

STIG JØRGENSEN

Fire
obligationsretlige
afhandlinger

Naturaleksektion
Forudsætning og mangel
Aftalelov og acceptfrist
Misligholdelse

JURISTFORBUNDETS FORLAG
KØBENHAVN 1965

FORORD

Disse fire obligationsretlige afhandlinger udgives til studiebrug. Afhandlingerne har tidligere været trykt: Naturaleksektion, Forudsætning og mangel samt Aftalelov og acceptfrist i Ugeskrift for Retsvæsen, afdeling B, henholdsvis 1962 side 165 ff, 1963 side 147 ff og 1963 side 285 ff, Misligholdelse i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1964 side 449 ff.

Naturaleksektion

1. Indledning.

Formålet med nærværende arbejde er at undersøge, hvorvidt dom til naturalopfyldelse kan forlanges efter gældende dansk kontraktsret, og hvorvidt denne adgang faktisk anvendes i praksis[1]. Desuden undersøges sammenhængen med reglerne om tvangsfuldbyrdelse, idet der ikke kan være mening i at opretholde konstruktionen om, at der består en pligt til opfyldelse in natura, såfremt denne ikke kan gennemtvinges ved retlige tvangsmidler[2]. Undersøgelsen berører derfor den almindeligt antagne grundsætning om, at aftaler skal holdes[3]. Undersøgelsen har desuden sammenhæng med de regler, der gælder om afbestillingsret i kontraktsforhold[4].

Udtrykket „pligt“ kan efter sædvanlig terminologi betyde, både at selve naturaleksektionen kan gennemtvinges, og at skyldneren kan tilpligtes at yde erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse; i nærværende sammenhæng foretrækker jeg at tale om pligt til naturalopfyldelse, hvor naturaleksektion kan gennemtvinges. I andre tilfælde, hvor man kan opnå dom til naturalopfyldelse, men dommen ikke kan eksekveres, er virkningen blot den, at tids-

1. Ussing: Obligationsretten, alm. del, 4. udg. v. A. Vinding Kruse § 9, s. 60 f., jfr. i det hele Seve Ljungmann: Om Prestation in Natura, Uppsala 1948, jfr. Ussing i U 1949 B s. 227 f. Jfr. også Knut Rohde: Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden, 19. nordiske juristmøde 1951 bil. 5. Obligationsrätt s. 711 f. samt Berndt Godenhjelm: Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden, 1954; her behandles især spørgsmålet om skyldnerens erstatningspligt og andre ændringer af parternes retsforhold.

2. Gomard: Fogedret kap. 5, s. 130 f.

3. Ussing: Aftaler 2. udg., s. 17 f.; undersøgelsen er begrænset til kontraktlige pligter.

4. Ussing: Alm. del s. 199 f. og s. 68 f., Axel H. Pedersen: Juristen, 1952, s. 257 f., Taxell: TfFF 1949. 151 ff., G. Portin: Om Köpares Dröjsmål (1962) p. 182.

punktet for erstatningsberegningen flyttes fra den forudsatte opfyldelsestid til et senere tidspunkt efter fordringshavers valg, jfr. Rpl. § 493, hvorved han får lejlighed til at spekulere på skyldnerens bekostning[5].

Ved „afbestillingsret“ kan man forstå både fordringshavers og skyldners adgang til at bestemme, at naturalopfyldelse ikke skal finde sted, uanset at denne er mulig. I det følgende forudsættes det, at udtrykket omfatter også skyldners adgang til med frigørende virkning at erklære, at han ikke vil opfylde in natura, såfremt erklæringen dog pådrager ham erstatningsansvar efter den positive opfyldelsesinteresse. Reglerne herom er beslægtet med reglerne om afbestillingsret fra fordringshavers side, idet der i begge tilfælde må ske en afvejelse af fordringshavers og skyldners interesse i gennemførelse af naturalopfyldelse, sammenholdt med muligheden for opfyldelse af aftalens formål gennem en surrogatyldelse[6].

Der bliver herefter tale om følgende alternativer:

- 1) adgang til naturaleksektion for fordringshaveren,
- 2) adgang til „afbestilling“ for skyldneren,
- 3) fordringshaverens krav er fuldstændig ophørt på grund af „urigtige eller bristede forudsætninger“[7].

Det er naturligvis inkonsekvent at tale om afbestillingsret i tilfælde, hvor skyldneren fritages for pligten til naturalopfyldelse uden videre, f. eks. på grund af umulighed eller iøvrigt på grund af særlige retsregler; alligevel kan det være praktisk at have en fælles betegnelse for alle tilfælde, hvor skyldneren bliver fri for pligten til naturalopfyldelse mod erstatning uden hensyn til det tilgrundliggende retsfaktum.

5. Jfr. Ljungman: 1. c. s. 36 f., jfr. nærmere nedenfor.

6. Jfr. note 4.

7. Alm. del s. 66 f., jfr. også den mere udførlige fremstilling, 3. udg. s. 82 f. Her omtales også den mulighed, at parternes retsforhold ændres på andre punkter, f. eks. gennem forhøjelse af vederlaget; jfr. om vedvarende kontraktsforhold den italienske Code Civil, artikel 1467, Adolph Schnitzer: Vergleichende Rechtslehre 2, zweite Auflage, Basel 1961, s. 623; i skandinavisk ret har man været ret tilbageholdende i denne henseende, jfr. svensk højesteretsdom i TfR 1957 s. 233, norsk højesteretsdom TfR 1958, s. 466 og TfR 1960 s. 486, dansk højesteretsdom i U 1951 s. 759 og dom U 1959 s. 404. Om de forskellige muligheder jfr. iøvrigt Rodhe: 19. nordiske juristmøde bil. 5 s. 32 f.

Historiske og retssammenlignende undersøgelser synes at støtte antagelsen af, at man til enhver tid har haft regler, som efter de herskende samfundsforhold bedst muligt varetager samfundets interesse i retsforholdenes betryggelse afhængig af samfundsmagtens styrke og samfundets økonomiske og sociale struktur. Iøvrigt har den deklarerede hovedregel ikke så stor betydning, eftersom der vist altid har været antaget undtagelser herfra, således at hovedreglen til dels kan siges at være afhængig af, hvor eftertrykket lægges. I praksis antager man ofte ensartede resultater uanset den anvendte konstruktion[8].

I det følgende antages det for det første, at det almindeligt antagne princip om, at aftaler skal holdes, ikke bør forhindre antagelsen af praktiske regler. Dette princip, som iøvrigt ret sent er kommet ind i doktrinen og lovgivningen (jfr. nedf.), har til formål at skabe tryghed og sikkerhed i retsforholdene ligesom erstatnings- og vindikationsreglerne, men har ikke anden gyldighed end andre principper. D. L. 5-1-1, som sædvanligvis antages at give udtryk for dette princip, kan ikke være til hinder for opstilling af regler, der begrænser adgangen til naturalopfyldelse, såfremt der er behov herfor.

For det andet antages det, at fordringshaveren ikke kan kræve dom til naturalopfyldelse, såfremt andre retsmidler er tilstrækkelige til at betrygge hans interesser og fremme de med en aftale tilsigtede formål. Afvejelsen af hensynet til fordringshaver og skyldner bør så vidt muligt ske gennem opstilling af regler; men også en konkret interesseafvejning kan efter omstændighederne være påkrævet[9].

Undersøgelsen er ikke rettet mod en udtømmende gennemgang af de enkelte retsforhold og de forskellige konfliktsituationer, men tager nærmest sigte på en mere principiel gennemgang af det teoretiske grundlag, dog med særligt henblik på spørgsmålet om, hvor-

8. I romerretten har man utvivlsomt i høj grad opnået en faktisk naturalopfyldelse gennem reglerne om *actiones arbitraria*, ligesom man i engelsk ret i nyere tid i højere grad anerkender adgangen til naturaleksektion gennem *specific performance*. Jfr. Chitty: *On Contracts* II, (1961) 22. ed. s. 608. Som det fremgår af det følgende, benytter man sig i dansk praksis kun sjældent af adgangen til at opnå dom til naturalopfyldelse, medmindre det drejer sig om netop de tilfældegrupper, som giver anledning til *specific performance* og *injunction*.

9. Ussing: Alm. del, 4. udg. s. 68 f. med henvisninger.

vidt køberen af artsbestemt løsøre kan få sælgeren dømt til at opfylde aftalen in natura. Som det vil fremgå af det følgende, må dette spørgsmål som hovedregel nærmest besvares benægtende. Dette resultat synes at stemme med den herskende handels- og retspraksis, jfr. nedf.

II. Historiske og komparative perspektiver.

A. Indledning.

Anskuer man problemet ud fra en retssammenlignende og retshistorisk synsvinkel, er der påfaldende principielle forskelligheder og påfaldende fælles træk. Tilsyneladende er retsstillingen i den engelsk-amerikanske retskreds afgørende forskellig fra den kontinentale europæiske. Hovedreglen i engelsk-amerikansk ret siges at være den, at fordringshaveren ikke kan få skyldneren dømt til at opfylde in natura, idet han må nøjes med et erstatningskrav i penge[10]. Omvendt siges det at være hovedreglen i kontinental europæisk ret, at skyldneren kan dømmes til at opfylde in natura, og at han kun subsidiært skal lade sig nøje med en erstatningsydelse i penge[11]. Denne principielle modsætning er imidlertid kun tilsyneladende, idet man i engelsk ret i vidt omfang anerkender undtagelser gående ud på, at fordringshaveren kan få en dom til umiddelbar opfyldelse, mens man på den anden side i kontinental europæisk ret i vidt omfang anerkender, at skyldneren bliver fri for pligten til opfyldelse in natura ofte mod en forpligtelse til betaling af en erstatningsydelse i penge.

På den anden side er der imidlertid påfaldende lighedstræk mellem den gældende ordning i England og den ordning, som gjaldt i romerretten, hvor man i den klassiske tid hævdede sætningen *condemnatio semper pecuniaria*; en sætning, hvis hovedindhold var, at domskonklusionen skulle lyde på betaling af et pengebeløb [12]. Det unddrager sig imidlertid erkendelse, hvorvidt der måtte være nogen sammenhæng mellem romerretten og engelsk ret på dette område. Det er iøvrigt usikkert, hvilket afhængighedsforhold der

10. Cheshire and Fifoot: *The Law of Contract*, 5. ed. 1960, s. 495 f., Chitty s. 565 f., Corbin: *On Contracts* 1950-51 bind X s. X.

11. Ussing: *Alm. del* s. 61 f., Ljungmann: 1. c. s. 23 f.

12. Stig Juul: *Grundrids af den romerske formueret*, s. 50 f. Jfr. Leage: *Roman Private Law*, 3. ed., by A. N. Prichard, 1961, s. 447 f. Jfr. også Ljungman: 1. c. s. 5 f.

har været mellem de romerske og engelske processystemer, som hver for sig iøvrigt synes at have haft nær forbindelse med de antagne løsninger på kondemnationsproblemet[13]. Her som på så mange andre områder er det vanskeligt at udtale, om der foreligger et påvirkningsfænomen eller identiske udviklingsforløb[14]. At der skulle foreligge noget påvirkningsfænomen, modsiges til en vis grad af den omstændighed, at man i den efterklassiske romerret i vidt omfang anerkendte, at fordringshaveren kunne gennemtvinge sit krav *in natura*[15]. At der imidlertid i den tidligste engelske retsudvikling har været en livlig forbindelse med Frankrig, og at der i den tidligste engelske common law har været nære kontakter med den romanistiske videnskab, må vist siges at være uden for al tvivl[16]. Når Lord Chancellor senere genindførte adgangen for fordringshaveren til at opnå dom til naturalopfyldelse i visse individuelt bestemte fordringsforhold[17], er det antagelig gennem en påvirkning fra den senere romanistiske ret, idet de tidligste Lord Chancellors var gejstlige og derigennem oplært i kanonisk og romersk ret[18]. Det er imidlertid vanskeligt at udtale sig om påvirkningsforholdene, og der er også afgørende forskelligheder mellem den romerretlige og den engelske retsudvikling (jfr. nedenfor C).

B. Dansk ret.

Forinden oversigten over den romerretlige og den engelske retsudvikling berøres i korthed udviklingen i dansk kontrakts- og processret. Om tiden før landskabslovene ved vi meget lidt. Landskabslovene afspejler derimod et samfund af frie og selvstændige bønder uden en stærk centralmagt og uden noget udpræget handels- og omsætningsliv. I landskabslovene har man lige så lidt som i den klassiske romerret og i den tidligste engelske retsudvikling nogen almindelig regel om, at kontrakter har forpligtende virkning. I modsætning til romerretten og den tidligste engelske ret har man imid-

13. Iuul: 1. c. s. 50.

14. Thøger Nielsen: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, kap. I.

15. Iuul: 1. c. s. 162.

16. Leage: s. 8-12, og Ljungmann: især s. 12 f.

17. Cheshire and Fifoot: s. 515 f.

18. Cheshire and Fifoot: s. 7 f.

lertid ej heller opstillet den modsatte regel, at kun de kontrakter, der er omfattet af en retsklage, har bindende virkning^[19]. Ingen af stederne har man haft noget offentligt tvangsfuldbyrdsessystem.

1. *Tvangsfuldbyrdelsen.*

Tvangsfuldbyrdelsen var på landskabslovenes tid en privat sag ligesom iøvrigt al retshåndhævelse på denne tid. Opnåede man en dom på tinge, var det domhaverens egen sag at sætte dommen i værk ved nam. Nam var oprindelig en autoriseret selvtægt og var på denne tid, da freden i samfundet hvilede på et spinkelt grundlag, en farlig affære. Derfor var reglen den, at nam kun måtte tages i dølgsmål og kun uden for domfældtes gårdsled, idet domfældte havde ret til at forsvare sin ejendom, hvis han blev opmærksom på namens iværksættelse. På den anden side kunne domhaveren beholde det, han udtog, som sin ejendom, idet der ikke i kilderne synes at blive gjort forskel på tilfælde, hvor domhaverens krav lød på et pengebeløb, på udlevering af bestemte ting, eller på betaling af bøder. Blev domhaveren imidlertid ikke fyldestgjort ved namforretningen, fandtes den ejendommelige regel, at han ikke senere kunne skaffe sig yderligere fyldestgørelse. Freden i samfundet kunne kun udsættes for fare én gang i anledning af et enkelt krav. Havde kongen imidlertid krav på bøder, kunne disse bøder indrives af kongens ombudsmand.

Efterhånden blev der åbnet en almindelig adgang for private til at appellere til kongen for at få bistand af dennes ombudsmand til inddrivning også af deres krav. Dette retsinstitut, som senere blev kaldt for „*rigens ret*“, fordi den omfattede hele det danske retsområde i modsætning til landskabslovene, var imidlertid en meget kompliceret affære. Domfældte skulle flere gange stævnes til tinge, og først hvis han sad den fjerde stævning overhørig, kunne domhaveren søge ombudsmandens medvirken til inddrivelse af kravet gennem de såkaldte „*ridemænd*“.

Domhaveren kunne imidlertid også procedere til freds- og mandhælsfortabelse for domfældte, såfremt han ikke erholdt tilstrækkeligt ved nam. I enkelte tilfælde kunne han få den domfældte til-

19. Kolderup Rosenvinge: Grundrids af den danske Lovhistorie, 3. opl. 1860, s. 230 f., J. E. Larsen: Retshistoriske Afhandlinger og Foredrag, 1861, s. 464 f., Thøger Nielsen: Studier, s. 212 f.

pligtet at udrede bøder til kongen for *rætløse* og herigennem opnå ombudsmandens medvirken til dommens eksekution. I købstæderne, som var dukket op i løbet af det 12. og 13. århundrede, blev der i de forskellige stadsretter efterhånden indført regler om, at byens øvrighed var forpligtet til at gøre eksekution ved udnævnte vurderingsmænd, og ejede domfældte intet, blev han udleveret domhaveren til forvaring eller for at arbejde i dennes tjeneste. I de adelige gårdsretter blev der indført tidsvarende regler. Ved Christian III's reces 1539 § 6, blev „rigens ret“ gjort mere effektiv også for eksekution på landet, da det blev øvrigheden pålagt også uden for købstæderne at gøre udlæg i gældssager. Først ved Christian IV's forordning af 1. juli 1623 artikel 5 og den store reces 2-15-16 og 7, blev eksekutionssystemet udstrakt til at omfatte både faste ejendomme og adelige debitorer[20].

Endnu D. L. 1-24-32 hviler på den ældre retsordning, hvorefter udlæg skete til ejendom som en *datio in solutum*; først i slutningen af det 18. århundrede blev det sædvanligt at tage udlæg til forauktionering, og først i begyndelsen af det 19. århundrede måtte denne ordning siges at være den altovervejende hovedregel, hvor ikke lovgivningen indeholdt hjemmel for det modsatte[21]. Ifølge D. L. 1-24-33 og 47 kunne skyldnere, der intet ejede til genstand for nam eller indførsel, indsættes i gældsængsel. Når nogen dømtes til at gøre eller efterkomme noget, skulle der i dommen sættes en vis straf for det tilfælde, at dommen ikke blev efterkommet[22], jfr. 1-5-15, og ifølge 1-24-46 kunne skyldneren hensættes i fæng-

20. Kolderup Rosenvinge: 1. c. s. 390 f., Larsen: 1. c. s. 345 f., Matzen: Forelæsninger over den danske Retshistorie, I, 1893, s. 163 f. Om rigens ret og dele, se især Kofoed Anchers samlede juridiske skrifter, 2. del, s. 595 f.

21. Nellesmann: Læren om Auktion, 1894, s. 8 f.

22. I forordningen af 12. juni 1679 § 6 findes kilden til bestemmelserne i D. L. 1-5-15 og 1-24-46. „Er nogen tildømt i Højeste Ret andet at efterkomme, saasom Regnskab at gjøre, Arv, Gods eller andet fra sig at lægge, eller andet saadant, og hand det ikke til forelagde Tid efterkommer, da maa Sagsøgeren have Magt ved Stedets Øvrigheds Hjælp hannem at anholde som tilforn mølet er, og betaler hand til Os sit Falsmaal.“

sel[23]. I begyndelsen af det 19. århundrede var det almindeligt antaget, at straffen efter 1-5-15 i dommen skulle bestemmes til en pengepræstation, *enten* — ifølge sagsøgerens påstand — et bestemt beløb, hvis udredelse da blev det ene alternativ ved siden af handlingens foretagelse og i så tilfælde havde karakter af en egentlig erstatning, *eller*, hvad der var det almindelige, en passende daglig eller ugentlig mulkt, som i reglen tilkendtes vedkommende fattigkasse[24]. Denne ordning stadfæstedes ved forordningen af 6. april 1842 § 1. Såfremt dommen gik ud på udlevering af visse ting, kunne fogeden dog, også når disse forefandtes, umiddelbart sætte domhaveren i besiddelse af disse, selv om dommen alene havde bestemt en tvangsbod som middel til at bevirke udleveringen eller en erstatningssum, der i mangel heraf skulle udredes[25].

Påvirkningen fra fransk ret var tydelig allerede i professor Nellemanns første udkast til lov om rettens tvang til forpligtelsesopfyldelse, dødsboskifter og konkurs fra 1871. I kapitel II §§ 266-272 var foreslået et sæt regler, som uden større ændringer gik igen i det senere udkast af 1877 §§ 451 ff., og i regeringsforslaget af 1902 i kapitel 30 §§ 339 ff. (Rigsdagstidende tillæg A 1901-02, sp. 2287), og som nu findes i Retsplejelovens kap. 46. Efter mønster fra Code Civil artikel 1142 indførte man således i stedet for systemet med tvangsmulkter den ordning, at domhaverens interesse

23. Oprindelig var det vist nok praksis, at man ikke fastsatte nogen straf efter 1-5-15, men at man benyttede fængsel efter 1-24-46. Undertiden fastsattes der dog en bøde én gang for alle, men først i midten af det 18. århundrede blev det almindelig praksis at fastsætte en tvangsmulkt, jfr. Nellemann: *Civile Procesmaade*, 4. udg., 1892, s. 865 f. og 873 f.

24. Bang og Larsen: 2. del, s. 454 f. Med forordningen af 1842 havde man indført den af romanisterne skabte sondring mellem *dare* og *facere*, som senere blev kodificeret i Code Civil, artikel 1142. Krav på individuelt bestemte genstande kunne umiddelbart eksekveres, mens det fandtes at stride mod den personlige friheds uantastelighed direkte at gennemtvinge domme på andet end penge.

25. Jfr. Ljungmann: s. 10 f., Bang og Larsen: 1. c. s. 454: „Da det derhos ville være upassende, at den domfældte skulle tvinges til at efterkomme dommen ved et ham tilføjet korporligt onde, bliver denne såkaldte straf, som efter lovens 1-5-15 skal sættes hos, altid at bestemme til en pengepræstation.“

i dommens efterkommelse skal anslås i penge, hvorefter beløbet inddrives, idet der desuden foreskrives en særlig straf for modvillig ikke-opfyldelse af sådanne domme[26].

2. Kontraktsretten.

Som tidligere nævnt fandtes der ikke i de ældre danske landskabslove nogen almindelig bestemmelse om, at aftaler eller løfter skal holdes. Det er også tvivlsomt, hvorledes de spredte bestemmelser skal fortolkes. Det er dog den almindelige opfattelse, at man for så vidt var forpligtet ved sine aftaler, — i hvert fald når de var stadfæstede ved håndslag (fæstning) —, som man pådrog sig *bødeansvar* ved ikke-opfyldelse af sådanne løfter. I visse tilfælde kunne et løfte vist nok uden videre fragås, uden at der herved pådroges bødeansvar, således hvis det drejede sig om en lejekontrakt. Efterhånden kom man ind på at stadfæste køb og salg såvel af fast ejendom som løsøre ved lidkøb, men selv i så tilfælde var man ikke forpligtet på anden måde end gennem bødeansvaret. Et endeligt køb kom dog i stand ved *løsøre*, når tingen var overgivet til køberen, og denne havde haft den i sin besiddelse natten over uden indsigelse, og for *fast ejendoms* vedkommende ved ejendommens skødning[27].

Det er vanskeligt at danne sig noget sikkert skøn over baggrunden for disse regler, men meget tyder på et slægtskab med engelsk ret, hvorefter forestillingen om, at visse kendsgerninger (i reglen besiddelsen) medførte overførelse af ejendomsret, var bestemmende for afgørelsen af, hvorvidt aftalen var forpligtende for parterne[28].

Efterhånden som det blev almindeligt at oprette skriftlige kontrakter, blev det utvivlsomt mere almindeligt at betragte disse som værende bindende for parterne. I hvert fald forudsættes det i den senere lovgivning, klarest i Christian IV's store reces 2-15-10, at

26. Jfr. nedenfor. Ved konkursloven af 1872 § 162 blev gældsfængsel afskaffet, for så vidt angår almindelige gældskrav, hvorimod muligheden for fængsel stod åben for den, som ikke betalte idømte tvangsmulfter.

27. Sælgeren blev antagelig kun forpligtet til at betale erstatning i tilfælde af vanhjemmel, jfr. Skånske Lov kap. 78. Jfr. Kolderup Rosenvinge: 3. opl. s. 230 f., Larsen: 1. c. s. 464 f.

28. Cheshire and Fifoot: s. 4, nedenfor note 32 og C 3.

skriftlige kontrakter skal holdes og efterkommes[29]. Peder Lassen har følgende bestemmelser i sit udkast til en lovbog: „Enhver ærlig Mand er pligtig at holde sin Forskrivelse, Bref og Segel, paa det Kredit maa blive ud i sin tilbørlige Agt, og Afsked, Bref og Kontrakt holdet og efterkommet.“ Dette forslag, som er inspireret af Frd. 15. juli 1651, hvori understreges, at adelens gældsbreve skal eksekveres, og fornævnte reces om købmænds gæld, blev senere til D. L. 5-1-1[30].

De gamle regler om bødeansvar for ikke-opfyldelse af løfter må antagelig siges at være det adækvate udtryk for, at aftaler var forpligtende på denne tid, sammenholdt med de muligheder, som stod til fordringshaverens rådighed til gennemførelse af et krav på opfyldelse af løfter, i tider da den private selvtægt var det eneste tvangsmiddel. Ved siden af bøden havde domhaveren ikke noget krav. — Efterhånden som samfundsmyndighederne styrkedes, fik fordringshaveren mulighed for at anvende samfundets tvang til gennemførelse af sine rettigheder ved pålæggelse af tvangsmulkt og gældsfængsel. Det har dog formentlig altid været vanskeligt umiddelbart at sætte dommen i værk, medmindre det drejede sig om eksekution af en dom på penge og muligvis — og i hvert fald efter 1842 — på udlevering af en individuelt bestemt genstand.

C. Komparative refleksioner.

1. Romerret.

Det er muligt at anskue den romerske regel om *condemnatio semper pecuniaria* som et lignende resultat af en udvikling over et bødeansvar for ikke-opfyldelse af kontrakter med senere fastsættelse af dette bødeansvar til interessens værdi. ligesom i de aequilianske klager, som uden for kontraktsforhold i almindelighed fastsatte bøden til genstandens værdi, opretholdtes det pønale element derved, at erstatningen undertiden fastsattes til et betydeligt større beløb og undertiden var forbundet med infami. Om denne fortolkning er rigtig, er naturligvis omtvisteligt, men spørgsmålet om den rette for-

29. Købmænd, som forpligter sig i køb og salg at betale med særdeles og special mønt og som bekræfter det med afsked, bref og kontrakt, han skal holde og efterkomme sin kontrakt.

30. Thøger Nielsen: Studier s. 212.

ståelse af det romerretlige princip om *condemnatio pecuniaria* er i det hele taget meget tvivlsomt[31].

2. *Engelsk ret.*

I engelsk ret har udviklingen været en noget anden. Oprindelig var den væsentligste kontraktsklage writ of debt and detinue. Writ of debt gik ud på indklagning af et pengebeløb, mens indsøgning af en bestemt genstand skete ved writ af detinue. Debt var den vigtigste writ. De vigtigste af disse var debt on obligation og on a contract. På grundlag af den sidste kunne sagsøgeren indklage penge, som var lånt ud, købesummen for solgt gods, vederlaget for ydede tjenester, eller betaling af leje. En væsentlig forudsætning for, at man kunne anvende disse klager, var i det sidste tilfælde, at sagsøgeren havde ydet noget til gengæld for det pengebeløb, som skyldtes, og i det første, at kontrakten var oprettet under segl. På samme måde kunne man bruge klagen detinue til at indklage en bestemt genstand; dog var det ikke så meget et ved aftale stiftet krav, der her var tale om, som et krav, der var opstået gennem overførelse af ejendomsret[32]. Uden for køb og salg fandtes i det hele taget ingen klager, medmindre kontrakten var oprettet under segl, eller sagsøgeren havde erlagt sin egen ydelse. Man kunne således ikke kræve noget vederlag for en erlagt ydelse, medmindre der på forhånd var aftalt og forseglet et bestemt vederlag. Der var altså ingen muligheder for at opnå erstatning, hvor ingen af parterne endnu havde udført deres del af aftalen. Ved Lord Chancellor's mellemskomst gennemførtes efterhånden retsmidler til at opnå retsværn for en købekontrakt vedrørende fast ejendom, som ikke var oprettet under segl, til gennemførelse af løfter, som ikke var opfyldt fra nogen af parternes side, og til at opnå et vederlag for udførte tjenester, hvor intet vederlag var blevet fastsat. Lord Chancellor hentede fra den kanoniske ret det romerretlige begreb „*causa*“ i form af „*cause*“ og indrømmede en klage i mange tilfælde, hvor der var afgivet et alvorligt ment løfte, og der forelå en rimelig „*cause*“.

I common law anerkendte man ikke nogen almindelig klage før det 16. århundrede. Det retsmiddel, man greb til, var en *action on*

31. Ljungmann: s. 5 f., Stig Iuul: s. 50 f.

32. Jfr. ovenfor om dansk ret i den tidligste periode (note 28) og de romerske realkontrakter.

the case for tort, idet en *misfeasance*, skade påført ydelsen ved en skadegørende handling, gav anledning til et erstatningskrav. Efterhånden blev dette retsmiddel under megen tvivl udstrakt til også at omfatte *nonfeasance*, ikke-opfyldelse, idet man fingerede, at sagsøgte havde påtaget sig en pligt til at gøre noget (*assumpsit super se*). Klagen blev derfor kendt som *assumpsit*. Vejen var herefter åben til anerkendelse af, at løfter var forpligtende, således at ikke-opfyldelse af et løfte var et retsbrud, som gav anledning til et erstatningskrav svarende til det tab, den berettigede havde lidt. Dette resultat var i det væsentlige nået med *Jordans case* i 1536.

Løvrigt anerkendte man aldrig, at også ensidige løfter var bindende uden videre. Traditionen fra de gamle klager med forudsætning om segl eller *quid pro quo* førte til opstilling af kravet om „consideration“, som endnu gælder i engelsk-amerikansk kontraktsret. Dette krav er opfyldt enten ved segl eller ved tilstedeværelsen af en erlagt ydelse eller et løfte om en modydelse. Herved havde man opnået en meget betydelig udvidelse, men også en væsentlig begrænsning i kontraktsfriheden[33].

Som tidligere omtalt havde man i den ældre engelske ret før grundsætningen om *assumpsit* i kraft af writ of detinue adgang til at forlange besiddelsen af en ting overført til sig. Denne ret til at opnå besiddelsen kunne dog ligesom de romerske *actiones arbitrium* ikke umiddelbart gennemtvinges, idet domfældte havde mulighed for at frigøre sig enten ved at afgive besiddelsen eller gennem betaling af erstatning af tingens værdi. Efter at princippet om *assumpsit* var gennemført i engelsk ret, blev det efterhånden den undtagelsesfrie hovedregel i common law, at retsmidlet i anledning af misligholdelse af aftaler var et krav på erstatning. Da denne regel imidlertid ikke altid var tilfredsstillende i praksis, indførtes snart gennem Lord Chancellor's praksis en adgang til såkaldt *specific performance*, hvorigennem Lord Chancellor kunne indrømme en adgang for fordringshaveren til at få sit krav gennemført og opfyldt *in natura*. Denne adgang til at opnå *specific performance* er imidlertid diskretionær og afhængig af Lord Chancellor's og senere kanslerrettens skøn om, hvorvidt *fordringshaverens interesser er til-*

33. Cheshire and Fifoot: s. 3 f., Ames: The history of *assumpsit*, 2. Harvard Law Review s. 1 og 53, samme: Two theories of consideration, 12 Harvard Law Review s. 515 og 13 Harvard Law Review s. 29.

strækkeligt fyldestgjort gennem erstatningskravet efter common law. Specific performance kan ikke fås i sager, hvor opfyldelsen fordrer rettens opsigst med opfyldelsen, f. eks. almindeligvis i entreprisekontrakter og kontrakter, som går ud på personlig tjeneste. Ifølge Sale of Goods Act fra 1893 kan specific performance erhverves af køberen af individuelt bestemt eller bindende individualiseret løsøre, dog kun i det omfang, det er nødvendigt for at betrygge køberens interesser. Derfor kan køberen ikke forlange specific performance, såfremt salgsgenstanden er en almindelig omsætningsvare uden nogen speciel værdi eller interesse[34].

3. *Sammenholdt med dansk ret.*

At de regler, som i romerretten og i den engelske ret udviklede sig om sanktioner i anledning af misligholdelse af kontrakter, var afhængige af det herskende processystem, må anses for utvivlsomt; når sanktionen i begge tilfælde blev et erstatningsbeløb i penge, har dette sammenhæng med de eksekutionsretlige regler[35]. I romerretten var den sædvanlige eksekutionsform i klassisk tid den samme som i den ældste danske ret; domfældte blev overgivet i domhaverens varetægt, for at denne herigennem kunne skaffe sig fyldestgørelse enten gennem salg af domfældte, eller derved at denne som slave arbejdede sin skyld af. Gennem realeksektionen blev domhaveren indsat i domfældtes formue for derigennem ved salg af effekter herfra at søge sig fyldestgjort for sit krav[36]. Først i den efterklassiske tid indførtes der en adgang for domhaveren til specialeksektion i bestemte genstande for gennem salg af disse at skaffe domhaveren fyldestgørelse. I samme periode anerkendte man fordringshaverens adgang til at opnå dom til naturalopfyldelse[37].

Sammenholder man den ældste danske retstilstand med den romerretlige og den ældre engelske udvikling, er det tydeligt, at der har været en intim sammenhæng mellem det, vi kalder kontraktsret, på den ene side og på den anden side sanktions- og procesretten. Det har ikke for vore forfædre været meningsfuldt at tale om, at

34. Cheshire and Fifoot: s. 515 f., Chitty I s. 608 f., H. G. Hanbury: *Modern Equity* 8. ed. (1962) p. 535 ff.

35. Iuul: I. c. s. 123.

36. Iuul: s. 53 f.

37. Iuul: s. 162.

kontrakter i almindelighed er forpligtende, og at der er sanktionsretlige og procesretlige regler til understøttelse af sådanne almindelige kontraktsretlige regler. Derimod kan sanktions- og procesretten siges at afspejle de anerkendte forpligtelser, idet man faktisk var forpligtet for så vidt, og i det omfang sanktionsretlige og procesretlige retsmidler førte hertil. Man har ej heller anerkendt nogen distinktion mellem straf og erstatning. Sanktionen har i de ældre tider overalt været en pengeydelse, som ganske vist ofte på et mere fremskredent tidspunkt er blevet fastsat i forhold til interessens værdi.

Der har utvivlsomt også været en sammenhæng mellem forestillingen om „ejendomsrettens overgang“ og muligheden for at opnå naturalopfyldelse. I de ældre retsordninger var det sædvanligt at betragte ejendomsretten som en egenskab ved tingen, som overgik til erhververen samtidig med besiddelsen[38], men til gengæld heller ikke før[39]; der har derfor ikke været baggrund for at gennemføre krav på opfyldelse in natura; kontrakten om overdragelse var faktisk ikke „bindende“ for så vidt inden besiddelsesovergangen. At disse forestillinger har haft forbindelse med livets barske realiteter ̢: muligheden for at gennemtvinge en besiddelsesovergang, er indlysende.

I romerretten var det pengebeløb, som *condemnatio* gik ud på, overalt et surrogat for fordringshaverens krav, hvad enten der var tale om en almindelig *actio* eller en *actio arbitrarium*. I sidstnævnte fald var opfyldelsen in natura det principale, og condemnationen kunne derfor efter omstændighederne lyde på et større beløb end tingens værdi[40]. I den ældste engelske ret var retsvirkningerne af et *writ of detinue* normalt de samme som af *actiones arbitrarium*. I den senere tid efter *assumpsit* og endnu i dag kan den erstatningsydelse, som idømmes efter common law, ikke siges at være nogen alternativ ydelse, men et surrogat eller erstatning for ikke-opfyldelse af kontrakten, idet misligholdelse betragtes som en tort.

Efter den ældste danske ret må de bøder, som i visse tilfælde kunne idømmes for ikke-opfyldelse af visse kontrakter, siges at have

38. Eller undertiden på betingelse af, at vederlaget var betalt, luul: Festskrift til Henry Ussing, s. 225 f.

39. Se Ross: Ejendomsret og Ejendomsovergang s. 14 ff. og 39 ff., Thøger Nielsen: Studier s. 70 ff., luul s. 62 og ovenfor note 32.

40. luul: s. 50 f.

været et surrogat for ikke-opfyldelsen, idet fordringshaveren ikke havde noget andet alternativ; derimod er det uklart, hvorvidt skyldneren havde adgang til at frigøre sig mod at erlægge in natura i stedet for at erlægge de idømte bøder. Det mest sandsynlige er vel, at kravet nu var omdannet til et bødekrav, ligesom kravet ved *litis contestatio* var omdannet til et pengekrav. Denne forståelse ville harmonere bedst med den iøvrigt anerkendte ret for skyldneren til at træde tilbage fra sine aftaler inden for visse grænser. — Når fordringshaveren i den ældste tid søgte sin fyldestgørelse gennem nam, var det ikke klart, hvorvidt han herigennem kunne søge naturalopfyldelse, idet nam jo skete til ejendom. Problemstillingen bliver vel klarere i en senere periode, hvor det bliver muligt at erhverve samfundsmagtens bistand til eksekution af domme gennem indførsel og på anden måde. I hvert fald synes man op imod tiden for Danske Lov at have følt et klart behov for regler, som kunne sikre gennemtvangelse af krav på andet end penge, jfr. Frd. 12. juni 1679. — Når det nu senere blev praksis på grundlag af 1-5-15 at fastsætte bøder for ikke-efterkommelse af sådanne handlingsdomme, fastsattes disse som nævnt *enten* ifølge proceduren og sagens beskaffenhed til en bestemt pengesum *eller* til en periodisk mulkt, hvilket sidste var det sædvanlige. I første tilfælde var pengebeløbet et alternativ, hvis betaling medførte skyldnerens frigørelse, hvorimod betaling af mulktene ikke medførte nogen frigørelse for den oprindelige handleforpligtelse. Efter at tvangsmulktene ved Retsplejeloven er blevet ophævet, kan der vel stadig idømmes straf for ikke-opfyldelse af handlingsdomme, men konsekvensen af tvangsmulkternes ophævelse må være den, at der kun én gang kan idømmes bødestraf for ikke-opfyldelse af en handlingsforpligtelse, hvorimod der vil kunne idømmes bødestraf for hver overtrædelse af en undladepligt. Det sædvanlige vil dog være, at fordringshaverens interesse i kravets opfyldelse omsættes til et pengekrav enten under selve retssagen eller under fogedsagen. I dette tilfælde vil erlæggelsen af pengeydelsen virke frigørende for skyldneren, hvorimod erlæggelse af bøden i først nævnte tilfælde naturligvis ikke virker frigørende for skyldneren.

Det er næppe nogen tilfældighed, at formuleringen af princippet om aftalers almindeligt forpligtende virkning og indførelsen af regler, som tilsigter at gennemtvange opfyldelsen af forpligtelse in natura, optræder samtidigt i den danske retsudvikling, nærmere betegnet i tiden omkring indførelsen af Danske Lov i slutningen af

det 17. århundrede. Det er næppe forkert herigennem at se en påvirkning fra den almindelige naturretlig tænkning i denne periode. Det er naturligt for den teori, som formulerer princippet om aftalers almindeligt forpligtende virkning, som konsekvens heraf at se en almindelig forpligtelse til også at opfylde sådanne løfter og at se en nødvendighed for anerkendelse af retsmidler til at gennemtvinge dem.

III. *Gældende ret*[41].

Den her givne retssammenlignende og historiske oversigt kan naturligvis ikke i sig selv begrunde noget udsagn om, hvorledes gældende retsregler er eller bør være. Overvejelserne herom må naturligvis afhænge først og fremmest af den positive lovgivning og herefter af overvejelser over de praktiske hensyn. Den givne oversigt skal tværtimod udelukkende tjene som illustration af reglernes relativitet og afhængighed af de til enhver tid herskende forhold i samfundet og af sammenhængen mellem den materielle ret og de processuelle og sanktionsretlige regler. Formålet har således udelukkende været at påvise relativiteten i de traditionelt antagne hovedprincipper.

Udgangspunktet ved en vurdering af den gældende rets regler både *de lege lata* og *de lege ferenda* må herefter være, at den almindeligt antagne grundsætning om aftalers forpligtende kraft ikke kan have nogen større betydning for afgørelsen af, hvilke sanktioner den berettigede bør have i anledning af ikke-opfyldelse fra skyldnerens side. Til fordel for en almindelig regel om, at fordringshaveren kan få skyldneren dømt til at opfylde sine forpligtelser *in natura*, kan i almindelighed anføres, at en sådan regel tjener til at understrege den grundsætning, som det praktiske samfundsliv må betragte som en nødvendighed: At aftaler skal holdes, og at forpligtelser skal opfyldes[42]. Selv om man antager en sådan almindelig regel, har det dog alle tider været anerkendt, at der må gøres undtagelser for sådanne tilfælde, hvor opfyldelsen er forbudt eller faktisk umulig[43]. I og for sig kan det også siges at være konsekvent, når man som normalt i dansk ret opstiller den regel, at skyldneren er fritaget for pligten til opfyldelse *in natura*,

41. Se herom Gomard s. 130 ff.

42. Man kan her tale *dels* om den direkte præventive, *dels* om den normunderstøttende virkning, Ljungman s. 30 ff.

43. Ussing s. 62 f.

når han er fritaget for erstatningsansvar for visse upåregnede opfyldelseshindringer. Der vil normalt ikke være nogen mening i at fastholde en pligt til opfyldelse *in natura*, såfremt ikke-opfyldelsen af denne pligt ikke pådrager skyldneren erstatningspligt[44]. Enhver videregående anerkendelse af, at skyldneren kan frigøres for sin pligt til naturalopfyldelse på grund af samfundsmæssige hensyn eller skyldnerens overvejende interesser, må derimod siges at være en egentlig afvigelse fra hovedprincippet. Når man således ofte antager, at fordringshaveren ikke kan få skyldneren dømt til at opfylde en forpligtelse til personligt arbejde eller til at udføre et hverv, og når man iøvrigt anerkender, at samfundsmæssige hensyn og skyldnerens overvejende interesser kan medføre en fritagelse for naturalopfyldelse, har man allerede forladt princippet og er kommet langt i retning af antagelse af en almindelig interesseafvejning[45].

Selv med de her tagne forbehold kunne man med mening udtale, at man fastholder princippet om dom til naturalopfyldelse, uanset om disse domme kan gennemtvinges ved en fogedforretning. Det er dog et spørgsmål, om en sådan ordning ikke er inkonsekvent, og om det ikke ville være mere rationelt at indrette de materielle regler efter de procesretlige og eksekutionsretlige muligheder. Så vidt man kan skønne, er det dette resultat, man — ganske vist ad mærkelige veje — er nået til i angloamerikansk ret, hvor adgangen til at opnå dom til naturalopfyldelse altid er diskretionær, idet retten ikke kan efterkomme sagsøgerens påstand, såfremt man skønner, at sagsøgerens interesser er tilstrækkelig varetaget gennem regler i *common law*, om at retsmidlet mod misligholdelse af en aftale er erstatning[46]. Så længe det kun har ren terminologisk betydning, kan det naturligvis siges at være uden betydning, hvilken løsning man vælger; har terminologien derimod også en praktisk virkning, er det ikke ligegyldigt, hvilken udvej man vælger. Når man ikke har fysiske tvangsmidler til gennemtvinding af fordrings-

44. Ussing s. 66 f. med henvisninger.

45. Ussing s. 62, Ljungman s. 38 f. og s. 48 f. Jfr. ovenfor ved note 22 om sondringen mellem *dare* og *facere*. Se iøvrigt ang. en begrænset undtagelse i sømandsloven nr. 229 af 7. juni 1952 § 35. Ifølge denne kan en sømand i udenrigsfart bringes ombord ved politiets hjælp, hvis der ikke er tilstrækkeligt mandskab ombord, eller sømanden er beruset.

46. Cheshire and Fifoot s. 516, Chitty s. 608, jfr. ovenfor.

haverens ret efter dommen, jfr. Rpl. §§ 494-495, skal domhaverens krav i dansk ret altid omsættes til et pengekrav efter reglerne i Rpl. § 493. Ifølge Rpl. § 499 kan den, der modvilligt undlader at efterkomme en handlingsdom eller forsætligt overtræder en undladellesdom, idømmes straf af bøde eller hæfte, hver gang en tilsidesættelse af dommen foreligger. Herefter har den berettigede adgang til anvendelse af kompulsiv tvang i et forsøg på at tvinge domfældte til at efterkomme dommen, men reglen i Rpl. § 499 har, efter hvad der er fremkommet under den nedenfor refererede enquete, ikke nogen praktisk betydning ved handleforpligtelser[47]. I det omfang konsekvensen af den gældende ret er den, at domhaverens krav på et eller andet tidspunkt skal omsættes til et pengebeløb, er det et spørgsmål om denne erstatningsfastsættelse ikke mest betryggende finder sted under den ordinære retssag i stedet for den efterfølgende fogedsag efter de ejendommelige regler i § 493, stk. 2-5. Normalt plejer man dog at anse spørgsmålet om erstatningsfastsættelse for at være et så vigtigt element i retsplejen, at denne ikke overlades til fogeden, hvis opgave normalt blot er at eksekvere de beslutninger, som retten allerede har truffet. Under den summariske fogedprocedure bør man så vidt muligt ikke behandle krav af indgribende betydning for parterne[48].

47. Ej heller ved undladepligter, Ehlers s. 47.

48. § 493, stk. 2. Hvis der ikke i selve dommen er fastsat et pengevederlag, som træder i stedet for den ydelse, hvorpå dommen principalt går ud, kan domhaveren under fogedforretningen få fastsat det pengebeløb, hvortil hans interesse må anslås. Kan ydelsen i og for sig ikke anslås i penge, kan fogeden i stedet derfor sætte en godtgørelse i penge.

Stk. 3. I reglen har fogeden med vidnernes bistand at foretage ansættelsen (§ 480); hvis disse ikke er tilstrækkelig sagkyndige, kan fogeden udmelde andre, som efter at have afgivet en forsikring som den i § 480 omtalte yder den fornødne bistand.

Stk. 4. Fogeden har så vidt muligt at tilkalde domfældte, for at han kan afgive sine oplysninger og erklæringer, forinden vederlagssummen bestemmes.

Stk. 5. Derefter fastsætter fogeden pengevederlaget ifølge sit skøn over omstændighederne og uden at være bundet af vidnernes eller de i deres sted trædende personers anskuelse. Han har herved fornemlig at drage omsorg for, at domhaveren får fuldstændig erstatning, og i tvivls-tilfælde har han hellere at fastsætte denne rigeligt end at udsætte domhaveren for at lide noget tab ved, at dommen ikke efterkommes.

Værrer er det imidlertid, såfremt en ordning, hvorefter skyldneren fastholdes ved sin pligt til naturalopfyldelse, giver anledning til andre uønskede bivirkninger. Som påvist af Ljungman kan en sådan ordning medføre en adgang for fordringshaveren til risikofrit at spekulere på skyldnerens bekostning[49]. Ifølge købelovens § 21 kan køberen i tilfælde af sælgerens forsinkelse med salgsgenstandens levering vælge, om han vil fastholde eller hæve købet. Såfremt køberen vil hæve købet, behøver han indtil videre ikke at foretage noget, § 26. Vil han derimod fastholde købet, skal han blot i handelskøb straks og ellers uden ugrundet ophold tilkendegive dette over for sælgeren, som herefter stadig er forpligtet til levering. Viser det sig nu, at prisforholdene udvikler sig til gunst for køberen, idet priserne stiger, vil køberen altså, såfremt man tager § 21 på ordene, kunne få sælgeren dømt til at opfylde in natura, hvorefter, hvis sælgeren fortsat vægrer sig ved at opfylde, køberens erstatningskrav opgøres efter reglerne i Rpl. § 493, altså efter værdiforholdene på fogedforretningens tidspunkt. Herved vil han opnå en fortjeneste på differencen mellem den aftalte købesum og salgsgenstandens eller varens værdi ved fogedforretningen. Han vil altså ganske uvilkårligt kunne vælge at udsætte parternes opgørelse i en ubestemt fremtid og håbe på, at prisforholdene vil udvikle sig i hans favør, hvilket under de nu herskende økonomiske forhold ofte vil være en velbegrundet spekulation. Skulle det derimod mod forventning vise sig, at priserne udvikler sig i den modsatte retning, altså at priserne falder, vil køberen på ethvert senere tidspunkt kunne anvende den fortsatte udeblivelse af salgsgenstanden som en motivering for at hæve købet[50]. Erstatningen skal i så fald ifølge § 25 fastsættes efter prisforholdene på den aftalte leveringstid. Køberen kan altså på denne måde sikre sig mod et prisfald, samtidig med at han kan spekulere i en prisstigning. Det ville være rimeligt at udelukke denne spekulationsadgang for køberen derigennem, at denne ikke alene ifølge § 25 havde ret, men tillige pligt til at foretage dækningskøb. En sådan regel, som faktisk er gældende i engelsk ret[51], kan for så vidt forenes med købelovens §§ 21 og 25 jfr. Rf. 1954. 482,

49. Ljungman s. 35 f.; se også Hellner: Köprätt p. 96.

50. Almén: Om köp och byte av lös egendom 4. udg. ved Rudolf Eklund. 1960 s. 358, Rodhe: Obligationsrätt § 38 ved note 39.

