en væsentlig del af disse af bestilleren, er aftalen en værkslejekontrakt. Aftaler om opførelse af bygning eller andet anlæg på fast ejendom er entreprisekontrakter, der ikke omfattes af Købelovens bestemmelser, uanset hvem der leverer byggematerialerne. ***)

*) Jfr. herved *Brunsvig* i *Forhandlingerne* på det 23. nordiske Juristmøde, 1963, bilag II s. 27 ff.

**) Sml. UfR 1971.3 H omtalt nedenfor under 3. Se også UfR 1944. 752 H (HRT 1944.205) og *A. Vinding Kruse: Misligholdelse* s. 301 ff.

***) Jfr. *Hasle-Nebelong* s. 18 f.

Behovet for en adgang til annulation er det samme for bestilleren som for bygherren. Reglerne om adgang for køberen til at annullere antages da i almindelighed også at være de samme ved bestillingskøb som ved entreprisekontrakter, i hvert fald for så vidt angår bestilling af genstande, der ikke er standardvarer. *) Mod at give adgang til at annullere ordrer på gængse varer taler, at disse jo lader sig afsætte til anden side såvel af tilvirkeren som af bestilleren.**) Antages imidlertid, som nedenfor under 4, at også en køber af gængse færdigvarer ved annulation kan pålægge sælgeren en pligt til at mindske sit tab ved salg til anden side, bortfalder grundlaget for denne begrænsning af adgangen til annulation af bestillingskøb.

Hvor arbejdet er langt fremskredent, vil det undertiden være dårlig økonomi at undlade færdiggørelse. Salg af den færdige ting til anden side vil meget muligt indbringe så meget, at der herved opnås et gunstigere resultat for bygherre eller bestiller end ved standsning af arbejdet. Færdiggørelsen kan også være påkrævet for at give entreprenøren eller tilvirkeren sikkerhed for, at han får sine penge. I sådanne tilfælde må entreprenøren eller tilvirkeren vistnok være berettiget til at bortse fra annulationen og færdiggøre arbejdet for bygherrens eller bestillerens regning.***) Har entreprenøren eller tilvirkeren udøvet et fornuftigt skøn, kommer det ikke ham, men bygherren eller bestilleren til skade, dersom færdiggørelsen som følge af en uventet udvikling nu viser sig dog at have stillet realkreditor mindre gunstigt end annulation og standsning af arbejdet.

2. Transportaftaler

Den, der har påtaget sig at udføre en transport, kan ikke, dersom han ikke modtager noget gods at transportere, kræve betaling af den fulde aftalte fragt. Transportøren (fragtføreren, bortfragteren) må søge at mindske sit tab ved at opgive transporten (rejsen) eller om

*) Jfr. *Ussing*: Køb s. 96 f.

**) Sml. herved NRt 1933.207 der nægtede køberen af noget emballage at annullere sin bestilling. Varen synes at have haft karakter af en standardvare. Dommen er omtalt af *Brunsvig* i *Forhandlingerne* på det 23. nordiske juristmøde, 1963, bilag II s. 25 og af *Gaarder* s. 63 note 28. — Efter tysk ret kan bestillinger af ikke-fungible ting annulleres, jfr. § 651 BGB om *Werklieferungsvertrag* der henviser til reglerne om *Werkvertrag* herunder bestemmelsen om en *Kündigungsrecht des Bestellers* i § 649.

***) Jfr. således *Ussing*: Køb s. 97 om bestillingskøb og for amerikansk ret om bestillingskøb o.lign. UCC 2-704 (2) og — generelt — *Williston on Contracts* § 1302.

muligt at tage andet gods med. Ved fastsættelsen af erstatningen for det tab, bortfragteren lider ved, at befragteren ikke leverer alt det gods, befragtningen angår, skal der, som det siges i Søløvens § 134 om rejsebefragtning, tages hensyn til ”om bortfragteren uden rimelig grund har undladt at medtage andet gods”.*)

3. Lejekontrakter

Ophæves et lejemål, der er omfattet af Lejeloven, på grund af lejerens misligholdelse af lejekontrakten, har udlejeren krav på erstatning for det tab, misligholdelsen har påført ham. I Lejelovens § 64 findes en regel om beregningen af erstatningen. Efter denne bestemmelse har udlejeren krav på leje for tiden, indtil lejemålet kunne være opsagt af lejereren med fradrag af, hvad udlejeren i dette tidsrum har indvundet ved udnyttelse af det lejede eller kunne have indvundet ved udfoldelse af sædvanlige bestræbelser for at genudleje det lejede for en passende leje. Lejeloven tager ikke stilling til, om udlejeren overfor en lejer, der ikke længere ønsker at benytte det lejede og betale lejen, i stedet for straks at hæve og genudleje, kan vælge at holde det lejede til rådighed for lejereren og opkræve lejen i overensstemmelse med lejekontraktens bestemmelser. Anerkendelse af en beføjelse for udlejeren til at fastholde aftalen ville betyde, at lejereren ikke kunne annullere lejekontrakten, men ville være henvist til at opsigte aftalen med det aftalte eller legale varsel, jfr. Lejelovens § 10. Det synes lidet rimeligt, om en udlejer skulle kunne kræve fuld leje for hele opsigelsesperioden, uagtet det er muligt at finde en anden lejer og således på én gang begrænse lejerens tab og – ud fra en samfundsmæssig vurdering – opnå en bedre udnyttelse af ejendommen.**)

*) Jfr. herved *Ussing*: Enkelte kontrakter s. 415 f og *Selvig* 5 AfS (1964).561 f samt *Jantzen* s. 292 f og s. 315 f, der nærmere drøfter på hvilke vilkår, rederen bør indgå andre fragtaftaler.

**) Sml. om spørgsmålet *Ehlers og Blom* s. 298, *Bent Nielsen*: Lejeloven s. 384 og 394 samt *Ussing*: Enkelte Kontrakter s. 22–24. – Aftalelovens § 37, stk. 1, foreskriver, – overensstemmende med tanken bag Lejelovens § 64 – at en vedtagelse om, at en part skal erlægge, hvad der påhviler ham, uanset at aftalen hæves på grund af misligholdelse fra hans side, kan lempes på samme måde som en konventionalbod efter reglen i Aftalelovens § 36. I *UfR* 1960.289 henvises bl.a. til § 37, stk. 1 som begrundelse for at give en annoncør, der havde måttet opgive sin forretning og derfor ikke længere havde brug for nogle bestilte annoncer, ret til i bladets krav for de ikke bragte annoncer at fradrage besparelsen for bladet. En udvidelse, som den retten her har foretaget af § 37, stk. 1, (annonceaftalen var ikke hævet på grund af annoncørens misligholdelse), har lige så gode grunde for sig ved Lejelovens § 64.

UfR 1948.560 Ø. En lejer meddelte udlejer den 31. marts 1947, at han fraflyttede lejligheden den 1. maj s.å. Lejemålet kunne efter kontrakten først opsiges til 1. april 1948. Genudlejning på uændrede vilkår til en af udlejer indstillet og godkendt lejer var mulig fra 1. maj. Under disse omstændigheder antoges udlejer ikke at kunne afkræve lejer leje for tiden efter fraflytningsdagen den 1. maj 1947. Se også *UfR 1951.805 V.* I *UfR 1971.3 H* er antaget, at udlejer er berettiget til at afkræve den annullerende lejer et ekspeditionsgebyr på 85 kr., "da der ikke kan bortses fra, at en fraflytning i utide kan volde en udlejer ekstra ulejlighed". Dommen tager ikke stilling til spørgsmålet, om lejeren har adgang til annulation, men er vel dog bedst forenelig med anerkendelsen af en sådan ret. Præmisserne siger dog, at udlejer kunne stille betaling af gebyret som betingelse for at godkende annulationen. Meningen hermed er ikke klar. Dommen er omtalt af *Ehlers* i *Advbl 1970.317 ff.*

En lignende adgang til annulation består formentlig ved leje af skib og løsøre. Nægter tidsbefragteren at overtage skibet, kan rederer ikke blot holde det til disposition for ham, men må søge anden hensigtsmæssig beskæftigelse for skibet, sml. herved reglen i Sølovens § 134 om beregningen af rederens (bortfragterens) fragttab i aftaler om rejsebefragtning, der hæves af bortfragteren på grund af befragterens misligholdelse.*) Ved opgøret efter annulation af en aftale om leje af en løsøregenstand, f.eks. en lastbil eller et kopieringsapparat, kan der ikke altid på samme måde gøres fradrag for, hvad udlejer får ind fra anden lejer af samme ting. Kunne udlejer skaffe ting til alle de kunder, han kan finde, er indtægten ved genudlejningen jo ikke betinget af annulationen. Er imidlertid alle udlejningsgenstande ude, og kan der ikke skaffes flere, bør det indtjente beløb fragå i kravet mod lejeren, der har annulleret.

4. Køb

En sælger kan, hvis køberen ikke aftager varen, fastholde købet, således at han holder varen til disposition for køberen i overensstemmelse med reglerne om fordringshaveremora i Købelovens §§ 33–37 og kræver købesummen betalt med tillæg af rente efter § 38. Sælgeren skal, hvis han vil fastholde købet, drage omsorg for salgsgenstanden, jfr. § 33. Han har dog ret til at sælge tingen for køberens regning, hvis han ikke kan vedblive med at sørge for den

*) Sml. *Selvig* i 5 *AfS* (1964) 560–63.

uden væsentlig omkostning eller ulempe, eller hvis køberen ikke råder over tingen inden en rimelig tid efter at være blevet opfordret dertil, jfr. § 34. Er genstanden ”udsat for hurtig fordærvelse eller vil dens bevaring medføre uforholdsmæssig store omkostninger”, har sælgeren pligt til at sælge til anden side, jfr. § 35. De citerede ord i § 35 omfatter ikke skade, der påføres køberen ved at priserne falder.^{*)} Priserne kan jo stige igen, og køberen er i så fald bedst tjent med, at varen ikke bortsælges af sælgeren, siges det s. 60 i Motiverne til Købelovens § 35. Denne begrundelse er imidlertid ikke bærekraftig, hvor køberen definitivt har tilkendegivet, at han ikke ønsker at modtage varen, og sætningen om sælgerens adgang til at fastholde købet uanset køberens annullation bør derfor begrænses således, at sælgeren har pligt til at foretage selvhjælpssalg, hvor det må stå ham klart, at køberens manglende vilje eller evne til at aftage salgsgenstanden er definitiv, og senere levering således ikke vil komme på tale.^{**)} Byrden for sælgeren ved at skulle foretage salg til anden side er i hvert fald i den almindelige varehandel ikke stor, og sælgeren har nok oftere end køberen mulighed for at finde køberemner. Anerkendes denne modifikation, har grundsætningen om, at kun uundgåelige tab erstattes, også i denne relation beskåret adgangen til at kræve naturalopfyldelse.^{***)}

5. Mandatskontrakter

Bestemmelser i en mandatskontrakt om en bestemt varighed eller

- ^{*)} Jfr. *Ussing*: Køb s. 116, *Kristen Andersen*: Kjøpsrett s. 221 f, *Almén* s. 472 med note 1 b samt UfR 1926.885 H og NRt 1933.207. UfR 1958.851 H anerkender sælgerens ret til at fastholde salget (af en frugtplantage) uanset køberens annullation, men sælgerens pligt til at drage omsorg for plantagen, som køberen nægtede at overtage, bevirkede, at der alene tillagdes ham en erstatning fastsat skønsmæssigt under hensyn til, hvad ejendommen i forsvarlig stand ved behørigt foretaget salg måtte antages at kunne have indbragt. Dommen er omtalt i *A. Vinding Kruse*: Misligholdelse af ejendoms køb s. 306 ff. Her antages at køberen i forbindelse med sin annullation skal stille sikkerhed for erstatningen. Sælgeren har jo imidlertid i almindelighed, såfremt annullationen er virksom, sikkerhed i salgsgenstanden.
- ^{**)} Redaktionsnoten til UfR 1926.885 H antyder, at dette burde være resultatet, hvor køberens vægring åbenbart er definitiv. Redaktionsnoten til UfR 1920.334 H synes at ville betinge salgsplicht efter annullation af, at køber erkender sin erstatningspligt, og beder sælger søge tabet formindsket. Nytten af så megen bodfærdighed er svær at se. Kritisk overfor dommen fra 1920 også *Axel H. Pedersen* i J 1952.270. Se om dommen tillige *Hasle-Nebelong* s. 219.
- ^{***)} Sml. om annullation (repudiation) i USA bestemmelserne herom i UCC bl.a. secs. 2–610, 2–611 og 2–708 og *Williston on Contracts* § 1303. Se også *Williston on Sales* secs. 559, 589 og 589 a.

om, at aftalen kun kan bringes til ophør med et vist varsel, afskærer ikke mandanten (kommittenten) fra til enhver tid, når han måtte ønske det, at tilbagekalde opdraget (hvervet), men mandataren (kommissionæren) har krav på erstatning for det tab, han lider ved, at hvervet således tilbagekaldes – aftalen annulleres – i utide, jfr. Kommissionslovens §§ 46–50. Den, der har givet en anden til opgave mod vederlag at udføre et hverv, kan vel tilbagekalde opdraget med den virkning, at hvervtagerens ret til at udføre hvervet (præstere sin ydelse) falder bort, men tilbagekaldelsen (annullationen) fritager ikke hvervgiveren for at godtgøre mandataren det tab, han lider ved ikke at komme til at udføre hvervet, for så vidt aftalen må forstås således, at hvervtageren havde fået sikret at udføre hvervet. Den deklaratoriske regel er imidlertid, at en mellemmand kun har krav på provision af de aftaler, der faktisk kommer i stand ved hans virksomhed, og kun såfremt aftalen opfyldes af medkontrahenten. At skaffe kommittenten kunder, der ikke kan betale, er ingen bedrift, jfr. nærmere Kommissionslovens § 68. *)

6. Tjenestekontrakter

Retsstillingen i arbejdsforhold er noget anderledes end i de egentlige kommercielle aftaler. Arbejdstageren (realdebitor) kan ikke få dom for, at han har krav på at indtage sin stilling og udføre arbejdet. Dette følger for tjenesteaftaler allerede af den nedenfor under VI nærmere omtalte almindelige grundsætning om, at dom til naturalopfyldelse ikke gives ved aftaler om personligt arbejde. Afvigelsen fra almindelige regler angår erstatningsberegningen i tilfælde af arbejdsgiverens annullation af aftaler. Her omtales kun aftaler der omfattes af *Funktionærloven*. ”Hvis arbejdsgiveren uberettiget nægter at modtage funktionæren i sin tjeneste eller uberettiget bortviser ham fra tjenesten” har funktionæren krav på en erstatning svarende til lønnen indtil det tidspunkt, til hvilket funktionæren lovligt kunne være sagt op, jfr. § 3, stk. 1, og denne erstatning reduceres kun med, hvad

*) Jfr. *Ussing*: Enkelte Kontrakter s. 389 og *Brækhus*: Meglerens retslige stilling, 1946, s. 346 ff. Særlige regler om handel med faste ejendomme er fastsat i bekendtgørelse nr. 293 af 30. november 1955 om ejendomsmægleres og ejendomshandlers virksomhed § 14, stk. 2, jfr. herved *Frost*: Ejendomsmæglerens og ejendomshandlerens retlige stilling, 1964, s. 173 ff og den dér omtalte UfR 1953.256 H.

funktionæren har eller kunne have tjent i denne tid, for så vidt opsigelsesvarslet overstiger 3 måneder, jfr. § 3, stk. 2.*) Et sådant krav på en minimalerstatning, der skal betales uanset, om det lidte tab bevisligt er væsentligt mindre, kendes ikke i andre aftaler.

