VILDFARELSER, FORUDSÆTNINGER OG BILLIGHED

- Aftalerisikoen i historisk og komparativ belysning.

"Der gives for Samlivet mellem Mennesker andre og højere Love end den, at man maa kunne stole paa en Andens Ord. En saadan højere moralsk Lov er Budet: Elsk din Næste som dig selv, og vel er det saare langt fra, at dette Bud egner sig til at være en Retssætning, men Bestræbelsen *kunde* dog maaske gaa ud paa ikke at forme Retsreglerne saaledes, at de i deres Gjennemførelse jævnlig vilde føre til de groveste Forsyndelser mod hint Bud. Vi skulle hjælpe hinanden tilrette og ikke slaa Mønt af hinandens Svagheder og uoverlagte Handlinger; lad os ikke alt for hurtigt proklamere den yderste Egoismes Lov."

N. Lassen i U 1893, p. 270-71.

FORORD

På det sted i *J. R. R. Tolkiens* eventyrroman Hobbitten hvor dværgene Fili og Kili sendes ud for at finde et ly for uvejret, og lige forinden hele rejseselskabet (undtagen naturligvis Gandalf) tages til fange af bjergtroldene, kan man finde følgende sentens, der tilskrives Thorin Egeskjold:

> *"Hvis man gerne vil finde et eller andet, så er der ikke noget så godt som at lede (det sagde Thorin i hvert tilfælde til de unge dværge). Når man ser efter, finder man som regel noget, selv om det ikke altid er det, man leder efter."*

Under mit arbejde med denne bog har jeg forsøgt at lægge noget af den samme fordomsfri nysgerrighed for dagen, som jeg mener, at dette lille bonmot udtrykker. Mit udgangspunkt har været en overordnet interesse for kontraktsrettens behandling af den problematik, som her er kaldt *aftalerisikoen*, hvilket først og fremmest vil sige aftalerettens ugyldigheds- og lempelsesregler. Samtidig med at stofmængden undervejs ekspanderede (og sagtens kunne have været udbredt over flere sider, end det er gjort her), tog emnet en bestemt fastere form. Min intention blev efterhånden at beskrive træk af en historisk billighedstendens, der oprindelig kom til udtryk gennem subjektivismen og gennem brug af begreber som vildfarelse, forudsætning etc., og som siden i nogen grad er vokset ud af disse begreber og har udmøntet sig i en egentlig standardret. Temaet er med andre ord *billighedsrettens udvikling*.

Når man beskæftiger sig med emner, der som de her behandlede har ført tidligere forfattere ud i en undertiden helt abstrakt spekulation, og man samtidig gerne vil præstere en fremstilling med et vist historisk og komparativt perspektiv, kan en sådan nyere fremstilling næppe heller undgå på steder

at få et spekulativt, "verdensfjernt" præg ved så at sige at være nødt til at gå ind på de tidligere teoriers tankegang. Jeg har dog efter bedste evne forsøgt at holde i hvert fald ét ben på jorden hele tiden.

Fremstillingen indeholder også en gennemgang af de vigtigste nugældende vildfarelses- og ugyldighedsregler i og udenfor aftaleloven, herunder ikke mindst generalklausulen i aftl. § 36. Selv om der i det ovenfor anførte ligger, at formålet ikke har været at skabe en egentlig opslags- eller håndbog om emnet, men snarere en slags grundbog, der lige så meget vil kunne give idéer som eksakte løsninger, håber jeg derfor også, at bogen kan vække interesse ind i praktikernes kreds.

Den foreliggende fremstilling er en omarbejdet udgave af min licentiatafhandling og er således i det væsentlige blevet til i løbet af 1977-1979 under mit stipendium ved Institut for Privatret på Aarhus Universitet. Licentiatafhandlingen forelå afsluttet i august 1979, men jeg har i afsnittene om gældende dansk ret søgt at indføje senere tilkommet litteratur og domspraksis.

Manuskriptet er renskrevet af overassistent Henning Unnerup, Institut for Privatret.

September 1981 Palle Bo Madsen

INDHOLDSOVERSIGT

KAPITEL 1. VILDFARELSEN I HISTORISK PERSPEKTIV 11- 31

1. Indledning 11- 13
2. Den romerske vildfarelseslære 14- 18
3. Den naturretlige vildfarelseslære 19- 21
4. Savigny og den tysk-romanistiske vildfarelseslære 22- 27
5. Den tidlige danske vildfarelseslære 28- 31

KAPITEL 2. FORUDSÆTNINGSLÆREN 32- 72

1. Windscheids lære 32- 35
2. Lassens lære 36- 38
3. Den objektive forudsætningslæres kritik 39- 41
4. Det objektive relevanskriterium 42- 45
5. Fr. Vinding Kruses variant 46- 47
6. Fortolkningsteorien 48- 50
7. Forudsætningslærens fortolkningselement 51- 53
8. Nærmere om forudsætningsbegrebet 54- 61
9. Nærmere om kendelighedskriteriet 62- 64
10. Afsluttende om relevanskriteriet og dommerskønnet 65- 72

KAPITEL 3. VILDFARELSEN OG DEN GODE TRO 73-165

A. Den nyere vildfarelseslære 73-117

1. Indledning 73- 74
2. Den fremkaldte vildfarelse 75- 82
3. Den kendelige vildfarelse 83- 89
4. Den tidligere diskussion om den gode tro 90- 98
5. Nærmere udvikling af den gode tro og undersøgelsespligten 99-117

B. *Tilbagekaldelse, ugyldighed og god tro* 118-151

1. Tilbagekaldelse af løfter. Aftl. § 7 118-122
2. Efterfølgende ond tro og ekstraordinær tilbagekaldelsesret. Aftl. § 39, 2. pkt. 122-144
3. Fortrydelsesret og ugyldighed 145-151

C. *Misforståelser og kontraktsindstiftende passivitet* 152-165

1. Vildfarelse og reklamationspligt. Aftl. § 6, stk. 2. 152-159
2. Nærmere om passivitet som forpligtelsesgrund 160-165

KAPITEL 4. AFTALEREGULERING EFTER OBJEKTIVEREDE REDELIGHEDS- OG BILLIGHEDSNORMER 166-223

A. *Aftalelovens § 36 og aftaleretlige standarder* 166-213

1. Indledende om aftl. § 36 og forholdet til de tidligere ugyldighedsregler 166-170
2. Nærmere om baggrund og formål for aftl. § 36 171-173
3. Aftl. § 36 som retlig standard 174-177
4. De retlige standarders udvikling og udbredelse internationalt 178-186
5. Nærmere om rimeligheds- og redelighedskriteriet samt aftl. § 36's anvendelsesmuligheder 187-196
6. Aftl. § 36 som konkret eller generel regel samt forholdet til markedsføringslovens § 1 197-205
7. Aftl. § 36's retsvirkninger 206-212
8. Opsigelsesret efter dørsalgslovens § 14 213

B. *Obligationsretten og erstatningsstandardiseringen* 214-223

1. Grundsætningen i kbl. § 24 og erstatningens forudsætnings- og billighedsbegrænsninger 214-221
2. Forslaget om en erstatningsretlig generalklausul 222-223

KAPITEL 5. DEN "SKJULTE" RIMELIGHEDSCENSURERING 224-239

1. Rimelighedskriteriet i fortolkningen samt forholdet mellem fortolkning og gyldighedsprøvelse 224-234
2. De subjektive ugyldighedskriterier og fortolkningen 235-238
3. Beviskravet som førprocessuel adfærdsstandard 239

KAPITEL 6. FREMMED RET 240-311

A. Indledning 240-241

B. Tysk ret 242-266

1. Ensidige vildfarelser 242-248
2. Fælles vildfarelser og die Geschäftsgrundlage 249-262
3. Fortolkningsteorien 263-266

C. Fransk ret 267-287

1. Kontrakten og le consentement 267-270
2. Vildfarelser og la cause 271-281
3. Imprevision og lesion 282-287

D. Engelsk ret 288-305

1. Vildfarelser 288-292
2. Consideration, promissory estoppel og fairness 293-302
3. Frustration 303-305

E. Sammenfattende og komparativt 306-311

KAPITEL 7. AFSLUTNING 312-319

Forkortelser 320-321
Domsregister 322-326
Litteraturliste 327-329

KAPITEL 1

VILDFARELSEN I HISTORISK PERSPEKTIV

1. *Indledning.*

Spørgsmålet om en vildfarelses indflydelse på en retshandels gyldighed har som en del af hele læren om retshandlers forbindende kraft været emnet for en lang historisk strid. Gennem vildfarelseslæren har spørgsmålet om aftale*risikoen* tidligst søgt sin udmøntning. Uden at prætendere en udtømmende historisk afhandling skal kort opridses hovedtrækkene i vildfarelseslærens udvikling som basis for en dynamisk forståelse af retten også af i dag.

At starte med *romerretten* er der bedre grunde til end blot traditionen herfor. Romerretten som *påvirkningsfaktor* igennem tiderne må ikke undervurderes. Selv *Ørsted*, der kom til at stå som vort "realistiske" modstykke til den mere spekulative tyske romanisme og som skaberen af "vores egen" moderne ret, erkendte sin gæld til og beundring for de romerske jurister, "hvis dybe og skarpe blik i det virkelige liv stedse giver de lærerigeste resultater."[1] I virkeligheden var *Ørsted* måske i større intellektuel overensstemmelse med den justinianske ret, end samtidens kontinentale konstruktiv-romanistiske systembyggere var det.

Ifølge *Aagesen* er forholdet "i virkeligheden dette, at de fleste af de erobringer på videnskabens område, hvorved der kastes lys over omfattende privatretlige institutioner, skyldes undersøgelser, der anstilles med romerretten som grund-

---

1) Jfr. *Ørsted*: Haandbog over den danske og den norske Lovkyndighed I, 1822, p. 459.

lag."[2)]

I en moderne og udpræget evolutionær tid kan den fremtidige formueretsvidenskabelige problemløsning næppe udledes af romerske retsgrundsætninger, men den indflydelse romerretten *har* øvet gennem århundreder, middelbart eller umiddelbart, er også for dansk ret så omfattende og af så principiel karakter, at dens betydning for den nutidige rets grundsætninger og hele tankegang bør vedkendes.[3)]

Helt op i slutningen af forrige århundrede søgte man at finde sine retlige *dogmer* i romerske retskilder. *Windscheid* søgte viljesdogmet[4)] og *Leonhard* erklæringsteorien.[5)] Begge forsøg var dog dømt til at mislykkes allerede p.g.a. romerrettens særdeles *kasuistiske* præg.[6)] Den romerske *errorlære* var således ikke afklaret, og for et nutidigt øje virker kildernes afgørelser på dette felt undertiden primitive og tilfældige.[7)] Gennem den tyske romanisme har errorsynspunkterne alligevel haft en betydelig indflydelse på dansk retsvidenskab.

Ved læsning af lidt ældre tyske og danske fremstillinger af romerretten må man hele tiden være opmærksom på, at disse

---

2) *Aagesen*: Forelæsninger over den romerske Privatret I, 1882, p. XV.

3) Jfr. *Thøger Nielsen* : Studier over ældre dansk Formueretspraksis, 1951, p. 10, jfr. p. 246 ff., *Stig Iuul*: Hovedlinier i europæisk retsudvikling, 1970, p. 160 ff., 179 f.

4) *Windscheid*: Wille und Willenserklärung, i AcP. bd. 63, 1880, p. 72 ff., samt i Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, p. 337 ff. (skriftet er dog oprindelig fra 1878, jfr. l.c. note 1.).

5) *Leonhard*: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl. 1907 (1. Aufl. 1882).

6) Sml. *Stang* i TfR 1905, p. 284 f.

7) Se f.eks. diskussionen mellem *Ulpian* og *Marcellus*, som omtalt hos *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 248 note 25, samt hos *Ditlev Tamm*: Romerret, 1977, p. 132 ff.

i første række har haft til hensigt at give en dogmatisk fremstilling af den justinianske retsorden, *således som* den inden BGB's ikrafttræden (1900) var gældende ret i dele af Tyskland. Da de romerske retsregler endvidere længe blev betragtet som en slags halvhellig Lovenes Lov, bør man nok også forvente, at forfattere i et forsøg på at legitimere et synspunkt ved at genfinde det i romerretten vil være tilbøjelige til at overfortolke romerske retssætninger især ved uholdbare generalisationer. Det er imidlertid gennem denne tysk-romanistiske udlægning, romerretten har influeret på dansk retsvidenskab.[8)]

Hvis man i dag direkte vil søge at tage ved lære af de romerske jurister, må fremhæves romernes *juridiske anskuelsesmåde*: Dels *kasuistikken* i retten, men måske mest betydningsfuldt dét, at udgangspunktet for problemløsningen omkring errorsituationerne toges i spørgsmålet om, *hvad vildfarelsen refererede sig til*, i stedet for som i den senere tyske romanisme i vildfarelsens subjektive *grundlag*.

---

8) Også gennem *naturrettens* påvirkning af de før-Ørstedske forfattere har romerretlige tanker dog infiltreret dansk retsteori, idet naturretten i vidt omfang byggede på romanistiske konstruktioner og derved kom til at formidle romersk tankegang til det ellers af romerretten uafhængige danske retssystem, jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 22 f. jfr. p. 20 f.

2. *Den romerske vildfarelseslære.*

Den ældste romerske (såvel som germanske) ret indtog et strengt objektivt standpunkt. Overalt lagdes vægt på det ydre, det håndgribelige.[1] En løftegiver blev aftaleretligt bundet af sin erklærings ordlyd i den afgivne form. Svig blev ikke accepteret som ugyldighedsgrund, og langt mindre var derfor naturligvis den simple vildfarelse tilstrækkelig grund til at gøre løftet uforbindende.

En sådan objektiv lære indebar også, at salgsgenstanden solgtes som den var og forefandtes, og at køberen ikke kunne gøre nogen indsigelse gældende, så længe salgsgenstanden sprogligt kunne rummes under den i kontrakten anvendte beskrivelse eller blotte artsbetegnelse. Kontrakten blev fortolket aldeles bogstaveligt uden nogen hensyntagen til den dybere mening eller selve aftalesituationen.

Dette primitive standpunkt kunne imidlertid ikke vedblivende tilfredsstille det handelsmæssigt ekspanderende romerske samfunds krav. Først har man givetvis i den ældre romerrets ånd søgt at tage hensyn til løftegiverens antagelser og kontraktspartnerens forventninger gennem stipulerede aftalebetingelser, og senere er udviklingen gået mod fiktive, præsumerede indrømmelser. Retsudviklingen er først sket ganske gelinde ved spidsfindige fortolkninger af de tolv tavlers love[2] og siden ved prætoriske edikter.[3]

---

1) Se kort herom hos *Dernburg*: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und preussens I, 3. Aufl. 1906, p. 367 f.; *Stang*: Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret på en Retshandels Gyldighed, 1897, p. 1 ff.; *Jul. Lassen*: Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretslige Tilsagn, 1905, p. 2; *samme*: Lærebog i romersk Privatret, 4. udg. 1937 ved *Frantz Dahl*, p. 5 f., 133 ff.; *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, 1942 (stenc.), p. 121 ff.; *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, 1951, p. 257.

2) Jfr. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 9 ff.

3) Jfr. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 14 ff.
Retsplejen henlagdes år 367 f.v.t. selvstændigt under en *prætor*, medens den tidligere havde hørt med under konsulernes embedsforretninger. Skønt prætor ikke havde nogen lovgivningsmyndighed, bekendtgjorde han ved sin embedstiltrædelse hvilke regler, han gennem sin

Interessant i denne forbindelse er imidlertid nok så meget de *ædiliske edikter*.[4] Et sådant ædilisk edikt leverer det første spæde, autoritativt normerede tilløb til, at en kontrakt kan anfægtes på grundlag af, hvad man godt kan kalde *urigtige forudsætninger*, og som i hvert fald ikke kan forklares ud fra en lære om viljesmangler, sådan som opstillet i senere romanistisk litteratur. Ediktet angik egentlig kun slaver og kreaturer, men fortolkedes udvidende til også at omfatte handel med andre ting. Salgsgenstanden solgtes herefter ikke længere som den var og forefandtes, men som en salgsgenstand af den art *burde* være og forefindes. Foruden de udtrykkeligt garanterede egenskaber sikredes køberen nu også mod *skjulte mangler*, der gjorde tingen ringere end sin arts gennemsnit. Men om at tillægge *individuelle* forudsætninger, som sælgeren ikke havde garanteret at tilgodese, eller mangler i bredere forstand iøvrigt nogen betydning, var der ikke tale.[5] Køberen tillodes endvidere ikke at påberåbe sig mangler, som han burde have opdaget inden aftalens indgåelse, og enhver synlig afvigelse fra standarden burde opda-

---

embedstid ville følge i retsplejen. Disse bekendtgørelser eller *edikter* kunne blive afgørende for retsudviklingen, idet prætor havde en udpræget autonomi og ikke alene kunne supplere, men også korrigere *jus civile*, dog uden formelt at ophæve denne. Men den prætoriske ret fik forrang i praksis, og prætorretten fungerede som "viva vox juris civilis". Den følgende prætor ville ordentligvis bygge videre på sin forgængers edikt, og derved kom ediktudtalelserne i retsbevidstheden til at stå som retten, og de rodfæstede sig som retssædvaner.

4) *Ædil*embedet var opstået i tilknytning til det embede som almuetribun, der antages indført år 494 f.v.t. som værn for plebejerne over for patricierne, men som efterhånden udviklede sig til en slags øverste politimyndighed. Hvad der i forrige note er sagt om de prætoriske edikters betydning for retsbevidstheden og rettens udvikling, gælder også for de edikter, der udstedtes fra ædilembedet, og ædilernes edikter er især interessante i denne forbindelse, da de indholdt bestemmelser om torvehandlen i Rom.

5) Jfr. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 321 f.

ges. *Caveat emptor*-reglen, der også indførtes ved det ædiliske edikt, ligestillede viden om mangelfuldhed med den uvidenhed, der måtte karakteriseres som *uundskyldelig*; men den handelsmæssige udvikling med distancehandlens fremtrængen gjorde, at man ud fra en billighedsbetragtning (*aequitas*) i stadig stigende grad måtte anse en uvidenhed eller en vildfarelse for undskyldelig.[6)]

Udviklingen gik fra "verba" mod "voluntas".[7)] Det fremtrængende *voluntasprincip* anså *viljen* for den egentlige retsskabende kendsgerning. Voluntas- eller viljesmomentets indtog i den romerske ret er sandsynligvis følgen af en påvirkning fra *græsk filosofi*.[8)] Visse af retssætningerne synes tydeligt påvirket af aristotelisk tankegang.[9)] Noget afgørende generelt gennembrud fik viljesdoktrinen dog næppe i romersk ret eller retspraksis.[10)]

De i romersk ret efterhånden anerkendte error-tilfælde var error in substantia, in negotio, in corpore, in persona og in quantitate. Medens man nok var vokset fra den oprindelige mekaniske opfattelse af viljeserklæringen og havde formuleret den nye retning i slagordet "nulla est voluntas errantis" eller "errantis nulla voluntas", så udtrykte dette

---

6) Se om caveat emptor-reglen hos *Stig Iuul* i Festskrift til Henry Ussing, 1951, p. 220 ff., 224 f.; og *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 48 ff.

7) Sml. hertil også *Hällström*: Om Villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring, 1931, p. 24 ff.

8) Jfr. *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, p. 133.

9) Det ledende subjektive princip blev afstukket af *Aristoteles* i årtierne efter 350 f.v.t. gennem hans filosofi om, at menneskets gerning eller højeste mål er et liv, der består i, at man *i kraft af sin fornuft* lader sine handlinger forfølge et mål, der står for én som det højeste gode. Fornuften er menneskets form, hvorigennem det realiserer sig selv som menneske. Hvis man går ud fra, at det enkelte menneske er altings årsag og formål, må man naturligvis også søge sine omsætningsretlige svar i individets vilje.

10) Jfr. *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, p. 133.

højst en slags idéprogram, som måtte vige for eventuelle funktionelle hensyn,[11] og man gik meget kasuistisk til værks i praksis.[12] Som det anføres hos *Dernburg*, var der i realiteten tale om et *kampråb*, der mere udtrykte en *modsætning* til den ældre romerske rets ordmagi end en positiv selvstændig dogmatisk læresætning. Ved testamentariske dispositioner og andre dispositioner uden omsætningsmæssig betydning kunne sætningen nok gennemføres, men for så vidt angik retshandler inter vivos måtte hensynet til omsætningens sikkerhed begrænse subjektiviteten.[13]

Hvor de romerske jurister lagde vægt på viljen i modsætning til det sproglige udtryk, har de gjort det ud fra et ønske om *billighed* og ikke ud fra viljesteoretiske principdeduktioner.[14] Således er den romerske vildfarelseslære uden tvivl fremkommet som en indrømmelse til tidens krav om *bonum et aequum* og *bona fides*, som opstod da den romerske ret udviklede sig til at blive en "verdensret", og det ældre system med *jus strictum* ikke længere slog til.

I den klassiske tid viste de romerske jurister endnu mådehold med konkrete billighedsbetragtninger, men i den efterklassiske tid blev billighedsløsningen ligefrem dominerende på bekostning af faste retsregler.[15]

I den efterklassiske tid fandtes også reglen om *læsio enormis*, hvorefter en sælger, der havde solgt en ting for un-

---

11) Jfr. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht I, p. 480 ff.

12) *Aagesen*: Forelæsninger over den romerske Privatret, p. VI f.; *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 6, 27; *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, p. 115 ff.

13) Jfr. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht I, p. 480 f.; sml også *Aagesen*: Forelæsninger over den romerske Privatret, p. 264 ff., og *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 140 f., 145.

14) Jfr. *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, p. 133.

15) Jfr. *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, p. 133 f.

der halvdelen af dens værdi, kunne omstøde salget, medmindre køberen tilbød ham tingens fulde værdi som vederlag.[16] Denne regel er en grov, men tydelig vedkendelse til den aftaleretlige *gensidighedstanke*, som hele diskussionen omkring aftalefrihedens *begrænsninger* lige siden i realiteten har taget udgangspunkt i.[17]

16) Jfr. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 323; *Stig Iuul*: Grundrids af den romerske Formueret, p. 82.

17) Sml. nedenfor kapitel 7.

3. Den naturretlige vildfarelseslære.

Udgangspunktet for den *romanistiske* errorlære var de romerske errortilfælde, således som nævnt. Den for eftertiden vigtigste juridiske personlighed i denne læres udvikling er tyskeren *von Savigny*. Til forståelse af hans lære, der på afgørende punkter afviger fra den klassiske romerret og den tidlige tyske romanisme, fordres imidlertid en forståelse for den *naturret*, der i løbet af det 17. og 18. århundrede var vokset frem med *Grotius* og *Pufendorf* som de vigtigste eksponenter. Der er ingen tvivl om, at *Savigny også* var påvirket heraf,[1] og på mange punkter er naturretten interpoleret i *Savignys* "Römischen Rechts".

Medens romerretten som nævnt ikke udviklede sig til et konsekvent subjektivt viljesdogme, så lancerede hollænderen *Grotius*[2] i rationalismens navn en ekstrem viljesteori, der ganske forkastede det ydre og håndgribelige til fordel for det *indre*, det fornuftsmæssige. For kontraktsrettens vedkommende forkastede han den romerske vildfarelseslæres sondringer efter vildfarelsens genstand og lod i stedet generelt løftet forpligte alene i overensstemmelse med, hvad løftegiveren *havde ment* uden hensyn til, hvad der lå i erklæringens ordlyd. Det er dog usikkert, hvor langt *Grotius* selv ville udstrække gyldighedsområdet for sin lære.[3]

---

1) Se om naturrettens indflydelse på *Savignys* Das Recht des Besitzes, hos *Ditlev Tamm*: Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab", 1976. p. 141 ff., samt om naturrettens forhold til de romanistiske kodifikationer, hos *Stig Iuul*: Forelæsninger over Hovedlinier i europæisk retsudvikling, 1970, p. 102 ff.

2) *Grotius*: De jure belli ac pacis, libri tres, 1625.

3) Jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, 1951, p. 250.
I sit menneskehensyn var *Grotius* i overensstemmelse med *Aristoteles*, der må antages at have påvirket romerretten i retning af "voluntas". *Aristoteles* definerede mennesket som et polisvæsen, og *Grotius* anså ligesom *Aristoteles* mennesket for af natur at være et *socialt væsen* præget af fællesskabsfølelse og en umiddelbar trang til at danne samfund og knytte forbindelser (kontrakter) i det hele taget. Det var på denne baggrund *Grotius* kunne proklamere som samfundets opgave at opretholde den totale viljes- og kontraktsfrihed.

Naturretten antog imidlertid en betydelig mere praktisk brugbar skikkelse hos *Pufendorf*,[4] der havde en lærestol i Lund. Her findes tillige kimen til de epokegørende tanker omkring kontraktsrettens behandling af vildfarelsesproblematikken, som senere slog igennem hos *Savigny* iklædt den romerske rets gevandter. Nogen afgrund mellem romerrettens og naturrettens praktiske resultater var der da heller ikke.[5] Den romerske vildfarelseslære fremkom primært som en indrømmelse til *aequum et bonum* og *bona fides*,[6] og romerne havde principielt accepteret stoicismens *jus naturae (naturale)*.[7] Den romerske konsenslære gav endvidere grundlag for en glidende recipering af naturrettens viljesdogme. Under de kontinentale kodifikationer kom den romerske ret også i betydelig grad til at stå som udtryk for den naturlige ret, hvilket er en del af forklaringen på, at disse lovbøger på et senere tidspunkt for en meget betydelig del kunne læses i overensstemmelse med "romersk" ret.[8]

Hos *Pufendorf* møder man den sondring mellem vildfarelse om et *motiverende* moment og vildfarelse om kontraktens *genstand*, der må siges at være forløberen for *Savignys* mere berømte sondring mellem den *ægte* og den *uægte* vildfarelse.[9]

Dybest set er det *menneskeopfattelsen*, der igennem tiderne har legitimeret enhver bestemt samfundsform og retsorden såvel som ændringer deri; se meget illustrerende divergensen mellem på den ene side demokratiets *Locke* og *Rousseau* og på den anden side enevældens *Hobbes*.

4) *Pufendorf*: Libri octo de jure naturae et gentium, 1682. *Pufendorfs* erklærede discipel i Danmark var *Holberg*.

5) Sml. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 22 f.

6) Jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 248 note 24.

7) Jfr. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 28.

8) Jfr. *Stig Iuul*: Hovedlinier i europæisk retsudvikling, p. 102.

9) Jfr. *Savigny*: System des heutigen Römischen Rechts III, 1840, hvor benævnelsen "unächte Ihrrtum" så vidt ses første gang benyttes i Beilage VIII zu § 115, XXXIV (p. 440 ff., jfr. p. 111 ff.). Se også sondringen l.c., p. 263 note b.

Pufendorf var ikke fri for påvirkning fra den romerske konsenslære, men i modsætning til romernes udpræget kasuistiske anskuelsesmåde var det naturrettens mission at opbygge et universelt system af regler eller principper. Herefter kunne generelt kun vildfarelser, der refererer sig til aftalens *genstand*, være relevante som ugyldighedsgrunde. Denne afgrænsning måtte imidlertid ske ud fra et *væsentlighedsbegreb* ("essentialia"), der ikke alene lod genstandsbegrebet omfatte egenskaber, der direkte var begrebsbestemmende for kontraktsgenstanden, men også egenskaber iøvrigt ved genstanden, som løftegiveren måtte antages at have lagt væsentlig vægt på - *error in essentialibus*.[10] Her er om end nok med et lidt forskelligt praktisk indhold i realiteten også tale om den samme skjulte hensyntagen til error in motivis, som i gældende tysk rets "Eigenschaftsirrtum" og i gældende fransk rets "erreur sur la substance".[11]

I det 17. århundredes naturret kom endvidere den lære om *clausula rebus sic stantibus*, der kan føres tilbage til glossatorerne, til at spille en betydelig rolle. Denne lære, (som der ikke fandtes nogen generel parallel til i romerretten), ville i en kontrakt indfortolke en klausul om, at enhver forandring i forholdene, således som disse forelå på kontraheringstidspunktet, berettigede hver enkelt af parterne til at træde tilbage fra kontrakten. *Grotius* angreb læren, men med så store indrømmelser til fordel for en klausul af denne art, at han senere alligevel er kommet til at stå som forsvarer for den. Klausullæren levede trods idelige angreb og har stærkt påvirket især tysk retsteori helt op i dette århundrede (*Krückmann*). Der er ingen tvivl om, at klausullæren også udgør én af grundstenene til den senere lære om bristende forudsætninger. Se i det hele f.eks. *Bugge* i TfR 1902, p. 186-196 (med sammendrag af *Pfaff*), og *Larenz*: Geschäftsgrundlage und vertragserfüllung, p. 11 ff.

---

10) Jfr. også *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 251.

11) Se herom nedenfor i kapitel 6.

4. *Savigny og den tysk-romanistiske vildfarelseslære.*

4.1. Hos *Savigny*, der dog står i stor gæld til fortiden og ikke mindst *Pufendorf*, spores en *ny tendens* i den tysk-romanistiske retsvidenskab. Selv om *Savigny* forholdsvis ukritisk tog udgangspunkt i justiniansk ret, nøjedes han dog ikke med filologiske kildestudier. Han foretog en så *selvstændig* behandling af problemerne, som hans forudsætninger og påvirkninger tillod.[1] Hans historiske og nærmest organiske udviklingslære gjorde det blot nødvendigt for ham, at tage udgangspunkt i den ældre og i store dele af tysk ret reciperede og inkorporerede romerret.

Savignys nævnte sondring mellem ægte og uægte vildfarelser var en nydannelse i den romanistiske litteratur, og den har sat varige spor også i dansk retsvidenskab og lovgivning. *Savigny* udsondrede de egentlige eller ægte vildfarelsestilfælde fra de uægte, der i realiteten slet ikke var *vildfarelser*, men blot fejlagtige angivelser af løftegiverens vilje, d.v.s. uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring eller med andre ord *viljesmangler*. Den sidste kategori måtte være relevant efter en viljesteori; men den måtte også omfatte den *error in substantia*, der vel må karakteriseres som en motivvildfarelse. Mellem den relevante error in substantia og den irrelevante error in qualitate kan aldrig blive andet end en gradsforskel. Ikke ulig *Pufendorf* fastlagde *Savigny* det relevante ("væsentlige") substansbegreb til at omfatte *egenskaber* ved kontraktsgenstanden, som *efter den almindelige anskuelse i handelsforhold* betingede, at genstanden blev henregnet til den *art*, løftegiveren havde forudsat.[2]

---

1) Se hertil *Stang* i TfR 1905, p. 286 ff.

2) Jfr. *Savigny*: System III, p. 276 ff., især p. 283: "Der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört".

Selv om *Savigny* som hovedregel frakendte den *ægte* vildfarelse, error in motivis, relevans, så lagde han ved selve udsondringen af denne gruppe af tilfælde grunden til den senere forudsætningslære.

Savigny er i eftertiden kommet til at stå for *viljesdogmet*. Om dette er berettiget kan diskuteres. Det var ganske rigtigt ikke hos romerne, men først i det 19. århundredes især tyske retsvidenskab, at viljesdogmet blev opstillet som en grundsætning, der gjorde krav på direkte *praktisk anvendelighed*. Det kan imidlertid ikke påstås, at *Savigny* i denne forstand var ensidig subjektivist. Det er rigtigt, at han, efter at have sondret mellem "dem Willen an sich"[3] og "der Erklärung desselben",[4] nåede frem til, at "Denn eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden". *Vildfarelsen* var således relevant alene som symptom på fravær af retsskabende *vilje*. Men da viljen er noget indre og usynligt, erkendte han, at så "bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne",[5] og dette tegn var netop *erklæringen*. Da enhver retsorden beror på pålideligheden af disse tegn, måtte en uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring kun kunne anerkendes som relevant, dersom den var synlig eller kendelig ("erkennbar") for erklæringsmodtageren og dermed uafhængig af "dem blossen Gedanken" hos den handlende.[6]

Selv om *Savigny* således nok som det primære og "egentlige" betonede subjektiviteten, udformede han dog ikke selv sin

---

3) *Savigny*: System III, §§ 114-129.

4) *Savigny*: System III, §§ 130-133.

5) *Savigny*: System III, § 134, p. 258.

6) *Savigny*: System III, p. 258 f.

lære til andet end en *nuanceret viljesteori.*[7] Først senere blev teorien af *Savignys* disciple gjort til et *dogme*. *Savigny* var i sit videnskabssyn alt for ærbødig overfor den selvstændige vækst og indre struktursammenhæng, han - som omtrent samtidig henholdsvis *Darwin* i biologien og *Newton* i fysikken - mente at have afdækket i *retten*, til at han turde fremlægge en enkelt altforklarende formel. *Savignys* forhold til subjektivismen var måske ikke meget forskellig fra *Darwins* forhold til religionen: Den var så indarbejdet i åndslivet og filosofien, at man ikke turde tage afstand fra den. I hvert fald er *Savignys* forhold til "sin" subjektive teori ofte i sin fremtræden ret ambivalent i hans forsøg på at dele sol og vind lige.

4.2. Efter Savigny synes de tyske retsvidenskabsmænd konsekvent i det 19. århundrede at afstå fra *Savignys* dualisme, og det objektive og det subjektive standpunkt ses næppe nogensinde spillet hårdere ud mod hinanden end i netop denne periode.

I den traditionelle subjektivistisk-romanistiske retsvidenskab blev romerrettens voluntasprincip opfattet og videreført som et krav om viljesmæssig konsens (consensus) ved retshandler. Retsvirkningen skulle herefter skyldes to personers overensstemmende viljeserklæringer[8] svarende til,

---

7) Også ved opstilling af en *fortolkningsteori* indtog *Savigny* et mellemstandpunkt. Han henviste til erklæringen "tanke", som man kan udfinde ved at sætte sig i koncipistens sted (såkaldt subjektiv fortolkning), men om de "Gründe", han ville lægge vægt på, gjaldt dog, "dass sie stets ein Verhältnis haben zu dem Wesen des ... Inhaltes selbst, oder mit andern Worten eine objective... Natur". Jfr. *Savigny*: System I, p. 220. Det pågældende sted handler om fortolkning af love; men principperne herfra overføres til kontraktsfortolkning, jfr. *Savigny*: Das Obligationsrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II, 1853, p. 189. Se iøvrigt om kontraktsfortolkning *Savigny*: Das Obligationsrecht II, p. 189 ff.