51. Cheshire and Fifoot s. 498 f., Chitty, I s. 581 f.

Kristen Andersen p. 156. Det er en almindelig regel i erstatningsretten, såvel i som uden for kontraktsforhold, at den erstatningsberettigede har pligt til i videst muligt omfang at begrænse sit tab[52]. Problemet har ikke klart foreligget til afgørelse i dansk praksis, således at man ikke kan sige, at muligheden udtrykkelig er forkastet. At købeloven til gengæld ikke indeholder nogen positiv regel herom, og at man i motiverne til købeloven nærmest synes at forudsætte den modsatte regel, kan i og for sig ikke være afgørende[53]. Som det vil fremgå af den nedenfor refererede enquete, har der heller ikke i praksis vist sig nogen trang til at fastholde sælgeren til at opfylde in natura, i hvert fald ikke for så vidt angår genuskøb. For så vidt angår individuelt bestemt løsøre, er tilstanden ganske vist noget mere tvivlsom. Rpl. § 495 indeholder den regel, at en dom på udlevering af en rørlig ting, hvorved ifølge motiverne og reglens forhistorie antagelig må forstås en individuelt bestemt ting[54], kan fogeden umiddelbart sætte i værk ved at fratage domfældte tingen om fornødent ved magt. Domhaveren kan dog vælge at fordre sin interesse omsat til penge ifølge § 493. At der således er en adgang til umiddelbart at gennemtvinge en dom til opfyldelse in natura, for så vidt angår individuelt bestemte genstande, kunne tages til indtægt for den opfattelse, at der i så tilfælde også altid kunne kræves dom til natural-

52. Rodhe § 46, som dog ved note 21 synes at afvise en pligt for sælgeren til at begrænse sit tab i denne henseende. Jfr. også Almén s. 344; se herimod Ljungman, s. 39. Ljungman antager, at køberen, hvis han vil fastholde købet, må være parat til selv at bære tabet ved eventuelt prisfald.

53. Motiverne s. 44 og 51 forudsætter, at reglen i § 26 forhindrer den foreliggende spekulationsadgang for køberen, og kommer derfor ikke nærmere ind på problemet. — Når købelovens § 21 hjemler også den artsbestemte køber ret til at fastholde købet, er dette til dels motiveret med eksistensen af det dengang herskende processystem, hvorefter køberen kunne søge dommen gennemført ad indirekte vej ved pålæggelser af tvangsmulfter. Når denne adgang til at idømme tvangsmulfter senere er ophævet ved Rpl., er grundlaget for købelovens motiver til dels bortfaldet. Derimod er der stadig efter svensk og norsk ret adgang til idømmelse af tvangsmulfter, jfr. Ekelöf: Straffet, Skadeståndet och Vitet (1942), Ehlers s. 71 og 75, dog uden større praktisk betydning, Hellner s. 71.

54. Jfr. nedenfor IV om fortolkningen af denne bestemmelse.

opfyldelse. I engelsk ret har man imidlertid ikke antaget denne konsekvens fuldtud, idet køberen kun kan forlange naturalopfyldelse, såfremt hans interesser ikke er tilstrækkelig varetaget på anden måde. Har man f. eks. købt en individuelt bestemt genstand eller en individualiseret ydelse, der er en almindelig handelsvare, omend individualiseret, kan der ikke blive tale om specific performance. Her må rettighedshaveren finde sig i at få omsat sin interesse til penge på sædvanlig måde. Kun såfremt der ikke foreligger nogen mulighed for at skaffe en lignende ydelse andet steds, kan fordringshaveren kræve specific performance. Reglen kan anvendes, såfremt der foreligger et *retligt* eller *faktisk monopol* hos sælgeren, eller der på grund af andre forhold, f. eks. krigsforhold, foreligger vareknaphed[55]. Med regler svarende til de engelske kan man komme uden om mange af de vanskeligheder, som i teorien og praksis kan rejse sig ved afgørelsen af, om der foreligger et artsbestemt eller individuelt bestemt køb[56].

Drejer det sig om køb af fast ejendom eller leje af fast ejendom eller løsøre, er der en umiddelbar adgang til ifølge Rpl. § 494 at sætte dommen i værk ved fogedens umiddelbare medvirken, og der vil i disse tilfælde normalt ej heller være nogen grund til at fritage skyldneren fra pligten til også ved dom at opfylde in natura. Ved arbejdsforpligtelser af en anden art end personligt arbejde af underordnet karakter, især i entrepriseforhold, gælder Rpl. § 496. Såfremt domfældte er dømt til at udføre et sådant arbejde, kan domhaveren blive kendt berettiget at lade arbejdet foretage ved andre. Udlæg kan herefter gøres for det ifølge en af fogeden godkendte regning hertil medgående rimelige beløb, såfremt dette efter omstændighederne findes at være den letteste og hurtigste måde, hvorpå domhaveren kan komme til sin ret. Efter hvad der ovenfor er sagt om de tilsvarende problemer i § 493, kan man hævde, at denne erstatningsopgørelse ikke bør finde sted ved fogeden, men bør finde sted ved en almindelig retssag. I konsekvens heraf burde man altså ikke i entrepriseforhold anerkende en påstand om, at sagsøgte tilpligtes at opfylde entreprisekontrakten in natura. Også i disse forhold ville der iøvrigt være den samme adgang som ved køb for den berettigede til at spekulere på den

55. Cheshire and Fifoot s. 520 f., Chitty s. 1426 f.

56. Jfr. herom Ussing i U 1949 B s. 227 f., Alm. del, 4. udg., s. 63, Ljungman s. 46.

forpligtedes bekostning[57]. Naturligvis kan der forekomme flere andre forskelligartede retsforhold, hvori problemet kan opstå; på disse tilfælde vil man antagelig i vidt omfang kunne anlægge tilsvarende synspunkter.

IV. Forpligtelser til levering af artsbestemt løsøre.

Gomard antager, i Fogedretten s. 113 f., at en dom på udlevering af artsbestemt løsøre kan eksekveres umiddelbart af fogeden i overensstemmelse med Rpl. § 495, derved at fogeden fratager domfældte visse genstande af arten. Gomard antager vel, at valgretten i artsbestemte fordringsforhold sædvanligvis tilkommer skyldneren; men har denne ikke på fogedforretningens tid udøvet sin valgret, antages det, at valgretten herefter tilkommer fordringshaveren. Gomard henviser til norsk og svensk ret, hvor man i princippet anerkender en sådan ret[57a], og til hans særlige lære om umiddelbare fogedforretninger, hvorefter umiddelbar fogedforretning også kan finde sted i artsbestemt løsøre. Endvidere antages en adgang til umiddelbar eksekution ikke at ville stride mod udtrykket „rørlig ting“ i § 495, og fortolkningen antages at være i harmoni med andre bestemmelser i Rpl., nemlig § 503, stk. 3, om opfyldelse af pengeforpligtelser med penge og med reglen i § 496 om fuldbyrdelsen af forpligtelsen til at stille sikkerhed.

Det er vanskeligt at se, hvilken støtte reglen i § 503, stk. 3, om opfyldelse af pengeforpligtelser med penge og § 496 in fine om fuldbyrdelse af forpligtelse til at stille sikkerhed kan give for det antagne resultat. Hvad angår pengestykker eller pengesedler, er der ikke tale om artsbestemt løsøre i egentlig forstand, men om lovlige betalingsmidler[58], og hvad angår reglen om sikkerhedsstillelse, er det karakteristisk, at sikkerheden stilles ikke til ejendom, men til sikkerhed for eventuelt senere udlæg til forauktionering. Der er derfor netop ikke de samme betænkeligheder, som ved ind- og udsættelsesforretning, hvorved man indsættes i besiddel-

57. Se modsat højesteretsdom i U 1927 s. 637, hvorved nogle murer-mestre dømtes til at omgøre et pudsearbejde på domhuset i Kolding. Axel H. Pedersen: *Entreprise* s. 105 ff. Reglerne i A. B. §§ 18 og 19 tyder også på, at man i praksis regner med, at ophævelse er det normale.

57a. Denne har dog ingen praktisk betydning, Hellner p. 71.

58. Ussing: *Alm. del*, 3. udg., s. 33, *Køb* s. 2.

sen af artsbestemt løsøre til ejendom[59]. Uden for tilfælde af særlig interesse hos køberen på grund af salgsmonopol og vareknaphed er der næppe heller noget praktisk behov for anerkendelsen af en umiddelbar indsættelsesadgang, sammenholdt med de betænkeligheder, som gør sig gældende mod at tillade domhaveren at „skumme fløden“.

I dansk ret synes der også at være en ganske fast tradition mod den antagne lære. D. L. 1-24-46 antoges kun at indeholde hjemmel for idømmelse af tvangsmulkt og for indsættelse i gældsfængsel. Ikke engang i individuelt bestemt løsøre eller fast ejendom antoges der at være nogen adgang til umiddelbar indsættelse efter dom[60]. Ved forordningen af 1842 indførtes imidlertid i § 1 en adgang for fogeden til at sætte domhaveren i besiddelse af visse ting[61]. At man med denne bestemmelse kun havde tænkt på individuelt bestemt løsøre fremgår vel ikke umiddelbart af Nellemanns første udkast til lov om rettens tvang til forpligtelsens opfyldelse fra 1871 s. 129 og 133 med §§ 267-69, men at dette var Nellemanns opfattelse, kan forudsætningsvis slttes af hans bøger[62]. Det samme er forudsat i den senere procesretlige litteratur[63] og har normalt også været antaget i den civilretlige teori[64].

59. Se om reglens oprindelse L. 28. maj 1880 § 8 og Frd. 18. maj 1825 § 68, jfr. D. L. 5-7-8 om sikkerhed for manglende vekselaccept, R. T. 1879/80 Till. A, sp. 2368, B sp. 452.

60. Bang og Larsen: Systematisk Fremstilling af den danske Procesmaade, 3. del, 1841 s. 474 f. og 505 f.

61. Kollegial Tidende for 1840 Anhang s. LIXX.

62. Den ordinære civile Procesmaade, 4. udg., 1892 s. 873, Læren om Eksekution og Auktion, 1884 s. 160 f., samt Læren om Eksekution, 3. udg., 1896 s. 176 f.

Den samme forudsætning findes i udkastet til lov om den borgerlige retspleje 1877 § 452, motiverne s. 193, og i motiverne til retsplejeloven, R. T. 1901-02 till. A, sp. 2866 ad §§ 340-42.

63. H. Munch-Petersen: Den danske Retspleje, 3. del, s. 174 f., E. Munch-Petersen: Tvangsfuldbyrdelse 1948 s. 269.

64. O. K. Magnussen i U 1925 B s. 282, Illum: Tingsret I s. 331, v. Eyben: Formuerettigheder s. 23; se dog herimod Vinding Kruse i U 1925 B s. 309 f., Ejendomsret I s. 182 og Ross: Ejendomsret og Ejendoms- overgang s. 44 f. Udtalelserne i Lassens alm. del (1. udgaven s. 659 f., 2. udg. s. 777 f. og 3. udg. s. 897 f.) angår udelukkende anvendelsen af tvangsmulkt og ikke den direkte gennemtvungelse ved fogedforretning.

I praksis ses der ikke at foreligge nogen direkte afgørelse af spørgsmålet, hvorimod problemet forudsætningsvis kom frem i en højesteretsdom, som er refereret i U 1943 s. 775. Sagen angik dog afkræftelsen af et udlæg, og det antoges iøvrigt, at et udlæg til ejendom afkræftes efter konkurslovens § 23, og at den foretagne fogedforretning måtte ligestilles med et udlæg til ejendom. En vognmand havde lejet en tørvemose af en gårdejer, således at han forpligtede sig til at levere de først producerede 1000 tons tørv til en civilingeniør og en entreprenør. Da der opstod vanskeligheder for tørvefabrikanten, oprettedes et forlig med gårdejeren, som havde et ubetalt krav på lejeafgiften. Fabrikanten skulle levere 250 tons tørv til udlejeren, som til gengæld forpligtede sig til at viderelevere tørvene til aftagerne mod betaling af ialt 4000 kr. Ifølge forliget havde aftagerne ret til afhentning mod kvittering. Ca. 200 tons tørv blev foreløbigt afmærkede under fabrikantens medvirken. Ved en senere fogedforretning blev aftagerne og udlejeren i forening indsat i besiddelsen af det i mosen værende lager af skårne tørv og smuld, ialt ca. 250 tons. Når man senere såvel i landsretten som i højesteret afkræftede den foretagne disposition efter reglerne om udlæg, synes man forudsætningsvis at have godkendt den foretagne fogedforretning i realiteten, men resultatet kan dog skyldes proceduren, idet der kun var procederet på afkræftelse[65]. Allerede den omstændighed, at der ikke foreligger nogen praksis, indicerer, at der ikke er noget praktisk behov for anerkendelse af direkte indsættelse i henhold til en dom på udlevering af artsbestemt løse, og den foretagne enquete synes som nævnt at bekræfte denne antagelse, jfr. ndfr. V.

Det er ikke hensigten her at tage stilling til Gomards særlige lære om udvidet adgang til foretagelse af umiddelbar fogedforretning[66]. Det er dog tvivlsomt, om man bør anerkende en så vidtgående kompetence under den summariske fogedprocedure[67]. En adgang til foretagelse af umiddelbar fogedforretning

65. Se også U 1923 s. 331 (H) der dog angik udlevering af hele sælgerens årshøst af rør; men på den anden side U 1922 s. 808 og 1949 s. 1122.

66. S. 169 f.

67. Se U 1960 s. 864 og 1961 s. 1019(H) (TfR 1962 s. 162), Müller, Juristen 1960 s. 449 f. og Spleth i U 1950 B s. 184, men Tamm i U 1960 B s. 174.

i artsbestemt løsøre har tilsyneladende ikke nogen større praktisk interesse, som det fremgår af den nedenfor refererede enquete. De fleste dommere antager, at en sådan ret ikke eksisterer, og anser resultatet som endnu mere sikkert end i tilfælde, hvor der er givet dom til udlevering af artsbestemt løsøre. Før Danske Lov fandtes der overhovedet ingen regler om umiddelbare fogedforretninger, men der havde i tiden før Danske Lov i retspraksis udviklet sig en adgang til udsættelse af en lejer, som ikke i rette tid fraflyttede den lejede faste ejendom. Denne retspraksis blev stadfæstet ved D. L. 6-14-7. Længe var man meget utilbøjelig til at anvende denne bestemmelse analogisk på indsættelse i fast ejendom endsige på ind- og udsættelse af løsøre eller andet[68]. Først ved en dom i U 1875 s. 564 antoges det, at umiddelbar indsættelse i løsøre kunne finde sted, idet udlejereren af en symaskine kunne sætte sig i besiddelse af denne hos lejereren, idet det fremhæves, at identiteten og de øvrige omstændigheder uden vanskelighed og vidtløftighed kunne bringes på det rene.

V. *En enquete.*

Som det fremgår af det foregående, findes der med et par enkelte undtagelser ingen trykte afgørelser angående fordringshaverens ret til at få skyldneren dømt til opfyldelse in natura og angående administrationen af Rpl. kap. 46[69]. Dette kan skyldes, enten at spørgsmålene ingen praktisk interesse har, fordi påstanden altid går ud på betaling af penge, eller at reglernes anvendelse ikke giver anledning til konflikter, som giver sig udtryk i de foreliggende domssamlinger. For at opnå en sikrere formodning om den rette fortolkning udsendte jeg et spørgeskema til samtlige landets dommerkontorer, Sø- og Handelsretten, Østre og Vestre Landsret samt Grosserer-Societetet og Provinshandelskammeret indeholdende følgende 9 spørgsmål:

68. Bang og Larsen, 1. c. 3. del s. 572 f., Nellemann: Eksekution og Auktion s. 261 f., Eksekution s. 297 f., jfr. udkastet til Retsplejeloven af 1877 s. 230 f. og forslaget i Rigsdagstidende 1901-02 Till. A sp. 2881 f.

69. Se dog om § 496 U 1924 s. 877 (om udførelse af et arbejde, forligt), J. D. 1958 s. 144 (straf), om § 493, U 1926 s. 53 (angik specifikationskøb og sælgers erstatningskrav for manglende specifikation), U 1924 s. 168 (ej erstatning for manglende regnskab).

1. Er det sædvanligt, at fordringshavere kræver dom for erlæggelse af andre ydelser end pengeydelse?
2. Følges sagsøgerens påstand sædvanligvis i rettens praksis?
3. I hvilke tilfælde afvises sagsøgerens påstand om naturalopfyldelse?
4. Specielt er det af interesse at få oplyst, om der gives dom til opfyldelse af artsbestemte tinglige krav, f. eks. løsørekøberens krav på levering af en almindelig artsbestemt handelsvare.
5. Har man nogen praksis med hensyn til administrationen af Rpl. § 493?
6. Har man nogen praksis med hensyn til anvendelsen af § 499 ved ikke-opfyldelse af krav på erlæggelse af artsbestemte ydelser, især løsøresælgeres ikke-opfyldelse af domme, som går ud på levering af artsbestemt løsøre?
7. Hvorledes praktiserer man § 499 i tilfælde af, at skyldneren fortsat undlader at opfylde en dom til erlæggelse?
8. Anser man i rettens praksis § 495 for anvendelig for artsbestemt løsøre, jfr. ordlyden: „rørlig ting“?
9. Anser man tilsvarende § 609 for anvendelig på artsbestemt løsøre?

Der indkom i alt 66 besvarelser fra landets dommerkontorer, foruden en besvarelse fra Sø- og Handelsretten, Østre og Vestre Landsret og Grosserer-Societetet. Det fremgår af samtlige besvarelser fra underretterne, at man ikke har nogen egentlig praksis. Kun i ganske enkelte tilfælde nedlægges der påstand om andet end penge, og i reglen kun når det drejer sig om fast ejendom, herunder leje- og servitutsager, men også i enkelte tilfælde sager om vedståelse af en handel om fast ejendom. I enkelte tilfælde nedlægges der påstand om udlevering af bestemte løsøregenstande. I de tilfælde, påstanden herefter har været nedlagt, har afgørelsen tilsyneladende ikke givet anledning til vanskeligheder.

Sø- og Handelsretten oplyser, at af 300 i 1961 journaliserede sager var der i 17 tilfælde nedlagt påstand om andet end penge. Af disse 17 sager er 1 blevet hævet, 6 er blevet forliget og 3 er endnu ikke afsluttet. De fleste sager vedrørte spørgsmål om ophavsret, konkurrenceret, firmanavn og lignende. I 7 tilfælde er der afsagt dom, og heraf vedrører kun en enkelt en artsbestemt ydelse. — I denne sag blev sagsøgte frifundet for levering af et parti teglblokke, som han havde afhændet i en byttehandel, idet det i dommen fremhæves, at købet ikke vedrørte en løbende pro-

duktion, men et restparti, som var solgt til anden side, og at en ny produktion praktisk taget var umulig, idet det i hvert fald ville kræve uforholdsmæssig store omkostninger. Sagsøgte blev i stedet dømt til betaling af partiets værdi. De øvrige 6 afgjorte sager vedrørte i hovedsagen ophavsrettigheder og lignende. I to tilfælde fulgtes sagsøgerens påstand, i 1 tilfælde dog delvis, og i 2 tilfælde blev sagsøgte frifundet. I et tilfælde blev sagen afvist; påstanden gik her ud på, at et rederi skulle erkende, at dets kvittering for modtaget gods var fyldestgørende dokumentation for bortfragterens opfyldelse af fragtaftalen m. v.

Vestre Landsret fremhæver en utrykt afgørelse af 30. maj 1961 (sag IV nr. 3241/58). I denne sag havde ejeren af en fast ejendom givet naboejeren, et kalkværk, tinglyst ret til at benytte så stort et stykke af hans have, som var nødvendigt til anlæg af et vognspor langs kridtgraven. Da der senere skete en nedskridning, påstod ejendommens ejer kalkværket dømt til principalt at retablere den tidligere tilstand gennem opfyldning eller at betale en erstatning på 40.000 kr., der ville sætte sagsøgeren i stand til at lade dette arbejde udføre; subsidært at betale en mindre erstatning. Under hensynet til forholdet mellem den på sagsøgerens ejendom skete skade og bekostningen ved reablering af den tidligere tilstand blev sagsøgerens principale påstand ikke taget til følge, hvorimod der i erstatning for værdiforringelse af ejendommen blev tillagt sagsøgeren 1500 kr. Iøvrigt synes hverken Østre eller Vestre landsret at ligge inde med nogen utrykt praksis angående de stillede spørgsmål[70].

Københavns byret erindrer en konkret sag angående Rpl. § 493 (nr. 2/38), hvorunder værdien af et ur blev omsat til 200 kr. under fogedsagen. En af underretterne erindrer et tilfælde fra 1957, hvor et forlig om aftagning af en artsbestemt vare i fogedretten blev fastsat til et pengebeløb. En anden underretsdommer erindrer et tilfælde fra 1921, hvor fogeden lod et grøftarbejde udføre for domfældtes regning, hvorefter beløbet blev inddrevet hos domfældte. Iøvrigt synes reglerne i Rpl. kap. 46 ikke at blive anvendt i retternes praksis.

Ved besvarelsen af spørgsmål 8 og 9 fremhæver de fleste retter, at man ikke har nogen praksis. Enkelte dommere udtaler sig dog

70. Det fremhæves dog i besvarelserne, at man ikke har ladet foretage større efterforskninger i arkiverne.

om, hvorledes man mener spørgsmålene bør besvares. 9 dommere vil besvare spørgsmål 8 benægtende, mens 5 samt Københavns byret ikke anser det for udelukket at eksekvere en dom på udlø-
vering af artsbestemt løsøre. Et par dommere er i tvivl, idet man fremhæver, at særlige interesser eller specielle ydelser kan gennemtvinges. Spørgsmål 9 vil imidlertid 19 dommere samt Københavns byret besvare benægtende; kun 3 vil besvare det bekræftende, mens et par dommere er i tvivl. Den ene af disse vil dog kræve, at rekvisitus anerkender, at det drejer sig om det omspurgte artsbestemte løsøre, og at rekvisitus enten ikke har yderligere kvanta af de omhandlede genstande, eller at det omhandlede parti er holdt skarpt afsondret fra andre kvanta af lignende art. Iøvrigt fremhæver de fleste dommere, at der skal foreligge en sikker, streng, tilstrækkelig eller klar individualisering eller identifikation.

Grosserer-Societetet har indhentet en besvarelse af spørgsmål 1 fra Københavns bedømmelses- og voldgiftsudvalg for korn- og foderstofhandelen og fra bedømmelses- og voldgiftsudvalget for frøhandelen. Udvalget vedrørende frøhandelen udtaler, at man har afsagt flere kendelser, hvorefter der tillægges den tabende part en pligt til at aftage eller levere et parti. Derimod udtaler udvalget for korn- og foderstofhandelen, at det i tilfælde, hvor en sælger misligholder en kontrakt, normalt vil være således, at køberen kun kan kræve en erstatning (prisdifference), men ikke en faktisk opfyldelse af kontrakten. Man gør i denne forbindelse opmærksom på, at der kan blive tale om, at køberen i forbindelse med kravet på erstatning foretager dækningskøb.

Den foretagne undersøgelse afkræfter formodningen, at man i det praktiske forretningsliv almindeligt benytter sig af adgangen til at forlange naturalopfyldelse. Bortset fra krænkelse af eneretigheder, tvistigheder vedrørende fast ejendom og enkelte andre uensartede tilfældegrupper, vil den berettigede i langt de fleste tilfælde allerede i stævningens påstand omdanne sit krav til et pengekrav i forbindelse med ophævelse af kontraktforholdet. Allerede af denne grund opstår der uhyre sjældent behov for anvendelsen af Rpl. kap. 46. Især er det interessant, at man i korn- og foderstofbranchen tilsyneladende ikke anser køberen for berettiget til at kræve opfyldelse in natura, idet denne i tilfælde af ikke-opfyldelse henvises til at foretage dækningskøb. I frøbranchen har man derimod ikke en tilsvarende klar regel.

VI. *Sammenfatning.*

Det foregående synes at have godtgjort, at der består en intim sammenhæng mellem de materielle og processuelle regler om adgang til naturalopfyldelse. Stillingen i engelsk-amerikansk ret viser, at der ikke med nogen vægt kan sluttes fra den almindelige regel om aftalers forpligtende virkning til, at kontraktlige pligter bør kunne gennemtvinges *in natura*; intet tyder på, at sikkerheden i omsætningslivet er mindre udtalt i den angelsaksiske retskreds. På den anden side bliver en materielretlig regel om pligt til naturalopfyldelse et slag i luften, såfremt den ikke suppleres med effektive processuelle regler. Reglerne i Rpl. kap. 46 synes ikke at være effektive og praktikable[71]. Skal en regel om pligt til naturalopfyldelse have nogen praktisk mening, må den understøttes af en adgang til pålæggelse af tvangsbøder som i tiden før retsplejeloven[72] og i de fleste kontinentale lande[73]. En sådan adgang var også forudsat i motiverne til Kbl. § 21. Et andet spørgsmål er herefter, om man bør genindføre adgangen til pålæggelse af tvangsmulfter i almindelighed, eller om man ikke i stedet burde afskaffe reglen om pligten til naturalopfyldelse. Man kan også indføre regler svarende til de engelsk-amerikanske, hvorefter *pligt til opfyldelse in natura kan pålægges, såfremt erstatning i penge ikke er tilstrækkelig til varetagelse af fordringshaverens interesser*, og til gengæld gennem effektive tvangsmidler sikre at pligten kan gennemtvinges.

Den foretagne undersøgelse synes at have godtgjort, at der ikke foreligger noget større praktisk behov for naturalopfyldelse af positive forpligtelser. Derimod synes det praktiske behov at være større ved undladelsespligter, især inden for ophavsretten[74]. At der kan forekomme tilfælde, hvor den berettigede kun effektivt kan sikres gennem naturaleksektion også ved positive forpligtel-

71. Jfr. Ehlers, som s. 128 ff., 110 ff. påviser, at de regler, som Nellemann kopierede fra Code Civil, allerede inden Rpl.s ikrafttræden var fortrængt i fransk praksis, som faktisk anvendte tvangsmulfter.

72. Jfr. Ehlers s. 133 ff.; s. 43 f. imødegås med vægt de liberalistiske ideer, som lå bag Rpls. ordning.

73. Ehlers s. 71 (svensk), 75 (norsk), 104 (tysk), 110 (fransk).

74. Ehlers s. 60 ff.

ser, er dog utvivlsomt[75]. Dette gælder i første række om leje af fast ejendom; på dette område har man dog siden tiden før Danske Lov haft adgang til umiddelbar ind- og udsættelsesforretning. Iøvrigt vil dette retsmiddel som regel stå til rådighed til gennemtvungelse af krav på individuelt bestemte ting eller faste ejendomme, når grundlaget er tilstrækkeligt klart; er grundlaget ikke klart, vil den praktiske interesse i at fastholde kontrakten være ringe på grund af vanskeligheden og risikoen ved at sikre kravet overfor trediemand, så længe processen står på[76]. Derimod kan mere personlige krav have interesse; f. eks. har der i det foreliggende materiale været tale bl. a. om afgivelse af regnskab[77] og kvitteringer, pantebreve o. l., samt oplysninger til brug ved beregning af vederlag m. v. — Ved køb af løsøre og varer vil køberen oftest være tilstrækkeligt beskyttet gennem reglerne om ophævelse og erstatning gennem foretagelse af dækningskøb; undtagelse må dog gøres ved køb af antikviteter og lignende genstande af individuel værdi. Derimod synes det ikke at være afgørende, om der teknisk set er sket en individualisering; i de fleste tilfælde har den, der har udtaget bestemte genstande, ingen særlig interesse i netop at modtage de således udtagne genstande[78]. Foreligger der derimod et retligt eller faktisk monopol for sælgeren, eller er der iøvrigt vareknaphed, har køberen en virkelig interesse i netop at få genstandene udleveret[79]. Iøvrigt har køberen interesse i at fastholde købet, når der kan blive tale om prissvingninger; det er dog antaget, at køberen ikke i disse tilfælde bør have adgang til at spekulere på sælgerens bekostning. — I den almindelige varehandel synes der ikke at være noget behov for regler om adgang til naturalopfyldelse[80] (udenfor tilfælde af vareknaphed); in-

75. Vindikationssager falder uden for emnet, men bør vel som regel kunne gennemføres til udlevering in natura.

76. Køberen af fast ejendom vil sjældent løbe risikoen ved at tinglyse stævning, og løsørekøberen har ingen tilsvarende retsmidler; også muligheden for straf er begrænset i disse tilfælde.

77. Jfr. iøvrigt D. L. 1-24-46 og U 1924 s. 168 (ej erstatning efter § 493).

78. Ussing, s. 63 f. (U 1949 B s. 227 f.) vil dog lægge afgørende vægt på sammenhængen med de tingsretlige regler, se Ljungman s. 46 f.

79. Jfr. også Koktvedgaard: Kontraheringspligt s. 25 og 189 ft.

80. Man har behov for klare regler, som hurtigt og effektivt bringer parternes retsforhold på det rene.

denfor korn- og foderstofbranchen anerkendes pligten slet ikke, se ovfr. V. I udkastet til international købelov art. 27-29 har man også i tilslutning til engelsk ret indført en regel, hvorefter køberen henvises til at hæve og at foretage dækningskøb, medmindre dette ikke kan ske uden væsentlig ulempe eller omkostning^[81].

Anerkendes dette synspunkt, vil man nærme sig en retstilstand, hvorefter domstolene efter almindelige regler og konkrete overvejelser over parternes interesser afgør, om naturaleksektion er det adækvate retsmiddel, eller om andre retsmidler bør foretrækkes. I det omfang, man foretrækker naturaleksektion, bør det overvejes, om ikke Rpl.s kap. 46 bør moderniseres og suppleres med en adgang til idømmelse af tvangsmulkter.

81. Rabel II s. 421.

Forudsætning og mangel

1. Mangelsreglernes udvikling.

A. Indledning.

Mangelsreglernes udvikling har været genstand for debat i de senere år; mens Stig luul i en undersøgelse af caveat emptor-reglens oprindelse nærmest går ind for, at de skandinaviske købeloves mangelsregler er af ældre germansk oprindelse, synes Thøger Nielsen i højere grad at ville lægge vægten på påvirkningen fra den romanistiske og naturretlige teori[1]. Det er vanskeligt at udtale sig om de rette påvirkningsforhold, og selv om man kunne redegøre for disse, ville det muligvis alligevel være mere realistisk at opfatte mangelsreglernes udvikling som et alment retshistorisk fænomen[2]. Mangelsreglernes udvikling kunne på denne måde siges at afspejle fordelingen af risikoen for det solgte mellem køber og sælger under de til enhver tid herskende omsætningsforhold. Der synes i alle kendte europæiske retssystemer at have gået en udvikling fra en udpræget køberrisiko over forskellige mellemtilstande til en mere udpræget sælgerrisiko. — Det synes at være et *fælles træk ved al primitiv ret, at salgsgenstanden sælges, som den er og forefindes*. Denne risikofordeling synes også at være ganske naturlig i et primitivt samfund, hvor der endnu ikke har dannet sig en selvstændig handelsstand, således at parterne er principielt ligestillede i henseende til bedømmelse af salgsgenstandens egenskaber. Den på dette udviklingstrin anerkendte omsætningsmetode er tuskhandel mellem nærværende personer. Køberen har faktisk mulighed for og har lige så stor sagkundskab som sælgeren til at bedømme det købtes egenskaber. Under mere udviklede samfundsforhold med dannelsen af en selvstændig handelsstand opstår den angivne ligevægt mellem parterne, og der opstår trang

1. Stig luul i Festskrift til Henry Ussing p. 220 ff., Thøger Nielsen, Studier p. 48 ff., U 1955B.241 ff.

2. Rabel, Das Recht des Warenkaufs (2. Band) (1958) p. 101 ff.

til regler til beskyttelse af usagkyndige købere i forhold til den sagkyndige sælger. På samme måde spiller parternes samtidige tilstedeværelse en mindre rolle med distancehandelens udvikling, og der opstår i handelsforhold trang til regler til beskyttelse af den køber, som bestiller varer med angivelse af visse egenskaber. Her opstår med andre ord behov for en ordning, der giver mulighed for at *tage hensyn til køberens forventninger*, eller, om man vil, til at beskytte usagkyndige eller fraværende køberes tillid til en sagkyndig sælger. Problemstillingen er her den samme som i aftalélærens konflikt mellem viljesprincippet og forventningsprincippet og tingsrettens konflikt mellem „retsbeskyttelsesinteressen“ og omsætningsinteressen. Det drejer sig om betryggelsen af en voksende omsætning. — Oprindeligt har man skabt det retlige grundlag for sælgerens mangels hæftelse gennem optagelse af særlige stipulationer eller garantier, men efterhånden præsumerede man tilstedeværelsen af garanti for visse egenskaber og for sælgerens hjemmel. I den klassiske romerske ret førte udviklingen efterhånden frem til egentlige lovgivningsindgreb, idet det ædiliske edikt af politimæssige grunde indførte særlige regler om ophævelse og afslag i købesummen, for så vidt angår torvehandlen, ved siden af det traditionelle retsbrudsansvar for stipulationer (garanti) og svig. Sælgeren havde ikke adgang til at føre bevis for sin gode tro. Køberen kunne på den anden side ikke påberåbe sig mangler, som han kendte, eller som han burde have opdaget ved genstandens besigtigelse.

Med det ædiliske edikt står vi overfor en nydannelse. Man må erindre, at der er forskel på udviklingen af en sælgerrisiko for ydelsens egenskaber i form af et *mangelsansvar* og udformningen af et *mangelsbegreb*. Så længe mangelsansvaret er begrænset til de af sælgeren særligt garanterede egenskaber, vil man altid kunne udlede sælgerens ansvar af de sædvanlige regler om ikke-opfyldelse af en kontraktlig forpligtelse ved en *strikte jure* fortolkning af kontraktens ordlyd. Med det ædiliske edikt indføres imidlertid retsregler om sælgerhæftelse for egenskaber, som sælgeren ikke i kontrakten udtrykkeligt har påtaget sig at indestå for. *Aftalen angår altså ikke en genstand, som den er og forefindes, men en genstand, som den burde være*. Der er en naturlig sammenhæng mellem fortolkning og mangelsbegreb, idet mangelsbegrebet som konstruktion udvikles ved hjælp af en udvidende fortolkning. I primitiv ret er et skib et skib, selvom det er et vrage; i et udviklet

samfund indfortolkes generelle krav til ydelsen i parternes aftale. Udviklingen afspejler hensynet til *bona fides*, som igen står i forbindelse med den voksende omsætning. Efterhånden ophører den anvendte fiktionsteknik, og kravene til ydelsen præciseres i objektive positive retsregler.

B. Engelsk ret.

Det er vanskeligt at udtale sig med sikkerhed om mangelsreglernes udvikling i den tidlige middelalder i England og Skandinavien, men der er næppe grund til at tro, at udviklingen her har været væsentlig anderledes end i tysk ret, hvor man vel i princippet fastholdt det ældre udgangspunkt: en udpræget køberrisiko, medmindre sælgeren havde handlet svigagtigt, — men dog efterhånden udformede visse regler om „Hauptmängel“ (væsentlige, typiske mangler), hvis eksistens gav køberen adgang til at tilbagelevere det købte[3]. I det 17. århundrede dukkede imidlertid i England grundsætningen om *caveat emptor* op. Hvorfra selve betegnelsen stammer, er ikke ganske klart. Den omstændighed, at devisen er udformet på latin, kunne tyde på, at man havde introduceret den romerretlige grundsætning om, at køberen ikke kan påberåbe sig, at det solgte har mangler, som han ved sin undersøgelse har opdaget eller burde have opdaget. Denne romerretlige grundsætning var udformet i den klassiske romerret på et tidspunkt, da distancehandlen endnu ikke var blevet almindelig, og hvorledes grundsætningen senere har fungeret under disse ændrede handelsforhold, kan vi ikke vide meget om. *Iuul*[4] gør imidlertid gældende, at *caveat emptor*-grundsætningen i engelsk ret ikke har mere til fælles med den romerske grundsætning end selve navnet. At devisen er formuleret på latin, forklarer han dermed, at alle engelske retsdokumenter på denne tid var formuleret på latin. Imidlertid tyder en del på, at engelsk ret i højere grad end tidligere antaget har været påvirket af romersk og kontinental retstænkning, især gennem Lord Chancellors virksomhed. Lord Chancellor var ofte en gejstlig person, som naturligvis var fuldt fortrolig med den kanoniske og romerske ret. Iøvrigt var studiet af den romerske ret i Paris allerede indledt

3. *Iuul* 1. c. p. 222 ff.; de danske landskabslove indeholder ingen regler herom.

4. L. c. p. 232 og 222.

af Brackton i det 13. århundrede. — *Rabel*[5] er mere tilbøjelig til at betragte den engelske caveat emptor-regels udvikling som en følge af handelens opblomstring i England og udviklingen af den hertil hørende individualistiske retsopfattelse og sælgerinteresse. Det er klart, at netop en sådan caveat emptor-grundsætning, hvis væsentligste funktion er at opløse ethvert tilløb til et almindeligt mangelsbegreb, i høj grad må have været tiltalende set fra et snævert handelssynspunkt. — Denne opfattelse synes også at støttes af udviklingen i de tidligste slesvigske stadsretter og i den hanseatiske ret. På den ene side fastholdt man udgangspunktet: „Wer nicht die Augen aufzutut, tut den Beutel auf“. På den anden side havde man dog i hanseatisk ret udformet visse regler om sælgerhæftelse for „Kaufmannsgut“[6]. I engelsk ret nåede man imidlertid ikke frem til antagelse af en sælgerhæftelse for „merchantable article“ før på et langt senere tidspunkt, nemlig i begyndelsen af det 19. århundrede. Udgangspunktet var som nævnt særlige stipulationer „warranties“ og „conditions“, som optoges i købekontrakten med sælgerens garanti for visse egenskaber. Opfyldte sælgeren ikke de krav, som kunne stilles i henhold til sådanne stipulationer, kunne køberen kræve erstatning for „deceit“; det retlige udgangspunkt for dette krav er ligesom for kontraktlige forpligtelser iøvrigt et erstatningskrav for krænkelse af en „assumption of a duty to take care“. — Det er på dette grundlag, man i begyndelsen af det 19. århundrede begynder at beskytte køberinteressen ved i købekontrakten i visse tilfælde at indfortolke „implied conditions“, den sædvanlige metode til retsreglernes udvikling i et „common law“-system, hvor lovgivningsmagten ikke griber ind. Udgangspunktet er en dom fra 1815, *Gardiner v. Gray*, hvorved det antoges, at sælgeren kunne gøres ansvarlig for, at salgsgenstanden i det mindste var „merchantable“, skønt der ikke herom forelå nogen udtrykkelig aftale, tilsikring eller garanti. I den følgende tid udvikledes den regel, at en *fabrikant* eller *forhandler* er ansvarlig for, at salgsgenstanden er „merchantable“ eller iøvrigt er i overensstemmelse med et af køberen *specielt tilkendegivet formål*. Iøvrigt gælder caveat emptor-grundsætningen, ligesom køberens mangelsbeføjelser går tabt, såfremt han havde opdaget

5. L. c. p. 102 f.

6. *Rabel* 1. c. p. 103.

eller burde have opdaget manglen ved en undersøgelse[7]. Retsvirkningerne af ikke-opfyldelsen af en sådan „implied warranty“ er den samme som ikke-opfyldelsen af en „express warranty“, nemlig *erstatning*. Køberen har også inden udviklingen af reglerne om „implied warranty“ kunnet kræve erstatning i tilfælde af svig. Derimod kan køberen i almindelighed kun *hæve*, hvis der foreligger en „*false representation*“: urigtige oplysninger fra sælgerens side, og såfremt der foreligger en „*condition*“. Vanskelighederne i praksis består derfor i på den ene side at sondre mellem „*false representations*“ og egentlige garantier, „*warranties*“, og på den anden side at sondre mellem „*warranties*“ og „*conditions*“. Oprindeligt betød „*condition*“ nærmest en bestemmelse, der er optaget i selve kontrakten; kun når vilkåret således var gjort til en udtrykkelig betingelse, kunne køberen træde tilbage. Efterhånden har der været en tilbøjelighed til at betragte „*conditions*“ som *væsentlige*, medens „*warranties*“ nærmest går på mindre væsentlige bestemmelser, ligesom man kan tale både om „*implied warranties*“ og „*implied conditions*“. I hvert fald er udviklingen i den nyere amerikanske ret gået i retning af, at det er ligegyldigt, hvorledes bestemmelsen er konstrueret[8]. — Iøvrigt kan der efter engelsk ret foreligge en mangel, hvis der foreligger „*sale by description*“ eller „*sale by sample*“. Svarer det købte ikke til beskrivelsen eller til prøven, foreligger der en mangel. — Udviklingen i nyere amerikansk ret tyder på, at der pålægges sælgeren et videregående ansvar for mangler. Især gælder det indenfor fødevarebranchen og medicinalbranchen og i andre tilfælde, hvor køberen ikke har nogen mulighed for at bedømme det købte produkt, og hvor han på den anden side „*trust to the manufacture or dealer's judgement*“[9].

Det er således rigtigt, at man i engelsk og amerikansk ret i hovedsagen går ud fra, at sælgeren ikke hæfter for mangler, medmindre der foreligger en udtrykkelig „*representation*“ eller garanti, men udgangspunktet er i vore dage i vidt omfang af terminologisk karakter, idet der næppe er grund til at tro, at de gældende regler om mangelshæftelse adskiller sig væsentlig fra de skandinaviske og iøvrigt kontinentale mangelsregler. Måske stiller man endnu i

7. Willistone, On Sales (1. vol.) 1948 p. 583 ff.

8. Rabel s. 119, Willistone s. 678 ff., Chitty, On Contracts (22. ed.), Art 1372 ff.

9. Willistone 1. c. p. 632 ff.

engelsk og amerikansk forretningsliv større krav til køberens undersøgelse, og måske gør man sig mere umage med i de enkelte kontrakter at specificere kravene til ydelsen. Men at tale om, at der i engelsk ret ikke eksisterer noget mangelsbegreb er fuldstændigt misvisende. — Hvad man end måtte mene herom, er det givet, at det ansvar, man som sælger har for „implied warranties“, er et erstatningsansvar, som ikke er afhængigt af culpa fra sælgerens side. Det er også klart, at mangelsbegrebet forsåvidt er objektivt betinget, som der ikke i teorien eller i loven stilles krav om, at køberen skal bevise, at han ikke ville have indgået aftalen, eller ikke indgået den på samme vilkår, såfremt han havde kendt manglen. Det afgørende er, om ydelsen efter en objektiv bedømmelse afviger fra den standard, som må sættes. — I nyere engelsk kontraktsret har man iøvrigt stærkt understreget, at også reglerne om „implied warranties as to quality“, uanset at de konstrueres som stiltiende betingelser, lige så vel som andre tilsvarende regler om retsvirkningerne af parternes aftale er egentlige regler om *objektiv ret*. [10] Man har ikke i engelsk ret anerkendt nogen almindelig forudsætningslære, men har klaret sig med konstruktionen „implied terms“. [10a] „On the whole the modern tendency is away from the implied term idea, because the tendency is more and more to apply rules irrespective of the parties' presumed intentions. Nevertheless the theory still is that the Courts have no power to add to the contract but may only read in what is implicit in it. This theory, however, is becoming more and more difficult to reconcile with the facts.“ — Atiyah nævner, at mange såkaldte stiltiende betingelser i visse *kontraktstyper* er blevet så standardiserede, at de antages at være til stede, medmindre de er udtrykkeligt udelukkede. Nogle af dem er ligefrem blevet optaget i *dispositive love*: „The Sales of Goods Act“ fra 1893, „Partnership-Act“ fra 180 og „Hire-Purchase Act“ fra 1938. — I andre tilfælde er der tale om et *antal* „duties“ eller „implied terms“, som kan anvendes i praktisk talt alle kontrakter. Atiyah anfører her, *at* et arbejde skal udføres *kompetent* og ikke uagtsomt, og *at* en kontraktspart *ikke* må forårsage en sådan tilstand, at hans forhold *umuliggør opfyldelse* af kontrakten. — Han henviser endvidere til, at *kutymen og sædvanen*

10. Atiyah, The Law of Contract p. 125.

10a. Forholdet mellem forudsætning og „implied condition“ behandles i en senere artikel.

supplerer aftalerne. — Tilbage bliver et antal ikke-standardkontrakter og pligter, som ikke falder ind under nogen af de anerkendte kategorier. I disse tilfælde kan det strengt taget være rigtigt at tale om „implied terms“, fordi det er domstolenes princip, at man kun kan indlæse en pligt i kontrakten, hvis den er væsentlig for, at give „business efficiency“ til aftalen, eller hvis vilkåret er så åbenlyst, at det ikke går ikke at tage det med. Forfatteren nævner i denne forbindelse sagen *the Moorcock* (1889), 14 P. D. 64. „Obvious“ er vilkåret, hvis parterne i tilfælde af, at en udenforstående person fremkom med forslag til en bestemmelse i aftalen, ville udbryde: „Oh, of course.“ Ironisk nok blev afgørelsen i denne sag truffet af en delt appelret, og dommen blev kun stadfæstet af en majoritet i Overhuset. Man ser her, hvorledes *the implied terms test* fungerer i retning af at *supplere parternes aftale med retsregler*. „Implied term“ er den nødvendige konstruktion for, at man i et „common law system“ kan nå frem til socialt tilfredsstillende resultater i et samfund i udvikling.

C. Tysk ret.

Medens således en stiltiende betingelse er den konstruktion, hvorved man i England formår at tilpasse retsreglerne til de ændrede forhold, er *forudsætningen* den konstruktion, man anvender i den kontinentale og især den skandinaviske retsudvikling. Forudsætningslæren er en udvikling af den ældre vildfarelseslære. Medens romanisterne kun antog, at *error* hindrede *consens* i visse grupper af tilfælde, som vedrørte vildfarelsens genstand, antog naturretsforfatterne, at al vildfarelse – senere „*essentielle*“ vildfarelse – udelukkede *consens*. I det 19. århundrede sondrede v. Savigny mellem „uægte“ vildfarelse (uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring), der medførte ugyldighed, og „ægte“ vildfarelse (*error in motivis*), der i princippet var uden betydning. — Det er dog karakteristisk, at alle udformninger af vildfarelseslæren ofte ved hjælp af forskellige kunstgreb forsøgte at harmonere med en hensyntagen til mangler ved køb og salg, som romerretten jo allerede tidligt havde anerkendt^[11]. Den gamle vildfarelseslære, som angik forholdene ved løftegiverens afgivelse af løftet, og læren om „*clausula rebus sic stantibus*“ gik op i en højere enhed i Windscheids forudsætnings-

11. Se om udviklingen, Thøger Nielsen, *Studier* p. 246 ff., Lassen, Alm. Del (1. udg.) p. 69 ff.

lære. I denne yderste konsekvens af viljesteorien gik man ud fra, at enhver antagelse, som lå til grund for et løfte vedrørende fortidige, nutidige eller fremtidige forhold, og hvis svigten måtte antages at ville medføre, at løftegiveren ikke ville have indgået sit løfte eller i hvert fald ikke på samme vilkår, ikke var bindende for afgiveren. Denne lære var subjektiv både i den forstand, at den byggede på parternes psykologiske forhold, og derved at den byggede på parternes hypotetiske vilje. Medens denne lære aldrig blev akcepteret i Tyskland og udtrykkeligt forkastedes ved indførelsen af BGB, der nærmest kodificerede v. Savigny's vildfarelseslære og gav særlige regler om mangler, fik læren stor betydning for senere skandinavisk teori[12]. — Som nævnt sonderer BGB mellem ægte og uægte vildfarelse. Medens den uægte vildfarelse, uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring, giver adgang til anfægtelse fra løftegiverens side mod erstatning af den negative kontraktsinteresse, §§ 119-122, er den ægte „error in motivis“ principielt uden retlig betydning. Det ligger også ganske klart i tysk ret, at den almindelige vildfarelseslære ikke har nogen betydning for mangelsproblemet[13]. Allerede i den ældre tyske ret havde man anerkendt visse regler om mangelshæftelse. Det er allerede nævnt, at sælgeren i den hanseatiske handelsret hæftede for „Kaufmannsgut“, hvorimod hovedprincippet iøvrigt var „caveat emptor“, bortset fra visse typiske fejl (Hauptmängel). Ved receptionen i det 15. og 16. århundrede blev den gamle lære om „Hauptmängel“ kombineret med de romerske regler om „actio redhibitoria“ og „actio quanti minoris“, og resultatet blev, at man anerkendte en hæveadgang i tilfælde af væsentlige mangler, hvorimod uvæsentlige mangler gav anledning til forholdsmæssigt afslag. Men denne sontring var uden ethvert holdepunkt i de romerske retskilder[14]. — I naturretten havde man behandlet spørgsmålet om mangler i vildfarelseslæren, og man havde som nævnt her efterhånden sondret mellem omstændigheder, som berører genstandens „essens“, væsen, og omstændigheder, som ikke berører dens væsen. Omstændigheder, som berører tingens væsen, kunne anfægte det afgivne løfte, idet der i så fald ikke blev erlagt det, der var kontraheret om. Opfyldte

12. Lassen 1. c. p. 78 ff., Thøger Nielsen, 1. c. og ndfr.

13. Jfr. Rabel p. 116 ff., Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II (4. opl.) p. 53 ff.

14. Iuul 1. c. p. 226.

genstanden imidlertid kravene til det lovedes væsen, havde skyldneren opfyldt det løfte, han havde afgivet. Vildfarelseslæren angik altså kun omstændigheder, som helt ændrede aftalens grundlag, da man fik leveret en helt anden ting (*error in corpore*), eller havde kontraheret med en forkert person (*error in persona*); endelig antoges efterhånden, at også *error in substantia* og *error in qualitate* var væsentlige[15]. — På den anden side anerkendte den naturretlige teori, at køberen kunne kræve forholdsmæssigt afslag i tilfælde af, at ydelsen ikke var i overensstemmelse med kontrakten. Dette anså man vistnok imidlertid ikke som en følge af vildfarelse, men som en logisk følge af, at køberen havde fået en mindre værdifuld ydelse end den, han havde betalt for. Den i naturretten i så henseende udformede lighedsgrundsætning er således ikke subjektiv. Det forudsattes i almindelighed ikke, at køberen måtte bevise, at han ikke ville have indgået aftalen, eller ikke ville have indgået den på samme vilkår[16]. — Naturretten anerkendte naturligvis også et erstatningskrav i tilfælde af sælgerens svigagtige forhold eller udtrykkelige garanti.