En anden særegenhed ved tjenesteaftaler er, at arbejdstageren, selv om han stadig modtager den aftalte løn, dog kan kræve erstatning, som om han var bortvist, dersom arbejdsgiveren definitivt eller i en længere periode nægter at modtage hans arbejde, jfr. UfR 1961.212 H.***) Selv om arbejdstageren får fuld løn i den tid, han er til rådighed, kan han dog have en væsentlig interesse i at komme fri af aftalen og finde anden blivende beskæftigelse. Faglig kunnen, arbejdslyst og arbejdsevne kræver stadig brug for at bevares.

IV. Retstilstanden hvor naturalopfyldelse og erstatning ikke er økonomisk ækvivalente ydelser

A. Prisstigninger og øgede udgifter

Såfremt aftaler om fremtidige ydelser ikke indeholder bestemmelser om regulering af prisen (købesum, byggesum, fragt etc.) efter pris- og lønniveau, vil realdebitors gevinstmargin indsnævres i tilfælde af stigende priser og lønninger, eller aftalen bliver tabgivende for ham. I entrepriseaftaler er forbehold om regulering af byggesummen efter materialepriser (i skibsbygningskontrakter f.eks. efter stålprisen) og overenskomstmæssig arbejds løn almindelige.***)) Også forbehold om ekstra vederlag for rydning, planering, dræning af grunden og for ekstra fundering o.lign. indtages ofte i entreprisekontrakter, og klausuler om ansvarsfrihed i tilfælde af force majeure er almindelige

*) Jfr. herved *Carlsen*: Funktionærret s. 177 og Betænkning om revision af Funktionærloven, 1947, s. 40.

**) Jfr. *Carlsen* smstd. s. 146 f og s. 179 ff.

***)) Om pris- og lønstigninger i entreprisekontrakter, se f.eks. UfR 1957.993 H, 1960.1010 H og i øvrigt *Axel H. Pedersen* i Juridisk Formularbog s. 556 f, i *Entreprise* s. 98 ff og i *Licitation* s. 104 ff samt *Sandvik*: *Entreprenerisikoen* s. 323 ff. — I de senere år er indeksregulering blevet almindelig i autoforsikring og andre forsikringer.

både i aftaler om køb og byggeri.*) Skyldneren er kun berettiget til at indregne øgede omkostninger i prisen, såfremt og i det omfang aftalen giver ham adgang dertil. Dette gælder også i aftaler af en type, hvor indeksregulering er meget udbredt, jfr. f.eks. UfR 1955.230 H og 1969.628.

Om en række aftaler findes i lovgivningen udtrykkelige bestemmelser om, at debitor ikke, fordi hans byrde ved at opfylde aftalen øges på grund af ændrede forhold, ansvarsfrit kan undlade at opfylde, jfr. således Købelovens § 24 om genussælgeren og samme lovs § 30 om køberen, Gældsbrevslovens § 7, stk. 3 om skyldneren efter et gælds brev i fremmed mønt samt Sølovens § 131, stk. 2, om parterne – befragter og bortfragter – i søbefragtning.***) Hvor en prisstigning eller anden indtrådt opfyldeshindring undtagelsesvis er af en sådan ekstraordinær (exorbitant) karakter, at skyldneren efter disse eller andre regler af denne art er ansvarsfri, kan kreditor ej heller få skyldneren dømt til at opfylde in natura. Dette er vel ikke udtrykkelig sagt i loven, men må dog antages, fordi byrden for skyldneren ved at opfylde in natura og ved at betale erstatning af opfyldelsesinteressen i almindelighed er den samme. Fastholdelse af pligten til naturalopfyldelse ville lægge netop den byrde på skyldneren, som erstatningsreglen vil fritage ham for. Erstatningsreglens intention nås derfor kun, hvis også pligten til naturalopfyldelse bortfalder.***))

UfR 1940.214 SH. Et kulfirma modtog den 25. august 1939 i henhold til tilbud af 26. juli s.å. en ordre på 40 hl cinders til en pris af 2,30 kr. pr. hl, at

*) Se herved *Hasle-Nebelong* s. 144 f, Almindelige Betingelser § 18, stk. 7, litra c, og om fortolkningen af sådanne klausuler f.eks. UfR 1922.801.

**) Se også om entreprise, *Ussing: Enkelte Kontrakter* s. 401, Almindelige Betingelser § 18, stk. 5, og UfR 1945.738 H. – Ligeså for amerikansk ret med adskillige illustrerende eksempler *Corbin* § 1333. Se også UCC 2–615.

***)) Jfr. *Ussing* i Almindelig Del s. 66 f og i Bristende forudsætninger s. 162 ff samt *Ljungman*: Om prestation in natura S. 43. – Grunden til, at Købelovens § 21 ikke som en undtagelse fra retten til at fastholde købet nævner, at aftalen på grund af en efter § 24 frigørende opfyldeshindring er bortfaldet, er måske en påvirkning fra den romanistiske umulighedslære. I hvert fald siger *Abnén* § 21 ved note 162, at sætningen *impossibilium nulla est obligatio* er så selvfølgelig, at den også uden hjemmel i lovteksten må være gældende. Optagelse af en udtrykkelig undtagelse i § 21 var derfor unødvendig. Begreberne umulighed og frigørende opfyldeshindring falder imidlertid ikke sammen. Uanset om ordvalget i Købeloven måtte være præget af en sådan tankegang, er dog umulighedslæren uden større betydning for gældende ret, jfr. nedenfor under V.

levere den 31. august 1939. Prisen på cinders var den 31. august steget til 4,00 kr. pr. hl, og kulfirmaet nægtede derfor at opfylde aftalen. Køberne foretog dækningskøb og krævede en erstatning på 68 kr. ($= 40 \times (4,00 \div 2,30 \text{ kr.})$). Køberen fik medhold, da sælgeren "ikke har taget forbehold med hensyn til prisstigning og . . . en kontraktspart efter almindelige retsregler kun kan påberåbe sig en prisstigning som frigørelsesgrund, når denne – foruden at skyldes ved kontraktens indgåelse uforudseelige omstændigheder – har været af ganske ekstraordinær karakter". –

Byrden for kulfirmaet ved den 30. august at skulle betale 68 kr. *eller* levere 40 hl cinders, der nu kunne sælges for 4 kr. pr. hl for en pris af 2,30 kr., er åbenbart den samme. Havde køberen ikke hævet aftalen og købt sine cinders andetsteds straks efter sælgerens annullation (kulfirmaets definitive nægtelse af at opfylde aftalen), men fastholdt købet i det stigende marked, ville byrderne både ved betaling af erstatning og ved levering have været stigende, men stadig lige store. Ovenfor under II er antaget, at køberen ikke kan fastholde aftalen efter sælgerens annullation. Køberen bør ikke kunne spekulere i fortsat prisstigning på sælgers bekostning. Fastholdelse af købet kræver efter Købelovens § 26 reklamation, men også efter afgivelsen af reklamationen står det køber frit for nårsomhelst at hæve købet, f.eks. når prisstigningerne er ved at ebbe ud, eller omvendt stigningerne nærmer sig ansvarsgrænsen efter Købelovens § 24.

Købelovens § 24 angår kun *genuskøb*, men i specieskøb gælder formentlig en tilsvarende regel om bortfald af sælgerens forpligtelse på grund af en uforudset og voldsom forøgelse af den økonomiske byrde ved at opfylde aftalen. Afgørelsen af, om opfyldelsen er blevet så væsentlig mere byrdefuld for sælgeren, at hans forpligtelse bør bortfalde, lader sig nemlig ikke løse ud fra den almindelige culparegel, som er lovfæstet for ikke-opfyldelse af specieskøb i Købelovens § 23. I tilfælde af opfyldeshindringer, der skyldes prisstigninger o.lign., tilfælde som i øvrigt kun sjældnere vil forekomme i speciesaftaler, er spørgsmålet ikke, om sælgeren har passet på salgsgenstanden som en bonus pater eller lignende, men derimod om han bør bære det tab, som er en følge af konjunkturudviklingen, eller om han bør fritages helt eller delvis herfor ved bortfald eller ved en lempelse af aftalen.*) Denne afgørelse må træffes på ensartet grundlag ved aftaler om species- og genussydelser. Handelens karakter af forbrugerkøb eller kommerciel aftale, salgsgenstandens art og de almindelige vilkår for handel med denne vare er blandt de vigtigste af de objektive faktorer, der bestemmer, hvor store byrder skyldneren må finde sig i at bære. *Gaveløfter* lempes i videre omfang end gensidigt bebyrdende aftaler. Om aftalte underholdsbidrag gælder reglen i Ægteskabslovens § 52 om ændring, hvor "det på grund af

*) Om lempelse i stedet for bortfald af aftalen, se *Ussing* i Almindelig Del s. 68 og i Aftaler s. 482 f.

væsentlig forandrede forhold vil være åbenbart urimeligt at opretholde aftalen". En lignende eller måske endda noget videregående regel lader sig anvende på rene gaver, jfr. UfR 1950.770 H med note 1.

Hvor der foreligger eller indtræder opfyldeshindringer, som skyldneren ikke har pligt til at overvinde hverken ved naturalopfyldelse eller ved betaling af opfyldelsesinteressen, er aftalen bortfaldet. Ingen retsvirkning eksisterer, som kan betegnes som en følge af aftalen. Den nærmere redegørelse for, hvor ansvarsgrænsen drages – eller for i hvilket omfang upåregnede eller ændrede forhold bringer aftalen til ophør – er placeret i kapitlet om ansvaret. Dette kapitel handler kun om adgangen til naturalopfyldelse i gyldige og virksomme aftaler.

B. Andre opfyldeshindringer

1. Om retsstillingen i almindelighed

Hvor hindringerne for opfyldelsen ikke består i prisstigninger på varer, der skal leveres, eller på råstoffer, eller i at fremstillingen af genstande af en bestemt art viser sig at være væsentlig dyrere end antaget, er omkostningerne ved opfyldelse in natura og udgifter ved at erstatte medkontrahenten hans opfyldelsesinteresse ikke altid ens. Omkostningerne ved at opfylde aftalen som aftalt vil undertiden langt overstige opfyldelsesinteressen. Opfyldelse af aftalen in natura kan vise sig at være overordentlig kostbar på grund af særlige foreliggende eller indtrådte hindringer, som vanskeliggør præstation af netop den aftalte ydelse eller af ydelser som de aftalte, medens andre nogenlunde tilsvarende ydelser kan skaffes på normale og væsentlig lempeligere vilkår. Udgangspunktet for fastsættelsen af størrelsen af kreditors erstatningskrav for ikke-opfyldelse er størrelsen af hans tab, og omfanget af kreditors tab afhænger af hans situation. Tabets størrelse afhænger i de fleste tilfælde af markedets almindelige priser og leveringsvilkår og ikke af hvilke udgifter skyldneren kan påregnes eller skønnes at måtte have afholdt for at have præsteret ydelsen i overensstemmelse med aftalen.

Situationer, hvor naturalopfyldelse og erstatning ikke er økonomisk ækvivalente ydelser, kan f.eks. foreligge, dersom konstruktio-

nen af en maskine eller opførelsen af en ejendom viser sig at være vanskeligere og dyrere end forventet på grund af tekniske vanskeligheder, blød grund eller lignende, eller dersom gennemførelsen af en aftalt overdragelse vanskeliggøres på grund af vanhjemmel. Kan maskinen ikke konstrueres selv ved påkaldelse af al tænkelig ekspertise, eller vil trediemand ikke lade sig købe ud for nogen pris, foreligger bogstavelig umulighed, og i så fald kan naturalopfyldelse ikke komme på tale. Er opfyldelse derimod mulig ved en særlig kostbar eller omfattende indsats, opstår spørgsmålet, om debitor, selv om han efter almindelige regler er ansvarlig for og således har pligt til at overvinde hindringen, efter omstændighederne kan "benådes", således at han fritages for at opfylde in natura, men ikke for at betale opfyldelsesinteressen, et beløb der under de angivne forudsætninger er væsentligt mindre end udgiften ved opfyldelse i overensstemmelse med aftalen. Spørgsmålet må besvares bekræftende, hvor debtors byrde er stor i forhold til ydelsens værdi eller kreditors særligt angivne interesse i ydelsen. Ved afvejningen må hensyn tages også til aftalens art samt til karakteren af debtors retsbrud, og om opfyldelsen vil nødvendiggøre en betydelig unyttig indsats, f.eks. ved at anvende mange kræfter på at frembringe den lovede ydelse, uanset der langt billigere kan findes en stort set ligeså god løsning på kreditors behov. Kommer en fabrikant under udsalg af et restlager til at oversælge, kan han således ikke uanset bekostning og arbejdets omfang dømmes til at levere og dermed tvinges til at sætte en ny fremstilling i gang af et opgivet produkt. Køberens opfyldelsesinteresse må fabrikanten derimod selvsagt erstatte.*)

Reglen om begrænsning af aftalens virkninger til pligten til at svare erstatning gælder både species- og genusforpligtelser. I begge tilfælde kan leveringen af ydelsen vise sig at være forbundet med store og uforudsete udgifter. Ved genus skal der ses på udgiften ved at fremskaffe en ydelse af vedkommende art, ved species på udgiften ved levering af den aftalte salgsgenstand. Reglen i Købelovens

*) Sø- og Handelsretten har i en utrykt deldom af 27. december 1961 (H.S. 93/1961) antaget, at et teglværk, der havde byttet sig til nogle møbler for et restparti teglbyggeblokke, ikke kunne dømmes til at levere blokkene, da produktionen var ophørt og lageret var udtømt. Under sagen var oplyst, at iværksættelse af en ny produktion ville være overordentlig kostbar, og ganske samme teglblok fremstilledes ej heller længere af andre teglværker. Deldommen fritog derimod ikke teglværket for opfyldelse af den kontraktsmæssige forpligtelse. Da møblerne forlængst var leveret, er konsekvensen af deldommen derfor, at teglværket må erstatte blokkenes værdi og et eventuelt tab på grund af forsinkelsen.

§§ 23 og 24 er ganske vist forskellige, men i begge slags aftaler gælder, at skyldneren i et vist omfang må overvinde opfyldeshindringer. Købelovens § 24 giver udtryk for, hvor vidtgående denne forpligtelse er, mens § 23's culparegel ikke kan siges at tage stilling til dette spørgsmål. Culpabegrebet giver ikke noget virkelig vejledende svar på, f.eks. hvor store omkostninger, skyldneren er pligtig at afholde for at bringe den mistede, men stadig eksisterende salgsgenstand til veje.