8) Jfr. *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts II, 5. Aufl. 1879, p. 195; *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 119 ff.
Aagesen: Forelæsninger over den romerske Privatret I, p. 212-23, mente derimod at kunne udlede, at *den enkelte viljeserklæring* - og ikke samtykket eller consensus i romanisternes "tekniske, systemati-

hvad man nu vil kalde et overenskomstteoretisk standpunkt. *Vildfarelser* skulle således tillægges betydning i netop det omfang, de var til hinder for en harmoni mellem parternes modstående viljer eller deres fiktive "fællesvilje". Error in motivis var ingen konsenshindring (falsa causa non nocet),[9] hvorimod løftegiverens erklæring var en nullitet, hvis selve det erklærede slet ikke var "villet" (viljesmangel).[10]

Om man så bastant kan tage de romerske læresætninger til indtægt for et viljesdogme er dog som nævnt højst tvivlsomt. Dertil var romerretten alt for kasuistisk præget. *Dernburg* karakteriserede den som hullet, modsigende og delvis lidet hensigtsmæssig, hvorimod den "gemeinrechtliche" teori på dette grundlag byggede "allgemeine Grundsätze".[11] *Lassen* så derimod de romerske juristers *styrke* i netop kasuistikken, som de ifølge *Lassen* tog udgangspunkt i *uden* at forfalde til "den sygelige konkretisme, som i billighedens navn forkaster almindelige retsnormer".[12]

Romerne var ganske rigtigt ikke stærke i den teoretiske begrebsformulering og den videnskabelige systematik; men den senere romanismes forsøg på at råde bod på dette ud fra romernes kasuistiske afgørelser, faldt ikke ubetinget heldigt ud.

En stor del af den senere tysk-romanistiske retsvidenskabs vanskeligheder beroede på, at den sondring mellem motivvildfarelse og viljesmangel, som *Savigny* indlagde i tysk ro-

---

ske betydning" - var "den retsstiftende kerne i retshandelen i justiniansk ret".

9) Jfr. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 143 ff.

10) Se således *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 201 ff., 203 ff.; og *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 140 ff.

11) Jfr. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht I, p. 481. Jfr. også *Savigny*: System des heutigen Römischen Rechts III, 1840, p. 269, der søgte at udfinde bestemte vildfarelsesgrupper som "allgemein für wesentlich gehalten werden muss".

12) *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 27.

manistisk ret, ikke kendtes af romerne, der i stedet for vildfarelsens subjektive årsag eller *grundlag* lagde vægt på vildfarelsens *indhold*, d.v.s. om der var *identitet* mellem henholdsvis den købte og den solgte *genstand* og *dermed* enighed (consensus) mellem parterne.

Især er det vanskeligt at indpasse *error in substantia* under viljesmangeltilfældene, og skal de opfattes som *undtagelser* fra princippet om irrelevansen af error in motivis, bliver der ikke meget tilbage af "princippet" som sådant.[13] Det synes klart, at den, der går ind på at købe en ting, der forevises ham, for en given pris, fordi han har en urigtig opfattelse af tingens egenskaber, *vil*, hvad han erklærer, nemlig købe denne ting for den aftalte købesum. Han har med andre ord ikke manglet vilje til at købe, men har ret beset haft urigtige forudsætninger (*error in motivis*). Men om *visse* egenskaber ved en ting må det antages, de i den grad karakteriserer tingen, at den uden dem er en anden ting, og vildfarelse med hensyn til sådanne egenskaber bevirker *viljesmangel*. Sondringen er således langt fra skarp.[14]

Undtagelser fra reglen om, at viljesmangler altid frigør løftegiveren, måtte også gøres, når løftegiveren forsætligt eller ved grov uagtsomhed havde vildledt medkontrahenten om sin vilje, og *Lassen* påpegede derfor, at retstilstanden lige såvel kunne beskrives ud fra tillids- eller forventningsprincippet, idet det retsstiftende så måtte siges at være løftets evne til at vække tillid, kun med den begrænsning at tillidsvækkelsen ikke måtte være sket hændeligt eller ved blot simpel uagtsomhed fra løftegivers side.[15] Selv om tillidsvækkelsen endog var sket uden uagtsomhed fra løftegi-

---

13) Sml. *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 144 f.

14) Også i romerretten anlagdes i tilfælde af *error in substantia* en *væsentlighedsbedømmelse*, jfr. *Ditlev Tamm*: Romerret, 1977, p. 134.

15) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 99 note 3.
Se hertil også den hos *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 201 f., note la, refererede litteratur.

verens side, indrømmede også den tysk-romanistiske lære ofte løftemodtageren erstatning for den negative kontraktsinteresse.[16)]

Medens *Windscheid* byggede på subjektivismen og vel nok var den, der fik de mest praktisk brugbare eller i hvert fald senere betydningsfulde resultater ud af det (herom i kapitel 2), så opstod også en direkte modsat nyttelære med *Ihering* som eksponent, hvorefter samfundsnytten var højeste mål for og skaber af al ret.[17)] Såvel *Windscheid* som *Ihering* var funderet i *Savignys* Historiske Skole, og på trods af *Iherings* nærmest "materialistiske" udlægning, var han for meget præget af skolens idealisme til at blive nogen determinist eller skæbneprofet.[18)] I stedet for de private rettigheders indstiftelse ved en "viljesmagt", opstillede *Ihering* de "retligt beskyttede interesser" som relevant begreb, der ifølge hans seneste værk: Der Kampf ums Rechts, 1872, fremstår som resultat af indbyrdes evigt stridende interesser og ideer. Grundstenen er i realiteten hermed lagt til eftertidens rent pragmatiske kontraktsreguleringer.[19)]

---

16) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 99 f. Se også BGB § 122.

17) Jfr. *Ihering*: Geist des Römischen Rechts, 1852-65, og *samme*: Der Zweck im Recht, 1. Aufl. 1877.
Se f.eks. om *Iherings* "sociale utilitarisme" hos *Ross*: Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis, 1933, p. 174 ff.

18) Se herom også *Ross* i SvJT 1932, p. 324 ff.

19) *Ihering* fik mest umiddelbar betydning for senere dansk retsvidenskab gennem *Bentzon*, hvis fremhævelse af rettens "kompromisnatur" (sml. nedenfor kap. 4, pkt. 3, ved note 10) og stærke vægtning af "reale hensyn" trods *Bentzons* selvstændige fremstilling tydeligt viser tilbage til *Iherings* interessejurisprudens. *Bentzons* drejning af retsvidenskaben i en mere realbetonet retning, kom til at betyde overmåde meget for senere dansk rets problembehandling ikke mindst gennem stærk påvirkning af "subjektivisten" *Jul. Lassen*; se hertil i det hele *Ussing* i U 1937 B, p. 137 ff. Se om *Iherings* betydning for *Pound* og den *retlige standard* nedenfor kap. 4, pkt. 4.

5. *Den tidlige danske vildfarelseslære.*

Den uhæmmede naturretlige subjektivisme kunne man i *dansk ret* endnu finde stærke påvirkninger af i den praktiske problemløsning hos *Nørregaard* i 1784: "Den, som er i vildfarelse i henseende til det, hvorom et forbund sluttes, eller gør sig et urigtigt begreb om det, der er forbundets genstand, kan ej siges at have samtykket... Et forbund altså, hvortil fejltagelse har givet anledning, er i sig selv ugyldigt". En betingelse var dog, at "vildfarelsen skal betreffe det væsentlige i hensigt til tingen eller gerningerne, om hvilke forbundet indgås". Der krævedes ikke kendelighed, men "haver vildfarelsen været overvindelig, og altså tilregnelig, bør den fejltagende erstatte medkontrahenten al den skade, han lider ved kontraktens tilintetgørelse".[1] Også *Hurtigkarl* i 1817 tillagde "samtykket" i subjektiv forstand vægt som afgørende kriterium for kontraktens etablering: "Har nogen af uvidenhed eller vildfarelse indgået en for sig skadelig kontrakt, må uden tvivl det samme at kontrakten ikke binder gælde, dersom uvisheden eller vildfarelsen er i henseende til gerningen *(ignorantia s. error facti)* og tillige uovervindelig, efterdi her ligeledes ikke kan siges at eksistere samtykke".[2] Her er dog måske en åbning mod en lidt friere bedømmelse dels i relation til kravet om vildfarelsens "uovervindelighed" og dels fordi *Hurtigkarl* antog, at man i den nævnte situation "foruden ... for det meste med føje kan forudsætte svig hos medkontrahenten", hvilket røber en vågnende interesse for at inddrage andre momenter end den blotte "vilje" og for at anlægge en retlig vurdering.

Endelig hos *Ørsted* brydes der i 1832 afgørende med den subjektive teori såvel i dens naturretlige som romanistiske

---

1) *Nørregaard*: Natur-Rettens første Grunde, 1784, p. 227 f. (§ 386).

2) *Hurtigkarl*: Den Danske og Norske Private Rets første Grunde, II.2., 1817, p. 23.

udformning: "Det er det udvortes tilkendegivne samtykke som indeholder grunden til det bindende i kontrakten, og kun, hvad der i den udvortes verden er foregået, som betingende dette samtykke, kan få indflydelse på dets juridiske virkninger".[3] *Ørsted* krævede *kendelighed* af vildfarelsen.

Det måtte i forlængelse heraf erkendes, at i relation til *retten* var det enkelte individ blevet til en *samfundsborger*, således at det enkelte menneskes *vilje* kun kunne blive til *ret* i samfundet eller betinge retten *i kraft af* en allerede eksisterende retsorden og på dennes præmisser.[4]

Ørsted var imidlertid ikke enøjet objektivist i den forstand, at han frakendte alle uudtalte antagelser eller forventninger betydning. Tværtimod "følger det af sig selv", at det må være ligegyldigt, om kontraktens genstand "med udtrykkelige ord" er udgivet for at være af en bestemt beskaffenhed eller "det på anden måde indlyser, at dette mellem parterne var forudsat".[5] *Ørsted* kendte *Savigny* og var uden tvivl romanistisk inspireret, og ligesom *Savigny* (trods dennes konstruktive tendens) var han pragmatiker nok til at undgå at falde i nogen af grøfterne. De hårde, objektivistisk prægede udtalelser fra *Ørsted* må blot ses som et opgør med den tidligere subjektivisme i dansk ret. Medens *Savignys* dualisme genfindes hos Ørsted, fandt *Ørsted* imidlertid i modsætning til *Savigny* den forpligtende og primære *retsgrund* i løftets ydre, objektive udvisen.

---

3) *Ørsted*: Haandbog V, 1832, p. 103.

4) Jfr. *Goos*: Forelæsninger over den almindelige Retslære I, 1885, p. 184: "...den vilje, der begrunder en kontraktsmæssig fordring på en formueydelse ... måtte have en retsnorm til forudsætning, der tillagde viljen evne til at stifte rettigheder".
Se også *N. Lassen*: Villien som Forpligtelsesgrund, 1874, p. 1 ff.

5) *Ørsted*: Haandbog V, p. 104.
Udtalelsen falder i tilknytning til diskussionen om, hvilken vildfarelse om kontraktsgenstandens "materiale", der opfylder betingelsen om at angå "det væsentlige", og det kan vanskeligt undgås at få associationer til *Savignys* substanslære og til *Pufendorfs* lære om "error in essentialibus".

Det lykkedes på dette punkt *Ørsted* med dennes store såvel teoretiske som praktiske autoritet og indsigt at formulere, hvad der for første gang i dansk ret tager sig ud som en brugelig og rigtigt dimensioneret hensyntagen til subjektive, individuelle forhold i formueretten. Hos *Ørsted*, der fremstår som dansk rets store *realist*,[6] møder man således *forudsætningstanken* i en meget nutidig skikkelse - og i en mere ukunstlet form end den måde, hvorpå den egentlige forudsætningslæres begreber først ses udformet af *Windscheid*, der er denne læres fader.

På grundlag af den af *Ørsted* antagne "hjemmelspligt" i vid forstand,[7] indestod sælgeren for "alle de egenskaber ved den omkontraherede ejendom eller rettighed, der enten udtrykkeligt er betingede, eller som, i mangel af en udtrykkelig aftale af modsat indhold, må forudsættes".[8] Herved måtte tages hensyn til forholdets natur, almindelig skik og brug samt parternes kendelige hensigt med aftalen. *Ørsted* frakendte kun "skjulte betingelser og forudsætninger" betydning,[9] og han må i overensstemmelse med Højesteret[10] antages at ville tillade ugyldighed i tilfælde af kendelig error in motivis, hvilket ifølge Højesteret i 1804 vil sige kendskab til faktiske forhold, som divergerer med de betingelser eller forudsætninger, løftet "fornuftigvis" måtte forstås at være afgivet under.

Den første der søgte at systematisere kriterierne i en egentlig og generel *lære* om forudsætningers betydning for en

---

6) Jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, 1961, p. 258 f.

7) Der formentlig netop er romanistisk inspireret, sml. *Thøger Nielsen*: Studier, p. 50 f., *Ditlev Tamm*: Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab", 1976, p. 226 f. *Ørsted*: Haandbog V, p. 131, vurderede selv sin bestemmelse af hjemmelspligten i forhold til "den romerske rets bestemmelser om Eviction" samt flere "nyere love".

8) *Ørsted*: Haandbog V, p. 129 ff.

9) *Ørsted*: Haandbog V, p. 103.

10) Jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 261.

aftales gyldighed var dog *Windscheid*.[11] Selv om dansk ret aldrig rigtig reciperede den rene romerske errorlære, skulle det blive med udgangspunkt i denne udpræget romanistiske såvel som subjektivistiskelære, at en egentlig og selvstændig billighedslære gennem *Jul. Lassen*[12] holdt sit indtog her i landet. Tidligere var causa- eller forudsætningssynspunkter dog også af *Goos*[13] og *Aagesen*[14] anvendt ved løsning af specialproblemer.

Forudsætningslæren skal nærmere behandles i det følgende.

---

11) *Windscheid*: Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.

12) *Jul. Lassen*: Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del, 3. udg., 1917-20, p. 98 ff. Hertil også *Torp*: Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del, 2. udg. 1900, p. 70 f. og 97 note 5.

13) *Goos*: Forelæsninger over den almindelige Retslære II, 1894, p. 214 ff. og 276 ff., men sml. også p. 319 ff.

14) *Aagesen*: Indledning til den danske Formueret, 1881, p. 602 ff. smh. m. p. 682 og 782. Og hertil *Matzen*: Forelæsninger over den danske Tingsret, 2. udg. 1884, p. 196 f.

KAPITEL 2

FORUDSÆTNINGSLÆREN

1. *Windscheids lære.*

1.1. Forudsætningslæren opstiller som betingelser for at tillægge et løfte uforbindende virkning krav om væsentlighed ("bestemmende")[1] og kendelighed (ond tro herom).[2] Desuden opstilles et *relevanskriterium*, der har været det springende punkt i forudsætningslærens udvikling.

Læren i dens nu kendte form blev oprindelig udformet af den tyske romanist *Bernhard Windscheid* midt i det 19. århundrede.[3] *Windscheid* kan for en umiddelbar betragtning synes

---

1) *Lassen*: Alm. Del, p. 113; *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 68 og 242; *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 91 ff.

2) *Lassen*: Alm. Del, p. 114 med noterne 3-5 og p. 118; *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 51, 57 note 2, 60 og 63 ff.; *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 101 f.

3) *Windscheid*: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850; *samme*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, 5. Aufl. 1879, §§ 97-100; *samme*: Die Voraussetzung, i Archiv für die civilistische Praxis (AcP), bd. 78 (1892) p. 161-202, (også i Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, p. 375-409).

I den romerske ret eksisterede forudsætningsbegrebet ikke i almindelig form. Ved siden af betingelsen (*condicio*) og tidsfristen (*dies*) opereredes i stedet med *vilkåret* (*modus*). Således endnu *Savigny*: System III, p. 230. Se endvidere hertil *Lassen*: Lærebog i romersk Privatret, p. 154. Men det mere flydende begreb *causa*, der nærmest dækker over løftets formål eller materielle retsgrund, kunne dog hjemle tilsvarende resultater, se hertil *Windscheid*: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, p. 48 ff.; *Lassen*: Forelæsninger over romersk Privatret, 1904, p. 211, og *samme*: Lærebog i romersk Privatret, p. 144.

Se endvidere nedenfor i kapitel 6, afsnit C, pkt. 2, om "la cause" i fransk ret, der bygger på det romerske causa.

at gøre alle væsentlige og kendelige forudsætninger relevante,[4] d.v.s. reelt kun at lægge vægt på de to førstnævnte kriterier. Dette er dog i hvert fald ikke tilfældet, hvis væsentlighedskriteriet fastlægges på den senere gængse måde, hvor det alene antages at indeholde et principielt subjektivt krav om forudsætningens motiverende effekt. Flere af *Windscheids* enkeltstudier viser, at han langt fra ville tillægge alle sådan væsentlige forudsætninger relevans,[5] og han tog selv explicit til genmæle overfor *Lenels* påstand netop herom.[6] Som nævnt benyttede *Windscheid* imidlertid i sine tidlige formuleringer ord, der kunne lade formode, at han opfattede væsentligheds- og relevanskriteriet synonymt, og hans nærmere bestemmelse af sådanne momenter, som vi i dag vil lade indfatte under relevanskriteriet, lader sig derfor kun vanskeligt fastholde. Dette forhold hænger naturligvis sammen med, at *Windscheids* forudsætningslære var udpræget *subjektiveret*, og at anerkendelse af en aftales uforbindende virkning som noget primært måtte basere sig på parternes kon-

---

4) Se *Windscheid*: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, p. 7, hvor han taler om "besonders qualifizierten Beweggrund ... ohne welches man nicht gewollt haben würde", jfr. også *samme*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 287 ved note 6, og II, p. 596 f. note 8.

5) F.eks. *Windscheid* i AcP bd. 78, p. 169 og p. 198 note 73.

6) Se *Lenel* i AcP bd. 74, 1889, p. 213 ff., 222, samt AcP bd. 79, 1892, p. 53 ff., 59, og hertil *Windscheid* i AcP bd. 78, p. 197 f. og *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 405 ff.

Om diskussionen mellem *Windscheid* og *Lenel* AcP bd. 74, 78 og 79, se *Hagerup* i TfR 1893, p. 286 ff. *Lenels* indvendinger såede tvivl i *Hagerups* sind om rigtigheden af *Windscheids* forudsætningslære, jfr. *Hagerup* i TfR 1894, p. 63, som han tidligere havde tilsluttet sig, jfr. *Hagerup*: Om Kjøb og Salg, 2. udg. 1894, p. 92 (se første gang i NRt 1883) og *samme* i NRt 1885, p. 245 ff. Se i *samme* retning som *Lenel* også *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 42 f.; *Vahlén*: Formkravet vid fastighetsköp, 1951, p. 181 note 20 og p. 194; *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, 4. udg. 1978, p. 68, 73.

krete subjektive forhold. Medens den blotte meddelelse af et motiv ikke var nok til at begrunde en forudsætning i retlig forstand, krævedes "das Erkennbarwerden des Motivs als einer *Willensbeschränkung* "[7] (min udhævning). Væsentlighedskriteriet, der i hvert fald i princippet anses for subjektivt bestemt,[8] lader sig vanskeligt holde adskilt fra en subjektiv relevansbedømmelse, hvorefter også parternes - eventuelt hypotetiske - vilje tillægges afgørende vægt.

Ifølge *Windscheid* var imidlertid kun retshandlens "erste Absicht" eller "erster Zweck" relevant.[9] Ikke enhver væsentlig forudsætning, men derimod *formålet* med retshandlen, var relevant: "Jede Vermögenszuwendung hat ein Warum, einen Zweck, *einen ersten zweck*. Er ist derjenige Zweck, *welcher die Vermögenszuwendung aus dem Nichts hervorruft*", og til denne definition er det, at det rent hypotetisk-subjektivt i tidens ånd tilføjes: "Wird er nicht erreicht, so ist es eben so sicher, dass der zuwendende für diesen Fall die Vermögenszuwendung *nicht gewollt haben würde*"[10] (mine udhævninger). Afgørende for *Windscheid* var dog trods denne "forklarende" tilføjelse næppe en hypotetisk positiv vilje til at være frigjort, hvis forudsætningen ikke holdt stik. Selv om især *Lenel* på dette grundlag angreb *Windscheids* lære for at være "gerade psykologisch unmöglich"[11] og bygge på hypotetiske fiktioner, kan hans lære med udgangspunkt i den førstnævnte zweckdefinition forklares ud fra det faktisk foreliggende,

---

7) Jfr. *Windscheid*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 406.

8) Også den objektive teori (herom straks nedenfor) bestemmer principielt væsentlighedskriteriet subjektivt eller individuelt, jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 93.

9) Jfr. *Windscheid* i AcP bd. 78, p. 174 ff.; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 385 ff., jfr. *samme*: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, p. 87 ff.

10) Jfr. *Windscheid* i AcP bd. 78, p. 175, *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 386 f.

11) Jfr. *Lenel* i AcP bd. 79, p. 61.

idet den afgørende forudsætning eller "første mål", der har dannet *tilværelsesgrunden* for viljen, tog sigte på en anden eventualitet end den faktiske og derfor er *faldet bort*, hvorfor også erklæringen/viljen selv efter en real betragtning af forholdet må siges at have tabt sin betydning.[12] Tværtimod er *Windscheid* "objektivist" i den forstand, at kun den vilje, der har fundet *udtryk* i retshandlen, kan tillægges betydning. Det er denne retshandel, der ud fra det virkelige og aktuelt foreliggende og eventuelt også ud fra mere "objektive" hensyn skal *fortolkes*.[13] Ironisk nok kan den senere såkaldte fortolkningsteori[14] således finde støtte for de synspunkter, hvormed dens fortalere angriber forudsætningslæren, hos ingen ringere end forudsætningslærens skaber; sml. nedenfor pkt. 6 og 7.

1.2. I hjemlandet vandt profetens tanker ikke umiddelbart gehør, og først i tiden kort efter 1. verdenskrig blev de genfremført til en vis succes gennem *Oertmann*,[15] da denne økonomiske krisetid for Tyskland skabte et virkeligt påtrængende behov for et noget mere nuanceret syn på aftaleretten end tidligere udtrykt i grundsætningen om pacta sunt servanda.[16]

---

12) Jfr. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, 1896, p. 80.

13) Jfr. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 84.

14) Se nedenfor pkt. 6.

15) *Oertmann*: Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921. Se videre nedenfor kapitel 6, afsnit B, pkt. 2.

16) Se om udviklingen i tysk teori og praksis siden *Oertmann*, f.eks. *Stötter* i AcP bd. 166, 1966, p. 149 ff.

2. *Lassens lære.*

2.1. I Danmark gjorde *Windscheids* lære derimod hurtigere indtryk og har siden sat mærkbare spor i hele den nordiske aftaleret.

Den subjektive forudsætningslæres nordiske autoritet er *Jul. Lassen.*[1] Han afklarede *Windscheids* begreber og især relevanskriteriet, der dog samtidig synes forskudt klarere i hypotetisk-subjektiv retning. *Lassen* definerede med en ordret oversættelse af *Windscheids* "Willensbeschränkung" relevanskriteriet som en "viljesbegrænsning", derved at løftegiveren ville have taget forbehold om ikke at være bundet ved løftet, hvis han havde været opmærksom på, at forudsætningen kunne vise sig urigtig, og *Lassen* krævede samtidig kendelighed af dette forhold for løftemodtageren.[2]

Modsat tilføjede *Lassen* imidlertid den vigtige nye modifikation, at der ikke vil kunne opstilles nogen formodning for et sådant forbehold, dersom dets fremsættelse antagelig ville have hindret aftalens indgåelse.[3] Når det subjektive i *Lassens* lære iøvrigt pointeres, må endvidere erindres den praktisk vigtige række *undtagelsesregler* i form af bl.a. typeforudsætninger eller "objektive" forudsætninger, som for *Lassen* legitimerede forudsætningens relevans uden videre.[4] Selv om det ikke er det umiddelbare indtryk, man får, når man læser de indlæg, der igennem tiden er fremkommet i forudsæt-

---

1) Se iøvrigt om forholdet mellem *Windscheids* og *Lassens* forudsætningsteorier *Stang*: Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret paa en Retshandels Gyldighed, 1897, p. 56 ff., *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 40 ff.; og *Lassen* selv: Alm. Del, p. 112 ff., hvor han p. 115 note 5 explicit vedkender sig Windscheids lære.

2) *Lassen* i TfR 1895, p. 285 ff., og *samme*: Alm. Del, p. 118. Sml. *Windscheid* ovenfor pkt. 1, ved note 7 og 10.

3) *Lassen*: Alm. Del, p. 118.

4) *Lassen*: Alm. Del, p. 120. Sml. *Lassen* l.c., p. 372 om udfyldning. Se også *samme* i TfR, 1895, p. 292, om forudsætningsbegrebets dualisme.

ningsdiskussionen, og på trods af de påviselige mangler, der er ved *Lassens* lære, vil der trods den subjektive formulering findes at være en glidende overgang til den mere reale problembehandling, som allerede slog igennem ved de senere såkaldt objektive forudsætningsteorier, om hvilke[5] *Lassen* da også selv skrev, at de "indeholder nu utvivlsomt megen sandhed"[6] - (sml. også lige nedenfor pkt. 4 in fine).

2.2. Lassens subjektive forudsætningslære med dens subjektivt formulerede relevanskriterium, blev efter aftalelovens vedtagelse navnlig støttet på en analogi af *aftl.* § *32, stk. 1.* "Er forudsætningen kendelig [som viljesbegrænsning hos løftegiveren] ... for løftemodtageren, synes denne lige så lidt at kunne erhverve nogen ret ved løftet, som når viljesmangel hos løftegiveren er kendelig for ham".[7]

Aftl. § 32, stk. 1 omhandler imidlertid kun det tilfælde, hvor fejltagelsen eller selve *vildfarelsen* er kendelig, hvilket svarer til at en bestemmende forudsætnings *urigtighed* er kendelig. Dette er en ganske anden problemstilling end det tilfælde, hvor aftalen blot kendeligt indgås i tillid til en bestemmende forudsætnings rigtighed.[8]

Mod *Lassens* slutninger ud fra aftl. § 32, stk. 1 må også indvendes, at kravet om *kendelighed* af en "viljesbegrænsning" i løftegiverens opfattelse af et hypotetisk forhold ikke kan

---

5) Specielt *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 49 ff. og p. 267 f.

6) *Lassen*: Alm. Del, p. 120.

7) *Lassen*: Alm. Del, p. 116.

8) Jfr. herved *Ussing*: Aftaler, p. 464 f. note 25. Se derimod nedenfor kapitel 3, afsnit A, pkt. 3, om aftl. § 32, stk. 1, i forhold til en lære om kendelig vildfarelse.

opstilles ækvivalent til et almindeligt ondtroskrav om *faktiske forhold* som kravet i aftl. § 32, stk. 1 om, at løftemodtageren har indset eller burde have indset en foreliggende fejltagelse.[9)]

---

9) Se hertil *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 47 ff. og 124.
En del taler også for, at *Lassen* ubevidst brugte ordet "kendelig" i én betydning, når han skulle opstille og begrunde sin "subjektive" forudsætningslære, og i en anden, når han skulle anvende den til konkret problemløsning. Således også *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 50 note 29. I sin konkrete problemløsning var *Lassen* ofte yderst pragmatisk. Selv om *Lassens* forudsætningslære vel i nogen grad kan virke abstrakt og spekulativ, skal det da også fremhæves, at *Lassen* i højere grad end nogen tidligere byggede sin fremstilling af obligationsretten op omkring *retspraksis* som et bærende element.

3. *Den objektive forudsætningslæres kritik.*

Lassens lære blev først og fremmest angrebet af *Ernst Møller*, hvis indvendinger dog nok så meget rettede sig mod subjektivismen i almindelighed,[1] samt senere i lidt blidere vendinger af *Henry Ussing*.[2]

Ifølge *Ernst Møller* kan man næppe nogensinde få et bestemt svar på et problem, når subjektivismen tages alvorligt. Det eneste "sjælelige" spørgsmål, som vil foreligge, er dette, om retshandlen er indgået under en forudsætning eller ikke.[3] At udfinde parternes *hypotetiske* individuelle vilje i hvert enkelt tilfælde er derimod umuligt. *Lassens* "viljesbegrænsning" i form af en *alternativ* vilje vil næppe foreligge som psykologisk realitet. Bygger man sin vilje på en bestemt forudsætning, vil *grundlaget* for viljen derfor være helt borte, dersom forudsætningen slår fejl.[4] "Viljen fører da en rodløs existens"[5] og kan ikke give svar på forholdets retsvirkninger. Selv om man i princippet gik ind på *Lassens* (*Windscheids*) tanke, lader det sig slet heller ikke gøre - og specielt da ikke på grundlag af dommerens ufuldstændige materiale - at trænge således ned i en persons individuelle psyke. Da subjektivismen kræver en sjælelig dissektion, er den opgave, den stiller, også af denne grund uløselig.[6]

Ernst Møller vendte sig også mod den ekstremt liberalistiske grundtanke i *Lassens* relevanskriterium og afviste, at det

---

1) *Ernst Møller*: Forudsætninger, 1894; *samme* i U 1896, p. 1039, og *samme* i U 1907 B, p. 209 ff.

2) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, 1918, *samme* i Det nordiske Studenter-Jurist-Stævne, 1918, p. 307 ff.; *samme* i Juridisk Forenings Aarbog, 1918-19, p. 23 ff.; og *samme*: Aftaler, p. 457 ff.

3) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 42.

4) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 35 ff.

5) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 40.

6) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 175, 229, 279 f., 283, 289 f., 290.

kan være rettens opgave at efterspore og indordne sig under parternes hypotetiske ufornuftig, ubillige eller uretfærdige ordninger. Subjektivismen ville, dersom den lod sig strikt gennemføre, lede til åbenbare *uretfærdigheder* ved at lægge al vægt på parternes vilje. At lægge meget vægt på individualiteten vil uvægerlig føre til at begunstige den kloge eller stærke på den dummes eller svages bekostning.[7] Den retlige bestemmelse af relevanskriteriet må tværtimod bero på "objektive hensyn",[8] hvis ikke afgørelserne skal blive for usikre og tilfældige.[9]

Ernst Møller var stærkt påvirket af *Windscheids* ærkemodstander *Lenel*,[10] og kunne sikkert have formuleret sin modsætning til den subjektive forudsætningslære på samme måde som *Lenel*: "Nicht auf das kommt es an, was man vorausgesetzt *hat*, sondern nur auf das, was man vorauszusetzen nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber *berechtigt* war".[11]

Den objektive læres fortalere måtte derfor godtgøre, at denne lære med dens henvisning til et dommerskøn over det berettigede, det billige eller det retfærdige resultat ville medføre-større sikkerhed for resultatets retfærdighed end den subjektive lære. Løsningen af denne opgave måtte igen forudsætte, at der kunne udformes *retlige regler* til vejledning for dommeren ved afgørelse af enkelttilfældene. Dette blev da også forsøgt af såvel *Ernst Møller* som *Ussing*, jfr. straks nedenfor pkt. 4. Selv om *Ernst Møller* efter *Ussings* opfattelse har "svækket sine argumenters virkning ved ensidighed og overdrivelser",[12] og at hans skræmmebilleder undertiden hø-

---

7) *Ernst Møller*: Forudsætninger, specielt p. 231 ff. med note 5, dog også p. 93 note 19 jfr. p. 47 og 195.

8) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 234.

9) *Ernst Møller*: Forudsætninger, f.eks. p. 35 jfr. p. 56 og 32, samt p. 292.

10) Sml. ad lærens psykologiske umulighed *Lenel* ovenfor pkt. 1 note 11.

11) *Lenel* i AcP, bd. 79, p. 105.

12) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 52.

rer fantasiens verden til,[13] mente *Ussing* dog stadig, at netop *Ernst Møller* var den eneste, hvis udviklinger virkelig havde givet noget bidrag til dette spørgsmåls besvarelse.[14]

Dels mente *Ussing* lige som *Ernst Møller*, at retsordenens opgave snarere må være at modvirke sådanne konsekvenser, som subjektivismen ville føre til.[15] Dernæst vil dommerens beslutningsgrundlag som nævnt være ufuldstændigt, bedømt efter subjektivismens fordringer. Ved udfindelsen af den hypotetiske vilje måtte dommeren under alle omstændigheder udøve et skøn, og dette måtte reelt funderes i hans *almindelige retsfølelse*, uden at problemet først behøves omsat i hypotetisk form. *Reelt* må dommeren under alle omstændigheder ofte dømme efter objektive gennemsnitsbetragtninger, og at fastholde problemløsningen som subjektiv og hypotetisk ville blot være at "fordunkle den rette erkendelse af forholdene".[16]

---

13) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 62 note 61.

14) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 53.

15) Se *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 63 med henvisninger i note 63 og 64.

16) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 57-61.

4. Det objektive relevanskriterium.

Som nævnt har hovedopgaven i relation til forudsætningslærens relevanskriterium været at udforme regler til vejledning af dommeren ved afgørelsen af de enkelte tilfælde.[1)]

Også *Lassen* erkendte bl.a. via sine typeforudsætninger, at den subjektiverede vurdering i et vist omfang må normeres, og som vist forudsatte subjektivismens praktiske anvendelighed også generelt objektiverede kriterier. Ved de praktisk vigtigste problemer er der således enighed mellem subjektivismen og objektivismen om løsningerne. Men for objektivismen, der explicit bygger på "objektive retshensyn", er klare og præcist udformede enkeltregler til vejledning for dommerne en logisk konsekvens.