Den *positive tyske ret* kan som nævnt ikke siges at behandle mangelslæren som en afdeling af vildfarelses- eller forudsætningslæren. Iøvrigt anses mangelslæren ikke for at have nogen nærmere sammenhæng med de i tysk ret gældende regler om pligt til opfyldelse. Det karakteristiske for opfyldelsespligten er, at skyldneren kan idømmes erstatningsansvar i tilfælde af ikke-opfyldelse. For mangelsreglerne siges det typiske imidlertid at være adgangen til ophævelse og forholdsmæssigt afslag. Skyldneren kan ikke dømmes til at opfylde; han har for så vidt ingen pligt til at opfylde, når der foreligger, hvad man kalder en „Gewährleistung“; man taler her også om „Garantie für Sachmängel“[17]. „Ist die gesetzliche Gewährleistung weit entfernt von einem Versprechen des Verkäufers, dass die Sache gesund, brauchbar, verkäuflich ist. Nicht einmal eine gewöhnliche Zusicherung verspricht dies. Die Zusicherung ga-

15. Pufendorf, *Naturret* (dansk udgave 1742) p. 210 ff., Nørregaard, *Naturrettens første Grunde* p. 227 f., Ørsted, *Håndbog V* p. 103 ff., Gram, *Formueret* (2.1) p. 179 ff. — Thøger Nielsen p. 250 ff.

16. Pufendorf p. 304 ff., Nørregård p. 233 ff. taler dog om „en mangel i henseende til det væsentlige“; forholdet mellem vildfarelseslæren og lighedsgrundsætningen er iøvrigt uklart.

17. Rabel p. 104 ff.

rantiert normalerweise nicht einmal, dass das Pferd gesund ist, sondern nur dafür, dass gezahlt wird (Schadenersatz, Kaufpreis usw.), wenn es nicht gesund ist. In dieser Eigenart unterscheidet sich die Gewährleistung unfraglich von allen Verpflichtungen auf ein Geben oder Tun, das nicht Geldzahlung ist.“ — Man må sonde mellem mangelsbegrebet og mangelsbeføjelserne. BGB udtaler i § 459, at der foreligger en mangel, når salgsgenstanden er behæftet med fejl, som ophæver eller formindsker dens duelighed til den sædvanlige eller til den efter kontrakten forudsatte brug. Ifølge § 462 har køberen på grund af sådanne mangler ved det købte ret til „Wandelung und Minderung“, d. v. s. ret til at afvise salgsgenstanden eller til at kræve afslag i købesummen. Medens man i den naturretlige teori havde været tilbøjelig til kun at anerkende ophævelsesret i tilfælde af væsentlige mangler, d. v. s. sådanne som forhindrede den ordentlige brug af tingen, kan køberen efter BGB § 462 vælge at afvise salgsgenstanden og kræve forholdsmæssigt afslag, uden at det som i østrigsk ret kræves, at manglen er væsentlig^[18]. Ved siden af dette objektive mangelsbegreb anerkendes det i § 463, at køberen kan kræve erstatning, såfremt salgsgenstanden savner en tilsikret egenskab, og såfremt sælgeren svigagtigt har fortiet en fejl. — Larenz forkaster betegnelsen: objektivt mangelsbegreb og taler i stedet om et subjektivt eller konkret mangelsbegreb. Han lægger vægt på, at den købte genstand vel skal have de naturlige egenskaber, som genstande af den pågældende art normalt har. På den anden side må man ved afgørelsen af, hvilke egenskaber den konkrete salgsgenstand skal have, tage hensyn til det tilkendegivne formål. Det afgørende er, om genstanden „nicht von der der Kaufvereinbarung zugrunde gelegten Beschaffenheit, und dadurch ihre Tauglichkeit oder ihr Wert erheblich gemindert ist.“^{[18a)}

Det afgørende for, om der foreligger en mangel, bliver altså, om ydelsen har de egenskaber, som køberen har ret til at forlange ifølge en *rigtig fortolkning* af kontrakten. I denne fortolkning skal man imidlertid ikke indskrænke sig til en fortolkning af de anvendte sproglige udtryk. Opstår der tvivlsspørgsmål i anledning af, at parterne ikke har bestemt noget om et vist punkt, fordi de enten overhovedet ikke har tænkt på sagen, eller de ikke har anset en

18. Rabel p. 112.

18a. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II (4. Ausg. 1960) p. 31 ff.

udtrykkelig regulering for nødvendig, må man fortolke aftalen i overensstemmelse med en „*ergänzende Auslegung des Vertrages*“, især det af begge parter anerkendte kontraktsformål. Denne opfattelse støttes på BGB § 157, hvori det er bestemt, at en kontrakt skal fortolkes „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. — Man skal i sådanne tilfælde tage hensyn til „erkennbaren objektiven Vertragszweck, dem Sinnzusammenhang, dem Grundgedanken des Vertrages, gegebenenfalls unter Beachtung einer bestehenden Verkehrssitte und bei Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten“. Ved denne „ergänzende Vertragsauslegung“ er meningen ikke den, at dommeren udelukkende skal tage hensyn til de af den erklærende brugte udtryk, men „den Sinngehalt den gedanklichen Zusammenhang des Vertrages als eines objektiven verstehbaren Sinngebildes, das eine nunmehr beide Parteien bindende Norm darstellt“. Det afgørende er imidlertid heller ikke modtagerens konkrete opfattelse, men „das Verständnis eines objektiv denkenden Beurteilers“. Det kommer heller ikke an på, hvad parterne faktisk virkelig har villet eller ville have villet, hvis spørgsmålet var blevet overvejet, men på hvad de „bei sinn- und sachgemässer Entfaltung des gedanklichen Gehalts des Vertrages insbesondere dann, wenn sie sich die aus dem Vertragswerk zu entnehmenden Verpflichtungen vergegewärtigt hätten, redlicherweise als Vertragsinhalt angesehen hätten“. — Det drejer sig altså ikke om parternes hypotetiske vilje. Den hypotetiske partsvilje er i det hele taget ingen målestok, idet viljen overhovedet kun kan være grund til en retsfølge, som objektivt tilblevet i en i handling eller erklæring manifesteret vilje, fordi det, parterne har villet, jo kunne gå i hver sin retning. — Der er herved forskel på *fortolkningen* af en kontrakt, som altså foregår på *objektivt grundlag*, og afgørelsen af, om en enkeltstående viljeserklæring er ugyldig på grund af vildfarelse efter § 119, idet det i denne henseende er den erklærendes vilje, som er afgørende for, om de erklærende er forpligtet (§ 119); den godtroende modtager af en sådan viljeserklæring har blot krav på erstatning af den negative kontraktsinteresse (§ 122). — Hvorledes man i praksis klarer at sondre mellem anfægtelighed af en enkeltstående viljeserklæring, som foregår på subjektivt grundlag baseret på vildfarelseslæren, og fortolkning af en aftale, som skal foregå på objektivt grundlag, nemlig på grundlag af den tilkendegivne og erkendbare vilje, er ikke let at forstå. — Ved denne *udfyldende fortolkning* kan man dog ikke gå ud over, hvad parterne

har kunnet forudse og villet. Man kan blot udfylde en såkaldt „*Vertragslücke*“. — I det omfang en sådan „*Vertragslücke*“ kan udfyldes ved hjælp af *dispositive eller præceptive lovbestemmelser*, må disse gå forud for „*Vertragsauslegung*“. Når en kontrakt hører til den type aftaler, som er tilsigtet med lovgivningen, og altså falder inden for lovens „*Gesetztypus*“, kan man ikke anvende formålsfortolkning på en „*Vertragslücke*“; her må man anvende lovens regel; drejer det sig derimod om en atypisk kontrakt, som sprogligt er omfattet af en sådan lov, må man i stedet anvende „*ergänzende Vertragsauslegung*“ frem for den dispositive lovregel.

Som det fremgår af foranstående, løses i tysk ret mange af de problemer, som her i landet traditionelt er blevet konstrueret i form af en forudsætningsterminologi, hovedsageligt ved hjælp af en fortolkning og udfyldning af aftalen. Denne fortolkning og udfyldning er for så vidt individuel, som der ved fortolkningen må tages hensyn til de konkrete formål m. v., men på den anden side er den objektiv, idet afgørelsen ikke beror på en overvejelse af parternes hypotetiske vilje, men på opstilling af objektive normer[19]. — Det fremgår heraf, at man ved vurdering af mangelsbegrebet i tysk ret ikke anvender en konkret hypotetisk metode. Der spørges ikke om, hvorvidt køberen ville have indgået aftalen eller indgået aftalen på samme vilkår, selv om han havde kendt den pågældende fejl. Det afgørende er, om ydelsen svarer til den standard, som kan udledes af kontraktens udtryk eller iøvrigt af en objektiv standard[20]. — Derimod har den franske *Code Civil* i Art. 1641 en regel om, at sælgeren svarer for skjulte fejl ved salgsgenstanden, som gør den uskikket eller mindre skikket til den brug, hvortil den er beregnet, *såfremt køberen ikke ville have købt den eller kun ville have købt den for en mindre pris*. Ifølge Art. 1644 har køberen valget mellem at afvise det købte eller kræve afslag. Ifølge 1645 er sælgeren desuden egentlig erstatningsansvarlig for svig[21].

D. Dansk ret.

I dansk ret har man kunnet iagttage en udvikling analog med udviklingen i romersk, engelsk og kontinental ret. Endnu Danske Lovs 5-1-1 afspejler det primitive standpunkt. Parterne skal opfylde deres kontrakter, således som de er indgået, i henhold til deres ord

19. Larenz, 1. c. I p. 69 ff.

20. Rabel, 1. c. p. 112 ff.

21. Rabel, 1. c. p. 112.

og punkter. Når køberen får det, som kontraktens ord udtrykkeligt hjemler ham, har han ikke krav på mere. Fortolkningen af aftalen skal ske *strikte jure*. — Som det er påvist af Thøger Nielsen[22], har man i en række sager i det 18. århundrede kunnet iagttage en brydning mellem en ældre caveat emptor-lære med strikte jure fortolkning og en nyere opfattelse baseret på forestillingen om et materielt mangelsbegreb. — Det er imidlertid først hos Ørsted, der fremsættes mere almindelige betragtninger om mangelsbegrebet på grundlag af den af Ørsted antagne *hjemmelspligt* i videste forstand. Denne omfattende efter Ørsteds opfattelse ikke blot retlige, men også faktiske egenskaber. Med hensyn til *faktiske egenskaber* mentes ikke alene udtrykkeligt betingede, men også sådanne, som måtte forudsættes af køberen. Herved måtte der tages hensyn til forholdets natur, almindelig skik og brug og parternes hensigt med aftalen. Ørsted antog herefter, at *overdrageren måtte formodes at påtage sig indeståelse for*, at tingen ikke lider af sådanne skjulte mangler, som, hvis de havde været bekendt, *ville have afholdt den anden part fra at købe tingen*. Forelå der sådanne mangler, som berørte ydelsens væsen, således at køberen ikke ville have indladt sig på at købe den, hvis han havde kendt disse mangler, kunne han træde tilbage. Forelå der imidlertid blot mangler, som ikke berørte genstandens væsen, måtte køberen nøjes med forholdsmæssigt afslag [23]. Ørsteds antagelser svarer, som man kan se, ganske nøje til ordningen efter Code Civil, og der er næppe heller nogen tvivl om, at Thøger Nielsen har ret i, at Ørsteds opfattelse af mangelslæren er afledt af den romanistiske tænkning[24]. Ørsted antog desuden, at der kunne pålægges sælgeren et egentligt erstatningsansvar i tilfælde af svig eller culpa. Man ser her, hvorledes Ørsted anvender den samme teknik som engelsk ret, idet han indfortolker en *stiltiende garanti* i sælgerens løfte og samtidig en *forudsætning hos køberen*. Formålet er i begge tilfælde det samme, at overføre en del af handlens risiko på den sagkyndige sælger til beskyttelse af køberen.

Garantikonstruktionens rolle var endnu mere udpræget med hensyn til vanhjemmelsproblemet. I denne henseende er der i særlig grad overensstemmelse med engelsk ret, idet reglerne om vanhjemmel i

22. L c. p. 50 ff.

23. Ørsted, Håndbog V p. 129 ff.

24. Studier p. 50 ff., Ernst Andersen, U 1963B.69 ff.

engelsk ret har udviklet sig på samme måde som reglerne om mangler. Oprindeligt har der ikke foreligget nogen pligt for sælgeren til at skaffe køberen nogen ret til tingen. Efterhånden er en stipulation blevet sædvanlig, og efterhånden har man indfortolket en stiltiende garanti i sælgerens løfte om, at køberen opnår den tilsagte ret. Det er klart, at konstruktionen dækker over den opfattelse, at sælgeren må bære risikoen for retsmangler, som jo iøvrigt i særlig grad er vanskelige at erkende for en køber. Denne ordning er iøvrigt i fuld overensstemmelse med regler, som pålægger et skærpet ansvar for omstændigheder, som kan være udslag af skyldnerens manglende økonomiske evne[25].

I løbet af det 19. århundrede vandt et almindeligt mangelsbegreb videre frem, men først med købelovens §§ 42 og 43 blev det udtrykkeligt anerkendt, at køberen har ret til afslag i købesummen i anledning af en værdiforringende mangel[26]. Til forskel fra fransk og tysk (men ikke østrigsk) og til dels engelsk ret bestemmes det, at ophævelse kun kan finde sted i tilfælde af væsentlig mangel, hvilket var i overensstemmelse med Ørsteds opfattelse. — Som nedenfor nævnt er der intet, der taler for, at købelovens mangelsbegreb er bygget på parternes hypotetiske vilje. Købelovens mangelsbegreb er for så vidt konkret, som parternes tilkendegivelser og formål er af betydning ved fortolkningen af parternes forpligtelser, men objektivt i den forstand, at en afvejning af parternes hypotetiske vilje ikke er afgørende for beføjelserne.

II. Forudsætningslæren.

A. Teorien.

Forudsætningslæren har ligesom retsstridighedslæren og adækvanslæren sin rod i forrige århundredes individualistiske filosofi og retstænkning. I en tidsalder, hvor individets vilje er altings oprindelse og formål, er det ikke unaturligt at søge ikke alene begrundelsen for, men også den nærmere udformning af aftalereglerne i de optrædendes psykologiske forhold. Dette var særlig udpræget i den naturretlige tænkning, som fandt hjemlen for al ret i sidste instans i samfundskontrakten, som var baseret på de enkelte samfundsborgers frivillige tilslutning til retsordenen. Uanset at retsfilosofien med Kant opgav samfundskontrakten på det statsretslige område,

25. Willistone p. 560 ff., Chitty § 1384 ff.

26. Jfr. Iuul I. c. p. 228 ff.

vedblev kontraktskonstruktionen at beherske tanken i formueretten, selvom man måtte erkende, at den enkeltes vilje i samfundet kun bliver ret i kraft af en i forvejen eksisterende retsorden[27]. — Den naturretlige teori anvendte den rationalistiske logiske slutningsmetode; man opstillede nogle få almindelige principper, hvorefter løsningen på specielle spørgsmål senere deduceredes. På aftalelærens område var løftegiverens vilje det ledende princip, som igen var afledet af *frihedsprincippet*. — Fra Aristoteles' filosofi havde man overtaget tanken om, at fornuften er menneskets form, hvorigennem mennesket realiserer sig selv som menneske. Denne tankegang blev opblandet med stoisk lighedsideologi og udviklede i den senere middelalder og renæssancen *suverænitætstanken*. Hvorledes *suverænitætstanken* er tilblevet, er ikke ganske på det rene, men det er blevet antaget, at den muligvis også er påvirket af den barbariske individualisme[28]. Det centrale i den germanske samfundsform var, at *mennesket* — og ikke borgeren i et samfund — er et juridisk væsen og retssubjekt, og at individet principielt er uafhængigt, hvilket Guizot siger, er det dominerende karaktertræk ved barbarerne. Dette skulle give nøglen til forståelsen af den udvikling, som gradvis sker fra det romerske *territorialitetsprincip* til det senere europæiske *personalitetsprincip*. „Det er i de tyske skove,“ siger Montesquieu, „at vi må søge roden til friheden, og hvor vi må søge de første kim til de fundamentale begreber, som de personlige rettigheders autoritet, som var bestemt til at udøve så stor og dominerende indflydelse på den private internationale ret på kontinentet“[29].

Det var naturligt for retstænkningen på dette tidlige stadium, hvor retten omdannedes fra de overleverede middelalderlige systemer under indflydelse af den humanistiske individualistiske filosofi og støtte af den fremvoksende romanistiske retsvidenskab, at søge hjemlen ikke alene for rettens stiftelse, men også for *udstrækningen* af de enkelte rettigheder i parternes vilje. Således blev viljes- og overenskomstprincippet det naturretlige fundament i aftalelæren

27. Niels Lassen, Viljen som Forpligtelsesgrund p. 1 ff., Goos, Alm. Retslære I p. 182 ff.

28. Great Jurists of the World, edited by Sir John Macdonnell, 1913, p. 47 ff., i omtalen af den store humanist Bartholus.

29. L. c. p. 44 ff. — p. 104 ff. omtales *suverænitætsbegrebets* vækst i europæisk tænkning fra *François Hotman* til *Grotius* fra begyndelsen af 17. århundrede.

[30]. — Skønt vildfarelseslæren spillede en betydelig rolle i den naturretlig tænkning, nåede man dog ikke frem til at udforme en almindelig regel om virkningen af parternes forudsætninger. Med hensyn til oprindelig vildfarelse tog man — som nævnt under I — det udgangspunkt, at vildfarelse, som angik kontraktens *væsen*, gjorde kontrakten ugyldig, hvorimod vildfarelse, som ikke angik kontraktens væsen, var uden betydning[31]. — Med hensyn til senere ændrede forhold antog man, at bortfald af forpligtelsens „grund“ medførte dens ophør[32]. — Det var først den senere romanistiske vildfarelseslære, som med Windscheid[33] kulminerede i en almindelig forudsætningslære, som tilsigtede at omfatte alle tilfælde af vildfarelse, såvel oprindelige som efterfølgende. — I princippet skulle alle sådanne forudsætninger fungere som viljesbegrænsninger, når de var *kendelige* som sådanne. — Allerede forinden havde *von Savigny*[34] sondret mellem den „uægte vildfarelse“, den såkaldte viljesmangel eller uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring, der var consenshindrende og derfor medførte ugyldighed, og den „ægte vildfarelse“, den simple *error in motivis*, som ikke ansås for relevant. — Det centrale i forudsætningslæren skulle herefter være, at en omstændighed fungerer som begrænsning i løftets virksomhed, såfremt den skyldes en antagelse vedrørende fortidige, nutidige eller fremtidige forhold, hvis kendskabet til de rette forhold måtte antages at ville have afholdt løftegiveren fra at afgive løfte. — Denne lære blev optaget af Goos og Jul. Las-

30. Jfr. Note 10a.

31. Pufendorf p. 211 f., Nørregaard p. 227 f., Gram, Formueret II, 1, p. 179 ff.; Grotius havde villet anerkende enhver forudsætning, jfr. Thøger Nielsen, Studier p. 246 ff., jfr. ovf. under I.

32. Nørregaard, p. 261, Hurtigkarl III p. 53, men Ørsted, Håndbog V p. 165. „Kun, hvor Parterne tydeligen havde gjort deres nærværende Tilstand eller den Hensigt, hvori de have kontraheret, til Betingelse for Kontrakten, hvad enten dette er sket udtrykkeligt eller stiltiende ...“. — Se også Larsen V p. 99, som taler om, at kontrakten er indgået under en „stiltiende forudsætning“, jfr. Gram II, 1 p. 406, der forkaster en almindelig regel om *clausula rebus sic stantibus*; Gram sonderer mellem „fælles forudsætninger“, der er relevante, og „ensidige forudsætninger“, der er irrelevante.

33. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850).

34. System des heutigen römischen Rechts II p. 262 f. (1840-49).

sen her i landet[35], medens den blev forkastet i tysk ret med indførelsen af BGB[36]. Da Lassen med Goos havde sluttet sig til forventningsprincippet, var det naturligt for ham at begrænse forudsætningsrelevans til tilfælde, hvor den måtte anses for at være kendelig for løftemodtageren som viljesbegrænsning. Lassen var her mere konsekvent end Windscheid, som i princippet tilsluttede sig viljesprincippet. Windscheids standpunkt må dog ses på baggrund af forudsætningslærens tilknytning til betingelses- og vilkårlæren; den praktiske begrundelse var utvivlsomt, at en regel om ukendelige forudsætningers relevans ville være helt upraktisk. — I modsætning til Lassens subjektive forudsætningslære opstillede Ernst Møller[37] en objektiv teori. Det afgørende var herefter at udfinde — ikke parternes hypotetiske vilje — men hvad der ifølge en afvejelse af de modstående hensyn fra et retligt synspunkt må anses for den rette eller naturlige løsning. — Det måtte være domstolenes opgave at opstille klare og præcise enkeltregler til vejledning for senere afgørelser. — Lassens forudsætningslære var ikke strengt subjektiv, idet han tilføjede, at løftegiveren ikke kunne formodes at ville have taget forbehold, hvis dettes fremsættelse antagelig ville have hindret aftalens indgåelse. Lassen anerkendte desuden, at visse sædvanlige forudsætninger — typeforudsætninger — var relevante i kraft af sætningen om *naturalia negotii*, selv om den enkelte retshandel ikke frembød særlige holdepunkter for, at de var viljesbegrænsende. Stort set var der ikke herefter nogen større praktisk uenighed mellem Jul. Lassen og Ernst Møller, idet begge iøvrigt var enige om, at forudsætningen måtte være *bestemte og kendelig*. — Senere har Ussing sluttet sig til en objektiv teori, idet han især har fremhævet risiko- eller relevansspørgsmålet[38]. Ussing vil stadig fastholde en almindelig forudsætnings-

35. Goos, Retslære II p. 214 ff., 276 ff., 319 ff., Lassen, Alm. Del 1. udg. p. 78 ff. — Teorien blev dog kritiseret af Niels Lassen, Viljen som Forpligtelsesgrund p. 5 ff., som ulogisk og uheldig; Lassen betragtede læren som grundet på en fiktion. Se om tidligere anvendelse af forudsætningssynspunktet som grundlag for vindikations- og conditionslæren, Aagesen, Indledning til den danske Formueret p. 602-18 og Jul. Lassen i U 1889 1 ff.

36. Ussing, Bristende Forudsætninger p. 33 f.

37. Forudsætninger (1894).

38. Bristende Forudsætninger, Aftaler p. 457 ff.

lære, men netop herfor får læren ikke meget materielt indhold. — Ligesom de tidligere forfattere sonderer Ussing mellem individuelle og almindelige forudsætninger, og ligesom de inddrager Ussing hele misligholdelseslæren under forudsætningssynspunktet. Men først med Ussing får forudsætningslæren den universelle stilling, hvorefter den siger alt og intet. Ussing forsøger ikke så meget at opstille materielle regler som at give en altomfattende *forklaring* på allerede eksisterende regler. På dette punkt er Ussings lære kulminationen af den ældre videnskabelige tradition, ligesom iøvrigt Ussings retsstridighedslære. — Ussing sonderer iøvrigt mellem *vederlagsforudsætningen* i gensidigt bebyrdende forhold og forudsætninger vedrørende skyldnerens *egen ydelse*. — Herefter inddrages hele misligholdelses-, umuligheds- og vildfarelseslæren og i det hele alle oprindelige og efterfølgende omstændigheder, som berører kontrahenternes formål med og interesse i aftalen. — Ussing kan medtage så stort et område, fordi han slutter sig til en objektiv lære, hvorefter *relevansspørgsmålet* i sidste instans er et „udfyldningsspørgsmål“, som må afgøres ved en afvejelse af parternes gennemsnitlige interesser[39]. — Det eneste materielle indhold, læren får herudover, er henvisningen til, at forudsætningen skal være *bestemmende og kendelig*. — Fr. Vinding Kruse[40] og Anders Vinding Kruse[41] har senere forsøgt at forene den subjektive og den objektive teori ved at fremhæve, at der ved afgørelsen af de individuelle kontraktsforhold må tages hensyn til parternes formodede stillingtagen, såfremt de havde været opmærksom på de pågældende forhold ved aftalens indgåelse. Såfremt forudsætningen derimod ikke fremgår af de konkrete forhold, må mere almindelige overvejelser være afgørende for relevansspørgsmålet. — I den seneste tid har forudsætningslæren været udsat for kritik, først og fremmest af Arnholm[42] og Illum[43], som især har gjort

39. Aftaler p. 467 f. Også Lassen og Ernst Møller erkendte sammenhængen med *naturalia negotii*.

40. Ejendomsretten II p. 759 ff., TfR 1952.369 ff.

41. Misligholdelse af ejendoms køb, 2. udg. p. 43 ff.

42. Almindelig Avtalerett p. 299 ff.

43. U 1946B.122 ff.; se allerede Krabbe U 1920B. 171 ff. Kristen Andersen har i Kjøpsrett p. 135 ff. forsvaret forudsætningsræsonnementet; se hertil min anmeldelse i U 1962B.247, se også Augdahl, Norsk Obligationssrett p. 161 ff.

gældende, at forudsætningsterminologien som oftest er en fiktion. Desuden har man gjort gældende, at en almindelig forudsætningslære ikke har nogen større praktisk betydning. Drejer det sig om en individuel forudsætning, må den vel være kendelig og bestemmende, men i disse tilfælde vil løftegiveren i langt de fleste tilfælde selv måtte bære risikoen. Drejer det sig derimod om typeforudsætninger, er det på den anden side ikke en betingelse, at forudsætningen har været bestemmende eller kendelig. — A. Vinding Kruse har ganske vist forkastet muligheden af at opstille en almindelig forudsætningslære omfattende alle tilfælde på grund af forholdenes uensartethed, men han har til gengæld som nævnt forsvaret en blandet subjektiv og objektiv forudsætningslære på et specielt område (mangelslæren).

B. Problematikken.

1. Retsprincip eller konstruktion.

Det er ikke altid ganske klart, hvad forfatterne sigter til, når de udtaler sig om forudsætningslæren. Når man taler om forudsætninger, kan man enten betragte forudsætningslæren som a) *en konstruktiv sammenfatning* af hele obligationsretten eller dele heraf eller b) *et retsprincip*, hvoraf retsregler udledes, og som eventuelle lovregler anses som udslag af.

a. Det er naturligvis ikke ligegyldigt, hvorledes man opfatter forudsætningslæren. Der kan ikke være noget i vejen for anvendelsen af forudsætningsterminologien som *konstruktion*, såfremt den er en hensigtsmæssig beskrivelse af de til grund liggende retsregler. Imidlertid synes det at være lidet hensigtsmæssigt som Ussing at ville sammenfatte de fleste af obligationsrettens regler i forudsætningskonstruktionen, i hvert fald når man som Ussing fastholder, at en forudsætning skal være kendelig og bestemmende. Det har i reglen ingen mening at udtale, at „forudsætningen“ om rigtig opfyldelse skal være kendelig og bestemmende. Konstruktionen kan også være farlig, idet den kan forlede til den fejltagelse, at man ved bedømmelsen af de retlige spørgsmål skal begynde med at undersøge, om der foreligger en kendelig og bestemmende forudsætning i det konkrete tilfælde eller ikke. — De tilfælde, læren skal dække, er iøvrigt så omfattende, at der ikke på forhånd er formodning for, at de kan sammenfattes i en enkelt formel. Medens det ved den traditionelle vildfarelseslære, der angår misforståelse angående forhold ved aftalens indgåelse, vel kan være træffende at beskrive for-

holdet således, at misforståelsen skal være kendelig og bestemmende, kan det på den anden side være mere illustrerende at behandle disse tilfælde i ugyldighedslæren, idet det dog må erindres, at kendelig vildfarelse ikke altid medfører ugyldighed[44]. Derimod må behandlingen af oprindelig misligholdelse (umulighed, mangler, vanhjemmel o. l.) følge sine egne regler uafhængig af forudsætningslærens skema, som ofte ikke passer herpå, jfr. om mangler nedenfor. — Med hensyn til efterfølgende forhold er det som regel hverken træffende at tale om forudsætninger eller at benytte forudsætningslærens skema. Det gælder især for sådanne, at de *enten er typiske naturalia negotii* og derfor relevante (hvis de er det), hvad enten de er kendelige og bestemmende (opfyldelseshindringer, misligholdelse) eller ikke, *eller* individuelle og derfor ikke relevante, selvom de er bestemmende og kendelige.

b. At betragte forudsætningslæren som et *retsprincip* var naturligt for den retsmetode, som herskede i forrige århundrede. Dels var den menneskelige vilje som nævnt aftalens retsgrund, dels havde man få positive retsregler. Forudsætningslæren afgav både en acceptabel hjemmel og forklaring på visse retlige spørgsmål. Man kunne således også fastholde formuerettens enhed som begrundet i parternes vilje, ikke alene hvad angår rettighedernes stiftelse, men også deres indhold, idet de samme grundsætninger måtte være afgørende for rettighedernes stiftelse som for deres udstrækning. — I vore dage anerkender man imidlertid ikke denne retsmetode. Parternes vilje anses ikke længere for at være et princip, hvoraf man kan deducere hverken rettighedernes stiftelse eller deres indhold. Især anerkendes det fuldtud, at det er retsreglerne og objektive retshensyn, som er afgørende både for rettighedernes stiftelse og for deres indhold. — Det må derfor anses for fejlagtigt både at betragte forudsætningslæren som retsprincip i den forstand, at man 1) fortolker lovregler med forbehold af et almindeligt forudsætningssynspunkt, eller 2) således at forudsætningssynspunktet træder i funktion, når der ikke findes nogen almindelige lovregler.

2. Forudsætningsbeføjelser.

Undertiden synes man at opfatte forudsætningslæren som en beskrivelse af visse misligholdelsesbeføjelser, der træder i funktion uden hensyn til den misligholdende parts forhold. Man taler i denne

44. Ussing, Aftaler p. 176 ff.

forbindelse om forudsætningsbeføjelser i modsætning til erstatningsbeføjelser o. lign. Denne terminologi kan imidlertid give anledning til nogen forvirring, når man må anerkende, at erstatning undertiden kan kræves i kontraktsforhold uden culpa, f. eks. i vanhjemmelstilfælde, medens det undertiden er en betingelse for, at medkontrahenten kan hæve kontrakten eller kræve „afslag“, at den misligholdende part kan bebrejdes noget. Hvis man derfor specielt anser adgangen til at hæve og kræve forholdsmæssigt afslag som udslag af „forudsætningssynspunktet“, kan det være vanskeligt at opretholde sammenhængen med forudsætningskonstruktionen[45]. Som det vil fremgå af det følgende, er det mere realistisk at anse de såkaldte forudsætningsbeføjelser: ophævelses- og især afslagsbeføjelsen som udtryk for en objektiv misligholdelseshæftelse, for afslagsbeføjelsens vedkommende en erstatningspligt på linie med den objektive erstatningspligt i tilfælde af vanhjemmel. Forudsætningskonstruktionen indebærer også den fare, at man kommer til at betragte disse beføjelser som lempeligere end erstatningsbeføjelsen[46]. Denne betragtning, som til dels er rigtig med hensyn til forholdsmæssigt afslag, er afgørende forkert ved hævebeføjelsen, der utvivlsomt oftest vil virke hårdest af alle. Det er da også derfor, man i tysk ret normalt stiller strenge betingelser for anerkendelsen af hævebeføjelsen: både tilregnelighed og advarsel. Af samme grund kan man med rette diskutere, om ikke købelovens objektive hæveregler er for strenge udenfor handelskøb. Sammenstillingen af afslags- og hævebeføjelsen som forudsætningsbeføjelser har på ejendommelig måde tilsløret dette forhold.

3. Lærens funktion.

Forudsætningslærens *funktion* har i tidligere tider været at begrunde og skabe hjemmel for ikke-aftalte kontraktsvilkårs relevans og for opstillingen af ugyldighedsregler udenfor det lovhjemlede område. I de første litterære behandlinger her i landet drejede det sig om vindikation og *condictio indebiti*, idet man først efterhånden inddrog vildfarelses- og vilkårs læren (jfr. ovf.).

Oprindelig var læren (og forud herfor vildfarelses- og vilkårs læren) den yderste konsekvens af viljesprincippet. Med anerkendel-

45. Se A. Vinding Kruse, *Misligholdelse* p. 60 f., *Spleth U* 1962B.217.

46. A. Vinding Kruse, *l. c.* p. 64 og 89; *Hellner, Köpsrätt* p. 74 (*U* 1962B.193).

sen af forventningsprincippet — her i landet i midten af forrige århundrede — blev vægten lagt på den *kendelige* forudsætning. I begge tilfælde forudsættes imidlertid, at aftalens og løftets retsgrund (afgiverens vilje — adressatens tillid) også skal være afgørende for løftets retsvirkning. — Med anerkendelsen af, at der kan opstilles retsregler, som supplerer parternes aftale, selv om aftalen ikke giver holdepunkter herfor (udfyldende retsregler, *naturalia negotii*), svinder behovet for at udlede retsvirkningerne af parternes forudsætninger.

I *engelsk ret* har man som ovenfor omtalt først i den allerseneste tid anerkendt en adgang til opstilling af almindelige udfyldende retsregler uden udtrykkelig lovhjemmel. På den anden side har man ikke anerkendt nogen almindelig forudsætningslære, men man er dog kommet ret vidt gennem konkret fortolkning af parternes aftale og indfortolkning af såkaldte „*implied terms*“ i parternes aftale på områder, hvor man her ville tale om udfyldende retsregler eller parternes forudsætninger. — I *engelsk ret* har man stort set kunnet imødekomme behovet for udfyldende retsregler og for forudsætningslæren med konstruktionen „*implied term*“; det må erindres, at domstolene efter *engelsk ret* længe har haft kompetence til at supplere parternes aftale med noget ikke-aftalt, såfremt det er nødvendigt for at give aftalen „*business-effectivity*“, og såfremt det må betragtes som „*obvious*“. Iøvrigt har man opstillet regler om relevansen af „*common mistake*“ og „*frustration*“, hvorimod „*unilateral mistake*“ som regel er irrelevant. — I *tysk ret* har man som nævnt ikke akcepteret forudsætningslæren, og man har her kunnet klare sig med en fortolknings- og udfyldningsteknik, som dels er individualiserende gennem hensyntagen til parternes tilkendegivne formål og ønsker, og objektiverende gennem opstillingen af almindelige retsregler. Man taler her i *tysk ret* om „*ergänzende Vertragsausfüllung*“ og „*ergänzende Gesetzesrecht*“. Iøvrigt har man anerkendt relevansen af „fælles vildfarelse“ gennem reglerne om subjektiv og objektiv „*Vertragsgrundlage*“. — Det er ejendommeligt, at man her i landet har bevaret forudsætningslærens konstruktion, efter at man havde anerkendt, at domstolene har adgang til at udfylde parternes aftale med anvendelsen af almindelige deklaratoriske retsregler, udenfor området af det udtrykkeligt aftalte eller tilkendegivne[47].

47. Der er et ikke uvæsentligt slægtsskab mellem den engelske konstruktion „*common mistake*“, den tyske „*Geschäftsgrundlage*“ og ældre

4. *Bestemmende forudsætning.*

Ussing fremhæver især to vigtige fremskridt ved forudsætningslæren, nemlig erkendelsen af, at en omstændighed kun kan få relevans, når den i det konkrete tilfælde har været 1) *kendelig* og 2) *bestemmende*; det tredje spørgsmål om relevansen har forudsætningslæren fælles med den udfyldende ret. Som tidligere nævnt er individuelle forudsætninger som regel irrelevante, selvom de er kendelige og bestemmende, medmindre der foreligger svig eller garanti, eller de er gjort til udtrykkelige vilkår. På den anden side er de såkaldte typeforudsætninger i reglen relevante, selv om de ikke er kendelige i egentlig forstand, og selv om de ikke har været bestemmende. — Undertiden følger imidlertid af aftalens fortolkning, at det sædvanlige ikke er noget vilkår, og undertiden at det usædvanlige er et vilkår i det konkrete tilfælde. Der er ingen grund til at opstille nogen omfattende metafysik omkring denne enkle kendsgerning, som har fundet udtryk i købelovens § 21. En forsinkelse kan ikke give anledning til ophævelse af kontrakten, såfremt den af køberen måtte forudsættes at være uvæsentlig. Her er der i virkeligheden blot tale om et fortolkningsspørgsmål. Iøvrigt er det jo i dag almindeligt anerkendt, at den fortolkende virksomhed angår hele konteksten, ikke blot de anvendte udtryk, men udtrykkene anvendt i den givne konkrete situation med de tilkendegivne formål og de iøvrigt foreliggende konkrete omstændigheder[48].

5. *Begrebet forudsætning.*

Ordet forudsætning anvendes iøvrigt i mange forskellige betydninger; for det første som en *antagelse eller forestilling som psykisk fænomen* (løftegiveren i den traditionelle vildfarelseslære). For det andet som udtryk for en *forventning* (at aftalen opfyldes og forholdene ikke forandres). For det tredje som udtryk for, at en løftemodtager er i *god tro* (købers og andre kreditors erstatningsbeføjelse

dansk lære, der også understregede, at noget usagt kunne være „fælles tiltiende Betingelse“, Gram, Formueret II 1 p. 406, Larsen V p. 99 f., Ørsted, Hdb. V p. 166, jfr. Hurtigkarl III p. 53 („Er Contracten bygget paa en eller anden Grund ...“); se også Nørregaard, Naturret p. 261, jfr. Pufendorf p. 329.

48. Ross, Ret og Retfærdighed, p. 132, Hellner, Köpsrätt p. 116, jfr. Stig Jørgensen U 1961B.177 ff.

se)[49]. Og for det fjerde uanset, at der overhovedet *ikke foreligger noget psykisk fænomen*.

Når man taler om *mangler* som urigtig eller bristende forudsætning, vil man anvende udtrykket forudsætning i den anden eller tredje betydning. — Mangelslærens regler er, som det fremgår af det følgende, udtryk for den i samfundet gældende risikofordeling mellem køber og sælger. I det ældre samfund er det normalt, at køberen må tage salgsgenstanden, som den er og forefindes, men i et moderne samfund med en arbejdsdeling, hvorefter nogle optræder som professionelle sælgere, medens køberne er usagkyndige eller fraværende, opstår der her ligesom på andre områder af det moderne samfunds omsætningsteknik en trang til beskyttelse af parternes forventninger og gode tro. Det er *hensynet til denne forventning eller gode tro*, som har ført til skærpelsen af sælgerens hæftelse for mangler og vanhjemmel. Denne udvikling har fundet udtryk i engelsk ret i anerkendelsen af en lang række „implied conditions“ og i kontinental og skandinavisk ret i udformningen af et materielt mangelsbegreb og anerkendelsen af vidtgående beføjelser for køberen til at hæve eller kræve forholdsmæssigt afslag og erstatning uden hensyn til sælgerens subjektive forhold eller indeståelse.

6. Resumé.

Kritikken af forudsætningslæren kan i det væsentlige sammenfattes således:

1. Det er muligt at beskrive retsstillingen *uden brug af forudsætningslæren*.

a. Man kan nå vidt ved en *fortolkning* forstået i videre forstand uden begrænsning til aftalens direkte udtryk; man må f. eks. tage hensyn til det tilkendegivne formål, den aftalte pris og iøvrigt den kontekst, hvori ordene fungerer, det miljø, hvori aftalen er indgået

49. A. Vinding Kruse l. c. p. 217 f., jfr. Spleth l. c. p. 217; se iøvrigt Ussing, Alm. Del p. 146, der anser ansvaret for oprindelige opfyldelseshindringer for at være et spørgsmål om *skyldnerens* urigtige forudsætninger: Det er en afgørende forudsætning for skyldneren, at hans løfte er muligt at opfylde; hvorvidt kan han træde tilbage uden erstatning, hvis denne forudsætning var urigtig? Omvendt betragter A. Vinding Kruse nærmest sagen som et spørgsmål om køberens forudsætninger.

o. s. v. Resultatet heraf ville omfatte stillingtagen til, hvad man plejer at kalde individuelle forudsætninger.

b. *Udfyldning* (typeforudsætninger). Man må ved hjælp af almindelig dispositiv ret, herunder lovregler, sædvaner og almindelige retsgrundsætninger afgøre, hvilket omfang parternes forpligtelse skal have udover de anvendte udtryk, og hvilke begrænsninger man må anerkende i løftets virksomhed. Man må dog erindre, at det ved fortolkningen må afgøres, om sådanne typeforudsætninger eller *naturalia negotii* skal gælde i det konkrete tilfælde eller ikke.

2. Forudsætningslæren kan som nævnt være *farlig*.

a. Den kan lede tanken på afveje, således at man i det enkelte tilfælde giver sig af med at undersøge, om der i den givne situation kan siges at have foreligget en forudsætning (antagelse i psykologisk forstand), og om denne har været bestemmende og kendelig, hvilket som nævnt må være irrelevant for de udfyldende regler.

b. Man kan forledes til at standse op med en henvisning til forudsætningssynspunktet og glemme at undersøge, om der er en real begrundelse for opstillingen af reglen, eller ikke. Det kan f. eks. ikke være tilstrækkelig begrundelse for anerkendelsen af en mislighedsbeføjelse og betingelserne herfor at henvise til, at den må anses for at være udslag af forudsætningssynspunktet.

3. Den omstændighed, at man ikke i *udenlandsk ret* — end ikke i Tyskland, hvor forudsætningslæren er fostret — anerkender nogen forudsætningslære, må vække til eftertanke. Man har kunnet klare sig ved anvendelsen af formålsfortolkning og udfyldning, i engelsk ret desuden med fiktioner, som man iøvrigt i den nyeste tid er ved at forlade til fordel for erkendelsen af, at parternes retsstilling afgøres ved almindelige retsregler.

4. En formel begrundelse for en kritisk holdning til forudsætningslæren er det også, at den bygger på en *fiktion*, idet den i de fleste tilfælde ikke giver udtryk for en realistisk beskrivelse af kendsgerningerne, da der som oftest ikke er tale om forudsætninger, men om, hvad Arnholm har karakteriseret som „bagudsætninger“, d. v. s. forhold, som parterne ikke har tænkt på ved aftalens indgåelse, men som de først er kommet til at tænke på i det øjeblik, konflikten indtræder. Ser man bort fra de mest udprægede tilfælde af, hvad man plejer at kalde individuelle forudsætninger, vil der således ikke foreligge nogen forudsætning i psykologisk forstand. — Kristen Andersen har ganske vist forsøgt at udtrykke sagen således, at parterne kontraherer under den *ubevidste forudsætning*,

at forholdene udvikler sig normalt. Efter min mening kan en sådan formulering ikke redde konstruktionen.

5. Man vil i almindelighed beskrive så mange *forskelligartede forhold* ved hjælp af forudsætningslæren, at indholdet bliver af en så ubestemt karakter, at det ikke giver nogen synderlig vejledning for retsanvendelsen.

7. *En realistisk metode.*

Det er vanskeligt at udtale sig med sikkerhed om retspraksis. Ofte anvender domstolene en udtryksform, som peger stærkt i retning af forudsætningsterminologien[50]. Nu skal man være forsigtig med at lægge alt for meget i dommenes præmisser, når man indirekte udtaler sig om (eller i) almindelige principper. Når de danske domstole tilsyneladende i et vist omfang anvender forudsætningsterminologien, kan det naturligvis skyldes, at den dogmatiske fremstillingsteknik i meget høj grad har været bundet hertil indtil den allerseneste tid. — Det må derfor være retsvidenskabens aktuelle opgave at påvise svaghederne ved den overleverede dogmatik og at fremhæve fordelene ved anvendelsen af en forenklet og mere virkelighedsnær metode. —

Naturligvis har både Lassen, Ussing og Vinding Kruse været klar over, at problematikken i forudsætningslæren i væsentlig grad overlapper fortolkningen og især udfyldningen af aftaler. Man har også haft øjnene åbne for, at forudsætningslæren er én metode blandt flere andre til placering af risikoen for uforudsete omstændigheder mellem de kontraherende parter. — For såvel Lassen som Ussing er forudsætningssynspunktet ligesom det altdominerende, hvormed man kan forklare både reglerne om ugyldighed, misligholdelse, og andre omstændigheder, som medfører ændringer i parternes indbyrdes stilling. — Medens det kan være vanskeligt helt at blive klar over, om Lassen betragtede forudsætningssynspunktet som et retsprincip eller en retsgrund, hvorefter man kunne udlede retsvirkningerne, synes det at være klart, at Ussing (i hvert fald i princippet) kun anså forudsætningssynspunktet for at være en konstruktiv sammenfatning af væsentlige retsregler vedrørende betydningen af uforudsete forhold[51]. Når Ussing alligevel foretrak at be-

50. Se f. eks. fra den nyeste tid, U 1963.101, 111 og 280 HDD.

51. Aftaler p. 474 f.

vare forudsætningskonstruktionen fremfor at behandle de forskellige tilfældegrupper *dels* i ugyldighedslæren og *dels* i læren om fortolkning og udfyldning, synes det nærmest at være motiveret af ønsket om at fremhæve de to grundbetingelser, som Ussing anså for at være af fundamental betydning for obligationsretten: 1) *Væsentlighedsbetingelsen*: at den pågældende forudsætning havde *fremkaldt* løftet, og 2) *Kendelighedsbetingelsen*: at adressaten *indså* eller *burde indse* den pågældende omstændigheds eksistens og betydning for løftegiveren. — Som tidligere nævnt kan man imidlertid ikke anse disse to betingelser som grundbetingelser for hele det område, Ussing behandlede under forudsætningslæren. I hvert fald ville det være meningsløst at betragte reglerne om misligholdelse som betinget af de to grundlæggende begrænsninger. I det hele taget er det vanskeligt at forene de såkaldte typeforudsætninger med de nævnte grundbetingelser. — Endnu mere betænkeligt er det, når Ussing tilsyneladende ville indfortolke sine to grundbetingelser i de dispositive lovregler, bl. a. i købeloven. — Særlig klart er dette med hensyn til mangler. Hvis man har gjort en særlig god handel, ville man antagelig have indgået kontrakten alligevel, selv om man havde kendt til den pågældende mangel. Efter købeloven kan der ikke herske tvivl om, at køberen til trods herfor vil være berettiget til at kræve forholdsmæssigt afslag. — På samme måde gælder det, at hvis sælgeren har handlet svigagtigt, kan køberen hæve kontrakten, selv om han ville have indgået handlen trods kendskab til manglerne. Reglen i aftalelovens § 30 kan ikke her fortrænge reglen i købelovens § 42. Iøvrigt stiller aftalelovens § 33 selv ikke udtrykkeligt krav om, at en vildfarelse har *fremkaldt* løftet. Det er ganske vist en grundbetingelse i § 33, at det ville være i strid mod almindelig hæderlighed, at gøre løftet gældende. Heri kan man naturligvis indfortolke kravet om, at den pågældende omstændighed skal have fremkaldt løftegiverens løfte, men nogen udtrykkelig betingelse er det ikke efter § 33. På samme måde er det ikke ifølge § 32 en betingelse for, at en fejltagelse kan medføre ugyldighed, at *løftegiveren* ikke ville have vedstået løftet med det indhold, det har fået.