Lempelse af kontrakten således at skyldnerens pligt begrænses til at udrede erstatning kan i et vist omfang ske, selv om det kan godtgøres, at fastholdelse af aftalens opfyldelse hverken kan antages at ville påføre debitor tab eller dog måtte nødvendiggøre isoleret bedømt uhensigtsmæssige dispositioner. En sådan situation kan foreligge, hvor gennemførelsen af naturalopfyldelse af aftalen ville føre til en binding af debtors handlefrihed, der rækker langt udover opfyldelsen af den enkelte aftale, og derfor ville være for tung en byrde at lægge på ham af hensyn til kreditors interesse i aftalens opfyldelse, også selv om der ikke er grund til at tro, at nødvendige dispositioner skulle være ufordelagtige. Reglen i Lejelovens § 21 synes bygget på sådanne synspunkter. Bliver det lejede ødelagt ved brand eller anden ulykke, bortfalder aftalen. Lejeren kan dog kræve erstatning af udlejer, hvor denne efter almindelige regler er ansvarlig for skaden, det vil i almindelighed sige i tilfælde af culpa, og hvor aftalen måtte indeholde en garanti.*) Reglen gælder, hvad enten genopførelse eller anden anvendelse af grunden må antages at ville være fordelagtigst for ejeren.**) Spørgsmålet om en betinget "benådning" af den ansvarlige debitor er neden for under B, 2 og 3 søgt yderligere belyst ved omtale af nogle situationer i entrepriseforhold og vedrørende vanhjemmel.***)

Har parterne eller dog én af dem kendt eller burdet kende den

*) Genopføres huset i væsentlig uændret skikkelse, har lejeren fortrinsret til leje af de tilsvarende lokaler, jfr. Lejelovens §§ 21, stk. 2, og 14, stk. 4.

**) Ved afgørelsen af om det lejede er "ødelagt" lægges derimod vægt på om reparation ville være en rimelig disposition, jfr. UfR 1971.248 H med note 1.

***) Se i øvrigt om spørgsmålet *Ussing* i Almindelig Del, 3. udgave s. 81 ff og i UfR 1949B.227 samt *Ljungman*: Om prestation in natura, 1948, s. 42 ff. — *H. Schaumburg* fremhæver i UfR 1961B.301 ff de foreliggende afgørelses konkrete karakter. Der er imidlertid et betydeligt behov for en præcisering af retstilstanden, og det "konkrete" i afgørelser, hvis resultat formår at overbevise om deres rigtighed, kan skyldes, at de normer og begreber ud fra hvilke afgørelserne ansues trænger til justering. Visse generelle regler om spørgsmålet kan og bør opstilles.

konkrete vanskelighed, vil særegne løsninger ofte være på deres plads. Viden hos skyldneren, som ikke meddeles kreditor, udelukker i almindelighed hans frigørelse for forpligtelsen. Force majeure klausuler og andre vedtagelser om begrænsning af debtors forpligtelse fritager således normalt ikke for pligten til at opfylde på grund af omstændigheder, som debitor var bekendt med og kunne have taget i betragtning ved aftalens indgåelse, jfr. UfR 1922.801, 1923.278 og *Hasle-Nebelong* s. 145 f. Omvendt afskærer viden hos kreditor, som ikke meddeles debitor, jævnligt denne fra at fastholde aftalen, hvis hindringen viser sig at få væsentlig betydning for opfyldelsen, jfr. herved Aftalelovens § 33. Undertiden har begge parter været vidende om (opmærksomme på), at opfyldelsen måske eller givetvis vil være usædvanlig vanskelig, og af den kendsgerning at de ikke desto mindre indgår en aftale, der ikke nævner hindringer og af deres optræden i øvrigt kan i nogle tilfælde udledes, hvordan retsstillingen er. Det kan af de foreliggende konkrete omstændigheder fremgå, at meningen er, at aftalen kun skal gennemføres, såfremt den ikke støder på de iagttagne vanskeligheder, eller omvendt at skyldneren skal overvinde vanskelighederne. Hvor der ikke i en foreliggende sags særegne omstændigheder er grundlag for at vælge en bestemt løsning – for en særlig fortolkning af aftalen, om man vil, – har dog både parternes almindelige kendskab til og deres evne til at vurdere vanskeligheder af den foreliggende art og deres betydning for, hvor store byrder debitor må bære, betydning for afgørelsen. Væsentlig betydning har også, hvilken løsning der giver den bedste harmoni med bestemmelserne i aftalen f.eks. om garantier, pris og leveringstid.

For møjen med undtagelserne må hovedreglen ikke glemmes. Debitor skal, hvor ikke særlige omstændigheder fører til et andet resultat, opfylde aftalen in natura, hvis det forlanges af kreditor. Urigtig er derfor JD 1947.17, der fritager et forlag for at udgive en digtsamling, det havde antaget til udgivelse, jfr. herved Ophavsretslovens § 35.*)

2. Særligt om entreprise

I entrepriseaftaler og bestillingskøb er entreprenøren (tilvirkeren) i

*) Adgangen til naturalopfyldelse er udtrykkelig nævnt i bemærkningerne om forlæggerens udgivelsespligt i Udkast til lov om ophavsretten, 1951, s. 148. Se også NRt 1930.1210, der fælder handlingsdom over forlæggeren og *Hartvig Jacobsen*: Forlagsretten, 1951, s. 126 ff.

almindelighed pligtig at gennemføre arbejdet, selv om dette viser sig væsentlig mere omfattende og bekosteligt end antaget af parterne ved indgåelsen af aftalen. Entreprenøren kan ikke uden videre træde tilbage fra aftalen mod at betale bygherren (bestilleren) en erstatning, der sætter ham i stand til at erhverve f.eks. en anden noget lignende maskine af traditionel konstruktion eller skaffe sig en anden grund og opføre sig et hus der.

Er vanskelighederne så store, at det ikke bør pålægges entreprenøren at overvinde dem, fritages denne som oftest helt for at vedstå kontrakten, men hvor f.eks. entreprenøren bedre end bygherren burde have kunnet vurdere opfyldelseshindringerne kan det efter omstændighederne pålægges entreprenøren at svare en erstatning beregnet efter merudgiften for medkontrahenten (bygherren) ved indgåelse af en anden lignende aftale.

Er aftalen opfyldt, men med et resultat, der på grund af upåregnede – eller undervurderede – opfyldelseshindringer er mangelfuldt, må entreprenøren, om han findes ansvarlig, i almindelighed, hvis manglen ikke afhjælpes, jfr. neden for under VII, C, efter bygherrens valg erstatte ham udgiften til udbedring af manglerne eller værdiforringelsen. Skyldneren er i almindelighed pligtig at erstatte skader, der opstår på grund af en opfyldelseshindring, som han kunne og burde have opdaget og overvundet, jfr. f.eks. UfR 1956.305 H om opførelse af et hus, hvis fundament efter grundens beskaffenhed måtte anses som utilstrækkeligt. Arkitekten og murermesteren, der havde været opmærksom på, at grunden var blod, var solidarisk ansvarlige overfor bygherren for udgifterne til afhjælpning af manglerne. Bygherren er i almindelighed kun afskåret fra at udbedre manglerne for entreprenørens regning, hvor afholdelse af udgiften må betegnes som en urimelig økonomisk disposition. Dette er f.eks. ikke tilfældet ved foretagelse af en kostbar, men nødvendig forbedring af funderingen af et allerede opført og afleveret hus, jfr. UfR 1968.391 H og 709 H, eller omlægning af et tegltag, hvor de anvendte sten viser sig at være utætte, jfr. UfR 1954.583 O, hvor entreprisekontrakten indeholdt en bestemmelse om, at ”taget garanteres tæt”. Hvor udbedringsudgiften kan fordres erstattet, kan entreprenøren i almindelighed i stedet også hvor intet er bestemt herom i aftalen, såfremt bygherren nedlægger påstand herom, dommes til at udføre arbejdet, jfr. UfR 1927.637 H. *) Opfyldes dommen ikke, forskydes tidspunktet for erstatningsberegningen til den efterfølgende fogedforretning, jfr. Retsplejelovens §§ 493 og 496.

*) Jfr. om bestemmelsen i Almindelige Betingelser § 16 neden for under VII, C.

3. Særligt om vanhjemmel ved overdragelser

Ved vanhjemmel er behørig opfyldelse af aftalen ofte mulig, idet skyldneren kan bringe trediemands ret til ophør. Kan en behæftelse, der hviler på salgsgenstanden, eller andre opfyldelseshindringer fjernes ved afholdelse af udgifter, der hverken står i misforhold til, hvad kreditor opnår ved opfyldelse i overensstemmelse med aftalen, eller til ydelsernes almindelige værdi, kan skyldneren dømmes til at opfylde *in natura*, jfr. således UfR 1928.1041 H med note 1 (TfR 1929.500) om indfrielse af pant i en som ubehæftet solgt lod af en fast ejendom.*) Navnlig i tilfælde, hvor trediemand ikke har pligt til at lade sig udløse og kun ønsker at afstå sin ret mod en særlig høj betaling, kan udgiften til at købe trediemand ud være væsentlig højere end medkontrahentens opfyldelsesinteresse (fortjeneste). Erstatningen af opfyldelsesinteressen beregnes nemlig i almindelighed som differencen mellem den normale værdi af ydelsen i ubehæftet stand og købesummen. I enkelte tilfælde af denne art, hvor udgiften ved at fjerne vanhjemmelen langt ville overstige kreditors opfyldelsesinteresse beregnet på denne måde, er overdrageren i retspraksis blevet fritaget for at opfylde aftalen (eller for en påstand om at svare erstatning beregnet udfra trediemandens faktiske krav) og alene pålagt ham at betale en erstatning svarende til værdiforringelsen.

UfR 1919.757 HSt. Et udstykningsselskab solgte ved en fejltagelse samme grund til to forskellige købere. Den første køber ville kun lade udstykningsselskabet købe grunden tilbage for over det dobbelte af, hvad han selv havde givet, uagtet grundens værdi kun kunne antages at overstige købesummen med et mindre beløb. Da sælgeren ikke var rådig over grunden, og "da det har ligget udenfor handlens forudsætninger, at selskabet skulle erhverve denne", kunne selskabet ikke dømmes til at opfylde handelen, men pålagdes alene at betale en mindre erstatning, der svarede til prisdifferencen (grundens værdi ÷ købesummen) og "et mindre beløb for andet tab". Herved sigtes formentlig til omkostninger f.eks. til forberedelse af et byggeri eller lign., som køberen måtte have afholdt, og som nu, da handlen ikke blev opfyldt, var spildt, jfr. herved kapitel 15 i *Ussing*: Almindelig del.

UfR 1930.198 V. I slutsedlen om køb af en ejendom bestående af to adskilte grundstykker var bestemt: "Sælgeren garanterer køberen for, at der til hele ejendommen er fri og uhindret ind- og udkørsel uden indskrænkning på nogen

*) Jfr. A. Vinding Kruse: *Misligholdelse* s. 214 f.

måde". Ejeren af det mellemliggende grundstykke var imidlertid kun pligtig at tåle gående færdsel, og ønskede ikke at udvide færdselsretten til også at omfatte kørsel. Han var derimod villig til at sælge sin grund, men kun for et beløb, der måtte antages at udgøre mere end det dobbelte af grundens værdi. Opfyldelse af aftalen kunne således kun ske ved, at sælgeren købte det mellemliggende grundstykke til denne meget høje pris (10.000 kr.). "Da imidlertid et sådant køb, der ville forudsætte økonomiske opofrelser, som efter det oplyste skønnes urimelige, har ligget ganske udenfor forudsætningerne ved handelens indgåelse" kunne sælgeren ikke dømmes til at opfylde købet, men alene til at erstatte køberen værdiforringelsen på grund af den begrænsede færdselsret (skønsmæssigt fastsat til 2.000 kr.) – Havde sælgeren i denne eller i sagen fra 1919 bestemt sig for at betale trediemand den forlangte pris og derefter opfyldt overfor køberen, ville han ikke kunne have krævet merprisen tilbage fra trediemanden under påberåbelse af reglerne i Aftalelovens §§ 31 og 33, jfr. UfR 1969.187 V. Trediemanden har ingen pligt til (kun) at sælge til en normal eller rimelig pris for at hjælpe den uheldige sælger.

Begrundelsen i begge dommes præmisser for at fritage sælgeren for at opfylde in natura er, at byrden herved lå uden for kontraktens forudsætninger,^{*)} og i sagen fra 1930 tillige, at sådan opfyldelse ville kræve urimelige økonomiske opofrelser. Skal urimeligheden bestå i noget andet end byrdens tyngde for debitor, som er fremhævet i et andet led i begrundelsen, må dommen antages tillige at have taget i betragtning, at afholdelsen af den nødvendige, store udgift for debitor til opfyldelse in natura ikke fører til produktion af et gode af en tilsvarende værdi for kreditor, men alene ville skaffe en udenforstående trediemand en tilfældig og uventet gevinst, en ugrundet berigelse. Det forekommer helt oplagt, at sælger i sagerne ikke bør fritages for at betale erstatning fastsat efter almindelige erstatningsregler. I begge sager havde sælgerne handlet forsømmeligt, og i øvrigt måtte de efter grundsætningen i Købelovens § 59 ifalde ansvar for den foreliggende oprindelige, partielle vanhjemmel også uden culpa.^{**)} Karakteristisk for de opfyldelseshindringer, der omtales i dette afsnit IV er, at hindringerne kun rammer opfyldelse ved præstation af den aftalte ydelse, men ikke betaling af erstatning.

*) I FAL § 45 om fareforøgelse bruges en lignende udtryksmåde: "... forøges udover, hvad der ved aftalens afslutning kan antages at være taget i betragtning ...". Loven udgår, synes det, fra den tanke, at forsikringen er tariferet med henblik på en vis afgrænset risiko, og at videregående risici ikke er dækket, medmindre de omfattes af risikobeskrivelsen.

**) Sml. A. Vinding Kruse: Misligholdelse s. 211.

Størrelsen af opfyldelsesinteressen i penge påvirkes ikke af hindringerne. Opfyldelsesinteressen er den samme, uanset om misligholdelsesårsagen er en vanskeligt fjernelig vanhjemmel eller en anden, f.eks. at overdrageren har fortrudt handelen.