I stedet for *Lassens* hypotetiske partsvilje, ville *Ernst Møller* sætte løftets *formål*, idet der dog først og fremmest af hensyn til medkontrahenten måtte gøres visse modifikationer m.h.t. formålets relevans.[2)] For at løftemodtageren skulle kunne vide, "om han er købt eller solgt", måtte formålet være præciseret, have en almen eller typisk karakter og kun afhænge af løftemodtageren selv eller af forhold, som han turde vurdere.[3)] *Ernst Møller* er også her tydeligt beslægtet med *Lenel*, der søgte at præcisere *Windscheids* "erster zweck" til "die *wirthschaftlichen* Zwecke",[4)] og *Ernst Møller* fremhævede selv forbindelsen.[5)] *Ussing* havde dog ikke meget tilovers for en sådan formulering af problemet.[6)]

Bestemmelsen af forudsætningens relevans må ifølge *Ussing* foretages på principielt samme måde som alle andre spørgsmål,

---

1) Sml. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 117, 237.

2) Jfr. *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 50 ff.

3) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 52.

4) Jfr. *Lenel* i AcP, bd. 74, p. 230 ff.

5) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 59 note 3.

6) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 130 ff.

der ikke er løst ved positive regler, og hvor parternes aftale er ufuldstændig.[7] I modsætning til den subjektive teori, der i en vis forstand kan siges at ville løse problemet ved *konkret fortolkning* af aftalen, d.v.s. ved en i princippet *ujuridisk* bedømmelse af det enkelte tilfælde, vil den objektive teori snarere løse problemet ved *udfyldning*, der for størstedelen sker med *almindelige regler*, der ikke kan findes ved betragtning af det enkelte tilfælde, men kun ved *retlige* overvejelser.[8] Som allerede påpeget er grænsen dog flydende.

Hvor der findes lovregler, sædvaner, kutymer eller skik og brug kan disse udmærket være vejledende for dommerens skøn over relevansen. Men hvor domstolene ikke har sådanne håndfaste ledetråde til afvejelse af de hensyn, der kan komme i betragtning, er det "umuligt blot nogenlunde udtømmende at angive *de retshensyn, der bør have betydning* ved afgørelsen af risikospørgsmålet".[9] Dette anerkendes af objektivismens fortalere.

De relevante hensyn kan kun formuleres så vagt, som at de skal tjene samhandlens tarv ved at blive opstillet i regler, der gennemsnitligt stemmer bedst med parternes interesser i tilfælde af den pågældende art, samtidig med at de skal bevares så elastiske, at domstolene stadig har adgang til at inddrage nye hensyn. På områder, hvor domstolene ikke mener at kunne fastslå særlige regler, bør de stemmende med "retfærdighedens tarv" tilstræbe en løsning, der egner sig til at blive *regel* for andre tilfælde af beslægtet art,[10] men de "regler", det lykkes at opstille til vejledning for domstolene samt for parternes risikoafvejelser, må altid kunne suppleres med en almindelig *skønsregel*. "At forkaste skøns-

---

7) *Ussing*: Aftaler, p. 467. Sml. herved *Lassen*: Alm. Del, p. 372 om udfyldning af rammeaftaler.

8) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 116.

9) *Ussing*: Aftaler, p. 468.

10) *Ussing*: Aftaler, p. 468 f. *Samme*: Bristende Forudsætninger, p. 206 f.

reglen er det samme som at lukke af for udviklingen".[11] Den klassiske konflikt mellem skøn og regel kommer her tydeligt til udtryk.

Den normering af skønnet, der skulle gøre det "skønnede" relevanskriterium "objektivt" volder således svære problemer. Ganske som den "subjektive" teori ikke var konsekvent, idet den lod sig infiltrere af objektive hensyn, er den objektive teori ikke konsekvent, idet den - "fuldt konsekvent" ifølge *Ussing* - "kan tillægge individuelle forudsætninger relevans i lige så vidt omfang som en subjektiv teori".[12] Hvis en gensidigt bebyrdende aftale er indgået under en forudsætning, der kun forekommer sjældent eller endog er ganske individuel, må dommeren også kunne tage hensyn til, hvad parterne *ville være blevet* enige om. "Gennemsnitlig er parterne jo de bedste dommere om deres egne interesser, og som regel er det kun naturligt at udfylde den mangelfulde aftale "i parternes ånd""; dette var ikke et citat fra en "subjektivist", men et citat af *Ussing*.[13] *Ussing* siger da også selv, at hans lære "ikke er rent objektiv" - det har blot været væsentligt for ham at fastslå, at parternes hypotetiske vilje ikke som efter en subjektiv teori kan være *eneafgørende* (*Ussings* udhævelse).[14]

Om *Ussings* lære som fremlagt i Bristende Forudsætninger udtalte *Lassen*, at den i fremstillingen indeholder "betydelige fremskridt", men ikke nogen egentlig forskel fra hans egen lære: "Min teori er ikke rent subjektiv; ... For mig er hovedpunktet, at domstolene skal have frit skøn".[15]

---

11) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 205 f., jfr. p. 117 og 200 ff.

12) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 215 f.

13) *Ussing*: Aftaler, p. 469.

14) *Ussing*: Aftaler, p. 473.

15) Jfr. *Lassen* i Juridisk Forenings Aarbog, 1918-19, p. 34.

Tilbage af divergensen mellem den subjektive og den objektive forudsætningslære bliver *alene en forskel i tendens* i skønsgrundlaget.[16] *Lassen* "kan i hvert fald ikke længere tale med lidenskab i sagen".[17]

16) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 38, og ligeledes *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 88, og *Gjelsvik*: Innleiding i rettsstudiet, 5. udg. 1968, p. 174 f.

17) *Lassen* i Juridisk Forenings Aarbog, 1918-19, p. 34.

5. *Fr. Vinding Kruses variant.*

Det faktum, at aftalerisikoen må fordeles på aftalens parter efter hensyn, som ikke altid lader sig regelfast normere, er i litteraturen forsøgt emballeret på forskellig vis. *Fr. Vinding Kruse* - og tidligst *Krabbe*[1] - har forsøgt sig med en *blandingsversion* af den subjektive og den objektive teori. Om en forudsætning er relevant må ifølge *Fr. Vinding Kruse*[2] primært bero på aftalens konkrete omstændigheder, og kun hvis man ikke heraf kan slutte noget om, hvad parterne antagelig ville være blevet *enige* om, hvis de havde forhandlet om spørgsmålet, må man falde tilbage på den "samfundsmæssige vurdering", d.v.s. "objektive" kriterier.

Fr. Vinding Kruse anså retfærdighedsbetragtninger eller samfundsmæssige overvejelser for betænkelige i de tilfælde, hvor man efter en hypotetisk-subjektiv vurdering kan udfinde en væsentlig og kendelig forudsætning.[3] Denne "underordning" af objektive hensyn, overalt hvor parternes hypotetiske vilje antages at kunne udfindes, kan umiddelbart virke lige så "subjektiv" som *Lassens* lære. Imidlertid opstillede *Fr. Vinding Kruse* yderligere den betingelse, at den nævnte "væsentlighed" også skal afgøres efter *løftemodtagerens* indstilling hertil, eller rettere om løftemodtageren kan tænkes at ville have *godkendt* denne begrænsning i løftet, således at forudsætningen derved kan antages at ligge indenfor det *aftaltes* ramme. Dette er, som det også explicit fremhæves, inspireret af tysk ret og reglen i BGB § 119.[4] Da *Fr. Vinding Kruse* herudfra samtidig ville lade denne "subjektive" vurdering afhænge af, hvordan en *"forstandig"* part i den pågældende situation vil-

---

1) *Krabbe* i U 1920 B, p. 171 ff.

2) *Fr. Vinding Kruse*: Ejendomsretten II, 3. udg. 1951, p. 759 ff. *samme*: Retslæren I, 1943, p. 259 ff., *samme* i Jur. 1939, p. 716 ff.

3) *Fr. Vinding Kruse*: Ejendomsretten II, p. 764, 767 f., 769.

4) Se herom nedenfor i kapitel 6, afsnit B, pkt. 1.2.

le have reageret, var han i realiteten tilbage i en retfærdigheds- eller billighedsafgørelse.[5] *Fr. Vinding Kruse* så helt rigtigt, at der ikke er nogen egentlig realitetsforskel mellem *Lassens* subjektive og *Ussings* objektive teori; men han formåede i ringere grad end *Ussing* at formulere de relevante kriterier uden konstruktive omsvøb.

---

5) *Fr. Vinding Kruse*: Ejendomsretten II, p. 761 f., 768, 769.

6. *Fortolkningsteorien.*

6.1. Berettigelsen af overhovedet at operere med en forudsætningslære i den ene eller den anden form er også blevet betvivlet. Det skal allerede her bemærkes, at *Ussings* forudsætningsbegreb (således som det nærmere skal udvikles nedenfor pkt. 8) er meget omfattende. En forudsætning kan herefter foreligge, ikke alene når løftegiveren har haft en klar og bevidst opfattelse af et forhold, der senere viser sig at være ukorrekt, men også når et forhold, som løftegiveren ikke har haft nogen forestilling om, viser sig at foreligge på en bestemt måde.[1] *Ussing* var naturligvis klar over, at det til en vis grad er kunstigt at tale om forudsætninger i denne vide betydning, men forsvarede berettigelsen af sin begrebsbestemmelse med, at bevæggrunden til en handling ligger i det samlede forestillingsindhold, og at dette bliver urigtigt, når der mangler rigtige forestillinger om et vist forhold.[2]

Denne begrebsbestemmelse har fået nogle juridiske forfattere til at beskylde forudsætningslæren for at være "urealistisk" og "fiktiv",[3] eller for at operere med "bagudsætnin-

---

1) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 4, *samme*: Aftaler, p. 459 f. Dette forudsætningsbegreb, som det vel er lidt flot at kalde "Ussings", var almindeligt anerkendt også i norsk ret, jfr. *Gjelsvik*: Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse på Retshandlers Gyldighed, 1897, p. 28.

2) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 4-5. Hertil fås principiel tilslutning af *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 124, 126 og 127. *Rodhe*: Om fastighetsindelingen och dess betydelse, 1941, p. 298 ff. *Hellner*: Om obehörig vinst, 1950, p. 206 f. *Augdahl*: Den norske obligasjonsrets almindelige del, 4. udg. 1972, p. 144 ff. *Kristen Andersen*: Kjøpsrett, 2. oppl. 1965, p. 135 f.

3) Således *Ekström* i SvJT. 1920, p. 25 ff., og *samme* i TJFF. 1920, p. 1 ff. *Wiberg* i SvJT 1943, p. 773 ff. *Illum* i U 1946 B, p. 123. *Vahlén*: Formkravet vid fastighetsköp, 1951, p. 210 ff. og *samme* i TfR 1953, p. 394 ff. *Stig Jørgensen* i U 1963 B, p. 157 ff.

ger".[4] Også hvor forudsætningsbegrebet i psykologisk forstand måske konkret lader sig forsvare, er læren bleven angrebet for at være urealistisk og fiktiv, for så vidt angår de tilfælde, hvor det i juridisk forstand alligevel er nødvendigt at afgøre spørgsmålet efter en almindelig målestok, som f.eks. ved typeforudsætninger.[5]

Dette har igen ført nogle af forfatterne til at *forkaste* enhver lære bygget på forudsætninger og i stedet erstatte forudsætningslæren med en *fortolkningsteori*. Det er selve *brugbarheden* af en forudsætningslære i den praktiske retsanvendelse, kritikken hermed betvivler.

Sjögren nøjedes med at fremføre, at forudsætningsbegrebet er "så utvidgat, att det med et visst fog kan säges, att hela teorien löper ut allenast på en något mere konkretiserad avtalstolkning än eljes".[6] Dette synspunkt kan have en del for sig og vil uden tvivl være dækkende for realiteten i mange retsafgørelser. Men *Stig Jørgensen* går videre og hævder, at forudsætningslæren som konstruktion direkte kan være *farlig*, idet den kan forlede brugeren til at søge efter psykologiske antagelser i stedet for reale begrundelser,[7] og at man derfor må (og kan) beskrive retsstillingen *helt uden* brug af forudsætningslæren.[8] Man kan, hedder det, nå vidt ved en for-

---

4) *Arnholm*: Alminnelig Obligasjonsrett I, 1947, p. 102 f. og *samme*: Privatrett I, 1964, p. 249.

5) *Rodhe*: Om fastighetsindelningen och dess betydelse, 1941, p. 298 f. *Arnholm*: (se note 4). *Vahlén* i TfR 1953, p. 394 ff. *Stig Jørgensen* i U 1963 B, p. 157 ff. *Gomard*: Obligationsretten i en Nøddeskal I, 1972, p. 17 f.

6) *Sjögren* i TfR 1916, p. 325 ff., specielt p. 357.

7) Hvis der herfra sluttes det videre, at domstolene ikke må tage hensyn til, om der bevisligt har foreligget en forudsætning, og til om denne forudsætning bevisligt har været væsentlig og kendelig, kan standpunktet klart ikke tiltrædes, jfr. også *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 106. Det må endvidere afvises de lege lata, jfr. nedenfor kapitel 5 ved note 5-6.

8) *Stig Jørgensen* i U 1963 B, p. 157 ff., specielt p. 168 f. og *samme*: Kontraktsret I, p. 170 ff. Sml. også *Guldberg* i SvJT 1953, p. 1 ff., og *Vahlén* i TfR 1953, p. 394 ff.

Stig Jørgensen medgiver dog i Kontraktsret I, p. 170, at den løsningsstruktur, som forudsætningslæren anviser på tvivlsomme udfyldnings-

tolkning forstået i videre forstand uden begrænsning til aftalens direkte ordlyd.[9] Det er med andre ord ikke aftalen, der skal fortolkes, men derimod hele *aftalesituationen*. Og hvor fortolkningen ikke rækker - d.v.s. hvor fortolkningen fører én dertil - må forpligtelsernes omfang findes uden for de anvendte udtryk ved hjælp af *udfyldning* med lovregler, sædvaner og almindelige retsgrundsætninger. Domstolene har her "en almindelig skønsmæssig adgang"[10] til at tage hensyn til, hvad der er "billigt".[11]

6.2. Undertiden anvendes udtrykket forudsætning blot i almindelig sproglig forstand, således at forudsætningsterminologien nærmest bare bliver et fremstillingsteknisk hjælpemiddel, der sammenfatter vurderingen af de relevante fortolkningsdata, jfr. nedenfor kapitel 5, pkt. 1, note 5. Kritikken retter sig imidlertid mod den her behandlede anvendelse af forudsætningsbegrebet i egentlig forstand, d.v.s. som udtryk for en selvstændig metode. Også her synes domstolene dog at bygge deres afgørelser på særdeles reale, retlige og pragmatiske grunde, sml. nedenfor pkt. 10, medens fiktionerne og de psykologiske gætterier kun findes i (ældre) dele af den juridiske teori. Den tætte sammenhæng, der altid har været mellem forudsætningslæren og fortolkningens metode, synes iøvrigt i sig selv at tage brodden af den skarpeste kritik, som fortolkningsteoriens fortalere retter mod forudsætningslæren for praktisk uanvendelighed, sml. straks nedenfor pkt. 7.

---

og fortolkningsproblemer, kan have en vis vejledende betydning i praksis, selv om disse tilfælde kan klares uden brug af læren.

9) Se hertil fra tysk ret, nedenfor i kapitel 6, afsnit B, pkt. 3.

10) *Stig Jørgensen* i U 1963 B, p. 170. Hertil *Illum* i U 1971 B, p. 221 f.

11) *Vahlén* i TfR 1953, p. 407.

7. *Forudsætningslærens fortolkningselement.*

Det er ikke nogen ny opdagelse, at der er en sammenhæng mellem fortolknings- og forudsætningslæren.

Dommeren står ikke så frit som de kontraherende parter på aftaletidspunktet. Han må tage sit udgangspunkt i den nu foreliggende aftale,[1] hvorved der ganske naturligt indflettes et *fortolkningselement* selv i en forudsætningsbedømmelse. At forudsætningslæren må tage sit udgangspunkt i en udlægning af løftet eller i en fortolkning, blev gjort klart allerede af *Windscheid* - lærens skaber.[2] De fortolkningsdata, *Windscheid* opererede med, er ligesom i nyere retsdoktrin ikke blot selve erklæringens ordlyd, men *hele aftalesituationen*, idet "der Voraussetzungswille ... kraft einer über den unmittelbaren Gehalt der Willenserklärung hinausgehenden Auslegung angenommen werden darf", d.v.s. "aus den Umständen, im besonderen aus dem Tun oder Unterlassen der beteffenden Person, geschlossen wird".[3]

Det er formentlig endda i denne fortolkende udfindelse af selve forudsætningerne, at *Windscheids* "skjulte"[4] relevanskriterium ligger gemt.[5] At ikke alle væsentlige forudsætninger var retligt relevante for *Windscheid*, udtalte han som nævnt selv, jfr. ovenfor pkt. 1. En Reichsgericht-dom, der afviste at operere med "einer beliebig gesetzten sogenannten Voraussetzung", forsvarede *Windscheid* sig imod under anbringende af, at retten her kæmpede mod et fantom, det selv havde opfundet, og han fortsatte under anvendelse af fortolkningsterminologien: "Es handelt sich um *eine Voraussetzung*,

---

1) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 209.

2) Jfr. *Windscheid* i AcP, bd. 78, p. 161 ff., f.eks. p. 163, 166; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 375 ff., f.eks. p. 377, 379.

3) Jfr. *Windscheid* i AcP, bd. 78, p. 181, jfr. p. 168; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 392, jfr. p. 381. Sml. også *samme*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 287.

4) Sml. ovenfor pkt. 1 ved note 4 ff.

5) Hertil *Holmbäck*: Studier i förutsättningslärans terminologi, p. 115 ff.

die nach den Regeln der Auslegung als gewollt objectiv und subjectiv erkannt werden kann"[6] (min udhævning).

Ussing læser *Windscheid* l.c. derhen, at relevanskriteriet indlægges i *kendelighedskravet*.[7] Heri ses imidlertid ingen realitetsforskel. I denne sammenhæng må det også fremhæves, at *Lassen* antog eksistensen af en relevant individuel forudsætning, "når det ifølge individuel *fortolkning* af løftet under henblik på de omstændigheder, hvorunder det afgives, måtte være *kendeligt* for løftemodtageren, at forudsætningen var løftegiverens bestemmelsesgrund ..."[8] (mine udhævninger).

Ikke alene den almindelige forudsætningslære, men også de lovfæstede ugyldighedsregler kan sammenkobles med fortolkningslæren. Aftl. § 32, stk. 1 opfattede *Lassen* som en almindelig fortolkningsregel (og derigennem som en forudsætningsregel).[9] Aftl. § 33, som *Stang* tog udgangspunkt i for sin nedenfor behandlede lære om synbare viljesmangler, knyttes i de *svenske* motiver helt explicit sammen med aftalens fortolkning.[10]

Hos *Stang* opfattes forudsætningen som et fortolkningsmiddel i meget høj grad, og - skriver han - "i denne funktion udtømmer vistnok dens retslige virkning sig".[11] Andetsteds hos *Stang* hedder det om forholdet mellem læren om fortolkning/udfyldning og forudsætningslæren, at "den siste er jo et hjelpemiddel for den første og går op i den".[12] Dette er vel i realiteten det synspunkt, der senere er udtrykt i den så-

---

6) Jfr. *Windscheid* i AcP, bd. 78, p. 197; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 405.

7) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 43.

8) *Lassen* i TfR, 1895, p. 292.

9) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 116 f. jfr. p. 368 f.

10) Jfr. NJA II. 1915, p. 264.

11) Jfr. *Stang*: Om Vildfarelse og dens Indflydelse, p. 66.

12) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 487.

kaldte fortolkningsteori, som er omtalt ovenfor pkt. 6. Medens *Windscheid* og *Lassen* så fortolkningen som et udgangspunkt eller et hjælpemiddel for forudsætningslæren, er afhængighedsforholdet i *Stangs* og den senere fortolkningsteoris øjne det stik modsatte. Dette forklarer, at medens den svigtende forudsætning hos de førstnævnte måtte stilles lige med en ugyldighedsgrund og bevirke ugyldighed, kunne den svigtende forudsætning hos *Stang* netop *ikke* få denne effekt, da forudsætningen for ham alene var relevant for udlægningen af aftalens indhold. Hvis en aftale p.g.a. svigtende forudsætninger ikke kunne gennemtvinges efter sin ordlyd, var den efter *Stangs* terminologi blot "uvirksom", og denne "uvirksomhed" beroede på *indfortolkning* af en klausul med dette indhold i aftalen.[13)]

Det skal imidlertid holdes for øje, at forudsætningslærens fortalere jo ikke har opgivet fortolkningen eller underordnet den forudsætningslæren totalt. Kan en rimelig løsning indlægges i selve aftalen, vil det ofte være det naturligste, og her er forudsætningstilhængerne sågar parat til at lade fortolkningen benytte sig af forudsætningsmæssige kriterier. Når *Ussing* f.eks. henviser til, at *fortolkningen* blandt de omstændigheder, der må tages i betragtning, særlig må tilstræbe en løsning, der bedst tilgodeser parternes tilkendegivne *formål* samt de *interesser*, som efter parternes tilkendegivelser eller almindelig menneskelig erfaring bærer aftalen,[14)] så kan dette næppe forstås anderledes. En kendsgerning er det da også, at *retspraksis* foruden at anvende forudsætningsterminologien ved statuering af ugyldighed tillige i vidt omfang lægger forudsætningssynspunkter til grund for aftalers fortolkning.[15)]

---

13) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 476 note 5, 484 note 20; *samme* i TfR. 1930, p. 95.

14) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 425. Hertil også *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 88. Se iøvrigt om fortolkning i forhold til forudsætning *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 38 f.

15) Se nedenfor kapitel 5, pkt. 1.

8. Nærmere om forudsætningsbegrebet.

8.1. Anstødsstenen for de forfattere, der som anført ovenfor pkt. 6 anser forudsætningslæren for "fiktiv" eller "urealistisk", er, at læren kommer til anvendelse, selv hvor der ikke kan tales om en forudsætning som en positiv psykologisk realitet, og at den derfor angiver vildledende kriterier for den praktiske retsanvendelse. Det skal da også medgives, at selv *Ussing* forsøger sig med, hvad der *kan* læses som en "konstruktiv" og næppe psykologisk holdbar forklaring på, hvorledes forudsætningsbegrebet kan omfatte også de *uforudsete* forhold: "Den der afgiver et løfte, går mere eller mindre ubevidst ud fra (forudsætter), at der ikke er sket eller vil ske noget unormalt, der hindrer løftets opfyldelse".[1] Dette er dog ikke et afgørende synspunkt for *Ussing*, men blot et argument i en debat med andre forfattere, der ville holde spørgsmålet om virkningen af senere ændringer udenfor forudsætningslæren bortset fra de tilfælde, hvor løftegiveren klart har tilkendegivet en bestemt forudsætning om fremtiden.[2]

Ussings forudsætningslære er imidlertid hverken begrænset til eller primært søgt opbygget på kontraktsparternes *positive* forestillinger om eller forventninger til bestemte forhold.

Medens *Windscheid* opererede med et snævert psykologisk forudsætningsbegreb, nemlig som en "selbstbeschränkung des Willens" eller en "unentwickelte Bedingung",[3] medregner *Ussing* også de tilfælde, hvor løftegiveren ikke har gjort sig

---

1) *Ussing*: Aftaler, p. 460.

2) Først og fremmest *Arnholm*: Almindelig Obligasjonsrett, 1947, p. 102 f., og *Illum* i Servitutter, 1943, p. 242 note 14; jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 475. Selv om en udtalelse i samme retning kan læses hos *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 106, er argumentet om antagelse af det "normale" (der ikke ses i 1. udgave af Aftaler) formentlig hentet fra *Kr. Andersens* indlæg i denne diskussion i SvJT 1944, p. 638. *Kr. Andersen* må dog - som *Ussing* - læses således, at han reelt bygger på *manglende* positive forudsætninger om de "rette" forhold. (Sml. fra tysk ret nedenfor kapitel 6, afsnit B, pkt. 1, note 4.)

3) Jfr. *Windscheid*: Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung, p. 1; *samme*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 282. Sml. *Lassen*: Alm. Del, p. 121 f.

sin stilling til en anden eventualitet klar, og løftemodtageren heller ikke kan have nogen begrundet opfattelse af, hvorledes løftegiveren ville stille sig dertil, således at spørgsmålet *slet ikke kan siges reguleret i aftalen.*[4] Når det siges, at en kontrahent "går ud fra", at sagen forholder sig på en bestemt måde, eller kontraherer under en bestemt forudsætning, er det *karakteristiske* for denne situation ifølge *Ussing*, "at den handlende *ikke har taget stilling* til spørgsmålet, om han vil være bundet, også hvis sagen forholder sig på en anden måde. Han har *ikke dannet sig en vilje for det tilfælde*, at den ene af de to muligheder skulle indtræde"[5] (mine udhævninger).

Det generelt karakteristiske for forudsætningsbegrebet er "en mangelfuld erkendelse (viden) hos den handlende".[6] Dette kan som nævnt foreligge i form af *manglende bevidsthed* om de korrekte og relevante forhold, således som de er eller vil indtræde,[7] eller det kan foreligge i form af en *usikkerhed*, hvis man erkender, at der er flere muligheder, man ikke med 100 % sikkerhed kan udelukke, men alligevel stoler på én af de foreliggende muligheder som korrekt.

Karakteriseret på denne måde kommer forudsætningsbegrebet og -læren naturligt også til at omfatte den psykologisk set "ubetingede" vilje.

---

4) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 4 f., 17 f.; *samme*: Aftaler, p. 459 f.

5) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 17. Hertil *samme*: Aftaler, p. 474.

6) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 16.

7) I modsætning hertil definerede *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 474, 477 f., en forudsætning som "en forestilling av større eller mindre bestemthet", der skal eksistere "om et faktisk forhold ... altså *en tro*". Et *sådant* forudsætningsbegreb vil, når man dog samtidig som *Stang* anerkender en "ubevidst" forudsætning, forestilling eller tro, kunne angribes som psykologisk fiktiv. Ligeledes *Stang*: Om Vildfarelse og dens Indflydelse, p. 60; *samme* i TfR, 1930, p. 92 note 55. Se derimod i overensstemmelse med *Ussing* nyere norsk teori hos *Augdahl*: Den norske Obligasjonsretts almindelige del, 4. udg. 1972, p. 145.

8.2. Ved at karakterisere forudsætningen *negativt* ved den *manglende viden* om, hvad der er sket, sker eller vil ske, i stedet for en (urigtig) positiv forestilling eller forventning om et bestemt forhold, bygges principielt videre på det samme begrebsapparat, som ses i den ældre romanistiske *vildfarelseslære*. Således hedder det hos *Savigny*, hvis sondring mellem "ægte" og "uægte" vildfarelser, formentlig har ligget til grund for *Windscheids* opstilling af en *forudsætningslære*: "Das Wesentliche jedoch in diesem zustand ist blos *der Mangel der wahren Vorstellung*, welcher sich *auch in der Gestalt blosser Bewusstlosigkeit* über disen Gegenstand zeigen kann, ohne dass eine bestimmte andere Vorstellung an die Stelle der Wahren tritt";[8] og et andet sted: "*Der Mangel richtiger Vorstellung* von einem Gegenstand lässt sich auf zweierlei Weise denken: entweder als blosse Bewusstlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung welche die Stelle der Wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir *Unwissenheit*, den sweiten *Irrthum*. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist est gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht. Bei unsren Juristen ist der zweite gebräuchlicher, weil der Irrthum häufiger als die blosse Unwissenheit bei Rechtsverhältnissen in Betracht kommt"[9] (mine udhævninger).

Også hos *Windscheid* tales om "Irrtum" (i betydningen "Irrtum im Beweggrunde") som "der Mangel der wahren Vorstellung von dem zustand der Dinge" hvorunder også indbefattes "Irrtum als Unwissenheit"; dette definerede han dog i tilknytning til de positive forestillinger, nemlig som at "alle Vorstellung von dem Zustande der Dinge [mag] fehlen".[10]

---

8) *Savigny*: System des heutige Römischen Rechts III, p. 111.

9) *Savigny*: System III, p. 326. Hertil også *Gjelsvik*: Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse på Retshandlers Gyldighed, p. 28.

10) Jfr. *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 210 med note 1.

I nugældende tysk ret, hvor der som omtalt nedenfor i kapitel 6 hersker en decideret vildfarelseslære til forskel fra en forudsætningslære, er *Savignys* vildfarelsesbegreb opretholdt: "Irrtum ist die *unbewusste Unkenntnis von wirklichem Sachverhalt*".[11)]

De romerske og romanistiske begreber *error* (Irrtum) og *ignorantia* (Unwissenheit) modsvares i forudsætningslæren af urigtige *bevidste* forudsætninger og urigtige *ubevidste* forudsætninger. Ligesom det retligt afgørende også i error-tilfældene er den forekommende ignorantia om de virkelige forhold, er det retligt afgørende for såvel bevidste som ubevidste forudsætninger ligeledes en eventuel manglende rigtig opfattelse af forholdene.[12)]

8.3. Som det vil være fremgået, rummes imidlertid i karakteristikken af forudsætningen som en mangelfuld erkendelse eller viden[13)] ikke alene uvidenhed eller totalt *manglende refleksion* over den eventualitet, der viser sig (at blive) aktuel; der rummes *til forskel* fra vildfarelseslæren ligefuldt en *uvis refleksion* herover. Dette er aktuelt, når løftegiveren er på det rene med, at hans viden er for mangelfuld til en fuldstændig kortlægning af kontraktsforholdets forløb, men handler i tillid til eller troen på, at hans forestillinger eller forventninger holder stik. Der hjemles i forudsætningslæren med andre ord principiel adgang for hensyntagen til forandringer i forhold til løftegiverens forestillinger eller forventninger, som han i større eller mindre grad har *indset muligheden* af. Dette fremhæves af *Illum* som et intenderet modtræk overfor den gængse forudsætningslære;[14)] men forholdet medtages helt stringent under *Ussings* forudsætningsbegreb.[15)]

---

11) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. 1978, p. 83.

12) Jfr. *Holmbäck*: Studier i förutsättningslärans terminologi, p. 61.

13) Ovenfor note 6.

14) Jfr. *Illum* i U 1946 B, p. 122; *samme*: Udvalgte artikler, p. 147 f.

15) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 150 f.; *samme*: Aftaler, p. 475 f. Heroverfor afvisende *Anna Christensen* i TfR, 1973, p. 312 ff., 482 ff.

Faktisk skriver også dette forholds medtagelse under forudsætningsbegrebet sig helt tilbage til *Windscheid*, der afviste, at en forudsætning skulle være betinget af en *overbevisning* om rigtigheden af det forudsatte ("eine Ueberzeugung von dem ... Sein des Vorausgesetzten"). Derimod var ifølge *Windscheid* "eine voraussetzung sehr wohl denkbar bei einem Zweifel über dieses Sein".[16)]

Kun hvor løftegiveren direkte forudser, hvad der senere vil ske eller afdækkes, er forudsætningsbegrebets rammer sprængt.[17)] I andre tilfælde vil løftegiverens forhold til sådanne omstændigheder "kun" influere på risiko- eller relevansspørgsmålet. Holder man sig dette meget vide begrebsindhold klart, er det næppe berettiget at tale om, at forudsætningslæren leder den praktiske retsanvendelse på vildspor eller afskærer afgørende inddragelse af almindelige retsgrundsætninger eller bredere hensigtsmæssighedsbetragtninger.

8.4. Opstår der en uforudset situation eller en situation, som løftegiveren har kontraheret i tillid til ikke ville indtræde, er det parternes interesser i og holdning til *denne* situation, når den alligevel indtræder, der er retligt relevant for risikofordelingen, og ikke deres holdning til den forestilte situation, der ikke kom til at svare til virkeligheden.

---

16) Jfr. *Windscheid*: Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung, p. 8.

Det er næsten begrebsnødvendigt for *Windscheid*, at den omstændighed, som forudsætningen relaterer sig til, af løftegiveren opfattes eller ville opfattes som i hvert fald til en vis grad *tvivlsom*. Som anført af *Lenel* i AcP, bd. 79, p. 51, og senere også *Stang*: Om Vildfarelse og dens Indflydelse, p. 61, må en forudsætning, for at den vil kunne "udvikles" til en betingelse i overensstemmelse med *Windscheids* forudsætningsbegreb (jfr. ovenfor ved note 3), netop angå et forhold, som løftegiveren ikke anser for sikkert. Den forudsætning hvis holdbarhed han er overbevist om, ville han aldrig anse det for nødvendigt at gøre til en udtrykkelig betingelse.

17) Hertil *Ussing*: Aftaler, p. 475 f.

Tror L at købe en maskine af mærket F, medens maskinen i virkeligheden viser sig at være af mærket X, er det retligt relevante ikke, at hans positive forestillinger gik på en F-maskine, men derimod at de *ikke* gik på den X-maskine, der aktuelt er tvistens genstand. At L med *Ussings* terminologi *ikke* havde "regnet med" X-eventualiteten er ingen fiktion, men en psykologisk realitet.[18)]

Om anvendelsen af termen "forudsætning" i denne negative forstand stemmer med almindelig sprogbrug,[19)] er ikke nødvendigvis så afgørende for den retlige hensigtsmæssighed.[20)]

8.5. Skal vi resumere de forskellige psykologiske bevidsthedsstadier, som *den romerske og romanistiske vildfarelseslære* har anset det for relevant at sondre imellem, fås følgende:

ignorantia	-	*error*	-	scientia
(uvidenhed)		(vildfarelse)		(viden)

Som anført ovenfor pkt. 8.2. er det retligt virkende moment i begge de to første tilfælde den ubevidste uvidenhed om de rigtige forhold.

Ser vi på *forudsætningslæren*, indskyder denne imidlertid sin egen særlige kategori og sondrer imellem:

uvidenhed	-	vildfarelse	-	*uvished*	-	viden
(urigtige, ubevidste forudsætninger)		(urigtige, bevidste forudsætninger)				

Forudsætningslæren er således en *udbygning* af den romanistiske vildfarelseslære, som er omtalt i forrige kapitel, pkt. 4. Den medtager de samme muligheder for aftaleregulering, men den er samtidig mere end blot en vildfarelseslære. Kendeteg-

---

18) Jfr. *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 327 f.