Tilbage bliver det centrale, som alle forfattere har tilstræbt: *At domstolene har en almindelig skønsmæssig adgang til — udenfor de normerede tilfælde — at fastlægge indholdet og udstrækningen af parternes forpligtelse.* — Domstolene må tilstræbe — ikke konkret retfærdighed efter et frit skøn — men at fordele risikoen mellem parterne for uforudsete forhold under hensyn til deres *gennem-*

snitlige interesser. — Domstolene må søge at opstille regler for særlige typer af tilfælde. — Det vanskelige har blot været at angive retningslinier for og begrænsninger i domstolenes skøn. De hidtil gjorte forsøg har ikke været vellykkede, *dels* fordi man har sammenført højst uensartede tilfældegrupper, *dels* fordi de angivne kriterier har bygget på fiktioner. — Derimod har man på enkelte områder kunnet nå frem til visse linier bl. a. med anerkendelsen af specielle ugyldighedsregler[52] og med hensyn til betydningen af opfyldelseshindringer, som gør forpligtelsen byrdefuld[53]. — Om „forudsætningen“ iøvrigt er bestemmende og kendelig, er en omstændighed, som indgår som et element — blandt andre — i domstolenes afgørelse.

III. Mangel og forudsætning.[53a]

A. Indledning.

A. Vinding Kruse har bygget sin fremstilling af mangelslæren på forudsætningslæren[54]. Også Spleth bygger i vidt omfang på forudsætningslæren[55]. Begge indleder med at opstille et mangelsbegreb opspaltet i *individuelle* mangler bygget på sælgerens garanti og *generelle* mangler bygget på køberens forudsætninger. I den videre behandling tager A. Vinding Kruse imidlertid, også for så vidt angår individuelle mangler, sit udgangspunkt i *køberens individuelle forudsætninger*, medens Spleth i så henseende lægger afgørende vægt på *sælgerens* forhold (garanti, culpa m. v.). — Medens A. Vinding Kruse således fastholder et på forudsætningslæren bygget „objektivt“ mangelsbegreb uden hensyn til mangelsbeføjelserne, vil Spleth kun tale om mangler, når der indtræder en mangelsbeføjelse, men til gengæld også tale om mangler i sådanne tilfælde uden hensyn til, om den foreliggende fejl har været en „afgørende forudsætning“ for køberen. Denne forskel fremtræder på dramatisk vis i behandlingen af sælgerens svig eller culpa[56].

52. Aftaler p. 176 ff.

53. Alm. Del p. 65 ff., U 1962 B. 165.

53a. Jfr. til det følgende Lennart Vahlén, Formkravet ved Fastighetsköp (Stockholm 1951) og TfR 1953. 394 ff, hvis kritik af tidligere teori følger samme linie som det her fremsatte, og som jeg derfor i det væsentlige kan tiltræde; se også Rodhe, Obligationsrätt p. 430.

54. Misligholdelse af Ejendoms køb (2. udg.) 1962, p. 39 ff.

55. U 1962B.214 ff.

56. A. Vinding Kruse p. 77 ff., 101 ff., 128 og 133.

Spleth fremhæver, *at* køberen af fast ejendom som oftest kun kan forlange godtgørelse, såfremt „fejlen“ er betydelig, eller sælgeren har tilsidesat sin „loyale oplysningspligt“, *at* man derfor kun kan tale om en mangel, såfremt køberen kan forlange en godtgørelse, *at* denne godtgørelse i de fleste tilfælde bliver den samme, hvad enten man kalder den afslag eller erstatning[57], og *at* betingelserne for at kræve afslag eller erstatning derfor bør være de samme. A. Vinding Kruse synes derimod nærmest at ville understrege mangelsbegrebets selvstændighed, dets tilknytning til forudsætningslæren og forskellen såvel i „retsgrund“ som indhold mellem „forudsætningsbeføjelserne“ (hævebeføjelse og afslag) og erstatning.

Da Spleth iøvrigt ikke tager afstand fra forudsætningssynspunktet, undersøges herefter, hvad der nærmere ligger i A. Vinding Kruses mangelsbegreb og øvrige mangelslære.

B. A. Vinding Kruses mangelslære.

1. Mangelsbegrebet.

Forfatteren begynder som nævnt med at opspalte mangelsbegrebet i et konkret og et abstrakt mangelsbegreb (p. 41). — *Konkrete* mangler foreligger, når salgsgenstanden savner egenskaber, som sælgeren må anses at have garanteret, eller når den ikke svarer til køberens konkrete eller individuelle for sælgeren kendelige og iøvrigt anerkendelsesværdige forudsætninger om salgsgenstandens egenskaber. — En mangel i *abstrakt eller generel* forstand foreligger, når salgsgenstanden ikke har den brugbarhed og værdi, som er almindelig ved genstande af den pågældende slags (en normalgenstand). — Senere diskuterer forfatteren, hvorvidt den omstændighed, at sælgeren har handlet svigagtigt eller iøvrigt ikke har opfyldt sin *loyale oplysningspligt*, kan udvide mangelsbegrebet således, at det kommer til at omfatte også manglende egenskaber, som sælgeren har kendt eller burdet kende (p. 77 ff.). Det er på dette punkt ikke ganske klart, hvad forfatteren mener, idet man kan opfatte fremstillingen, *dels* således at en manglende egenskab *kan* betragtes som en mangel, selvom køberen *ikke har nogen beføjelse* i denne anledning (p. 98-99), *eller* når køberen har en eller

57. Idet den, der vil gøre gældende, at ejendommens værdi afviger fra købesummen, har bevisbyrden, en bevisbyrde, der vanskeligt kan opfyldes ved fast ejendom. — I praksis opererer man da også mod formodningen for, at afslag og erstatning er lige store, U 1958. 3 (H); Spleth 1. c. p. 216.

anden beføjelse (p. 41 ff., jfr. 78 ff. og 128), *dels* således at der kun foreligger en mangel i henseende til det almindelige mangelsbegreb, såfremt køberen har en af de såkaldte *forudsætningsbeføjelser*, og at der egentlig ikke foreligger en mangel, men at køberen kan have en mangelsbeføjelse, såfremt sælgeren har givet garanti eller udvist, hvad der kaldes et „subjektivt dadelværdigt“ forhold (p. 82, 85 ff. og 89, på den anden side p. 78 ff., 101 ff., 128 f. „Erstatningen ydes ikke, fordi der er opstået en „mangel“, men fordi der er handlet culpøst“, p. 86 m. note 22). — Forfatterens opfattelse af forholdet mellem mangelsbegrebet og forudsætningslæren er ikke ganske klar. På den ene side understreger han flere gange, at især det generelle mangelsbegreb ikke behøver at være forankret i subjektive psykologiske forestillinger hos køberen, men må udformes efter, hvad han kalder objektive retshensyn. Han understreger også, at tilknytning til forudsætningsterminologien kan lede tanken på afveje og forlede til ubegrundede slutninger uden undersøgelse af det reale grundlag[58]. Andre steder taler han om, at en retsvirkning eller beføjelse er „udslag“ af forudsætningssynspunktet[59]. På den anden side synes han i hvert fald for de såkaldte konkrete manglers vedkommende at knytte mangelsbegrebet til forudsætningslæren[60]. Forfatteren synes ej heller ganske at have klargjort forholdet mellem fortolkning og udfyldning på den ene side og individuelle og generelle forudsætninger på den anden side. — Forfatteren er opmærksom på, at resultatet ofte følger af „kontraktens ordlyd og dens naturlige fortolkning“ p. 45 ff.; men iøvrigt synes han at tillægge forudsætningssynspunktet betydelig vægt, når han i kap. 3 sonderer mellem garantitilfælde, culpatilfælde og forudsætningstilfælde. — For individuelle manglers vedkommende synes forfatteren (p. 41) at mene, at sådanne foreligger, når genstanden ikke har de egenskaber,

58. P. 47 og 61, jfr. Speth 1. c. p. 218.

59. P. 61, 88 f., 102 f., 118, og iøvrigt opdelingen i kap. 3 i garantitilfælde, culpatilfælde og forudsætningstilfælde; se også p. 208 ff. om vanhjemmel.

60. Således antoges p. 7 f., at man ikke sjældent, når en mangel er begrundet i „garantisynspunktet“, må tage sin tilflugt til „forudsætningssynspunktet“ for at komme til en hæveadgang, jfr. p. 82 f. om svig. — Meningen er antagelig, at garanti eller svig ikke i sig selv giver hæveadgang, men kan skabe en individuel „forudsætning“ hos køberen, hvis svigen er begrundelsen for hæveadgangen.

som sælgeren har garanteret eller køberen konkret har forudsat. At der udover garanti og individuelle forudsætninger foreligger et betydeligt — og i praksis vel det vigtigste — område, nemlig de egentlige aftalte egenskaber — de egenskaber, som udtrykkeligt er nævnt i aftalens indhold — synes forfatteren dog i resumeet (p. 65) at være opmærksom på. Han taler her om egenskaber, som må anses for aftalt eller iøvrigt garanteret, og de blotte forudsætninger. Det indviklede skema (p. 65) kunne uden større vanskeligheder forenkles, således at man begrænsede problemstillingen til fortolkning og udfyldning.

2. Bestemmende og kendelige forudsætninger.

Iøvrigt synes forfatteren (p. 44-45) at gå ud fra, at forudsætningslærens grundbetingelser: at forudsætningen skal være a) *bestemmende* og b) *kendelig*, må være afgørende også for mangelsbegrebet og beføjelserne (p. 45 ff.).

a. Med hensyn til „*væsentlighedsbetingelsen*“ udtaler forfatteren (p. 91), at forholdsmæssigt *afslag* kun kan kræves, når køberen ikke ville have handlet på *samme vilkår*, såfremt han havde kendt manglen; på samme måde er en mangel væsentlig i henseende til *ophævelsesbeføjelsen*, såfremt det må antages, at køberen kendeligt for sælgeren ikke ville have indgået købet, dersom han havde kendt manglen (p. 87 ff.). Forfatteren udtaler her, at når man normalt stiller krav om misligholdelsens væsentlighed i den angivne forstand, er dette „selvsagt i første række et udslag af forudsætningssynspunktet“. Han fremhæver dog, at også andre hensyn bl. a. hensynet til den misligholdende part har betydning. Fremstillingen p. 87 ff. om hævebeføjelsen illustrerer det vanskelige i at udføre denne dobbelte „væsentlighedsafvejelse“ og at holde den adskilt i tanken.

b. Med hensyn til *mangelsbeføjelserne* udtaler forfatteren (p. 59 ff.), at forudsætningslæren vel har væsentlig betydning for selve mangelsbegrebets udformning, men ikke er afgørende for misligholdelsesbeføjelserne. Han fremhæver, at fastlæggelsen af de enkelte misligholdelsesbeføjelser mere må afhænge af objektive retshensyn end af parternes forudsætninger. Han udtrykker det således, at parterne ofte vil gøre sig nogenlunde nøjagtige forestillinger om, hvilke egenskaber salgsgenstanden bør have, men de vil kun sjældnere spekulere over, hvilke bestemte retsvirkninger afvigelser herfra skal afføde. Forfatteren henviser i stedet til objektive retshensyn, deklatoriske regler og lignende og henviser til in-

teressen i at give kontrakts-parter hensigtsmæssige retsmidler i hænde til gennemtvungelse af rigtig opfyldelse af kontraktlige forpligtelser. — Han er dog tilbøjelig til at inddele mislighedsbeføjelserne i forudsætningsbeføjelser og andre beføjelser. Forudsætningsbeføjelser er sådanne beføjelser, som siges at være udslag af vederlagsforudsætninger (p. 60); herved tænker han især på hævebeføjelsen og retten til forholdsmæssigt afslag, som ikke er afhængig af sælgerens subjektive forhold. Senere udtaler han dog, at det kan hævdes, at det er vilkårligt, hvilke misligholdelsesvirkninger man har henført til „forudsætningsområdet“. Han henviser til, at hævebeføjelsen i visse tilfældegrupper er betinget af culpa, medens erstatningsbeføjelsen f. eks. ved vanhjemmel kan indtræde uden culpa; han henviser endelig til, at køberen normalt ikke kan kræve mangler udbedret, men at forudsætningssynspunktet ikke kan forklare hvorfor. Det kunne tværtimod anføres til støtte for denne beføjelse. Noget andet er, at synspunktet kan få indflydelse på resultaterne eller med andre ord indgå som en faktor blandt flere under overvejelserne (p. 61). — Ikke desto mindre bygger forfatteren senere i afgørende grad på, at hævebeføjelsen og adgangen til forholdsmæssigt afslag er udslag af forudsætningssynspunktet omend i noget modificeret form, og omend han erkender, at subjektive forhold kan være en betingelse for beføjelsernes anerkendelse ved mindre betydelige fejl ved fast ejendom. — Dette er især fremtrædende ved gennemgangen af de enkelte mangelstyper, hvor han inddeler stoffet i *garantitilfælde*, hvor han fortrinsvis behandler erstatningsbeføjelsen, *forudsætningstilfælde*, hvor han fortrinsvis behandler ophævelses- og afslagsbeføjelsen, og *culpatilfælde*, hvor han næsten udelukkende behandler erstatningsbeføjelsen.

c. Det er ikke altid let at få hold på forfatterens opfattelse, idet man har indtrykket af, at hans terminologi glider fra sted til sted og fra tilfælde til tilfælde. Dybest set bygger forfatteren imidlertid på forudsætningslæren, idet han som nævnt *indfortolker forudsætningslærens såkaldte grundbetingelser i købelovens § 42*. — Som betingelse for at anerkende en mangel (afslag) stiller han derfor, at denne skal have været bestemmende for køberen i den forstand, at han ikke ville have købt til den aftalte pris, såfremt han havde kendt manglen. Med hensyn til *hævebeføjelsen* udtaler han, at manglen er væsentlig, såfremt køberen ikke ville have købt salgsstanden, hvis han havde kendt manglens eksistens.

Købelovens § 42 udtaler sig, som forfatteren siger, ikke om man-

gelsbegrebet, men i motiverne (p. 82) gives der en henvisning til den almindelige retsopfattelse, og man fortsætter herefter „... vil det i almindelighed blive anset som en mangel ved salgsgenstanden, at dens tilstand gør den uskikket eller mindre egnet til dens sædvanlige brug eller til den brug, som genstanden ifølge aftalen har måttet forudsættes at skulle anvendes til af køberen. Ligesom det almindelige mangelsbegreb således til en vis grad tager hensyn til den enkelte købeaftales indhold, således ville naturligvis særlige aftaler mellem køber og sælger kunne både udvide og indskrænke området. Går aftalen ud på, at egenskaber, hvis tilstedeværelse der ved et køb af sådanne genstande i almindelighed lægges vægt på, ikke behøver at forefindes, er det dog regelmæssigt en naturlig forudsætning for aftalens verbindende kraft for køberen, at sælgeren ikke svigagtigt har skjult manglen.“

Dette mangelsbegreb siger ganske jævnt og ligetil, at det må afgøres ved en fortolkning af parternes aftale, hvilke egenskaber køberen har ret til at regne med, at genstanden har. Motivernes beskrivelse tager sit udgangspunkt i egenskaber, som gør genstanden usikket eller mindre egnet til dens sædvanlige brug, eller til den brug, som fremgår af aftalen. Ganske vist anvender man udtrykket „forudsættes at skulle anvendes til af køberen“. — Der er dog ikke noget grundlag for at opbygge en selvstændig forudsætningslære på denne udtalelse og reglen i købelovens § 21 om forsinkelse. Det er jo almindeligt anerkendt i vore dage, at fortolkning i videste forstand i dag betyder fastlæggelse af en erklærings indhold under hensyntagen til samtlige konkret foreliggende forhold, herunder aftalens ordlyd, de tilkendegivne formål, den aftalte pris, og hele den kontekst — hele det miljø — hvori aftalen er blevet til [61]. Man fortsætter herefter med to selvfølgelige konstateringer, nemlig at det almindelige mangelsbegreb tager hensyn til den enkelte købeaftales indhold, og at særlige aftaler mellem køber og sælger kan udvide og indskrænke området. Det afhænger altså af en normal fortolkning og udfyldning af aftalen, hvilke *egenskaber køberen har ret til at forudsætte*. Denne forståelse harmonerer også med den nyere tids objektiviseringstendenser i fortolkningslæren.

3. Forudsætningslærens betydning for mangelslæren.

Forudsætningslærens betydning for mangelslæren afhænger af, om

61. Ross, Ret og Retfærdighed p. 132 ff. og ovenfor under II.

forudsætningslæren kan opstille *materielle betingelser*, som er afgørende for mangelsreglerne, eller af, om forudsætningslæren er i stand til *konstruktivt at sammenfatte* mangelsreglerne. — Begge disse spørgsmål må besvares benægtende. Forudsætningslæren er ikke benyttet som retsprincip ved udformningen af købelovens mangelsregler og mangelsbeføjelser, som tværtimod er udformet ud fra praktiske og reale hensyn. Man kan derfor ikke anerkende, at købelovens forfattere har anset købelovens mangelsregler for at være udslag af forudsætningslæren. Selv om dette måtte have været tilfældet, ville det ikke have været afgørende for vor tids retsopfattelse, hvis vi måtte erkende, at forudsætningslærens betingelser ikke er egnede til at beskrive købelovens enkeltregler. Det kan derfor ikke anerkendes, at man er berettiget til at indfortolke forudsætningslærens betingelser i købelovens mangelsregler. Især kan det ikke anerkendes, når købelovsforfatterne ikke er gået ud herfra, og købelovens regler ej heller giver udtryk herfor. — I det omfang det som nævnt ikke kan anerkendes, at købelovens betingelser for anerkendelse af misligholdelsesbeføjelserne svarer til forudsætningslærens grundbetingelser, er der heller ikke anledning til at betragte forudsætningslæren som en konstruktiv sammenfatning bl. a. af købelovens regler. Ganske vist kan købelovens regler ikke direkte anvendes udenfor købelovens område, men man må i vidt omfang anvende købelovens regler analogt. Når man ikke indenfor købelovens område kan anerkende, at mangelsreglerne er udslag af nogen almindelig forudsætningslære, ej heller at betingelserne for beføjelsernes anvendelse konstruktivt kan sammenfattes i forudsætningsterminologien, er der heller ikke nogen grund til at anse mangelsreglerne udenfor købelovens område for at være knyttet til forudsætningskonstruktionen. Forudsætningsterminologien kan derfor kun betragtes som et overflødigt omsvøb. — Forfatterens fremstilling viser da også, hvor vanskeligt det er at operere med dette indskud. Fremstillingen tynges unødigt; der bruges bl. a. mere end hundrede sider til at fremstille mangelsbegrebet og dets forhold til forudsætningslæren. — Ved fremstillingen af mangelsbeføjelserne i de enkelte mangelstilfælde i kap. 3 har den valgte terminologi også påvirket fremstillingen, således at det er vanskeligt at se, i hvilket omfang garanti og culpa kan give anledning til hævebeføjelse. Forfatteren er selv opmærksom på, at den valgte systematik og den valgte terminologi kan lede tanken på afveje og føre til misforståelser, idet man kan blive forledt til at argu-

mentere på rent formelt grundlag, således at man ikke i tilstrækkeligt omfang analyserer mangelsreglerne i deres historiske og komparative perspektiv, og har for øje, at det drejer sig om den mest hensigtsmæssige risikofordeling ved omsætningen af goder. Forfatteren har også i det væsentlige opgivet forudsætningskonstruktionen ved behandlingen af *vanhjemmelstilfældene*, hvor han i modsætning til mangelstilfældene nærmest betragter køberens *mulighed for undersøgelse* som en integrerende bestanddel af mangelsbegrebet og iøvrigt fremstiller vanhjemmelsbeføjelserne uden i særlig grad at anvende forudsætningskonstruktionen. Her begynder forfatteren ikke med at omskrive problemstillingen til forudsætningsterminologien, før han begynder at løse de enkelte spørgsmål. — Ligeledes taler han ved forsinkelse (kap. 1) ikke om, at køberen har en forudsætning om, at opfyldelsen sker i rette tid, således at denne forudsætning må være kendelig og bestemmende. Her angriber forfatteren — som naturligt er — problemet direkte og fremstiller beføjelserne i anledning af, at opfyldelsen ikke finder sted i rette tid. Ganske vist opfatter han ligesom Ussing købelovens § 21, 2. stk. („var forsinkelsen eller måtte den af sælgeren forudsættes at være uden væsentlig betydning for køberen,“) som udslag af en almindelig retsgrundsætning, som også må anvendes ved mangler, således at køberen ikke har nogen ophævelsesadgang i anledning af en sådan uvæsentlig forsinkelse (p. 45 note 6). — Der er dog her ikke tale om selve begrebet mangel eller forsinkelse, men om *forsinkelsens betydning for hævebeføjelsen*, altså om, hvorvidt en forsinkelse (og en mangel) er væsentlig. Der er ingen grund til at betragte denne bestemmelse og den heri liggende almindelige retsgrundsætning som fundament for fremstillingen af en almindelig forudsætningslære. Tværtimod siger reglen blot det selvfølgelige, at hvis det fremgår ved en fortolkning af de individuelle forhold, at en normalt væsentlig forsinkelse eller en normalt væsentlig mangel i det konkrete tilfælde alligevel har været uvæsentlig for køberen, kan han ikke hæve. — Motiverne til købeloven (p. 59) udtaler herom, at reglen er begrundet i *retfærdige billighedshensyn*. Det er herved udelukket, at køberen på grund af en sælgeren ubekendt særlig interesse i levering nøjagtig til aftalt tid, kan afvise salgsstanden som følge af en sådan forsinkelse fra sælgerens side, som af købere i almindelighed ikke tillægges afgørende vægt. Motiverne (p. 83) udtaler, at afgørelsen af, om en mangel bør anses som uvæsentlig, ligesom afgørelsen af, om en mangel i retlig for-

stand overhovedet findes, må træffes under hensyn til de særlige forhold ved det enkelte køb. Herefter ville efter omstændighederne alene det, at køberen med sælgerens vidende indtager en stilling, som gør det øjensynligt, at genstanden er bestemt til en særlig brug, kunne bevirke at en mangel, som efter en almindelig dom anses for uvæsentlig, i det foreliggende tilfælde ikke kan gå derfor. Herved er der ikke taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der ved mangler ligesom ved forsinkelse burde gælde en særlig regel for handlende, således at enhver mangel i handelskøb anses for væsentlig. — Denne tanke forkastedes imidlertid af købelovens forfattere, især under hensyn til, at det kan være meget vanskeligt og yderst tvivlsomt at afgøre, om salgsgenstanden lider af en mangel, og idet en så almindelig regel i betænkelig grad kunne åbne døren for chikanøs afvisning af salgsgenstanden; endelig henvises til, at købelovens § 1 åbner adgang til, at særlige kutymer indenfor brancherne om et spillerum for kvalitetsafvigelser kan blive afgørende. — Iøvrigt siges det om væsentlighedsbetingelsen: „... Det må nemlig så vidt muligt udelukkes, at køberen gør denne ret gældende i tilfælde, i hvilke den ikke er begrundet i en virkelig forhåndenværende interesse for ham i at erholde salgsgenstanden leveret til aftalt tid, men alene benyttes til at slippe fra et køb, som på grund af prisfald eller andre omstændigheder senere viser sig at være ufordelagtigt for ham,“ (motiverne p. 59). — Det afgørende for købelovens væsentlighedsbetingelse med hensyn til ophævelsesbeføjelsen er altså ikke sandsynligheden for, at køberen ville have indgået købet eller ikke, dersom han havde kendt manglen. Det er således ikke en konkret årsagsbedømmelse, der er afgørende for købelovens væsentlighedsbetingelse. Det er derimod en efterfølgende afgørelse af køberens interesse i at komme ud af aftalen på grund af den foreliggende misligholdelse: En afvejelse af køberens ulemper i anledning af misligholdelsen mod sælgerens interesse i at fastholde købet, og med hensyntagen til køberens muligheder *for chikanøst at benytte den foreliggende misligholdelse som et påskud til at slippe fra et køb, som han af andre grunde vil være interesseret i at komme ud af.* — Med hensyn til *forholdsmæssigt afslag* indeholder købelovens ord og motiver heller ikke nogen antydning af, at forudsætningslærens væsentlighedsbetingelse skal være opfyldt. Reglerne siges i mange tilfælde at indeholde den eneste retfærdig og fuldt ud billige ordning af mellemværendet mellem køber og sælger. Køberen vil nemlig hyppigt have en særlig interesse

i at beholde den mangelbehæftede salgsgenstand, for hvilken han kan have nødvendig brug til f. eks. at opfylde en indgået forpligtelse, som han ved hjælp af salgsgenstanden trods dens mangelfuldhed kan klare sig nogenlunde uskadt ud af, mens han ikke i øjeblikket kan skaffe sig en tilsvarende vare andet steds fra, eller kun kan skaffe sig den mod uforholdsmæssig opofrelse. Nægter man nu køberen den heromhandlede beføjelse, ville det da ofte føre til, at han overhovedet ikke fik nogen erstatning for manglen, idet han så at sige for enhver pris ville vælge at beholde det leverede trods dets mangel. Disse betragtninger fører til, at køberen bør have ret til at beholde salgsgenstanden som en alene på grund af manglen *delvis opfyldelse* og som følge heraf kræve et afslag i købesummen. Spørgsmålet om manglens væsentlighed for køberen får ved udøvelsen af denne beføjelse naturligvis kun betydning til bestemmelse af prisafslagets størrelse (motiverne p. 83). — Den sidstnævnte udtalelse synes at forudsætte, hvad er almindeligt antaget, at forholdsmæssigt afslag kan kræves, når der foreligger, og blot når der foreligger, en *værdiforringende* mangel ved en løsøregenstand. — De ræsonnementer, som fører frem til anerkendelsen af forholdsmæssigt afslag, synes dog ikke at føre videre end til de tilfælde, hvor der foreligger en væsentlig mangel, idet køberen jo kun i disse tilfælde havde ret til at fordre købet ophævet, og således kun i disse tilfælde havde en hævebeføjelse, som adgangen til forholdsmæssigt afslag efter de anførte ræsonnementer skulle være surrogat for i tilfælde af, at køberen ikke er interesseret i at træde tilbage. — Som anført ndfr. kræves det jo ofte udenfor købelovens område, især ved handel med andet end almindelige omsætningsvarer, at der foreligger væsentlige fejl. Dette gælder netop ved fast ejendom, brugt løsøre og skibe[62]. Men iøvrigt må forholdsmæssigt afslag anerkendes indenfor købelovens område, selv om der ikke foreligger en væsentlig mangel i hævebeføjelsens forstand. Købelovens erstatningsregel i § 42, 1. stk. får derfor mindre betydning, idet man altid vil kunne kræve forholdsmæssigt afslag og herigennem kræve en værdierstatning, som normalt vil være identisk med værdiforringelsen, idet man normalt må formode, at værdien uden mangel svarer til den aftalte købesum. I disse tilfælde vil forholdsmæssigt afslag jo være identisk med erstatning for værditabet, som efter købeloven er det sæd-

62. Ndfr. IV note 72.

vanlige. Erstatning for det yderligere tab af omkostninger, for skadelige egenskaber ved ydelsen, for afsavn og erstatning til medkontrahent kan man kun forlange, hvis betingelserne er opfyldt efter købelovens § 42; ved oprindelige mangler: garanti eller svig; ved efterfølgende mangler: culpa. — For fast ejendoms vedkommende udvides erstatningsgrundlaget, idet der her kan blive tale om at erstatte ud over værdiforringelser, selv om der ikke foreligger svig hos sælgeren, men blot uagtsomhed. Da der iøvrigt foreligger en tendens til at indskrænke adgangen til forholdsmæssigt afslag til tilfælde, hvor der foreligger betydelige fejl, er der rimelighed i at operere med et mangelsbegreb — hvis man skal opstille et sådant — som er afhængigt af anerkendelsen af misligholdelsesbeføjelserne. I tilfælde af at disse kun foreligger, hvis der foreligger culpa eller betydelig eller væsentlig mangel, må mangelsbegrebet indskrænkes hertil[63]. Iøvrigt er jeg ikke enig i forfatterens (p. 77 ff. og 99 ff.) kritik af den i praksis forekommende „sammenblanding“ mellem forholdsmæssigt afslag og erstatning i tilfælde af, at betingelserne iøvrigt er de samme[64]. Forfatteren nævner dog (p. 99), at forholdsmæssigt afslag forudsætter en værdiforringelse, hvorimod erstatning for udgifter til udbedring af mangler kan forlanges erstattet efter erstatningsreglerne, selv om der ikke foreligger nogen værdiforringelse. — Beføjelsen og begrebet forholdsmæssigt afslag i streng forstand, d. v. s. bestemt efter forholdet mellem genstandens værdi uden og med mangler og det aftalte vederlag, er blot en logisk formel slutning fra udgangspunktet: delvis opfyldelse, — og det har i praksis ikke nogen større betydning, idet der sjældent vil kunne påvises nogen forskel mellem værdien og det aftalte vederlag. Forskellen i det teoretiske udgangspunkt kan heller ikke i virkeligheden forklare, at der skulle være nogen forskel. — I praksis har man da også i Højesteret i et tilfælde fastsat det forholdsmæssige afslag til reparationsudgiften, idet man har forudsat, at der forelå en værdiforringelse netop svarende til reparationsudgiften[65]. Denne afgørelse hviler på en fiktion eller en præsumption. — Mere realistisk ville det være at anerkende, at man over alt, hvor der foreligger en mangel af nogen betydning, kan kræve værdiforrin-

63. Spleth 1. c. p. 218.

64. Spleth 1. c. p. 216.

65. U 1958.3 H.

gelsen erstattet, og hvis de særlige erstatningsbetingelser foreligger, desuden kan kræve det yderligere tab erstattet, men at man dog altid kan kræve udgifterne til manglernes udbedring erstattet.[65a] — På samme måde måtte man ved fast ejendom altid kunne kræve enten værditabet eller udgifterne til manglens udbedring godtgjort af sælgeren, når der foreligger culpa eller en betydelig fejl. Herudover kan man kræve erstatning for det yderligere tab, såfremt betingelserne herfor foreligger: svig, culpa eller garanti.

IV. *Resumé.*

Med erkendelsen af afslagsbeføjelsens karakter af et objektivt erstatningsansvar begrænset til værditabet, er det ikke vanskeligt at forstå udviklingen og den aktuelle situation. — *Udviklingen* af ophævelses- og afslagsbeføjelsen er komplementær med udviklingen af et *materielt mangelsbegreb*, forsåvidt som det universalhistoriske udgangspunkt synes at være, at sælgeren kun hæfter for egenskaber, som han har indestået for. Iøvrigt gælder „caveat emptor“. Det er da også karakteristisk, at udviklingen af mangelshæftelsen konstruktivt foregår gennem fingeret garanti: „implied warranty“, „Gewährleistung“, „hjemmelspligt“ [66]. Udviklingsgangen er i vidt omfang identisk med udviklingen af vanhjemmelshæftelsen. Også i den naturretlige teori fremtræder afslagsbeføjelsen som et objektivt erstatningsansvar. Mangler ved ydelsen bryder ligheden og harmonien, der må genoprettes på samme måde som skade udenfor kontraktsforhold.

Det *praktiske behov*, der ligger bag de anvendte konstruktioner, er *hensynet til betryggelse af tilliden i omsætningslivet* [67]. Mangelsreglernes udvikling er samtidig handelslivets udvikling. Variationerne kan være store på forskellige tider og steder, men i store træk svarer udviklingen til forskellige stadier af omsætningslivet. Historisk er den objektive mangelshæftelse knyttet til dannelsen af en *egentlig handelsfunktion* i samfundet. At de romerske *ædilklager*

65a. Rodhe, Obligationsrätt § 49 v. note 46 ff behandler afslag som strikt ansvar for værdierstatning.

66. Også de romerretlige regler synes at være dannet på baggrund af en sædvanebestemt stipulationspraksis, Iuul, Romersk Formueret p. 97 og 169.

67. Den *sagkyndige* sælger må hæfte overfor den *usagkyndige* og *fraværende* køber.

er opstået omkring torvehandelen, er ikke ejendommeligt, da torvehandelen netop er den oprindelige dannelse af en organiseret handel i samfundets udvikling. — Mest karakteristisk synes udviklingen at have været i engelsk ret, hvor den objektive mangelshæftelse endnu er koncentreret omkring handelsforhold.

I skandinavisk ret har man lige indtil købeloven været i tvivl om risikofordelingen; selv i egentlige handelskøb var forholdsmæssigt afslag ikke fastslået med sikkerhed[68]. I finsk ret, hvor købeloven ikke formelt er gældende ret, har man først i den seneste tid i retspraksis anerkendt forholdsmæssigt afslag i handelsforhold[69]. Selv om købeloven ikke formelt er begrænset til handelsforhold[70], er der næppe tvivl om, at købelovens regler om forholdsmæssigt afslag — ligesom iøvrigt en objektiv hæveadgang — passer bedst i handelsforhold eller i hvert fald, *når sælgeren er handlende*. — Det er på denne baggrund ikke mærkeligt, at afslagsbeføjelsen — og iøvrigt også hævebeføjelsen — ved køb og salg af fast ejendom ikke spiller nogen større rolle. Spleth har utvivlsomt ret i, at „afslagsbeføjelsen“ og „erstatningsbeføjelsen“ for domstolene fremtræder som ikke kvalitativt, men kun kvantitativt forskellige, og at uklarhederne skyldes, at man har forsøgt at overføre en problematik fra løsøreomsætningen til omsætningen af fast ejendom, hvor den ikke er velbegrundet. — Når sælgerhæftelsen ved omsætningen af fast ejendom i retspraksis i væsentlig grad er subjektiv betinget („loyale oplysningspligt“), er dette *dels* i overensstemmelse med parternes indbyrdes magtforhold og faktiske adgang til undersøgelse og konstatering af mangler, *dels* med rimelig fordeling af den økonomiske risiko. En væsentlig begundelse for at pålægge sælgeren risikoen for mangler ved køb og salg af løsøre er netop, at sælgeren normalt kan føre sit krav tilbage på sin formand og således videre, „indtil den rammes, hvem tabet naturligst bør falde på“[71]. Denne betragtning passer dårligt på omsætningen af fast ejendom, der oftest foregår med årlange

68. Købelovens motiver p. 53, Iuul, Festskrift til Ussing p. 229 ff., Thøger Nielsen, Studier p. 50 ff.

69. Forhandlingerne på 20. Nordiske Juristmøde 1960 p. 61.

70. Se i det hele forhandlingerne på 20. N.J.M. om købelovens handelsretlige karakter.

71. Kbl. motiver p. 52.

intervaller og oftest ikke-erhvervsmæssigt. Er salget typisk erhvervsmæssigt, er der til gengæld en tendens til skærpelse[72].

Forudsætningslæren har ikke i udenlandsk teori eller praksis været anført til støtte for sælgerens mangelshæftelse. Den stiltiende garanti har været den foretrukne konstruktion også i ældre dansk teori. Bag købelovens regler ligger imidlertid rent praktiske overvejelser, og forudsætningskonstruktionens eneste adkomst måtte derfor være, at den på en hensigtsmæssig måde sammenfattede gældende rets stilling. — Af „forudsætningssynspunktet“ kan man ikke *udlede* nogen regel eller afgørelse, ligesom man ikke kan betragte nogen mangelsbeføjelse som „udslag“ af forudsætningssynspunktet. — Som det er fremgået af det foregående, kan forudsætningskonstruktionen ikke antages at give et dækkende udtryk for mangelsreglerne; især antoges forudsætningslærens „væsentlighedsbetingelse“ ikke at være i overensstemmelse med gældende ret på dette område. — Forudsætningskonstruktionen er derfor i værste fald farlig, idet den kan lede tanken på afveje[73]; i bedste fald er den et overflødigt omsvøb.

72. A. Vinding Kruse p. 92 f. — Også i andre købekontraktlige retsforhold kan der være en tendens til begrænsning af sælgerhæftelsen; se om salg af brugt løsøre, Stig Jørgensen U 1951B.272 ff. og om skibsbygning, Sjur Brækhus. „Norwegian Shipping News“ nr. 23 og 24, 1961.

73. A. Vinding Kruse p. 46 ff. og 59 ff.

Aftalelov og acceptfrist

I. Aftalelovens område.

A. Indledning.

Når man iagttager aftalelovens struktur, får man et indtryk af enkelhed og klarhed. Især kapitel I om afslutning af aftaler giver dette billede. En aftale består af et tilbud og en accept. Tilbudet afgives af tilbudsgiveren, som bliver bundet ved sit tilbud, når dette kommer til modtagerens kundskab. Når det antagende svar inden udløbet af acceptfristen kommer frem til tilbudsgiveren, er aftalen indgået, og parterne er gensidigt forpligtet ifølge aftalens indhold. Denne klarhed tilfredsstiller utvivlsomt visse intellektuelle idealer. Det er også givet, at enkelhed har betydelige pædagogiske fortrin. Man kan heller ikke se bort fra, at enkle og klare regler har store retstekniske fordele. Derimod kan der måske være en og anden praktiker, som kan have svært ved at forbinde dette idealbillede med virkeligheden. — Man kan derfor stille spørgsmål om, hvad uoverensstemmelsen mellem aftalelovens enkle aftalemekanisme og virkelighedens mere komplicerede forhold skyldes. *Er aftaleloven simpelthen forældet, eller er der en anden forklaring?*

Nu er der ingen tvivl om, at klarheden for en stor del udelukkende er af rent *sproglig* karakter. Det enkle sproglige udtryk er opnået gennem anvendelsen af begreber, som ikke nærmere defineres, og hvis indhold derfor må fastlægges gennem fortolkning. Selv de mest centrale begreber: retshandel, aftale, tilbud, accept, afgivelse, „kommet frem“ defineres ikke (§§ 1-2), og mange andre henviser nærmest til almene vurderinger: „rette tid“, „uden ophold“, „rimelig betænkningstid“, „straks“ (§ 3). På den anden side indeholder § 9 en bestemmelse om forståelsen af visse udtryk, der betragtes som opfordringer til at give tilbud. Denne lovgivningsteknik har sine utvivlsomme fordele, rent bortset fra den enkle og overskuelige lovtekst. Herigennem får det praktiske liv en betydelig smidighed, og retsanvendelsen er ikke bundet til nogen tids juridiske teorier og konstruktioner. Retsudviklingen kan uden van-

skelighed følge udviklingen i de livsforhold, som retsreglerne skal „strukturere“. Visse steder i udlandet har man set, hvorledes en udførlig lovgivningsteknik har givet såvel senere teori som praksis mange bryderier; andre steder har udviklingen kunnet holdes tilbage af gamle former, når livet ikke har sprængt sig igennem ved anvendelsen af kunstfærdige fiktioner og konstruktioner. Man må blot ikke glemme, at klarheden ofte dækker over praktiske og teoretiske vanskeligheder.

En anden forklaring på uoverensstemmelsen kan være, at lovreglerne er *abstraktioner* og *derfor* ikke kan beskrive virkeligheden, således som vi ser den. Reglernes formål er at udskille de „væsentlige“, de „typiske“ træk i den del af virkeligheden, som aftalen udgør[1]. En strukturerende er en formalisering, hvis værdi ligger i den forenkede beskrivelse, som letter beherskelsen og fremmer forståelsen af sammenhængen mellem beslægtede fænomener. Abstraktionens værdi er derfor helt afhængig af dens evne til at beskrive virkeligheden. Selvom en abstraktion (model, struktur, begreb) engang har været tilfredsstillende, kan den altså blive forældet, hvis den ikke længere på en træffende måde formulerer en almindelig erfaring.

Omend de to førnævnte betragtninger spiller en betydelig rolle, kan man ikke se bort fra, at aftalelovens kapitel I i ikke ringe grad synes bundet til *bestemte tidsforhold* og tillige — selvom den formelt angår hele formueretten — en afgrænset del af denne[2]. Aftaleloven synes at passe som hånd i handske til århundredskiftets individualistiske og liberale en gros-handel. To ligestillede parter udveksler successive tilbud og accept. — Konstruktionen synes allerede at passe mindre godt til detailhandlen, — hvad er her „tilbud“ og „accept“? Konstruktionen er også noget anstrengt ved køb og salg af fast ejendom, hvor parterne ofte underskriver skøde samtidigt efter forudgående forhandlinger; og noget tilsvarende gælder ofte for kontrakter, der iøvrigt er fremkommet som resultat af forhandlinger mellem parterne, især mellem nærværende[3]. Med udviklingen af produktions-, transport- og omsætningslivet i dette århundrede er konstruktionen kommet til at passe endnu dårligere.

1. Cheshire & Fifoot (5. ed.) p. 24 f, 30, Atiyah, The Law of Contract (1961) p. 29 f.

2. Cheshire & Fifoot p. 19 ff, Atiyah p. 1 ff.

3. Lennart Vahlén, Avtal och Tolkning p. 121 ff og 161 ff, Ussing p. 30.

Den forudsatte „ligevægt“ parterne imellem har vel aldrig eksisteret på arbejdsmarkedet, men nutidens kollektive overenskomster følger et helt andet mønster. Det samme gælder lejeforhold, transportforhold og forsikringsforhold. Man taler her ofte om „adhæensionskontrakter“, d. v. s. publikum kan bestemme, om det vil kontrahere, men har ingen indflydelse på aftalens nærmere vilkår, som dikteres af den ene part, af modstående interesseorganisationer eller af det offentlige[4]. Ofte er det endog en tvivlsom frihed, publikum har til at undlade at kontrahere, medens behovet er ret uelastisk; man behøver blot at tænke på kollektive transportmidler. Ofte bliver der i sådanne og i lignende tilfælde, når det offentlige optræder som part, f. eks. i transport, kraftforsyning, tale om kontraheringspligt af forvaltningsretlig karakter[5]. Parternes indflydelse på aftalens indhold, form og tilblivelse kan få stærkt begrænset karakter.

Hertil kommer, at det tidligere dominerende — formidlende — led mellem produktion og detailhandel, en gros-handelen, er på hastigt tilbagetog, enten således at producenten tillige optræder som distributør, således som det oftest er tilfældet i automobilbranchen og i landbruget, eller således at detailhandelen selv optræder som importør og distributør, som det synes at være karakteristisk i fødevarerbranchen og lignende, især i U. S. A. Det er svært at spå om fremtiden, men en del kunne tyde på, at organisationer og andre kollektive enheder i væsentlig grad vil komme til at dominere arbejds-, produktions-, omsætnings- og transportforholdene, således at det mønster, man kender fra den kollektive aftaleret i væsentlig grad vil komme til at præge „aftaleretten“. — Hertil er man naturligvis endnu ikke kommet, og måske kommer man der aldrig. En ting er dog sikker. Det af aftaleloven afstukne mønster er ikke længere helt dækkende for vore forestillinger om kontraktsforpligtelsers stiftelse. Denne kendsgerning kan ikke undgå at påvirke vor holdning overfor de generelle forudsætninger, aftalelovens regler bygger på, og dermed vor fortolkning af lovens regler.

4. Curt Olsson: Verkan av Avtalsklausuler i Standardformulär, bilag VI til 21. N. J. M., H. Lund Christiansen: Standardvilkår, Juridisk Grundbog p. 422 ff, Grönfors: Ekonomisk Forum 1959.29 ff, J. Sundberg, Sv. J. T. 1961.11 ff, Air Charter (1961) kap. 3, H. Nial, Minneskrift f. Juridiska Fakultetens 50 års Jubileum (1957) p. 190 ff, Olivecrona, Penningenhets Problem (1953) (p. 146).

5. M. Kockvedgaard, Kontraheringspligt, især p. 253 ff.

B. Historiske rids.

Fælles for primitiv ret er dens kasuistiske og formelle karakter. For aftaleretten betyder dette, *at* kun aftaler af et vist indhold anerkendes som stiftende ret og pligt, *at* retsstiftelsen er afhængig af iagttagelsen af visse former, og *at* retsvirkningerne indtræder, når formerne er iagttaget, i overensstemmelse med det hertil svarende indhold, uden hensyn til parternes vilje og forudsætninger[6]. Det er den almindelige opfattelse, at disse omstændigheder kan føres tilbage til kulturtrin, som beherskedes af magiske og rituelle forestillinger. For at magien kan lykkes, må de rette formler anvendes; på den anden side er det skæbnesvangert at benytte en forkert formel; endelig indtræder de rette virkninger af de rette formler uden hensyn til den berettigedes midler og den forpligtedes forestillinger, og magterne selv er underkastet formlernes kraft, således at de må indrømme. Tvang og svig er moderne ideer; i ældre kultur er den listige en anset person. Det hører en senere tid til at udforme en almindelig regel om, *at* aftaler (løfter) er forpligtende, *at* bestemte former ikke er afgørende for retsvirkningernes indtræden, og *at* indholdet er bestemt af parternes forestillinger. Det er ikke længere *formularen*, men parternes *vilje*, som er begrundelsen for ret eller pligt. Suveræniteten og viljefriheden er de begreber, den naturretlige filosofi anvender som middel til at omformulere retssystemer, således at de er egnede til at fungere i det moderne samfund, hvor borgerskabet overtager ledelsen fra den feudale middelalderadel. Den ideologi, hvorefter man afleder reglernes gyldighed, er den evige naturlige ret, som forlener det enkelte individ som fornuftsvæsen med frihed, lighed og ejendomsret[7]. — Forholdet er naturligvis ikke så enkelt, at man i den klassiske romerret eller den middelalderlige europæiske ret for alvor troede på magi; ej heller at den naturretlige filosofi *fremkaldte* den moderne udvikling. — Der er en nær sammenhæng mellem proces og materiel ret, der ikke forestilles som adskillelige begreber; i et primitivt processystem, hvor afgørelserne træffes på grundlag af negativt bevis (jernbyrd eller mededsmænd) og ikke positivt bevis (vidnebevis), må de ydre kendsgerninger være grundlæggende for processens udfald i modsætning til indre psykologiske kendsgerninger[8]. På samme måde

6. Hägerström, Minneskrift ägnat 1734-Års Lag p. 587.

7. Hägerström 1. c. p. 595 ff, Ross, Virkelighed og Gyldighed p. 168 ff.

8. Strahl, Minneskrift til 1734-Års Lag p. 880.

forudsætter en individualiserende retspleje en betydelig intellektuel udvikling og dannelsen af en særlig juridisk dommerstand. Disse sidste forudsætninger var opfyldt i den klassiske romerske ret; men alligevel nåede man ikke frem til at adskille retten fra formularen eller til at udforme en almindelig regel om aftalers forbindende kraft begrundet i parternes vilje. Man nåede dog vidt i denne retning, ligesom man anerkendte såvel tvang som svig som ugyldighedsgrunde. — I Skandinavien og England nåede man først hertil i slutningen af det 17. og begyndelsen af det 18. århundrede. I den følgende periode får den juridiske uddannelse virkelig indflydelse på retsanvendelsen gennem indførelsen af juridisk embedseksamen med studiet af naturret og romersk ret[9]. Allerede tidligere havde den kanoniske ret, som havde kirkelig jurisdiktion, haft indflydelse gennem sine krav om positivt bevis, ærlighed og næstekærlighed; vidnebeviset fik dog ikke almindelig anvendelse i verdslige sager før i det 16. århundrede[10]. Medens tvang i dansk ret har rødder tilbage til Jydske Lov, har Danske Lov ikke regler om svig m. v., men *Thøger Nielsen* antager, at ugyldighedsreglerne i aftl. §§ 28-30 og 33 i det væsentlige har været anerkendt i praksis siden Danske Lovs tid (1683) [11].

Det er dog hverken procesrettens udvikling eller naturretens og romerrettens påvirkning, der alene har fremkaldt ændringerne i aftaleretten i individualistisk retning. Alene den omstændighed, at romersk ret og især kanonisk ret, som har været kendt siden 12. århundrede, ikke straks fremkaldte større ændringer, tyder på, at udviklingen forudsatte ændringer i de sociale og økonomiske forhold, der igen inspirerede til den ideologiske formulering i naturretten. — Den økonomiske og politiske magt har med handelens opblomstring forskudt sig fra feudaladelen til borgerskabet; borgerskabets ideologi er naturligt knyttet til omsætning og ejendom, og den naturretlige tænkning er da også i højeste grad koncentreret omkring kontrakten, såvel i statsretten (samfundskontrakten, som er grundlaget for retsordenen, og hvorefter al ret afledes) som i privatretten. Den følgende tid er behersket af den liberale økonomi, hvis fundament er forestillingen om menneskenes lighed og frihed

9. Thøger Nielsen, *Studier* p. 24 ff.

10. Kolderup Rosenvinge, *Retshistorie* (3. oplag) p. 353 f; i købstæderne var det dog anvendt allerede fra 14. århundrede.

11. *Studier* p. 241 ff.

begrundet i deres fornuft. Den enkeltes frie vilje er den øverste retsgrund for al retsstiftelse.