Problem og resultat i dommene lader sig formulere også med en i Danmark meget udbredt juridisk teoris begreber: sælgerens forpligtelse til at levere retsmangelfri ydelse var knyttet til den urigtige *forudsætning*, at ingen trediemand havde modstående rettigheder over den solgte ejendom, og denne forudsætning fandtes relevant, uagtet sælgeren var ansvarlig for retsmangelen og derfor måtte betale erstatning. At oversætte problemet til forudsætningslærens terminologi kan vel være stimulerende for tanken og kan lette konfrontationen af situationen med retsfølelsen og med afgørelserne i andre sager, der frembyder ensartede træk. Oversættelsen giver derimod ikke noget selvstændigt, reelt bidrag til afgørelsen af sagerne. *)

Fastlæggelse af en aftales indhold ved fortolkning og udfyldning sker dels på subjektivt, dels på objektivt grundlag. I konfrontationen i *Ussing*: Aftaler s. 457 ff mellem en objektiv og en subjektiv forudsætningslære er styrker og svagheder i de to synsmåder klart demonstreret. I en teoretisk analyse lader subjektive og objektive ræsonnementer sig rendyrke. Subjektivismen består i fastlæggelse af kontraktsindholdet på grundlag af en mere eller mindre sikker gisning om, hvad parterne ville have vedtaget, såfremt de ved kontraheringen havde taget stilling til spørgsmålet. En sådan gisning kan f.eks. støttes på oplysninger om kontraktsforhandlinger eller på aftalens bestemmelser om beslægtede spørgsmål. Objektivisme betyder bestemmelse af aftalens retsvirkninger udfra betragtninger af objektiv eller almen karakter, d.v.s. alle andre faktorer end parternes formodede vilje. Hensyntagen til at en part har indrettet sig på en vis måde i tillid til (en bestemt forståelse af) aftalen eller til andre partsinteresser, der er indtrådt *efter* aftalens indgåelse, ved fastlæggelse af aftalens retsvirkninger er som oftest kun mulig for en objektiv synsmåde. I øvrigt glider i praksis subjektive og objektive data sammen. De afgørelser, der træffes i praksis, kan derfor ikke klart inddeles i afgørelser, der bygger på *fortolkning* af aftalen som en individuel, konkret afgørelsesmåde og afgørelser, der består i en *supplering* af aftalen (udfyldning) på et objektivt generelt grundlag. Illustrerende er f.eks. UfR 1966.139 H, der begrundet sit resultat *dels* med hvad der følger af aftalens udtrykkelige bestemmelser *dels* med *naturalia negotii* om vedkommende aftaletype (telefonabonnement). I den enkelte situation lader objektive og subjektive synsmåder sig ofte ikke adskille i grundlaget for afgørelsen. **)

*) Anderledes *Ussing* bl.a. i Almindelig Del s. 127 f.

**) Ordet "fortolkning" anvendes da heller ikke konsekvent i en bestemt betydning, se f.eks. på den ene side *Ussing*: Aftaler s. 421 ff over for sammes Almindelig Del s. 65.

Den brogethed, domstolenes afgørelser i de situationer, der forekommer i praksis, frembyder, når de ses ud fra de to fremstillede principielt forskellige synsmåder, subjektivismens og objektivismens, har tre grunde.

(a) I nogle tilfælde kan parternes hypotetiske vilje bestemmes med en ret høj grad af sikkerhed. I andre tilfælde kan der kun anstilles rene gisninger, og i atter andre er begrebet uden fornuftig mening, *enten* fordi parterne ikke kan antages at kunne eller ville have fundet frem til en enig beslutning om, hvordan spørgsmålet skal reguleres, *eller* fordi parterne, om de havde skullet tage stilling, antagelig ville have ordnet sig anderledes, f.eks. ved at indgå en aftale af et helt andet indhold. Hensyntagen til den udtalte, formodede partsvilje er naturlig i førstnævnte situation, men ikke i de to sidstnævnte. Virker formodningen om indholdet af den fælles hypotetiske vilje sikker, er denne i almindelighed udslagsgivende.*) Hvor ingen mulighed består for med rimelig vished at finde frem til en hypotetisk fælles vilje eller vedtagelse, må på den anden side afgørelsen, som sket i UfR 1940.214 citeret ovenfor s. 38 f., træffes på rent objektivt grundlag. Hvor antagelsen af, hvad parterne ville have vedtaget, har en vis, men ikke en høj grad af sandsynlighed for sig, må formodningen sammen med de objektive data indgå blandt de omstændigheder, der kan motivere afgørelsen. I UfR 1930.198 trækker således vistnok en formodning af beskeden styrke om en hypotetisk partsvilje og et objektivt datum – udgifternes urimelighed – i samme retning.

(b) Det skema over de subjektive og objektive datas betydning, som er angivet under (a), og som i hvert fald i den teoretiske (abstrakte) fremstilling er enkelt og klart, forplumres i virkelighedens verden i høj grad af den kendsgerning, at det i almindelighed ikke er muligt i de situationer, der foreligger til afgørelse, at holde antagelsen af, hvad fornuftige og rimelige folk i parternes sted ville have vedtaget, og netop disse parterers hypotetiske vilje ude fra hinanden. Hvad rimelige og fornuftige folk ville have gjort, er et væsentligt indicium for formodningen om en hypotetisk partsvilje. Hvor intet andet indicium af væsentlig vægt end antagelsen af, hvad gode mænd ville have vedtaget, taler for eksistens og indhold af en hypotetisk vilje, er det reelle kriterium ikke længere den hypotetiske vilje, men opfattelsen blandt gode mænd. Købelovens § 24 lægger vægten på, om sælgeren ved køkets afslutning burde have taget opfyldeshindringen i betragtning. Dette svarer til, hvad en bonus pater i sælgerens sted faktisk ville have taget i betragtning.

*) Jfr. herved *Krabbe* i UfR 1920B.173 ff, *Ussing*: Aftaler s. 469 med note 36 samt UfR 1920.570 H, 1923.604 H og 1930.628 H. – Sikre oplysninger om, hvad en kontrahent i en given situation ville have gjort, lader sig i tilfælde af standardiseret massekontrahering i almindelighed let fremskaffe. Forsikringsaftalelovens § 6 er skrevet ud fra en forudsætning om, at det i forsikringsaftaler forholder sig således med hensyn til et forsikringssselskabs stilling.

Samspillet mellem subjektive og objektive data er et universelt fænomen. I Comment 1 til bestemmelsen i UCC 2–615 (svarende til Købelovens § 24) siges således: "This section excuses a seller from timely delivery of goods contracted for, where his performance has become commercially impracticable because of unforeseen supervening circumstances not within *the contemplation of the parties* (udhævet her) at the time of contracting". Udtrykket "*the contemplation of the parties*", der ganske svarer til "aftalens forudsætninger" er benyttet allerede i *Hadley v. Baxendale* (1854), en berømt engelsk dom om adækvans ved fastsættelsen af erstatningskravets omfang i kontraktsforhold, jfr. herom nærmere *Cheshire and Fifoot* s. 544 ff. Også på dette som på andre områder, hvor en supplerende (udfyldning) af en aftale kommer på tale, mødes og brydes subjektive og objektive betragtningsmåder.

(c) Blandt de momenter af betydning for afgørelsen om kontraktens retsvirkninger (fortolkning og supplerende) der her er betegnet som objektive, fordi de ikke består af antagelser om, hvad de individuelle parter i de foreliggende sager kan antages at have ment, er der en betydelig variationsbredde. Som allerede nævnt under (b) kan en afgørelse tænkes at bygge på, hvad fornuftige og rimelige folk i parternes sted ville have bestemt om de i kontraheringens øjeblik skulle have taget stilling til, hvad der skulle gælde i en situation som den, der indtræder.*) Dette kriterium lader sig ikke i praksis anvende på anden måde end at retten lægger vægten på, hvad parterne burde have bestemt for at opnå en rimelig orden eller – med udskyldelse af boni patres som et overflødigt mellemlid – på hvad der i den foreliggende situation er en rimelig orden. Hvor en undersøgelse af, hvad fornuftige parter ville have gjort, f.eks. en forespørgsel til sagkyndige, giver som resultat, at de ville have taget forholdsregler, der ville udelukke situationens opståen, (i UfR 1930.199 f.eks. have udvist større omhu) er kun den sidste formulering brugbar.

Bag udformningen af forskellige beskrivelser af objektive momenter skjuler der sig et principielt, betydningsfuldt spørgsmål. Objektivismen har forskellige grader. En afgørelse kan tænkes baseret på, hvad gode mænd i parternes sted ville have aftalt til rimelig varetagelse af deres interesser, eller på hvilken løsning der stemmer bedst overens med netop disse parter interesser i den foreliggende situation. En anden mulighed er at bygge afgørelsen på en afvejning af de interesser, parter i almindelighed har i situationer af denne art. Endelig består også den tredje mulighed i grundlaget at inddrage momenter af almen (i obligationsretten som oftest samfundsøkonomisk) karakter. Den første formel står subjektivismen nærmest og er anvendelig hvor sagens konkrete omstændig-

*) Både i nordisk og engelsk ret har nogle anbefalet brug af dette kriterium som den afgørende prøvesten, jfr. herved *Ussing*: Aftaler s. 468 med note 32 og i *Bristende forudsætninger* s. 208 ff samt *Cheshire and Fifoot* s. 509 f og *Corbin* § 1331.

heder i høj grad taler for et bestemt resultat. Den anden formel lader mulige særegenheder ved det enkelte tilfælde træde i baggrunden og giver derved større mulighed for at træffe afgørelser af regeldannende karakter. Denne formel er anvendelig, hvor de konkrete omstændigheder ikke klart peger i en bestemt retning og hvor opstilling af en bestemt regel findes ønskelig. Hensyntagen til andre interesser end parternes ved fastlæggelsen af aftalens virkninger for parterne må i almindelighed ske ved lovgivningsindgreb i form af forbud mod eller kontrol med visse aftaler. Den omstændighed, at almene hensyn trækker i samme retning som hensyntagen til en af parterne, kan imidlertid efter omstændighederne gøre udslag til fordel for ham. Ved afgørelsen af om en entreprenør skal omgøre et arbejde kan det således tillægges betydning, om arbejdet med omgørelsen fører til frembringelse af værdier eller ikke. Et utæt tag må lægges om, men ikke enhver afvigelse fra beskrivelsen, f.eks. med hensyn til de anvendte materials farve, kan bære et krav om en kostbar omgørelse af arbejdet.

V. Umulighed og dens betydning for afviklingen af kontrakten

A. Umulighed som ugyldighedsgrund

I § 306 BGB er bestemt, at en aftale om en ydelse, som det er umuligt at præstere, er ugyldig. Sætningen om, at umulighed gør aftalen ugyldig, har rødder i romerretten og kan umiddelbart synes at være en selvfølge eller næsten en logisk nødvendighed: et tilsagn om at hente stjernerne ned eller om at udføre andre handlinger, der – i hvert fald for tiden – ligger udenfor det muliges grænser, kan og bør ikke tillægges nogen retlig betydning. At løfter om præstation af ydelser, der åbenbart for enhver ikke lader sig opfylde, ikke er retligt bindende for løftegiveren, er i almindelighed klart. Løftet går ind på områder, som er uden for retlig regulering. Erklæringen er efter sit indhold uegnet til at være bærer af retlige virkninger, jfr. *Ussing: Aftaler* s. 37 f.

Sagen stiller sig derimod anderledes, hvor et løfte om en ydelse, der ikke kan præsteres, ikke åbenbart adskiller sig fra retligt virksomme erklæringer. Umulighed foreligger således, hvor en person sælger en bestemt ting, uanset den forinden er gået til grunde, eller hvor opfyldelsen af en aftale om levering, f.eks. af et kreatur eller af et kemisk produkt, bliver umulig på grund af forbud udstedt med hjemmel i forskrifter til beskyttelse mod udbredelse af sygdomme eller mod levnedsmidler, der kan frembyde fare for sundheden. Naturalopfyldelse er udelukket i sådanne og andre tilfælde; men uden videre at behandle aftalen som ugyldig ville langt fra altid føre til en rimelig ordning af parternes mellemværende. Selv om naturalopfyldelse er udelukket, bør aftalen dog jævnlige håndhæves som bindende ved, at der indrømmes kreditor krav mod debitor på erstatning af opfyldelsesinteressen. En sådan løsning er f.eks. på sin plads, hvor overdrageren burde have opdaget, at tingen var gået til grunde, eller hvor udbruddet af den smitsomme sygdom i hans besætning skyldes dårlig pasning. Umuligheden berører ej heller aftalens gyldighed, hvor kreditor i stedet for den beskadigede, ødelagte eller exproprierede ydelse kan gøre krav på en erstatningsydelse og ønsker at benytte sig heraf mod betaling af vederlaget til overdrageren, f.eks. fordi forsikringssummen overstiger den aftalte pris, jfr. herved om forsikringsydelser Forsikringsaftalelovens § 54.*) Opstillingen af en regel som § 306 BGB var måske naturlig i et retssystem, hvor naturalopfyldelse betragtedes som den naturlige og selvfølgelig opfyldelsesmåde for alle forpligtelser, men ikke hvor f.eks. som i dansk ret kravet om erstatning af opfyldelsesinteressen spiller en væsentlig og større rolle som sanktion overfor ikke-opfyldelse af aftaler end kravet om naturalopfyldelse. Den almindeligt godtagne definition af et gyldigt løfte: at løftet er gyldigt, dels når det har retsvirkning i overensstemmelse med sit indhold, dels når misligholdelse af løftet kan medføre, at løftegiveren skal erstatte opfyldelsesinteressen, jfr. *Ussing: Aftaler* s. 117, sidestiller løfter om ydelser, der ikke kan præsteres, men forpligter til erstatning af opfyldelsesinteressen med (andre) gyldige løfter. Anerkendes en aftale som gyldig, blot den forpligter til betaling af opfyldelsesinter-

*) Se i øvrigt om kreditors ret til surrogater, *Ussing: Almindelig Del* s. 65 og 419 samt v. *Eyben: Panterrettigheder* s. 96 ff.

essen, er udsagnet om, at ugyldighed er en logisk nødvendig følge af umuligheden, urigtig.*)

Selv om skyldnerens forpligtelse fastholdes, har konstateringen af, at en opfyldeshindring gør opfyldelse i overensstemmelse med aftalens indhold umulig, i almindelighed den betydning, at kreditor ikke kan få dom til naturalopfyldelse. Er det på tidspunktet for optagelsen af sagen til dom på det rene, at opfyldelse af forpligtelsen ikke er mulig, kan skyldneren ikke dømmes til at præstere naturalopfyldelse. Dette gælder både i tilfælde, hvor opfyldelsen er umulig for alle og enhver (objektiv umulighed), og hvor det ikke kan udelukkes, at andre ville være i stand til at opfylde (subjektiv umulighed). Afsigelse af en dom om præstation af en ydelse, som debitor (domfældte) ikke kan præstere, er imidlertid ikke altid meningsløs. En sådan dom kan tværtimod have god mening, hvor umulighed kun er midlertid, eller hvor præstation af alternative ydelser, jfr. herved UfR 1954.317 H om valutarestriktioner, eller surrogater kan komme på tale, eller hvor grunden til umuligheden er skyldnerens svigtende økonomiske evne. Sætningen om, at umulighed udelukker dom til naturalopfyldelse, er da også undergivet begrænsninger. Skyldes umuligheden alene skyldnerens dårlige økonomi, er opfyldelse af en dom til betaling af erstatning også umulig, men ikke desto mindre kan både dom til opfyldelse og til betaling af erstatning afsiges. Misligholdelse, der skyldes debtors pengemangel, er i almindelighed tillige ansvarspådragende for debitor, også hvor skyldneren uforskyldt er kommet i økonomiske vanskeligheder, jfr. *Ussing*: Almindelig Del s. 124. Sælgeren kan dømmes til at levere, selv om han ingen penge har til fremskaffelse af varen og den insolvente låntager kan dømmes til at betale lånet tilbage. Beskyttelsen af den økonomisk svage skyldner mod en for hårdhændet retsforfølgning varetages af reglerne i Retsplejeloven om tvangsfuldbyrdelse, navnlig bestemmelsen i § 509 om beneficium competentiae.