19) Dette antages ikke af *Ussing*: Aftaler, p. 460; men derimod *Kr. Andersen* i SvJT 1944, p. 638.

20) Jfr. *Augdahl*: Den norske obligasjonsretts almindelige del, 4. udg., p. 146.

nende for forudsætningslæren i forhold til den ældre vildfarelse er, at området for et formaliseret billighedsskøn udvides, idet der åbnes mulighed for at tillægge den bevidste uvished eller tvivl relevans. (Hertil kommer naturligvis hele området for bristende forudsætninger).

"Forudsætningsspørgsmålet opstår, når der fremkommer oplysninger om forhold, der har betydning for parternes interesse i kontraktens uforandrede opretholdelse, uden at man bør kræve, at nogen af dem har svævet i en vildfarelse eller [ikke!] har regnet med muligheden af forandring".[21)]

At der kan være brug for noget andet eller mere end en vildfarelseslære, viser bl.a. vildfarelsesdoktrinerne i fremmed ret og udviklingen af disse.[22)] Dette "mere" skal kunne fungere som en "sikkerhedsventil" for aftaler, der iøvrigt er eller udvikler sig urimeligt.[23)] Dette var klart også *Windscheids* tanke. Medens *Windscheids* modstandere alene kunne fremkomme med en generel og intetsigende henvisning til billighed som begrundelse for flere af deres resultater, mente *Windscheid* imidlertid at have leveret "einen bestimmten Grund für die hier massgebende Billigkeitserwägung der Rechtsordnung". *Windscheid* forkastede i sin lære ikke på nogen måde et billighedsskøn; han forsøger netop i erkendelse af en sådan afgørende billighedsovervejelses tilstedeværelse i retsorde-

---

21) *Illum* i U 1946 B, p. 122; *samme*: Udvalgte artikler, p. 148.

22) Se herom nedenfor i kapitel 6.

23) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 473-475. *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 311 ff. og 482 ff. definerer forudsætningsbegrebet anderledes end her og vil kun lade forudsætningslæren være anvendelig, når løftegiveren overhovedet ikke har tænkt på eller i hvert fald aldeles har udelukket muligheden for, at forholdene kan være anderledes end forudsat, og hun kan derfor argumentere for, at forudsætningslæren *alene* dækker over regler om vildfarelser, d.v.s. en vildfarelseslære.

nen at begrunde og normere den retligt.[24] I tidens ånd *måtte* denne begrundelse formuleres subjektivt. F.s.v. er forudsætningslæren forløberen for den meget brede retlige standard, der i nyere tid har vundet stærkt frem - til dels på bekostning netop af forudsætningslæren.[25]

24) *Windscheid* i AcP, bd. 78, p. 180 f.; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 391.

25) Se videre nedenfor i kapitel 4.

9. *Nærmere om kendelighedskriteriet.*

9.1. Den negative fastlæggelse af forudsætningsbegrebet (uvidenhed om de rigtige forhold) samt medtagelsen af den bevidste usikkerhed må reelt få visse konsekvenser for det *kendelighedskrav*, der traditionelt opstilles i forudsætningslæren.

Windscheid, der jo definerede forudsætningen positivt,[1] knyttede naturligt nok i sin udformning af læren kendelighedskravet til den positive (faktiske) antagelse eller forventning om et bestemt forhold, som løftegiveren måtte have.[2] Hvis vi imidlertid fastholder, at forudsætningsbegrebet nu generelt kendetegnes ved en mangelfuld erkendelse af forholdene, må et eventuelt krav om kendelighed også referere sig til den *negative* omstændighed, at den rette opfattelse af forholdene muligvis *ikke* har dannet grundlag for løftegiverens kontraktsmæssige beslutninger.

Hvor et krav om kendelighed opstilles, er det motiveret i et hensyn til løftemodtageren derved, at denne bør have haft mulighed for at indrette sig på risikoen for, at forudsætningssvigtet tillægges retlig betydning.[3] Indsigt i, at hans retserhvervelse er udsat for fare, vil løftemodtageren imidlertid også kunne siges at have overalt, hvor det er eller burde være klart for ham, at løftegiveren *ikke* har regnet med et forhold, der *kan* vise sig at være eller blive aktuelt - uden hensyn til hvilke positive antagelser eller forventninger, løftet bygger på.

---

1) Sml. *Windscheids* forudsætningsbegreb ovenfor pkt. 8 ved note 3.

2) Jfr. *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, p. 287.

3) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 108 f.

9.2. Der må imidlertid gøres så mange indskrænkninger i kendelighedskravet, at det med rette kan betvivles, om det overhovedet er dækkende at opstille et sådant krav som en almindelig regel.[4)]

Ussing vil således ikke kræve kendelighed af "forudsætninger, der sædvanlig ledsager løfter af den pågældende art", d.v.s. *typeforudsætninger*, og ej heller af "forhold, som lå helt udenfor løftegiverens tanker", d.v.s. *ubevidste forudsætninger*.[5)] "Lige så lidt som tilsagnsgiveren vil være sig alle sine forudsætninger bevidst, lige så lidt kan man forlange, at tilsagnsmodtageren skal blive klar over dem alle".[6)]

Hvor urigtige forudsætninger er kendetegnet ved, at løftegiveren *slet ikke har tænkt over muligheden* for, at bestemte forhold kan fratage ham interessen i at opretholde aftalen uforandret, således som tilfældet er ved de såkaldte "ubevidste" forudsætninger, er der naturligvis ikke noget *principielt* i vejen for at opretholde kendelighedskravet i relation hertil;[7)] men den *praktiske* realitet vil næppe blive en anden, idet man formentlig (som netop påpeget af *Ussing*) ikke vil statuere burde-viden hos løftemodtageren om forhold af betydning for løftegiveren, som denne selv ikke har skænket en tanke.

Holder vi os derimod til den "bevidste" forudsætning, d.v.s. den positive vildfarelse (jfr. ovenfor pkt. 8.5.), formulerer *Ussing* et kendelighedskrav i overensstemmelse med den negative begrebsfastsættelse: "Det er ligegyldigt, om til-

---

4) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 471.

5) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 472; jfr. *samme*: Bristende Forudsætninger, p. 103, 105 f., 107 f. Jfr. også *Lassen*: Alm. Del, p. 120 f.s.v. angår typeforudsætninger; men anderledes *Lassen*: Alm. Del, p. 121 om kendelighed af "ubevidste" forudsætninger som viljesbegrænsning.

6) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 105.

7) Sml. *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 484.

sagnsmodtageren ikke kan udfinde, hvad det er for en forestilling, tilsagnsgiveren har; det er nok, at han kan indse, at tilsagnsgiveren ikke har den rette forestilling (ikke ved rigtig besked)".[8)]

Herudover omfatter forudsætningslæren som nævnt tilfældene af bevidst *uvished*, der ikke har noget modstykke i vildfarelseslæren. I relation til denne uvished vil et negativt kendelighedskriterium, forstået som en krævet ond tro om, at den rette opfattelse muligvis ikke er lagt til grund, imidlertid være uden selvstændig betydning. I *relevanskriteriet* (risikobedømmelsen) vil nemlig ligge det *yderligere* krav, at løftemodtageren skal (bør) have indset uvisheden, d.v.s. muligheden eller risikoen for forudsætningssvigt, *i mindst samme grad som løftegiveren*. Det er altså ikke nok, at løftemodtageren hér bør indse, at en mulig eventualitet ikke er lagt til grund af løftegiveren, dersom han med større føje end løftegiveren har afvist at regne med denne mulighed - således typisk hvor løftemodtageren har ringere grundlag end løftegiveren for at vurdere forholdet og risikoen. I det omfang et krav om kendelighed eller synbarhed indgår i en bredere relevans- eller risikobedømmelse, må det opstilles *relativt* og afvejes i forhold til begge parters muligheder for at vurdere risikoen for et forudsætningssvigt.[9)] Det er f.s.v. denne tanke, *Ussing* er inde på ovenfor ved note 6, men han ses ikke klart at følge konsekvensen op med specielt henblik på uvishedssituationen.

---

8) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 106.
(Det samme fremhæves af *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 497 i relation til kendelighedskriteriet i aftl. § 32, stk. 1 om *erklæringsvildfarelser*).

9) Se videre relevansbedømmelsen nedenfor pkt. 10 omkring note 13.

10. Afsluttende om relevanskriteriet og dommerskønnet.

10.1. Spørgsmålet om begrænsning af aftalerisikoen har selvfølgelig betydning i enhver nogenlunde udviklet retsorden; men dermed er det jo ikke givet, at man alle steder har fået øjnene op for problemet i dets fulde omfang.[1] Man er begyndt med at opstille specielle regler for visse iøjnefaldende vildfarelsestilfælde, og de større europæiske civillovbøger kan med føje siges at være blevet stående herved. Siden blev udviklingen ikke mindst videreført gennem hensyntagen i retspraksis til almindelig billighed eller rimelighed i den konkrete retsanvendelse. *Windscheid* forsøgte imidlertid at sætte disse hensyn i system samtidig med, at han tilstræbte en *forøgelse* af de retligt relevante forudsætninger, sml. ovenfor pkt. 8.5.

Udgangspunktet for eller formålet med forudsætningslæren var *den konkrete retfærdighed*. Dommeren skulle forsynes med et *hjælpemiddel*, "mit dem er in zahlreichen Fällen die Anforderungen seines Gerechtigkeitsgefühls auf dem Wege juristischen Denkens befriedigen kann".[2] Læren er oprindelig udtryk for *en ny billighedstendens*, hvilket anerkendtes selv af *Ernst Møller*.[3] Valget mellem den oprindelige subjektivistiske og den senere objektivistiske lære blev sågar af *H. Munch-Petersen* udlagt som en stillingtagen til det gamle grundproblem i retten, om "retfærdighed i enkeltafgørelsen" eller "sikkerhed i den almindelige retsudøvelse" var at foretrække, idet det dog samtidig pointeredes, at dette valg aldrig kan blive et enten-eller.[4]

---

1) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 32.

2) Jfr. *Windscheid* i AcP, bd. 78, p. 197; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 405.

3) Jfr. *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 294.

4) Jfr. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 89.
Sml. om retlige standarder, nedenfor i kapitel 4, pkt. 3, ved note 7 ff.

Hensigten med eller tendensen i den subjektive forudsætningslære var derfor også "al ære værd" (*Ernst Møller*); men parternes hypotetiske vilje var og er ikke et egnet afgørelseskriterium. Retsordenen må ved kontraktens supplering eller korrektion i de her omhandlede tilfælde tværtimod i vidt omfang søge at abstrahere fra parternes eventuelle over- og underlegenhedsforhold.[5)]

Som anført under pkt. 8.4. må risikofordelingen endvidere ske ud fra den *aktuelle* situation, som er indtrådt. Et relevant moment blandt flere er her parternes holdning ud fra deres kontraheringsposition til denne situation. Selv om parterne efter omstændighederne kan antages at have indset denne situation som en *mulighed*, kan de - hvis man skal tale om en forudsætning i den ovenfor definerede forstand - imidlertid ikke have *regnet* med den. Selv om dette kan være et moment i risikobedømmelsen, kan man derfor ikke sige, at situationen er reguleret i parternes aftale, der tager sigte på en anden eventualitet.

Ved vurderingen af en forudsætnings relevans vil *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 78-79, lægge afgørende vægt på, om den pågældende forudsætning af løftegiveren har været *overvejet* optaget i kontrakten som vilkår, men kun har været bragt på bane som en "føler" og trukket tilbage igen af frygt for, at den anden part enten ville afholde sig fra at kontrahere eller dog kun gøre det på ændrede vilkår. Hvis løftegiveren således afstår fra at insistere på forudsætningens optagelse i aftalen som et vilkår af frygt for at bringe hele kontraktsafslutningen i fare, idet han antager, at der er rimelige chancer for, at forudsætningen holder stik,

---

5) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 62 f., *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 93 note 19, 231 ff., *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 54 med note 4; samt her ovenfor pkt. 3.

Dette ligger bl.a. også i nyere teoretiske fremstillingers fordring om risikofordeling ud fra en *regel* i videst muligt omfang - eller nærmere bestemt ud fra parternes *gennemsnitlige interesser* i tilfælde af den pågældende *art*, jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 436 f., 463 f., 467 ff., *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 176.

FAL § 6, hvorefter forsikringsselskabet frigøres for ansvar, når forsikringstageren giver urigtige oplysninger (uden for § 4- og § 5-situationer), og selskabet ikke kan antages at "ville have overtaget forsikringen, om det rette forhold havde været oplyst", er f.s.v. en hypotetisk forudsætningsbedømmelse; men det er også her klart, at der lægges afgørende vægt på branchens almindelige praksis, og at reglen kun finder anvendelse på en usædvanlig eller betydelig forøget risiko.

skulle forudsætningen herefter "som overvejende hovedregel" frakendes relevans. *Ussing*: Aftaler, p. 431 (nr. 5), vil derimod normalt kun opfatte kontraktens tavshed om et spørgsmål, som en part under forhandlingerne forgæves har forsøgt afgjort ved en vedtagelse til sin fordel, som udtryk for at parterne har ladet spørgsmålet stå åbent, således at følgen må blive den samme, som hvis spørgsmålet slet ikke var blevet rejst. *Fr. Vinding Kruse*, der primært ville udfylde en aftale subjektivt i parternes ånd, jfr. Ejendomsret II, p. 760 ff., 767 f., vil måske endda være tilbøjelig til at antage, at *berøringen* af en forudsætning under kontraktsforhandlingen sandsynliggør forudsætningens relevans, jfr. l.c., p. 759 f.

I U 1963.429 Ø fandtes det at være sælgerens/løftemodtagerens risiko, at han trods løftegiverens/køberens omtale af en bestemt begivenhed som forudsætning for aftalen undlod at bringe på det rene, hvorvidt han var villig til at sælge på dette vilkår.

10.2. Forudsætningslæren kan også i den objektive version med sine vage kriterier let give indtryk af, at dommeren i sin afgørelse om aftalens gyldighed reelt skønner helt frit. Aftalelovens motiver afkræfter ikke denne formodning: "Efter gældende ret i de nordiske lande tilkommer det i tilfælde, hvor den erklærende, kendeligt for den anden part, ved erklæringens afgivelse gik ud fra en vis forudsætning, domstolene efter deres *frie skøn* at afgøre om det efter viljeserklæringens indhold kan antages, at den erklærende har lagt en sådan vægt på forudsætningens tilstedeværelse eller indtræden, at han ikke bør være bunden, hvis den viser sig urigtig eller brister, og overhovedet om den erklærende eller den anden part efter forholdets beskaffenhed bør bære risikoen for forudsætningens rigtighed eller indtræden. *At begrænse friheden i dette dommerskøn ved angivelse af enkelte arter af forudsætninger som relevante kunne der formentlig ikke være tale om*"[6] (mine udhævninger). Aftalekommissionen afstod udtrykkeligt fra at kodificere forudsætningslærens relevanskriterium. I modsætning til (i princippet) væsentligheds- og kendelighedskriterierne er det nok så afgørende relevanskriterium ikke st spørgsmål om faktum, men et spørgsmål om vurdering af,

6) Udkast til Lov om Aftaler, p. 77.

hvad der er retfærdigt[7] eller simpelthen *et risikospørgsmål*.[8]

Den afgørelse, dommerne ud fra forudsætningssynspunkter skal træffe, er dog ikke bare henvist til et helt frit og konkret skøn, lige så lidt som det ensidigt kan udledes af parternes oplevelse af situationen i aftaleøjeblikket. Den baserer sig, hvor aftalen er uklar eller ufuldstændig, i høj grad på *retlige kriterier*. Forudsætningsterminologien dækker ofte over "udfyldning" fra forholdets natur eller "almindelige overvejelser".[9]

Forudsætningslæren har som påpeget haft og har formentlig i nogen grad stadig en vigtig rolle ved fordelingen af aftalerisikoen. Selv om fortolknings- og forudsætningssynspunkter givet overlapper hinanden og også i vidt omfang er udtryk for samme grundidé, vil der næppe heller i dag være noget vundet ved helt at opgive den indarbejdede forudsætningsterminologi. Fordi forudsætningsbegrebet eventuelt forkastes som fiktivt, forsvinder dermed ikke de reale, praktiske hensyn, som derigennem har søgt deres udmøntning, og en henvisning til fortolkningslæren i stedet giver ikke nødvendigvis altid klarere udtryk for opgaven.[10] Det drejer sig ikke om at klargøre eller afgrænse rækkevidden af en ordlyd og f.s.v. heller ikke om en ren udfyldning af et oprindeligt hul i aftalen, idet man ikke kan se bort fra, at parterne her *har forsøgt* at bestemme aftaleindholdet på det punkt, hvor der er "slået hul" på aftalen p.g.a., at visse af forudsætningerne herfor viste sig at have været urigtige.[11] At nægte forudsætningslæren

---

7) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 116.

8) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 113.

9) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 475, 472. Hertil også *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 200 ff. og 207 ff.

10) Jfr. *Spleth* i U 1974 B, p. 245.

11) Skal man ind på en fortolkningsterminologi her, er det måske rettere at tale om *korrigerende fortolkning*, hvilket vil sige en *rettelse* i kontrakten. Se således tysk ret nedenfor i kapitel 6, afsnit B, pkt. 3, bl.a. ved note 13 og 14, og især *Larenz*: Geschäftsgrundlage und

værdi som selvstændigt begrundelsesmønster til fordel for en fortolkningsløsning, vil være at skifte saddel uden at skifte hest. I begge tilfælde må kræves aftaleretlig opmærksomhed *også* overfor *motivforholdet* ved retshandler, og forudsætningssynspunkterne vil leve videre i fortolkningsvirksomheden. "Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein".[12)]

10.3. Ved indkredsningen af relevanskriteriet synes det dog vanskeligt at opstille mere specifikke regler for, hvilken betydning nye oplysninger om forhold, der influerer på parternes interesse i kontrakten, skal have for denne. Herved må man i vid udstrækning forlade sig på retskulturen og -traditionen.

Om fordelingen af "aftalerisikoen" på dette grundlag kan der næppe generelt siges andet, end at løftegiveren som udgangspunkt selv må bære risikoen for forudsætninger om personlige forhold samt i det hele taget forhold, han bedre end løftemodtageren har mulighed for at vurdere eller forudse.[13)]

Visse af løftegiverens forudsætninger er løftemodtageren uvedkommende, uanset om han kender dem eller ej. En klart uvedkommende forudsætning er herefter spekulantens (åbenlyse) forudsætning om, at den vare, han køber, vil stige i pris. Her står sætningen om "egen risiko for egne forudsætninger" klippefast i retspraksis.[14)] Grænsen mellem sådanne forudsætninger og de aftalen vedkommende forudsætninger kan imidler-

---

Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, p. 166, og *samme*: Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1976, p. 269.

12) *Windscheid* i AcP, bd. 78, p. 197; *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 406. Se fra retspraksis om forudsætningssynspunkter i fortolkningen, nedenfor i kapitel 5, pkt. 1, note 5.

13) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 468 f.

14) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 119 f. med henvisninger i note 8.

tid være vanskelig at trække i praksis.[15] Omvendt må nok løftemodtageren bære risikoen for svigtende forudsætninger, dersom han *bevirker* svigtet med viden eller burde-viden om forudsætningen.[16]

Den konkrete afgørelse må imidlertid ofte udledes ved en afvejning af parternes modsatrettede interesser i henholdsvis at blive løst fra aftalen og at se den opfyldt. Selv om en "væsentlig" forudsætning svigter for løftegiveren, kan hans interesse i at blive løst fra aftalen alligevel gradueres over en lang, glidende skala, såvel som ulempen for løftemodtageren ved løftets ikke-opfyldelse kan variere.[17] Men i afgørelsen vil givetvis også blive inddraget såvel samfunds-pragmatiske som normative hensyn og kriterier.

Denne risikovurdering bliver let et udtryk for, hvad den *almindelige retsfølelse* tilsiger dommeren som den rigtige afgørelse i det enkelte tilfælde, selv om udgangspunktet må tages i *aftalen*. Heri ligger blot, at risikoen skal fordeles efter, hvad der for en *retlig* betragtning findes *retfærdigt og billigt* ud fra de *konkrete hensyn og interesser*, der gør sig gældende i kontraktsforholdet.

Dette ses i ældre fremstillinger formuleret således, at dommeren skal prøve som en "god, forstandig og med retsli-

---

15) I U 1976.640 H synes man at være gået meget vidt i retning af at tilskrive et forudsætningssvigt løftegiverens egne forhold. Ved køb må køberens forudsætninger om hans muligheder for at fremskaffe kapital eller financieringsmåder ganske vist som udgangspunkt være hans "egne" i den nævnte forstand, jfr. f.eks. U 1951.831 Ø; men hvor et *lånetilbud* fra Byggeriets Realkreditfond som i den førstnævnte sag fremlægges af sælgeren under salgsforhandlingerne, er dette resultat særdeles tvivlsomt. Se derimod U 1980.255 V, der statuerer tilsikring, idet sælgeren bl.a. ved fremlæggelse af detaljeret *financieringsplan* havde givet køberen "rimelig grund til at gå ud fra", at de betingede månedlige indbetalinger på en terminskonto ville kunne dække alle prioritetsydelser.

16) Se således U 1970.314 H, U 1970.906 V og U 1977.124 H. Sml. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 99 f. samt p. 83 note 97.

17) Se hertil *Taxell* i JFT 1949, p. 155 f., især p. 157.

vets tarv fortrolig" mand at træde i parternes sted, hvorved det afgørende må siges at blive, hvad dommeren ville fastsætte, dersom han skulle forfatte aftalen i parternes sted[18] - dog vel at mærke med den viden om forholdene og udviklingen, han *nu* er i besiddelse af,[19] og med en vis ikke nøjere defineret hensyntagen til almindelige samfundsmæssige interesser.[20] I denne formulering ligger imidlertid en underkendelse af det spillerum for aftalefriheden, der trods alt vil rummes - tidligere endda i endnu højere grad end nu - selv i et retfærdigheds- eller billighedskrav, idet dommerens opfattelse af en bestemt kontraktsaffattelse som den rimeligste ikke nødvendigvis fører ham til at tilsidesætte en anden affattelse som ubillig. Men en nærmere generel fastlæggelse af kriterierne for dommerens skøn kan kun ske i altfavnende og lidet vejledende vendinger.[21]

Hermed ender dommerens opgave imidlertid trods en historisk betinget anderledes formulering med ikke at blive vanvittig praktisk forskellig fra den opgave, han idag stilles ved at skulle udfylde de brede aftaleretlige standarder eller generalklausuler som især aftl. § 36.[22] Selv om forudsætningslæren, som det anføres i kritikken heraf, ikke i sig selv giver noget stort bidrag til løsningen af problemet om *hvilke*

---

18) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 62 f., 208 f.; samt *Gjelsvik*: Vildfarelsens indflydelse, p. 63 f., *Ussing* l.c., p. 209, anfører, at dommeren må gå ud fra det faktum, at tilsagnet nu en gang er givet "og så søge at udfinde, hvad der er den fornuftigste og billigste løsning".

19) Det urigtige i udelukkende at træffe afgørelsen ud fra den situation, der forelå ved løfteafgivelsen, påpeges explicit af *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 209 ff., jfr. p. 63 f.

20) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 211 f., *samme*: Aftaler, p. 436 f. Hertil også *Bentzon*: Begrebet Vis Major i romersk og nordisk ret, 1890, p. 313, *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 54 note 4, *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 88, 93 note 19 og 231 f., *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 475 f. med note 4, jfr. p. 447.

21) Sml. *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 79 f.

22) Nærmere herom nedenfor i kapitel 4.

forudsætninger, der er relevante, kan det vel næppe heller påstås, at der er større umiddelbar hjælp at hente i aftl. § 36's urimelighedskriterium - eller for den sags skyld i fortolkningslærens regler for udvælgelse og brug af fortolkningsdata. Der er tale om retlige redskaber med store anvendelsesmuligheder, som man vel i dag er enige om ikke at kunne leve foruden. Heller ikke forudsætningslæren har på noget tidspunkt haft et én gang for alle fastslået indhold, men har - så godt som nogen standard eller generalklausul - tilpasset sig i overensstemmelse med ændringerne i den almindelige retsopfattelse.

Ifølge *Augdahl* har norsk retspraksis altid uanset al forudsætningsteori stort set ladet følgende være afgørende: "Hvad er *in concreto det rimelige og rettferdige?*",[23] og den norske praksis skiller sig næppe herved ud fra den danske. Det pointeres dog samtidig, at afgørelsen ikke må blive "en almisse", som man deler ud "av medynk med løftegiveren" eller som "belønning for dyd og edel dåd".

---

23) *Augdahl*: Den norske obligasjonsretts almindelige del, 4. udg., p. 149.

KAPITEL 3

VILDFARELSEN OG DEN GODE TRO

A. Den nyere vildfarelseslære.

1. Indledning.

Som nævnt ovenfor er forudsætningslæren udviklet fra den ældre romanistiske vildfarelseslære og fremstår nu nærmest som en almindelig, retlig billighedsregel for det tilfælde, at en af parternes interesser i et kontraktsforhold ikke bliver rimeligt tilgodeset. I den konkrete anvendelse af forudsætningslæren er det skønsmæssige element i denne lære dog i nogen grad bearbejdet og systematiseret, således at der kan siges at have dannet sig fastere regler for visse typesituationer.

I nyere tid har man imidlertid - påny - søgt at udskille vildfarelsen til selvstændig behandling. Især har *Fredrik Stang* forfægtet en lære om synbare vildfarelser. Med udgangspunkt i begreberne *vildfarelse* og *god tro* skal derfor den nærmere fastlæggelse af kriterierne for en aftaleregulering i og omkring en sådan nyere vildfarelseslære diskuteres.

Selve anvendelsen af en vildfarelsesterminologi skal dog på dette tidspunkt i høj grad ses som historisk betinget. Begreber som vildfarelse, forudsætning og god tro er indarbejdet i såvel retsvidenskaben som retsanvendelsen, men må ikke forlede til at tro, at de praktiske løsninger udspringer alene af parternes "vilje" eller individuelle hensigter og forventninger. Selv om der også ofte vil indbroderes en bebrejdelse mod løftemodtageren i en ugyldighedsbegrundelse, sker dette ud fra mere eller mindre objektiverede kundskabs- el-

ler oplysningsnormer, og der vil i mange af disse tilfælde reelt være tale om en egentlig *risikofordeling* ud fra bredere hensigtsmæssighedsbetragtninger, således som det også klart er kommet frem i den nyeste retsudvikling.

Ved en sådan bedømmelse må der tages hensyn til *arten* af de omstændigheder, der aktualiserer bedømmelsen, såvel som til de omstændigheder, der i *den konkrete situation* betinger tvistens opståen - herunder mere eller mindre objektiverede krav til parternes "agtsomhed" i relation til de interesser, der danner grundlag for aftalen. Det sidste kan efter omstændighederne opfattes som et forsøg på *styring* af aftaleparters kontraheringsadfærd.

Formuleringen af problemet som en *risikoafvejning* forekommer ikke mindre berettiget, hvor der lægges afgørende vægt på, hvorledes vildfarelsen er *opstået*; se straks nedenfor pkt. 2 om den "fremkaldte" vildfarelse. Undertiden fordeles risikoen tillige rent objektivt alene ud fra en bedømmelse af aftalens *følger*, ifald den fastholdes.

Den formelle hjemmel vil forventeligt nu ofte søges i aftl. § 36,[1] som de i dette kapitel fremlagte overvejelser danner en glidende overgang til, men denne regels vide rammer overflødiggør ikke en nøjere teoretisk fastlæggelse af kriterierne. Aftl. § 36 er endvidere ikke en egentlig afløser for, men derimod en udbygning af de tidligere eksisterende ugyldighedsgrunde, hvorfor disse fortsat vil være vejledende såvel i sig selv som til indføring i aftl. § 36.

---

1) Se herom nedenfor i kapitel 4.

2. *Den fremkaldte vildfarelse.*

2.1. Når løftemodtageren ved en særlig, positiv optræden - typisk fremsættelse af urigtige oplysninger - har indgivet løftegiveren en forestilling, der viser sig ikke at svare til virkeligheden, og herved har *fremkaldt* løftet, er det generelt antaget, at løftet i hvert fald må være ugyldigt, når løftemodtagerens adfærd kan betegnes som culpøs, og han burde have indset, at hans adfærd eller oplysninger var vildledende og bestemmende for den anden part.[1] Dette kan ofte støttes direkte på aftl. §§ 30, 31 eller 33.

Når løftemodtageren uagtsomt har fremkaldt en vildfarelse, vil han som oftest også indse, at løftet er fremkaldt af vildfarelsen. Men også hvor dette ikke er tilfældet, antages løftemodtagerens uagtsomme vildfarelsesfremkaldelse at være ugyldighedsgrund, når blot løftemodtageren burde indse, at hans adfærd eller oplysninger kunne virke bestemmende, jfr. f.eks. U 1931.1079 V. Dette sammenholdt med, at ikke enhver synlig vildfarelse ubetinget vil føre til ugyldighed,[2] gør det af betydning at fremdrage *uagtsom vildfarelsesfremkaldelse* som selvstændig ugyldighedsgrund.[3]

Kun hvor løftegiveren selv uagtsomt medvirker til at skabe vildfarelsen, eller hvor han burde indse urigtigheden eller usikkerheden af de vildførende oplysninger, løftemodtageren uagtsomt fremkommer med, kan løftet efter omstændig-

---

1) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 140; *Ussing*: Aftaler, p. 181 f. med henvisninger i note 53, *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 151. Endvidere *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, 2. uppl., p. 88. Jfr. U 1914.532 LOHS, Jur. D. 1946.38, U 1956.802 H, U 1957.578 SH, U 1962.733 Ø, U 1969.634 U, U 1974.265 Ø, U 1977.876 V.

2) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 122 med henvisninger i note 17; *samme*: Aftaler, p. 161 og p. 179 med note 44 smh.m. p. 141. Se endvidere herom nedenfor pkt. 5.

3) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 182; enslydende *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 152. Sml. fra forsikringsretten FAL § 6.

hederne alligevel blive bindende.[4)]

2.2.1. Uagtsom fremkaldelse af en væsentlig vildfarelse fra løftemodtagerens side er imidlertid ikke blevet betragtet som nogen absolut betingelse for vildfarelsens ugyldighedsvirkning. Også når løftemodtageren *uden uagtsomhed har fremkaldt* løftet ved vildledende adfærd eller urigtige oplysninger, og han indså eller burde indse den bestemmende karakter af sin adfærd eller sine oplysninger, antages løftegiveren - dog stadig med den ovenfor note 4 nævnte modifikation - ifølge den fremherskende doktrin som hovedregel ikke bundet.[5)]

Dette resultat *kan* opfattes som blot en simpel følge af den gængse forudsætningslære, der alene fordrer væsentlighed, kendelighed om væsentligheden samt relevans, hvilken sidste betingelse er opfyldt ved, at det er rimeligst at lægge risikoen for rigtigheden af løftemodtagerens oplysninger på løftemodtageren selv.[6)]

Det må i hvert fald pointeres, at der ikke af løftemodtageren som betingelse for denne retsvirkning kræves nogen burde-viden om oplysningernes og dermed om løftegiverens for-

---

4) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 125; *samme*: Aftaler, p. 182. Jfr. U 1968.194 Ø, U 1922.142 H. Aftalens opretholdelse i U 1966.321 V må forklares ud fra en manglende anerkendelse af de urigtige oplysningers væsentlighed.

5) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 182 f.; *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 608; *Arnholm*: Lærebok i Avtalerett, p. 257 f. med norsk praksis; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 152. Se hertil U 1914.441 LOHS, U 1925.125 V, U 1927.810 Ø, U 1930.721 V, U 1934.672 H, U 1946.375 H, U 1953.621 Ø, U 1953.932 Ø, U 1969.882 H (smh.m. U 1958.257 H), U 1970. 666 V. Sml. om skuffede *forventninger* U 1976.763 Ø. Det kan dog næppe udelukkes, at en uagtsomhedsbedømmelse implicit har spillet ind i visse af disse domme.

Se også *Lassen*: Aml. Del, p. 140 f. med henvisninger i note 7, smh.m. p. 255 f. med note 21, der vil kræve retsstridighed, d.v.s. en objektiv fare/nytte-afvejning.

6) Sml. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 125 med henvisninger i note 26.

Før forudsætningslæren nåede man til samme resultat ud fra en opfattelse af denne løftefremkaldelse som "objektivt retstridig", jfr. *Goos*: Alm. Retslære II, 1892, p. 327-328.

udsætningers urigtighed. Den nævnte burde-viden refererer sig her alene til, hvad der i forudsætningsterminologien kaldes bestemmelses- eller væsentlighedskriteriet, mens den opregnede retsvirkning *ikke* betinges af noget subjektivt forhold til *rigtigheden* af de fremkaldte, bestemmende opfattelser hos løftegiveren. (Se derimod nedenfor pkt. 3).

2.2.2. Dele af nyere litteratur har imidlertid sat spørgsmålstegn ved berettigelsen af, at løftegiveren skulle kunne kræve sig løst fra løftet, selv om løftemodtageren ikke har gjort sig skyldig i nogen uagtsomhed med hensyn til rigtigheden af de af ham givne oplysninger eller udviste adfærd.[7] *Ussing* anfører til fordel for reglen, at den formentlig kraftigere end culpareglen tilskynder til agtpågivenhed med hensyn til oplysninger, der bestemmer den anden part til at afslutte aftalen.[8] *A. Vinding Kruse* mener derimod ikke, at præventionshensynet kan bære reglen; og at reglens godkendelse skulle medføre, at kontraktsparter ville strenge sig mere an, turde ifølge *A. Vinding Kruse* være skrivebordsjura.[9] At løftemodtageren altid skulle være den nærmeste til at bære risikoen for sine oplysningers rigtighed, afviser *A. Vinding Kruse* at acceptere som et realt argument. Der må i større udstrækning inddrages samfundsmæssige hensigtsmæssighedsbetragtninger, og der bør i vidt omfang ses på de konkrete omstændigheder, inden man tager stilling til risikoproblemet.[10] Selv om *A. Vinding Kruse* ikke vil

---

7) Især *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, 4. udg., p. 75-78. Derimod opretholdes den Lassen-Ussingske lære hos *Jørgen Hansen*: Sælgerens ansvar for skade forvoldt af ting med farlige egenskaber, 1965, p. 105 f., 110 f., samt som nævnt hos *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 151 f.

8) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 182.

9) Jfr. *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 76.

10) Jfr. *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 77. Se hertil *Thøger Nielsen* i U 1955 B, p. 241 ff.
Det kan hertil føjes, at reglen i hvert fald fraviges i forsikringsretten f.s.v. angår forsikringstagerens urigtige oplysninger i

opgive at inddrage en uagtsomhedsvurdering, hvor løftemodtageren har fremkaldt løftet ved urigtige oplysninger, mener han dog, at der utvivlsomt bør udvises stor strenghed i kravet til agtpågivenhed, og at løftemodtageren i øvrigt kun i sjældne undtagelsestilfælde bør blive fritaget for, at der drages konsekvenser af hans handlemåde.[11] Den praktiske forskel til den Lassen-Ussingske lære svinder derfor gevaldigt ind. Hvad *Ussing* opstiller "vistnok som hovedregel"[12] vil *A. Vinding Kruse* opretholde som "en vejledende sætning".[13] Så går *Illum* faktisk videre. Om "blotte faktiske udtalelser" skal have betydning for aftalen, bør nemlig ifølge *Illum* "måske afhænge af et frit skøn".[14]

Som det fremhæves af flere, kan spørgsmålet om betydningen for aftalen af blotte oplysninger eller positiv optræden af "enuntiativ" karakter iøvrigt opfattes som et problem om "garantiansvar" i udvidet og f.s.v. også "uegentlig" forstand. Spørgsmålet bliver da, hvornår eller under hvilke omstændigheder løftegiveren *med føje kan antage*, at løftemodtageren *indestår* for, at en bestemt omstændighed foreligger eller vil foreligge.[15]

---

god tro, jfr. FAL § 5, stk. 1, og hertil *Lyngsø*: Dansk Forsikringsret, 3. udg., p. 70 ff., hvilket måske kunne tale for også i andre aftalerelationer at anlægge en mere differentieret vurdering. I forsikringsretten antages løftegiveren (selskabet) at bære risikoen for, at løftemodtagerens (forsikringstagerens) oplysninger er rigtige, blot løftemodtageren har handlet uden uagtsomhed - dog at han pålægges en oplysningspligt, når han efterfølgende kommer i ond tro.

11) Jfr. *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 75.

12) *Ussing*: Aftaler, p. 182.

13) *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 78.

14) Jfr. *Illum* i U 1954 B, p. 321. I Forelæsninger over almindelig formueret, p. 80, synes *Illum* dog principielt at gå ind for løftegiverens frigørelse i denne situation.

15) Jfr. *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, 2. uppl., p. 89 f., og herhertil *Ussing*: Aftaler, p. 389. Se også *Gomard*: Forholdet mellem Erstatningsregler, 1958, p. 336 ff.
I øvrigt har problemet om urigtige oplysningers betydning for aftalen især været fremme i den køberetlige *mangelslære*; jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 507; *Ussing*: Køb, p. 124; *Almén*: Om köp och byte av lös

Jørgen Hansen synes at kaste *Ussings* modifikation - "som hovedregel" - overbord og pålægge en kontrahent risikoen for rigtigheden af ethvert udsagn, han fremsætter, og som virker bestemmende på den anden part.[16] Dette er dog næppe holdbart. *A. Vinding Kruse* vil modsat udvide *Ussings* modifikation. I det omfang undtagelses- og skønsmuligheden øges, bør man dog nok forsøge at opstille visse retningslinher. *Illums* frie skøn er ikke tilfredsstillende. Rimeligt er nok som hos *Karlgren* at lade løftemodtageren bære risikoen for rigtigheden af oplysninger eller enuntiativ optræden, som angår forhold på denne parts side - herunder først og fremmest hans egen præstation og brugeligheden af denne.[17] Herudover spiller især parternes kendelige sagkyndighed på området ind. Udsagn eller oplysninger må iøvrigt have en vis *bestemt og præcis karakter*, for at medkontrahenten berettiget kan lægge dem til grund uden nærmere undersøgelser.

Fra retspraksis kan nævnes U 1970.666 V, der meget godt illustrerer problematikken, selv om man dér vælger en ophævelses- i stedet for en ugyldighedsbegrundelse: A havde, efter fra et varmeværk F at have modtaget overslag over udgifterne ved levering af fjernvarme til sin ejendom, indgået en 25-årig kontrakt herom med F. Da det efter tilslutningen

---

egendom, 4. uppl., p. 573 f., jfr. p. 594; *Hasle og Nebelong*: Løsørekøb II, 1949, p. 244 f., jfr. p. 255; *Vahlén*: Formkravet vid fastighetsköp, p. 333, 353; *Rodhe*: Obligationsrätt, 1956, p. 226; *Augdahl*: Den norske obligasjonsretts almindelige del, 4. udg., p. 175; *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 78; *Jørgen Hansen*: Sælgerens ansvar, p. 102-111; *Gomard*: Nøddeskal I, p. 24 ff.; Bet. 845/1978 om forbrugerkøb, p. 26 ff., samt nu kbl. § 76, stk. 1, nr. 1. Urigtige oplysninger i f.eks. en salgsopstilling vil efter omstændighederne også kunne opfattes som en tilsikring og begrunde erstatningsansvar, jfr. f.eks. U 1980.756 U.

16) Jfr. *Jørgen Hansen*: Sælgerens ansvar, p. 104, 105.

17) Jfr. *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 93.
Vahlén: Formkravet vid fastighetsköp, p. 360 f., vil i højere grad differentiere efter oplysningernes art.

viste sig, at A's radiatorsystem ikke på økonomisk forsvarlig måde kunne anvendes til fjernvarme uden en bekostelig og geneforvoldende ændring, ansås A berettiget til at ophæve kontrakten med F, idet det bemærkedes, at A med føje måtte kunne stole på, at det af D ved tegningen givne overslag var nogenlunde holdbart. Dommen præciserer, at løftegiveren A *ikke* i højere grad end løftemodtageren F måtte antages at have haft *mulighed for at bedømme* anlæggets anvendelighed til fjernvarme og henset hertil *ikke* var blevet *henvist til at søge oplysning* andet relevant sted *eller gjort opmærksom på*, at *risikoen* for anlæggets egnethed påhvilede ham selv.[18)]

Lyngsø synes at ville opfatte dette forhold som *uagtsom* fremkaldelse af en motivvildfarelse hos løftegiveren.[19)] Dette kan have nogen støtte i sagens fakta, men præmisserne synes dog snarere at fremtræde som en *ren risikoafvejning*, hvorved den part, der fremskaffer relevante oplysninger antages at bære risikoen for disses rigtighed, dersom der ikke med føje kan gås ud fra, at oplysningsmodtageren selv ville være bedst til at fremskaffe oplysningerne eller bedømme deres holdbarhed, eller dersom oplysningsgiveren ikke udtrykkeligt fralægger sig risikoen for oplysningernes holdbarhed. At oplysningsgiveren/løftemodtageren må antages at have været klar over oplysningernes faktiske betydning ("bestemmende") for kontraktens indgåelse, må antages lagt implicit til grund.

2.2.3. At urigtige oplysninger, uanset giverens subjektive forhold hertil, for at tillægges betydning i denne forbindelse *faktisk* må have været *af betydning* for aftalen, er

---

18) I U 1979.144 H frakendtes et løfte retligt forbindende virkning bl. a. fordi en omstændighed, der udgjorde en afgørende forudsætning for løftegiveren, men som ikke lod sig realisere, var "stillet i udsigt" af løftemodtageren.

19) *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 191 note 116: "...overskridelsen [af overslaget] skyldes forhold, som værkmesteren har forudset eller burde have forudset...".

et simpelt kausalitetskrav. I U 1968.194 Ø opretholdtes aftalen således trods den til grund for aftalen liggende annonces ukorrekte oplysninger, da der ikke dermed fandtes at være skabt nogen vildfarelse eller urigtige forudsætninger hos køberen/løftegiveren. Se måske også U 1966.321 V. U 1979.168 H, hvor der procederedes på, at en kautionsforpligtelse var underskrevet under en af modtageren "fremkaldt urigtig forudsætning", kan tilsvarende læses som udtryk for manglende *væsentlighed* ved denne vildfarelse, idet den omhandlede aftale i realiteten ikke stiftede en ny forpligtelse for kautionisten, men blot trådte i stedet for en anden kautionsforpligtelse, som ikke forpligtede i mindre omfang eller iøvrigt indebar en ringere risiko for kautionisten. Landsretten udtaler, at den nye aftale på trods af de manglende oplysninger "ikke kan udelukkes også at have været i kautionisternes interesse", medens Højesteret lægger vægt på, at den manglende underretning om de pågældende forhold ikke fandtes at kunne medføre en forøgelse af kautionisternes risiko.

Det er principielt løftegiveren, der har *bevisbyrden* for vildfarelsens væsentlighed, undtagen hvor løftemodtageren har handlet direkte svigagtigt, jfr. aftl. § 30, stk. 2; men beviskravet er varierende og i det hele taget næppe strengt, hvor vildfarelsen skyldes urigtige oplysninger fra løftemodtageren, der generelt er *egnet til* at påvirke kontraheringsinteressen, sml. fra mangelslæren kbl. § 76, stk. 1, nr. 1 ("kan antages at have haft betydning").[20)]

2.2.4. Se tilsvarende om "negligent misrepresentation" og "innocent misrepresentation" i engelsk ret,[21)] hvor det

---

20) Jfr. Bet. 845/1978, p. 27 f. Se også NRt 1969.572, hvor den, der fremkom med mangelfulde oplysninger, blev pålagt bevisbyrden for, at de ikke havde virket motiverende for den anden part.

21) F.eks. hos *Chitty* on Contracts I, p. 156 ff., 182 ff.

tidligere var sådan, at misrepresentation overalt hjemlede adgang til at træde tilbage fra kontrakten. Retten hertil ved "innocent misrepresentation" støttedes på equity. Siden "the Misrepresentation Act" fra 1967 er det imidlertid (bortset fra svigstilfælde) i domstolenes magt at anlægge en mere individuel og konkret bedømmelse, og der er opstillet visse grænser for adgangen til at træde tilbage fra en kontrakt - gældende for alle tilfælde af misrepresentation. Det er dog stadig den *almindelige regel*, at retsmidlet mod misrepresentation overalt er frigørelse ("rescission") fra kontrakten.

For køberettens vedkommende indeholder engelsk ret også i the Sale of Goods Act, sec. 13 jfr. sec. 55, - som ændret ved the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 - regler om betydningen af sælgerens beskrivelse af salgsgenstanden i forbrugerkøb, der stort set svarer til vores kbl. § 76, jfr. § 77.

3. Den kendelige vildfarelse.

3.1. Efter at have konstateret, at der til ugyldighed af en viljeserklæring, der er bestemt af en af løftemodtageren fremkaldt vildfarelse, ikke nødvendigvis kræves nogen viden eller blot burde-viden om vildfarelsen, vendes spørgsmålet nu om: Bevirker løftemodtagerens onde tro om løftegiverens vildfarelse, at løftet ikke bliver bindende, selv om vildfarelsen ikke grunder sig i urigtige oplysninger fra løftemodtagerens side eller i hans forhold i iøvrigt?

Selve formuleringen af dette spørgsmål, d.v.s. overhovedet at opstille *den kendelige vildfarelse* som emne for en selvstændig behandling, har ikke altid været anerkendt. *Jul. Lassen* valgte således at behandle det hele under forudsætningslærens tre kriterier - vildfarelsen i bevæggrunden behandledes simpelthen som en urigtig forudsætning (med tryk på "forudsætning"), der i overensstemmelse med den subjektive forudsætningslære til ugyldighed krævede kendelighed af forudsætningens væsentlighed samt relevans i form af en hypotetisk dom om, at løftegiveren kendeligt ville have villet anderledes under ændrede omstændigheder. Den subjektive lære blev som nævnt angrebet af *Ernst Møller* og *Ussing*, der ville objektivere forudsætningslærens relevanskriterium. Men *Fredrik Stang*[1] opstillede en selvstændig lære, hvorefter *den synbare vildfarelse* formelt *udskiltes* fra forudsætningslæren og dennes kriterier - specielt relevanskriteriet. *Stangs* lære kan dog nærmest siges at *svare til* en forudsætningslære, der indrømmer enhver synbar viljesmangel eller vildfarelse relevans.

Efter aftalelovens vedtagelse centrerede striden sig ikke mindst om de foreliggende lovfæstede ugyldighedsregler og deres tolkning. *Stang* tog udgangspunkt i og mente at kunne

---

1) Jfr. fra *før* aftaleloven *Stang*: Om vildfarelse og dens Indflydelse efter Norsk Privatret paa en Retshandels Gyldighed, 1897; *samme* i TfR 1905, p. 312 ff. og 346 ff.; *samme*: Fra spredte retsfelter I, 1916, p. 36 ff. og 71 f.; *samme*: Norsk Formueret I, 1911 § 40.

støtte sin lære på den da mest vidtgående "opsamlingsbestemmelse" i aftl. § 33.[2)]

Lassen afviste med udgangspunkt i forudsætningslæren *Stangs* regel.[3)] *Lassen* mente ikke, at det generelt bør være nok til løftets uforbindende karakter, at løftemodtageren *burde* kende selv en afgørende vildfarelse, ligesom meget af det, der efter almindelig sprogbrug kan betegnes som en mangel ved løftegiverens vilje, er retligt irrelevant, selv om løftemodtageren kender eller bør kende en sådan mangel, hvilket også indrømmes i *Stangs* lære. Herefter behøves et yderligere kriterium til præcisering af *hvilke* "mangler", der medfører ugyldighed, når de er kendelige (synbare) og et sådant leverer læren ifølge *Lassen* ikke. Herved bliver læren såvel terminologisk misvisende som uoplysende. Dersom læren søges identificeret med aftl. § 33's regel og kriterier, er det også misvisende, idet kendelig viljesmangel medfører ugyldighed i mange tilfælde, der ikke omfattes af § 33. Læren er ifølge *Lassen* så uklar, fordi den ikke er underbygget med en tilstrækkelig fremstilling af den almindelige forudsætningslære.[4)] Det var imidlertid netop *Stangs* ambition at opstille en vildfarelseslære principielt uafhængig af og uden for forudsætningslæren.[5)]

Lassens totale afvisning af *Stangs* vildfarelseslære hænger sammen med den subjektive karakter af hans forudsætningslære, hvorefter kun ond tro om den bestemmende forudsætnings egenskab af "viljesbegrænsning" anerkendtes som relevant ugyldighedsgrund på linje med en viljesmangel baseret på en vildfarelse som efter aftl. § 32, stk. 1 - d.v.s. kendelig mangel

---

2) Jfr. fra *efter* aftaleloven *Stang*: Nogen fremskridtslinjer i den nordiske fælleslovgivning paa formuerettens omraade, 1926, p. 43 ff., *samme* i TfR 1930, p. 51-134, og *samme*: Innledning til Formueretten, 3. udg. 1935, § 45.

3) *Lassen*: Alm. Del, p. 141 f., 143 ff.

4) Jfr. i det hele *Lassen*: Alm. Del, p. 144.

5) Se f.eks. *Stang* i TfR 1930, p. 91 ff., 113 ff.

af vilje i en given eller hypotetisk situation, og ikke blot kendelig mangel *ved* løftegiverens vilje.[6] Det var ifølge denne lære ikke tilstrækkeligt - men altså heller ikke nødvendigt - at løftemodtageren kendte eller burde kende selve vildfarelsen (forudsætningens *urigtighed*). I bemærkningerne fra den danske aftalelovkommission, som *Lassen* var formand for, kan således også med tydelig adresse til formanden for den norske parallelkommission *Fredrik Stang* læses, at "forsåvidt angår tilfælde, hvor kundskaben refererer sig til en vildfarelse hos den erklærende, vil forholdet i almindelighed være det, at erklæringen ifølge de almindelige regler om urigtige forudsætningers indflydelse er ugyldig, selv om den anden part ikke havde nogen kundskab om vilfarelsen, når det blot var kendeligt for ham, at erklæringen var båret af den pågældende forudsætning".[7]

3.2. Senere retslitteratur har i forbindelse med forkastelsen af relevanskriteriet som subjektivt og hypotetisk ikke været så utilbøjelig som *Lassen* til at indrømme, at den kendelige vildfarelse også *generelt* i højere grad, end hvor blot selve forudsætningen er kendelig, taler for ugyldighed. *Ussing* anfører med en vis modifikation,[8] at stærke grunde taler for at frigøre løftegiveren i tilfælde, hvor løftemodtageren burde have indset, at løftet var fremkaldt af en vildfarelse,[9] og det samme gør *Illum*.[10] *A. Vinding Kruse* mener, at *Stangs* regel om synbare vildfarelser kan opstilles som "et vejledende princip", der dog i det enkelte til-

---

6) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 143 f.

7) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 75.

8) Sml. nedenfor pkt. 4 ved note 28.

9) *Ussing*: Aftaler, p. 178 f. smh.m. *samme*: Bristende Forudsætninger, p. 10, 121, 123.

10) *Illum*: Forelæsninger over almindelig formueret, 4. udg. 1963, p. 80.

fælde kan tænkes opvejet af modstående hensyn.[11] *Stig Jørgensen* udtrykker nok en vis betænkelighed ved at statuere ugyldighed i alle tilfælde, hvor løftemodtageren kun burde indse en vildfarelse, men synes alligevel at tilslutte sig en sådan lære "som hovedregel"[12] - ligesom det andetsteds udtales, at også anden kendelig vildfarelse end erklæringsvildfarelsen efter aftl. § 32, stk. 1 "i almindelighed" vil gøre erklæringen ugyldig.[13]

Anna Christensen går meget videre og vil omforme hele forudsætningslæren til en vildfarelseslære meget efter engelsk og tysk mønster.[14] Også *Anna Christensen* mener, at "ensidiga väsentliga misstag", der er synbare (kendelige) for medkontrahenten, ofte turde tages i betragtning uden videre.[15] Medens *Ussings* lære alene går ud på de situationer, hvor løftegiveren kendeligt for løftemodtageren ikke har den rette opfattelse af forholdene,[16] foreligger der ifølge *Anna Christensen* også en synbar vildfarelse, når løftemodtageren blot indser en *risiko* herfor.[17] Dette indebærer dog næppe nogen reel forskel fra *Ussings* lære, idet kendelighedskriteriet her udstrækkes til også at omfatte tvivlssituationer.[18]

---

11) Jfr. *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 75.

12) Jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 150 f.

13) *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 144.

14) Jfr. *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 311 ff. og 482 ff.

15) *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 498.

16) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 106, jfr. p. 121 ff. Sml. ovenfor kapitel 2, pkt. 9 ved note 8.

17) Jfr. *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 498 note 26.
Ad diskussionen om forudsætningsbegrebet i forrige kapitel skal det noteres, at *Anna Christensens* forudsætningsbegreb og -lære, som hun vil lade afløse af en vildfarelseslære, *ikke* som *Ussings* forudsætningsbegreb omfatter *løftegiverens uvished*, jfr. *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 313.

18) *Ussing*: Aftaler, p. 160, præciserer udtrykket "burde indse" til også at omfatte "burde nære tvivl", når det med en sådan tvivl i sindet ikke vil stemme med "tro og love" uden videre at tilegne sig løftet uden at søge tvivlen fjernet ved at spørge. Som det sidste må

3.3. Hjemlen til ugyldighed p.g.a. kendelig vildfarelse (error in motivis) er som nævnt hentet i *aftl.* § *33.*[19] Motivvildfarelse omfattes ikke af reglen i aftl. § 32, stk. 1, der kun omhandler vildfarelse omkring erklæringens *indhold*, når dette ved en fejltagelse ikke fremtræder i overensstemmelse med hensigten. Den teoretiske *begrundelse* for som hovedregel også at tillægge andre kendelige vildfarelser end erklæringsvildfarelse relevans er imidlertid søgt hentet i *grundsætningen i aftl.* § *32, stk. 1.*

Aftl. § 32, stk. 1 er en svag ugyldighedsgrund, hvorefter en uoverensstemmelse mellem løftegiverens vilje og hans viljeserklæring bevirker løftets ugyldighed, dersom løftemodtageren indså eller burde indse at en sådan uoverensstemmelse forelå. Uoverensstemmelsen kan være opstået ved en simpel fejlskrift eller iøvrigt være udtryk for, at løftegiveren svævede i vildfarelse m.h.t. erklæringens indhold eller indholdsmæssige betydning. Omfattet er eksempelvis også simple fortalelser samt fejllæsninger af tilrådte acceptforslag.

Hvor et løfte, selv om det vel har fået det tilsigtede indhold, er fremkaldt af en vildfarelse i bevæggrunden, kan der da også anføres gode grunde for, at ugyldigheden principielt næppe bør betinges af andre subjektive krav, end der stilles til løftemodtageren, hvor der foreligger viljesmangel ved en erklæringsvildfarelse. I begge tilfælde har løftegiveren ikke villet det, som fremgår af løftet, i begge tilfælde er der tale om erkendelse af en vildfarelse, og ugyldighedsgrunden i aftl. § 32, stk. 1 tvinger under alle

---

også læses *Lassen*: Alm. Del, p. 76, jfr. 106, der tale om "grundet mistanke", hvilket udtryk også anvendes i Udkast til Lov om Aftaler, p. 92. Se videre nedenfor pkt. 4 og 5.

19) Dansk retspraksis statuerede dog øjensynlig meget tidligt ugyldighed i tilfælde af kendelig motivvildfarelse, jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, p. 261 med omtale af Højesterets dom fra 1804.

omstændigheder løftemodtageren til en vis agtpågivenhed.[20] Iøvrigt vil der forekomme situationer, der ikke med nogen materiel begrundelse kan placeres som enten motivvildfarelse eller viljesmangel.[21]

Selv i tilfælde hvor man principielt og teoretisk holdbart kan indlægge en sondring mellem viljesmangel og motivvildfarelse, vil der ofte opstå situationer, hvor det er særdeles vanskeligt eller umuligt for løftemodtageren at afgøre, om der er tale om det ene eller det andet, og hvor en materiel forskellig løsning alene baseret på (kendelighed af) fejltagelsens *art* derfor ikke vil være hensigtsmæssig. Det klassiske eksempel herpå er den situation, hvor løftemodtageren får et tilbud og ud fra den opgivne pris kan og bør indse, at der må foreligge en fejl, men ikke har mulighed for at vurdere, om der er tale om en ren skrivefejl, eller om prisen beror på regnefejl eller tekniske fejl i den kalkule, hvorpå løftegiver baserer tilbudet.[22]

---

20) Se hertil *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 123, 173 f. og 176 ff.; *samme*: Aftaler, p. 160 og 178 f. jfr. p. 423 f.; *samme*: Alm. Del, p. 65 f.; *Stang* i TfR 1930, p. 122 (om *Ussing*); *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 144 f., dog tvivlende p. 119, 121 (videre nedenfor pkt. 5); *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 150 f. smh. m. p. 141 ff. og p. 197; *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 492-498; *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, 2. udg., p. 346 f.
Lassen: Alm. Del, p. 141-142 og 143-144, er ikke helt i overensstemmelse hermed. Se dog også nedenfor pkt. 4.3. Endvidere for svensk ret, en mere forsigtig *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 55 jfr. p. 65 ff., der imidlertid synes at nå samme resultat efter den almindelige forudsætningslære.

21) Se f.eks. eksemplet hos *Lassen*: Alm. Del, p. 116.

22) Se hertil *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 176 ff.; *samme*: Aftaler, p. 179 jfr. p. 160; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 144.
Ussing vil også kalde enhver vildfarelse hos den erklærende om indholdet af en viljeserklæring for en vildfarelse i bevæggrunden. Herved kommer aftl. § 32, stk. 1, til direkte at omfatte visse motivvildfarelser. *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 55 ff., opfatter også erklæringsvildfarelsen som et forudsætningstilfælde i vid forstand, hvor forudsætningens objekt blot udgøres af viljeserklæringens indhold; men har tør "ej utan vidare" anvende reglen i aftl. § 32, stk. 1, analogt på forudsætninger, hvis objekt ikke udgøres af viljeserklæringens indhold.

Afgørende for ugyldighedsbedømmelsen kan ikke være sondringen erklæringsvildfarelse (viljesmangel) contra motivvildfarelse, men derimod *hvilket grundlag løftemodtageren har* eller burde have *for at opdage* fejltagelsen. Hertil kan det så nok siges, at en vildfarelse, der ved almindelig fortolkning fremstår af erklæringen, i højere grad end tilfældet er for "tavse" forudsætninger og fejltagelser, bør kunne indses af løftemodtageren, og derfor også i højere grad bør bevirke ugyldigheden. En *praktisk* forskel vil så kunne ligge i, at viljesmangel som følge af en erklæringsvildfarelse nok oftere end en motivvildfarelse vil give sig håndgribeligt udtryk og dermed være kendelig. Dette afhænger dog nærmere af, hvilke agtsomhedsfordringer man vil indlægge i kravet til burde-viden; se nærmere nedenfor pkt. 4 og 5.

Sondringen er, som det vil være fremgået tidligere, romanistisk og bygger på viljesprincippet, hvorefter et løfte er bindende, så langt som løftegiveren i aftalesituationen har *villet* binde sig, men uafhængigt af viljens *bevæggrunde* eller omstændighederne iøvrigt. I *tysk* ret volder sondringen stadig kvaler ved udlægningen af BGB § 119, jfr. nedenfor kapitel 6, afsnit B, pkt. 1.

4. Den tidligere diskussion om den gode tro.

4.1. Godtrosbegrebet og relevansen af dette begreb skriver sig efterhånden en del år tilbage i tiden. *Ørsted* opererede med god tro som et begreb om "bona fides i ordets mest omfattende betydning",[1] og hans godtrosbegreb var - ligesom en hel del af dansk retslivs tankegang og terminologi fra midten af det 18. århundrede iøvrigt - romanistisk inspireret.[2] Fra det 18. århundrede synes dansk retspraksis også at have accepteret *bona fides*-betragtninger ved afgørelse af en kontrakts gyldighed.[3]

Ørsteds godtroskrav indebar - således som kravet stadig gør - at erhververen/løftemodtageren ikke havde haft nogen *mistanke* eller blot nogen "grundet anledning" til *tvivl* om retsgyldigheden,[4] hvilket igen krævede "ikke blot svigløshed, men også en i sig *velgrundet* mening om erhvervelsens lovlighed. Såvel uvidenhed eller fejltagelse om hvad der er ret, som en sådan fejltagelse i henseende til de faktiske forudsætninger, der *ved tilbørlig opmærksomhed* kunne have været undgået", udelukkede *bona fides* i den romerske rets såvel som i *Ørsteds* betydning (min udhævning).[5]

Ørsteds fastlæggelse af godtrosbegrebet eller bona fides-kravet fik særlig aftaleretlig betydning, fordi *Ørsted* samtidig introducerede den nu velkendte sondring mellem *stærke* og *svage* ugyldighedsgrunde ved, i tilfælde hvor et løfte var fremkaldt af tredjemands svig, at lade gyldigheden bero på, om løftemodtageren var "medvidende", hvilket efter det iøvrigt anførte må opfattes som en bona fides-betragtning, d.v.

---

1) Jfr. *Ørsted*: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed V, 1832, p. 134.

2) Jfr. *Ditlev Tamm*: Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab", 1976, p. 221 ff. Sml. også *Ørsted* selv, f.eks. i Haandbog IV, p. 327 ff.

3) Jfr. *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk Formueretspraksis, 1951, p. 163 ff, 256.

4) Jfr. *Ørsted*: Haandbog IV, 1831, p. 327, og Haandbog V, p. 134.

5) Jfr. *Ørsted*: Haandbog IV, p. 327, jfr. Haandbog V, p. 134.

s. et krav om god tro.[6)]

Det nugældende almindelige godtrosbegreb i betydningen *begrundet* god tro[7)] er tydeligvis et barn af *Ørsteds* "velgrundede mening". Udtrykt på en anden måde kræves til god tro i denne teknisk-juridiske forstand, at man ikke *"burde indse"* et bestemt forhold.[8)]

4.2. Som nævnt opstillede *Stang* før aftalelovens vedtagelse den lære, som han også efter aftaleloven fastholdt,[9)] at *enhver synbar viljesmangel* ved en aftale skulle medføre aftalens ugyldighed. Ved "viljesmangel" forstod *Stang* imidlertid ikke blot uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring, hvis kendelighed også viljesteoretikerne incl. *Lassen* ville belægge med ugyldighed ud fra aftl. § 32, stk. 1, men også andre fejl ved viljeserklæringen såsom vildfarelse i bevæggrunden. En "synbar" viljesmangel i hvert fald *burde* løftemodtageren have set; men spørgsmålet er så, hvorledes burdekriteriet nærmere afgrænses.

Stang så aftl. § 33 som et udtryk for sin lære om synbare viljesmangler.[10)] Aftl. § 32, stk. 1 og de øvrige "specielle" ugyldighedsregler anså *Stang* alene som specialfald af sin lære om synbare viljesmangler og som nærmest overflødige ved siden af § 33.

---

6) Jfr. *Ørsted*: Haandbog V, p. 101.

7) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 27 f. Hertil *Lassen*: Alm. Del, p. 76.

8) Dette udtryk bruges ofte i de positive lovbestemmelser, der kræver god tro, således aftl. §§ 11, stk. 1, 29, 30, 31, stk. 2, og 32, stk. 1, hvorimod aftl. §§ 11, stk. 2, 19, 28, 32, stk. 2, 34 og 35 taler om "god tro". At begreberne er synonyme ses klart af aftalelovens motiver, der uanset sprogbrugen i lovteksten anvender begreberne i flæng.

9) Ovenfor pkt. 3, note 1 og 2.

10) Jfr. *Stang*: Nogen fremskridtslinjer i den nordiske fælleslovgivning paa formuerettens omraade, 1926, p. 42 ff. jfr. p. 27 ff.; *samme* i TfR 1930, p. 51 ff., 76, 94. *Lassen* derimod så også aftl. § 33 som et udtryk for den almindelige forudsætningslære.

Som nævnt (også ovenfor pkt. 3) byggede *Stang* efter aftalelovens vedtagelse sin lære op omkring aftl. § 33. Derfor først en kort opridsning af denne bestemmelse, som den traditionelt opfattes.

Ud over de mere "specielle" ugyldighedsregler i aftalelovens §§ 28-32 opstilles i § 33 en mere "almindelig" ugyldighedshjemmel, når det vil stride mod "almindelig hæderlighed" at gøre løftet gældende. I den norske paralleltekst anvendes udtrykket "redelighet eller god tro" og i den svenske og finske "tro och heder". Til ugyldighed af aftalen kræver § 33, at løftemodtageren "må antages at have været vidende" om de omstændigheder, uhæderligheden beror på. Uhæderlighedskravet bygger på den til enhver tid almindelige samfundsmoral.

Da der ved anvendelse af aftl. § 33 er tale om at fælde en klar *moralsk* dom for "uhæderlighed", må der heri næsten begrebsnødvendigt ligge et *principielt krav om viden* om de relevante omstændigheder. Det er ikke efter § 33 tilstrækkeligt, at løftemodtageren *burde* have haft denne viden, eller at han har en positiv antagelse om omstændighederne, hvis denne antagelse beror på et rent skøn. I ordene "må antages" ligger blot, at der ikke fordres særlig strenge beviskrav for løftemodtagerens krævede viden.[11] Selv om man måske kan tale om bebrejdelsesværdig *undladelse af at søge viden*, vil en sådan undladelse herefter næppe være direkte "uhæderlig", medmindre der foreligger en så høj grad af *formodning* for de pågældende omstændigheder, at det forholdsvis svage beviskrav til "viden" allerede hermed kan opfyldes.

Aftl. § 33 intenderer imidlertid lige så lidt som hele aftaleloven som sådan en udtømmende opregning af ugyldighedsgrunde. Den almindelige regel i § 33 blev ifølge motiverne navnlig optaget i lovteksten af frygt for, at man ellers ved modsætningsslutninger især ud fra §§ 30-32 skulle afgrænse ugyldighedsgrundene for snævert.[12] Det er dog tvivlsomt, hvor god en begrundelse frygten for modsætningsslutninger fra de "specielle" ugyldighedsregler var. Ved optagelse af § 33 i loven med denne begrundelse kunne i hvert fald frygtes, at modsætningsslutninger fra aftelelovens regler *nu* opfattedes som legitime, og i hvert fald sikrede intet imod modsætningsslutninger fra § 33.

At dét krav om viden, aftl. § 33 opstiller, dog ikke var ment som nogen absolut betingelse for ugyldighed uden for de lovfæstede "specielle" ugyldighedsgrunde, udtaler motiverne ganske utvetydigt.[13] F.s.v. angår erklæringer afgivet i sygelige og eksalterede tilstande uden dog at omfattes af mdl. § 65, opregnes det eksempelvis, at det - "vistnok" også i overensstemmelse med retspraksis - vil være tilstrækkeligt til at gøre erklæringen ugyldig, at den anden part *burde* have kendt tilstanden, selv om den faktisk er undgået hans opmærksomhed.

---

11) Udkast til Lov om Aftaler, p. 74; og hertil *Lassen*: Alm. Del, p. 137 f.; *Ussing*: Aftaler, p. 170 f.; *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 254 f.

Kundskabskravet skal dog stadig ikke opfattes så strengt, at løftemodtageren skal forstå nøjagtig *hvor* fejlen ligger; det er nok, at han forstår, at det næppe "hænger rigtig sammen", jfr. *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 255 med *Ussing*-citat.