Da de enkelte mennesker principielt er lige og frie, er det overalt det store problem for naturretten at begrunde adgangen til gennemtvinding af en „fuldkommen“ retlig i modsætning til en „ufuldkommen“ etisk pligt[12]. Her var kontrakts- og overenskomstkonstruktionen den almindeligt accepterede metode. På det offentligretlige plan henviste man til „samfundskontrakten“ i forskellige varianter. Nogle benyttede konstruktionen nærmest formelt som forsvar for en vidtgående retspositivisme bl. a. Hobbes, der mente, at man ved at tilslutte sig et samfund accepterede dets love. Andre drev overenskomstprincippet ud i det meningsløse og var i stand til endog at forklare eksekutionen af en dødsdom som udslag af delinkventens ganske vist fingerede samtykke[13]. — På det privatretlige plan spillede overenskomsten en tilsvarende rolle som *tilladelse* for en anden til at råde over ting eller gerninger, som ellers tilhørte løftegiveren, som altså ikke „fornærmes“ ved, at løftemodtageren herefter vil råde over *hans rettigheder*[14]. Man drog forskellige konsekvenser af konstruktionen både med hensyn til indgåelsen og fortolkningen. Uden nødvendighed antog man, at en „fuldkommen“ ret ikke var stiftet, før et løfte er accepteret, thi ingen kan mod sin vilje tilkomme en rettighed[15]. Hermed var *overenskomstprincippet* blevet til; begrundelsen er unægtelig noget søgt, og realiteten er også snarere den samme, som er fremtrædende i romersk og engelsk ret, nemlig utilbøjeligheden til at anerkende en ensidig forpligtelse (uden causa, consideration, vederlag), en tendens, som også kan iagttages i ældre dansk ret, hvor ensidige eller uopfyldte gensidige kontrakter i vidt omfang kunne fragås[16]. — Desuden måtte overenskomsten være ugyldig på grund af umyndighed, tvang, svig og vildfarelse og umulighed, da der i disse tilfælde ikke forelå noget egentligt samtykke; med hensyn til tvang og svig desuden på grund af „fornærmelsen“, der kan kræves „erstattet“; med hensyn

12. Ross, 1. c. p. 25 ff.

13. Niels Lassen, Viljen som Forpligtelsesgrund p. 13.

14. Se bl. a. L. Nørregaard, Naturrettens første Grunde (1784) p. 223.

15. Konstruktionen har rod i den romerretlige kontraktsformular „consensus“, som imidlertid ikke som den senere naturret var baseret på viljen, Hägerström 1. c. p. 588 ff; Thøger Nielsen 1. c. p. 226 ff.

16. Rosenvinge 1. c. p. 230 f, Larsen, Skrifter, bd. 1, p. 464, U 1962B.168 f.

til umulighed, fordi det strider mod den lovendes naturlige evner [17]! — Herigennem er *viljesprincippet* knæsat. De fornødne begrænsninger i viljesprincippet foretog man ved indførelsen af „væsentlighedskriteriet“: kun hvis vildfarelse angår kontraktens „egentlige“ genstand, kan den medføre ugyldighed; er hindringen overvindelig og altså „tilregnelig“, må den, der har taget fejl, erstatte medkontrahenten hans tab. Sondringen mellem væsentlig og uvæsentlig vildfarelse får siden afgørende betydning for udformningen af en almindelig forudsætningslære[18]. Da senere kontraktskonstruktionen med Kant forkastes som basis for den offentlige ret, er vejen banet for en ren retspositivisme, dog formelt stadig knyttet til viljen i form af „fællesvilje“ o. l. (romantisk-historiske skole, positivismen), herhjemme repræsenteret af Bornemann. Det er ejendommeligt, at kontraktskonstruktionen med viljen som retsgrund fortsat hævdedes indenfor privatretten og endog videreudvikledes til en forrygende viljesmetafysik sammenblandet med en vidtgående fiktionsteknik, hvormed man tilslørede de reelle hensyn bag en fra Kant og Hegel afledt sædelighedsmetafysik[19].

I *engelsk* ret har man som nævnt vel tilsluttet sig den løsning, som praktisk følger af overenskomstprincippet, hvorimod man ikke har accepteret den rene viljesteori. Sondringen mellem stærke og svage ugyldighedsgrunde begrundet i praktiske hensyn har gammel rod i engelsk ret[20]. — Her i landet havde allerede Ørsted [21] for svigs vedkommende antaget, at løftemodtagerens gode tro er af betydning, og i det hele taget synes dansk praksis allerede i det 18. århundrede at have accepteret en *bona fide* betragtning[22]. — Denne linie videreførtes af *Aagesen* og *Goos*, der helt omformulerede aftaleretten. Allerede i midten af 19. århundrede udviklede Goos det såkaldte *forventningsprincip*. Ifølge dette er aftalens retsgrund ikke den erklærendes vilje, men løftemodtagerens forventning[23]. Princippet om tro og loves ubrødelighed var i første

17. Hägerström p. 622 ff, Nørregaard l. c.

18. Thøger Nielsen l. c. p. 246 ff.

19. Jfr. Niels Lassen p. 1. ff.

20. Cheshire & Fifott, Law of Contract (1960) p. 20 ff.

21. Håndbog V p. 101 ff.

22. Thøger Nielsen, Studier p. 234 ff, især p. 254 ff.

23. *Aagesen*, Universitetets Festskrift 1871 p. 71 og 1872 p. 28 ff, *Goos*, Alm. Retslære I p. 222.

række udformet for at begrunde *løftets* forpligtende kraft[24], men fik betydning såvel for ugyldigheds- som fortolknings- og forudsætningslæren. — Der er næppe tvivl om, at Goos har fået inspirationen til sin lære i England, hvor han studerede hos utilitaristerne, præget som den er af omsætnings- og nyttehensyn; også Goos' anden store teoretiske nydannelse, retsstridighedslæren, var sandsynligvis inspireret derfra[25]. — Som tidligere nævnt forkastede Niels Lassen forventningsprincippet som konstruktion med den begrundelse, at det bevægede sig i en cirkel, når det måtte indføre forbedret „begrundet“. Niels Lassen ville rette opmærksomheden direkte mod de praktiske hensyn, en opfattelse, vi senere finder også hos Ussing[26]. Alligevel er det ejendommeligt, at de gamle principper hos Ussing synes at leve videre *dels* i hans forudsætningslære, hvor parternes forventninger i den ene eller anden form spiller en væsentlig rolle[27], *dels* i den centrale stilling, begrebet „*afgivelse*“ har for hans fremstilling. — På dette punkt synes Ussing ligesom aftaleloven tankemæssigt at være knyttet til det liberale og individualistiske 19. århundrede.

Uanset at allerede Goos og Niels Lassen fuldt ud gjorde det klart, at viljen ikke er tilstrækkelig retsgrund, men at retsvirkninger kun knyttes til viljeserklæringer i det omfang, dette er hjemlet af retsreglerne, spiller viljesmomentet stadig en betydelig rolle i loven og i teorien. — Aftaleloven taler i kap. I om formueretlige „retshandler“ og i kap. III om ugyldige „viljeserklæringer“. I de danske motiver p. 70 udtales, at udkastet med begrebet „retshandel“ henholder sig til den „almindelige opfattelse“: Den viljeserklæring, der går ud på at stifte, forandre eller ophæve ret. — Aftaleloven, der ikke er udtømmende, (Motiver p. 21) giver altså tilsyneladende kun regler om private viljeserklæringer, men udtaler sig ikke om, hvornår nogen iøvrigt pådrager sig retlig forpligtelse. — Nu kan situationen imidlertid opfattes på tre forskellige måder:

24. Se også Niels Lassen 1. c. p. 52 ff; Lassen forkastede imidlertid forventningsprincippet som konstruktion (p. 70 ff); *Jul. Lassen* sluttede sig til *Goos*, Obligationsretten, Alm. Del (1. udg.) p. 25 ff; se U 1885.2, 65 og 97 ff.

25. Jfr. *Juristen* 1963.306.

26. *Aftaler* p. 25 f.

27. L. c. §§ 41-42.

1) Lovens retshandelsbegreb er ikke afhængigt af udkastets opfattelse, men afhængigt af hver tids opfattelse; i så fald er der ikke noget i vejen for at betragte retsstiftende kendsgerninger som retshandler, selvom de ikke er viljeserklæringer (i snæver forstand).

2) Viljeserklæringer er ikke nødvendigvis afhængige af, at der *in concreto* foreligger en erklæring, der er udtryk for afgiverens vilje, blot der foreligger omstændigheder, som *typisk* kan være udtryk for en sådan; i så fald er det også muligt at henføre en del tvivlsomme tilfælde under aftaleloven. Aftalelovens § 32 kan synes at støtte denne opfattelse, eftersom det normalt ikke er den virkelige, men den erklærede vilje, som er afgørende for retsvirkningerne; § 32 omhandler ganske vist efter ordene kun den situation, at erklæringen får et andet indhold end tilsigtet, ikke at der slet ikke er afgivet nogen erklæring. Ussing antager dog, at aflt. § 32 også må kunne anvendes på *fejlagtig afgivelse*[28].

3) Viljeserklæringer foreligger kun, hvis der *in concreto* foreligger en erklæring, der er i overensstemmelse med promittentens vilje; i så fald vil en lang række tilfælde af forpligtelser ikke kunne begrundes med henvisning til aftaleloven.

Naturligvis er det hele i vidt omfang et terminologisk spørgsmål, idet som nævnt ingen tvivl hersker om, at aftalelovens regler ikke kan anses for udtømmende. Ganske ligegyldigt er det dog ikke, idet aftaleloven afgør, at (retshandler) „viljeserklæringer“ normalt har retsvirkninger i overensstemmelse med adressatens beføjede forståelse. Derimod er det ikke ligeså klart, i hvilke tilfælde løftemodtagerens „forventninger“ medfører, at andet end „viljeserklæringer“ får retsvirkninger. På en måde må det derfor anses for en fordel, at aftaleloven i hvert fald med sikkerhed fastslår, at visse omstændigheder medfører retsvirkninger. På den anden side ville man netop i disse tilfælde næppe være i tvivl. Værre er det, hvis terminologien fører til at lægge større vægt på nogle omstændigheder, end praktiske hensyn kan motivere.

C. Udenlandsk ret.

1. I *engelsk* ret har viljesbegrebet — bortset fra en kortere periode i forrige århundrede — ikke spillet nogen afgørende rolle for engelsk-amerikansk aftalerets regler om aftalers indgåelse. „If the parties have to all outward intents and purpose agreed in the same

28. Aftaler p. 40 („Grundsætningen i aflt. § 32“).

terms upon the same subject-matter, neither can deny that he intended to agree. For the law is concerned with conduct rather than with intention“[29]. Udgangspunktet er objektivt og præget af forretningshensyn: „An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain“[30]. — „The law will attribute to him the intention which would be inferred by a *reasonable man* from an observation of his actions or statements“[31]. Da engelsk ret ikke tillægger løftet bindende virkning, før det er accepteret, har begrebet „communication“ nærmest været betragtet som en selvfølge, idet adressaten jo ellers ikke kan acceptere [32]. — Accepten må også være „communicated“ d. v. s. „external manifestation of assent“[33]. Iøvrigt er reglerne om „mistake“ i engelsk ret systematisk stærkt afvigende fra dansk ret; men mulighederne for at påberåbe sig „mistake“ i betydningen „fejltagelse“ og „fejlagtig afgivelse“ er meget begrænset overfor en godtroende løftemodtager. I reglen kan *error in motivis* ikke gøres gældende, og iøvrigt kun „fundamental mistake“[34]. Dog er det antaget, at den, der underskriver et dokument, som er „fundamentally different in nature“, ikke bliver forpligtet, selv om adressaten eller tredie-mand er i god tro, medmindre der er tale om godtroende erhververe af et negotiabelt dokument. Denne regel har udviklet sig på grundlag af det gamle princip *non est factum*, hvorefter man kun kunne fragå et forseglet dokument ved at gøre gældende, at det ikke var „hans dokument“. På grundlag heraf opstod senere en regel om, at analfabeter kunne fragå et skriftligt dokument, som ikke svarede til aftalen[35]. — I forrige århundrede udvidedes reglen til at gælde andre end analfabeter, men man har iøvrigt søgt at begrænse princippet. Underskriveren er dog aldrig forpligtet, medmindre han har handlet uagtsomt. En nyere dom, hvorefter en *uagtsom* underskriver end ikke er forpligtet, medmindre dokumentet er negotiabelt, bliver stærkt kritiseret[36]. — Iøvrigt må man erindre, at mindre-

29. Chitty, On Contracts (22. ed.) p. 54.

30. Cheshire & Fifoot p. 21 f, Atiyah p. 20 ff.

31. Wilson, The Law of Contracts (1957) p. 15.

32. Chitty p. 56, Wilson p. 20, Atiyah p. 34.

33. Cheshire & Fifoot p. 37, Chitty p. 72, Wilson p. 23, Atiyah p. 37.

34. Chitty p. 191 ff, Cheshire & Fifoot p. 174 ff, Wilson p. 96 ff, Atiyah p. 41 ff.

35. Chitty p. 218 ff, Cheshire & Fifoot p. 205 ff.

36. Cheshire & Fifoot 1. c.

årighed er den eneste indsigelse vedrørende habiliteten, som kan fremsættes overfor en godtroende løftemodtager, (og altså ikke fornuftsmangel o. l.), at selv mindreårige i vidt omfang er forpligtede[37], og at herudover kun *duress*, som har et noget snævrere indhold end aftl. § 28[38], kan gøres gældende overfor godtroende løftemodtagere bortset fra form- og indholdsmangler. — Alt i alt må det siges, at skønt „consent“, „intention“ og lignende udtryk benyttes i vid udstrækning, har problemet om „afgivelse“ og „viljesmangel“ ikke tiltrukket sig større opmærksomhed i engelsk ret, utvivlsomt sammenhængende med, at man i det hele taget ikke har opstillet en almindelig lære om „vildfarelse“. — Alt i alt er det dominerende indtryk af engelsk kontraktsret dennes objektive beskaffenhed, uden at man på noget tidspunkt synes at have opstillet noget egentligt „forventningsprincip“ eller „erklærings- eller tilidsteori“; men reglerne har udviklet sig i praksis under hensyn til det praktiske forretningslivs behov og uden nogen vidtgående teoretisk analyse.

Engelsk ret kender ikke nogen almindelig forudsætningslære. Som nævnt behandles det, vi kalder „urigtige forudsætninger“, under betegnelsen „mistake“, medens „bristende forudsætninger“ systematisk behandles som „frustration“. Som nævnt sonderer man mellem „common mistake“, „mutual mistake“ og „unilateral mistake“. „Common mistake“ svarer nærmest til „typeforudsætning“ efter vor terminologi og medfører ugyldighed; begrebet indebærer, at parterne har indgået en kontrakt, idet tilbud og accept svarer til hinanden; parterne har sagt og ment det samme, men har begge været ukendt med et faktum, som berører „the very foundation of the contract“. I praksis har denne retsfigur kun været anvendt i meget begrænset udstrækning til at fritage skyldneren for erstatningspligt for „oprindelig umulighed“[39]. I en nyere dom (*Solle v. Butcher*, (1950) I K. B. 671) er det dog antaget, at domstolene har mulighed for at anvende andre retsmidler i *equity* til at ændre parternes forpligtelser på grund af *common mistake*[40].

Som nævnt behandles i læren om „mutual“ og „unilateral“ mistake det, vi systematisk kalder „viljesmangel“, idet individuel *error*

37. Cheshire & Fifoot p. 333 ff.

38. Chitty p. 331 ff.

39. Wilson p. 264 ff, Cheshire & Fifoot p. 176 ff, Atiyah p. 130 ff.

40. Wilson p. 277 f, Cheshire & Fifoot p. 185 f, se dog Atiyah p. 211 f.

in motibus principielt er uden betydning[41]; her må man imidlertid erindre sig engelsk rets regler om „misrepresentation“ og ansvar for mangler. Man hæfter i vidt omfang for urigtige oplysninger, for så vidt som selv sådanne fremsat i god tro giver ret til „rescission“ (ophævelse), men i almindelighed kun til erstatning, når der foreligger svig[42]. En sælger er ansvarlig for kvalitetsmangler, hvis køber har angivet et bestemt formål, og han stoler på sælgers sagkundskab.

I nyere kontraktsret understreges kraftigt, at disse regler i højere grad vedrører en objektiv risikofordeling end parternes „intention“, og at reglerne må betragtes som en helhed[43]. Denne betragtning har især været fremført ved „frustration“[44]. — Begrebet „frustration“ indførtes i engelsk ret i 1863 (Taylor v. Caldwell). Det antages, at den kontraktlige forpligtelses „absolutte“ karakter, som var fastslået i *Paradine v. Jane* (1647) med den begrundelse, at man jo har adgang til at tage ethvert forbehold, ikke kunne gælde, når det var umuligt at opfylde. Snart efter blev grundsætningen om *frustration* anvendt på tilfælde af „frustration of the common venture“. Oprindeligt blev begrebet indført under devisen „implied term“, men i en ny dom i House of Lords[45] har flertallet indført kriteriet „radical change in the obligation“ og forkastet den subjektive begrundelse som en fiktion; det afgørende er domstolens skøn over, om den ændrede situation medfører sådanne ændringer i byrden i forhold til den vedtagne, at der kan siges at foreligge en ny situation. Dette er ikke det samme som en almindelig diskretionær beføjelse for domstolene til at ændre byrdefulde forpligtelser; man må fastholde den oprindelige situation som sammenligningsgrundlag[46]. I den nyere teori er lignende synspunkter anvendt på „common mistake“, hvis slægtskab med „frustration“ understreges[47].

41. Cheshire & Fifoot p. 194 f, Wilson p. 122 f.

42. Wilson p. 146, Chitty p. 261 ff, Cheshire & Fifoot p. 224 f. Reglerne kritiseres af Law Reform Committee, 26 *Modern Law Review* (1963) p. 292.

43. Wilson p. 264 ff, Atiyah p. 41 ff, p. 127 ff.

44. Chitty p. 1171 ff, Cheshire & Fifoot p. 462 ff, Wilson og Atiyah l. c.

45. *Davis Contractors v. Fareham* (1956) A. C. 696.

46. Chitty p. 1182 f.

47. Wilson p. 264 ff, Atiyah p. 127 ff, Reynolds, (1963) 79 *LQR* p. 534 ff.

„Forudsætningslæren“ fremstilles således i sin helhed som en objektiv risikofordelingsmetode. I *Davis Contractor* udtaler *Lord Reid*, at det i praksis ofte vil give det samme resultat, hvad enten man benytter den subjektive eller objektive metode. Alligevel er det af værdi at understrege „the true basis of the law of frustration“. For det første vil der i grænsetilfælde være mulighed for forskellige afgørelser; dernæst kan en fiktiv begrundelse for dommerne tilsløre, hvilken funktion de i virkeligheden udfører.

2. Den samme tendens kan iagttages i tysk ret, hvor tyngdepunktet efterhånden har forskudt sig fra *Windscheids* lære om „die Voraussetzung“ over *Oertmans* lære om „die Geschäftsgrundlage“ ifølge hvilken det er dommernes opgave gennem „einer korrigierenden Vertragsauslegung“, „diejenigen Rechtsfolgen aufzufinden, die im Sinne des konkreten Vertrages und des jedem gegenseitigen Verträge immanenten Maßstabes der ausgleichenden Gerechtigkeit gelegen sind“ [48]. Bortfald af det objektive „Geschäftsgrundlage“ kan især forekomme i form af „Äquivalenzstörung“ og „Zweckvereitelung“; den almindelige vildfarelslære behandles stadig i privatrettens almindelige del. Motivvildfarelse (oprindelige subjektive forudsætninger) er ligesom i engelsk ret som hovedregel irrelevant; men foreligger der en „fælles vildfarelse“, „subjektive Geschäftsgrundlage“, kan denne få betydning og i tysk ret oftere end i engelsk ret [49]. Dog spiller viljesmomentet stadig en grundlæggende rolle for tysk aftaleret. I bogstavelig forstand må der foreligge en *vilje* og en *erklæring*, for at løftegiveren overhovedet bliver forpligtet, og erklæringen må desuden være båret af *retshandelsvilje*. Selv i sidste fald og iøvrigt når erklæringen får et andet *indhold* end tilsigtet, kan retshandlen anfægtes; i sidstnævnte tilfælde kan den godtroende medkontrahent dog kræve den negative kontraktsinteresse erstattet. (BGB §§ 116-122) [50]. — Alt i alt må man konstatere, at tysk aftaleret i langt ringere grad end engelsk begrundes i hensynet til den godtroende omsætning, hvilket formentlig også hænger sammen med den systematiske behandling i privatrettens almindelige del.

48. Karl Larenz, *Schuldrecht I* (3. Ausg.) 1958 p. 200 ff.

49. Se om denne lære Enneccerus-Nipperdey, *Allg. Teil* (2. Bd.) p. 1072 ff, Esser, *Schuldrecht* p. 384 ff.

50. Enneccerus-Nipperdey 1. c. p. 896 ff.

Karakteristisk er det, at man systematisk behandler de fleste af de herhenhørende fænomener i forbindelse med stiltiende løfter („konkludente“ eller „schlüssige Handlungen“) og taler om *Vermutete und unechte Willenserklärungen*[51]; især i sidstnævnte tilfælde, hvor loven taler om, at visse omstændigheder „gælder“ for en retshandel, er det klart, at man er ude i fiktioner[52]. Det fremhæves, at „kontraktsvirkninger“ på grundlag af „faktische Vertragsverhältnisse“ udenfor lovhjemlede tilfælde kun bør anerkendes i *undtagelsestilfælde*, hvor *hensynet til omverdenen* gør det nødvendigt. Som hovedregel fører *tillidsprincippet* ikke videre end til negativ kontraktsinteresse[53]. Visse tilfælde af manglende reklamation behandles i denne forbindelse, medens den almindelige reklamlationslære — ligesom i engelsk ret — behandles under betegnelsen „Verwirkung“ i afsnittet om fordringers ophør[54].

Specielt med hensyn til de retsstiftende kendsgerninger er der en lignende principiel forskel på tysk og engelsk metode, idet man dog i nyere tysk teori og praksis har haft vanskeligt ved systematisk at bevare enheden. — I engelsk ret har spørgsmålet på grund af udgangspunktet ikke tildraget sig så stor interesse. Det er ganske klart, at en forpligtelse kan opstå på grund af en handling eller undladelse; det afgørende er her, hvad en almindelig fornuftig mand med rimelighed indlægger i andres optræden[55]. — I tysk ret har man haft vanskeligt ved at klare problemet. På den ene side fastholder man, at en retshandel forudsætter retshandelsvilje. På den anden side anerkender man, at „socialtypischen Verhalten“ kan få retshandelsvirkning uden hensyn til den handlendes vilje[56]. Det altdominerende udgangspunkt er dog retshandelen og den forudsatte vilje. Ganske vist anerkendes det, at ikke viljen alene, men

51. Enneccerus-Nipperdey II p. 945 ff. — Se om tysk ret også Karlgren, *Studier I* p. 64 ff.

52. Jfr. Larenz I p. 52.

53. BGB § 122 (om vildfarelse), Enneccerus-Nipperdey I. c. p. 949.

54. Enneccerus-Nipperdey I. c. 950 ff og p. 1398 ff. Se også Ulf Cervin, *Om Passivitet inom Civilrätten* p. 78 ff; Cervin har tilsyneladende overset, at visse reklamationstilfælde behandles i retshandelslæren.

55. Chitty p. 59 og 63 (Acceptance inferred from Conduct), Kap. 13 især p. 662 (Implied Terms, inferred agreement), p. 1530 ff (Laches d. v. s. Passivitet).

56. Palandt, BGB p. 60 f, Larenz I p. 52 f og § 4 II.

viljen i forbindelse med *retsreglerne* skaber ret; udgangspunktet er grundlovens princip (GG Art. 2) om privatautonomien[57].

D. Teorien.

Spørgsmålet om inddelingen af de retsstiftende kendsgerninger har været genstand for megen diskussion i nyere skandinavisk teori. Ussing sonderer mellem *retshandler* og *kvasiløfter*, idet han lægger afgørende vægt på, at *retsvirkningerne* af en optræden i visse tilfælde kan blive den samme som et løfte; det afhænger helt af praktiske overvejelser, hvorvidt en optræden skal have denne virkning, og Ussing fremhæver, at reglerne er under udvikling[58]. Uanset at Ussing som nævnt systematisk lægger stor vægt på afgivelsen, er han dog reelt på det rene med, at det ligeledes må afgøres på praktisk grundlag, hvor meget der kan kræves i så henseende overfor en modtager i god tro[59]. — Også *Karlgren* behandler spørgsmålet om afgivelsens betydning. Opfattelsen er nærmest den, at aftalelovens § 35 *de lege lata* forudsætter, at afgivelse er en betingelse for aftalevirkning, men at dette ikke kan *begrundes* med henvisning til „manglende vilje“. Derimod går *Karlgren* meget vidt i retning af at indrømme den godtroende adressat erstatning for negativ kontraktsinteresse også uden culpa[60]. *Karlgren* anser iøvrigt en erklæring for et tilbud, selv om den er tilbagekaldelig, når blot den kan accepteres uden yderligere medvirken fra den erklærende[61]. Iøvrigt tilslutter *Karlgren* sig et retshandelsbegreb som knyttet til et „objektivt erklæringsindhold“, der får retsvirkning, medmindre særlige forhold indtræder. Retshandlen er et redskab, hvorved retsordenen overlader til de private gennem anvendelse af „imperativer“ at sætte de typiske retsvirkninger i kraft, medmindre det fremgår af andre (kendelige) omstændigheder, at dette ikke var meningen[62]. — *Arnholm* anvender begrebet „*dispositivt ud-*

57. Enneccerus-Nipperdey I § 49 I.

58. Aftaler p. 399 f.

59. L. c. p. 40 ff.

60. Studier p. 51 ff, Avtalsrättsliga Spörsmål (2. udg.) p. 33 ff.

61. Jfr. Studier p. 151 f, men Ussing p. 30, Vahlén p. 18 f, (ret til tilbagekaldelse i modsætning til opfordring ifølge § 9), se også NDS 1963.255.

62. Avt. Spm. p. 181 ff; (Hägerström: Fantasiforestillinger i imperativ form).

sagn“ som fællesbetegnelse for de retsstiftende kendsgerninger[63]. Som hovedeksempler fremhæves retshandler og uegentlige retshandler d. v. s. kvasiretshandler. Arnholm understreger, at denne sondring ikke bør forlede til den slutning, at retshandler på en eller anden måde er af højere orden end kvasiretshandlerne. Derimod antages, at aftalelovens regler ikke direkte, men vel i det omfang, det findes begrundet — analogt, kan anvendes på kvasiretshandler[64], f. eks.: tilegnelseshandlinger, opfyldelseshandlinger og passivitet. Arnholm antager iøvrigt tillige, at passivitetsvirkningernes begrundelse er en anden end udsagnets: i første tilfælde skyldes det hensynet til partsautonomien d. v. s. at give folk adgang til at disponere som de selv ønsker. Når udsagnet også binder, selvom hensigten mangler[65], er det et nødvendigt offer for at gøre udsagnet tjenligt til at udfylde sin opgave. Når passiviteten får retsvirkninger, er det derimod nærmest begrundet i et loyalitetssynspunkt, d. v. s. man bør søge at afværge tab for andre, når det ikke stiller store krav til én selv[66].

Ross slutter sig til Arnholms terminologi og definerer „dispositive udsagn“ på grundlag af retsvirkninger uden hensyn til, om de er sproglige tilkendegivelser, symboler, handlinger eller undladelser, og uden hensyn til, om de er begrundet i en dispositiv hensigt eller ikke. Udsagnet forpligter ikke, fordi det er båret af en vilje eller beslutning til forpligtelse. Omvendt kan man gå ud fra, at fordi retsordenen forlener det med „forpligtende kraft“, kan man normalt gå ud fra, at den, der benytter sig af det, har til hensigt at forpligte sig, på samme måde som man normalt må gå ud fra, at den, der affyrer en revolver mod en anden, har til hensigt at berøve ham livet; forsåvidt et udsagn af en vis type konventionelt er forpligtende, kan man normalt gå ud fra, at dets fremsættelse indikerer en dispositiv hensigt. „Opgaven er derfor ud fra hensigtsmæssighedsovervejelser og med støtte i konventionel opfattelse at drage grænsen for, hvornår bordet fanger.“ — Ross tænker her i særlig grad på *sondringen mellem tilbud og opfordring til at give tilbud*, som i sine konsekvenser medfører en begrænset hensyntagen til viljes- og overenskomstprincippet. Ross vil dog alligevel holde de

63. Almindelig Avtalerett §§ 2-6.

64. L. c. p. 70, p. 200 (om ugyldighed).

65. Arnholm går vidt i så henseende l. c. p. 271 ff.

66. L. c. p. 72.

såkaldte „kvasidispositioner“ udenfor det „egentlige“ (!) dispositionsbegreb under hensyn til, at de „frembyder forskellige særegenheder“ [67].

Ulf Cervin har derimod taget skridtet fuldt ud, og på grundlag af tillidsteorien, som anses for almindeligt antaget, betragter han passivitet og undladt reklamation som en „viljeserklæring“ [68].

Som tidligere nævnt er spørgsmålet ikke af overvældende stor praktisk betydning. I sidste instans bliver det et spørgsmål om hensigtsmæssigheden i at anse tilfælde af „manglende afgivelse“ og „kvasidispositioner“ for omfattet af aftaleloven [69]. — Da aftalelovens regler ikke er udtømmende [70], er der intet i vejen for at anvende lovens regler analogisk på beslægtede tilfælde. På den anden side er der ingen tvivl om, at aftalelovens regler, især kap. III, er anvendelige på opfordringer til at give tilbud (§ 9) og på andre tilbagekaldelige dispositioner. Iøvrigt er det ganske utvivlsomt, at der kan opstå „aftalevirkninger“, selvom der efter traditionel opfattelse ikke foreligger en „viljeserklæring“.

1. Manglende afgivelse.

a. Afgivelsesvilje.

Der er ingen anledning til at holde tilfælde af „manglende afgivelse“ udenfor det sædvanlige retshandelsbegreb, hvor det „dispositive udsagn“ hører til den traditionelle type af sproglige tilkendegivelser. Om den således „ufuldkomne“ disposition er *forpligtende*, er en anden sag, der i hvert fald ikke kan udledes af deduktioner fra viljesbegrebet [71]. Modsætningsslutninger fra aftl. §§ 1 og 35 kan

67. Ret og retfærdighed p. 281 ff.

68. Om Passivitet inom Civilrätten p. 172 f og 216 ff, jfr. Ussing 1. c. p. 399, m. note 53.

69. Vahlén, 1. c. p. 10 ff.

70. Dansk Udkast p. 21.

71. Ussing 1. c. p. 44 (Afgivelse skal være en „viljesakt“; Ussing må dog selv modificere sit standpunkt, når disponenten *taber* et brev); i det hele taget er begrebet „vilje“ selv for psykologerne en vanskelig størrelse, jfr. Arnholm p. 28; som Ussing, Stang, Indledning til Formueretten p. 252 f; henimod Karlgren, Studier p. 56, Avt. Spm. p. 33, Arnholm p. 268 ff.

ikke være afgørende[72]. Afgørelsen må træffes ud fra en afvejelse af parternes gennemsnitlige interesser[73]. Overfor en godtroende modpart vil „disponenten“ kunne blive forpligtet, selvom der ikke foreligger „afgivelsesvilje“[74], og selvom der ikke foreligger „retshandelsvilje“[75]. — Privatautonomien er stadig grundlæggende for dansk som anden europæisk aftaleret. Den omstændighed, at „frivilligheden“ således er et væsentligt hensyn til begrundelse af aftaleretten som *retsinstitut*, kan imidlertid ikke føre til at tillægge dette moment afgørende betydning ved den nærmere udførelse i detaljer[76]. Dette fremgår også med tydelighed af aftl. §§ 29-33 m. v. — Hensynet til sikkerheden i omsætningen taler stærkt imod hensyntagen til disponentens „vilje“. Når man alligevel i et vist omfang beskytter disponenten, kan det som regel begrundes med hensynet til at værne ham mod forpligtelse i tilfælde, hvor han *ikke er i stand til at værne sig selv*. Under denne synsvinkel må man se reglerne i mdhl. §§ 44 og 65[77], der dog efter omstændighederne hjemler den godtroende modpart erstatning. Det samme gælder reglerne om mekanisk og voldelig tvang i aftl. § 28, der kræver reklamation, når den uimodståelige tvangssituation ophører, og reglerne om falsk[78]. Derimod er det et spørgsmål, om ikke disponenten i et vist omfang burde hæfte for forfalskninger, idet han jo ofte ville være i stand til at afværge dem ved anvendelsen af almindelig agtpågivenhed[79]; noget tilsvarende gælder for reglen i aftl. § 32, 2. stk.[80]. I hvert fald burde den, der anvender egne bude, ikke kunne slippe med at erstatte den negative kon-

72. De danske motiver til § 35 (udkastet § 36) p. 86 indeholder dog en forudsætning herom: „Når en skriftlig viljeserklæring ikke er udgivet af udstederen, men uden hans vilje frakommer ham og af en uvedkommende bringes til den, som den efter sit indhold er rettet til, er den *i almindelighed* uforbindende for udstederen“. — De fremhævede ord viser, at lovens forfattere selv var i tvivl; se modsat Karlgren, Avt. Spm. p. 33, Vahlén p. 10 f.

73. Arnholm p. 268 ff.

74. Ussing p. 44.

75. Karlgren, Studier p. 81 ff.

76. Jfr. Hellner, Sv. J. T. 1956. p. 1 ff.

77. Som går videre end engelsk ret, jfr. ovf.

78. Ussing p. 41 f.

79. Karlgren, Avt. Spm. p. 34 ff.

80. Karlgren 1. c. p. 27 ff.

traktsinteresse. Iøvrigt kan der være grund til at skærpe disponentens erstatningsansvar, for såvidt han ikke bliver bundet[81].

Reglen i aftl. § 32, 1. stk. kan til dels begrundes ud fra samme synspunkt; typisk kan man undgå de nævnte „fejltagelser“, hvorfor man ikke kan undgå at blive forpligtet[82]. Hvor disponenten iøvrigt savner „afgivningsvilje“, må det afgøres efter omstændighederne, om han har handlet uagtsomt, og om han derfor efter omstændighederne må bære risikoen for, at en ubeføjet person formidler „udsagnet“ til adressaten[83].

b. Retshandelsvilje.

På samme måde kan disponenten blive forpligtet, selvom han ikke har „retshandelsvilje“, når adressaten er i god tro, og disponenten burde have forstået, at hans optræden kunne misforstås[84]. Han har f. eks. lagt et forkert brev i postkassen, handlet i spøg[85], underskrevet et dokument uden at sikre sig i hvilken egenskab (vit-terlighedspåtegning)[86]. Har disponenten derimod foretaget *bevidste* handlinger i et miljø, hvor dette sædvanligvis opfattes som en disposition f. eks. under en fiskeauktion, må det ligesom ved kutymen være afgørende, om gæsten kendte eller burde kende konventionen[87]; men vidste han, at der gjaldt særlige regler i et givet miljø, vil han ikke kunne påberåbe sig ukendskab til de specielle „signaler“ og deres „betydning“; her fanger bordet. — På samme måde må disponenten hæfte for „uvilkårlige“ ytringer, hvis han indlader sig i situationer, hvor han kan forudse, at hans optræden kan misforstås[88]. På samme måde er det ikke uden videre givet, at disponenten skal kunne påberåbe sig, at han handlede uden bevidsthed, men reglen i mdhl. § 65 kunne tale herfor; iøvrigt vil adressaten i disse tilfælde vanskeligt kunne være i god tro. — At

81. Karlgren 1. c. p. 11 ff, Ussing p. 128 f.

82. Jfr. U 1961B.178.

83. Jfr. om forholdet til trediemand, gbl. § 15, 1. stk. V. L. § 17, Chl. § 22, aftl. §§ 35 og 34, og om udfyldte skriftlige erklæringer, Ussing 1. c. p. 305 ff.

84. Ussing p. 40, Arnholm p. 273 ff.

85. Ussing p. 174.

86. Her vil Arnholm mærkeligt nok ikke gå videre end til neg. kontraktsinteresse, p. 274.

87. Ussing p. 439 f.

88. Se derimod Ussing p. 44, Arnholm p. 274 f.

dispositionen med føje opfattes som vedrørende en anden end adressaten, kan normalt ikke påberåbes af disponenten[89].

2. *Kvasidispositioner.*

Som begrundelse for ikke at betragte de såkaldte „*kvasidispositioner*“ som retshandler, kan man anføre, at aftalelovens regler ikke passer særlig godt på dem, hverken kapitel I eller III. — Det karakteristiske for de fleste „*kvasidispositioner*“ er, at de ikke er, hvad man i tysk ret kalder „*empfangsbedürftige*“, d. v. s. de behøver ingen afgivelse eller modtagelse. Dette gælder f. eks. både tilegnelseshandlinger, visse leveringshandlinger og passivitet. I det omfang en optræden virker som løfte, indtræder løftevirkningen forinden omstændighederne kommer til løftemodtagerens kundskab [90]; ved passivitet er der slet ikke tale om noget sådant, men om en fortsat tilstand. Hele den i kap. I beskrevne teknik falder helt ved siden af den fatiske situation. — På den anden side kan man henvise til, at også påbud og reklamationer — der jo iøvrigt ej heller er „*empfangsbedürftige*“ (§ 40) — kun sporadisk er beskrevet i aftaleloven.

Almindeligvis antages, at aftalelovens ugyldighedsregler må anvendes analogisk[91]. Dette synes også velbegrundet ved tvang og svig (f. eks. kbl. §§ 53-54). På samme måde kan en umyndig ikke pådrage sig kontraktshæftelse, men kun erstatningspligt efter den negative kontraktsinteresse[92]. — Foreligger derimod en vildfarelse, som ikke er fremkaldt af modparten, er forholdet ikke så ligetil[93]. — Ved passivitet er det indlysende, at fejltagelsen er uden betydning[94]. Ved tilegnelseshandlinger må resultatet være

89. Arnholm p. 272, Ussing p. 158.

90. Jfr. især Karlgren, Studier p. 81 ff.

91. Ussing p. 392, Arnholm p. 200 ff.

92. Ussing p. 392 note 19 i. f.; ligeledes ved ugyldighed p. gr. a. voldelig tvang og modstrid med lov og ærbarhed.

93. Karlgren, Studier p. 104 ff.

94. Ved forældelsesregler o. l. har vildfarelsen normalt ingen betydning; undladt reklamation i kontraktsforhold forudsætter normalt kun, at den *passive* har kendt eller *burdet* kende de rette forhold, ikke at *medkontrahenten* har været i god tro; heller ikke passivitetstilfælde, som medfører aftalevirkning, kræver „god tro“ hos modparten i sædvanlig forstand, Arnholm p. 201 ff, Cervin p. 117 ff.

uafhængigt af, om „yderen“ før eller senere bliver bekendt med „tilegnerens“ vildfarelse[95]. Derimod er det ikke ligegyldigt, at „tilegneren“ i undskyldelig god tro tilegner sig en ydelse[96]. I så fald er det en anerkendt regel i dansk ret, at han kun skal erstatte sin „berigelse“ eller højst ydelsens „værdi“ (negativ kontraktsinteresse)[97]. — Ved leveringshandlinger vil „yderen“ i et vist omfang være afskåret fra „condictio indebiti“, selvom modtageren ikke var uden uagtsomhed[98].

Det fremgår heraf, at aftalelovens regler kun med vanskelighed lader sig anvende på „kvasidispositioner“; som nævnt gælder noget tilsvarende dog om påbud og reklamationer[99]. Aftaleloven handler — bortset fra fuldmagt — kun udførligt om tilbud og svar på tilbud. — Såvel aftalelovens teoretiske grundlag som den forudsatte faktiske situation er ikke længere realistisk. — Den nyere teori kan formentlig sammenfattes således: Begrebet retshandel (viljeserklæring) er en reminiscens fra en juridisk metode, der hentedede forpligtelsens „retsgrund“ i den enkeltes vilje; selvom man anerkender, at retsreglerne er nødvendige som positivt fænomen til „forklaring“ af, at retsvirkningen af en retshandel indtræder, risikerer man ved at opretholde terminologien at drage forkerte slutninger af begrebet „viljeserklæring“. — Retsvirkningernes indtræden er ikke nødvendigvis knyttet hverken til „vilje“ eller „erklæring“, ej heller nødvendigvis til, hvad man sædvanligvis forbinder med udtrykket erklæring i betydningen „sprogligt udtryk“. Derfor må man foretrække en anden betegnelse f. eks. „dispositive udsagn“, „socialtypiske forhold“, „praktische Vertragsverhältnisse“ m. v. — Herved forstår man omstændigheder, som *normalt er egnet til at medføre „bundethed“*. Om de *in concreto* medfører retsvirkninger, er et spørgsmål, som må afgøres efter særlige regler f. eks. ugyldighedsreglerne, bl. a. alle spørgsmål om vildfarelse og viljesmangel, herunder afgivelse. — *Hvilken optræden* der er egnet til

95. Den eventuelle forpligtelse er jo et eksempel på en „ensom viljeserklæring“, Karlgren 1. c.

96. Han tror f. eks., at ydelsen er hans egen, eller at den er en gave.

97. Ussing, Erstatningsret p. 222, Illum, Tingsret II p. 27 f, A. Vinding Kruse, Restitutioner p. 398 ff.

98. Ussing, Enkelte Kontrakter (2. udg.) p. 434 ff, A. Vinding Kruse, Restitutioner.

99. Ussing, Aftaler p. 414 ff.

at medføre bundethed, afhænger af retsreglerne (Konventionen: Ross)[100]. — Aftaleretten er ikke alene objektiveret gennem erkendelsen af, at retsvirkninger kun kan „afledes“ af retsreglerne og ikke (alene) af parternes vilje, men også gennem en voksende hensyntagen til omsætningens interesse. Ligesom viljesteorien er også forventnings- og tillidsteorien subjektiv, for så vidt som alle knytter retsvirkningerne til parternes forestillinger; viljesteorien til disponentens, tillids- og forventningsteorien til adressatens. I sidstnævnte tilfælde objektiveres situationen oftest gennem indførelsen af en almindelig fornuftig løftemodtagers forståelse[101]; men objektivering kan naturligvis ligesåvel foretages den anden vej, nemlig en almindelig fornuftig løftegivers mening. — På denne måde synes begge at kunne forenes i en erklæringsteori, som dog er for snæver, eftersom den kan forlede til fejlslutninger med hensyn til afgivelsesproblemet[102] og synes at forudsætte eksistensen af et „objektivt erklæringsindhold“[103] og synes at forudsætte eksistensen af et „objektivt erklæringsindhold“[103]. — Erklæringsteorien leder dog tanken ind på den rette vej, eftersom den fremhæver det objektive, af parternes forestillinger uafhængige faktum. — *Når en optræden, som normalt er forbundet med et vist kompleks af retsvirkninger, iagttages, vil disse typiske retsvirkninger normalt også indtræde*[104]. Det er klart, at der ikke bliver megen plads for „vilje“, „erklæring“ og „forudsætninger“ i dette moderne mønster. — Man putter en mønt i automaten og trækker i skuffen. Man stiger på en rutebil. Man tager en vare i en selvbetjeningsforretning. — Man ønsker indlagt gas og elektricitet. — Man tegner en forsikring, — undertiden pr. automat. — Man sender en vare med skib. — Man ønsker sit hus prioriteret. — Man indgår arbejdsaftaler. — Kun i begrænset omfang kan situationen beskrives som en udveksling af viljeserklæringer, og kun i begrænset omfang er aftalens betingel-

100. Således Ross, Arnholm, Karlgren (i hovedsagen) Cervin, Larenz (til dels), og til dels Atiyah og Wilson; alle i de ovenfor citerede værker.

101. Cervin, p. 172 f.

102. Stang p. 252 ff.

103. Karlgren, Avt. Spm. p. 206, Vahlén, Avtal och Tolkning.

104. Schmidt, Sv. J. T. 1959.497 ff og 1960.420 ff; jfr. U 1961B.176 ff, se U 1963.630 („... klar over at sagsøgte allerede havde truffet Dispositioner i Tillid til at Checken ved Forevisning vilde blive indløst“), U 1963.710, U 1963.852.

ser og retlige konsekvenser afhængige af parternes vilje eller forudsætninger, medmindre de — i det omfang det har været muligt — har truffet bestemmelser, der afviger fra de normale.

II. Acceptfrist.

Som ovenfor nævnt handler aftalelovens kap. I hovedsageligt om tilbud og svar på tilbud. Efter skandinavisk ret, men i modsætning til engelsk ret, er tilbud bindende for den disponerende (§ 1); denne tilstand indtræder ikke som i tysk ret, når tilbudet „kommer frem“, men først, når det kommer til adressatens kundskab, idet tilbudet herefter som hovedregel ikke kan tilbagekaldes (§ 7). — Et tilbud er et løfte, da det går ud på at binde „disponenten“, og et løfte kræver accept (§§ 2-4). Ifølge disse bestemmelser skal et „antagende svar“ komme frem til tilbudsgiveren inden udløbet af acceptfristen, såfremt tilbudsgiveren *fortsat* skal være bundet af sit tilbud. — Aftaleloven udtaler sig ikke om, hvilke løfter der er tilbud, men det er især løfter, der er betinget af modydelse, d.v.s. gensidigt bebyrdende aftaler, som kræver accept. Tilbudsmottageren kan normalt ikke ved at undlade at afslå tilbudet forpligtes til at erlægge modydelsen, og så længe tilbudsmottageren ikke har forpligtet sig til erlæggelse af modydelsen gennem en accept, foreligger der et såkaldt „haltende retsforhold“. Tilbudsgiveren er forpligtet til at erlægge sin ydelse, men har ikke noget krav på modydelsen. — Det er for at undgå denne situation, man i engelsk ret i princippet fastholder, at et tilbud ikke er forpligtende, før det er accepteret. — Den skandinaviske regel giver tilbudsmottageren en adgang til at spekulere på afgiverens bekostning; til gengæld får mottageren lejlighed til at tænke sig om, inden han accepterer, hvilket gennemsnitligt også kan være i tilbudsgiverens interesse; herved øges muligheden for, at hans tilbud bliver taget under alvorlig overvejelse[105]. Erfaringen taler også for, at den engelsk-amerikanske regel modificeres i retning af den skandinaviske (og tyske). Kravet om *consideration* i engelsk ret betyder, at ensidige løfter, der ikke er oprettet under segl, er uforbindende. For at et løfte er forpligtende, må løftemottageren *til gengæld* ved handling eller undladelse enten tilføre tilbudsgiveren en fordel eller påføre sig selv en byrde f. eks. også et modløfte. Fordelen behøver ikke at stå i forhold til tilbudet, og kan endog være ganske nominel f. eks. en penny.

105. Mot. til dansk aftalelov p. 24.

Allerede herigennem og gennem domstolenes øvrige praksis afsvækkes kravet om *consideration*, som iøvrigt kun kan forstås i historiens lys[106]. Ved hjælp af et andet specifikt engelsk retsinstitut, „estoppel“, kan man afskæres fra at gøre en indsigelse gældende, hvis man ved sit forhold har givet anledning til den opfattelse, at indsigelsen ikke vil blive gjort gældende, således at modparten har indrettet sig herpå. På dette grundlag er man gået vidt i retning af at anse en tilbudsgiver forpligtet, når modtageren i tillid til løftet har truffet foranstaltninger, der vil bringe et ikke uvæsentligt tab, såfremt tilbudsgiveren træder tilbage. — En komité foreslog i 1937 en revision af reglerne, som bl. a. gik ud på at gøre et tilbud bindende i en vis acceptfrist[107].

Det er imidlertid helt oplagt, at tilbudsgiveren i gensidigt bebyrdende retsforhold ikke kan være tjent med at være bundet af sit løfte, medmindre han modtager et genløfte (antagende svar) inden udløbet af en vis frist. Aftalelovens § 2 bestemmer da også, at antagende svar skal være kommet frem til tilbudsgiveren inden udløbet af en i tilbudet fastsat frist. Er der derimod ikke i tilbudet fastsat nogen frist, opstår spørgsmålet om, hvorledes man da skal fastsætte fristen. Herom indeholder aftalelovens § 3, 2. stk. den regel, at *mundtlige* løfter — herunder telefoniske — skal antages straks. — 1. stk. indeholder en regel om tilbud fremsat i *brev* eller *telegram*. I sådanne tilfælde skal accepten nå frem til tilbudsgiveren inden udløbet af det tidsrum, som 1) han (tilbudsgiveren), 2) ved tilbudets afgivelse, 3) kunne *påregne* ville medgå. — Herved forudsættes, medmindre andet følger af omstændighederne, at hverken tilbudet eller svaret forsinkes undervejs, at svaret ikke befordres med et befordringsmiddel, som er langsommere end tilbudet, og at adressaten har haft en „rimelig betænkningstid“.