*) Gældende tysk ret er fremstillet f.eks. af *Esser* I s. 202 ff. Grundsætningerne om umulighedens betydning blev udviklet i det 19. århundrede af *Friedrich Mommsen* og optaget bl.a. i *Windscheids* berømte og indflydelsesrige *Lehrbuch des Pandektenrechts* og senere i BGB. — Umulighedslæren kritiseres nu fra flere sider i Tyskland, se allerede *Rabel* i en afhandling fra 1907 trykt i *Gesammelte Aufsätze*, bind I, s. 1 ff. — Udgangspunktet for engelsk ret er det modsatte af pandektisternes: et løfte må opfyldes ved betaling af erstatning, uanset om opfyldelse in natura er umuliggjort, medmindre aftalen indeholder forbehold herom eller — i nyere ret — skyldneren efter almindelige retsgrundsætninger fritages for at opfylde, jfr. herved bl.a. *Buckland and MacNair*: *Roman Law and Common Law*, 2. ed., 1965 s. 237 ff.

En upåregnelig og betydelig forøgelse af byrden ved at opfylde aftalen kan efter omstændighederne bringe skyldnerens forpligtelse til ophør, d.v.s. frigøre ham både for krav om at opfylde in natura og om at betale erstatning, jfr. for så vidt angår køb Købelovens § 24. Denne begrænsning af aftalens rækkevidde er imidlertid uafhængig af den enkelte skyldners økonomi.

Bortset fra reglen om udelukkelse af kravet på naturalopfyldelse kendes ikke i dansk ret særregler om de opfyldelseshindringer, der har karakter af umulighed. Reglerne i Købelovens §§ 24 og 30 omfatter således både skyldnerens frigørelse på grund af upåregnelig umulighed og af andre upåregnelige, betydelige opfyldelseshindringer.

Læren om umulighed har spillet en betydelig rolle i dansk litteratur, jfr. herom *Hellner* i *Jus Privatum Gentium*, Festskrift til Max Rheinstein, bind II, s. 705 ff. Læren sonderer mellem forskellige slags umulighed. Umuligheden kaldes oprindelig, såfremt den forelå allerede ved aftalens indgåelse og efterfølgende, hvor umuligheden er indtrådt på et senere tidspunkt. Umuligheden kaldes bogstavelig, hvor opfyldelse er fysisk umulig, og praktisk eller økonomisk hvor opfyldelse er så byrdefuld, at det for en praktisk eller økonomisk betragtning må sidestilles med fysisk umulighed. Umuligheden kaldes legal (retlig), hvor opfyldelseshindringen består i, at opfyldelse ikke lovligt kan ske, i modsætning til faktisk umulighed. Umuligheden kaldes definitiv, hvor opfyldelse ikke senere kan ventes at blive mulig og ellers temporær eller midlertidig. Endelig tales om objektiv umulighed, hvor præstationen af ydelsen er umulig for enhver og om subjektiv umulighed, hvor meget muligt andre end skyldneren ville være i stand til at præstere.

Begrebet *subjektiv umulighed* (Unvermögen) benyttes i tysk ret til den nødvendige begrænsning af reglen i § 306 BGB. Oprindelig subjektiv umulighed fritager ikke skyldneren for sin forpligtelse. Skyldnerens løfte anses at indeholde en tilsikring om, at han er leveringsdygtig, jfr. *Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches II* s. 46. Læren om den subjektive umulighed og forestillingen om, at skyldneren med sit løfte vækker tillid til sin leveringsdygtighed og derved forpligter sig selv, blev optaget af Julius Lassen, jfr. *Lassen: Almindelig Del* s. 466 f. Opfyldelseshindringens karakter af subjektiv eller objektiv er imidlertid ikke egnet til at angive grænsen mellem de opfyldelseshindringer, der fritager skyldneren for hans forpligtelse og andre hindringer, jfr. *Ussing: Køb* s. 77 og *Lassen: Almindelig Del* s. 476 f. Om en opfyldelseshindring er frigørende, afhænger af dens påregnelighed og betydning for parterne, men ikke af, om der måtte kunne findes andre personer, som er leveringsdygtige.

B. Aftaler, der strider mod bestemmelser i lovgivningen

Lovgivningen indeholder et betydeligt antal bestemmelser, der forbyder indgåelsen eller opfyldelsen af visse aftaler. Ikke enhver aftale, der er i strid med et af disse lovforbud, er ugyldig. For så vidt er DL 5-1-2 om "contracter", som er "imod loven", ikke udtryk for gældende ret. En gennemgang af et antal eksempler viser klart, at reglernes emner og formål er af så forskelligartet karakter, at virkningen af overtrædelse af reglerne – af legal (retlig) umulighed – ikke altid kan være den samme. Betydningen for aftalens retsvirkninger af, at en lovbestemmelse er overtrådt, kan ikke udtrykkes i en generel regel, men må afgøres for hver enkelt lovbestemmelse for sig. En aftale, hvorved Lukkeloven er overtrådt, er f.eks. gyldig. Lukkelovens regler håndhæves alene ved straf, jfr. *Ussing*: Aftaler s. 193 ff. Undskyldelig uvidenhed hos en part om at tilvejebringelsen af den aftalte ydelse ikke lovligt kan (kunne) ske, er efter omstændighederne tilstrækkeligt grundlag for at indrømme ham et krav om erstatning eller opfyldelse mod den anden part, jfr. herved UfR 1969.303 H. Efter Valutabekendtgørelsen nr. 199 af 20. juni 1961 kræver opfyldelse af forpligtelser i fremmed valuta i en række tilfælde tilladelse fra Nationalbanken. Selv om sådan tilladelse ikke foreligger og måske ejheller efter nugældende praksis er opnåelig, kan skyldneren dog ved dom tilpligtes at opfylde aftalen overfor kreditor, jfr. herved UfR 1954.317 H.

VI. Opfyldelse af aftaler om ydelser af personlig karakter

Den personlige karakter af arbejdsydelser i tjenstekontrakter, d.v.s. arbejdsaftaler, hvor arbejdstageren står i et vist underordningsforhold til arbejdsgiveren, præger på adskillige punkter retsreglerne om disse aftaler. Arbejdstageren er således i almindelighed forpligtet til at udføre arbejdet selv, og arbejdspligten falder bort ved hans død, ved indtræden af hindringer for opfyldelsen som efter almindelig

opfattelse er en gyldig grund til at fritage ham for hans forpligtelse, således sygdom, militærtjeneste eller særlig fare for arbejdstagerens liv og helbred.*) Hvor sådanne opfyldeshindringer indtræder, kan arbejdstageren undlade at opfylde aftalen uden derved at ifalde erstatningsansvar, og i et vist omfang også uden at arbejdsgiveren får adgang til at bringe aftalen til ophør på anden måde end ved opsigelse med sædvanligt varsel. Arbejdstageren er i hvert fald, hvor det personlige forhold til arbejdsgiveren er af betydning for udførelsen af arbejdet ej heller forpligtet til at arbejde for andre end arbejdsgiveren, f.eks. for køberen af virksomheden, jfr. nærmere UfR 1970.807 H med note 1 og *Ussing*: Enkelte Kontrakter s. 348–351.

Opfylder arbejdstageren ikke aftalen, uagtet ingen frigørende opfyldeshindring er indtrådt, foreligger misligholdelse. Arbejdsgiveren kan da efter omstændighederne tilbageholde lønnen, hæve aftalen eller kræve erstatning af arbejdstageren. Arbejdsgiveren kan derimod ikke kræve naturalopfyldelse i form af en dom over arbejdstageren, hvorefter denne skulle møde på arbejdsstedet og udføre sit arbejde. Arbejdstageren kan ej heller på sin side få dom for, at arbejdsgiveren skal give ham adgang til at udføre arbejdet på arbejdsstedet.***) En egentlig direkte tvangsfuldbyrdelse af sådanne domme over arbejdstagere måtte omfatte også adgang til afhentning ved politiet og til indsættelse på arbejdsstedet ved fogden. Udøvelse af tvang af denne karakter synes helt uacceptabel, og naturligt er da helt at opgive brug af dom til naturalopfyldelse.***)) Kan parterne ikke enes om fortsættelse af samarbejdet, er de bedst tjent med at gå hver til sit og retshåndhævelsen må indskrænke sig til fastsættelse og inddrivelse af et erstatningskrav. Medens § 21 i Købeloven giver kreditor valgret mellem at hæve eller fastholde aftalen, er da også adgangen til at kræve dom til opfyldelse uomtalt såvel i arbejdsretlige

*) Specielle og udførlige bestemmelser om hvilke omstændigheder af denne karakter der bringer arbejdsaftalen til ophør findes i Sømandslovens §§ 35–40. Bestemmelserne er udførlig omtalt i *Bache's* kommentar til Sømandsloven af 1952 s. 363 ff.

**) Efter den norske Arbejdervernlov af 1956 § 43 kan der derimod efter omstændighederne gives dom til genansættelse i tilfælde af "usaklig oppsigelse", jfr. herved *Fribergs* kommentar til loven, Oslo, 1963, s. 175.

***)) Omfattede katalogen af tvangsfuldbyrdesmidler som f.eks. i Norge og Frankrig også tvangsboder, var mulighederne vel større, men heller ikke tvang af denne art synes på sin plads i arbejdsforhold.

love, Funktionærloven, Medhjælperloven og Lærlingeloven som i de kollektive aftaler, jfr. *Ussing: Enkelte Kontrakter* s. 360. *)

Dom til naturalopfyldelse kan ej heller gives i arbejdsaftaler, der ikke er tjenestekontrakter, og ikke omfattes af Funktionærloven, således f.eks. direktørkontrakter. Et aktieselskab kan ikke få dom for at direktøren skal indfinde sig i virksomheden og varetage sine pligter, og direktøren på sin side kan ikke få dom over selskabet for, at dette skal lade ham fortsat udøve ledelsen af virksomheden. Direkte opfyldelsestvang kan ej heller anvendes i aftaler om udførelse af rådgivning og kunstnerisk virksomhed. Der kan således ikke gives dom over en ingeniør eller arkitekt til udarbejdelse af et bestilt projekt eller over en advokat til udførelse af en sag, han har påtaget sig. Om arbejdsydelser af denne karakter gælder måske i endnu højere grad end om andre arbejdsydelser, at lysten driver værket. Jo større frihed, den, der har påtaget sig opgaven, har med hensyn til løsningen, jo større krav denne stiller til skabende kraft, kunstnerisk fantasi og smag, jo mindre er mulighederne for at opnå et godt resultat, hvor ikke arbejdstageren ønsker at løse opgaven. Adskillige aftaler af denne karakter falder i øvrigt udenfor begrebet arbejdsaftaler, fordi den, der har påtaget sig opgaven, er selvstændig erhvervsdrivende og ikke undergivet bestillerens arbejdsledelse under udførelsen af arbejdet. Aftaler f.eks. om udførelse af rådgivende ingeniør- og arkitektvirksomhed falder ind under det – meget omfattende og noget konturløse – begreb værksleje, d.v.s. aftaler, hvorved en part (værkmesteren) forpligter sig til mod vederlag at præstere et arbejdsresultat for en anden (værksherren).***) I værkslejeaftaler, hvor værkmesterens ydelse ikke er af en særegen personlig karakter kan det ved dom pålægges ham at opfylde aftalen in natura. En entreprenør kan således dømmes til at opføre et parcelhus og en vognmand til at gennemføre den transport, han har påtaget sig.***)

*) En særlig bestemmelse findes i Sømandslovens § 52 om skibe i udenrigsfart. Bestemmelsen giver skibsføreren adgang til at lade udeblevne søfolk bringe ombord ved politiets hjælp, hvis skibet ellers ikke har tilstrækkeligt mandskab eller sømanden træffes beruset.

**) Begrebet værksleje er bl.a. omtalt af *Ussing: Enkelte Kontrakter* s. 396 f og *Axel H. Pedersen: Byggeriets retlige og økonomiske organisation* s. 9 f. – Grænsen mellem arbejdstagere, for hvis handlinger arbejdsgiveren hæfter efter DL 3–19–2, og selvstændige erhvervsdrivende, for hvem medkontrahenten i almindelighed ikke hæfter, er omtalt af *Gomard*: i J 1960.556 f.

****) I England er der imod brug af "specific performance" i sådanne tilfælde peget på umuligheden for domstolene af at overvåge, om opfyldelse nu også sker på behørig måde, jfr. *Cheshire and*

En arbejdsgiver har undertiden en betydelig interesse i at folk, der har arbejdet i hans tjeneste ikke, efter ansættelsen er ophørt, går i hans konkurrenters tjeneste eller selv nedsætter sig i branchen. Køberen af en erhvervsvirksomhed kan have en lignende interesse overfor overdrageren. Interesser af denne art kan varetages ved i ansættelsesaftalen (salgsaftalen) at indsætte en konkurrenceklausul. Indenfor visse grænser er sådanne klausuler gyldige, jfr. Aftalelovens § 38 og Funktionærlovens § 18.*) Klausulerne kan håndhæves ved direkte tvangsfuldbyrdelse, sc. ved forbudsdom og ved nedlæggelse af forbud, jfr. Retsplejelovens § 646 samt UfR 1967.933 med note 1 og 1971.367. Til en konkurrenceklausul er ofte knyttet en bestemmelse om, at overtrædelse medfører pligt til at udrede en konventionalbod, jfr. herved om lempelse af konventionalbod Aftalelovens § 36, men aftalen om konventionalbod udelukker i almindelighed ikke nedlæggelse af forbud. De to sanktioner kan anvendes samtidig. Arbejdstageren kan således ikke sætte sig ud over forbudet, blot han betaler konventionalboden, jfr. herved UfR 1937.1162 og 1938.184.

Har en arbejdstager forladt sin stilling i utide eller uden gyldig grund undladt at tiltræde stillingen, er han i almindelighed nødsaget til for at tjene til livets opretholdelse at tage stilling andetsteds. Den forurettede arbejdsgiver kan, såfremt aftalen ikke indeholdt en konkurrenceklausul ikke hindre arbejdstageren heri ved at nedlægge forbud mod, at han arbejder for en sådan ny arbejdsgiver, selv om den nye arbejdsgiver var klar over, at hans nye medarbejder har forladt sin tidligere plads i utide, jfr. UfR 1939.226 og 1944.1173.***) En sådan beføjelse kunne navnlig have interesse for arbejdsgiveren, hvor arbejdstageren besidder en usædvanlig og efterspurgt ekspertise, f.eks. er en højt kvalificeret EDB-tekniker, men anvendelsen af en indirekte opfyldelsestvang ved forbud ville kunne gøre de særlige

Fifoot s. 569 f, Williston § 1418 med note 15 og Dawson i 57 Mich. Law Rev. (1959) 536 ff. Denne indvending, der i nyere tid i hvert fald i USA næppe mere tillægges afgørende betydning, har ikke stor vægt. Udfører domfældte ikke arbejdet ordentligt, kan kreditor (pany) gøre misligholdelsesbeføjelser gældende.