12) Udkast til Lov om Aftaler, p. 75.

13) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 15, 64 og 75.

F.s.v. angår de tilfælde, hvor forholdet refererer sig til en *vildfærelse*, antages ifølge motiverne *forudsætningslæren* i almindelighed at ville gøre erklæringen ugyldig, "selv om den anden part ikke havde nogen kundskab om vildfarelsen, når det blot var kendeligt for ham, at erklæringen var båret af den pågældende forudsætning".[14]

Stang mente imidlertid, at *aftl.* § *33* ligesom de øvrige af aftalelovens ugyldighedsregler i princippet tager sigte på et almindeligt ondtroskrav, d.v.s. også omfatter den *rene burde-viden*.[15] Dette kan måske have en vis støtte i den norske formulering af § 33 - se lige ovenfor - men *Stang* søgte endvidere at tage de danske aftalelovmotiver til indtægt for sit synspunkt. Dette er imidlertid ikke berettiget, når det er *hjemlen* til en almindelig regel om ugyldighed ved synbare vildfarelser eller viljesmangler, der søges. Denne kan ikke findes i den danske aftl. § 33.[16] Derimod *afskærer* § 33 som nævnt *heller ikke* muligheden for at statuere ugyldighed i videre omfang end direkte hjemlet i aftaleloven, dersom man mener at kunne finde tilstrækkelig hjemmel uden for denne.

I sine tidligste fremstillinger benyttede *Stang* udtrykket "burde forstå" i flæng med og derfor tilsyneladende synonymt med "have adgang til at forstå".[17] Dette var dog en ren og skær lapsus, og *Stang* rettede senere efter *Ussings* kritik denne uklarhed.[18] *Stang* mente ikke, at man bør se en vildfarelse overalt, hvor man har *adgang* til det, og han præciserede sit burde-kriterium til *en agtsomheds- eller undersøgelsespligt*, der nærmere må afgrænses efter "praktisk og

---

14) Udkast til Lov om Aftaler, p. 75. Jfr. ovenfor pkt. 3 ved note 7.

15) *Stang*: Nogen fremskridtslinjer, p. 39, note 1; *samme* i TfR 1930, p. 77 ff.; *samme*: Innledning til Formueretten, p. 586, 594 ff. og 608.

16) *Senere norsk teori* har da også blot på et mere "fritt grunnlag" villet *supplere* § 33 ved at ligestille uagtsom uvidenhed eller burde-viden med viden; således *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, 1969, p. 261 ff. jfr. p. 254 f.; *Mads Henry Andenæs* i Jussens Venner 1977, p. 90 f.

17) Se herom *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 123 f.

18) Jfr. *Stang* i TfR 1930, p. 115 ff., 122. Sml. *samme*: Innledning til Formueretten, p. 596 ff.

hæderlig forretningsskik" ganske som aftl. § 33's hæderlighedskriterium - en karakteristik *Stang* giver allerede i sine tidligste fremstillinger af læren. *Stang* har slet ikke i sin Innledning til Formueretten, således som *Lassen* og *Ussing* har i deres værker, en særlig fastlæggelse af begrebet god tro, men lader behandlingen heraf gå ind under fremstillingen af læren om synbare viljesmangler, fordi - som det udtrykkes - spørgsmålet om, hvorvidt løftemodtageren burde have vidst eller forstået det, han ikke vidste eller forstod, i virkeligheden også er et spørgsmål om, hvad "redelighet og god tro" kræver.[19)]

4.3. Når forholdet er dét, at løftemodtageren blot *burde* have kendt "urigtigheden af en forudsætning, som indses eller burde indses at have været bestemmelsesgrund for løftet", ville det ifølge *Lassen* "ikke være retfærdigt i almindelighed at kende løftet uforbindende".[20)] Men han fortsætter: "Dog må ugyldighed vel antages at indtræde, hvor ugyldighed ville være tilstede ifølge aftl. § 33, dersom løftemodtageren havde kendt forudsætningens urigtighed, og hans *mangel af denne kundskab* i forhold til medkontrahenten *er uredelig pligtforsømmelse*"[21)] (mine udhævninger).

Lassen anerkendte således efter omstændighederne *en almindelig adfærdsnorm* som afgørende kriterium for relevansen af en vildfarelse som sådan, således at tilsidesættelsen af denne norm, der fremstilledes som en kundskabsnorm, kunne bevirke ugyldighed uden faktisk viden. Han ville øjensynlig blot *lempe* denne norm i forhold til det almindelige ondtrosbegrebs "burde vide", som omfatter den blotte beføjede tvivl.[22)]

Dette skete i intenderet opposition til *Stang*, således

---

19) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 596 note 27.

20) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 141 f.

21) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 142.

22) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 106.

som hans tidligere indlæg kunne læses (jfr. ovenfor); men ved at lade den "uredelige" eller uhæderlige tilsidesættelse af den antagne "kundskabspligt" bevirke ugyldighed mindskede *Lassen* afstanden mellem sin egen og *Stangs* lære betydeligt.[23)]

Stangs synbarhedskriterium er ikke skarpt; men det er klart, at synbarhed som nævnt ikke foreligger allerede i og med, at løftemodtageren har haft *mulighed* for at indse og korrigere løftegiverens vildfarelse. Det er efter det anførte i det hele taget tvivlsomt, om der her i realiteten foreligger andet end en gradsforskel mellem *Stang* og *Lassen*, idet *Stangs* kriterium for sin burde-viden, d.v.s. for den krævede agtsomheds- eller undersøgelsespligt, henviser til en objektiv vurdering ud fra "de forestillinger om loyal og ordentlig optreden der er godtatt av samfundet, og særlig de regler for god *forretningsskik* som har dannet sig".[24)] Og selv om erklæringen og de omstændigheder, hvorunder den er afgivet *vækker tvivl* hos modtageren, må der, forinden *Stang* ville antage ond tro, spørges, om tvivlen er så stærkt begrundet, at en hæderlig og oprigtig mand ville spørge for sig eller på anden måde søge tvivlen opklaret, før han byggede noget på erklæringen.[25)] Den nærmere afgrænsning måtte ifølge *Stang* bero på en konkret bedømmelse af flere momenter, bl.a. af hvor meget tid løftemodtageren havde til at overveje i.

Der består herefter en i det væsentligste formel forskel mellem *Lassens* og *Stangs* fortolkning af udtrykket "må antages at have været vidende" i aftl. § 33. *Lassen* var enig i, at løftemodtagerens *positive kendskab* til en vildfarelse hos løftegiveren oftest vil bevirke ugyldighed med direkte hjemmel i aftl. § 33,[26)] og selv om *Lassen* mente, at aftl. § 33's

---

23) *Lassen* synes herved trods alt at stå *Stang* nærmere, end *Almén-Eklund*: Lagen om avtal, 9. uppl., p. 131 jfr. p. 129, gør det.

24) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 596.

25) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 597.

26) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 142.

uhæderlighedskriterium principielt kræver viden, var han dog parat til at ligestille *uredelig undladelse af at søge oplysninger* dermed.[27] Begge var således med nuanceforskelle i indholdet rede til at stille objektiverede kundskabskrav til løftemodtageren ud fra et hæderligheds- eller redelighedskriterium.

Striden synes reduceret til, at *Stang* indlægger en objektiv agtsomhedsfordring ud fra "god forretningsskik" - eller om man vil "bona fides" - *i selve kundskabsnormen* og derfor kan lade "enhver" synbar viljesmangel være ugyldighedsgrund, medens *Lassen* i princippet foretager en *opsplitning* i et rent subjektivt kendelighedskriterium samt en selvstændig relevansbetingelse, hvilken sidste *til tider* kan udtrykkes adækvat i en hæderlighedsfordring, men dybest set er et spørgsmål om kendelig "viljesbegrænsning".

4.4. Ussing, der som nævnt ikke har været ganske så afvisende overfor *Stangs* principielle udsondring af de kendelige vildfarelsestilfælde, som *Lassen* var, og som vil støtte dette på grundsætningen i aftl. § 32, stk. 1, fremhæver dog ligesom *Lassen* - men som påvist uden derved at komme i nogen real opposition til *Stang*, der ville fastlægge sit synbarhedskriterium ud fra god forretningsskik - at denne grundsætning ikke kan gennemføres over hele linjen til anerkendelse af ugyldighed ved enhver (subjektivt) kendelig motivvildfarelse, idet ond tro om fejlskrift eller anden uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring ikke eo ipso kan ligestilles med fortielser af omstændigheder, som løftegiveren kendeligt er uden fuldstændig viden om, og som løfte-

---

27) *Lassen* var endvidere tilbøjelig til at ville opretholde et *almindeligt ondtroskrav* som kriterium for et løftes ugyldighed, når løftet skyldes en vildfarelse, som løftemodtager (uden uagtsomhed) selv har *fremkaldt*, hvis man ikke på dette felt helt vil opgive de subjektive krav til løftemodtageren til fordel for en objektiv retsstridighedsnorm, jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 142 note 12; sml. ovenfor pkt. 2.

modtageren burde indse var af betydning for den pågældende beslutning - her må være tale om et vist forretningsmæssigt spillerum.[28)]

Ussing mener heller ikke, at vildfarelsen burde indses overalt, hvor der er adgang til det,[29)] og han vil i den praktiske anvendelse af burde-kriteriet fare frem med lempe og mene, at det formentlig vil være ret sjældent, at løftemodtageren må statueres at *burde* have set en vildfarelse, som ikke er forårsaget af ham selv, når han rent *faktisk ikke har* opdaget den.[30)]

Man kan ifølge *Ussing* muligvis sige, at løftemodtageren bør se forudsætningens *væsentlighed*, overalt hvor han har adgang til det; men det vil ikke være korrekt at sige, at han overalt bør se forudsætningens *urigtighed*, hvor han har adgang dertil.[31)]

Hvornår det nærmere skal antages, at løftemodtageren "burde" indse en vildfarelse eller en urigtig forudsætning er nok iøvrigt mest indgående behandlet af *Karlgren*, der tilslutter sig *Ussings* fremhævelse af, at burde-viden ikke foreligger allerede i og med, at løftemodtageren har haft *mulighed* for at indse og korrigere vildfarelsen. Problemet er at afgrænse hvilken omsorg, opmærksomhed eller undersøgelsesinitiativ, der må kræves. Da det her ikke gælder om at afdække en positiv viden, d.v.s. at det ikke er et spørgsmål om at fastslå et faktum, der kan gøres til genstand for bevis, må forholdet afgøres ud fra *en retlig bedømmelse*, d.v.s. fra *almene normer*.[32)] Dette er i realiteten også, hvad der er det

---

28) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 179 smh. m. p. 141. Sml. nedenfor pkt. 5 ved note 2.

29) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 124.

30) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 179 smh. m. *samme*: Bristende Forudsætninger, p. 124.

31) Sml. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 124.

32) *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 117. Se ligeledes *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 73; *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 174.

bærende element i den objektive forudsætningslære.[33)]

Med udgangspunkt i *Karlgrens* problemanalyse skal indholdet af kendeligheds- eller ondtrosbegrebet straks nedenfor søges nærmere indkredset. Det ligger på forhånd klart, at der er tale om et konkret retligt skøn, for hvilket der nok kan angives visse retningslinjer, men uden at en udtømmende, håndfast bestemmelse af kriterierne lader sig præstere.

---

33) I forudsætningslæren siges gængs, at væsentligheds- og kendelighedskriterierne indebærer en konstatering af faktum, medens relevanskriteriet rummer et retligt spørgsmål om, hvad der er *retfærdigt*, jfr. således *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 93, 115, 116. I det omfang kendelighedskriteriet udstrækkes til at omfatte en normativ burde-viden includerende et krav om en vis kundskabssøgning holder denne opdeling imidlertid ikke. Selv væsentlighedskriteriet vil ofte blive fastlagt normativt, idet man vil tage udgangspunkt i, hvad en almindelig, fornuftig kontrahent normalt ville have forudsat.

5. *Nærmere udvikling af den gode tro og undersøgelsespligten.*

5.1. Har løftemodtageren en *faktisk viden* om, at løftet er fremkaldt af en vildfarelse, er der som hovedregel ingen tvivl om, at denne viden kan medføre løftets ugyldighed.[1)]

En lille modifikation må dog gøres p.g.a. det spillerum, der ifølge almindelig opfattelse levnes for udnyttelse af en større forretningsdygtighed. Løftegiver har selv en vis undersøgelsespligt, og hvor det ikke er direkte svigagtigt, har karakter af udnyttelse el. lign., må løftemodtagerens klare opfattelse af, at løftet kun afgives, fordi løftegiveren f.eks. fejlvurderer konjunkturerne eller lignende, specielt i handelskøb efter omstændighederne kunne være uden betydning for gyldigheden af løftet.[2)]

---

1) Se *Lassen*: Alm. Del, p. 142; *Ussing*: Aftaler, p. 178 f. med henvisninger til enig ældre litteratur i note 38; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 150.

Hvis løftegiverens vildfarelse består i en "fejlagtig" eller usædvanlig opfattelse af de anvendte *ords eller udtryks betydning*, og løftemodtageren accepterer, selv om han indser og forstår løftets formål eller den mening, løftet er afgivet i, vil retsvirkningen dog ikke nødvendigvis blive ugyldighed. Resultatet kan efter påstand herom i stedet blive *fastholdelse* af aftalen med det af løftegiveren tilsigtede indhold i overensstemmelse med parternes *fælles opfattelse* af erklæringens indhold, jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 422 med note 8; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 179 f.

2) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 68; *Lassen*: Alm. Del, p. 133 f.; *Ussing*: Aftaler, p. 141, *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 138. Grænsen må trækkes ud fra samfundets almindelige hæderlighedsnorm som ved aftl. § 33. I så henseende er omfanget af den kloges ret til at narre den mindre kloge stadigt blevet indsnævret i de sidste årtier, jfr. allerede *Ussing*: Aftaler, p. 142. *Stang*: Nogen fremskridtslinjer i den nordiske fælleslovgivning paa formuerettens omraade, 1926, p. 7 f., vil overhovedet ikke anerkende en sådan "løgnemoral". Den beskyttelsesværdige handelsgevinst er ifølge *Stang* ikke den, der *tages fra* medkontrahenten, men den der *opstår* som værditilvækst ved flytningen i kraft af, at en vares værdi er forskellig på forskellige hænder og på forskellige steder.

Problemet om ugyldighed som følge af kendelig vildfarelse kan meget vel udlægges som et spørgsmål om en *oplysningspligt* for løftemodtageren, når han ser eller burde se en vildfarelse hos løftegiveren. Se hertil *Ussing*: Aftaler, p. 173 f. og 178 note 38, samt nedenfor kapitel 5, pkt. 2.

Hvor løftemodtageren *ved*, at løftegiveren svæver i en vildfarelse, betager det ikke i sig selv vildfarelsen dens ugyldighedsvirkning, at løftemodtageren antog, at løftegiveren også uden vildfarelsen ville have indgået aftalen, fordi "retshandlen af løftemodtageren trods vildfarelsen antoges at stemme med løftegiverens tarv".[3] Benytter løftemodtageren i en sådan situation ikke sin bedre viden til, når det kan nås uden klart at komme i strid med løftegiverens interesser, at få be- eller afkræftet sin hypotetiske antagelse om løftegiverens intentioner, må han (løftemodtageren) som udgangspunkt bære risikoen for, at den kan være fejlagtig.[4] Denne retsfølge tilskrives traditionelt løftegiverens selvbestemmelsesret og sikkerheden i samhandlen.[5]

Det her anførte går primært på *tosidede* kontraheringsforhandlinger, hvor det går ud på at aftale en pris, som efter begge parters vurdering ækvivalerer med ydelsen. Selv ved *auktionssalg*, hvor sælgeren på forhånd principielt er parat til at acceptere den højestbydendes tilbud, og hvor "tag hvad du kan få"-moralen (hos begge parter) vel kommes nærmest, må der imidlertid opstilles en vis situationsbestemt oplysningspligt såvel for sælgeren som for "kenderen" blandt de bydende. Sælgerens/løftemodtagerens oplysningspligt må dog formentligt gradvis svækkes over skalaen: fagmandens handel med private, handelskøb, auktions-/spekulationskøb. Sml. *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 268.

3) *Lassen*: Alm. Del, p. 142.

4) Med forudsætningslærens terminologi tager løftemodtageren her fejl af forudsætningens *væsentlighed* for løftegiveren. Indser løftemodtageren rent faktisk forudsætningens *urigtighed* (d.v.s. vildfarelsen), bør han imidlertid altid undersøge dens betydning for aftalen, således at han i det mindste her må siges at *burde* indse forudsætningens væsentlighed, overalt hvor han *kunne* indse den. Cfr. imidlertid *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 486 f., om den dér nævnte d-situation. Det er dog også klart, at afgrænsningen i praksis bliver vanskelig, idet visse fjernereliggende forhold kan anses for i almindelighed at være så irrelevante for aftalen, at løftemodtageren, selv om han ved nærmere eftertanke må erkende at vide besked hermed såvel som med løftegiverens ukendskab dertil, med fuld ret kan have *undladt overhovedet at reflektere* over forholdet og løftegiverens indstilling til det. Se også om sondringen kunne/burde indse ovenfor pkt. 4.

5) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 177; *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 110; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 150.
Måske er denne lære i det hele ikke andet end et specielt udtryk for den almindelige loyalitetsregel om, at en kontrahent skal tage

Det samme må almindeligvis gælde, dersom løftemodtageren ikke positivt ved, men har en *begrundet mistanke* om, at løftegiveren lægger urigtige antagelser til grund eller udgår fra en vildfarelse.[6] Er der tale om situationsbedømmelser, der hviler på et *rent subjektivt skøn*, må der dog kræves en mærkbar ulighed mellem parternes evne til eller muligheder for at vurdere situationen, for at en fortielse af sådanne antagelser kan medføre ugyldighed.[7]

Hvis en løftemodtager undlader at oplyse om et forhold, han tror løftegiveren har misforstået, men som han samtidig *med rette* antager ikke er afgørende for løftegiveren, kan en sådan kundskab/fortielse kun have frigørende virkning, hvis den undtagelsesvis har en karakter, der helt fratager løftemod-

---

rimelige hensyn til sin medkontrahents interesser, bl.a. ved at underrette denne om risiko for skade eller kontraktsmæssig skuffelse iøvrigt; se herom *Ussing*: Alm. Del, p. 23 f.; *Gomard*: Naturalopfyldelse, 1971, p. 7 f.; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret II, p. 32; samt *Taxell*: Avtal och rättsskydd, 1972, p. 81. Se videre nedenfor kapitel 5, pkt. 2.

6) Selv om det almindelige civilretlige ondtroskriterium traditionelt defineres som viden eller burde-viden - således også i aftl. § 39 - gik aftalelovkommissionen ud fra, at det i aftl. § 39 valgte udtryk "faktisk almindeligt forstås således", at det omfatter også det ovennævnte tilfælde. "Ordene indbefatter strengt taget ikke det tilfælde, at den pågældende havde eller burde have begrundet mistanke, i hvilket tilfælde man dog formentlig vil være enig om, at fornøden god tro mangler", jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 92. Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 76 og 106; samt *Ussing*: Aftaler, p. 125, 160. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 144.

Dersom det *burde* stå løftemodtageren klart, at en omstændighed *kunne være* af væsentlig betydning for løftegiveren, vil det ifølge U 1964.221 H komme løftemodtageren til skade, såfremt han går ud fra en urigtig antagelse om løftegiverens kendskab til denne omstændighed. Hvor omstændigheden skriver sig tilbage til forhold på løftemodtagerens side, er der en glidende overgang til fremkaldelsestilfældene ovenfor pkt. 2. Se dog også U 1927.435 Ø, hvor løftegiveren selv fejludregnede sin pris, og hvor løftemodtageren "synes at have haft al *lejlighed til at tænke sig*, at fejltagelsen *kunne* foreligge" (mine udhævninger).

7) Sml. *Ussing*: Aftaler, p. 141 f., *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 138; *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 599 f.

Dette forklarer - og afgrænser - formentlig det lige ovenfor ved note 2 nævnte "spillerum" for større forretningsdygtighed.

tageren hans kontraktsmæssige troværdighed.[8] Hvor løftemodtageren med rette antager, at løftegiverens fejltagelse alene vedrører et *uvæsentligt* punkt, men dog må forstå, at løftegiverens vildfarelse herom ikke er ham ganske ligegyldig, må erklæringen efter omstændighederne *udfyldes* i overensstemmelse med løftegiverens rimelige interesser.[9] *Om* resultatet i det hele taget skal være ugyldighed eller udfyldning, eller med andre ord om vildfarelsen skal anses for væsentlig eller uvæsentlig, bør ifølge *Ussing* afgøres efter, hvorvidt "det findes stemmende med den erklærendes interesser, at erklæringen bliver bindende for ham".[10]

5.2. Også når der ovenfor tales om løftemodtagerens relevante "mistanke", er der, som det bl.a. fremgår af note 6, i realiteten tale om afgrænsning af, hvilken faktisk viden løftemodtageren *burde* have. Nu vil det formentlig være ret sjældent, at løftemodtageren anerkendes *faktisk ikke at have set* en vildfarelse hos løftegiveren, hvis han *på grundlag af den faktiske viden* om relevante forhold, som han antages at besidde, *burde have set* den. Det ville ofte udarte til rent gætteri om løftemodtagerens evne til at ræsonnere.

---

8) Sml. U 1937.643 Ø, og hertil *Gomard*: Forholdet mellem Erstatningsregler, p. 150 ff.

9) *Lassen*: Alm. Del, p. 107, vil her udfylde efter løftegiverens kendelige hypotetiske vilje; men *Ussing*: Aftaler, p. 161 note 42, vil derimod ligesom eftertiden i det hele taget udfylde efter en mere *objektiv interesseafvejning*.

10) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 161. Se hertil U 1979.168 H som omtalt ovenfor pkt. 2.2.3., hvor "væsentligheden" afgøres efter en objektiveret interesseafvejning.

I U 1919.445 LOHS forelå en misforståelse af købesummen, som måtte tilregnes begge parter. Her fastsattes vederlaget så efter en objektiv afvejning til et gennemsnit af de da stærkt svingende priser. Sml. også U 1977.641 H, hvor man valgte at udfylde aftalen med en middelpris i stedet for at tilsidesætte den, da prisfastsættelsen "hændeligt" p.g.a. udefrakommende begivenheder ikke kunne ske på den aftalte måde.

Burde-konstruktionen afspejler derfor i realiteten ofte usikkerhed om, *hvilken* faktisk viden løftemodtageren har om de forhold, der er relevante for bedømmelsen - en usikkerhed der så munder ud i *et normativt krav* til løftemodtageren om at søge viden til udbygning af dette bedømmelsesgrundlag.[11)]

Burde-konstruktionen dækker da ikke over, hvad køberen burde kunne slutte sig til på grundlag af sin faktiske viden, men derimod hvilket *grundlag* for sin vurdering af medkontrahentens forestillinger og eventuelle vildfarelser han efter en tids- og situationsbestemt norm burde være i besiddelse af, eller med andre ord om han har handlet uagtsomt ved ikke at skaffe klarhed over forholdene. Flere domme er skabt over denne skabelon, også hvor der ikke er tale om handelskutymer eller andre særlige branchenormer.

Når det ovenfor ved note 5-6 anføres, at løftemodtageren som hovedregel bør søge eventuel uklarhed omkring løftegiverens antagelser af- eller bekræftet, må dette således opfattes som et udslag af løftemodtagerens pligt til at fuldstændiggøre sit bedømmelsesgrundlag snarere end et udtryk for, at løftemodtageren alene på grundlag af "mistanke" *burde* kunne indse en vildfarelse. Det bedømmelsesgrundlag, der alene giver holdepunkter for en *mistanke*, bør ikke få én til at indse andet end denne mistankes *mulige* bekræftelse. Først når man f.eks. oplyser løftegiveren om sin mistanke, vil dennes reaktion herpå give grundlag for en fast antagelse om forholdets relevans for løftegiverens interesse i aftalen. Når det således i U 1964.221 H siges, at løftemodtagerens fejlagtige antagelser om løftegiverens viden bør komme løf-

---

11) Når det gængse ondtrosbegreb fastlægges til at omfatte begrundet "mistanke" eller "tvivl", ligger der også heri, at løftemodtageren har anledning til at "søge nærmere besked" typisk ved at spørge den erklærende, således at en *undladelse* heraf vil være contra bona fides, jfr. hertil *Lassen*: Alm. Del, p. 106 ved note 21, samt *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 597 f., og *Ussing*: Aftaler, p. 160 ved note 39. Se f.eks. U 1954.827 Ø, hvor løftemodtageren fandtes at have "en sådan mistanke", at den kun kunne bringes til ophør ved "nærmere undersøgelse".

temodtageren til skade, når han burde indse, at det pågældende forhold "kunne være" af væsentlig betydning for løftegiveren, ligger der heri dybest set en bebrejdelse mod løftemodtageren, fordi han ikke har benyttet sig af usikkerhedens kendelighed til at skaffe sig et sikrere grundlag for sin bedømmelse af løftegiverens antagelser. Jfr. også U 1974.42 H: "burde have givet .... anledning til at søge klarlagt".

Stærkest træder fordringen til løftemodtagerens viden om aftalegrundlaget frem i handelskøb inden for bestemte brancher (også uden for egentlig kutyme- eller sædvanetilfælde). Meget illustrerende kan herved nævnes den lidt ældre afgørelse i NRt. 1920.194 H, hvor Højesterett fandt, at en bestemt sædvanlig leveringsklausul havde været en bestemmende forudsætning hos sælgeren, og videre fremhævede, at hos den, der vil drive forretning i en bestemt branche, *"bør det kunne forutsættes et visst kjendskap til de almindelige forhold, hvorunder denne handel foregår"*. Da betingelserne i denne klausul viste sig ikke at være opfyldt, fandt man, at køberen på dette grundlag "ialfald *burde forstå*, at der måtte foreligge en væsentlig vildfarelse hos sælger" (mine udhævninger).[12] Også i civilkøb ses burde-konstruktionen imidlertid anvendt som udtryk for hvilken *kontraheringsadfærd*, retten ud fra gældende samfundsnormer stiller til sådanne parter.

Foruden at dække over en adfærdsnormering, hvor dommeren måske ikke engang selv er overbevist om en faktisk viden, vil burde-konstruktionen også kunne have en ren deskriptiv anvendelighed, når dommeren uden helt sikre holdepunkter alligevel føler sig tilstrækkeligt overbevist om eksistensen af en faktisk viden. I så fald betyder "burde-viden" *præsumptiv viden*, hvorved burde-konstruktionen dækker over

---

12) Se om dommen og problematikkens sammenhæng med modpartens oplysningspligt også *Kr. Andersen* i TfR 1934, p. 97 ff., 117 f.

en svækkelse af *bevisfordringen*.

Uanset hvad der gemmer sig i de forskellige kundskabskonstruktioner, kan det fastslås, at det ikke bevirker et forskelligt resultat i retsvirkningsmæssigt henseende, om man i en konkret sag skulle statuere, at løftemodtageren i stedet for at kende blot burde kende en væsentlig vildfarelse hos løftegiveren.

I den senere tid er billedet blevet yderligere nuanceret. Således statuerer U 1975.788 H ugyldighed p.g.a. *utilstrækkelig vejledning* vedrørende aftalens konsekvenser, der *kendeligt var uoverskuelige* for løftegiveren. Og i U 1977.558 SH fandtes løftemodtageren ved at acceptere tilsagn fra så *ukyndige folk* som løftegiveren at måtte bære risikoen for, at løftegiveren efter at være blevet klar over de praktiske konsekvenser måtte opgive at føre kontrakten ud i livet.

Fra praksis kan som eksempler på ugyldighed som følge af kendelig vildfarelse iøvrigt nævnes U 1914.364 H, U 1921.763 V, U 1927.435 Ø, U 1954.827 Ø, U 1959.189 SH, U 1963.101 H, NDs 1970.125 FiH, U 1971.357 Ø, U 1972.568 H, NDs 1972.617 FiH, U 1973.868 Ø, U 1974.42 H og NDs 1975.719 FiH.

5.3.1. Som systembetegnelse anvendes "burde-viden", men burdekriteriet forudsætter for at blive meningsfyldt, at der foretages en nøjere fastlæggelse af målet for den adfærd, opmærksomhed og undersøgelsesfordring, der skjuler sig i konstruktionen.

I forlængelse af det ovenfor pkt. 3.3., anførte, hvorefter den teoretiske begrundelse for at lade kendelig motivvildfarelse være ugyldighedsgrund traditionelt er søgt udledt af grundsætningen i aftl. § 32, stk. 1, er det nærliggende at overveje også at tage udgangspunkt i denne paragrafs godtroskriterium ved den nærmere indkredsning af motivvildfarelseslærens burde-kriterium. Som allerede nævnt er det dog tvivlsomt, om forholdene generelt er så kommensurable, at den her opstillede omsorgsnorm dækkende kan indholdsfastlægges helt analogt.

Det er ganske nærliggende at anskue ugyldighedsreglen i aftl. § 32, stk. 1, som en regel om aftalers *fortolkning*, der er baseret på de almindelige principper for udfindelse af aftalers indhold og virkning.[13] En eventuel vildfarelse i aftl. § 32, stk. 1's forstand skal udfindes og vurderes på baggrund netop af viljeserklæringens indhold. Kun uoverensstemmelse mellem det tilsigtede indhold og erklæringen er relevant. En vildfarelse kan herved siges at have ligget til grund for en aftale, når de kontraherende parter har ment noget forskelligt på trods af, at de afgivne entydige erklæringer modsvarer hinanden.[14] Udgangspunktet må tages i en fortolkning af erklæringerne ud fra disses "naturlige forståelse", men iøvrigt med inddragelse af alle de faktiske omstændigheder, under hvilke løftet er afgivet.[15] Hvad enten forudsætnings- og vildfarelseslæren opleves som en slags overbygning på fortolkningen (*Ussing*) eller alene som en inadækvat beskrivelse af visse fortolknings- og udfyldningsregler (*Stig Jørgensen*),[16] fordrer i hvert fald selve udfindelsen af vildfarelsen - der i aftl. § 32, stk. 1's forstand er defineret ved, at løftegiveren har ment noget stridende mod det "objektive erklæringsindhold"[17] - nødvendigvis en forudgående fortolkning af løftet.

Den nærmere fastlæggelse af den opmærksomheds- eller undersøgelsespligt, der ligger i reglen om synbar viljesmangel (kendelig motivvildfarelse) som ugyldighedsgrund, kan

---

13) Se således allerede *Lassen*: Alm. Del, p. 116 f., 368 ff., og videre *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 74.

14) Modsvarer erklæringerne ikke hinanden eller er de flertydige, så et "objektivt aftaleindhold" ikke kan konstateres, vil en aftale slet ikke være kommet i stand, medmindre parterne alligevel har ment det samme, jfr. også *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 196.

15) Sml. *Ussing*: Aftaler, p. 423 ff.; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 180 ff.

16) Se om denne diskussion i kapitel 2.

17) Se herved *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 29 f., 41.

med dette udgangspunkt ske på flere måder.

Man kan lade den "fortolkningsregel", som danner norm for aftl. § 32, stk. 1's godtroskrav, være *dækkende* for vildfarelseslærens godtrosfordring. Det vil i så fald sige, at der kun kræves en vis *opmærksomhedspligt*, idet løftemodtageren ifølge aftl. § 32, stk. 1, blot må søge en rimelig forståelse af løftegiverens viljeserklæring under hensyn til muligheden for en urigtig udtryksmåde, uden at der heri ligger en videregående *undersøgelsespligt* i relation til forudsætninger eller mulige vildfarelser iøvrigt. Der kræves med andre ord blot samme mål af opmærksomhed, som skal lægges for dagen ved fortolkning af viljeserklæringer. Som det vil være fremgået lige ovenfor pkt. 5.2., vil imidlertid netop en vis positiv undersøgelsespligt, der pålægger løftemodtageren at *supplere sit bedømmelsesgrundlag*, være essentielt i vildfarelseslærens kendelighedskriterium. Omvendt vil, som anført nedenfor pkt. 5.4., det forhold, at en løftemodtager efter en almindelig, fornuftig vurdering af forholdene må siges at ville blive opmærksom på en vildfarelse hos løftegiveren, ikke kunne bære en ugyldighedsfølge, hvor *løftegiveren selv* har haft bedre muligheder for at overskue og bedømme situationen og derfor må siges at have udvist *større* uagtsomhed. *En indholdsmæssig fastlæggelse af kriteriet ud fra en fortolknings- eller simpel opmærksomhedsnorm vil derfor på samme tid være for snævert og for vidtgående.* Man kan end ikke undtagelsesfrit lægge § 32, stk. 1's fortolknings- eller opmærksomhedsnorm til grund alene som *minimum* for kundskabsfordringen ved motivvildfarelser, idet det indenfor det "spillerum" for større forretningsdygtighed, som er omtalt ovenfor ved note 2, i praksis anerkendes, at en kontrahent gyldigt kan tilegne sig et løfte trods en klar opfattelse af, at medkontrahenten f.eks. fejlvurderer et marked eller lignende.

5.3.2. Den omsorgspligt, der overfor motivvildfarelser således må gå ud over en snæver fortolknings- eller opmærk-

somhedsnorm og fastlægges uden begrænsning til den konkrete erklæring og dennes udlægning, må altså nødvendigvis fastlægges *selvstændigt* ud fra almindelige sociale normer for sædvanlig og ønskelig adfærd - eller som *Karlgren* med nogen afstand udtrykker det: "sed och moral" på det pågældende område i retslivet.[18] Forbindelsen er her helt sluppet til aftl. § 32, stk. 1, f.s.v. angår omsorgsnormens *indholdsmæssige* fastlæggelse, og vi er i realiteten nået frem til *Stangs* lære, hvor synbarheden afgrænses efter et kombineret praktikabilitets- og hæderlighedskriterium.[19]

Karlgren er imidlertid betænkelig ved *Stangs* lære om den synbare viljesmangel, fordi den ud fra aftl. § 33 baserer sig på en *moralsk* dom, hvilket han mener vil true retssikkerheden og forudberegneligheden.[20] Det er dog ikke rigtigt, når *Karlgren* herefter ser læren reduceret til en henvisning til moralreglerne, og hans udtalte frygt ses heller ikke bekræftet i praksis - heller ikke i lidt ældre norsk praksis.[21]

Såvel *Karlgren* som tidligere *Lassen* og *Almén* synes at overse, at *Stangs* henføring af sin lære under den "moralske" aftl. § 33 ikke befrier ham for pligten til at tage generelle samfundsmæssige hensyn i meget vid udstrækning. *Stang* stillede netop ud fra sådanne hensigtsmæssighedsbetragtnin-

---

18) Se hertil i det hele *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 118 ff., og i det hele p. 111 ff.