Reglen gælder kun tilbud fremsat i brev eller telegram, men kræver ikke nødvendigvis, at brevet er afsendt med *post*[108]; på den

106. U 1962B.169 f.

107. Og iøvrigt at ophæve kravet herom i skriftlige kontrakter; om *consideration* og praksis, Atiyah p. 57 ff, Eskil Svane, *The Conclusion of Contracts* (Copenhagen 1961) p. 38 ff.

108. Se derimod afl. § 40 og kbl. § 61 om reklamationer, der er bindende for modtageren, når de er afgivet til telegraf eller post. — Dette fremgår af Motiverne p. 28, hvor det udtales, at man ikke har fundet det nødvendigt at give regler for andre tilfælde „f. eks. ved tegn eller signaler“; jfr. også Almén-Eklunds Kommentar til svensk Lov p. 18 f.

anden side må reglen anvendes i det noget upraktiske tilfælde, at tilbudet fremsættes i brev til en nærværende person[109]. — Det afgørende for acceptfristens længde er, hvad tilbudsgiveren måtte påregne ved tilbudets afgivelse. Hvis han derfor efter afgivelsen bliver bekendt med forhold, som virker forlængende, har det ikke umiddelbar betydning, men kan medføre reklamationspligt efter § 4, 2. stk. — Følger det derimod af omstændighederne allerede ved afgivelsen, at forløbet ikke vil blive normalt, medfører disse en tilsvarende forlængelse af fristen. — Ved tilbudets *afgivelse* skal tilbudsgiveren altså kunne have en relativ sikker opfattelse af, hvor længe han skal være bundet, når han har valgt sit befordringsmiddel[110]. — Der er i hvert fald, hvad telegraf og post angår, faste regler for *normal* transport af tilbud og svar med samme transportmiddel. — Derimod kan det være vanskeligere at have en bestemt opfattelse af „*rimelig betænkningstid*“ i almindelighed, men indenfor det *konkrete* område, vil der oftest være ret sikre konventioner for dennes længde. — I langt de fleste tilfælde, vil tilbudsgiveren altså ved tilbudets fremsættelse have en ganske klar opfattelse af, hvor længe han skal vente på svar, inden han kan disponere til anden side, idet acceptfristens tre bestanddele set fra tilbudsgiverens synsvinkel fremtræder som en enhed. Tilbudsmotageren kan på den anden side bruge en længere betænkningstid, hvis han svarer hurtigere, eller hente ind på en forsinkelse af tilbudet ved at bruge en kortere betænkningstid. — Iøvrigt er acceptfristens længde uafhængig af forsinkelser af tilbudet eller svaret, når disse ikke efter omstændighederne, såsom isvanskeligheder om vinteren, kunne forudses ved tilbudets afgivelse. Det er uden betydning, om modtageren er ganske uskyldig i forsinkelsen; men det er et andet spørgsmål, hvilken betydning tilbudsgiverens *uagtsomhed* må have. — Umiddelbart kunne det synes stødende, om den uskyldige adressat skulle bære risikoen for en forsinkelse, som er fremkaldt ved tilbudsgiverens uagtsomhed. Lovens ord synes ikke at give holdepunkter for at imødekomme adressaten. Som nævnt er grundsynspunktet: en af retstekniske og forretningsmæs-

109. Dette får især betydning for betænkningstiden, Arnholm p. 159.

110. Tilbudsgiveren kunne jo have fastsat en bestemt frist, Hasselrot, Några Spörsmål ang. Preskription, Arsstämming, Avtals slutande m. v. (1925) p. 119.

sige hensyn dikteret klar regel; tilbudsgiveren skal kunne træffe sine dispositioner samtidig med tilbudets afgivelse; ikke engang efterfølgende hændelig forsinkelse, som han kender ved den normale acceptfristens udløb, skal han tage hensyn til. Heraf følger dog ikke nødvendigvis, at han ikke skal bære risikoen for sine egne fejl. Efter aftalelovens ugyldighedsregler gælder det ganske vist som almindelig regel, at løftegiverens fejl er irrelevante, når blot løftemodtageren har handlet uagtsomt, uden mulighed for en vurdering af de fra begge sider begåede fejl[111]. Heraf kan man dog ikke slutte, at tilbudsgiveren ikke skal hæfte for sine fejl, når medkontrahenten er uden fejl. — Man vil imidlertid kunne anføre, at løftegiverens uagtsomhed, *culpa in contrahendo*, ikke kan føre til løftevirkning, men højst til erstatning af den *negative kontraktinteresse*. Denne begrebsmæssige slutning, som var sædvanlig i tidligere teori, har naturligvis ingen vægt i nutiden[112]. En anden sag er, at adressaten til en vis grad holdes skadesløs, dersom han får erstatning for sit tab ved at stole på, at kontrakten er indgået. Fuldt tilfredsstillende for adressaten er en sådan erstatningsregel imidlertid ikke.

Spørgsmålet har to aspekter.

1. Tilbudsgiveren „burde“ have indset, at der kunne opstå forsinkelser, men har ikke medvirket til, at forsinkelsen opstod.
2. Tilbudsgiveren har ved sin uagtsomhed medvirket til, at forsinkelsen indtrådte.

Med hensyn til det første spørgsmål udtaler Bugge[113], at tilbudsgiveren „i visse tilfælde“ må være bundet, men tilføjer, at tilbudsgiveren i almindelighed ikke vil have nogen opfordring til at anstille undersøgelser. — Det er ikke let at se, hvad Bugge har tænkt på, men det sandsynligste er nok sådanne tilfælde af grov uagtsomhed, som nærmer sig til viden, hvor denne kan være vanskelig at dokumentere. — Med hensyn til det andet spørgsmål udtaler *Arnholm* kort, at adressaten ikke i dette tilfælde får en læn-

111. Denne ordning er genstand for en vægtig kritik hos *Karlgren*, Avt. Spm. p. 7 ff, se også *Arnholm* p. 328 ff, se også til dels *Schmidt* 1. c.

112. Brækhus, TfR 1947.515 ff; se dog *Enneccerus-Nipperdey* 1. c. p. 949.

113. Aftaleloven (3. utg.) p. 11; jfr. de norske motiver, *Hasselrot* udfr. cit. p. 120.

gere betænkningstid[114]. — *Ussing* tager ikke udtrykkelig stilling til det første spørgsmål, men forudsætter den samme besvarelse som *Arnholm* af det andet. På grundlag af dommen i U 1939. 1179 udtaler *Ussing*, at tilbudsgiveren bliver pligtig at erstatte adressatens negative interesse i tilfælde af, at kontraktsforhandlinger ender negativt på grund af tilbudsgiverens uagtsomhed. — Sagen angik en grosserer, som på grundlag af udleverede prøver forhandlede med den tyske værnemagt om levering af konserver. Da prøverne var mangelfulde, ønskede grossererens nye prøver og acceptfristen forlænget til fortsatte undersøgelser i Tyskland. Da konserverfabrikken ikke ville forlænge acceptfristen, antoges det af Østre landsret, at der ikke var afsluttet nogen handel, at manglerne ved prøverne skyldtes hændelige begivenheder, og at fabrikanten derfor ikke var ansvarlig for grossererens udgifter til kontraktsforhandlingerne med Tyskland.

Dommen forudsætter vel ikke klart, at acceptfristen ikke forlænges på grund af tilbudsgiverens fejl, idet der jo ikke antoges at foreligge nogen fejl, men gennem sin forudsætning om, at tilbudsgiveren ville have været ansvarlig for adressatens udgifter, hvis der havde foreligget en fejl, synes den også at forudsætte, at acceptfristen ikke ville være blevet forlænget. Det erkendes, at dommen er speciel, og at slutningerne ikke er sikre. Alligevel synes det at være det rigtigste på baggrund af aftalelovens ord, at acceptfristen ikke forlænges på grund af tilbudsgiverens fejl — bl. a. fejladresseringer, mangelfuld instruktion af bud o. l. På den anden side er det almindeligt antaget, at der i dette tilfælde pådrages erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse[115].

I tilslutning hertil kan man fremhæve en uklarhed i afl. § 3, 1. stk.'s ord: „påregne“ ved „tilbudets afgivelse“. — I tilfælde, hvor et tilbud bliver bindende trods manglende afgivelse (jfr. ovf.) har disponenten *in concreto* ikke kunnet påregne noget, og hensynet bag reglens konstruktion af acceptfristen passer ikke. Af praktiske grunde må man her tage hensyn til, hvad — ikke den konkrete disponent — men en normalt udrustet person i hans sted ville have kunnet påregne. — I øvrigt er det tvivlsomt, om der med afgivelse i § 3 skal forstås det samme som med afgivelse i § 1,

114. L. c. p. 159.

115. Brækhus, 1. c. p. 528, note 41, *Arnholm* p. 165, *Karlgren*, *Avt. Spm.* p. 74 note 93, *Ussing* 1. c.

jfr. § 7. I sidste tilfælde er spørgsmålet om afgivelsens betydning i henseende til at forpligte tilbudsgiveren: hvor meget skal der til i henseende til afgivelse for, at et løfte, der kommer til adressatens kundskab, skal kunne forpligte disponenten? I første tilfælde i henseende til at forpligte adressaten: hvor meget skal der til for at sætte acceptfristens forløb i gang i forhold til adressaten? Det er ikke nødvendigvis de samme omstændigheder, der er afgørende, idet aftaleloven utvivlsomt tager sigte på normalt tilfælde, hvor et telegram indleveres til telegrafstationen eller et brev afgives til postbesørgelse[116]. Her vil der også sjældent opstå problemer. — Ussing anvender imidlertid følgende definition på *afgivelse*: at løftegiveren fremfører løfteerklæringen for adressaten eller dog *foretager skridt, der antages at kunne bringe den til hans kundskab*. Ussing fremhæver især, at det er ligegyldigt, at løftegiveren indser, at det foretagne skridt er ret usikkert, at befordringsmåden er usikker (flaskepost), at den vil tage meget lang tid (stafet), og at erklæringen iøvrigt er overladt til en trediemand med ordre til senere at overbringe den til adressaten, når blot den *faktisk kommer til adressatens bevidsthed*[117]. Det er imidlertid tvivlsomt, om afgivelse i denne forstand altid er afgørende for acceptfristens længde ifølge § 3. Problemet kan opstå ved uortodoks befordring af en løfteerklæring. Har man således anvendt flaskepost, må acceptfristen principielt beregnes på dette grundlag, og har man anvendt stafet, må det samme gælde. Mere praktisk er måske befordring med brevdUER o. l. og især anvendelse af bud eller anden trediemand. Anvendes et bud til at overbringe et mundtligt løfte, må det følge af § 3, 2. stk., at løftet må accepteres straks overfor budet[118]; er det skriftligt, gælder § 3, 1. stk. Men fra hvilket tidspunkt skal fristen beregnes: Fra overgivelsen til budet eller fra et senere tidspunkt? Hvem skal hæfte for trediemandsfejl?

116. Postlov nr. 426 af 8. november 1950 jfr. Generaldirektoratets Reglement for indenrigske Forretninger, afsnit II A, § 35:

1. a. Indlevering til posthus.

b. I landdistrikter desuden aflevering til omdelende landspostbud (derimod ikke indlevering til dennes opsamlingssteder).

6. Almindelige brevforsendelser *kan* nedlægges i *postbrevkasse*.

117. L. c. p. 39.

118. Ussing p. 348; dette gælder dog kun, hvis budet, hvad vel er det sædvanlige, har tilladelse til at modtage svar, jfr. de finske motiver citeret hos Hasselrot p. 119 note 1.

Der hersker ingen tvivl om, at adressater bærer risikoen for Post- og Telegrafvæsenets fejl. Noget lignende må utvivlsomt være tilfældet, hvis transporten foregår ved adressatens folk. Hvis imidlertid transporten foregår ved afgiverens folk eller en selvstændig trediemand, kunne man overveje at søge vejledning i andre regler i lovgivningen, som omhandler risikoen for meddelelser eller tingsydelse. — Ifølge aftl. § 40, kbl. § 61 og kmsl. §§ 84 og 92 foregår transporten af *pligtmæssige* meddelelser i henhold til disse love på adressatens risiko, når — og først når — meddelelsen er indleveret til post eller telegraf eller andet forsvarligt befordringsmiddel. Det antages almindeligt, at benyttelse af *egne folk* foregår på afsenderens risiko[119]. Tilsvarende gælder om risikoen for tingsydelse, at den normalt først overgår til medkontrahenten, når ydelsen er overgivet til adressaten eller en selvstændig fragtfører, som skal befordre den bort fra afsenderens plads[120]. Det fælles for disse sæt regler er, at de angår *virksomheden for adressaten* af den foretagne „afgivelse“. Når det understreges, at reglerne i kbl. § 61 og aftl. § 40 af hensyn til adressaten ikke kan anvendes på andre handlinger end *pligtmæssige* meddelelser[121], er denne indvending i og for sig ikke afgørende i dette tilfælde, hvor der netop er tale om at anvende reglerne *til gunst* for adressaten. Alligevel er det betænkeligt at anvende en sådan udvidende fortolkning, især i betragtning af, at acceptfristens længde endog *ikke påvirkes af tilbudsgiverens egne fejl*.

Har tilbudsgiveren derfor anvendt egne bude eller selvstændige bude til befordringen, påvirker det ikke acceptfristens længde, at disse bliver forsinket undervejs. Det forekommer noget inkonsekvent, når Ussing antager, at accepten er „kommet frem“ til tilbudsgiveren, når denne er overgivet til tilbudsgiverens bud, som skal have svar med tilbage, selvom budet glemmer at aflevere svaret, når Ussing dog antager, at accepten ikke er bindende for tilbudsmottageren selv, forinden den er kommet til tilbudsgiverens kundskab[122]. I disse tilfælde vil adressaten heller ikke så ofte

119. Lassen — Ussing, Spec. Del I p. 73, Køb p. 13 („vistnok“).

120. Kbl. §§ 9–11, gbl. § 3.

121. Ussing, Aftaler p. 412 f, Køb p. 13.

122. Jfr. kmsl. § 81, Ussing p. 348, se også herimod Hasselrot 1. c. p. 119 note 1.

blive skuffet, idet man må være forberedt på, at befordringen kan være usikker[123].

Et vanskeligt tilfælde forekommer, når budets opgave er af begrænset karakter. En kontorelev skal f. eks. poste et brev, men glemmer at lægge det i postkassen, hvilket først sker nogle dage senere. Adressaten accepterer straks, men afvises med den begrundelse, at acceptfristen er udløbet, idet tilbudsgiveren ved brevets overgivelse til kontordamen kunne påregne, at svaret med normal postgang ville være ankommet dagen før. I dette tilfælde var der muligvis ingen anledning for adressaten til at fatte mistanke, idet brevet måske var udateret, og idet han ikke fæstnede sig ved poststemplet. Alligevel må den nødvendige konsekvens være, at accepten er forsinket. — Tilbudsgiveren vil naturligvis blive forpligtet, såfremt han ikke reklamerer (§ 4, 2. stk.); men gør han dette, må adressaten antagelig nøjes med at kræve sin negative kontraktinteresse erstattet.

Er tilbudet imidlertid blevet forsinket på grund af en fejl fra en person med *dispositionsfuldmagt*, eller har en sådan undladt at give meddelelse om et modtaget svar, vil tilbudsgiveren ikke kunne henholde sig til, hvad *han personligt* kunne påregne ved tilbudets overgivelse til fuldmægtigen[124].

De antagne resultater kan forekomme ret ejendommelige. Reglen i aftl. § 3, 1. stk. synes imidlertid ikke at åbne udvej for andre løsninger, men måske burde man overveje spørgsmålet ved en eventuelt kommende revision af loven.

123. Jfr. også om forvanskning af mundtligt tilbud pr. bud i aftl. § 32, 2. stk.

124. Dette gælder normalt ikke agenter, Ussing p. 349; se iøvrigt p. 419 og Hasselrot, 1. c. p. 119 note 1.

MISLIGHOLDELSE

AF PROFESSOR, DR. JUR. STIG JØRGENSEN

I. Indledning.

A. Problemstilling.

Flere af misligholdelseslærens vanskelige problemer kan føres tilbage til grundsætninger, som for sin tid var et fremskridt, men som efterhånden er blevet en hemsko for et mere umiddelbart forhold til realiteterne. Netop fordi der er tale om inddoktrinerede principper med disses direkte appel til irrationelle reaktioner, forbliver problemerne uerkendte.

1. *Fordringens indhold — umulighed.*¹ I primitiv ret oplever man ikke en fordring som et krav med et bestemt indhold, men som en «forpligtelse», hvis ikke-opfyldelse medfører en reaktion, i den middelalderlige ret en bod. Denne indstilling karakteriserer endnu angelsaksisk kontraktsret, hvis nyere udvikling iøvrigt kan føres tilbage til anerkendelsen af, at et løfte skaber en «duty», hvis ikke-opfyldelse er et retsbrud (tort), der giver anledning til et erstatningskrav. — Derimod tog den naturretlige filosofi sit udgangspunkt i det fornuftige menneske som indehaver af visse «naturlige» *rettigheder*. — Denne forskydning i udgangspunktet medførte tilsvarende forestillinger om rettighederne som metafysiske dannelser med et bestemt indhold: fordringen går ud på den primære ydelse, hvis opfyldelse kan gennemtvinges *in natura*. — Næste stadium indtræder i midten af forrige århundrede, da opfattelsen af fordringens indhold som ydelsen *in natura* fører til *umulighedsbegrebet* som det centrale udgangspunkt for misligholdelseslæren. Risikoen, som ikke blev undgået, var at drage slutninger fra den primære ydelses umulig-

¹ Se hertil U 1962 B. 165 ff.

hed til spørgsmålet om erstatningspligt. Tidligere havde sætningen *impossibilium nulla est obligatio* nærmest været opfattet som et selvfølgeligt forbehold i forpligtelsen, og udviklingen af umulighedsbegrebet som central retsfigur indtræder ejendommeligt nok samtidig med udviklingen af culpa-reglen som universel erstatningsregel i og udenfor kontraktsforhold. Herigennem opstår en ejendommelig inkonsekvens, idet den afgørende (objektive) umulighed alligevel kun får betydning som ansvarsbefriende faktor, når den ikke efterfølgende er fremkaldt af skyldnerens culpa. På den anden side virker oprindelig umulighed ansvarsbefriende uden hensyn til skyldnerens culpa. Da man imidlertid samtidig udvirker en sontring mellem objektiv og subjektiv umulighed, og da objektiv umulighed indsnævres meget stærkt, nærmer man sig en almindelig culpa-regel, hvori umuligheden blot indgår som den nødvendige betingelse for ansvarsfrihed. Samtidig opstår der imidlertid vanskeligheder med at forene det praktiske behov for objektivt ansvar for visse efterfølgende omstændigheder såsom medhjælperfejl og pengemangel med culpa-reglen.

Når culpa-reglen i forrige århundrede opfattes som universel ansvarsregel, hænger det sammen med en pendulbevægelse i opfattelsen af fordringsbegrebet, idet man nu under indflydelse af den idealistiske filosofi understreger forpligtelsen og den forpligtedes frie vilje som «retsgrund». Sammenhængen med den liberale økonomi og det borgerlige demokrati er indlysende.

2. *Gensidighedsbetingelsen.*² I primitiv ret er forpligtelsen ensidig. To eller flere personer kan forpligte sig overfor hinanden, men forpligtelserne står ikke i noget afhængighedsforhold til hinanden. Den omstændighed, at den ene kontrahents forpligtelse er ugyldig eller misligholdes, berører ikke hans adgang til at søge sit eget krav gennemført. — Det er klart, at en sådan retstilstand ikke er tilfredsstillende under mere udviklede omsetningsforhold. På dette punkt udviklede den naturretlige filosofi *betingelses-* eller *forudsætningslæren*; den opstillede lighedsgrundsætning antages at medføre, at parternes løfte måtte forstås med forbehold af det naturlige vilkår, at den ene «ikke

² Se hertil U 1963 B. 157 ff.

skal tage mere ind end han giver ud», således at også den enes «utroskab» eller «mislige holdelse» giver den anden ret til i tilsvarende omfang at anfægte sin egen forpligtelse.³ I den følgende romanistiske litteratur benægtede man ganske vist eksistensen af et sådant «objektivt misligholdelsesbegreb», hvorefter ophævelses- og afslagsbeføjelsen anerkendes uden hensyn til den misligholdendes subjektive forhold, men i den skandinaviske litteratur fra slutningen af 1800 tallet og i købeloven fra 1906 lægges «betingelses- og forudsætningslærens» terminologi til grund for en del af misligholdelseslæren. Vederlagsforudsætningslæren antoges at være relevant, hvoraf man drog den konsekvens, at afslags- og hævebeføjelsen måtte anerkendes uden hensyn til den misligholdendes forhold.

Hermed var man nået frem til en ejendommelig dualisme; man opererede med to sæt misligholdelsesbeføjelser med hver sin «retsgrund» og sine betingelser. Erstatningsbeføjelsen var begrundet i skyldnerens «retsbrud» og måtte derfor være betinget af et «retstridigt forhold», medens hæve- og afslagsbeføjelsen var begrundet i fordringshaverens bristede forudsætning og således ikke betinget af noget «retstridigt forhold». Det uheldige heri er indlysende, idet beføjelser, som funktionelt er beslægtede såsom erstatnings- og afslagsbeføjelsen adskilles, medens beføjelser, der funktionelt er forskellige, behandles efter samme regler, såsom hæve- og afslagsbeføjelsen.

3. *Oprindelig og efterfølgende misligholdelse.*⁴ Naturrettens behandling af visse misligholdelsestilfælde i vildfarelseslæren har igen givet anledning til en systematik, som har ført til reelt ubegrundede sondringer. Af den romerretlige lære om, at det umulige ikke skaber en gyldig forpligtelse, opbyggedes en sondring mellem oprindelig og efterfølgende misligholdelse. — Ved at behandle oprindelig umulighed, mangler og vanhjemmel i vildfarelses- og forudsætningslæren og efterfølgende misligholdelse i retshåndhævelseslæren og læren om fordringers ophør indførte man en forskel i «retsgrund», som igen havde indflydelse på den nærmere udformning af beføjelserne og betingel-

³ Pufendorf, Naturret s. 304, 328, Nørregaard, Naturret s. 233, 235 og 262.

⁴ Se hertil U 1963 B. 285 ff.

serne for deres anerkendelse. — Når oprindelig misligholdelse er et gyldigheds- eller forudsætningsspørgsmål, fører udgangspunktet principielt til løsninger, som er uafhængige af løftegiverens forhold; enten er han ikke forpligtet (ansvarlig) uden hensyn til løftemodtagerens gode eller onde tro — dog mulighed for negativ kontraktsinteresse — således som tilfældet var indenfor romanistisk viljesteori, eller også er han forpligtet (ansvarlig), medmindre løftemodtageren kendte eller burde kende «vildfarelsen» jfr. afl. § 32.

Det er ikke ejendommeligt, at man for at nå resultater, der havde den fjerneste chance for at kunne accepteres ud fra praktiske hensyn, måtte udskille vanhjemmel og til dels mangelslæren fra vildfarelselæren og gennemføre sondringen mellem subjektiv og objektiv umulighed. Den tysk-romanistiske lære indskrænkede sig i det væsentlige hertil, men senere skandinavisk teori har trods gennemførelsen af en almindelig misligholdelseslære opretholdt sondringen mellem oprindelig og efterfølgende misligholdelse. — Denne fremgangsmåde kan forekomme særlig ejendommelig i betragtning af, at de oprindelige forventningsteoretikere netop understregede fordringshaverens forventning og tilliden i omsætningen som aftale- og misligholdelseslærens almindelige «retsgrund», hvilket førte til en skærpelse af ansvaret såvel for oprindelig som efterfølgende misligholdelse. Man betjente sig dog af en særlig garantikonstruktion for at nå frem til et objektivt ansvar for al oprindelig misligholdelse, medens man mærkeligt nok ikke fandt denne anvendelig på efterfølgende misligholdelse; her anvendte man andre metoder til at nå frem til en skærpelse udover culpereglen.

4. *Risiko og ansvar.* Fra romerrettens tid har det været skik at sondre mellem risiko og ansvar. Medens det ansås for et dogme, at hændelig skade måtte bæres af ejeren, hvad enten tingen befandt sig hos denne eller i en fremmeds varetægt (*res perit domino*), er det et andet spørgsmål, hvorvidt besidderen kan blive ansvarlig for skade på ting, som han i kraft af et kontraktsforhold har i sin varetægt. Det er dog klart, at der er en intim sammenhæng mellem disse to regelsæt. Især ved overdragelse af tingsydelser har den funktionelle sammenhæng betydning. Det er indlysende, at jo senere risikoen overgår til køberen,

desto mindre behov bliver der for regler om ansvar for sælgeren og omvendt. — I skandinavisk og tysk-hollandsk ret, hvor man ikke i denne relation anerkender *res perit domino*-grundsætningen, men hvor risikoovergangen i princippet er knyttet til *traditio* eller afsendelse, medens beskyttelsen mod sælgerens kreditorer indtræder fra aftalen (individualiseringen),⁵ har ansvarsreglerne ikke større betydning; en undtagelse danner dog kbl. § 17, 2. stk. jfr. Gomard, Erstatningsregler p. 300 ff og 128 ff. — I de lande, der anerkender risikoovergangen samtidig med «ejendomsrets-overgangen»,⁶ får ansvarsreglerne væsentlig større betydning. — I den klassiske romerret, hvor risikoen overgik til køberen ved aftalen, uanset at ejendomsretten af uafklarede grunde antoges først at overgå ved *traditio*,⁷ hæftede sælgeren oprindelig for skade på tingen efter reglerne om *custodia*. I begyndelsen har denne hæftelse, der menes at være den oprindelige ansvarsregel i kontraktsforhold om ting, været objektiv og svarer til det primitive objektive ansvar udenfor kontraktsforhold. Efterhånden udvikledes begrænsninger i ansvaret. I den klassiske tid gjaldt *custodia*-hæftelsen kun for ting, nogen havde i sin besiddelse i egen interesse, og udelukkede ansvar for *vis major*. Risikoreglen er således på det nærmeste ophævet gennem

⁵ Kbl. § 17 jfr. *M. Waelbroek*, Le transfert de la propriété (1961) s. 57 ff og 31 ff.

⁶ Frankrig, Belgien, Luxemburg, Italien, *Waelbroek* s. 19 ff og 50 ff, *F. H. Lawson*, Introduction to the Law of Property (1961) s. 51, *Williston*, On Sales §§ 258—59.

⁷ Det er almindeligt antaget i teorien, at køberen ved en perfekt købeaftale ikke blev ejer af det købte, men fik et krav på at få tingen udleveret — en *actio in personam*, ikke en *actio in rem*. Eftersom det iøvrigt var den almindeligt gældende grundsætning, at ejeren måtte bære risikoen for genstandens hændelige undergang (*res perit domino*), er det vanskeligt at forklare reglen om køberrisikoen fra aftalens indgåelse i købekontrakten. Spørgsmålet hænger sammen med uklarheden omkring købekontrakts oprindelse, hvorom der er fremsat hypoteser. *Jolowicz* refererer de forskellige teorier, men synes at have mest sympati for tanken om, at købekontrakten som konsensualkontrakt har udviklet sig efterhånden af den situation, at parterne samtidig har været til stede og udvekslet deres ydelser; i den romerretlige udvikling karakteriseret ved mancipationformen. Efterhånden som man anerkendte, at købeaftalen kunne indgås mellem personer, som ikke samtidigt var til stede (*solo consensu*), og at traditionen var den formelle overførelse af ejendomsretten, er reglen om købers risiko fra aftalens indgåelse blevet hængende som et relikv af den tidligere form og den tidligere praksis, jfr. *Jolowicz*, Historical Introduction to the Study of Roman Law (2nd ed. 1961) s. 303 note 6 a, *Thøger Nielsen*, Studier s. 14 ff.

ansvarsreglen. — Forbindelsen mellem ansvars- og risikoreglerne kan vi iagttage i kbl. § 17, 2. stk., der i visse tilfælde overfører risikoen til køberen inden leveringen. Motiverne henviser til, at varetægtsforholdet er begrundet i køberens interesser, og til at en forvarer ikke — i modsætning til låntageren — bærer et objektivt ansvar for tingen.⁸ — Rodhe tager skridtet fuldt ud og benytter betegnelsen «bære faren», overalt hvor nogen bærer et rent strikt ansvar for værdierstatning.⁹

B. Risikofordeling i og udenfor kontraktsforhold.

Ligesom reglerne om erstatning udenfor kontraktsforhold går reglerne om erstatning i kontraktsforhold ud på fordeling af risikoen mellem skadevolder og skadelidte.¹⁰ Der er ingen grund til af traditionelle og dogmatiske grunde at opfatte reglerne om risiko og om ansvaret i kontraktsforhold som væsensforskellige. På den anden side er der heller ingen grund til at opfatte dem som identiske. — Løvrigt må man være opmærksom på, at erstatning ikke er den eneste metode til fordeling af risikoen i kontraktsforhold; også andre beføjelser tjener samme formål og er egnet til i kontraktsforhold at udvikle et mere flexibelt apparat med hævebeføjelser, afhjælpning af mangler m.v. Når man taler om risikoen i kontraktsforhold, tænker man nærmest, jfr. kbl. § 17, på hvem af parterne, der bærer faren for ydelsesgenstandens hændelige undergang. Man plejer at udtale, at risikoreglerne vedrører spørgsmålet om vederlagsforpligtelses fortsatte beståen, uanset at genstanden ikke erlægges i gensidig bebyrdende kontraktsforhold. Erstatningsreglerne siges at angå det herfra forskellige spørgsmål, om den misligholdende part skal svare den ikke-misligholdende en ydelse ud over eller eventuelt i stedet for det betingede vederlag. Af tekniske og pædagogiske grunde er det af værdi at sondre mellem disse to problemkomplekser, men der er ingen grund til at overse det indre slægtskab, som ligger deri, at begge sæt regler er med til at fordele risikoen mellem de kontraherende parter for en uforudset og unormal udvikling af forløbet.

⁸ Motiverne s. 52, *Gomard* l.c. s. 300 ff.

⁹ Obligationsrätt § 31 efter note 6.

¹⁰ Juristen 1963. 301 ff.

Omend der således er et væsentligt slægtskab mellem reglerne om erstatning i og udenfor kontraktsforhold, er der også store forskelligheder.

1. *Erstatningsreglerne er ikke de eneste regler*, som medvirker til fordelingen af risikoen mellem parterne. Det er ovenfor nævnt, at erstatningsreglerne må ses i sammenhæng med reglerne om risikoen for ydelsesgenstandens hændelige undergang. Desuden må reglerne om erstatning ses i sammenhæng med reglerne om ophævelse, reglerne om afhjælpning af mangler og afslag i købesummen for mangler samt de øvrige misligholdelsesbeføjelser.

2. Også de *tilgrundliggende fakta* bevirker væsentlige forskelligheder. Her anføres sædvanligvis:

a. At *selve kontraktens eksistens* pålægger parterne visse pligter, hvis ikke-opfyldelse betragtes som misligholdelse; undladelse heraf vil kunne medføre retlige sanktioner.

b. Det er muligt for *parterne* ved aftalens afslutning at tage stilling til de mulige risici og i deres aftale tage forbehold om eller træffe aftale om risikoens fordeling (oftest i form af ansvarets begrænsninger). I hvert fald når det drejer sig om formueretlige aftaler, og især når det drejer sig om aftaler indenfor forretningslivet, er det muligt for parterne at tage hensyn til den forventede risiko og det hertil knyttede ansvar ved fastsættelsen af vederlaget.

c. Hertil slutter sig især omsætningslivets interesse i at have *klare og let anvendelige regler*, således at man i selve misligholdelsens øjeblik er i stand til at skønne over, hvilke retsmidler — om nogen — man måtte have til sin rådighed.

3. Man må også erindre, at erstatningsansvaret i kontraktsforhold kan gå ud på både *tings- og personskade* samt *almindelig formueskade*, medens erstatningsansvaret udenfor kontraktsforhold oftest, — i hvert fald typisk, — vedrører person- og tingsskade. — Der er dog næppe nogen særlig grund til at opretholde en skarp sondring mellem erstatningsreglerne i og udenfor kontraktsforhold.¹¹ Snarere er der anledning til at sondre mellem på den ene side det særlige kontraktsansvar og på den anden side skade på tredjemands person eller gods, som i kraft

¹¹ Gomard, Erstatningsregler.

af et kontraktsforhold enten er kommet i en andens varetægt eller kommer i berøring med ydelsesgenstande, som har farlige egenskaber.¹² Især i sidstnævnte tilfælde er der anledning til at understrege slægtskabet med ansvarsreglerne udenfor kontraktsforhold, hvilket i høj grad også er tilfældet i gældende ret. Ligeledes er der et nært slægtskab mellem reglerne om erstatningsansvar udenfor kontraktsforhold og ansvaret for skade på person eller gods, man har i sin varetægt i kraft af en transport-, reparations-, forvarings- eller lignende aftale. Et overgangstilfælde udgør den situation, at der er eller indtræder skade på selve ydelsesgenstanden, således at den ikke opfylder de krav, som fordringshaveren har ret til at stille. Består misligholdelsen derimod i forsinkelse eller anden ikke-erlæggelse eller iøvrigt i mangelfuld erlæggelse eller vanhjemmel, opstår der særlige spørgsmål i kontraktsforhold, som ikke opstår udenfor kontraktsforhold.

4. Problemet om oprindelig og efterfølgende misligholdelse opstår selvsagt ikke udenfor kontraktsforhold.

C. Opgaven.

I det følgende skal vi især beskæftige os med *nogle principielle synspunkter på erstatningsansvaret i kontraktsforhold og dets begrundelse sammenholdt med de øvrige misligholdelsesbeføjelser*, især hævebeføjelsen, afslagsbeføjelsen og afhjælpning af mangler.

I den nyere tids kontinentale kontraktsret har man især koncentreret sig om umulighedsbegrebet, culpa princippet og forudsætningslæren som betingelse for og begrundelse af kontraktsansvaret. I modsætning hertil har man i engelsk ret som udgangspunkt taget den almindelige regel om kontraktsforpligtelses absolutte karakter; ikke-opfyldelse af en kontraktlig forpligtelse medførte efter engelsk ret en adgang for fordringshaveren til at få skyldneren dømt til at betale erstatning. Denne engelske regel har sammenhæng med den engelske grundsætning om, at fordringshaverens krav under en proces som hovedregel udgør et pengekrav, som begrundes i retsbrudsprincippet: ikke-opfyldelsen er en «tort».¹³ Det er også muligt at finde en

¹² Bertil Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållande I—II (1960).

sammenhæng mellem den romanistiske umulighedslære og den romanistisk-naturretlige grundsætning om, at fordringshaveren har krav på opfyldelse *in natura*. Såfremt fordringshaverens principale krav er naturalopfyldelse, er det ikke ejendommeligt, om skyldnerens muligheder for at præstere en sådan naturalopfyldelse kommer til at dominere tanken og begrænse skyldnerens hæftelse. Det er ej heller ejendommeligt, at det modsatte engelske udgangspunkt: at fordringshaverens krav under processen går ud på penge, begunstiger en regel om skyldnerens absolutte hæftelse.

I det følgende vil jeg i et vist omfang henvise til et udførligt kontraktmateriale, som er indsamlet; dog kan jeg ikke i denne sammenhæng komme ind på en detaljeret gennemgang heraf, men det indsamlede materiale synes at bekræfte en på forhånd opstillet *hypotese om, at købeloven ligesom aftaleloven er knyttet til bestemte tids- og omsætningsforhold*. De livsforhold, som købeloven tager sigte på, er produktions- og omsætningsforholdene omkring århundredskiftet, da den liberale engroshandel af uforarbejdede grovvarer var dominerende. Købeloven anerkender en vidtgående og objektivt betinget hæveadgang og et strengt erstatningsansvar. Derimod indeholder købeloven kun i meget begrænset omfang adgang for parterne til at kræve og tilbyde afhjælpning af mangler. — Det foreliggende kontraktmateriale viser, at denne situation til en vis grad stadig synes at være til stede indenfor de brancher, som ovenfor er beskrevet, medens købelovens regler i vidt omfang er sat ud af kraft i den industrielle omsætning, herunder især maskinbranchen. — Her er det en alment gældende europæisk regel, at køberen ikke har en ubetinget hæveadgang. I tilfælde af forsinkelse udskydes leveringsfristen oftest i mindst 30 dage, og undertiden er ophævelsesbeføjelsen iøvrigt betinget af, at der foreligger forsæt eller uagtsomhed fra sælgerens side. I almindelighed er sælgerens hæftelse for ydelsens egenskaber begrænset til en afhjælpningspligt. — Denne forskel er også forståelig, hvis man gør sig klart, at der indenfor de pågældende brancher gør sig store forskelligheder gældende. Ved omsætningen af grovvarer drejer det sig om

¹³ U 1962 B. 169 ff.

fungible ydelser, som kan substitueres ved indkøb andetsteds. Køberens interesse går i disse tilfælde derfor som oftest ud på at kunne foretage dækningskøb i tilfælde af ikke-erlæggelse eller af mangelfuld erlæggelse. For at denne interesse kan tilgodeses, må man operere med strenge og objektive hæveregler i forbindelse med et vidtgående erstatningsansvar for køberens tab ved dækningskøb. Drejer det sig om industrielt forarbejdede produkter, vil køberens interesse omvendt oftest være at kunne beholde det købte. Køberen er ikke interesseret i penge, men i en funktionsdygtig ting, hvilket især er tilfældet, når det drejer sig om større og individuelt tilpassede maskinanlæg. — Der har utvivlsomt i industriens *Gründerperiode* i de forløbne hundrede år for industrien været en stor interesse for at beskytte sig mod et vidtgående erstatningsansvar. Man har haft brug for al den kapital, man kunne akkumulere, og man har i pionertiden opereret med ukendte størrelser: 1) den forarbejdede genstands muligheder for at tilfredsstille kundens behov sammenholdt med dens muligheder for at forvolde skader og tab, og 2) de vanskeligheder, som kunne opstå under produktionsforløbet for opfyldelsen af leveringsfrister og andre leveringsbetingelser. Denne *Gründerperiode* er nu overstået, og det er derfor et åbent spørgsmål, om industrien vil overveje at overtage en større del af risikoen for forsinkelse og mangler, især i relation til ansvarets udstrækning. Foreløbig kan man ikke spore nogen almindelig tendens hertil; snarere tværtimod. Spørgsmålet herom vil muligvis kunne komme op gennem forhandlinger mellem producent- og forbrugerorganisationerne, såfremt konkurrencen ikke i sig selv er i stand til at fremkalde ændringer i de almindelige salgsvilkår.¹⁴ Indenfor bilbranchen har man set et eksempel, idet de svenske Volvo-fabrikker har påtaget sig en ret vidtgående hæftelse for fejl og mangler indenfor en nærmere angiven periode.¹⁵

¹⁴ Spørgsmålet er taget op af det norske forbrugerråd og drøftes på nordisk basis.

¹⁵ Nordisk Domssamling 1959. 249, Nordisk Forsikringstidsskrift 1963. 99 ff.

II. Historiske perspektiver.

A. Naturretten og Ørsted.

Udgangspunktet for den naturretlige teori var som tidligere omtalt, at fordringshaveren har ret til at forlange naturalopfyldelse af løftet. Angår løftet noget, som allerede ved aftalens indgåelse er fysisk, moralsk eller legalt umuligt at opfylde, er løftegiveren ikke forpligtet af sit løfte. Et løfte, der strider mod et menneskes fysiske kræfter eller mod naturens lov, er i sig selv ugyldigt.¹⁶ — Læren om *oprindelig umuligheds* ugyldigheds-virkning er overtaget fra romerrettens *impossibilium nulla est obligatio* og synes ikke fuldstændigt at være koordineret med den øvrige naturretlige vildfarelselære. En forudsætning eller vildfarelse vedrørende skyldnerens egen forpligtelse antoges at medføre ugyldighed. I den senere naturret begrænses ugyldigheden til tilfælde af vildfarelse vedrørende væsentlige (essentielle) omstændigheder, som er uovervindelige.¹⁷ Ved overvindelig vildfarelse forstår man nærmest det samme som forseelse.¹⁸ Det er imidlertid rimeligt at forstå den naturretlige umulighedslære i overensstemmelse med vildfarelselæren, og denne betragtning støttes også af en note hos Barbeyrac.¹⁹ Barbeyracs lære peger fremad mod den romanistiske sondring mellem objektiv og subjektiv umulighed og virkningerne heraf. Han sonder nemlig mellem absolut umulighed, der angår omstændigheder, som til alle tider og i henseende til alle mennesker er umulige, og umulighed, som kun eksisterer i henseende til visse personer eller formedelst en virkning af visse særdeles hændelser. I første henseende er forpligtelsen absolut ugyldig, i sidste henseende kun såfremt løftegiveren ikke vidste noget deraf eller havde anledning til mistanke.

På samme måde ophører en forpligtelse i tilfælde af *efterføl-*

¹⁶ Nørregaard, Naturret s. 225, Privatret s. 29, Pufendorf, Naturret s. 224: «Thi ellers er Løftet enten narsk og dårligt eller lasteligt og syndigt.»

¹⁷ Pufendorf s. 212, Nørregaard, Naturret s. 227, Privatret s. 34, Hurtigkarl s. 23.

¹⁸ Nørregaard, Privatret s. 34, Hurtigkarl s. 23 taler i denne henseende om, at kontrakten må blive stående ved magt, og kontrahenten tilskrive sig selv det tab, som flyder af, at han ikke har set sig for.

¹⁹ Pufendorf s. 224.

gende umulighed. I denne henseende ville man dog kun tale om umulighed, forsåvidt forpligtelsen angik en bestemt ting, idet man antog, at umulighed principielt var udelukket ved genus-skyld (*genera non pereunt*).²⁰ Skadeserstatning måtte dog svares, såfremt tingens undergang skyldtes den forpligtedes svig eller forseelse, hvorimod hændelig skade medførte ansvarsfrihed.²¹

Iøvrigt opererede man i naturretten med et delvis objektivt misligholdelsesbegreb. Ligesom forudsætning og vildfarelse betragtedes som et vilkår for medkontrahentens løfte i gensidigt bebyrdende kontraktsforhold, betragtedes misligholdelse på samme måde som ikke-opfyldelse af et naturligt vilkår i tosidede kontraktsforhold, som medfører ret for medkontrahenten til at træde tilbage.²²

Naturrettens lære om *mangler og vanhjemmel* bygger som nævnt på en lighedsgrundsætning, ifølge hvilken der skal være ligevægt mellem de af parterne erlagte værdier. Erlæggelse af en mindre værdi fra den ene af parternes side medfører, at den anden part kan forlange det manglende erlagt eller — i tilfælde af væsentlig mangel — forlange aftalen ophævet.²³

Spørgsmålet om forsinkelse (*mora*) fra skyldnerens side behandles i de naturretlige fremstillinger i forbindelse med fordringers ophør ved opfyldelse, idet man her konstaterer det selvfølgeligelige, at kontrakten skal opfyldes til den fastsatte tid.²⁴ Betaling efter den fastsatte tid gælder for mindre betaling end den, man bør erlægge; på grund heraf påhviler der den pågældende en pligt til at betale erstatning for den lidte skade, især morarente af pengeskyld.²⁵ — I tilslutning hertil uddyber Ørsted *mora*-begrebet. For Ørsted er det klart, at morabegrebet

²⁰ Pufendorf s. 225, Nørregaard, Naturret s. 260 f, Privatrete s. 51, Hurligkarl s. 56.

²¹ Pufendorf s. 226 f, Nørregaard, Naturret s. 235 og 417 f, Privatrete s. 35 og 51, Hurligkarl s. 39.

²² Pufendorf s. 328 f, Nørregaard, Naturret s. 262 smh. med s. 235 og Privatrete s. 49 smh. med s. 51; dette har Gomard, Erstatningsregler s. 36 misforstået, når han i Nørregaards udtryk «kontraktens mislige holdelse» indlægger en forudsætning om, at misligholdelsen skal være subjektivt betinget, l.c. s. 35 f.

²³ Pufendorf s. 304 f, Nørregaard, Naturret s. 231 f og 235 f, Privatrete s. 37 ff, Hurligkarl s. 40.

²⁴ Pufendorf s. 326, Nørregaard, Privatrete s. 43 ff.

²⁵ Hurligkarl s. 44 ff.

ikke — i hvert fald ikke altid — er subjektivt betinget. Han antager, at skyldneren for pengeskyld foruden for morarenter er erstatningsansvarlig uden skyld, dels for sine folks fejl, dels for *casus mixtus*; derimod er han i tvivl om, hvorvidt pengeskyldneren kan komme til at svare en større erstatning end morarenter. Ørsted finder dog anledning til at understrege, at denne (objektive) erstatningspligt ikke følger af principperne for erstatningspligten, men af selve kontrakten ifølge dennes indvortes natur, de udtrykkeligt gjorte aftaler eller de til grund herfor liggende særlige lovbestemmelser. Han er så meget realist, at han desuden henviser til, at en anden forståelse af gældskontrakterne ville gøre kreditors rettigheder aldeles usikre og vaklende, og at debitor vistnok har god grund til at underkaste sig hin strenghed, som den eneste betingelse under hvilken kredit bliver at få.²⁶

Ørsted kritiserer iøvrigt de naturretlige forfatteres lære om den uovervindelige vildfarelses ugyldighedsvirkning, idet han forstår overvindelig vildfarelse i betydningen culpa; en så almindelig lære ville gøre al kontraktsmæssig forpligtelse usikker. Det er enhver af kontrahenternes sag at se sig for, og så længe han ikke har meddelt modparten sine individuelle forestillinger eller gjort sine forpligtelser betingede, kan han ikke påberåbe sig sin vildfarelse. Kun den uvidenhed eller vildfarelse, der angår det væsentlige, kan røkke en kontrakts gyldighed. — I denne forbindelse antager han, at det er vildfarelse i henseende til det væsentlige, hvis den omkontraherede ting allerede var tilintetgjort inden kontraktens indgåelse, eller måske aldrig er kommet til eksistens.²⁷ Ørsted vil kun i begrænset omfang anerkende, at en fordring kan ophøre gennem ophævelse i anledning af misligholdelse, idet gensidige kontraktsforhold ikke kan anses at betinge en ophævelse med ret til at træde tilbage, når kontrahenten ikke udtrykkeligt har indsat en sådan klausul, og kontrahenterne heller ikke have en iøjnefaldende interesse i forpligtelsens nøjagtige opfyldelse til en bestemt tid.²⁸ Iøvrigt antager

²⁶ Håndbogen V s. 145 ff smh. med s. 26 f og Nyt Juridisk Arkiv bind 18 s. 183 f.

²⁷ Angående hjemmelspligten l.c. s. 129.

²⁸ Håndbogen V s. 166 f, Arkiv for Retsvidenskab 4. bind s. 34—57.

Ørsted, at den omkontraherede tings hændelige undergang medfører forpligtelsens ophør uden erstatning.²⁹

De følgende danske forfattere fulgte i det væsentlige den Ørstedeske lære.³⁰

B. Romanismen.

Det er vanskeligt at danne sig en helt sikker mening om årsagerne til, at de tyske romanister kastede sig over *umulighedsbegrebet* som grundlag for misligholdelseslæren. Der er næppe grund til at tvivle på, at det står i forbindelse med romanisternes opfattelse af viljesprincippet som retsreglernes grundlag. Umiddelbart skulle man mene, at culpareglen måtte være det nødvendige og tilstrækkelige grundlag for kontraktsansvaret, eftersom culpa ansås som det almindelige ansvarsprincip især udenfor kontraktsforhold. Man må imidlertid erindre sig, at de tyske romanister anså den romerske ret for at være gældende tysk ret. Man følte sig utvivlsomt bundet af den romerretlige grundsætning *impossibilium nulla est obligatio*. — Som tidligere nævnt har det også haft betydning at obligationens primære indhold antoges at være forpligtelsen til at opfylde *in natura*. — Det var imidlertid en ejendommelig inkonsekvens, at umulighedsproblemet kun fik selvstændig betydning ved oprindelig umulighed, d.v.s. umulighed som forelå ved aftalens indgåelse, medens ansvaret for al efterfølgende misligholdelse antoges at være betinget af culpa. Udgangspunktet for behandlingen af oprindelig misligholdelse var, at umulighed medfører aftalens ugyldighed. Dette var den formodede romerretlige grundsætning, som man havde overtaget fra den naturretlige teori, og som utvivlsomt ikke længere fungerede fuldt tilstrækkeligt. For at lette på reglens strenghed for omsætningslivet, sondrede man mellem objektiv og subjektiv umulighed, idet man understregede, at en fri valgmulighed og kontrol over opfyldelseshindringerne måtte udelukke ansvarsfrihed, uanset om skyldnerens misligholdelse kunne karakteriseres som culpa. Misligholdelsen måtte ikke være «vilkårlig». «Von einer willkürlichen Nichterfüllung der Obliga-

²⁹ Spørgsmålet sættes i relation til faren for genstanden, Håndbogen V s. 168 f.