*) Jfr. herom bl.a. UfR 1968.911 sH og Thomas Federspiel i J 1971.249ff.

**) Den nye arbejdsgiver er næppe heller i almindelighed ansvarlig ved siden af arbejdstageren for den tidligere arbejdsgivers erstatningskrav i anledning af misligholdelsen. I UfR 1947.1005 SH der pålægger den nye arbejdsgiver et sådant ansvar, havde denne under sagen erkendt sig medansvarlig.

gyldighedsbetingelser for konkurrenceklausuler illusoriske,^{*)} og en altfor effektiv udnyttelse af forbud ville i øvrigt ikke stemme godt overens med de synspunkter, der fører til at frakende arbejdsgiveren beføjelse til at kræve naturalopfyldelse af arbejdsaftalen.^{**)}

Har en arbejdstager i sin hidtidige stilling erhvervet sig viden om virksomhedens forretnings- og driftshemmeligheder, og har han til skade for virksomheden i en ny ansættelse i strid med reglen i Konkurrencelovens § 11 givet sin nye arbejdsgiver besked herom eller udnyttet sådan viden i en selvstændig erhvervsvirksomhed, ifalder han erstatningsansvar. Hvor et erstatningskrav ikke vil give arbejdsgiveren en rimelig beskyttelse af hans interesser, kan der formentlig efter omstændighederne også nedlægges forbud *enten* mod udnyttelse af den erhvervede viden i strid med den nævnte § 11 eller med kravet i Konkurrencelovens § 15 om iagttagelse af redelig forretnings-skik *eller*, hvor dette findes nødvendigt, mod selve ansættelsen eller etableringen, sml. herved UfR 1939.226.^{***)} Nedlæggelse af forbud på et sådant grundlag er uafhængig af, om opsigelsesvarslet i ansættelsesaftalen er respekteret, og af om aftalen er misligholdt.

VII. Kravet på naturalopfyldelse, hvor en mangelfuld ydelse er præsteret

A. Problemstillingen. Afhjælpning, omlevering og efterlevering

1. Hovedreglen

Fremstillingen i afsnit I–VI har i første række haft situationer for øje, hvor skyldneren ikke har foretaget noget opfyldelsesforsøg. I dette afsnit søges belyst, hvorvidt og hvordan retsstillingen påvirkes

*) Efter Funktionærloven § 18 er konkurrenceklausuler uden for denne lovs område kun gyldige for særlig betroede funktionærer og uden særskilt vederlag kun i ét år efter fratrædelsen af stillingen.

**) Spørgsmålet har været stærkt diskuteret i engelsk ret, der nu synes at ville betinge nedlæggelsen af forbud (injunction) af eksistensen af at den krænkede aftale indeholder en udtrykkelig "negative obligation", jfr. nærmere *Cheshire and Fifoot* s. 567 f.

***) Se også UfR 1939.324 og 1947.66 samt *Ussing*: Enkelte Kontrakter s. 352. – Om de processuelle betingelser for nedlæggelse af forbud, se *Gomard*: Fogedret s. 216 ff.

af, at skyldneren *har* præsteret en opfyldelse, men en opfyldelse der ikke opfylder de krav, som aftalen stiller til ydelsen. I vidt omfang kan de samme grundsætninger, som er udviklet under I–VI finde anvendelse. Kunne kreditor hæve aftalen på grund af ydelsens mangelfuldhed, kan han i almindelighed også afvise ydelsen og fastholde kravet om levering af rigtig ydelse. Kravet om naturalopfyldelse går i disse tilfælde ud på, at skyldneren skal foretage et nyt opfyldelsesforsøg, i genuskøb kaldet omlevering, jfr. Købelovens § 43. For så vidt ligestilles som hovedregel mangelfuld levering og ren ikke-erlæggelse. En ukontraktsmæssig levering, som kreditor ikke affinder sig med, giver ikke skyldneren nogen fordel, men kun spildt ulejlighed og udgift. Kunne kreditor i tilfælde af ydelsens udeblivelse ikke kræve dom over debitor til opfyldelse af aftalen, kan han ej heller efter et opfyldelsesforsøg kræve dom til naturalopfyldelse, f.eks. til omgørelse af et præsteret, utilfredsstillende arbejde. En bygherre, som fra sin arkitekt har modtaget et udkast, der ikke opfylder aftalens krav, kan således ikke få dom over arkitekten til omgørelse af arbejdet.

2. Særregler

En del særlige spørgsmål opstår dog, hvor en ukontraktsmæssig ydelse er præsteret. For det første har kreditor, såfremt en mangelfuld ydelse er kommet i hans besiddelse, pligt til at stille den til skyldnerens disposition og drage omsorg for den, såfremt han vil afvise ydelsen, jfr. Købelovens §§ 55–57 og *Ussing: Køb* s. 161 ff. For det andet har erlæggelsen af en mangelfuld ydelse den virkning, at parternes krav og rettigheder i et vist, omend begrænset omfang ændres til at søge manglerne udbedret fremfor at hæve aftalen og kræve ny levering. Reglen i Købelovens § 50 er et beskedent skridt i denne retning. Efter denne bestemmelse sker fastholdelse af et køb, efter sælgeren har leveret et for ringe kvantum, ved krav om efterlevering.*) Foretager sælgeren i rette tid efterlevering af det

*) Købelovens § 50 omfatter kun tilfælde af kvantitetsmangler. Hvor køberen ikke har grund til at tro, at det leverede for ringe kvantum er tænkt at skulle tjene til fuldstændig opfyldelse, foreligger forsinkelse med en del, og samme regel – krav om efterlevering – gælder i kraft af bestemmelsen i Købelovens § 21, jfr. *Ussing: Køb* s. 52. Lovet tilhører, reservedele eller lign., som ikke leveres sammen med ydelsen, kan ligeledes kræves efterleveret.

manglende, kan køberen ikke hæve købet, jfr. herved UfR 1920.318 H med note 1. Mere betydningsfuldt og vanskeligere er spørgsmålet, om køberen efter omstændighederne har krav på og må lade sig nøje med, at sælgeren reparerer den leverede genstand, hvor denne viser sig at være behæftet med mangler. Køberens krav på afhjælpning er uomtalt i Købeloven. Loven omtaler alene i § 49 spørgsmålet om, hvorvidt sælgeren er berettiget til at afhjælpe mangler ved salgsgenstanden. Nogle særlige spørgsmål vedrørende omlevering og afhjælpning er kort omtalt nedenfor under B og C.

3. Leje

En lejer kan ved dom få udlejerens kendt pligtig til at stille det lejede til hans disposition. Viser det sig, at lejerens ikke får adgang til alt, hvad han efter aftalen har krav på at råde over, kan han efter samme regler få dom for, at der også skal gives ham rådighed over disse dele af det lejede, f.eks. over et pulterrum eller en garage, som efter lejekontrakten er omfattet af lejemålet. Mangler ved det lejede, f.eks. som i UfR 1943.1035 at varmeanlægget ikke er tilstrækkeligt effektivt, kan kræves afhjulpet efter reglen i Lejelovens § 24.*) Om vedligeholdelse af det lejede gælder de særlige regler i Lejelovens §§ 30–32.

B. Omlevering (ombytning) af mangelfulde speciesydelser?

I Købelovens § 43 er bestemt, at en genuskøber kan kræve omlevering, såfremt det leverede er behæftet med en væsentlig mangel, eller sælgeren har kendt manglen på så tidligt et tidspunkt, at han uden urimelig opofrelse kunne have skaffet mangelfri ydelse, eller sælgeren har handlet svigagtigt, f.eks. ved at afgive en tilsikring mod bedre vidende eller ved at skjule manglen.***) Loven omtaler derimod ikke en adgang for specieskøber til at stille krav om omlevering (ombytning), og efter de bestemmelser af begreberne species og genus, der er lagt til grund for loven, er der heller ikke

*) I UfR 1969.843 H dømtes udlejerens af en biograf til at opsætte nye højttalere. Lejemålet omfattede et højttaleranlæg, og nogle af højttalerne var uden lejerens fejl bortkommet, formentlig ved tyveri.

**) Sml. om svig og misligholdelsesbeføjelser *Gomard*: Erstatningsregler s. 150 ff.

plads for en sådan beføjelse ved speciesyndelser. I et specieskøb er kun én ydelse den rette. Køberen kan ikke kræve nogen anden ydelse erlagt. Krav om omlevering står kun specieskøber åben, hvor sælgeren med vilje eller ved en fejltagelse har leveret en forkert ting, og den rigtige ydelse stadig kan fremskaffes. Specieskøber har selvsagt, uanset at sælger har leveret en anden vare, krav på at få selve den besete vare leveret, jfr. UfR 1883.39 SH og ovenfor i kapitel 3, I, H.

Den strenge logiske adskillelse mellem genus- og specieskøb undergivet hver sit regelsæt lader sig næppe fastholde, hvor købet angår en bestemt fungibel ting, som – i almindelighed ved eller kort efter overgivelsen til køberen – viser sig at være mangelfuld. Køberens interesser er som oftest tilstrækkelig beskyttet ved beføjelserne til at hæve handelen og kræve erstatning, således at han kan anskaffe sig en tilsvarende ting fra anden side. Selv om tingen er købt til ”gammel pris”, således at tilsvarende køb hos andre nu kun kan indgås til en højere pris, er køberen i almindelighed på den sikre side, fordi prisdifferencen kan kræves erstattet af sælgeren. I nogle situationer har køberen imidlertid ikke krav på erstatning eller har ikke mulighed for at gennemføre erstatningskravet, eller erstatningen dækker ikke hans særlige interesse, således f.eks. hvor den købte ting er en vare, der er udgået af produktion, men stadig er på lager hos sælgeren. Hvor sælgeren har leveringsmulighed, bør køberen i sådanne særlige tilfælde kunne kræve den leverede vare ombyttet, uanset aftalen er et specieskøb. Ombytning er f.eks. den eneste naturlige reaktion ved køb af en bog, der viser sig at mangle et ark, og som sælgeren endnu har på lager, men er udsolgt andre steder. Indrømmelsen af en ret til at bytte et mangelfuldt eksemplar ændrer ikke på andre punkter aftalens karakter af specieskøb. Køberen kunne således før leveringen have krævet opfyldelse med netop det eksemplar, som købet angik.*)

*) Sml. *Kristen Andersen*: Kjøpsrett s. 203 f. *Ussing* afviser i UfR 1949B.228 f (Alm. Del s. 63 f) at indrømme køberen en retsstilling, der således sammenblander reglerne om species- og genuskøb. *Ljungman*: Om prestation in natura s. 46 f vil i et vist omfang give køberen ombytningsret ved at omfortolke købeaftaler fra species- til genuskøb. — En række sydamerikanske lovbøger giver specieskøber krav på levering af en ting af samme art og kvalitet, såfremt sælgeren efter kontraheringen har solgt, forbrugt eller forringet det købte, jfr. *Rabel*: Warenkauf, bind I, s. 246 f og 379.

C. Afhjælpningsret og afhjælpningspligt

1. Lovgivningens almindelige regler

Efter Købelovens § 21 kan køberen hæve aftalen, når leveringstiden er overskredet, uden levering har fundet sted, og forsinkelsen er blevet væsentlig. Har derimod køberen inden leveringstiden er blevet væsentlig overskredet modtaget en ydelse, der ikke er behæftet med væsentlige mangler, kan ophævelse i almindelighed ikke finde sted. Hovedreglen om, at forsøg på opfyldelse med ukontraktsmæssig ydelse ikke ændrer retsstillingen, ligger bag udformningen af reglen i lovens § 49 om en afhjælpningsret eller en adgang til afhjælpning for sælgeren: Køberen kan ikke hæve på grund af mangler, såfremt sælgeren tilbyder at afhjælpe manglen eller foretage omlevering, hvis dette kan ske inden udløbet af den tid, da køberen er pligtig at afvente levering, jfr. VLT 1929.69.*) Denne regel giver i handelskøb kun sælgeren mulighed for at foretage afhjælpning, såfremt han har leveret før tiden. Adgangen til afhjælpning står kun åben for sælgeren, hvor afhjælpningen ”åbenbart ikke kan medføre omkostning eller ulempe” for køberen, f.eks. fordi varerne allerede er solgt videre eller gennemførelsen af afhjælpningen medfører udgifter for køberen, som sælgeren ikke vil refundere.**)

Selvsagt kan ikke enhver reparation, der foretages inden dette tidspunkt, afskære køberen fra at hæve. Kunststopning af et stykke tøj, klinkning af en porcelænsfigur, der er gået i stykker, reparation af en ny maskine på anden måde end ved korrekt indstilling eller udskiftning af defekte dele med originale reservedele vil i almindelighed trods al fortræffelighed ikke kunne skaffe køberen en ting, der er i den stand, han kan forlange. Afgørelsen af, om køberen må finde sig i at modtage og betale for en repareret ting, må træffes på grundlag af de almindelige regler i Købelovens §§ 42 og 43 om ophævelse på grund af mangler.***)

*) En noget lignende regel findes i UCC 2–508. Se i øvrigt om fremmed ret *Rabel: Warenkauf*, bind II, s. 251 ff.

**) Jfr. herved *Kristen Andersen: Kjøpsrett* og den der refererede NRt 1937.207.

***) En afhjælpning, der reducerer ydelsens ukontraktsmæssighed til en uvæsentlig mangel, er i almindelighed tilstrækkelig til at udelukke ophævelse, men leverance af en anden ydelse, f.eks. som i VLT 1952.146 en protese fremstillet af kunststof i stedet for af guld, kan køberen afvise at modtage også mod betaling af en reguleret (i eksemplet formentlig reduceret) pris.

Købeloven pålægger ikke sælgeren pligt til at reparere det solgte. En almindelig regel, der gav køberen ret til at kræve afhjælpning af sælgeren ville heller ikke være på sin plads i en lov om handel. Ingen private og langt fra alle erhvervsmæssige sælgere har et reparationsværksted eller en serviceafdeling, der kan tage sig af udbedring af mangler, og ofte kan køberen lige så godt eller bedre end sælgeren træffe aftale med en håndværker om at sætte tingen i stand. Ikke sjældent vil i øvrigt køberen foretrække at få reparationen udført af en kyndig trediemand fremfor af den sælger, der har skuffet hans tillid. *) Uanset lovens tavshed gælder der formentlig dog som nævnt nedenfor, på et begrænset område en regel om afhjælpningspligt for sælgeren. Både ved omtalen af afhjælpningsret og afhjælpningspligt tænkes alene på faktiske mangler. Situationen er en anden ved retsmangler. Afhjælpning af vanhjemmel kræver som oftest penge, men hverken teknisk snilde eller værktøj. Hovedreglen er derfor som nævnt ovenfor under IV, at vanhjemmel kan kræves afhjulpet, jfr. således også § 435 BGB. Overdrageren har formentlig på sin side en noget videre afhjælpningsret end overfor faktiske mangler. **) Reglen i Købelovens § 49 om afhjælpningsret synes skrevet med henblik på og er egnet for handel med almindelige færdige varer. På andre områder må der indrømmes sælgeren en videregående adgang til afhjælpning af mangler.