19) Dén grundsætning kan *ikke* udledes af aftl. § 32, stk. 1, at en erklæringsmodtager *altid* får den ret, som han uden uagtsomhed eller uopmærksomhed ved opfattelsen af erklæringen mener, at denne tilsiger ham. Tilbudsgiveren kan f.eks. således ikke holde tilbudsmodtageren fast på den løftevirkning, der vil synes at ligge i en "ren" accept i henhold til et tilbud, der er blevet *forvansket* undervejs. Se hertil *Lassen*: Alm. Del, p. 104 f., jfr. p. 369; *Ussing*: Aftaler, p. 157 med note 23; *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 76. Sml. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 196 f., om "åben dissens".

20) Jfr. *Karlgren* i SvJT 1933, p. 219 ff., især p. 229 ff. og 232, og *samme*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 129 ff., 136 f.

21) Jfr. *Kr. Andersen* i TfR 1934, p. 97 ff., især p. 131 f.

ger strenge krav til redelighet og god tro: "naar der spörres om redelighet og god tro eller om moral i det hele, skyter de samfundsmæssige hensyn sig sterkt frem. Moralens krav er ikke först og fremst det egoistiske, men i fremtrædende grad det altruistiske: den forlanger at samfundsmæssige hensyn tages. Efter min mening er der altsaa identitet".[22] Der er ifølge *Stang* ingen modstrid mellem *etiske* og *sociale* bud i det moderne samfund. En omsorgspligt i relation til medkontrahentens interesser ved aftalens indgåelse må fastlægges ud fra et *retligt* moral- eller forventningskodex.

At der også ud fra mere værdineutrale, pragmatiske normer er vanskeligheder ved at forsøge at formulere ugyldighedsbetingelserne ved tilsidesættelse af en opmærksomheds- eller undersøgelsespligt knyttet til en *oplysningsadgang* uden for kontrakten, er dog utvivlsomt. Hvor man forsøger at fiksere en kontraktretlig culpanorm i henseende til "uegentlige" undladelser ved aftalens *opfyldelse*, bliver det ikke til andet end en henvisning til den omsorg, der plejer at blive udvist af fornuftige mænd, der er kendt med sådanne forhold.[23] At overføre en sådan norm til en undersøgelses- eller handlepligt ved aftalens *indgåelse*, vil være endnu vanskeligere. Medens en forpligtelses "rigtige opfyldelse", i det omfang forpligtelsen er gyldig, primært må fastlægges *ud fra aftalen*, må selve gyldigheden argøres direkte *efter loven* i vid forstand.

5.3.3. Det er også tvivlsomt, om *Karlgrens* modstilling af *Stangs* "moralske" synbarhedskriterium og aftl. § 32, stk. 1's "fortolkende" opmærksomhedskriterium overhovedet er holdbar for en praktisk betragtning.

---

22) Jfr. *Stang*: Nogen fremskridtslinjer, p. 43 f. jfr. p. 6. Sml. også hertil *Stang* i JFT 1933, p. 386 ff., samt ovenfor pkt. 4 ved note 24.

23) Sml. *Ussing*: Alm. Del, p. 110 f.; *Gomard*: Forholdet mellem Erstatningsregler, p. 159 samt kap. 7 og 8.

Selv om man opfatter aftl. § 32, stk. 1 som udtryk for en generel regel om fortolkning, og man f.s.v. angår vildfarelseslærens godtrosbegreb skulle blive stående ved fortolkningsstandpunktet, hvorved løftemodtageren afkræves den opmærksomhed overfor løftegiverens "vilje", "forudsætning" eller interesser iøvrigt, som vil blive anvendt ved fortolkning af aftalen i relation til § 32, stk. 1, giver dette måske nok en begrænsning af de relevante ugyldighedsdata, men næppe nogen afstandtagen fra en bedømmelse ud fra almindelig "tro og love" eller "sed og moral". *Karlgren* opstiller den konkrete fortolkningsløsning og den absolutte bedømmelse ud fra "sed och moral" som to alternativer,[24] men også den metode, der anlægges ved fortolkning af aftaler, tager skyldigt hensyn til en objektiveret "sed och moral-", hæderligheds- eller "tro og love"-vurdering. Hvis man opfatter en ugyldighedsbedømmelse som en fortolkning af aftalen, må hertil komme en *udfyldning* ud fra bl.a. en almindelig *redelighedsnorm*. Og udfyldning er næppe alene noget sekundært i forhold til fortolkning. Aftaler siges at fortolkes i retning af de udfyldende regler, idet indholdet af disse er, hvad løftemodtageren uden specielle tilkendegivelser normalt har mest "føje" til at forvente. Grundsætningen i aftl. § 32, stk. 1, kan forstås som alene et udtryk for *dette* almindelige princip.[25] Det kan i denne forbindelse nævnes, at man i *tysk* lovgivning har følt sig foranlediget til at opstille dét almindelige civilretlige princip, at aftaler skal *fortolkes, som "tro og love" tilsiger ud fra handels-*

24) *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 118.

25) Sml. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 196 ff., 202.
Vahlén: Formkravet vid fastighetsköp, p. 189, *samme*: Avtal och tolkning, p. 30, afviser dog at lade erklæringsindholdet ifølge aftl. § 32, stk. 1, influere af udfyldende retsregler. Det forhold, der ikke konkret er taget højde for, henvises i stedet til afgørelse efter almindelige *forudsætningsregler*. Se endvidere *Vahlén* l.c. p. 55 ff., om erklæringsvildfarelsens sammenhæng med den almindelige forudsætningslære, samt p. 41 jfr. p. 24.

mæssige sædvaner.[26] Det er således i høj grad tvivlsomt, om de to "mål" for løftemodtagerens opmærksomheds- eller undersøgelsespligt, som *Karlgren* l.c. opstiller, i virkeligheden udelukker hinanden, d.v.s. reelt er alternative. Sagen er snarere den, at enhver ugyldighedsrelateret aftalecensur hviler på objektiverede samfundsnormer og -hensyn i nok så høj grad som på den suveræne aftale, og at også fortolkningsterminologien benyttes til at opnå størst muligt mål af rimelig byrdefordeling ved enhver civilretlig forpligtelsesfastlæggelse og aftalefortolkning.[27]

Iøvrigt har senere aftl. § 36 vist, at man meget vel kan operere åbenlyst med begreber som urimelighed, uredelighed og lignende uden at gøre moralen til ret, men tværtimod ved at indlægge en *retlig* afvejning heri.[28]

5.4. Som hvor løftet er fremkaldt ved en vildfarelse forårsaget af løftemodtageren (ovenfor pkt. 2), kan der også her ved synlige vildfarelser være grund til alligevel at lade løftegiveren være bundet, når han har udvist *større* uagtsomhed end løftemodtageren, på grund af at han har haft større *muligheder* for at overskue og bedømme og derfor også

---

26) BGB § 157 lyder: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte es erfordern".
Dette skal forstås tids- og situationsafhængigt, jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, note 3 til § 157.

27) I U 1974.723 H fandt landsretten, at "der ikke i den mellem parterne indgåede overenskomst findes hjemmel" til en påstået forståelse af en aftale. Efter at have afvist, at aftalen bevidst tilstræbte en økonomisk usædvanlig disposition, fandt *Højesteret* derimod, at en underkendelse af den påståede forståelse af aftalen ville "medføre forskydning i byrdeforholdet mellem parterne", og denne forståelse fandtes "derfor at være bedst stemmende med kontraktsforholdet". I NDs 1978.67 IsH fandtes en tilbudsmodtager ikke at have haft "retsmæssig grund til at tro" på rigtigheden af et tilbud, bl.a. fordi det ikke var sandsynligt, at en tilbudsgiver ville give så gode betalingsvilkår som sket. Se også NDs 1980.152 SvH. Se videre nedenfor kapitel 5.

28) Sml. nedenfor kapitel 4.

undersøge forudsætningsmæssige tvivlsomheder.[29] Dette er en relevans- eller risikobedømmelse, der i princippet ikke har nogen parallel ved erklæringsvildfarelser. Aftl. § 32, stk. 1 kræver ikke undskyldelighed af den vildfarne løftegiver.[30]

Man kan imidlertid ikke generelt forlange, at en løftemodtager skal anstille undersøgelser eller blot tænke over rigtigheden af løftegiverens beregninger eller forudsætninger iøvrigt, som ikke fremgår af erklæringen. Hertil er løftegiveren oftest selv nærmest.[31] Det kan herved også siges at være *uagtsomt af løftegiveren ikke at udtrykke specielle interesser* eller intentioner med almindelig tydelighed.[32]

Når *Lassen* som en undtagelse fra sin regel om, at den som viljesbegrænsning kendelige, urigtige forudsætning gør løftet uforbindende, dog ville lade løftet blive bindende, "når løftegiveren hos løftemodtageren har vakt en berettiget tillid til, at forudsætningen virkelig eksisterer, idet løftemodtageren må gå ud fra, at løftegiveren vidste afgøren-

---

29) Jfr. *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 120 f., 128 f.; samt hertil *Ussing*: Aftaler, p. 469, der kun sjældent vil fritage løftegiveren, hvis hans vildfarelse er *uundskyldelig*. I samme retning *Augdahl*: Den norske obligasjonsretts almindelige del, 4. udg., p. 150.

30) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 76; *Lassen*: Alm. Del, p. 119. Hertil *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 71, *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 497.

31) Jfr. *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 121 ff., 124; *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 117 ff., 121.

Jfr. eksempelvis U 1970.906 V, hvor "løftegiveren" blev bundet på trods af urigtige tilgrundliggende oplysninger, da disse var frembragt af hans *egne* folk samtidig med, at "løftemodtageren" ikke var *eller burde være* klar over urigtighederne. Det drejede sig om ukorrekt aflæsning af et måleapparat, der var opstillet hos "løftemodtageren" til måling af hans elforbrug. Målerne blev jævnlig aflæst af "løftegiverens" folk, og selv om deres udvisende var frit tilgængeligt, benyttede "løftemodtageren" ikke denne kontrolmulighed. Dommen siger, at dette heller ikke kunne kræves. Se også NRt 1935.1000, om handel af en fast ejendom hvori også indgik et erstatningsbeløb fra en brandforsikring, og hvor begge parter fejlagtigt antog, at erstatningen forudsatte opfyldelse af en byggepligt for ejeren. Havde sælgeren været vidende om det rette forhold, ville han antagelig have forlangt en højere pris; men retten fandt, at han selv uden vanskeligheder kunne have bragt sagen på det rene, hvorfor han måtte stå ved aftalen med de retsfølger, den faktisk havde. Se også U 1981.257 H.

32) Sml. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 200, samt nedenfor kapitel 5, pkt. 2, ved note 8-9.

de besked herom", ligger heri reelt den samme risikobedømmelse; den formuleres blot subjektivt i et kendelighedskriterium i overensstemmelse med aftl. § 32, stk. 1.[33] Faktisk synes *Lassen* her selv på vej til at fremkomme med et synbarhedskriterium, der implicit også leverer (eller, om man vil, overflødiggør) det relevanskriterium for en vildfarelseslære, som *Lassen* efterlyste, og hvis manglen han anså for en væsentlig fejl ved *Stangs* lære (jfr. ovenfor pkt. 3).

Det må videre antages, at løftegiveren, selv om aftl. § 32, stk. 1 ikke pålægger ham nogen reklamationspligt, trods "viljesmangel" eller erklæringsvildfarelse bliver bundet af det afgivne løfte, dersom han ikke underretter løftemodtageren, når han på et senere tidspunkt selv indser fejlen og samtidig må antage, at løftemodtageren trods retlig ond tro faktisk ikke har indset den.[34]

5.5. Afgrænsningen af undersøgelses-/oplysningspligten må således altid ske konkret ved en skønspræget vurdering, og i norsk teori, hvor man generelt har været mest tilbøjelig til at anvende aftl. § 33 og fortolke denne paragraf udvidende, har f.eks. *Arnholm* pointeret, hvorledes ugyldighedslærens subjektive kundskabsnormer ikke ensidigt kan rettes mod løftemodtageren, men at man, hvor der er fejl på begge sider, må *afveje* disse mod hinanden.[35] Ugyldighedsbedømmelsen ud fra en vildfarelse in motivis kan så siges at bero på en *uagtsomhedssammenligning* ud fra de konkrete omstændigheder. I praksis vil en sådan "sammenlignende"

---

33) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 118 f. jfr. p. 116.

34) Jfr. *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 248. Sml. hertil *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 81 ff., og måske stærkest *Karlgren*: Passivitet, p. 116 ff.

35) *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 262, og ligeledes *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 120 f.
Agtsomhedsnormens *relativitet* illustreres f.eks. ved at sammenholde U 1954.827 Ø med U 1955.782 H, der omhandler meget parallelle kautionsretlige problemer og begge angår kautionistens modtagelse af fejlagtige oplysninger om debitor. I den sidste dom fandtes kautionisten/løftegiveren imidlertid i modsætning til den første dom *selv* at være nærmest til at undersøge holdbarheden af sine informationer.

vurdering formentlig i vidt omfang opfattes som en *ustruktureret rimelighedsbedømmelse*, hvori også vil indgå en hensyntagen til de normer, der har fæstnet sig i samfundet for aftalers "normale" eller tilladelige *indhold*.

I forlængelse af diskussionen om godtroskravet som en kontraheringsmæssig adfærdsnorm, kan man derfor gå videre og spørge, i hvilket omfang det afgørende ved såvel ugyldighedsbedømmelsen som fortolkningen overhovedet vil være en bedømmelse af omstændighederne ved den konkrete aftales indgåelse. Den fordring, der reelt rummes i de "subjektive" ugyldighedsgrunde såvel som i fortolkningsreglerne, er formentlig i høj grad også et krav om aftaler, der i rimeligt omfang stemmer med samfundets *normer for aftalers indhold og virkning*.

Aftalens *indhold* er givetvis af afgørende betydning for ugyldighedsvurderingen efter aftl. § 33,[36] såvel som for de mere specielle, svage ugyldighedsregler, som § 33 er "opsamlingsbestemmelse" for - jfr. klarest aftl. § 31's krav om "væsentligt misforhold" mellem ydelserne. Motiverne fremhæver i tilknytning hertil, at da grænselinjen mellem udnyttelse og den tilladelige benyttelse af forretningsdygtighed m.v. er så lidet skarp, må man indskrænke ugyldigheden til viljeserklæringer, hvis "objektive beskaffenhed" fremviser et så åbenbart (nu væsentligt) misforhold, at det må vække "mistanke om, at den ene part har misbrugt den an-

---

36) Se hertil f.eks. U 1949.699 Ø (det er ikke helt korrekt, når *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 141 note 63 anfører, at der i denne dom ikke forelå "noget" misforhold - der forelå blot ikke det til aftl. § 31 krævede "åbenbare" misforhold), U 1966.398 H (ikke ugyldig efter aftl. § 33 eller mdl. § 65, *da* aftalens indhold ikke skønnedes "ekstraordinært"), U 1966.833 H (ikke ugyldig efter mdl. § 65 eller aftl. § 33, bl.a. *da* der var skabt en "rimelig ordning"). Også i NRt 1964.1260 inddrages aftalens indhold og fordelagtighed for løftegiveren afgørende i ugyldighedsbedømmelsen. I NDs 1977.499 FiH, hvor et køb kendtes ugyldigt efter aftl. § 33 som stridende mod "tro och heder", fremdrager Högsta domstolen specielt "vederlagets ringa storlek".

dens underlegne stilling overfor ham".[37] Man lader altså klart "udnyttelsen" normere af aftalens *indhold*. Der er al grund til at tro, at en tilsvarende vægtning af aftalens "objektive beskaffenhed" må lægges til grund ved fortolkningen af de øvrige ugyldighedsgrunde. Hvor de svage ugyldighedsgrunde i aftaleloven ikke direkte stiller krav om et misforhold mellem ydelserne, vil kravet om, at løftet skal være *fremkaldt* af tvangen eller svigen oftest retsteknisk blive vurderet ud fra aftalens "objektive rimelighed".[38] F.eks. kan man se en afgørelse af, om et løfte er fremkaldt ved retsstridig tvang efter aftl. § 29, afgjort under hensyn til bl.a. "den økonomiske konsekvens" af løftet, jfr. U 1980.288 Ø. Se også U 1980.398 H, der drejede sig om en pantekreditors adgang til under påberåbelse af urigtige forudsætninger at fragå et tilsagn om at lade pantebrevet indfri i henhold til et bestemt vilkår i pantebrevet, og hvor Højesteret i modsætning til landsretten ville lade kreditor være bundet af sit tilsagn. Landsretten og Højesteret bygger bl.a. deres forskellige resultater på, at debitor henholdsvis "undlod at oplyse" en relevant omstændighed for kreditors tilsagn og "hverken var eller burde være vidende" om denne; men det er næppe uden væsentlig betydning, at landsretten lægger ud med at konstatere vilkårets *usædvanlige* karakter, medens Højesteret indledningsvis modsat fastslår, at vilkårene i pantebrevet har *nøje sammenhæng* med købets særlige omstændigheder og her tjener *samme formål for begge parter*.

Aftalelovens ugyldighedsgrunde kræver endvidere *retsstridighed*, d.v.s. et forhold, der er grund til at modvirke ved retsregler på grund af dets modarbejdelse af omsætnin-

---

37) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 73.

38) Ved afgørelser efter mdl. § 65, stk. 1, lader retspraksis helt klart selve aftaleindholdet indgå som vidnesbyrd om løftegiverens dømmekraft, hvilket *Borum*: Personretten, 3. udg. 1953, p. 151 f., opfatter som en (illegal) hensyntagen til "den gode tro i omsætningen".

gen og retssikkerheden i det hele taget. Også i selve de subjektive begreber som "svig" og "hæderlighed" (tro och heder) mener *Karlgren*, at der er indlagt et krav om objektiv retsstridighed. "Man talar icke om svek etc. med mindre rättsstridigheten redan står fast". De i denne forbindelse gyldighedsforfægtende "modgrunde" rummer tilsvarende et spekulativt element, der afgrænses "med hänsyn till intresset av ekonomisk rörelsesfrihet i samhället m.m.".[39)]

Man må formentlig således selv i de ugyldighedsgrunde, der formelt baserer sig på en subjektiv fordømmelse af løftemodtagerens adfærd, indlægge *en objektiv bedømmelse af aftalens indhold og konsekvenser* som noget primært.

Selv om der således er en glidende overgang til de retlige standarder og ikke mindst generalklausulen i aftl. § 36, er det dog givet, at et misforhold mellem ydelserne ifølge den subjektiverede ugyldighedslære ikke uden videre er nok i sig selv, og at man viger tilbage fra på dette grundlag at gribe ind i et aftaleforhold, hvis omstændighederne ikke giver holdepunkter for uhæderligheds- eller kendelighedsslutninger. Jfr. herved U 1961.257 Ø, hvor aftalen fandtes "åbenbart ubillig", men ikke ugyldig efter aftl. § 31 eller 33, idet der ikke fandtes støtte herfor i "omstændighederne i forbindelse med aftalens indgåelse".

Derimod er der dog næppe tvivl om, at *et misforhold mellem ydelserne i sig selv kan være tilstrækkeligt* til, at løftemodtageren statueres at *"burde indse"*, at der må foreligge en fejltagelse. Hvor stort misforholdet hertil skal være, må afhænge af situationen og ikke mindst af kontraktens art. Selv i licitationsforhold, hvor der erfaringsmæssigt kan være store spring mellem tilbudene, uden at de behøver at være

---

39) *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 102 ff., jfr. *samme* i SvJT 1933, p. 237.

Retsstridighedskravet er ifølge *Ross*: Om ret og retfærdighed, p. 367 note 2, "en aldeles tom plakat til dække for, at lovgiveren har givet op og henviser dommeren til en indskrænkende fortolkning med støtte i sædvane og fri vurderinger".

behæftet med fejl, og hvor retspraksis med føje stiller *mindre* krav til udbydernes agtsomhed overfor eventuelle fejl i tilbudsberegningerne end ved så mange andre kontraktsformer, kan det ses, at et betydeligt misforhold mellem de afgivne tilbudsprisers størrelse i sig selv kan medføre ond tro hos udbyderen om en vildfarelse eller fejltagelse hos den lavestbydende. Se således *U 1974.42 H*, hvor Højesteret lagde afgørende vægt på, at den lavestbydendes tilbud efter det foreliggende lå "påfaldende langt under de øvrige tilbud", hvilket "burde have givet ... anledning til at søge klarlagt, om der forelå en fejltagelse", hvorved udbyderen ville være blevet klar over fejltagelsen.[40] Se også NDs 1978.67 IsH, som omtalt ovenfor i note 27, samt U 1970.389 V.

---

40) Jfr. hertil *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, p. 347 f. Se hertil endvidere *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 77 ff. om NJA 1939.384, hvor udbyderen ikke fandtes alene på grundlag af beløbsangivelserne i tilbudene at burde have indset en fejl i det laveste tilbud; men hvortil *Vahlén* l.c., p. 78, føjer, at resultatet "väl normalt" ville være blevet et andet, hvis der havde været tale om et sædvanligt tilbud i en mere individuelt betonet aftale.

B. Tilbagekaldelse, ugyldighed og god tro.

1. Tilbagekaldelse af løfter. Aftl. § 7.

1.1. I dansk ret hyldes et løfteprincip,[1] hvorefter et løfte principielt er bindende fra afgivelsen og ikke først - som ifølge overenskomstprincippet - fra accepten. Dette følger af aftl. § 1. Ifølge aftl. § 7 kan løftegiveren imidlertid *tilbagekalde* et afgivet løfte eller tilbud, dersom tilbagekaldelsen *kommer frem* til løftemodtageren inden eller samtidig med, at løftet *kommer til hans kundskab*. Denne regel begrundes i forventningsprincippet,[2] der står i modsætning til viljesprincippet. Ifølge forventningsprincippet er løftets forbindende virkning uigenkaldeligt, når løftet er kommet til løftemodtagerens kundskab, og der er skabt en forventning, der fortjener retsbeskyttelse.[3]

1.2. Overenskomstprincippet - hvorefter tilbagekaldelse reelt kan ske, indtil løftet er accepteret - hyldes med visse væsentlige modifikationer stadig i *fransk* ret, men i *tysk* ret er man med BGB § 130, stk. 1, jfr. § 145, gået længere end dansk ret i retning af at lade et løfte forpligte og afskære tilbagekaldelse, selv inden der nødvendigvis er skabt nogen forventning hos løftemodtageren, nemlig fra fremkomsttidspunktet. Formentlig nås dog samme resultat ud fra

---

1) Se således Udkast til Lov om Aftaler, p. 17.

2) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 28 f.

3) Sml. *Lassen*: Alm. Del, p. 28 ff.: "Den danske rets løfteprincip er således ikke viljesdogmet men forventningsprincippet" (p. 31).
Forventningsprincippet er imidlertid ikke gennemført strengt. Aftl. § 7 hindrer ikke, at løftemodtagerens forventninger lider skuffelse ved, at han læser et tilbud uden at være klar over, at tilbagekaldelsen ligger i postkassen. Og opfylder tilbagekaldelsen de tidsmæssige betingelser i § 7, er det endda ligegyldigt, om løftet eller tilbuddet har nået at virke bestemmende.
"Principper" af den nævnte art kan i det hele taget aldrig angive andet end *hovedtendensen* i retssystemets aftaleret. Bestemmende for enkeltreglerne er i overvejende grad rent *praktiske hensyn*, jfr. hertil *Ussing*: Aftaler, p. 19-27; *Illum*: Forelæsninger over almindelig formueret, p. 28-32.

en "Treu und Glauben"-konstruktion,[4] og selv efter at ordinær tilbagekaldelse er udelukket, vil modtagerens adgang til at benytte sig af tilbuddet kunne begrænses af et regulært forudsætningssynspunkt, nemlig når "die Voraussetzungen von denen der Antragende *für den Empfänger erkennbar* bei seinem Angebot ausgegangen ist, so wesentlich geändert haben, dass ihm die Bindung nicht mehr zugemutet werden kann".[5]

I *engelsk* ret kan et tilbud derimod tilbagekaldes, så længe det ikke er accepteret. Dette gælder - medmindre løftet er afgivet "under seal" - endog selv om tilbudsgiveren har lovet at holde tilbudet åbent i en vis tid, fordi en bundethed forinden accepten ville være uden "consideration".[6] Skæringspunktet er dog acceptantens *afsendelse*. Om *accepten* kan tilbagekaldes efter dens afsendelse er usikkert.[7]

1.3. Den bombastiske form, som løfteprincippet i dansk ret har fået i aftl. § 1, 1. pkt., hvorefter "tilbud eller svar på tilbud er bindende", er vel først og fremmest historisk begrundet, sml. DL 5-1-1 og 5-1-2. Det løfteprincip, der ifølge motiverne "slås fast" i aftl. § 1, og som måske umiddelbart kan virke hårdere og mere "ubilligt" end overenskomstprincippets regler, gør dog kun viljeserklæringer forpligtende "efter de i de følgende paragraffer nærmere angivne regler".[8]

---

4) Jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 372 ved note 5.

5) Jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 458 f.; *Flume*: Allgemeiner Teil II, p. 643 f.

6) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 43, og om consideration nedenfor i kapitel 6, afsnit D, pkt. 2.1.

7) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 35 og 37.
Se dog også den amerikanske regel i UCC sec. 2-205 om såkaldte "firm offers", der ikke kan tilbagekaldes efter fremsættelsen blot som følge af "lack of consideration".

8) Udkast til Lov om Aftaler, p. 17.

Herefter henvises først og fremmest til § 7 (udkastets § 8), som giver en "selvindlysende" ret til tilbagekaldelse af et tilbud, sålænge det "ikke hos løftemodtageren kan vække nogen *berettiget forventning* om en retserhvervelse"[9] (min udhævning).

I samme ånd skal også aftl. § 39 læses. Aftl. § 39 tager sigte på bestemmelsen af *tidspunktet for den gode tro*, der i de svage ugyldighedsregler i aftl. kap. III er en betingelse for en viljeserklærings forbindende virkning. Ifølge aftl. § 39, 1. pkt. er det afgørende, hvad løftemodtageren indså eller burde indse på det tidspunkt, *da viljeserklæringen blev ham bekendt*.

Det relevante tidspunkt for den gode tro i ugyldighedsbedømmelsen er ifølge aftl. § 39, 1. pkt. tidspunktet for kundskab om løftet, og selv om § 39, 1. pkt. ifølge sin ordlyd kun gælder svage ugyldighedsgrunde i aftaleloven, så udtrykker den dog ifølge motiverne en "almindelig retsgrundsætning", der "som hovedregel" må gælde ved enhver svag ugyldighedsbedømmelse eller aftalefrigørelse i det hele taget.[10]

---

9) Udkast til Lov om Aftaler, p. 28.(L.c. p. 75 f. udtales også direkte i tilknytning til § 32, stk. 1 (udkastets § 34, stk. 1), at teori og praksis af sikkerhedshensyn "forlængst" har anerkendt forventnings- eller tillidsteorien).

Det kan dog betvivles hvor fast "forventningsprincippet" egentlig står og hvor meget kundskabstidspunktet som generelt skæringstidspunkt for løftegiverens frigørelsesadgang egentlig betyder. Som nævnt ovenfor i note 3 kan den retstekniske fastlæggelse af tilbagekaldelsen til fremkomsttidspunktet betyde skuffelse *efter*, at løftemodtageren er kommet til kundskab om løftet. Omvendt antages tilbagekaldelsesadgangen at kunne afskæres *inden* tilbudet har skabt nogen forventninger ved de såkaldte "hasardtilbud" såsom handel med forsikringer og lotterisedler, nemlig henholdsvis ved forsikringsbegivenhedens indtræden og udtrækning af lotterisedlens nummer, jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 79 ff.; *Arnholm*: Lærebok i avtalerett p. 49 og 75; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 73. Se også *Lyngsø*: Dansk Forsikringsret, 3. udg. p. 47 f. om forsikringsselskabernes acceptpligt.

10) Jfr. udkast til Lov om Aftaler, p. 91. Det støttes her på "almindelige retsgrundsætninger", at der i hvert fald ikke forinden, erklæringen (løftet) bliver modtageren bekendt, hos ham er "vakt nogen forventning eller tillid, som fortjener retsbeskyttelse". Dette, der

Aftl. § 39 danner her en parallel til tilbagekaldelsesreglen i aftl. § 7 og hviler på nøjagtig samme betragtninger. Når løftemodtager må tåle en tilbagekaldelse efter § 7, og vel at mærke uden at der behøver at angives eller foreligge særlige grunde overhovedet for ønsket om frigørelse fra løftet, så må han klart også tåle løftegiverens frigørelse fra løftet p.g.a. en ugyldighedsgrund, når han kender eller burde kende denne inden for tidsrummet, hvor en vilkårlig tilbagekaldelse er mulig. Dette gælder også kendelige vildfarelser efter den ovenfor fastlagte kundskabsnorm.

Ovenfor i afsnit A er behandlet den situation, at løftemodtageren ved eller burde vide, at løftet blev fremkaldt under indtryk af en aktuel vildfarelse. Det er imidlertid *ligegyldigt*, om der hos løftegiveren foreligger en vildfarelse m.h.t. *aktuelle forhold ved løftets afgivelse*, eller om der foreligger en forudsætning, der kendeligt *brister inden, løftet kommer til modtagerens kundskab*. Disse situationer behandles i ugyldighedslæren ganske ens. Så længe en vilkårlig tilbagekaldelse er mulig, vil ond tro om, at løftet baserer sig på en afgørende urigtig eller bristet forudsætning så at sige træde i tilbagekaldelsens sted i form af ugyldighedsindstiftelse. Dersom der er tale om en motivvildfarelse, d.v.s. en urigtig opfattelse af afgørende forhold, der er aktuelle forinden løftet afgives, er det ligeledes uden betydning, om løftemodtageren får kendskab til sådanne omstændigheder, der bringer ham i ond tro herom, *før eller efter løftets afgivelse*.

Det kan herefter som den teoretiske hovedregel hævdes, at en vildfarelse eller en forudsætningsbrist, der hviler på omstændigheder, som kommer eller burde komme til løftemodtagerens kundskab inden eller samtidig med, at løftet kommer til kundskab, og som samtidig med, at løftemodtage-

---

udtales i tilknytning til *ugyldighedsreglerne*, er reelt identisk med betragtningen ovenfor omkring note 9 ad *tilbagekaldelsesreglen*. Se hertil også *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 30 ff.

ren erfarer om tilbudet, får eller burde få ham til at indse vildfarelsen eller forudsætningsbristen, ud fra "almindelige retsgrundsætninger" frigør løftegiveren[11] i lige så høj grad som løftegiverens ønske om at blive frigjort, der formidles gennem en formelig tilbagekaldelse.[12]

Regler om *tilbagekaldelse* angår spørgsmålet om, hvorvidt løftegiver kan frigøre sig fra løftet *vilkårligt*, d.v.s. uden at et særligt grundlag herfor opgives eller blot eksisterer.[13] Reglerne om *ugyldighed* angår spørgsmålet om, hvorvidt løftegiveren kan frigøre sig fra løftet under påberåbelse af *bestemte grunde*. Medens den vilkårlige frigørelsesadgang rimeligvis ikke kan udstrækkes tidsmæssigt længere, end den begrundede frigørelsesadgang, er det ikke på forhånd udelukket, at det begrundede frigørelsesønske kan imødekommes i forholdsvis længere tid. Dette problem skal nærmere forfølges nedenfor.

2. *Efterfølgende ond tro og ekstraordinær tilbagekaldelsesret. Aftl. § 39, 2. pkt.*

2.1. Når et tilbud er kommet til modtagerens kundskab, forinden en eventuel tilbagekaldelse er kommet frem, er det

---

11) Se om løftegiverens mellemkommende død og inhabilitet hos *Lassen*: Alm. Del, p. 145 ff., og *Ussing*: Aftaler, p. 73 ff.

12) Inden for den "fælles" tidsmæssige ramme er det imidlertid heller ikke altid ligegyldigt om man vælger at "tilbagekalde" eller påberåbe sig en ugyldighedsgrund. Sender man en meddelelse, der kommer frem, inden løftet kommer til kundskab, vil det frigøre løftegiver, alene dersom meddelelsen anerkendes som en "tilbagekaldelse", hvorimod de tidsmæssige betingelser til ugyldighedspåberåbelsen ikke er opfyldt, da der hertil kræves viden eller burde viden om ugyldighedsgrunden senest samtidig med kundskab om løftet. Kommer meddelelsen omvendt aldrig frem i sin formelige form, er der ikke sket tilbagekaldelse efter § 7, hvorimod ugyldighedsreglerne efter omstændighederne kan gøres gældende, dersom f.eks. løftemodtageren samtidig med, at han erfarer om tilbudet, husker at tilbudsgiveren lige forinden ihærdigt, men forgæves, har forsøgt at kontakte ham, og han har mistanke om, at dette har sammenhæng med tilbudet.

13) Den frie tilbagekaldelsesadgang afgrænses dog *negativt*, idet der - uanset betingelserne i øvrigt er opfyldt - ikke hjemles tilbagekaldelsesret under visse omstændigheder ved såkaldte hasardtilbud, jfr. ovenfor note 9 i.f.

bindende som sådant. Når accepten af tilbudet er kommet til tilbudsgiverens kundskab, er det i accepten indeholdte løfte (tilbudsvirkning) ligeledes bindende, og dette i forbindelse med acceptens påbudsvirkning bevirker, at der nu er sluttet en gensidigt bebyrdende aftale, jfr. aftl. § 7.