³⁰ Larsen, Samlede Skrifter 5, *Gram*, Formueret 2. del, 1. bind; allerede hos disse forfattere sporer man påvirkningen fra de tyske romanister.

tion kann aber nicht die Rede sein, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt; dies ergibt sich schon daraus, dass in einem solchen Fall die Nichterfüllung nicht auf den Willen des Schuldners als Grund zurückgeführt werden kann.»³¹ — At man ikke på samme måde sondrede mellem objektiv og subjektiv umulighed ved efterfølgende misligholdelse forklaredes også med henvisning til viljesmomentet: «. . . so würde das Fortbestehen der Verpflichtung in dem ausgedehntesten Masse von der Willkür des Schuldners abhängig sein, während eben das Wesen der Obligation darin besteht, dass der Schuldner durch dieselbe gebunden, seine Freiheit in der durch die Obligation bestimmten Richtung zu Gunsten eines Anderen beschränkt ist.»³² Derimod antoges det, at skyldneren altid er erstatningsansvarlig for den efterfølgende umulighed, som skyldes forsæt eller uagtsomhed: «Das Zweite ergibt sich aus dem Bedürfniss des Verkehrs, welchen zu vermitteln die Obligationen bestimmt sind. Dies Bedürfniss erfordert, dass der Gläubiger auf die Erfüllung der Obligation mit Sicherheit Rechnung machen kann.»³³ Der gives ikke nogen nærmere forklaring på, hvorfor omsættningens sikkerhed og hensynet til fordringshaveren ikke taler for at udvide ansvaret ud over culpareglen. — Det var imidlertid et dogme, at ansvaret ikke kunne række videre. Forelå der *culpa in contrahendo* og oprindelig objektiv umulighed, var obligationen vel ugyldig, men skyldneren blev erstatningsansvarlig efter den almindelige erstatningsregel udenfor kontrakt for den negative kontraktsinteresse.³⁴

Med romanisterne indførtes *morabegrebet* som centralt led i misligholdelseslæren. Siden romanisterne har tysk ret i det væsentlige kun anerkendt et subjektivt morabegreb. Også det subjektive morabegreb begrundes med henvisning til viljesprincippet. I konsekvens af læren om efterfølgende umulighed,

³¹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung: Beiträge zum Obligationenrecht (1853) s. 2 jfr. s. 106, jfr. von Savigny, Das Obligationenrecht (1851) s. 381 ff, Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (1879) 2. bd. s. 55 ff (5. opl.).

³² Mommsen l.c. s. 228 f.

³³ Mommsen l.c. s. 106 ff.

³⁴ Mommsen s. 106 ff og 136, Windscheid s. 56 og 205 ff med note 5 og 175 med note 5, Jhering, Jahrbuch für Dogmatik IV s. 16 ff.

antog man, at skyldnerens mora kun fik misligholdelsesvirkninger, såfremt der forelå culpa fra skyldnerens side.³⁵ Virkningen af mora (Verzug) er i første række, at skyldneren er forpligtet til at betale skadeserstatning efter fordringshaverens interesse.³⁶ «In der That hat auch das ältere deutsche Recht die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht allgemein von der Zurechnung abhängig gemacht; anders ist es jedoch im römischen Recht, welches in dieser Beziehung die Grundlage unseres heutigen Rechts bildet. Wie überhaupt der subjective Gesichtspunkt im römischen Recht sehr stark hervortritt, so wird von demselben auch als Regel angenommen, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz, wenigstens insofern sie auf einen vollständigen Schadensersatz (das Interesse) gerichtet ist, eine Zurechnung der Rechtsverletzung zur Schuld voraussetzt.»³⁷

Også ophævelsesbeføjelsen er betinget af Verzug, d.v.s. subjektiv mora. Man afviste den naturretlige lære om vederlagets rette erlæggelse som forudsætning eller betingelse for forpligtelse; man anså det for tilstrækkeligt, at modløftet var gyldigt stiftet, Pothier, Contrat de vente § 308, Windscheid s. 99 ff.

Man opretholder som nævnt den traditionelle sondring mellem oprindelig og efterfølgende misligholdelse. For oprindelig umulighed var grundlaget den romerretlige sætning *impossibilium nulla est obligatio*. Medens naturretten talte om overvindelig og uovervindelig vildfarelse, talte romanisterne om objektiv og subjektiv umulighed. For romanisterne var valgmuligheden af afgørende betydning, og ved hjælp af dette kriterium udskilte man oprindelig subjektiv umulighed og begrundede grundsatningen *genera non pereunt* for efterfølgende misligholdelse af genusskyld. Mommsen opretholdt imidlertid kravet om tilregnelighed som betingelse for ansvar for efterfølgende misligholdelse, også forsåvidt angår ansvaret for pengemangel. Mommsens begrundelse herfor er imidlertid rent fiktiv. Han anfører, at forholdet i disse tilfælde retligt må betragtes som om skyldneren, d.v.s. denne bestemte skyldner, kan præstere.

³⁵ Mommsen, Die Lehre von der Mora. Beiträge zum Obligationenrecht (1855), Vorwort s. 1 og afhandlingens s. 9, jfr. s. 1.

³⁶ Mommsen s. 178 f, Windscheid s. 82 ff.

³⁷ Mommsen, Mora s. 16.

Og når skyldneren kan opfylde og kender sin forpligtelse, må undladelsen jo være grundet i mangel af god vilje. Der foreligger altså oven i købet dolus. — Dette ræsonnement kritiseres med rette af Evaldsen³⁸, som gør gældende, at det hviler på en ren fiktion, og at udtrykket tilregnelighed i denne forstand omfatter alle tilfælde af forsinkelse, der ikke er grundet i kreditors forhold.

C. Forventningsteorien.

Den senere skandinaviske teori søger gennem en objektivering af retsreglerne at tilgodese hensynet til omsætningens sikkerhed. Indenfor den almindelige kontraktsret udvikles *forventnings- og tillidsprincippet*,³⁹ og indenfor misligholdelseslæren søger man på samme måde at flytte tyngdepunktet fra skyldnerens vilje til fordringshaverens forventning. Også på dette punkt spillede Goos en fremtrædende rolle.⁴⁰ Evaldsen⁴¹ forkastede for dansk rets vedkommende culpa som almindelig betingelse for ansvar i kontraktsforhold, idet han med Ørsted henviste til, at ansvaret var begrundet i selve kontrakten og løftemodtagerens forventning. — Forsåvidt angår oprindelig misligholdelse går Evaldsen vidt i retning af et objektivt ansvar (Alm. del s. 208 f), men især efterfølgende misligholdelse af genusforpligtelser medfører efter Evaldsens lære et strengt ansvar. Begrundelsen er praktisk i sit sigte omend fiktiv i sin form. — Kreditor vil regne med, at skyldneren kan blive ude af stand til at udføre arbejdet, eller at tingen kan forgå, men den kreditor, der betinger sig en generisk bestemt præstation, venter ikke slige forhindringer og gør ubetinget regning på at erholde sin ret fyldestgjort til den bestemte tid. Kreditor opstiller det ved forholdets indgåelse som en bestemt forudsætning for, at han vil indlade sig med debitor, at denne vil være lige så vel i stand til at opfylde som enhver anden, til hvem han ellers kunne have henvendt sig, og debitor garanterer, at slige personlige forhindringer ikke fra

³⁸ Evaldsen, Skyldnerens Mora (1870) s. 13.

³⁹ U 1963 B. 288.

⁴⁰ Retslæren II s. 218 ff.

⁴¹ Obligationsret alm. del s. 195 ff, Skyldnerens Mora; jfr. også Bentzon, Begrebet vis major (1890), *Torp* U 1880. 353 ff.

30 — TfR 1964.

hans side skulle indtræde. Dette ræsonnement suppleres med den betragtning, at der mod tilregnelseteorien i det hele taget kan indvendes, at den tilsidesætter ethvert omsætningshensyn, idet den gør det kontraktsmæssige løftes værdi afhængig af den enkelte skyldners individualitet. «Den lære, der går ud på, at debitor ubetinget indestår for, at de efter hans eget frie valg til opfyldelse trufne foranstaltninger ville svare til deres formål, er den eneste, der lader sig praktisk anvende af hensyn til beviset.⁴² Den sande betydning af sætningen: *genus non perit* er formentlig også den, at debitor, når præstationen er generisk bestemt, er ansvarlig for enhver udeblivelse eller forhaling med opfyldelsen. Derimod er det næppe sætningens hensigt at henvende opmærksomheden på den faktiske omstændighed, at de mere almindelige handelsvarer foreligger i en så stor mængde, at der ikke kan være spørgsmål om at udtømme det omspurgte genus ved en enkelt kontrakt.»⁴³ — Jul. Lassen viderefører Evaldsens lære og understreger endnu kraftigere det objektive ansvar for oprindelig umulighed og vanhjemmel med henvisning til en stiltiende garanti.⁴⁴

III. Engelsk ret.

I engelsk kontraktsret har udgangspunktet også været sondringen mellem oprindelig og efterfølgende misligholdelse. Udviklingsgangen har iøvrigt været beslægtet med gangen i den kontinentale og skandinaviske ret, omend svingningerne ikke har været så udprægede, til dels vel på grund af den traditionelle mangel på teoretisk analyse i engelsk ret. Omend den liberale viljesteori fra midten af forrige århundrede har haft en vis indflydelse på engelsk ret, har man dog i højere grad dels fastholdt forbindelsen med fortidens objektive obligationsbegreb dels taget hensyn til omsætningslivets interesser. At umulighedsbegrebet har spillet en væsentligt mindre rolle i engelsk teori og praksis end i den kontinentale, kan — som tidligere

⁴² Mora s. 17, Alm del s. 197.

⁴³ Mora s. 18.

⁴⁴ Alm. del (1. udg.) s. 280 ff, (3. udg.) især s. 465 ff.

nævnt — hænge sammen med grundsætningen om, at fordringshaverens krav mod den misligholdende skyldner er et erstatningskrav i penge grundet på ideen om misligholdelse som en *tort*. — Det traditionelle udgangspunkt for misligholdelseslæren er princippet om forpligtelsens objektivitet, som det er fastslået i sagen *Paradine v. Jane* (1647); når nogen ved en kontrakt har forpligtet sig til at foretage noget, kan han ikke undgå ansvar ved at bevise, at opfyldelsen er blevet vanskelig eller endog umulig. Den traditionelle begrundelse er, at man altid kan betinge sig ansvarsfrihed for fremtidige begivenheder ved udtrykkelige forbehold; påtager man sig derimod en ubetinget forpligtelse, må man selv bære risikoen for den fremtidige udvikling.

1. Spørgsmålet om *oprindelig* umulighed har man behandlet i ugyldighedslæren under devisen *common mistake*. — I sagen *Couturier v. Hastie* (1856) antoges det, at sælgeren var fri for ansvar for en kornladning, som allerede ved aftalens indgåelse var gået til grunde; jfr. section 6 i *Sales of Goods Act* (1893).⁴⁵ Løvrigt kan *common mistake* — fælles oprindelig vildfarelse — kun i begrænset omfang medføre begrænsninger i parternes forpligtelser. Den for skyldneren lempelige behandling af oprindelig umulighed må sammenholdes med den begrænsede hæftelse for oprindelige mangler men strenge hæftelse for vanhjemmel.⁴⁶

2. Med hensyn til *efterfølgende* begivenheder var det indtil 1863 den undtagelsesfrie regel, at skyldneren var absolut ansvarlig for kontraktens opfyldelse, medmindre han havde taget forbehold i aftalen. — I sagen *Taylor v. Caldwell* (1863) grundlagdes imidlertid den praksis, som senere har givet anledning til udviklingen af læren om *frustration*. — En hal var udlejet til en offentlig koncert, men inden koncertens afholdelse nedbrændte hallen ved en hændelig ulykke. Det antoges, at skyldneren ikke var ansvarlig, når opfyldelsen var afhængig af «*the continued existence of a particular object or state of circumstances*». Denne grundsætning er senere udvidet til at omfatte

⁴⁵ *Atiyah*, *The Law of Contract* s. 130 ff.

⁴⁶ Se U 1963 B. 289 ff og 158 ff.

efterfølgende ulovlighed, umulighed ved opfyldelsen af personlig tjeneste på grund af død eller sygdom, offentlige indgreb, såsom beslaglæggelse under krig m.v.; iøvrigt er grundsætningen blevet udvidet til såkaldt «*frustration of the common venture*»; herved forstås, at «*the whole basis of the agreement has disappeared*». Det er dog en forudsætning, at der har foreligget en «*fundamental assumption common to both parties*», således at det vel måtte være muligt at opfylde, men at opfyldelsen «*would not fulfil the original and common design of the parties*». Der må dog foreligge en «*radically different*» situation, idet den omstændighed, at opfyldelsen er blevet mere byrdefuld eller ubehagelig, ikke er tilstrækkelig. Grundsætningen har især været anvendt på de såkaldte *coronation cases*. Den, som har lejet en plads på ruten for et kroningsoptog o. lign., er blevet anset for frigjort i tilfælde af, at processionen er blevet aflyst.

Læren om frustration blev oprindeligt begrundet med henvisning til *parternes formodede vilje*. Det afgørende for sagen måtte være, om parterne ville have indgået aftalen eller indsat et forbehold, hvis de havde været opmærksomme på den senere indtrådte begivenhed. Denne individuelle afvejelse af parternes hypotetiske vilje som begrundelse for læren om frustration er blevet kritiseret på samme grundlag som den individuelle forudsætningslære i dansk ret.⁴⁷ — I sagen *Davis Contractors v. Fareham* (1956) A.C. 696, udtalte Lord Radcliffe, at der i realiteten var tale om anvendelse af en *retsregel*, som overlader det til dommeren at afgøre, hvem der er nærmest til at bære risikoen for ikke-opfyldelse i tilfælde af, at der indtræder begivenheder, som påvirker den ene eller begge parters situation. — Atiyah forsøger at opstille forskellige typer af regler: 1. En kontraktspart kan udtrykkeligt påtage sig at løbe en bestemt risiko. — 2. En kontraktspart bærer risikoen for enhver ændring i omstændighederne, som kun berører hans egne formål med kontrakten og ikke berører det fælles kontraktobjekt. — 3. En part kan påtage sig så abnorm en byrde, at det ikke ville være rimeligt at pålægge ham nogen særlig risiko for ændrede forhold på grundlag af kontrakten. — 4. I almindelighed bærer en part

⁴⁷ *Cheshire & Fifoot*, *Law of Contract* s. 466 ff, *Atiyah* s. 142 ff, se også U 1963 B. 290 f.

risikoen for, at opfyldelsen af hans forpligtelser viser sig at blive umulig eller mere byrdefuld end forudsat som følge af ændringer i forholdene, som er normale eller blot let afvigende fra det normale, medens han ikke bærer risikoen for omstændigheder, som er «*outerly abnormal or extraordinary occurrences*».⁴⁸

Umulighedsbegrebet har ikke tiltrukket sig større selvstændig interesse i engelsk kontraktsret, hvorimod det er blevet anvendt i nyere amerikansk kontraktsret. Især Corbin har interesseret sig for problemet.⁴⁹ Resultaterne i amerikansk ret afviger ikke stort fra de tilsvarende engelske.

Atiyah kritiserer den forskellige behandling af oprindelig og efterfølgende umulighed, idet han gør gældende, at der snarere burde være anledning til at behandle den oprindelige umulighed strengere end den efterfølgende, idet skyldneren i tilfælde af, at umuligheden forelå allerede ved kontraktens indgåelse havde lettere adgang til at undersøge sine muligheder, og i hvert fald lettere adgang til at undersøge sine muligheder for opfyldelse end medkontrahenten. I vore dage er kommunikationsmidlerne så effektive, at der burde være meget ringe adgang for skyldneren til senere at påberåbe sig, at der forelå oprindelig umulighed. Atiyah ville anse det for givet, at reglen i den engelske Sales of Goods Act section 6, ville have fået det modsatte indhold, hvis den var blevet skrevet i dag.⁵⁰

Hæveretten er ikke betinget af subjektive forhold hos den misligholdende. Enhver *misrepresentation* (fejlagtig oplysning) eller enhver ikke-opfyldelse af en udtrykkelig eller *implied condition* (garanti), hvorved der indtræder en væsentlig misligholdelse, berettiger medkontrahenten til ophævelse.⁵¹

⁴⁸ Især Atiyah understreger forudseligheden og sammenhængen med erstatningsansvarets udstrækning.

⁴⁹ Først i en artikel i Harvard Law Review 1936—37 s. 464 f, senere har han lagt umulighedsbegrebet til grund for fremstillingen i sit værk: On Contracts bd. 6 (1962) s. 321 ff, se også Lorenz P. Simpson, Contracts (1956) s. 501 ff, jfr. også Restatement of the Law of Contracts, sect. 460.

⁵⁰ Atiyah s. 133.

⁵¹ Atiyah s. 210 ff, Cheshire & Fifoot s. 487 ff og Corbin 6 s. 1 ff.

IV. Umulighed — culpa.

A. Valgmulighed.

Undertiden beskriver man også udenfor kontraktsforhold ansvarsreglen ved hjælp af umulighedsterminologien. Undertiden anvender man den lovgivningsteknik at beskrive et påbud med tilføjelsen «så vidt muligt», o.l.⁵² I daglig tale kan man finde en lignende terminologi. Alligevel er det ikke sædvanligt at beskrive ansvarsreglerne udenfor kontraktsforhold ved hjælp af umulighedsbegrebet:

- a. Var det umuligt for den *individuelle skadevolder* at undgå at volde skade? (subjektiv umulighed).
- b. Var det umuligt for en *bonus paterfamilias*?
- c. Var det umuligt for en *vir optimus*? (objektiv umulighed).

Der er dog ikke væsentlig forskel i problematikken, idet det centrale i begge varianter er følgende:

1. Kunne den pågældende handle anderledes, d.v.s. forelå der en valgmulighed?⁵³ — et *faktisk* forhold.
 2. Burde han have handlet anderledes? — en *retlig* kvalifikation.
- ad 1. Valgmuligheden kan have relation til forskellige tidspunkter, dels til tilstandens etablering — i kontraktsforhold: aftalens indgåelse, udenfor kontrakt: virksomhedens etablering — dels til den relevante handlesituation.
- ad 2. Den retlige kvalifikation afhænger af en vurdering af de forskellige komponenter, der med retstridighedslærens forenklede terminologi kan beskrives ved hjælp af udtrykkene «skadeevne» og «nytte», d.v.s. hvilke krav kan man i den givne situation stille til den pågældende i henseende til overvindelse af hindringer for opfyldelse og forebyggelse af skader.
- a) Kvalificeres hans optræden som culpa, vil man pålægge ansvar.
 - b) Kvalificeres hans optræden ikke som culpa, kan der blive tale om ansvarsfrihed eller strikt ansvar i en eller anden form.

⁵² Gomard s. 199 ff.

⁵³ Jfr. U 1961 B. 96.

Når man alligevel ikke har anvendt umulighedsterminologien i samme omfang udenfor kontraktsforhold som i kontraktsforhold, kan det have sammenhæng med det faktum, at kontrakten typisk etablerer en pligt til erlæggelse af en ydelse («handlepligt»), medens der udenfor kontraktsforhold typisk ikke er etableret nogen sådan «handlepligt». — Det foregående kan dog ikke beskrives således, at culpabegrebet og umulighedsbegrebet er identiske eller beslægtede begreber, eller at man kan nå til samme resultater ved hjælp af culpabegrebet som ved hjælp af umulighedsbegrebet.⁵⁴ Det, som der kan være tale om er, at de praktiske spørgsmål om ansvar i og udenfor kontraktsforhold kan beskrives med udgangspunkt i den ene eller den anden terminologi, idet det afgørende i alle tilfælde er den eventuelt foreliggende valgmulighed og dens retlige kvalifikation.

B. Forudselighed.

For at beskrive den under A omtalte betingelse for ansvarsfrihed: at skyldneren ikke har haft nogen valgmulighed, benytter man ofte i praksis betegnelsen: *udenfor skyldnerens kontrol*.

I reglen forudsættes endvidere, at skyldneren ikke havde *kendt eller forudset* hindringen (kbl. § 24).

1. En begivenhed kan være udenfor skyldnerens kontrol, uanset at den er forudselig; skyldneren kan f.eks. være bekendt med faren for krig.

2. At en begivenhed er udenfor skyldnerens kontrol udelukker ikke, at der kan være tale om «individuelle opfyldelseshindringer», d.v.s. hindringer som udelukkende rammer den pågældende skyldner såsom leverandørsvigt, strejke i egen virksomhed o.l.

3. Skyldneren bliver ikke altid ansvarlig for forudselige hindringer, som ligger udenfor hans kontrol, f.eks. prisforandringer. Ifølge «forudsætningssynspunktet» kan det være rimeligt at pålægge fordringshaveren risikoen herfor.⁵⁵

Spørgsmålet skal ikke følges nærmere i denne forbindelse.

⁵⁴ Gomard s. 36 og 197 ff.

⁵⁵ U 1963 B. 170.

Formålet med disse bemærkninger har blot været at understrege, at *ansvaret kan kvalificeres både med hensyn til parternes «valgmulighed» og med hensyn til deres «onde tro» ved aftalens indgåelse.*

Betragter man hele feltet af misligholdelse, er det åbenbart, at umulighed og culpa ikke er egnet som almindelige kriterier. Når romanisterne tillagde umulighed og culpa så stor betydning, som man gjorde, hang det til dels sammen med, at man ikke behandlede mangler og vanhjemmel i den almindelige lære; ansvaret for mangler og vanhjemmel kan ikke tilfredsstillende beskrives ved een af disse eller begge metoder.⁵⁶ Ussing opgav da også umulighedsbegrebet ikke alene som almindeligt kriterium, men også som særskilt misligholdelsestype, med den begrundelse, at ydelsens udeblivelse kan skyldes enten umulighed eller andre omstændigheder, og at mangler og vanhjemmel i et vist omfang kunne beskrives som partiel umulighed.⁵⁷ Man kommer dog ikke uden om umuligheden i det omfang, ansvaret måtte være særskilt knyttet hertil i lovgivningen, såsom tilsyneladende i kbl. § 24 m.v., eller umulighed ved en nærmere analyse må betragtes som en bestanddel af culpabetingelsen.

I sin analyse af umulighedsbegrebet anfører Rodhe med rette (§ 30), at man må gå ud fra et vist tidspunkt og se fremad i tiden og foretage en *hypotetisk kalkulation*. Man kan ved denne bedømmelse gå ud fra to eller flere grundforudsætninger, alt efter hvilke krav, man anser skyldneren for at være forpligtet til at opfylde. — En mulighed er, at skyldneren er forpligtet til med omsorg at tilstræbe et resultat. I denne variant svarer beskrivelsen af umulighedsbegrebet til *culpabegrebet*, jfr. § 3 ved note 5. — Den anden variant er, at man anser skyldneren for forpligtet til at tilvejebringe et resultat, uden at man knytter skyldnerens forpligtelser i så henseende til culpastandarden. I så fald vil man kunne tale om *fysisk umulighed*, hvorved man forstår, at det ikke er muligt for skyldneren ligegyldigt hvilke opofrelser han anvender, at nå frem til det lovede resultat. —

⁵⁶ U 1963 B. 175 f. *Lassen* begrundede i vidt omfang ansvaret herfor med garanti-konstruktionen, jfr. tysk rets «Gewährleistung» og *Rodhe* «garantiforpligtelser», § 21 ff.

⁵⁷ Alm. del s. 53 f; se U 1964. 125 H.

En tredje variant er den såkaldte *økonomiske umulighed*, hvorved man forstår, at skyldneren vel kan opnå det lovede resultat ved anvendelse af visse opofrelser, men hvor disse enten vil stå i et fuldstændigt ufornuftigt eller urimeligt forhold til det lovede resultat; disse problemer ønsker Rodhe imidlertid ikke at behandle som en side af umulighedsbegrebet. Problemet om ret til at fratræde en forpligtelse på grund af ændrede forhold eller påstå lempelse heri bør efter Rodhes opfattelse behandles adskilt fra problemet om virkningen af umulighed. — *Vis major* vedrører ikke spørgsmålet om hvilke hindringer, skyldneren skal overvinde, men årsagen til deres indtræden.

Når man er kommet ind på at anvende umulighedsterminologien, er det som nævnt nærliggende, at meningen har været at finde et udtryk, som omfattede tanken: om forpligtelsen består eller ikke, d.v.s. om den primære pligt til naturalopfyldelse er bestående. Hvis dette aspekt skæres bort, har begrebet ikke større betydning.

1. Man kan vel til en vis grad slutte *fra mulighed til erstatning*: sålænge debitor kan opfylde, skal han tvinges enten umiddelbart gennem opfyldelsestvang eller gennem erstatnings-truslen. Grunden hertil er dog ikke forpligtelsens eksistens i sig selv, men hensynet til omsætningen og løftemodtagerens tillid.

2. Man kan vel i reglen slutte, at tvang til *naturalopfyldelse er udelukket, hvis erstatningsbeføjelsen er udelukket*, f.eks. er erstatningsbeføjelsen udelukket i visse tilfælde af umulighed, men også i tilfælde af, at der ikke foreligger egentlig umulighed.⁵⁸

3. Man kan derimod *ikke slutte, at erstatning er udelukket, fordi naturalopfyldelse er umulig*. Denne slutning har som nævnt imidlertid været almindelig både i romanistisk og i engelsk teori. Fordringshaverens behov for genoprettelse af et lidt tab er det samme, hvad enten skyldneren er i stand til at opfylde in natura eller ikke. Om skyldneren bør erstatte fordringshaveren dette tab, kan naturligvis ikke afhænge af denne formelle slutning om selve den primære opfyldelse er mulig.

⁵⁸ Ussing, Alm. del s. 54.

*V. Erstatningsansvaret.**A. Doktrinen.*

Det centrale i romanisternes misligholdelseslære var som omtalt skyldnerens valgmulighed. Skyldnerens forpligtelse må ikke være vilkårlig. Umuligheds- og culpabegrebet blev herefter udgangspunkt for bedømmelsen af skyldnerens forpligtelse. Den inkonsekvens, som ligger i, at sondringen mellem objektiv og subjektiv umulighed — som ansås for afgørende for oprindelige opfyldeshindringer — ikke fik nogen betydning ved efterfølgende misligholdelse, blev som tidligere omtalt begrundet med henvisning til praktiske hensyn. Hensynet til skyldnerens frihed må vige for hensynet til omsætningen. Romanisterne søgte et fælles grundlag for erstatningsansvaret i og udenfor kontraktsforhold, og da skyldprincippet var accepteret som almindeligt princip udenfor kontraktsforhold, var det naturligt at anvende samme princip for efterfølgende misligholdelse i kontraktsforhold.

1. *Oprindelig misligholdelse.* Det kan synes ejendommeligt, at romanisterne ikke udstrakte culpaprincippet til at omfatte også oprindelig misligholdelse. Man antog, at skyldneren ikke påtager sig en gyldig forpligtelse, såfremt opfyldelsen var objektiv umulig på grund af omstændigheder, som forelå allerede ved aftalens indgåelse, uanset om skyldneren kendte eller burde kende denne umulighed. — Skyldneren kunne ikke pådrage sig forpligtelse til at svare mere end den negative kontraktsinteresse for sin *culpa in contrahendo*. — Denne opfattelse — som man kan påvise spor af i den forudgående naturretlige teori og i engelsk ret efter påvirkning fra romanistisk viljesteori i slutningen af forrige århundrede — hænger tanke-mæssigt sammen med den ejendommelige understregning af skyldnerens valgret, som utvivlsomt har en nær sammenhæng med præventionshensynet: man kan ikke gennem pålæggelse af ansvar formå skyldneren til at opfylde en forpligtelse, som allerede ved forpligtelsens stiftelse var umulig. — Det er ejendommeligt, at Ussing i obligationsrettens almindelige del skyder præventionshensynet i baggrunden. Samtidig forkaster han Lassens garantikonstruktion og henvisningen til den hos løfte-

modtageren skabte tillid og anfører i stedet forudsætningslæren. Løftegiveren afgiver løftet under den bestemmende forudsætning, at rigtig opfyldelse er mulig, og spørgsmålet er da, om han skal kunne frigøre sig for løftet, når det viser sig, at denne forudsætning er urigtig.⁵⁹ Det er vanskeligt at se, hvilken hjælp denne konstruktion kan yde, bortset fra at den, som Ussing omtaler, kan bruges til at udsondre tilfælde, hvori enten løftegiveren eller løftemodtageren har kendt den aktuelle opfyldelseshindring. For at nå til dette resultat behøver man imidlertid ikke at anvende forudsætningskonstruktionen. — I Køb derimod anfører Ussing præventionshensynet til fordel for en culpa-regel: Sælgeren må være ansvarlig såfremt han ikke forinden aftalens indgåelse har foretaget en rimelig prøvelse af sine muligheder for at opfylde. Lassen ville som nævnt ovf. ved note 44 gå videre, og det er da også et spørgsmål, om det er rigtigt, når Ussing anfører, at praktiske hensyn ikke taler for så strengt et ansvar som for efterfølgende misligholdelse.⁶⁰ — Det er muligt, at den praktiske baggrund for romanisternes lempelige behandling af oprindelige opfyldelseshindringer er, at læren herom er udformet på en tid, da kommunikationsmidlerne ikke var af en sådan art, at man allerede ved aftalens indgåelse hurtigt og nemt kunne undersøge sine muligheder for at opfylde. Udviklingen på dette område kunne måske tale for at pålægge skyldneren et strengere ansvar for oprindelige opfyldelseshindringer, måske endog strengere ansvar end for efterfølgende opfyldelseshindringer.⁶¹ Skyldneren er den nærmeste, ofte den eneste, som er i stand til at bedømme sine muligheder, og har med de nuværende kommunikationsmidler let adgang til at kontrollere disse. Et strengt ansvar for oprindelige opfyldelseshindringer ville også harmonere med de praktiske hensyn, som ligger bag aftalelærens forventningsprincip. Både efter engelsk og dansk aftaleret er det hovedreglen, at skyldnerens individuelle vildfarelse ikke kan påberåbes overfor en godtroende løftemodtager. Den engelske betegnelse *common mistake* — som indicerer at vildfarelsen skal være af en sådan art, at begge parter må for-

⁵⁹ S. 109 og 127.

⁶⁰ S. 67, Alm. del s. 132 ff.

⁶¹ *Atiyah* s. 133.

modes at have lige adgang til at vurdere kendsgerningerne — taler også for, at *skyldnerens mulighed for at påberåbe sig ansvarsfrihed for oprindelig misligholdelse i hvert fald ikke burde være videre end muligheden for at påberåbe sig efterfølgende misligholdelse*. — Det var disse omstændigheder, som motiverede Evaldsen, Lassen og Goos til at antage et strengt ansvar for skyldneren for oprindelige opfyldeshindringer, hvad enten der var tale om umulighed, mangler eller vanhjemmel.

Der er næppe tvivl om, at reglerne om mangler og vanhjemmel historisk har tilknytning til parternes adgang til og muligheder for at konstatere manglen (*caveat emptor*). For faktiske manglers vedkommende har de lempelige ansvarsregler (garanti og svig) haft sammenhæng med køberes mulighed for at undersøge tingen før købet. Denne mulighed aftog, efterhånden som omsætningen udviklede sig til at foregå mellem personer, som ikke var samtidigt til stede. Samtidig udvikledes adgangen til at kræve forholdsmæssigt afslag til et objektivt ansvar for værditab.⁶² — Også det strikte ansvar for vanhjemmel (kbl. § 59) må ses ud fra denne synsvinkel i forbindelse med de hensyn, som ligger bag ansvaret for pengemangel.

I det omfang, der bliver tale om at pålægge et udover culpa-reglen gående ansvar for efterfølgende misligholdelse for pengemangel, leverandørsvigten og andre individuelle forhold, ville det i hvert fald være ubegrundet ikke at tillægge disse omstændigheder relevans ved oprindelige hindringer, som skyldes sådanne omstændigheder.⁶³

2. *Efterfølgende misligholdelse*. Medens romanisterne i overensstemmelse med deres almindelige teoretiske udgangspunkt kun ville pålægge skyldneren ansvar for efterfølgende umulighed eller forsinkelse, såfremt denne kunne tilskrives skyldnerens culpa, uden hensyn til om skyldnerens forpligtelse var en species- eller en genusforpligtelse, så Evaldsen og Lassen og Goos det som deres opgave at begrunde et udover culpa-reglen gående ansvar herfor. Argumentationen tog som Ørsted og engelsk ret sit udgangspunkt i den betragtning, at den forpligtelse, man ville

⁶² U 1963 B. 157 ff, *Rodhe* § 49 ved note 46 ff.

⁶³ *Ussing*, *Køb* s. 72, *Alm. del* s. 134 ff, *Karlgren*, *TfR* 1938. 474, 1955. 368.

gøre skyldneren ansvarlig for, ikke var en legal forpligtelse til omsorg, som begrunder ansvar for skade udenfor kontraktforhold, men derimod en kontraktlig forpligtelse, som grunder ansvaret på de i aftalen foretagne stipulationer. — På den anden side understregede de pågældende forfattere hensynet til omsætningens interesse og tilliden i retsforhold. Det var ikke vanskeligt for Evaldsen at påvise, at den romanistiske teori kun ved anvendelsen af en anstrengt fiktionsteknik kunne forenes med det praktiske livs behov. — Det stod klart, at det ikke var muligt at fritage skyldneren for erstatning for virkningerne af *pengemangel*, uanset om pengemanglen var undskyldelig. — Hertil kom ansvaret for fejl begået af *personer*, som var ansat til eller anmodet om at deltage i udførelsen af den kontraktlige forpligtelse. — Ansvar for *casus mixtus* og *obligatio perpetuatur* kunne til nød begrundes med henvisning til en i forvejen eksisterende culpøs forsinkelse; men ansvaret for hændelige følger af en culpøs forsinkelse ville ikke harmonere med den dengang herskende teori om ansvarets udstrækning betinget af uagtsomhed og påregnelighed. — Det var derfor et fremskridt, at de pågældende forfattere løsrev moraproblemet fra viljeteoretikernes culpælære og begrundede erstatningsansvaret i *friere synspunkter*, herunder især omsætningens sikkerhed og løftemodtagerens forventning og tillid.⁶⁴ — Endnu et sæt argumenter, som især er fremhævet af Almén og Lassen, viser også hen til den ændrede faktiske situation. Almén og Lassen henviser især til faren for, at skyldneren fremsætter ubegrundede og vanskeligt gennemtrængelige påstande om umulighed og undskyldelighed.⁶⁵ — Ussing henviser til fordringshaverens interesse i i selve misligholdelsens øjeblik at kunne danne sig en sikker vurdering af sin retlige stilling, såvel med hensyn til ophævelse som erstatning. — Den handlende skal, når det viser sig, at ydelsen ikke erlægges i rette tid, kunne foretage de fornødne dispositioner f.eks. gennem dækningskøb, hvorved han får sin interesse i naturalopfyldelse tilgodeset, samtidig med at han får sikkerhed for, at substitutionen fuldtud foregår for

⁶⁴ Evaldsen, Mora s. 14 f, Goos, Retslære II s. 260 ff, 599 ff, Lassen, Alm. del § 41.

⁶⁵ Almén, Köp § 24 ved note 36, Lassen, Alm. del s. 402 og 437.

skyldnerens regning. — I handelslivet skal køberen normalt ikke finde sig i at skulle igennem en retssag for efter længere tids forløb at få konstateret, om han havde et erstatningskrav. Køberen skal straks kunne disponere til anden side ved misligholdelsens indtræden. — Denne argumentation har især aktualitet for en gros omsætningen af fungible ydelser.⁶⁶ — Især for genussydelsers vedkommende har man henvist til, at ikke-opfyldelse i reglen vil være begrundet i manglende pengemidler;⁶⁷ betragtningen kan med samme ret anføres for anden opfyldelse, der forudsætter udgiftskrævende foranstaltninger.⁶⁸ — På tilsvarende måde antages det oftest, at skyldneren må bære risikoen for, at andres medvirken svigter i tilfælde, hvor det ikke er aftalt, at opfyldelsen delvis overlades til tredjemand; betragtningen er beslægtet med de hensyn, som ligger bag reglerne om skyldovertagelse og kommission.⁶⁹ — I forlængelse heraf antages i almindelighed, at skyldneren er ansvarlig for «individuelle forhold», uanset om de kan kvalificeres som culpa eller ej.⁷⁰

Diskussionen har drejet sig om skyldnerens såkaldte *mislykkede opfyldelsesforsøg*. Som eksempel har man benyttet den såkaldte «sydfrugtslast». — Har sælgeren ved leveringsfristens udløb afsendt en ladning sydfrugter franco til leveringsstedet og forliser skibet herefter under en storm i Østersøen, uden at sælgeren har mulighed for på leveringsstedet at skaffe en tilsvarende ydelse, er rigtig opfyldelse udelukket, uden at misligholdelsen skyldes culpa fra sælgerens side. — Lundstedt, Ljungman, Rodhe og Gomard vil i princippet fritage sælgeren for erstatningsansvar, hvis han uden unødigt ophold fremskaffer tilsvarende ydelse.⁷¹ Rodhe gør dog opmærksom på, at problemet ikke har nogen større praktisk relevans i dag, idet det

⁶⁶ Ussing U 1932 B. 103.

⁶⁷ Kbl. Motiver s. 62.

⁶⁸ Alm. del s. 122.

⁶⁹ Rodhe § 48 ved note 38, Ussing, Alm. del s. 122, Gomard s. 213.

⁷⁰ Ussing, Alm. del s. 134 ff, Køb s. 72, Karlgren, TfR 1938. 474, 1955. 368, Gomard s. 211 f, Rodhe § 48 efter note 60.

⁷¹ Lundstedt, SvJT 1921. 325 ff, Ljungman, Prestation in natura s. 64, Rodhe § 30 ved note 41 ff, § 48 ved note 61 ff, Gomard s. 209 ff; jfr. også Kristen Andersen, Kjøpsrett s. 77 ff.

ikke er sædvanligt at handle på de omtalte vilkår. Den normale forsendelsesmåde er cif eller fob, hvorefter køberen normalt bærer transportens risiko.

Almén påberåbte sig udover de praktiske hensyn, som er nævnt ovenfor, at der ikke forelå en objektiv umulighed i det foreliggende tilfælde, idet sælgeren kunne have disponeret anderledes; have sendt skibet afsted noget tidligere eller ad en anden rute eller ladningen med et andet skib; og da ansvarsfrihed efter Alméns opfattelse var betinget af objektiv umulighed, måtte sælgeren efter hans opfattelse være ansvarlig.⁷² — Ussing påberåbte sig til støtte for et strengt ansvar bl.a. en henvisning til selve genusforpligtelsens karakter. Skønt de til opfyldelse bestemte genstande er gået til grunde, er forpligtelsen principielt bestående, medmindre alle genstande af arten er gået tabt. Dette argument er ganske formelt og kan ikke give nogen vejledning for bedømmelsen af sælgerens ansvar. Allerede Evaldsen gjorde som nævnt ovf. ved note 41—43 opmærksom på, at et strengere ansvar for genussælgeren ikke så meget kunne begrundes i forpligtelsens natur som i de praktiske hensyn, hvilket Ussing naturligvis heller ikke var blind for.

Som grundlag for sin kritik af Almén anfører Rodhe, at spørgsmålet om umulighed kan bedømmes ud fra to tidspunkter: — a. aftalens indgåelse og — b. situationens indtræden. Vælger man som Almén aftalens indgåelse, er det klart, at der ikke foreligger nogen objektiv umulighed; men vælger man, som det vel er mest naturligt, den situation, som skaber opfyldelseshindringen, foreligger der en absolut umulighed for rigtig opfyldelse.

Kbl. § 24 pålægger sælgeren erstatningsansvar for ydelsens ikke-erlæggelse i rette tid, medmindre der er taget forbehold, og medmindre muligheden for at opfylde må anses for udelukket på grund af omstændigheder, som ikke er af en sådan beskaffenhed, at sælgeren ved køkets afslutning burde have taget dem i betragtning, såsom ved hændelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, ved krig, indførselsforbud eller lignende.

Der er enighed om, at kbl. § 24 ikke yder megen vej-

⁷² I.c. § 24 ved note 11 a ff.

ledning til løsning af det foreliggende problem, ligesom kbl. § 24 er blevet til som en mindre vellykket kombination af to tankegange, dels umulighedsbegrebet af tysk-romanistisk oprindelse, dels vis major-grundsætningen af fransk oprindelse. — Repræsenterede skibsladningen hele arten eller hele det parti, som aftalen angik, måtte sælgerens ansvar ubetinget være ophørt på grund af bestemmelsen om ansvarsfrihed ved hændelig undergang af alle genstande af den art eller af det parti, købet angår, uanset om den hændelige undergang kunne påregnes ved aftalens indgåelse. Repræsenterede ladningen derimod ikke hele arten eller hele partiet, er ansvarsfriheden efter lovreglen afhængig af, om der foreligger omstændigheder, som ikke burde være taget i betragtning ved aftalen. Denne forskel har vel næppe været tilsigtet; i hvert fald er den vanskelig at begrunde.

De fleste forfattere antager som nævnt ovenfor, at skyldneren bliver ansvarlig for «subjektive forhold», uanset om de kan karakteriseres som culpa eller ikke. Skyldneren antoges ikke til sin frigørelse at kunne påberåbe sig, *at* hans egne leverandører svigter, *at* han ikke kan fremskaffe materialer eller tilstrækkelig arbejdskraft, eller *at* hans produktion iøvrigt forstyrres på grund af strejke af lokal karakter og andre driftsforstyrrelser. Dette strenge ansvar for subjektive opfyldeshindringer er især gjort gældende af Karlgren, medens Ljungman og Godenhielm⁷³ med rette betvivler, at denne risikofordeling er i overensstemmelse med den nyere kontraktspraksis, idet der her almindeligvis tages forbehold mod individuelle leveringsforstyrrelser, såsom leverandørsvigt, materialesvigt, strejke, lock-out, driftsforstyrrelser, mislykkede opfyldelsesforsøg, sne, ishindringer og i det hele taget omstændigheder, som ligger udenfor sælgerens kontrol.

3. *Efterfølgende mangler.* Ifølge kbl. § 42 bliver sælgeren af en speciesydelse erstatningsansvarlig for mangler, der opstår efter køkets indgåelse, såfremt de er forårsaget ved sælgerens forsømmelse. — Drejer købet sig om en genussydelse, vil sælgeren som regel være erstatningsansvarlig såvel for oprindelige som

⁷³ Ljungman l.c. s. 60 ff, Godenhielm, Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden, s. 61 ff, Rodhe § 48 ved note 34 ff og § 29 ved note 3 ff.

for efterfølgende mangler, men sælgeren vil dog have samme mulighed for at slippe for ansvar for mangler som for ikke-erlæggelse (kbl. § 43 jfr. § 24). — Man må imidlertid erindre, at der ikke gøres forskel på oprindelige og efterfølgende mangler i relation til afslags- og hævebeføjelsen. — Køberen har disse beføjelser i anledning af alle mangler, som er indtrådt inden farens overgang (§ 44).⁷⁴ — I det omfang, den praktiske effekt af erstatning og afslag er den samme, får det ingen betydning, at § 42 (og § 43)⁷⁵ om erstatningsansvaret for (oprindelige og) efterfølgende mangler er subjektivt betinget.⁷⁶ Sælgeren bærer risikoen for skade på genstanden eller de genstande, der er bestemt til opfyldelsen. På samme måde er køberens ophævelsesbeføjelse efter loven uafhængig af efterfølgende culpa. Betydning får spørgsmålet, når der bliver tale om at pålægge sælgeren ansvar for tab, som køberen lider udover værditabet i form af udgifter, tabt fortjeneste m.v., et tab som køberen imidlertid ofte vil kunne undgå gennem dækningskøb (§ 45 jfr. § 25); en pligt til begrænsning af tabet ved dækningskøb ville være lige så vel begrundet ved ophævelse i anledning af mangler som i anledning af forsinkelse.⁷⁷

Der er næppe tvivl om, at culpareglens anvendelse i kbl. § 42 hænger sammen med den romanistiske lære om betingelserne for efterfølgende misligholdelse i det hele taget og dens sammenhæng med den almindelige ansvarsregel.⁷⁸ Den faktiske situation er også beslægtet med andre kontraktsforhold, hvor skyldneren har andres genstande i sin varetægt i egen interesse; i disse tilfælde er skyldneren sædvanligvis erstatningsansvarlig for skade på tingen ifølge culpareglen normalt dog med omvendt bevisbyrde.⁷⁹ — Sammenhængen med de almindelige ansvarsregler udenfor kontrakt er endnu mere udpræget, når det drejer sig om ansvaret for farlige egenskaber.⁸⁰

⁷⁴ *Ussing*, Køb s. 45.

⁷⁵ *Ussing*, l.c.

⁷⁶ U 1963 B. 175 f.

⁷⁷ Se U 1962 B. 174, *Kristen Andersen*, Kjøpsrett s. 156.

⁷⁸ Købelovens motiver henviser til gældende ret s. 84 ff.

⁷⁹ *Ussing*, Alm. del s. 117 f. — Se på den anden side kbl. § 17, 2. stk.; i visse tilfælde er skyldneren «strikt» ansvarlig (bærer risikoen) jfr. ovf. I A 4 og B.

⁸⁰ *Gomard* s. 319 ff.

Er den faktiske situation en typisk varetægtskontrakt, f.eks. transport, depositum o.l., er erstatningsansvaret den relevante beføjelse. Drejer det sig om efterfølgende mangler ved køb spiller dette ikke så stor en rolle. Risiko- og afslagsreglerne indeholder her de typisk relevante beføjelser, når man ser bort fra den i kontraktspraksis sædvanlige afhjælpningsret og -pligt.

Udenfor købeloven kan det praktiske behov være et andet. I det omfang afslagsbeføjelsen ikke anerkendes, stiger interessen for erstatningsbeføjelsen. Ved køb og salg af fast ejendom er risikofordelingen typisk en anden.⁸¹ I lejeforhold har man i vidt omfang overført købelovens mangelsregler på udlejerens pligt.⁸²

B. Retspraksis.

I de senere års praksis synes man at være gået et stykke udover culpereglen og pålagt ansvar for «individuelle forhold». — Højesteretsdommen U 1951. 995 pålagde sælgeren af et parti peber, der skulle leveres indenfor et fastsat tidsrum, erstatningsansvar for forsinkelse, uanset at leveringsvanskelighederne skyldtes uroligheder og oprør og indførelsen af eksportrestriktioner i Indien, hvorfra varen skulle afskibes. Retten udtalte, at de påberåbte omstændigheder var af så usikker karakter og så stærkt knyttet til sælgerens individuelle forhold, at de ikke kunne fritage for ansvar. — Det antydes i en note til dommen, at der kan være taget hensyn til sælgerens valgmulighed, for så vidt som de påberåbte omstændigheder ikke ville have hindret rettidig opfyldelse, hvis opfyldelse var sket i spillerummets første del; der forelå altså ikke «objektiv umulighed» i Alméns forstand. — På den anden side anvender præmisserne et ordvalg, som viser, at man ikke ønsker at kvalificere sælgerens optræden som culpa. Man sætter vel et spørgsmålstejn ved hindringernes relevans, ved at fremhæve disses usikre karakter.⁸³

⁸¹ U 1963 B. 176 med note 72.

⁸² L.L. § 15; § 22 har en regel om manglende færdiggørelse, der står forsinkelsessituationen nærmere end mangelssituationen, jfr. iøvrigt §§ 13—24 om *udlejerens* pligter og § 49 ff om *lejerens* pligt til omsorg.

⁸³ Norsk dom i Rt. 1962. 175 (N.Ds. 1963. 120) pålægger ansvar for forsinket reparation, uanset at en reservedel vanskeligt kunne fremskaffes på grund af importrestriktioner, som dog forelå oprindelig.

Da Højesteret dog ikke afviser indsigelsen, men kumulativt anfører sælgerens «individuelle leveringsforanstaltninger», må man forstå afgørelsen således, at hindringernes individuelle karakter har haft afgørende indflydelse på resultatet. — Det er dog ikke muligt at se, hvilken indbyrdes vægt retten har tillagt de uforenelige betragtninger.