Ved ydelser, hvor en vis tids indkøring (f.eks. af maskiner) eller tilpasning til køberens behov (f.eks. af tøj) er nødvendig eller dog almindelig forekommende, bør køberen ikke kunne hæve købet, selv om den endelige tilpasning af genstanden og afhjælpning af begynder-vanskeligheder ikke er afsluttet ved udløbet af den tid, hvor køberen er pligtig at afvente levering. ***) Mangler, der nogenlunde let lader sig afhjælpe, og som hører til sådanne fejl, som i almindelighed rettes af leverandører, kan ikke betragtes som væsentlige, dersom sælgeren er parat til at forsøge afhjælpning. Køberen er derfor, selv om

Afhjælpning udelukker ikke udøvelse af misligholdelsesbeføjelser, der er forenelige med fastholdelse af leverancen, således ikke krav på erstatning (udtrykkelig nævnt i § 49, stk. 2) eller forholdsmæssigt afslag, anderledes *Ussing: Køb* s. 145.

*) Se herved *Karlsgren* i TFR 1938.466 og den der nævnte NJA 1924.346.

**) Jfr. *A. Vinding Kruse: Ejendoms køb* s. 243 f.

***) Sml. til belysning heraf HRT 1954.711 (kort referat i UfR 1955.77) om syning af en persianerpels og UfR 1969.152 H om en specialfremstillet leverpostejovn.

tidsfristen i § 49 er overskredet, ikke beføjet til at hæve købet på grund af en sådan mangel, jfr. *Lassen*: Speciel Del I s. 255 med note 185 og VLT 1931.121.*)

Reglen i § 49 er også for snæver, hvor den solgte ting er særlig tilpasset efter køberens ønsker og smag. Ophævelse af en aftale om levering af sådanne genstande, som sælgeren kun kan afsætte til andre til en stærkt reduceret pris eller kun kan gøre anvendelige for andre ved kostbare ændringer, rammer sælgeren langt hårdere end refusering af almindelige varer, og ved adskillige typer af leverancer er en vis tilpasning og afhjælpning en ganske naturlig ting. En udvidelse af afhjælpningsretten for realdebitor er påkrævet både ved bestillingskøb og ved entreprise.***) En bestemt regel om en udvidet adgang for leverandøren til at foretage afhjælpning er vanskelig at formulere. Hensyn må tages både til byrden for sælgeren (tilvirkeren), ulempen for køberen (bestilleren), jfr. herved VLT 1929.69 og til i hvilket omfang indkøring og tilpasning af ydelsen er almindelig og derfor må forventes af parterne. Almindelige Betingelser § 16 indeholder en bestemt regel om entreprenørens adgang til afhjælpning: I 1 år efter afleveringen kan entreprenøren undgå både ophævelse og ansvar ved at afhjælpe mangler ved arbejdet.***)) Efter Købelovens § 49, stk. 2, afskærer sælgerens afhjælpning ikke køberen fra at kræve erstatning for tab opstået f.eks. ved at køberen for sent har fået rådighed over den reparerede ting. Samme regel gælder i andre kontraktsforhold, jfr. således UfR 1961.693, der gav bygherren erstatning hos entreprenøren for den del af kurstabet, der skyldes udsættelse med udstedelse af bygningsattest og dermed af den endelige prioritering, på grund af sendrægtig afhjælpning af mangler ved et nybygget hus.****))

Kreditor har ikke pligt til at affinde sig med, at debitor forsøger afhjælpning, hvor manglen overhovedet ikke lader sig udbedre, eller

*) Se også NRt 1922.308 (kort referat i UfR 1923B.292). – Som *Lassen* også *Almén* § 49 med note 36 b, *Hasle-Nebelong* s. 284 og *Lyngsø* i J 1970.134 f.

**) *Ussing* i *Køb* s. 144 f samt i *Almindelig del* s. 38 og 204.

***)) Se nærmere herom *Axel H. Pedersen*: *Entreprise* s. 68 f og s. 107 samt *Jørgen Hansen, Viltoft og Walsøe*: *Byggeproces* s. 51 ff.

****)) I dommen fremhæves, "at det ikke kan tilregnes entreprenøren som en til erstatning forpligtende forsømmelse, at der ved et omfattende arbejde som et byggeri kan være enkelte forhold at ændre og rette efter byggeriets afslutning". Denne tolerancegrænse fandtes imidlertid i det foreliggende tilfælde overskredet.

hvor der, f.eks. på grund af forgæves forsøg er grund til at tro, at sælgeren i hvert fald ikke magter opgaven, jfr. UfR 1921.511 H, 1942.1035 H og 1969.152 H.

I de aftaler, hvor muligheden af at undgå afvisning af leverancen er af særlig stor betydning for realdebitor, har ofte også kreditor (køber, lejer, bygherre) en interesse i at kræve manglerne afhjulpnet af debitor (sælger (tilvirker), udlejer, entreprenør).*) Lejerens retsstilling er kort omtalt ovenfor under A i slutningen. Bestemmelsen om afhjælpning i entreprisekontrakter i Almindelige Betingelser § 16 hjemler i samme udstrækning afhjælpningsret og afhjælpningspligt for entreprenøren.***) Også i bestillingskøb kan bestilleren formentlig vælge at kræve dom til afhjælpning af mangler, som tilvirkeren er ansvarlig for i stedet for erstatning for manglen, det vil sige for udgiften ved at lade reparationen udføre af en anden og sit yderligere tab.

2. Fabrikant- og sælgergarantiers betydning for retten og pligten til afhjælpning

Aftaler om salg af maskiner fra fabrikanten og forhandlere indeholder som oftest særlige garantibestemmelser ("maskinklausul"). I de fleste tilfælde er en sådan bestemmelse et fast vilkår i sælgerens eller hans organisations almindelige leveringsbetingelser. Garantibestemmelser af denne art indeholder væsentlige ændringer af Købelovens regler om mangler. Klausulerne benævnes garantier, men medens Købeloven tillægger en garanti eller tilsikring virkning som bærer af et ansvar for sælgeren til opfyldelsesinteresse overfor køberen, knyttes i maskinklausulerne – ligesom i bestemmelsen om en garantiperiode i § 16 i Almindelige Betingelser – en afhjælpningspligt til garantien som den normale eller eneste retsfølge. Garantier af samme art som maskinklausulerne i kommercielle aftaler gives ofte ved salg til forbrugere af varige forbrugsgoder, såsom fjernsyn, vaskemaskiner og andre tekniske indretninger.***)) I forbrugersalg står ofte fabrikanten og ikke forhandleren som garant, og de nærmere bestemmelser om

*) Jfr. *Ussing*: Almindelig del s. 70 f og International Købelov art. 42, 1, a.

**) Se herved retsafgørelser i UfR 1927.643 H, 1935.814 og 1955.381.

***)) Jfr. herom *Ussing*: Køb s. 145, *Günther Petersen*: Ansvarsfraskrivelse s. 25 f og s. 147 ff, *Hellner*: Köprätt s. 157–159 samt *Ole Lund* i TfR 1963.303 ff og i Lov og Rett 1964.66 ff.

garantien findes ikke optaget i de almindelige betingelser i en slutseddel eller anden skriftlig aftale, men i et garantibevis, der ledsager varen.*) Garantiordningen kan derfor omfatte også salg, der sker uden oprettelse af en særlig skriftlig aftale.

En branches eller en enkelt fabrikants eller forhandlers ønske om at lade en afhjælpningspligt træde i stedet for og ikke blot supplere Købelovens misligholdelsesbeføjelser er i almindelighed navnlig begrundet i *dels* at ophævelse af aftaler om ting fremstillet til køberen kan tilføje sælgeren et alvorligt tab *dels* at reparationer af maskiner og andre tekniske indretninger som oftest kan udføres både bedst og billigst af fabrikanten, *dels* at en ordning hvorefter defekte ting reparerer er let at administrere, fordi den fritager sælgeren for at tage stilling til erstatningskrav, hvis berettigelse kan være vanskelige at vurdere og *endelig* i en frygt hos sælgerne og deres leverandører for, at en erstatningspligt kan påføre dem store og uventede tab i situationer, hvor en mangel bliver årsag til omfattende "følgeskader", f.eks. driftstab ved at dele af købernes virksomhed må ligge stille, fordi den leverede maskine svigter, eller personskafer på betjeningsmandskab eller tingsskader på den øvrige maskinpark, opstået på grund af fejl ved maskinen.

Selv om de ulemper og tab for sælgeren, som kan blive en følge af anvendelsen af Købelovens regler, i væsentlig grad reduceres *savel af* reglerne om, at køberen har bevisbyrden bade for at den købte genstand er mangelfuld, sml. herved *Ussing: Køb* s. 129, og for indtræden og omfang af tab udover prisdifferencen *som af* reglerne om begrænsning af tabet (adækvans), ma dog erkendes, at omfanget af de tænkelige skader og usikkerheden om hvor meget erstatningskravene efter almindelige retsregler kan begrænses, skaber et vist behov for et alternativ til lovens ordning, der ikke blot giver ret og pligt til afhjælpning en mere fremskudt plads, men også begrænser området for lovens befojelser. Pa den anden side ma ikke overses, at en alternativ ordning – selvsagt afhængig af sin nærmere udformning – kan stille køberen for ringe navnlig overfor mindre duelige og

*) Se herved *Marianne Krarup*: Om garantibeviser. Forbrugernes retsstilling i medfor af garantibeviser sammenholdt med Købeloven og almindelige retsregler. Forbrugerrådet, 1966, s. 22 ff. En tilsvarende norsk undersøgelse er omtalt af *Ole Lund* i TfR 1962.76 f. – De danske Husmoderforeninger, Industrirådet og Statens Husholdningsrad har den 1. april 1971 udsendt en "Rekommandation vedrørende udarbejdelse af garantibeviser". Rekommandationen lader imidlertid spørgsmålene om "erstatning for følgeskader" og om "forholdet til Købeloven" åbne.

kulante sælgere. Betænkkeligheden ved en vidtgående indskrænkning af beføjelserne til at hæve købet af en defekt ting og til at kræve erstatning, f.eks. for udgiften til nedtagning og fornyet installation, udgifter til midlertidig leje af et andet apparat eller skader tilføjet køberens øvrige ting, er selvsagt størst ved forbrugersalg. De fleste forbrugere har ikke særligt kendskab til indholdet af almindelige salgsbetingelser og har i hvert fald vanskeligt ved at vurdere bestemmelsernes betydning og rækkevidde. Forbrugskøb bør kunne indgås uden større studier af kontraktvilkår, og i øvrigt har forbrugeren også kun ringe mulighed for at opnå ændringer af de vilkår, sælgeren i almindelighed lægger til grund for salg.

Stillingtagen til gyldigheden og fortolkningen af garantierklæringer forudsætter selvsagt viden om den enkelte erklærings ordlyd og fremtrædelsesform. Visse træk er imidlertid fælles for de erklæringer, der her haves for øje. Fabrikant eller sælger påtager sig overfor køberen en pligt til at reparere fejl ved salgsgenstanden, og samtidig afskæres køberen helt eller delvis fra at udøve Købelovens mangelsbeføjelser, såfremt tingen viser sig mangelfuld. Garantien omfatter i almindelighed kun mangler som skyldes fejl ved materialer, fabrikation (arbejde, forarbejdning) og undertiden også konstruktion. Køberen har krav på at tingen repareres af sælgeren (fabrikanten). Garantien gælder en vis tid, f.eks. 6 måneder, 1 eller 2 år fra leveringen. Jævnligt foreskrives, at genstanden for køberens regning skal sendes til fabrikanten til reparation. I øvrigt er sælgeren uden ansvar for mangler.

Som eksempel på en ofte brugt bestemmelse citeres nedenfor garantien i ”Almindelige betingelser for levering og montering af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande”, udgivet 1961 af Sammenslutningen af Arbejdsgivere inden for jern- og metalindustrien i Danmark og de tilsvarende organisationer i de andre lande. Andre eksempler på garantier af denne art (maskinklausuler) kan findes bl.a. i UfR 1969.152 H, 1941.306 H (modsat resultat i NDS 1939.353) og 1937.472 H.

”Garanti.

47. Leverandøren forpligter sig til i overensstemmelse med punkterne 48–58 at afhjælpe alle mangler, som skyldes konstruktion, arbejde eller materiale.

48. Leverandørens ansvar omfatter kun mangler, som viser sig inden for

garantiperioden — et år fra den dag, leverancen blev overtaget. Forsinkes overtagelsen, finder punkterne 45 og 46 anvendelse.

49. For dele, som er udskiftet eller repareret ifølge punkt 47, garanterer leverandøren på samme vilkår og under samme forudsætninger, som gælder for den oprindelige leverance, i et tidsrum af et år. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på leverancens øvrige dele, for hvilke garantiperioden kun forlænges med det tidsrum, leverancen ikke har kunnet anvendes som følge af de i punkt 47 nævnte mangler.

50. Når leverandøren fra køberen har modtaget skriftlig meddelelse om nogen i punkt 47 nævnt mangel, skal leverandøren straks afhjælpe mangelen og — med undtagelse af det i punkt 51 nævnte tilfælde — for egen regning. Er mangelen af en sådan art, at det ikke er hensigtsmæssigt at udføre reparationen på monteringsstedet, skal køberen returnere de dele, som har nogen af de i punkt 47 nævnte mangler, for at leverandøren kan reparere eller udskifte dem. Overgivelse til køberen af således forsvarligt reparerede eller udskiftede dele er at anse som opfyldelse af leverandørens forpligtelser ifølge nærværende punkt for så vidt angår dele behæftet med mangler.

51. Medmindre andet er aftalt, foregår transport af mangelfulde, reparerede og udskiftede dele mellem monteringsstedet og et af nedenstående steder for køberens regning og risiko:

- a) leverandørens fabrik, såfremt aftalen er "ab fabrik" eller "frit på banevogn";
- b) den havn, hvorfra leverandøren har afsendt materiellet, såfremt aftalen er fob, fas, cif eller c. & f.;
- c) den jernbanestation, som angives i aftalen som leveringssted, når aftalen gælder "frit" eller "franko";
- d) i alle andre tilfælde grænsen til det land, hvorfra leverandøren har afsendt materiellet.

52. Når en reparation i henhold til punkt 50 skal udføres på monteringsstedet, skal påløbende udgifter til rejsen eller kost og logi for leverandørens personale og omkostningerne ved samt risikoen for transport af nødvendigt materiel og udstyr fordeles mellem parterne på rimelig måde, jfr. dog punkterne 10 og 30, der også finder anvendelse under garantiperioden.

53. Mangelfulde dele, der udskiftes i henhold til punkt 47, skal stilles til leverandørens disposition.

54. Såfremt leverandøren nægter at opfylde sine forpligtelser ifølge punkt 50 eller trods derom fremsat anmodning undlader med behørig hurtighed at træffe nødvendige foranstaltninger hertil, er køberen berettiget til at lade nødvendige reparationer udføre for leverandørens regning og risiko, forudsat at han gør dette på en fornuftig og rimelig måde.

55. Leverandørens ansvar omfatter ikke mangler, som viser sig ved materiale, der er leveret af køberen, eller ved en af denne forlangt konstruktion.

56. Leverandørens ansvar omfatter kun mangler, som opstår under de i aftalen forudsatte funktionsvilkår og ved rigtig anvendelse. Det omfatter ikke mangler, som skyldes årsager, der er opstået efter overtagelsen. I særdeleshed omfatter ansvaret ikke mangler, der skyldes mangelfuld vedligeholdelse eller urigtig montering fra køberens side, ændringer foretaget uden leverandørens skriftlige samtykke, fejl ved nogen af køberen udført reparation eller normalt slid eller forringelse.

57. Med undtagelse af bestemmelserne i punkt 47 har leverandøren efter overtagelsen intet ansvar for mangler, selv om de skyldes årsager, der forelå før overtagelsen. Det vedtages udtrykkeligt, at leverandøren ikke er forpligtet til at yde køberen nogen erstatning for personskafe eller skade på ejendom, som ikke omfattes af aftalen, eller for tabt fortjeneste, medmindre det af sagens omstændigheder fremgår, at leverandøren ved en handling eller undladelse har gjort sig skyldig i grov uagtsomhed ved at undlade at tage tilbørligt hensyn til sådanne alvorlige følger, som en samvittighedsfuld leverandør normalt burde have kunnet forudse, eller ved bevidst at have set bort fra sådanne følger.

58. Uanset bestemmelserne i punkterne 47–57 gælder leverandørens garanti-forpligtelser ikke for nogen del af leverancen ud over 2 år fra den oprindelige garanti-periodes begyndelse”.

Den retlige bedømmelse af maskinklausuler og andre garantier af denne art kan i adskillige retninger volde tvivl. En vis oversigt over problemerne kan fås ved at opdele emnet i tre spørgsmål: Er garantiordningen omfattet af aftalen mellem parterne? Herom handler fremstillingen nedenfor under (a). Hvordan skal den vedtagne ordning forstås, dels for så vidt angår dens positive side, tilsagnet til kunden om afhjælpning, dels for så vidt angår dens negative side, kundens afkald på almindelige mangelsbeføjelser? Disse spørgsmål er omtalt under (b). Endelig: Er den vedtagne ordning med det indhold, den efter den foretagne tolkning har, gyldig? Herom under (c).

(a). *Vedtagelsen*. Bestemmelser om en særlig garantiordning er som andre vilkår bindende for parterne som en del af deres aftale, men kun såfremt bestemmelserne må anses for omfattet af parternes vedtagelse. Ganske vist kommer Købelovens regler efter § 1 ikke til anvendelse, for så vidt andet ”må anses for indeholdt i aftalen eller følger af handelsbrug eller anden sædvane”, men næppe noget almindelig brugt kontraktvilkår om begrænsning af erstatningsansvaret for mangler har vundet en sådan position, at det i kraft af denne bestemmelse kan bringes i anvendelse uden at være indtaget i parternes aftale, sml. herved om maskinklausuler UfR 1926.637 H og Grosserer-Societetets responsum i

1937.908.*) Afgørelsen af, om en særlig ordning af leverandørens mangelsansvar er vedtaget, er ofte vanskelig, såfremt vilkåret ikke er forhandlet mellem parterne eller optaget i individuelt udformede skrivelser, men alene findes i branchens almindelige forretningsbetingelser, i leverandørens almindelige forretningsbetingelser eller i et dokument, der overgives køberen i forbindelse med eller efter salget og er fremstillet af leverandøren alene, f.eks. et garantibevis eller faktura. Hvor det for kunden må være åbenbart, at der findes sådanne bestemmelser, og at hans medkontrahent henholder sig dertil, er betingelserne i almindelighed bindende, jfr. således UfR 1940.249 H om et gasværks almindelige leveringsbetingelser og UfR 1960.514 H om et gensidigt brandforsikringselskabs vedtægtsbestemmelser.***) Er kontrahering på andet grundlag dog en praktisk mulighed, forudsætter anvendelsen selv af almindelig kendte og anerkendte forretningsbetingelser af et bestemt indhold en henvisning i parternes aftale, jfr. således UfR 1957.1121, der fandt voldgiftsklausulen i Almindelige Betingelser for Arbejder og Leverancer for medomfattet af en almindelig henvisning til A.B. Leverandøren må kunne gå ud fra, at hans kunder indgår på vilkår, der nogenlunde svarer til, hvad der er sædvanligt og anses for rimeligt og stemmende med god forretningsskik i branchen. Anderledes med hensyn til vilkår, der er så usædvanlige eller af særlig indgribende betydning for kunderne, at disse i almindelighed har grund til særligt at overveje deres stilling, f.eks. ved usædvanlige vilkår, om de vil indhente andre tilbud, og selv ved almindelige vilkår om afskæring af ansvar for følgeskader, om de bør dække sig ved forsikring. Vilkår af denne art er kun bindende for kunden, hvis de særlig er blevet fremhævet for ham.

Hvorvidt en bestemmelse hører til dem, der for at binde skal fremhæves, og på hvilke måder sådan fremhævelse kan ske, afhænger bl.a. af, om kunden er erhvervsdrivende eller forbruger, jfr. herved UfR 1957.1121, om vilkåret er rimeligt, jfr. herved UfR 1960.514 H, og af hvor indgribende vilkåret er, jfr. herved UfR 1951.782 H. Klausuler om rene ansvarsbegrænsninger er kun bindende for private kunder, såfremt kunden udtrykkelig er blevet gjort opmærksom på klausulen, således at han f.eks. kan tage stilling til, om han ønsker at tegne forsikring. En generel henvisning til almindelige bestemmelser, hvori klausulen er indeholdt eller aftryk af de almindelige bestemmelser i deres helhed på en aftaleblanket, er ikke tilstrækkelig, jfr. UfR 1963.222. I UfR

*) I situationer, hvor f.eks. en fast og gammel kunde ved mundtlig bestilling køber en maskine af tilsvarende art, som han hidtil stedse har købt på aftaler indeholdende maskinklausuler, vil formentlig efter omstændighederne de hidtil brugte leveringsbetingelser anses for "stiltiende vedtaget". Hjemmelen for anvendelse af klausulens bestemmelser vil derimod næppe blive søgt i kutyme og Købelovens § 1.

**) Sml. *Ussing: Aftaler* s. 429 f med note 49, der også omtaler reklamationspligten over for meddelelse af forretningsbetingelser.

1951.782 H er endog antaget, at en ansvarsbegrænsning indeholdt i Nordisk Speditørforbunds almindelige bestemmelser, der må anses som almindelig kendt i branchen, ikke var bindende over for en erhvervsdrivende. Speditionsdommen fra 1951 kan næppe uden videre tillægges afgørende betydning for almindelig brugte ansvarsbegrænsninger i andre brancher. *) I erhvervsmæssige forhold må der træffes afgørelse for hver klausul for sig, og afgørelsen må bl.a. bero på klausulens rimelighed og dens "standing" i branchen.

Af det sagte om rene fraskrivelseklausuler kan formentlig om de blandede klausuler – tilsagn om afhjælpning, fraskrivelse af ansvar – sluttet, at hvor forpligtelsen til afhjælpning ikke fremstår som et rimeligt alternativ til Købelovens almindelige ordning, kan den fritagelse for ansvar, der ligger i klausulen, kun påberåbes over for en forbruger, såfremt den særlig er fremhævet for kunden. Erhvervsaftaler er lettere modtagelige for udfyldning (supplering) med gængse standardvilkår end forbrugersalg og andre forbrugeraftaler. **)

(b) *Fortolkning.* Er en klausul bindende mellem parterne som aftalt, opstår spørgsmål om fastlæggelse af dens indhold ved fortolkning og udfyldning. Indpasning af standardklausulernes problematik under den almindelige aftalerets kategorier gør en opdeling i vedtagelse, fortolkning og gyldighed naturlig. Opdelingen er også af værdi, men det må ikke overses, at de tre spørgsmål for så vidt hænger nøje sammen, som en klausuls indhold, dens rækkevidde og rimelighed, er en af de faktorer, der har betydning for, om klausulen kan anses for vedtaget. En garantiordning, der hviler på fabrikantens garantibevis, har formentlig i almindelighed betydning også for forhandlerens ansvar, således at dette for fabrikationsfejl – bortset fra særlige tilsikringer – i almindelighed ikke rækker ud over fabrikantens. Der er næppe grund til at gøre forskel på fabrikant- og forhandlergarantier. I dette afsnit skal i øvrigt kun et par enkelte spørgsmål om garantiordningernes tolkning og rækkevidde kort omtales.

(i) *Mangelsbegrebet.* De særlige garantiordninger omfatter i almindelighed "material- eller fabrikationsfejl" eller "mangler, som skyldes konstruktion, fremstilling eller materiale". Begrebet fejl i garantiordningerne er således ikke kongruent med begrebet mangler i Købeloven. Foreligger en mangel i Købe-

*) Dommens resultat er formentlig påvirket af det urimeligt lave ansvarsmaksimum, 1000 kr. pr. skadetilfælde. Efter forhøjelsen i 1959 til 20.000 kr. ville en tilsvarende sag meget muligt have fået det modsatte udfald, sml. herved *Max Reiter*: Speditionsaftalen s. 18 f og s. 78 f. Dommen fra 1951 illustrerer, at manglen af en effektiv hæderlighedsstandard let fører til forvridding af kravene til vedtagelsen og efter omstændighederne også til fortolkningen, jfr. nærmere nedenfor under (c).

**) Jfr. om primitivt formulerede maskinklausuler UfR 1926.637 H og 1937.472 H og om spørgsmålet i øvrigt *Günther Petersen*: Ansvarsfraskrivelse s. 126 ff, *Ole Lund* i Lov og Rett 1964.69 f. – Om vedtagelse af standardvilkår i almindelighed, se *Ussing*: Aftaler s. 183 f og 429 f samt *Lund Christiansen* i Juridisk Grundbog s. 445 ff.

lovens forstand, som ikke er omfattet af garantiordningen, kan køberen uden indskrænkning påberåbe sig Købelovens almindelige regler og har på den anden side ikke adgang til at kræve afhjælpning, hvor dette ikke har hjemmel i almindelige regler, jfr. ovenfor under c, 1.

Har sælgeren således – måske fordi teknikernes beregninger viser sig ikke at holde stik eller på grund af en simpel fejltagelse – garanteret, at en maskine har en større ydelse, end en sådan maskine efter naturens orden kan præstere, kan køberen efter omstændighederne hæve og kræve erstatning. Køberen kan derimod selvsagt i almindelighed ikke kræve reparation. Maskinen er jo god nok, blot har forhandleren givet forkerte oplysninger.

Bliver en solgt ting på grund af sælgerens forsømmelse beskadiget enten i tiden mellem kontrahering og levering, eller medens tingen er inde til reparation, jfr. herved UfR 1941.306 H, kan køberen kræve erstatning efter reglen i Købelovens § 42, stk. 2, medmindre også sådanne skader er inddraget under garantiordningen.

(ii) *Ansaret for fejl og forsømmelser.* Tanken bag garantiordningen er som flere gange nævnt at remplacere Købelovens mangelsbeføjelser med et tilsagn om udbedring. Af flere domme fremgår, at en fraskrivelse af ansvaret både for egen og for personalets culpa kræver en klar, utvetydig udtalelse om, at ikke blot garantiansvar for hændelig skade, men også ansvaret for forsømmelighed fraskrives eller begrænses, jfr. således UfR 1926.637 H og 1937.472 H samt – uden for jernindustrien – UfR 1929.707 om en flytteforretnings ansvarsbegrænsning. En garanti af en bestemt – ikke urimelig kort – varighed f.eks. 6 måneder kan ikke i mangel af andre holdepunkter forstås som en fraskrivelse for mangler der konstateres senere inden for årsfristen i Købelovens § 54, sml. *Hellner: Köprätt* s. 159. Kravene til formuleringens tydelighed er mindre, for så vidt angår udelukkelse af hævebeføjelsen, i hvert fald hvor kravet om afhjælpning giver køberen en rimelig beskyttelse af hans interesser, jfr. UfR 1921.412 om reparation af en skibsmotor.

(iii) *Afhjælpning udsigtsløs.* Garantiordningerne giver ingen løsning i situationer, hvor afhjælpning er umulig, eller sælgeren ikke magter at udføre den nødvendige reparation. I sådanne tilfælde kan køberen udøve Købelovens almindelige mangelsbeføjelser, jfr. den ovenfor omtalte UfR 1969.152 H.

(c) *Ugyldighed.* En fornuftig og rimelig garantiordning, der er en del af aftalen mellem parterne, og hvis ordene er klare og utvetydige er bindende for parterne. Er derimod ordningen eller et led i denne urimelig over for kunden, eller stiller den ham i en konkret situation urimeligt ringe, opstår spørgsmålet, om vilkåret kan tilsidesættes eller anvendelsen af vilkåret lempes eller undgås også i situationer, hvor der ikke er grundlag for at tilsidesætte ordningen som ugyldig

f.eks. efter Aftalelovens § 33. Efter Gældsbrevslovens § 8 kan en bestemmelse i et gælds brev tilsidesættes helt eller delvis, hvis det ville være utilbørligt eller klart stride mod god forretningsskik at anvende den. I bemærkningerne til § 8 i Gældsbrevskommissionens betænkning af 1935 fremhæves, at brugen af ensartede formularer, udarbejdet af långiverne, gør en sådan regel påkrævet ved gælds breve. Hvor fabrikanter og leverandører benytter faste forretningsbetingelser foreligger en ganske tilsvarende situation. I stadig flere love indsættes bestemmelser af en lignende karakter som § 8, og antages må derfor vistnok, at reglen kan anvendes også på kontraktsarter, hvor en sådan regel (endnu) ikke er givet, jfr. således for svensk ret bl.a. *Adlercreutz*: Avtal s. 93 f. *) Den praktiske betydning af, om en regel svarende til § 8, en hæderlighedsstandard som f.eks. tysk rets *Treu und Glauben* antages at gælde eller ikke, er ret beskeden, da retspraksis synes parat til i de enkelte sager gennem krav til vedtagelse og fortolkning at nå samme mål. En sådan fremgangsmåde er imidlertid ikke heldig, fordi den vanskeliggør udvikling af klare regler og deraf følger igen retsuished. Hvor den virkelige grund til tilsidesættelse af et vilkår er dettes urimelighed, bør dette siges, jfr. herved om UfR 1951.782 H ovenfor s. 71 *). Vilkår, der stiller krav om reklamation inden en urimelig kort frist, eller om opsigelse på en urimelig besværlig måde, bør f.eks. kunne tilsidesættes og den naturlige hjemmel herfor er en almindelig kontraktsretlig regel af et lignende indhold som Gældsbrevslovens § 8 og tilsvarende bestemmelser.

*) Se også *Olsson* i Forhandlingerne på Det 21. nordiske Juristmøde, 1957, bilag VI s. 30 ff og UCC 2-302 (1): "If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result". — En svensk lov af 1971 om forbud mod utilbørlige aftalevilkår giver et særligt nævn (marknadsrådet) kompetence til at forbyde erhvervsdrivende at vedblive med at anvende vilkår, der under hensyn til vederlaget og øvrige omstændigheder er utilbørlige for forbrugerne.