Dommen synes at gå ret vidt, uanset at forpligtelsen i henhold til aftalen var begrænset til et bestemt oprindelsesland, og sælgeren lige så lidt som køberen havde kunnet forudse vanskelighederne. — I en tidligere dom (U 1946. 1231 H) havde man frifundet en sælger af et parti trækul, som ikke leveredes fuldtud. Købet angik dels varer af et af sælgeren i Tyskland købt parti dels egen produktion. Da den tyske leverandør kun leverede delvis, og da sælgeren på grund af brændselsrestriktioner ikke kunne levere resten af egen produktion, antoges sælgeren at være ansvarsfri i henhold til kbl. § 24. — Når man her fritog for ansvaret for leverandørsvigten, kan det vel skyldes de specielle krigsforhold, som imidlertid ikke var ukendt for sælgeren.⁸⁴ — Når man fritager for ansvar for *egen produktion*, skyldes det brændselsrestriktionerne, som imidlertid også var sælgeren bekendt. — Det er dog ikke sædvanligt at sælgeren fritages for ansvar for hindringer, som rammer hans egen produktion, uanset at forpligtelsen måtte være begrænset hertil. — Østre landsretsdommen U 1928. 796 fritog således ikke sælgeren af et parti hundegræs for ansvaret for, at høsten slog fejl.⁸⁵ — Ligeledes er det ikke sædvanligt, at sælgeren er ansvarsfri for *leverandørsvigten*.⁸⁶ I et tilfælde har Sø- og Handelsretten dog frifundet en sælger af et parti løberstof, da leverandørens spinderi nedbrændte. Det fremhævedes, at det drejede sig om en specialvare, som kun fabrikeredes på denne fabrik, hvilket køberen var bekendt med; på den anden side havde sælgeren tilbudt levering så hurtigt, det var muligt.⁸⁷ — Sælgeren

⁸⁴ Se U 1916. 717 og 1922. 858 (ansvar da ej uforudset).

⁸⁵ Jfr. SHT 1943. 253 og 1948. 189, U 1925. 448 (svigtende fiskeri), U 1941. 1090 (brand i tørreri); *Hasle & Nebelong*, Løsekok 1 s. 134; *Ussing*, Aim. del s. 122.

⁸⁶ U 1937. 319 (benzin), 1953. 973 (agnfisk); p.d.a.s. Sø- og Handelsretstidende 1916. 282 (sælger af slagteri-affald frifundet, da slagteriet var gået over til at oparbejde hovedparten af affaldet til menneskeføde); *Hasle & Nebelong* 1 s. 139 ff.

antages normalt også at være ansvarlig for *strejke og lock-out*, som rammer hans virksomhed.⁸⁸ — Sælgeren kan naturligvis forbeholde sig ansvarsfrihed for leverandørsvigten o.l., men der kræves ret meget af sælgerens bevis i så henseende, og i givet fald må det kræves, at sælgeren fordeler sine leverancer ligeligt mellem kunderne.⁸⁹ — Højesteret fortolkede i sin tid klausulen: «efter ventet ladnings lykkelige ankomst», således at skibets identitet måtte opgives til køberen; måske er det ikke længere muligt at opretholde dette krav, hvis de efterhånden almindeligt anvendte generelle kontraktsforbehold skal have nogen betydning.⁹⁰ — Ved specifikationskøb går det i vidt omfang ud over køberen selv, hvis han venter med at give specifikation så længe, at sælgerens valgmulighed begrænses stærkt.⁹¹

Det i retspraksis anerkendte ansvar for «individuelle leveringshindringer» går måske ikke meget videre end det almindeligt antagne ansvar for uvidenhed, pengemangel og leverandørsvigten. Selv i tysk ret, hvor grundlaget for ansvaret er culpa-reglen, har man anerkendt disse udvidelser.⁹² Rodhe er nærmest tilbøjelig til at antage, at man iøvrigt forsåvidt angår «mislykkede opfyldelsesforsøg» kan klare sig med culpa-reglen.⁹³ — Det er dog umiskendeligt, at retspraksis er gået noget videre. — En anden sag er da, om retspraksis harmonerer med kontraktspraksis eller med andre ord om købelovens regler er udtryk for den anvendte risikofordeling.⁹⁴

⁸⁷ U 1951. 1115; se om bevis for mangel på transportmidler U 1945. 108 og 1946. 1211 smh. med U 1913. 683 og 1933. 862 (resp.) og 1947. 910.

⁸⁸ Jfr. ovennævnte U 1951. 995 H, *Ussing*, Køb s. 72, *Hasle & Nebelong* I s. 134 f, *Gomard* s. 211.

⁸⁹ U 1941. 134 H.

⁹⁰ Se responsum i U 1958. 1220. (Korn- og foderstofbranchen kræver imidlertid opgivet et bestemt skib, se Københavns slutsedler «in loco» § 8 e).

⁹¹ U 1961. 314 (køber kendte vanskelighederne ved at skaffe æbler i januar).

⁹² *Enneccerus-Lehmann* § 46 I 1.

⁹³ § 48 ved note 34 ff, § 29 ved note 30 ff, — se også *Godenhielm* s. 61 ff og *Gomard* kap. VI.

⁹⁴ Jfr. *Ljungman* l.c. s. 60 ff, *Godenhielm* s. 235 ff.

*C. Kontraktspraksis.**1. Opfyldeshindringer.**a. Industrivarer.*

I de af FN's økonomiske kontor i Europa (ECE) udarbejdede almindelige vilkår for salg og montering til export af maskiner, tekniske anlæg og varige forbrugsgoder⁹⁵ er optaget bestemmelser, som udelukker ansvar for ikke-erlæggelse, når denne skyldes omstændigheder, som ligger udenfor sælgerens kontrol. — I dokument 188 og 188 A opregnes i § 10 en lang række omstændigheder, som er gentaget i de nedenfor nævnte «Almindelige leveringsbetingelser». — Vilkårene udelukker bl.a. ansvar i alle de ovenfor under B nævnte tilfælde, hvor ansvaret i dansk retspraksis udstrækkes over culpareglen. I det alternative dokument 574 (574 A og D) har man da også taget skridtet fuldtud og i § 25 bestemt: «For the purpose of this clause circumstances not due to the fault of the party invoking them shall be deemed to be beyond the control of the parties» (jfr. 730 § 10). — På grundlag heraf har de respektive brancheforeninger indenfor jern- og metalindustrien i 1957 og 1961 vedtaget to sæt «Almindelige betingelser»: 1) Leverancer af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr, 2) levering og montering af samme, begge gældende for leverancer indenfor de nordiske lande og mellem disse indbyrdes. — I de nordiske vilkår har man valgt alternativet fra dok. 188 og foretaget en opregning af tilfælde udenfor sælgerens kontrol; da disse omfatter alle tilfælde, som kunne give anledning til ansvar uden culpa, er der næppe grund til at antage, at ansvaret rækker udover culpareglen, bortset fra ansvaret for pengemangel. — Det er vel endog et spørgsmål, om de omfatter alle tilfælde af culpa; da de desuden udelukker ansvar for mange af de omstændigheder, som ofte skyldes pengemangel, er ansvaret herfor af bevismæssige grunde af mindre betydning. Vilkårene udelukker ansvar for omstændigheder «som parterne ikke har været herre over»; de går altså på parternes valgmulighed på det relevante tidspunkt. Derimod begrænses deres anvendelse ikke udtrykkeligt til omstændig-

⁹⁵ Dok. nr. 188 (1953), 188 A (1957), 188 D (1963), 574 (1955), 574 A (1957), 574 D (1963), 730 (1961).

heder, som parterne ikke har kunnet forudse; de går altså ikke på parternes valgmulighed ved aftalens indgåelse. — Det er ikke let at sige, om dette er udtryk for koncipisternes hensigt; af kommentaren til dok. 188 fremgår det, at man har villet give udtryk for den sædvanlige idé i begrebet «*force majeure*».⁹⁶ Med udtrykket «udenfor sælgerens kontrol» har man antageligt (fejlagtigt) ment at give udtryk både for valgmuligheden og forudseligheden, således som det er sædvanligt at forstå *force majeure* klausuler i de nordiske lande.⁹⁷

Bestemmelsen er sålydende (dok. 1 § 32, dok. 2 § 62):

«Følgende omstændigheder anses som frigørelsesgrunde, når de indtræder efter aftalens indgåelse og forhindrer dens opfyldelse: arbejdskonflikt og enhver anden omstændighed, såsom brand, krig, mobilisering eller uforudsete militærindkaldelser af tilsvarende omfang, rekvirering, beslaglæggelse, valutarestriktioner, oprør og uroligheder, mangel på transportmidler, almindelig varemangel, kassation af større arbejder, restriktioner af drivkraft og fejl i leveringer fra underleverandører eller forsinkelser med sådanne leveringer, som skyldes nogen af de i dette punkt nævnte omstændigheder, som parterne ikke har været herre over». — Fra svensk side foresloges oprindeligt et forbehold om mangel på arbejdskraft; dette forbehold er almindeligt indenfor rør- og betonelementbranchen, hvor man iøvrigt forbeholder sig ansvarsfrihed i meget vidt omfang.

b. Grovvarer.

ECE har tilsvarende udarbejdet standardvilkår for handel med korn.⁹⁸ I dok. 1 A findes som § 19 en bestemmelse, der er optaget i alle de øvrige dokumenter, og hvorefter sælgerens ansvar bortfalder, såfremt opfyldelsen hindres af «*exceptional circumstances beyond the control of the parties*». — § 13 i dok. 312 om salg af citrus frugt og § 13 i dok. om export og import af fast brændsel (1958) taler ikke om «*exceptional circumstances*», men «*circumstances beyond the control of the parties which a diligent party could not have avoided*». — De internationale

⁹⁶ Denne betegnelse findes også i overskriften til det nordiske dokument.

⁹⁷ *Ussing*, Køb s. 76, *Godenhjelm* s. 109 ff.

⁹⁸ Dok. 1 A — 8 B (1957 og senere).

regler for salg af frø henviser til *force majeure and unexpected event*; den danske oversættelse taler om «force majeure eller uventede begivenheder».⁹⁹ — De københavnske slutsedler for handel med korn og foderstoffer indeholder forbehold mod is-hindringer, strejke, lock-out, krig, blokade, indførselsforbud, hindringer hos navngiven leverandør i form af brand, beskadigelse af maskiner, strejke og lock-out. Ødelæggelse af lager-varer medfører ikke fuldstændig ansvarsfrihed, men sælgeren fritages mod at erstatte køberen mulig prisforskel. — Derimod fritages sælgeren for ansvaret for ødelæggelse af varer sendt franco med et i slutsedlen angivet skib; heraf kan man slutte, at sælgeren er ansvarlig, hvis der ikke er aftalt transport med et bestemt skib.¹⁰⁰ Er forhindringen kun midlertidig, udskydes leveringsfristerne i indtil et vist antal dage.

Det er klart, at ansvaret indenfor disse brancher er strengere, men klausulerne går vel ikke stort videre end gældende ret. Det strengere ansvar har antagelig forbindelse med den videre adgang til ophævelse og dækningskøb.

2. Mangler.

a. Industrivarer.

Det er en næsten undtagelsesfri praksis, at sælgeren af industrivarer og varige forbrugsgoder giver en «garanti» for en vis periode. I virkeligheden er en sådan garanti hovedsageligt en ansvarsfraskrivelse. Sælgeren påtager sig sædvanligvis pligt til indenfor garantiperioden at udbedre mangler der skyldes fabriktionsfejl. Sædvanligvis begrænses ansvaret således at sælgeren kun indsætter reservedele, medens transportomkostninger (og arbejds løn) må betales af køberen. — Sælgeren fralægger sig ethvert yderligere erstatningsansvar for mangler herunder for værditab, driftstab o.l. Ansvaret for skade på grund af farlige egenskaber begrænses ofte til grov uagtsomhed.¹⁰¹ — Køberen

⁹⁹ Federation Internationale du Commerce des Semences (FJS) 1962 (10. ed) § 11.

¹⁰⁰ Se Københavns slutsedler: «Foderstoffer in loco» §§ 8—9, «cf, cif» §§ 9—10; korn «loco» §§ 9—10, «cf, cif» §§ 10—11, «fob» §§ 8—9, «termin» §§ 9—10.

¹⁰¹ Se bl.a. ECE dok. 188 § 9, 188 A § 23, 188 D § 18, 574 § 9, 574 A §§ 23—24, 574 D §§ 18—19, 730 § 9; dansk dok. 1 §§ 21 ff, dok. 2 §§ 47 ff, jfr. Ole Lund, TFR 1962. 64 ff og 1963. 303 ff.

har ej heller adgang til at kræve godtgørelse for mangler som forholdsmæssigt afslag o.l.

b. Grovvarer.

Indenfor korn-, foderstof- og frøbranchen er der en almindelig praksis for, at kvalitetsafvigelser indtil en vis grænse kun berettiger køberen til et afslag i købesummen; afvigelser over denne grænse giver køberen adgang til ophævelse og dækningskøb for sælgerens regning.¹⁰² — Løvrigt foreligger sjældent særlige bestemmelser om erstatningsansvaret for mangler, hvorfor de almindelige legale regler finder anvendelse. Sædvanligvis giver selve spørgsmålet om mangelsbeføjelser næppe anledning til vanskeligheder. Afslagsbeføjelsen er almindeligt anerkendt for mindre fejls vedkommende, og eftersom dækningskøb sædvanligvis er muligt, opstår der næppe større problemer omkring ansvarets udstrækning.

VI. «Forudsætningsbeføjelsen».

A. Indledning.

De skandinaviske købelove bygger på et *objektivt misligholdelsesbegreb*, for såvidt som de anerkender, at visse beføjelser kan bringes i anvendelse af fordringshaveren i anledning af en ikke-tilregnelig misligholdelse fra skyldnerens side. — Købelovenes forhold til umulighedsbegrebet er ikke ganske afklaret; man behandler ikke umulighed som en selvstændig misligholdelsestype ved siden af mora, men har givet fælles regler om ikke-erlæggelse, jfr. kbl. §§ 21—24. Erstatningsreglen i § 24 er som omtalt ikke ganske løsrevet fra umulighedskonstruktionen. — På den anden side behandler købelovene ikke-erlæggelse som en misligholdelsestype på linje med mangler og vanhjemmel. På dette punkt er skandinavisk kontraktsret beslægtet med angelsaksisk i modsætning til tysk obligationsret, som knytter misligholdelseslæren nært til den romanistiske umuligheds- og moraterminologi. — Mangler og vanhjemmel behandles kun i den specielle del,

¹⁰² F.eks. ECE dok. 1 A § 6, FJS § 14, Københavns slutseddel «loco» § 13, jfr. U 1922. 919; se også Committee of European Green Coffee Merchants Association's kontrakt (1958) § 7, ECE dokument for salg af frugt (1958) § 56.

medens man i den almindelige del i teorien har indført begrebet «positive Vertragsverletzung».¹⁰³ — Der er næppe nogen tvivl om, at den skandinaviske løsning er den, som sætter misligholdelseslæren i det rette perspektiv, således at praktiske og teoretiske hensyn, som måtte antages at være særligt knyttede til enkelte misligholdelsestyper, såsom umulighed eller mora, ikke får lov til at dominere billedet i en sådan grad, at perspektivet går tabt. — Ved at behandle læren om mangler og vanhjemmel som en ligestillet misligholdelsestype i forhold til ikke-erlæggelse har man i skandinavisk obligationsret lettere kunnet frigøre misligholdelseslæren fra den romanistiske culpælære. På den anden side synes konsekvensen heraf at være blevet, at den naturretlige forudsætningsterminologi har haft lettere ved at trænge frem, således at visse «forudsætningsbeføjelser» kritikløst er blevet accepteret. Som nævnt var det et fundamentalt træk i den naturretlige teori, at ydelserne i gensidigt bebyrdende kontraktsforhold skulle stå i ligevægtsforhold til hinanden. Heraf sluttede man, at den ene parts løfte var «betinget af» eller «satte forud», at modydelsen blev erlagt, således at ikke-erlæggelse af modydelsen retfærdiggjorde ophør af den forurettedes forpligtelse. Var den erlagte modydelse mangelfuld eller iøvrigt af mindre værdi end medkontrahentens ydelse, kunne medkontrahenten forlange den manglende værdi erlagt til sig eller sin egen ydelsesforpligtelse tilsvarende nedsat. — Når tillidsteoretikerne i dansk formueret i slutningen af forrige århundrede accepterede den naturretlige forudsætnings- og betingelseslære, må det utvivlsomt ses som en opposition mod den romanistiske culpa- og umulighedslære. Af praktiske grunde var man interesseret i at acceptere især en objektivt betinget hævebeføjelse og kunne derfor uden videre anvende den naturretlige betingelseslære som retfærdiggørelse af de antagne praktiske løsninger.¹⁰⁴ — Det bliver dog betænkeligt, når og hvis den teoretiske konstruktion benyttes som en genvej, der dels blokerer for erkendelsen af vigtige praktiske hensyn, dels tilslører sammenhængen med regler, som anses for begrundet i

¹⁰³ *Enneccerus-Lehmann* §§ 46 og 55, *Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts* (3. udg.) I §§ 19—23, om mangler i køb, II § 37.

¹⁰⁴ U 1963 B. 164.

andre retsprincipper. Når erstatningsreglen i kontraktsforhold således fremtræder nærmest som begrundet i retsbrudssynspunkter, medens ophævelses- og afslagsbeføjelsen fremtræder som afledt af forudsætningssynspunktet, har man herigennem udvisket det intime slægtskab mellem beføjelserne, samtidig med at man har lagt sig fast på en videre udformning af beføjelserne i overensstemmelse med de anførte grundhensyn, og således at man løber risikoen for at udvikle regler, som ikke længere svarer til det praktiske livs behov.

Selv om Ussing erkendte, at hans forudsætningslære i dens objektive udformning i sidste instans beroede på en risikoafvejelse af parternes gennemsnitlige interesser, at den almindelige forudsætningslære iøvrigt kun indeholdt kravet om at en forudsætning er kendelig og bestemmende, og at dette ikke har selvstændig betydning ved de såkaldte typeforudsætninger, anvender Ussing forudsætningskonstruktionen som almindelig systematisk konstruktion og retlig begrundelse for en vis del af misligholdelseslæren.¹⁰⁵ — Ussings forudsætningslære falder i to hovedafdelinger, hvoraf den ene vedrører løftegiverens forudsætninger med hensyn til egen ydelse, og den anden vedrører skyldnerens forudsætninger med hensyn til modydelsen i gensidigt bebyrdende kontraktsforhold. Medens Ussing kun i begrænset omfang ville anerkende, at skyldnerens forudsætninger med hensyn til egen ydelse var relevante, antages skyldnerens forudsætninger med hensyn til det lovede vederlag i højere grad at være relevante.¹⁰⁶ — Ussing sonderer iøvrigt mellem to typer af misligholdelsesbeføjelser. I Alm. del § 11 tales om de særlige forudsætningsbeføjelser i gensidigt bebyrdende aftaler. — I §§ 12—15 tales om erstatningsbeføjelsen.

Ved forudsætningsbeføjelser forstår Ussing 1) beføjelsen til at holde egen ydelse tilbage, 2) hævebeføjelsen, 3) forholdsmæssigt afslag. Ussings anvendelse af forudsætningssynspunktet, som her angår den anden variant (vederlagsforudsætningen), er dog af mere formel karakter, idet han blot henviser til forudsætningslæren som retsprincip, som begrundelse eller retfærdig-

¹⁰⁵ Aftaler s. 467 f, U 1963 B. 165 f.

¹⁰⁶ Forudsætninger s. 115 ff, Aftaler s. 477 f.

gørelse af resultatet. Han er fuldstændig på det rene med, at de pågældende misligholdelsesbeføjelser i vidt omfang har en præventiv funktion. Det forekommer Ussing at være klart, at især tilbageholdelsesbeføjelsen og ophævelsesbeføjelsen i vidt omfang tjener til at sikre rigtig opfyldelse af aftaler. I internationale handler, hvor det ofte er ugørligt at sagsøge medkontrahenten i hans hjemland, er de omhandlede beføjelser ofte de vigtigste tvangsmidler.¹⁰⁷ — På den anden side anser Ussing erstatningsreglerne for at være begrundet i præventive hensyn, idet de må anses for et gavnligt middel til at tilskynde løftegiverne til opfyldelse af deres løfter (s. 109). — Ussing kommer dog her i vanskeligheder med hensyn til oprindelig misligholdelse, idet det anses for åbenbart indlysende, at erstatningsbeføjelsen ikke her kan virke præventivt og tilskynde skyldneren til at opfylde, idet man ikke kan presse skyldneren til at overvinde det umulige (s. 109, 125 ff). — Ussing henviser her i stedet til forudsætnings-synspunktet i den første variant: Skyldnerens forudsætninger med hensyn til egen ydelsesforpligtelse. Løftegiveren afgiver løftet under den bestemmende forudsætning, at rigtig opfyldelse er mulig, og spørgsmålet er da, om han skal kunne frigøre sig for løftet, når det viser sig, at denne forudsætning er urigtig. Ussing er dog også her så meget realist, at han også henviser til praktiske hensyn, trangen til sikkerhed i kontraktsforhold, trangen til regler, der gør det muligt for løftemodtagerne i det hele med tryghed at indrette sig på at opnå, hvad der loves dem. — Ussing anfører iøvrigt senere, at præventive grunde alligevel kan være vejledende for ansvaret for oprindelig umulighed. Han vil pålægge skyldneren ansvar efter culpa-reglen, idet hovedreglen må være, at løftegiveren er ansvarlig, når han ved en undersøgelse af sine muligheder ville (og burde?) have opdaget umuligheden eller have fået mistanke om dens eksistens (s. 132). — Ussing søger heller ikke på noget tidspunkt at forklare, hvorfor skyldnerens forudsætninger med hensyn til hans egen ydelse kun skal have betydning ved oprindelig misligholdelse og ikke i tilfælde af efterfølgende misligholdelse. I sidstnævnte henseende henviser Ussing ikke til forudsætningssynspunktet, men ude-

¹⁰⁷ Alm. del s. 79 jfr. *Ekelöf*, Straffet, skadeståndet och vitet s. 79.

lukkende til præventionssynspunktet. — Når Ussing både forsåvidt angår oprindelig som efterfølgende misligholdelse anfører trangen til sikkerhed i kontraktsforhold og løftemodtagerens tryghed, kan der imidlertid siges at være henvist til forudsætningslæren i en tredje variant (s. 126 og 108).¹⁰⁸ — Selv om Ussing således anførte forudsætningslæren som principiel begrundelse for visse sider af misligholdelseslæren og henviste til reglernes præventive og genoprettende *funktion*, er han dog på det rene med, at misligholdelsesbeføjelsernes retlige *formål* må være at skabe sikkerhed i kontraktsforhold, ikke ved ensidigt at begunstige den ene af kontrahenterne, men ved på en hensigtsmæssig måde at fordele risikoen mellem de kontraherende parter (s. 126 og 79). — Ussing selv drager heller ikke videregående konsekvenser af det konstruktive udgangspunkt, men selve den systematiske inddeling kan føre til misforståelser. — Man kan let bringes til uden videre at acceptere, at hæve- og afslagsbeføjelserne ikke på nogen måde er betinget af skyldnerens forhold, medens man på den anden side kan føle det nødvendigt at anføre særlige grunde til at fravige culpareglen ved erstatning i kontraktsforhold. — Den traditionelle sondring mellem oprindelige og efterfølgende misligholdelsesårsager kan medføre, at man føler sig tilskyndet til at anføre forskellig begrundelse for disse typer af misligholdelsessituationer og derigennem antage forskellige resultater. — På den anden side kunne man fristes til at antage, at der er et særligt slægtskab i begrundelsen vedrørende forskellige typer af misligholdelse, som katalogiseres i de respektive to grupper af misligholdelsessituationer.

B. Beføjelserne.

1. *Afslag.* I funktionel henseende må afslagsbeføjelsen snarest sidestilles med erstatningsbeføjelsen. Anerkendelsen af afslagsbeføjelsen kan betragtes som en regel om strikt ansvar for mangler begrænset til værditabet. Sagt med andre ord: skyldneren bærer risikoen for faktiske (og retlige) mangler. Det er da heller ikke overraskende, at beføjelsen ikke på langt nær er almindeligt anerkendt i alle kontraktstyper, endog ikke i alle

¹⁰⁸ U 1963 B. 168 (5).

tilfælde af køb og salg, således ikke fuldtud i køb og salg af fast ejendom.¹⁰⁹ Beføjelsen har utvivlsomt sit typiske anvendelsesområde i *engrosomsætningen af fungible ydelser*. Beføjelsen fremtræder her som et appendiks til ophævelsesbeføjelsen med adgang til dækningskøb. En «strikt» hævebeføjelse for kvalitets- og kvantitetsafvigelser udover visse grænser kombineret med en ret og pligt til dækningskøb, hvorved tabet begrænses til det normale værditab, er den logiske forlængelse af en «strikt» afslagsbeføjelse for mindre kvalitets- og kvantitetsafvigelser.¹¹⁰ I de nævnte livsforhold er den faktiske situation således, at afslag og ophævelse er nærliggende muligheder. — Dels er køberens interesse i almindelighed ikke knyttet til det købte parti, men til dettes økonomiske værdi, dels er det normalt muligt at substituere partiet med et andet parti, og dels er det faktisk muligt at arbejde med faste normer for værdiklasser. Endelig er omsætningen af disse varer ofte spekulationspræget, således at en klar risikofordeling er ønskelig set fra begge parter synspunkt. Når man her har valgt sælgerrisikoen som det normale, er det sikkert i overensstemmelse, dels med sælgerens større muligheder for at vurdere og begrænse risikoen, dels med køberens interesse i, i selve misligholdelsens øjeblik at kunne overskue sin retsstilling med mulighed for hurtig reaktion oftest gennem voldgift.

Det er allerede antydnet, at sondringen mellem oprindelige og efterfølgende mangler ikke har haft nogen relevans for afslags- (og hævebeføjelsen), hvilket hænger sammen med beføjelsens historiske tilknytning til forudsætnings- og betingelseslæren; iøvrigt ejendommeligt i betragtning af den intime historiske forbindelse mellem vildfarelses- og mangelslæren.

2. Hævebeføjelse.

a. Legale regler.

Hævebeføjelsen i objektiv forstand, således som den er kommet til udtryk i kbl. §§ 21, 28 og 42—43, har sit typiske anvendelsesområde i samme livsforhold som afslagsbeføjelsen. — *Iøvrigt er det ikke sikkert, at ophævelsesbeføjelsen bør anerkendes uden hensyn*

¹⁰⁹ U 1963 B. 175 f.

¹¹⁰ Jfr. ovf. under V A 3 og C 2.

til skyldnerens forhold, kun betinget af at misligholdelsen set fra fordringshaverens synspunkt er væsentlig. — I tysk ret er det den almindelige regel, at misligholdelse fra skyldnerens side skal være tilregnelig, ligesom fordringshaveren må give skyldneren en advarsel og en frist til opfyldelse, inden ophævelse kan finde sted.¹¹¹ — I fransk ret er ophævelsesbeføjelsen overladt til rettens frie skøn.¹¹² I engelsk-amerikansk ret anerkendes derimod som hovedregel en hæveadgang efter regler som i princippet svarer til de skandinaviske.¹¹³ Udkastet til *international købelov* (1956) stiller ikke krav om tilregnelig misligholdelse, men i almindelighed om, at der gives sælgeren en «Nachfrist», (art. 28—29).^{113a} — Den objektive hæveregel har ikke nogen almindelig gyldighed for såvidt angår aftaler, der involverer elementer af *personligt arbejde*. Såvel i befragtningsforhold,¹¹⁴ entrepriseforhold¹¹⁵ og ved aftaler om personligt arbejde¹¹⁶ kræves sædvanligvis, at misligholdelsen kan tilregnes skyldneren. I disse kontraktsforhold vil ophævelse ofte være vanskelig at gennemføre, da ydelserne i reglen vil være erlagt på en sådan måde, at de vanskeligt kan tilbagegives; en ophævelse ville ofte betyde en meget indgribende foranstaltning mod den pågældende.¹¹⁷ For arbejdskontraktens vedkommende indgår desuden sociale hensyn. — I *lejeforhold* er lejerens ophævelsesret ofte betinget af, at han har opfordret udlejereren til at fjerne hindringer for hans udnyttelse af det lejede;¹¹⁸ ved forsinkelse med færdiggørelsen suspenderes lejerens hæveret i indtil 2 uger, når han er blevet underrettet om, at forsinkelsen skyldes «force majeure».¹¹⁹ — Ved misligholdelse

¹¹¹ BGB §§ 325—26; § 462 om «Wandelung» kræver ikke culpa ved mangler ved individuelt bestemt løsøre; jfr. *Larenz* I § 25, II § 37 II, *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I §§ 20 ff.

¹¹² *Rabel* I § 29.

¹¹³ Jfr. U 1963 B. 159 og 290, *Atiyah* s. 210 ff.

^{113a} Jfr. herved U. 1964. 18 (H) og 133 (H) samt 1963. 852 og 1949. 360.

¹¹⁴ Søløv § 126, *Grønfors*, Befraktarens Hävningsrätt, Handelshögskolans i Göteborg, Skriftserie 1959, nr. 2.

¹¹⁵ A.B. § 18, stk. 3, *Axel H. Pedersen*, Entreprise s. 105.

¹¹⁶ *Ussing*, Alm. del s. 89.

¹¹⁷ Alm. del s. 95 ff.

¹¹⁸ L.L. § 15, 1. stk. (mangler), jfr. §§ 16—17.

¹¹⁹ L.L. § 22, 2. stk.

fra lejerens side kræves der også — bortset fra manglende betaling — normalt enten forsømmelse eller påmindelse.¹²⁰ — Misligholdelse med *pengebetalinger* konstituerer normalt tilstrækkelig ophævelsesgrund; begrundelsen må søges i de samme hensyn, som ligger bag reglen om ansvar for pengemangel, og hensynet til fordringshaverens økonomiske dispositioner.¹²¹ — I praksis og i visse lovbestemmelser har man dog taget hensyn til om forsinkelsen skyldes manglende evne og vilje til betaling.¹²²

b. Kontraktspraksis.

Industrivarer. Indenfor maskinbranchen har det altid været almindeligt at forsyne kontraktsvilkårene med en bestemmelse om, at sælgeren garanterer for en vis tid for konstruktions- og fabrikationsfejl. — I almindelighed påtager sælgeren sig at udbedre mangler, oftest dog således at køberen må betale udgifterne ved forsendelse frem og tilbage til leverandøren; undertiden må køberen især indenfor civilt køb desuden betale udlæg til arbejds løn ved reparationen. — På den anden side følger det som oftest af vilkårene, dels at køberen har ret til at kræve udbedring, dels at sælgeren fraskriver sig enhver yderligere hæftelse for mangler. Køberen vil som regel ikke kunne kræve erstatning for reparationsudgifter eller driftstab; han vil ej heller kunne kræve afslag i købesummen eller hæve kontrakten, såfremt sælgeren udfører reparationen forsvarligt indenfor en rimelig frist. Det er den almindelige opfattelse, at sådanne »garantier» må respekteres trods den vidtgående begrænsning af sælgerens hæftelse, i vidt omfang endog uden at de nævnte indskrænkninger i køberens retsstilling er udtrykkeligt præciseret, når de dog må anses for sædvanlige.¹²³

¹²⁰ § 86.

¹²¹ *Illum*, Almindelig formueret (2. udg.) s. 216—17.

¹²² L.L. § 86, 2. stk., afbtl. §§ 2 og 8—10; der udvises stor forsigtighed udenfor de lov-hjemlede tilfælde, jfr. pantebreve, *H. Lund Christiansen*, Pantebrevsformularer s. 41 ff; se også *Ussing*, Aim. del s. 88.

¹²³ Jfr. ovennævnte almindelige nordiske betingelser dok. I §§ 21—31, dok. II §§ 47—58, ECE dok. 188 § 9, 188 A § 23, 188 D § 18, 574 § 9, 574 A § 23, 574 D § 18, 730 § 9; — indenfor bilbranchen er det sædvanligt at henvise til leverandørens garanti, som går ud på indsættelse af nye reservedele for kundens regning f.s.v. angår arbejds løn. — Anerkendelse af ansvarsbegrænsningen er almindelig, *Hellner*, *Köprätt* s. 141, *Almén*, *Köp*

De almindelige betingelser indeholder tilsvarende regler om begrænsning i hæveadgangen i tilfælde af forsinkelse med leveringen. — Skyldes forsinkelsen *force majeure*, skal køberen afvente levering i en «rimelig tid» (indenfor bilbranchen 3 måneder). Iøvrigt beregnes i tilfælde af forsinkelse et afslag i købesummen med en procentsats for hver uge indtil et vist maximum; når dette er nået, kan køberen fastsætte en frist, hvis overskridelse berettiger køberen til at hæve.¹²⁴

Hævebeføjelsen er således for de områder, der er reguleret af de almindelige betingelser af denne eller lignende type, i det væsentlige udelukket. — Der er næppe tvivl om, at dette faktum gør sig gældende indenfor størstedelen af omsætningen af maskiner, tekniske anlæg, varige forbrugsgoder og andre industrivarer, såvel indenfor handelskøb som civilt køb.¹²⁵

Fungible ydelser. Ovenfor under B 1 er omtalt, hvorledes hævebeføjelsen fremtræder som den naturlige kulmination på bestemmelserne om afslag for *mangler* i de vigtigste aftalevilkår indenfor omsætningen af fungible ydelser. Indenfor den internationale omsætning af kaffe er hævebeføjelsen dog begrænset til tilfælde af forsæt og grov uagtsomhed.¹²⁶ — Køberen er altså i vidt omfang afskåret fra at hæve på grund af mangler. Køberens interesser er da også i vid udstrækning tilgodeset med retten til afslag. Man kan i reglen relativt nemt fastsætte afslagets størrelse, og køberen kan i reglen uden vanskelighed videresælge varen med manglen. Den faktiske situation er en ganske anden end i de tilfælde, som omtales ovenfor under 1.

Udebliver ydelsen derimod, er køberens faktiske situation en anden. Han har end ikke en mangelfuld ydelse til videresalg med

§ 49 note 98 ff, *Rodhe*, l.c. § 25 note 60 og Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1957. 7 ff, *Ussing*, Alm. del s. 162, Køb s. 124, *Lassen-Ussing*, Spec. del I § 87 n. 991—92, *Gomard* l.c. s. 134 f, Rt. 1906. 782 (og 1958. 1272 ej stiltiende vedtaget), NJA 1944 A. 70, U 1945. 813. — *Ole Lund* vil ikke anerkende «garantier» som ansvarsfraskrivelse i civilt køb uden udtrykkelig vedtagelse, TfR 1962. 76 f og 1963. 314 ff, se også *Andersen*, Kjøpsrett s. 201 f.

¹²⁴ Nordiske alm. betingelser dok. I §§ 11—17, dok. II §§ 36—40, ECE dok. 188 § 7, 188 A § 20, 188 D § 14, 574 § 7, 574 A § 14, 574 D § 14, 730 § 6.

¹²⁵ Jfr. *Ole Lund*, TfR 1962. 76.

¹²⁶ Alm. bet. for kaffe § 7.

tillæg af en afslagsbeføjelse. Som tidligere omtalt ved note 66 er det af stor betydning for køberen i denne situation at kunne foretage dækningskøb for sælgerens regning. Køberen vil på denne måde faktisk blive stillet på samme måde som i tilfælde af mangler. — Indenfor korn- og frøbranchen, er det også den almindelige regel, at køberen med forbehold for visse tilfælde af *force majeure*, hvorved leveringstiden udskydes i et vist tidsrum, kan hæve og foretage dækningskøb for sælgerens regning. — I de internationale vilkår er der dog i de fleste tilfælde indføjet bestemmelse om at køberen skal indrømme sælgeren en «Nachfrist».¹²⁷

Indenfor *detailhandelen* er det vist nok almindelig kutyme, at køberen ikke har nogen egentlig hæveret, men en ret til at returnere ikke-udsalgsvarer mod en kreditnota, således at det krediterede beløb skal anvendes i samme forretning.

Indenfor omsætningen med *fast ejendom* stilles der sædvanligvis krav om culpa eller grove mangler, for at køberen kan hæve: i almindelighed må køberen — i det omfang en sådan beføjelse anerkendes — nøjes med afslag eller erstatning.¹²⁸

VII. Konklusioner.

A. Misligholdelsesbegrebet.

Det er muligt at opfatte misligholdelse dels som et *materielt* dels som et *funktionelt* begreb. — I sidstnævnte fald foreligger misligholdelse, når fordringshaveren får en misligholdelsesbeføjelse i anledning af ikke-opfyldelse; der foreligger således ikke misligholdelse, når særlige omstændigheder udelukker misligholdelsesbeføjelserne såsom manglende reklamation.¹²⁹ Ved at

¹²⁷ Københavns slutsedler for korn- og foderstoffer §§ 9—10; FJS vilkår § 10 stiller krav om «Nachfrist» på 7 dage; ECE vilkårene dok. I A — 8 B indeholder en regel svarende til FJS reglen, — dog har køberen ret til at hæve straks uden erstatning; se også ECE dok. (1958) om export og import af fast brændsel § 11, OEEC dok. om frugt og grøntsager art. 14 ff kræver culpa, jfr. ECE dok. (1958) om citrus frugt § 9. 4.

¹²⁸ A. Vinding Kruse, Misligholdelse af Eiendomskøb s. 87 ff (forsinkelse s. 13 ff), Spleth, U 1962 B. 214 ff, U 1963 B. 176.

¹²⁹ Ussing, Alm. del s. 50 ff, Hellner, k .t s. 117 ff, se herimod Karlgren, SvJT 1963. 106.

anvende et funktionelt misligholdelsesbegreb undgår man at tage stilling til nogle vanskelige afgrænsningsspørgsmål. — Væsentligere er måske nok, at man herved undgår risikoen for at drage slutninger fra den omstændighed, at misligholdelse i materiel forstand foreligger, til at visse misligholdelsesbeføjelser må træde i funktion. Det er rigtigt, at misligholdelsesbeføjelserne udløses og kun udløses, når visse typiske fakta foreligger. Til begreberne ikke-erlæggelse (umulighed, mora), mangler, vanhjemmel o.s.v. svarer naturligvis typisk visse faktiske omstændigheder. Det er imidlertid ikke altid, misligholdelsesbeføjelserne indtræder, når disse typiske fakta foreligger; de konkrete omstændigheder kan føre til, at beføjelserne er udelukkede. — Man kunne mod den funktionelle metode indvende, at retsnormerne henvender sig til «den almindelige mand», hvis optræden man søger at motivere; de retlige påbud og dermed de retlige begreber må derfor udtrykkes i overensstemmelse med de populære forestillinger.¹³⁰ Det forekommer dog mindre sandsynligt, at de specielle retlige afvejelser, som nærmere præciserer betingelserne for retsvirkningernes indtræden, har nogen effekt på de enkeltes optræden; det er også en almindelig opfattelse, at de hensyn, som motiverer et større regelkompleks, ikke behøver at være afgørende for retsreglernes udformning i detaljer. — Vil man understrege «almindelig sprogbrug» i retsfilosofien,¹³¹ må man imidlertid ikke glemme, at systemet har en «*open texture*»;¹³² heri ligger også en begrænsning i anvendelsen af «the plain meaning method» ved begrebsdannelsen. Den almindelige sprogbrug er for groft et redskab til den forfinede begrebsdannelses teknik.

B. Misligholdelsesbeføjelsernes formål og funktion.

1. *Indledning.* Det kan også være risikabelt at rationalisere visse misligholdelsesbeføjelser med henvisning til deres formodede formål. *Det er hensigtsmæssigt at sondre mellem retsreglernes formål og deres funktion.* — De forfattere, der har understreget retsreglernes funktion, har sædvanligvis haft en flexibel indstilling til de enkelte misligholdelsesbeføjelsers anerkendelse

¹³⁰ Schmidt, SvJT 1954. 213 (om årsagsbegrebet).

¹³¹ Hellner, Nordisk Forsikringstidsskrift 1957. 249 (om skadebegrebet).

¹³² Hart, The concept of law s. 121 ff, jfr. U 1962 B. 263.

eller ikke-anerkendelse efter interesseafvejning i de typiske situationer med anerkendelse af, at funktionelt ensartede beføjelser må være underkastet samme betingelser.¹³³ — Understreger man derimod, at visse misligholdelsesbeføjelsers formål er at sikre sætningen *pacta sunt servanda* : aftaler skal holdes, risikerer man at adskille funktionelt ensartede beføjelser (erstatning og afslag) og at sammenknytte funktionelt afvigende beføjelser (hævebeføjelse og afslagsbeføjelse) uden nærmere undersøgelse af de praktiske behov. Samtidig kommer natural-eksekution til at fremtræde som den *retslogiske* konsekvens af udgangspunktet, hvilket hverken er nødvendigt eller ønskeligt.¹³⁴

Det er betænkeligt at udsondre enkelte beføjelser som særligt udmærkede når henses til misligholdelsesbeføjelsernes formål. — Misligholdelsesreglerne fungerer i deres helhed præventivt og genoprettende. Reaktionerne og betingelserne for deres indtræden kan siges at være udtryk for samfundets fordeling af risikoen for ikkeopfyldelse af kontraktlige forpligtelser.¹³⁵ — Man kan, hvis man vil, kalde dem for misligholdelsesreglernes formål.

2. *Risikofordelingen.* Hver tid søger den løsning på problemerne, som kræves af tidens omsætningsformer, og i den hertil svarende teoretiske iklædning.

a. Det *middelalderlige* samfund var et agrarisk bondesamfund med selvforsyning i et og alt.

I kontraktsretten var bødeansvaret i anledning af ikke-opfyldelse af en kontrakt det eneste retsmiddel. Man anerkendte ikke nogen almindelig regel om løfters forbindende kraft, og man havde en ret vidtgående adgang til at fratræde sine løfter. I de tilfælde, man anerkendte retsvirkninger af løftet, var bødeansvaret det adækvate udtryk for, at løftet var forpligtende sammenholdt med mulighederne for at gennemtvinge opfyldelse.¹³⁶

¹³³ *Ljungman*, *Prestation in natura*, *Ekelöf*, *Straffet, skadeståndet och vitet*, *Selvig*, *Arkiv för Sjörett* 1962. 55 ff, *U* 1962 B. 165 ff, *Spleth* *U* 1962 B. 216 (i modsætning til *A. Vinding Kruse*).

¹³⁴ Se *U* 1962 B. 165 ff, og *Ljungman* l.c. s. 35.

¹³⁵ Se *Juristen* 1963. 301 ff.

¹³⁶ Se *U* 1962 B. 168 f.

I overgangsperioden mellem den gamle og den nye tid spiller *naturretten* en væsentlig rolle. Den gamle tids objektive ansvarsregler er endnu til dels livskraftige. Man udformer her vederlagslæren, som afløser den middelalderlige forestilling om løfternes ensidighed. — Handelens interesser vinder frem.

b. Den følgende periode er domineret af det *borgerlige håndværker- og handelssamkvem*. — Fra aftalelæren kender vi den individualistiske viljesteori. De grundlæggende principper er frihed og løftgiverens vilje. Perioden er domineret af en vidtgående hensyntagen til løftgiverens interesser. Man interesserede sig næsten udelukkende for erstatningsansvaret for mora, der ligesom ansvaret udenfor kontraktsforhold var betinget af culpa. Som følge heraf opererer man udelukkende med et subjektivt misligholdelsesbegreb; begrebet objektiv mora eksisterer ikke, idet også ophævelsesbeføjelsen antoges at være subjektiv betinget. Man koncentrerede sig næsten udelukkende om begreberne umulighed og culpa. — Indenfor køberetten gjaldt iøvrigt en udpræget køberrisiko. Tilværelsen var ikke mere indviklet og specialiseret, end at det havde mening at kræve af de kontraherende, at de selv måtte se sig for. Risikofordelingen på dette individuelle grundlag er nært kædet sammen med ligevægtsbetragtningen.¹³⁷

c. Perioden fra *slutningen af forrige århundrede* er især i skandinavisk ret karakteriseret ved et omsving. — Udviklingen i retning af en hensyntagen til tro og love i omsætningen er som nævnt allerede foregrebet af Ørsted. Vi har set, hvorledes Evaldsen, Aagesen og Goos og senere Lassen fra ca. 1870 udformer og udvikler det såkaldte forventningsprincip. Også indenfor misligholdelseslæren ser man i samme periode en tendens mod hensyntagen til løftemodtagerens interesser. — Forsåvidt angår oprindelig misligholdelse, opererer man i vidt omfang med stilltende garantier til fordel for løftemodtageren og med løftemodtagerens forudsætninger. Også med hensyn til efterfølgende misligholdelse forkaster man culpapreglen som almindeligt gældende princip. Evaldsen opererer med et objektivt misligholdelsesbegreb, forsåvidt som han antager, at ophævelsesbe-

¹³⁷ U 1961 B. 83 f, Juristen 1963. 302 ff, U 1963 B. 162 ff og 286 ff.

føjelsen ikke er subjektivt betinget, ligesom han iøvrigt antager, at skyldneren i vidt omfang kan pådrage sig erstatningsansvar for efterfølgende misligholdelse uden hensyn til culpa. Denne periode kulminerer med Lassen og købeloven omkring århundredskiftet og er domineret af storhandlen og især engros-handlen med grovvarer.

d. Allerede på dette tidspunkt er den nye tid med dens *industrialisering* sat ind. — Denne nye tid synes at være karakteriseret ved en forskydning i forholdet mellem misligholdelsesbeføjelserne og betingelserne for deres anerkendelse. Det er denne forskydning vi møder i kontraktspraksis. Erstatnings- og ophævelsesbeføjelsen i anledning af mangler er indenfor store dele af industriproduktionen afløst af en afhjælpningspligt for sælgeren. — På samme måde er erstatningsbeføjelsen (og ophævelsesbeføjelsen) i vidt omfang substitueret af en «afslagsbeføjelse» indenfor store dele af grovvareomsætningen. På den anden side er «mangels-hæftelsen» stadigvæk «objektiv», i det omfang den anerkendes. — Med hensyn til ikke-erlæggelse er der en markeret forskel på omsætningen af industriprodukter og grovvarer. — I første tilfælde stilles der også her strenge betingelser for køberens ophævelses- og erstatningsret. — I sidste tilfælde kræves ikke så meget som betingelse for ophævelse; undertiden kræves der dog en «Nachfrist». — Derimod synes erstatningsbeføjelsen, i hvert fald når den går udover «værditabet», at være subjektivt betinget.

Man kan diskutere om denne risikofordeling er rimelig. Indenfor omsætningen med *grovvarer* må man formode, at parterne endnu er så vidt jævnbyrdige, at standardformularerne tager hensyn til parternes gennemsnitlige interesser. — Indenfor *industriområdet* vil noget tilsvarende gøre sig gældende i handelskøb. Derimod kan man med rette have sine tvivl om, at den udprægede køberrisiko i civilt køb af især varige forbrugsgoder er rimelig. — De almindelige vilkår er ikke udformet i samarbejde med forbrugerne, som normalt ikke har nogen forestilling om rækkevidden af vilkårene. — Industrien har vel haft behov for beskyttelse i sin opbygningsperiode; i dag er den utvivlsomt i stand til at overtage en større del af risikoen.

3. *Afslutning*. Der kan neppe være tvivl om, at købelovens regler på mange punkter trænger til en revision.¹³⁸ Det er troligt, at når organisationerne ikke har ønsket større ændringer i købeloven, er det ikke i første række, fordi man følger lovens regler, men fordi man kan vurdere rækkevidden af sine egne vilkår og kutymer på baggrund af den eksisterende lov.

Der er dog i kontraktspraksis sket så store ændringer i mange af købelovens almindelige regler, at det kan være *tvivlsomt, om lovens regler er «udslag af almindelige obligationsretlige grundsætninger»*.¹³⁹ Som eksempler kan nævnes de objektive hæve-regler i §§ 21 og 42—43, afhjælpningsreglen i § 49 og erstatnings-reglerne i §§ 24 og 42. — Når købelovens regler ikke føles tilfredstillende for sit egentlige område — især handelskøb — er det ikke mærkeligt, at lovgivningen og praksis på andre områder har modificeret de grundsætninger, som er nedlagt i købelovens misligholdelsesregler, og at også visse områder af civilt køb, især omsætningen af fast ejendom og den almindelige butikshandel, har søgt andre veje.

Før man kan komme i gang med en saglig drøftelse, er det nødvendigt at foretage en så vidt muligt fuldstændig kortlægning af den almindelige kontraktspraksis indenfor de enkelte kontraktstyper og indenfor de forskellige brancher.¹⁴⁰

¹³⁸ Rodhe, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1957. 14, forh. på 22. Nordiske Juristmøde 1961. 50 ff m. bilag II, Hellner, Köprätt s. 14 ff, Ole Lund, TFR 1963. 317.

¹³⁹ Ussing, Alm. del s. 9.

¹⁴⁰ Se i finsk ret, Godenhielm l.c., i svensk ret Ljungman l.c.