At udstrække de "svage" aftaleretlige frigørelsesmuligheder til at kunne basere sig på omstændigheder, der, selv om disse foreligger fra begyndelsen, først oplyses efter kundskabstidspunktet, således som dette tidspunkt er fastlagt i de netop behandlede regler i aftl. § 7 og § 39, 1. pkt., er det samme som at åbne mulighed for at erklære en aftale uforbindende, selv efter den er endeligt sluttet, uden at dette kan begrundes hverken i et bebrejdelsesværdigt forhold hos løftemodtageren ved kontraktsafslutningen eller i efterfølgende ændringer i de til grund for aftalen liggende forhold. At tillægge den *efterfølgende onde tro* hos løftemodtageren relevans for ugyldighedsbedømmelsen, er derfor f.s.v. et angreb på selve kontraktsinstituttet og det til grund herfor liggende hensyn til løftemodtagerens forventninger og omsætningens sikkerhed.

Denne frigørelsesmulighed eksisterer imidlertid for så vidt angår de i aftl. kap. III nævnte svage ugyldighedsgrunde med udtrykkelig hjemmel i *aftl. § 39, 2. pkt.*; og hvor løftemodtageren under de i aftl. § 39, 2. pkt. nævnte betingelser kommer i efterfølgende ond tro om en afgørende *vildfarelse*, må de bag denne paragraf liggende motiver generelt føre til at gøre løftet uforbindende.

2.2. Det er muligvis heller ikke i denne forbindelse, når man taler om frigørelse i tidsrummet mellem "kundskabstidspunktet" og "indrettelsestidspunktet", så afgørende, om man vil anfægte forholdet som *ugyldigt* eller løftet blot som *tilbagekaldt*. Også omfanget af løftegiverens adgang til uden tilstedeværelse af en ugyldighedsgrund at frigøre sig fra et løfte, efter at dette er kommet til løftemodtagerens kundskab, skal nemlig et stykke ad vejen bedømmes meget tæt sam-

men med løftegiverens adgang til at frigøre sig fra et løfte, der omfattes af en svag ugyldighedsgrund, som løftemodtageren først kendte eller burde kende efter, at løftet blev ham bekendt, smh. aftl. §§ 7 og 39, 2. pkt:[1)]

Aftl. § 39, 2. pkt. modificerer udtrykkeligt samme paragrafs 1. pkt., således at der kan tages hensyn til den kundskab, løftemodtageren har fået eller burde have fået efter det nævnte tidspunkt, men forinden viljeserklæringen har *virket bestemmende* på hans handlemåde.

Aftl. § 7 er tilsvarende *bevidst formuleret negativt* for "at antyde en noget friere stilling for domstolene i retning af at tillægge en tilbagekaldelse, der strengt taget ikke er kommet frem inden eller samtidig med, at tilbudet er kommet til den anden parts kundskab, betydning, når den under hensyn til de reale grunde og efter almindelig opfattelse i den pågældende art af forretninger ganske må ligestilles med en tilbagekaldelse, der virkelig er kommet frem inden eller samtidig med, at tilbudet er kommet til den anden parts kundskab".[2)] I U 1948.748 SH blev en løftegiver frigjort, selv om tilbagekaldelsen først nåede frem umiddelbart efter, at tilbudet var kommet til modtagerens kundskab, idet tilbudet ikke havde nået at virke bestemmende på løftemodtagerens handlemåde, og idet løftegiveren "med en vis føje" måtte regne med, at tilbagekaldelsen ville komme frem senest samtidig med tilbudet. *Lassen* mener ikke, at § 7 er til hinder for, at man i overensstemmelse med almindelig retsopfattelse "efter omstændighederne" kan anerkende en tilbagekaldelse, der "fremkommer *umiddelbart efter*, at skyld-

---

1) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 92 (smh.m. p. 29 f.).

2) Udkast til Lov om Aftaler, p. 29 f.
Sml. de norske motiver i Utkast til Lov om avtaler, p. 36 f., samt *Bugge*: Avtaleloven med motiver, 3. utg. 1949, p. 26 f. hvor en tilbagekaldelse fremkommet *umiddelbart efter*, at løftet er kommet til kundskab, under "særegne omstændigheter" anerkendes at kunne være omfattet af tilbagekaldelsesretten i § 7.
Man skal også være opmærksom på, at modtageren af en for sen tilbagekaldelse efter omstændighederne kan miste sin ret ifølge løftet, hvis han ikke reklamerer overfor forsinkede tilbagekaldelser.

erklæringen er blevet adressaten bekendt, og *forinden han har foretaget eller undladt noget i henhold til løftet*, jfr. aftl. § 39 ... dog sikkert ikke, når den først fremkommer, efter at skylderklæringen er accepteret".[3] De danske motiver opregner de samme tre omstændigheder som *Lassen*, men ikke "sideordnet" som ham. Ifølge motiverne skal tilbagekaldelsen komme frem umiddelbart efter kundskabstidspunktet, *"eller dog forinden"* tilbudet har virket bestemmende (min udhævning).[4] Denne formulering giver noget videre rammer end *Lassens*. Kravet om, at tilbudet ikke må være accepteret, for at tilbagekaldelse kan ske, ligner et uægte barn af overenskomstteorien,[5] og det opretholdes ikke i senere teori, der helt og holdent henholder sig til aftl. § 39, 2. pkt.'s kriterier.[6]

---

3) *Lassen*: Alm. Del, p. 42 f.; jfr. *samme*: Vilje og Erklæring, p. 53 f.

4) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 29.

5) Se dog nedenfor ved note 14.

6) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 49; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 74; *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 31-33, 60 f., 63. Ligeledes i norsk teori *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 297 f. Derimod vil *Arnholm*: Lærebog i avtalerett, p. 50, forsigtigt kræve, at der ikke går lang tid over kundskabstidspunktet, og han vil vægte "særlige undskyldninger" højt. Dansk teori såvel som retspraksis tolker nok kravet om "særlige omstændigheder" som en mere fri billighedsregel, og selv kravet om, at tilbudet ikke må have virket bestemmende, er skønspræget, jfr. om praksis nedenfor. *Norsk praksis* synes dog også at ligge på linje med den danske, således at kravet om særlige grunde, der herefter må fortolkes principielt ens f.s.v. angår ugyldighed såvel som tilbagekaldelse efter kundskabstidspunktet, fortolkes ganske lempeligt, hvor det er nødvendigt for at nå et rimeligt resultat, jfr. f.eks. NRt. 1926.597, 1936.803, RG. 1948.401, 1954.193, 1961.710, 1963.679, 1975. 524, NDs. 1950.234. Også den tidsmæssige grænse opfattes efter omstændighederne lempeligt, således blev i NRt 1936.803 over 14 dage godtaget. *Svensk praksis* tolker derimod aftl. § 39, 2. pkt. meget snævert. Når *Adlercreutz*: Avtalrätt I, 1968, p. 109, således ikke er i stand til at anføre én eneste svensk Højesteretsdom, som har anvendt § 39, 2. pkt. i en egentlig ugyldighedssituation, forekommer dens analoge anvendelighed på mere "vilkårlige" tilbagekaldelser helt akademisk. Henvisningen hos *Adlercreutz* l.c., p. 23 note 2 til muligheden herfor forekommer også ret tam. Sml. også *Almén og Eklund*: Lagen om avtal, 9. uppl., p. 33 f., der har meget lidt til overs for reglen.

Accepten opfylder ikke i sig selv kravet om, at tilbudet skal have "virket bestemmende", jfr. f.eks. Jur. D. 1942.331, U 1948.748 SH, U 1952.918 V og U 1969.579 Ø. I Jur. D. 1942. 331 fandtes løftegiveren "berettiget til i overensstemmelse med reglerne i aftalelovens § 7, jfr. § 39, 2. pkt., eller denne bestemmelses analogi, at tilbagekalde sit tilbud, uanset at [løftemodtageren] har nået at acceptere det".

2.3. Man kan imidlertid ikke for denne *ekstraordinære tilbagekaldelsesret* bygge på § 7's "komme frem"-kriterium, men må efter analogien fra aftl. § 39, 2. pkt. udgå fra et ondtroskriterium.[7] Da en tilbagekaldelse efter § 7 (smh. m. § 39, 2. pkt.) er "vilkårligt" i den forstand, at der ikke behøver være tale om nogen ugyldighedsgrund, som man kan

---

7) Gængs teori synes ikke at være opmærksom på denne problematik og antager måske dermed implicit, at fremkomsttidspunktet også er relevant for den *ekstraordinære* tilbagekaldelse, efter løftet er kommet til modtagerens kundskab, men inden det har virket bestemmende. Hvor der gives eksempler på situationer, hvori den ekstraordinære tilbagekaldelsesret bør anerkendes, anføres dog altid mundtlig eller telefonisk tilbagekaldelse, således at fremkomst- og kundskabstidspunkterne er sammenfaldende, hvilket måske indicerer det modsatte. Se *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 297 f.; *Lassen*: Vilje og Erklæring, p. 53 f.; *samme*: Alm. Del, p. 42 f.; *Ussing*: Aftaler, p. 49; *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 50; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 74; *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 33, 34. Spørgsmålet drøftes dog explicit hos *Mads Henry Andenæs* i Jussens Venner 1977, p. 101 ff.

Støtte for, at den ekstraordinære tilbagekaldelse til sin frigørelsesvirkning må kræve, at modtageren kommer i ond tro herom, og at tilbagekaldelsen i denne ekstraordinære situation altså ikke blot skal være kommet frem til modtageren, kan dog måske findes i de *svenske motiver*, jfr. NJA II 1915, p. 179, hvor der i relation til denne ekstraordinære tilbagekaldelse tales om, at afgiveren "bringer detta till mottagarens kännedom".

Der kan nævnes en *finsk højesteretsdom i NDs 1969.460*, hvor man anerkendte tilbagekaldelsesret i medfør af aftl. §§ 7 og 39. Dens præjudikatsværdi for det her omhandlede problem er nok ikke helt sikker, da tilbagekaldelsen skete telefonisk, og fremkomst- og kundskabstidspunkterne derfor også her var sammenfaldende; men efter præmisformuleringen går dommen dog nærmest imod det her forfægtede, idet man lagde vægt på, at den telefoniske tilbagekaldelse var "kommit till handa" (jfr. identisk formulering i den svenske og finske aftl. § 7), inden løftet havde virket bestemmende på løftemodtagerens handlemåde.

sige, at løftemodtageren "indså eller burde indse", må denne kundskab endvidere relatere sig til *selve tilbagekaldelses-erklæringen*.

For at forstå den *selvstændige* betydning af denne ekstraordinære tilbagekaldelsesret må samspillet mellem aftl. §§ 33 og 39 først fremlægges, idet en del erklæringer såvel vil kunne tilbagekaldes efter § 7 smh. m. grundsætningen i § 39, 2. pkt. som kendes ugyldige efter § 33, jfr. § 39, 2. pkt.

Til de "omstændigheder", der ifølge § 33 kan begrunde ugyldighed, kræves ifølge paragraffens ordlyd, at de "forelå, da erklæringen kom til løftemodtagerens kundskab". Aftl. § 33 omfatter altså i sig selv såvel omstændigheder, der indtræffer før som efter løftets afgivelse.[8] Men sådanne omstændigheder kan i jævnførelse med § 39, 2. pkt. også hjemle ugyldighed, selv om de først *opstår efter, at løftet er kommet til modtagerens kundskab*.[9] Hertil kommer, at de for ugyldigheden relevante "omstændigheder" kan bestå alene i, at løftegiveren har *forsøgt at tilbagekalde* løftet.[10] Dette, at løftegiveren, selv om der egentlig ikke foreligger nogen selvstændig ugyldighedsgrund, så at sige selv kan fabrikere én

---

8) Det sidste antages ikke i *svensk* ret, jfr. *Adlercreutz*: Avtalsrätt I, p. 120, hvilket har sammenhæng med den lidt anderledes svenske formulering, der taler om "omständigheterna vid dess [d.v.s. "rättshandlingens", løftets] tillkomst". Dog anderledes *Karlgren* i SvJT 1933, p. 226 f.

9) Strengt taget er der ikke basis for antagelse heraf efter ordlyden af §§ 33 og 39; men det antages alligevel med støtte i de norske motiver af en enig dansk og norsk teori, jfr. Utkast til lov om avtaler, p. 76, og hertil *Stang* i TfR 1930, p. 75 note 32, samt *Ussing*: Aftaler, p. 171 note 7, og *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 146. *Adlercreutz*: Avtalsrätt I, p. 121, afviser i forlængelse af det i forrige note nævnte og nærmest af systematiske grunde en sådan anvendelse af § 33; men han ser ikke den nordiske retsenhed truet, da han mener, svensk ret i enkelttilfældene vil nå de samme resultater "på annat sätt", jfr. l. c., note 3.

10) Jfr. således *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 591 f.; *samme* i TfR 1930, p. 79 f.; *Ussing*: Aftaler, p. 174 med note 23; *Arnholm*: Lærebok i Avtalerett, p. 258 f.

gennem *forsøg* på en vilkårlig tilbagekaldelse, der i sig selv kan være såvel en "omstændighed" i § 33's forstand som en "særlig omstændighed" efter § 39, 2. pkt., har fået *Mads Henry Andenæs* til at fornægte, at læren om en ekstraordinær tilbagekaldelsesret overhovedet skulle have nogen selvstændig betydning. "At løftemottaker kjenner eller burde kjenne tilbakekallsforsøget før han har innrettet seg, blir da den tilstrekkelige og nødvendige betingelse for at løftegiver kan bli ubundet hvis "særlige grunner" foreligger.[11] Herved synes *Andenæs* imidlertid at overse, at der, foruden § 39's krav om "særlige omstændigheder", til ugyldighed efter § 33 *også* kræves, at en påberåbelse af løftet vil "stride imod almindelig hæderlighed", og at det er *udover* kravet om *uhæderlighed*, at § 39 stiller krav om, at omstændighederne skal være "særlige". Dette anføres explicit af *Stang* som begrundelse for at turde give denne ugyldighedsregel så vide rammer, at også *efterfølgende* omstændigheder og efterfølgende ond tro herom omfattedes. "Tilbake staar jo nemlig den restriktion, at det skal stride mot redelighet eller god tro at gjøre erklæringen gjældende".[12] Og selv om ond tro om et tilbagekaldelsesforsøg *kan* være en relevant "omstændighed" efter aftl. § 33, vil selv viden herom på ingen måde eo ipso indstifte "uhæderlighed". Hvis en løftemodtager efter at have erfaret om løftet hører, at løftegiveren har forsøgt at kontakte ham, og han tillige tror, at kontakten er forsøgt med henblik på tilbagekaldelse af løftet, er det ikke uhæderligt til trods herfor at videredisponere over den tilbudte vare, når løftemodtageren med rimelig føje anser tilbagekaldelsesforsøget begrundet i en misforståelse eller fejlvurdering af forholdene og ikke udtryk for løftegiverens sande interesser. I denne situation kan løftet ikke kendes

---

11) Jfr. *Mads Henry Andenæs* i Jussens Venner 1977, p. 102-104.

12) Jfr. *Stang* i TfR 1930, p. 80 (udtrykket "redelighet eller god tro" er synonymt med den danske henvisning til "almindelig hæderlighed", jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 74).

ugyldigt efter § 33 jfr. § 39, 2. pkt.; men løftegiveren kan, dersom der foreligger "særlige omstændigheder" frigøres gennem en ekstraordinær (fuldført) *tilbagekaldelse* med hjemmel i § 7 smh. m. § 39, 2. pkt.

For ikke at forvrænge proportionerne må det tilføjes, at denne frigørelsesmulighed er en *undtagelse*.

I U 1951.831 Ø modtog en køber en halv time efter, at han havde oprettet slutseddel om køb af en bil, et telegram, der på afgørende måde fik hans forudsætninger for købet til at briste, og han forsøgte derefter så vidt ses straks at annullere handlen, hvilket sælgeren afviste. Da sagen alene procederedes på og afgjordes efter reglerne om bristede forudsætninger, underkendtes køberens afbestilling imidlertid p.g.a. manglende relevans. Procederet på aftl. § 7 smh. m. § 39, 2. pkt., ville sagen muligvis have stået stærkere.

2.4. Det kunne vel umiddelbart, som også af aftalelovskommissionen diskuteret, synes mest rationelt, om man altid skulle tage hensyn til kundskab, som erhverves, inden viljeserklæringen har *virket bestemmende* på løftemodtagerens handlemåde. Sålænge dette ikke er tilfældet, vil viljeserklæringen ikke have influeret på hans formuesfære, og løftegiverens frigørelse stiller ikke løftemodtageren ringere, end dersom løftet aldrig var blevet afgivet. Løfteprincippet krydses her af et *re integra-princip*, der inspireret af engelsk (og amerikansk) ret før aftaleloven havde vundet udbredelse i handelskredse.[13] Ifølge dette princip tillodes tilbagekaldelse, så længe ingenting var sket (re integra) i anledning af løftet.[14]

Aftalelovskommissionen gik heller ikke ind for en principiel forkastelse af re integra-lærens hensyn. Sigtet med aftaleloven var for det meste blot at kodificere allerede

---

13) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 29 (smh. m. p. 92). Hertil *Bugge*: Avtaleloven med motiver, p. 26 f.

14) Herefter tillodes dog ikke tilbagekaldelse efter, at løftet var blevet *accepteret*; det kan lige så vel være herfra som fra den kontinentale overenskomstteori, at lovmotiverne og *Lassen*, som nævnt ovenfor ved note 3 og 4, har denne begrænsning.

gældende ret ved opklarende og præciserende regler, og det væsentligste *nye* ved aftaleloven var endda givetvis på flere punkter en anerkendelse af en *øget* adgang for frigørelse af løftegiveren.[15] Det afgørende for, at aftalelovskommissionen ikke turde give læren *positiv* hjemmel i § 7 samt valgte at give reglen i aftl. § 39, 2. pkt. et "snævrere omfang", end læren ville hjemle, var derimod, at "det ville være uretfærdigt at pålægge erklæringens modtager bevisbyrden for, at han har indrettet sig i henhold til erklæringen". Der kan også ved løftet være skabt en *negativ* påvirkning, således at løftet har afholdt modtageren fra at indgå andre retshandler, og et sådant bevis vil være meget vanskeligt eller direkte umuligt at føre i mange tilfælde. "Navnlig under hensyn til sådanne betragtninger har man ment at måtte give undtagelsesbestemmelsen i [§ 39, 2. pkt.] [16] et snævrere omfang."[17]

Begrænsningen i betydningen af den efterfølgende onde tro, som løftemodtageren kommer i, inden løftet har virket bestemmende på hans handlemåde, skal altså primært søges i *bevishensyn*. Kommissionen begrunder *ikke* begrænsningen i frigørelsesmuligheden med det tilfældighedsmoment, der ligger i, at løftemodtageren efter kundskab om løftet berettiget og uden risiko *kan* træffe foranstaltninger i henhold til løftet, hvorved løftegiveren efter dette kundskabstidspunkt *ikke kan regne med* en frigørelsesmulighed på dette grundlag, og - trods bekendelsen til forventningsprincippet andetsteds - heller ikke i et hensyn til løftemodtagerens *tillid* til løftet og *dispositionsfrihed* derigennem.

2.5. Der skal herefter ses lidt nærmere på principperne bag *aftl. § 39, 2. pkt.* og den almindelige retsgrundsætning,

---

15) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 16.

16) "§ 41, 2det stykke" i Udkastet.

17) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 92.

der ved en afvejning af løfte- og forventningsteorien contra re integra-læren er kommet til udtryk heri.

Det er omsætningens fundament, at den løftemodtager, der opfylder samfundets handelsnormer for agtsomhed og hæderlighed, uden risiko må kunne indrette sig på løftet. Har dette derfor under sådanne omstændigheder nået at virke nævneværdigt[18] *"bestemmende"* på hans handlemåde, vil en senere opstået ond tro om holdbarheden af løftegiverens motiver som udgangspunkt være uden indflydelse på erklæringens forbindende virkning. Men i tiden indtil da er det uanset løftemodtagerens kundskab om løftet muligt under *"særlige omstændigheder"* at gøre viljeserklæringen uforbindende. Domstolene er ved udfyldningen af disse begreber tillagt *et friere skøn*.[19] Selv om kravene til "særlige omstændigheder" og "forinden .... virket bestemmende" ifølge paragraffens ordlyd opstilles uafhængigt af hinanden, og retningslinjerne for kriteriernes fastlæggelse også kan afstikkes hver for sig, er der næppe tvivl om, at retspraksis i den konkrete anvendelse af aftl. § 39, 2. pkt., som den rene billighedsregel den er, vil lade kriterierne påvirke hinanden. Således f.eks. tage "bestemmelseskriteriet" cum grano salis, hvis der er meget tungtvejende "særlige grunde".

Den tidsmæssige barriere, som udtrykket "virket bestemmende" sætter, indsnævres muligvis undertiden i praksis i forhold til den sprogligt holdbare grænse. Praksis synes nemlig at tage et vist generelt hensyn til *hvor lang tid*, der er gået, inden løftemodtageren, der i oprindelig god tro

---

18) "Ved den valgte udtryksmåde er antydet, at bestemmelser eller dispositioner fra den pågældendes side, der definitivt skulle udelukke, at viljeserklæringen kendes ugyldig, ikke må være af helt betydningsløs karakter", jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 92. Det afgørende for løftegiverens ansvarsfrie frigørelsesret må være, om frigørelsen vil påføre løftemodtageren et økonomisk tab. Sml. *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 26 f.

19) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 92: "Særlige omstændigheder" betyder "særlige billighedshensyn".

har modtaget løftet, efterfølgende kommer i ond tro, således at en "senere" tilbagekaldelse eller ugyldighedspåberåbelse *i sig selv* synes at kunne være en overtrædelse af betingelserne i aftl. § 39, 2. pkt. - måske fordi tiden i sig selv indicerer en indrettelse efter løftet.[20] I U 1969.579 Ø, der støtter resultatet om løftets uforbindende virkning på aftl. § 39, 2. pkt. jfr. § 32[21] synes man at have strakt sig langt ved at indrømme tilbagekaldelse 4 dage (3 hverdage) efter løftets afgivelse. Se dog endvidere U 1959.492 H hvor tilbagekaldelse anerkendtes efter *en uge* ifølge aftl. § 39, 2. pkt. jfr. § 25.

I *handelskøb* må formentlig kræves, at tilbagekaldelsen sker så umiddelbart efter, at løftet er kommet til modtagerens kundskab, at denne *med sikkerhed* ikke kan have indrettet sig efter det, hvilket normalt sætter snævre tidsmæssige grænser. I U 1959.492 H forelå særlige holdepunkter for, at tilbudet ikke havde virket bestemmende; men den dér anerkendte tilbagekaldelse efter en uge må absolut være undta-

---

20) Sml. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 34 ff., der måske med rette opfatter dette som et udslag af betingelsen om "særlige omstændigheder". Hertil også *Stig Jørgensen* i Gemensam lagstiftning i rättstillämpningen, NU 1961:6, p. 41 f.; *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 50.

Uanset om der efter en almindelig målestok måske ikke er forløbet lang tid, og løftemodtageren rent faktisk ikke har indrettet sig efter løftet, vil alene den omstændighed, at den ugyldighedspåberåbende kun har udvist meget lidet ihærdige anstrengelser for at forhindre løftemodtageren i at "indrette sig" efter løftet, kunne bevirke, at der ikke (længere) foreligger "særlige omstændigheder" for at berøve løftemodtageren hans tilsagte ret, jfr. NRt 1966.292. Som eksempel på, at der iøvrigt lægges megen vægt på reklamationens hurtighed, når løftemodtageren er i god tro, kan nævnes U 1929.825 Ø.

21) Som påpeget af *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 51 note 87, kunne i sagen også have været inddraget *condictio indebiti*-betragtninger, idet køberen betalte ud fra den opfattelse, at hun *allerede var* kontraktsmæssigt forpligtet.

Det er ikke rigtigt, når *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 23, udlægger dommen som værende et spørgsmål om *fortrydelse* (ombestemmelse) i stedet for rettelse af en *fejltagelse*. Der er næppe heller tale om, at aftl. § 39 anvendtes i forbindelse med *aftl. § 7*, således som dommen udlægges hos *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 525. Se imidlertid om aftl. § 39 og fortrydelse (tilbagekaldelse) lige ovenfor ved note 1-3.

gelsen.[22)]

Er der kun forløbet meget kort tid - minutter eller eventuelt timer - vil dette naturligvis spille ind i vurderingen med den modsatte effekt. Specielt vil man i så fald nok være tilbøjelig til at tage hensyn til en fejltagelse, hvor erklæringen fremkommer under omstændigheder, der bør få modtageren til at indse, at den er eller kan være "hastværksarbejde".

Til eksempel kan fremdrages U 1966.588 H, der drejede sig om offentliggørelse af et urigtigt totalisatorresultat til brug for udfindelse af vinderen i et V-5 væddemål umiddelbart efter et hestevæddeløbs afslutning. Ifølge totalisatorreglementet, der ikke kunne opfattes som blot et internt ordensreglement, men netop henvendte sig til publikum, kunne ingen fremkomne protester eller forandrede afgørelser af løbets resultat føre til omregulering af gevinstberegningen, når et løbsresultat endeligt (d.v.s. uden anvendelse af betegnelsen foreløbig) var offentliggjort af løbets dommere. Højesteret fandt, at banens totalisator på dette grundlag normalt ville have pligt til at foretage gevinstudbetaling i overensstemmelse med de som endelige annoncerede resultater, og at der altså lå en løftevirkning i resultatopslagene; men da berigtigelsen fandt sted i løbet af få minutter, fandtes der ikke konkret at være skabt en sådan forventning, som burde nyde retsbeskyttelse.

Det fremhæves ofte, at kravet om, at løftet ikke må have virket bestemmende, er en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse for, at løftet kan erklæres for uforbindende,[23)] og dette har da også støtte i ordlyden af aftl. § 39, 2. pkt.. Ikke desto mindre er det næppe holdbart at hævde, at dette krav altid er en nødvendig betingelse, hvor løftemodtageren ikke burde indse (og altså end ikke have begrun-

---

22) Kommenteret af *Gjerulff* i TfR 1960.220 ff.

23) Således f.eks. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 35. Se henvisningerne l.c., i note 67 a.

det mistanke om), at løftet beroede på en fejltagelse. Begrænsningen i den frigørelsesmulighed, der rummes i aftl. § 39, 2. pkt., skyldes et hensyn til den løftemodtager, der i begrundet god tro har modtaget viljeserklæringen og indrettet sig derpå;[24] men det vil formentlig være således, at retten generelt for *visse* situationer, selv om der ikke måtte være positive holdepunkter for tvivl om løftets rigtighed og endelighed, *ikke vil acceptere* en sådan indrettelse efter løftet som afgørende retsfaktum, *før der er gået en vis tid*, efter løftemodtageren har fået kundskab om løftet - specielt netop hvor løftet fremtræder som i mindre grad gennemarbejdet eller gennemtænkt.

Dette hænger sammen med, at der findes *grader* af forventning. Der kan foreligge en usikkerhed om forholdene, der ikke er tilstrækkelig til at statuere uagtsomhed før kundskaben om løftet, og aftl. § 39, 2. pkt. kan her nuancere frigørelsesreglerne. I NRt 1926.597 lægges således til anvendelsen af § 39, 2. pkt. vægt på, at løftegiver havde "gitt et vist uttrykk for", at løftemodtageren ikke kunne være "helt sikker" på at få den tilbudte vare, og i NRt 1964.1260 modsat, at løftemodtageren efter omstændighederne "måtte ha grunn til å regne med at tilbudet var betryggende overveiet". § 39, 2. pkt. kan her i realiteten efter omstændighederne indstifte en særlig undersøgelses- eller snarere *afventningspligt* for løftemodtageren, som bliver afgørende for løftets forbindende virkning, *uden* at en tilsidesættelse heraf dog tør karakteriseres som så uagtsom, at løftemodtageren på kundskabstidspunktet kan siges at burde have indset en eventuel fejltagelse.

Resultatet i den netop anførte væddeløbsdom var næppe blevet anderledes, selv om de præsumptive vindere f.eks. havde nået at udtrykke deres glæde over gevinsten ved at give en omgang øl til de omkringstående eller havde nået at

---

24) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 91.

indgå en handel, som netop gevinsten satte dem i stand til at opfylde, og altså således havde "indrettet sig" på løftet. Erklæringer af denne art skaber næppe straks eller umiddelbart den beskyttelsesværdige forventning om erklæringens "rigtighed og endelighed", der er synonymt med en begrundet god tro i denne udvidede forstand.

Selv om grundsætningen i aftl. § 39, 2. pkt. er en konkret billighedsregel, der undertiden går ud over "virket bestemmende-tidspunktet", så må den dog antages almindeligvis at opsætte en vis *snævrere* tidsmæssig grænse, uden hensyn til hvorvidt bevis eller blot sandsynliggørelse kan fremføres for, at løftemodtageren - som det hedder i det norske udkast, og hvormed der menes det samme - "har indrettet sig" efter viljeserklæringen.[25] Dette følger også af, at grundsætningens begrænsning er gjort primært af *bevishensyn* - hensyn der må accentueres i takt med tiden.

2.6. Den tidsmæssige ramme kan materielt udfyldes, når der foreligger "særlige omstændigheder". Dette er i udstrakt grad et billighedsskøn, jfr. ovenfor note 19.

Hvad der specielt interesserer i den her omhandlede forbindelse er, hvorvidt en vildfarelse eller en ren og skær fejltagelse fra løftegiverens side i sig selv kan opfylde betingelsen om "særlige omstændigheder". Dette giver nogle domme en vis støtte for.[26]

Den allerede nævnte væddeløbsdom U 1966.588 H kan anføres. Dommen giver det indtryk, at fejltagelsen *i sig selv* er en "særlig omstændighed". Se også U 1929.1084 SH om annullation ved en fejltagelse. Modsat kan dog anføres U 1942.269 H, hvor en spiller i god tro fik udskrevet en bon, der gjaldt

---

25) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 92 og 119.

26) Sml. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 37 f.

for et løb, som var afsluttet. Her ville retten ikke anvende aftl. § 39, 2. pkt.[27] Det har dog her sikkert også spillet ind, at man først kunne gøre spilleren opmærksom på fejltagelsen mange timer senere, da han ønskede at indløse bonen. Iøvrigt må man ikke ved udskrivelse af en bon eller et andet værdipapir på samme måde som ved offentliggørelse af f.eks. et væddeløbs- eller tipsresultat umiddelbart efter løbets eller spillets afslutning være forberedt på muligheden for efterfølgende korrektioner.

Kriterierne må imidlertid nok i det hele taget afpasses efter *hvilken kontraktssituation*, deres anvendelse kommer på tale i.

Som den ene yderlighed kan eksempelvis nævnes *licitationer*, hvor der gør sig særlige betænkeligheder gældende med hensyn til at bringe reglen i aftl. § 39, 2. pkt. i anvendelse.[28] Selv om tilbudene vel ikke sjældent må udarbejdes under et vist tidspres, og der notorisk i et ikke helt lille antal tilfælde forekommer fejl i licitationstilbud, må tilbudene alligevel kunne forventes afgivet efter nøje overvejelser, hvilket sammenholdt med ulempen for udbyderen og eventuelt også for de øvrige bydende ved en usikkerhed omkring det udbudte arbejde formentlig vil være tilstrækkeligt til ikke at anse betingelserne i aftl. § 39, 2. pkt. opfyldt og dermed til ikke at acceptere efterfølgende tilbagekaldelse, når tilbudene er blevet åbnet. Se hertil f.eks. U 1951.1066 H og U 1977.1036 V.

Fejltagelser, der ligger til grund for aftaler, som har et væsentligt kommercielt præg, vil man nok i det hele taget være tilbageholdende med at lade indstifte en "særlig omstændighed", medmindre også *andre* momenter taler for det-

---

27) Cfr. Jur. D. 1944.295, hvor et med 1942-dommen næsten identisk sagsforløb fik et modsat resultat. Muligvis dækker dette resultat dog over en forskellig godtrosvurdering.

28) Jfr. hertil *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, 2. udg., p. 348 f.

te resultats billighed.[29] Bl.a. vil man (foruden det mere eller mindre objektiverede kendelighedskrav) nok også indrage en bedømmelse af fejltagelsens eller fejlbedømmelsens *undskyldelighed*, jfr. formentlig U 1978.847 Ø, samt konsekvenserne for parterne af aftalen henholdsvis aftalens opløsning.

På den anden side vil man nok ved *gavetilbud* eller tilbud, som trods en modydelse har præg af en "vennetjeneste", være tilbøjelig til at indrømme en udvidet adgang til ugyldighedspåberåbelse eller tilbagekaldelse.[30]

Der er her en glidende overgang fra at opfatte en tilkendegivelse således, at den efter en vurdering ud fra sædvane og forholdets natur slet ikke skal have retlig virkning som løfte[31] og til at lade løftets manglende værdi for "omsætningen" tale for en øget adgang til at frigøre sig fra løftet.[32] Domme som f.eks. U 1939.895 Ø og U 1956.245 H, der begge drejede sig om offentliggørelsen af et fejlagtigt resultat af en brevduekapflyvning til brug for beregning af totalisatorgevinster, synes at illustrere dette. Med en begrundelse, der reelt er enslydende med U 1956.245 H, siges det i U 1939.895 Ø: "Ved det stedfundne opslag af det oprindelig konstaterede resultat af flyvningen findes der ikke hos de personer, der herefter ville have været berettiget til gevinst, at være skabt en sådan berettiget forventning om dette resultats absolutte rigtighed og endelighed, at det har kunnet afskære fra den senere foretagne

---

29) Jfr. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 36 ff., 47 ff.

30) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 298 note 34 in fine og p. 553 note 14; *Ussing*: Aftaler, p. 50 og 158; *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 36. Fra norsk praksis kan direkte anføres NRt 1926.597; men også NRt 1936.803 og RG 1948.401.

31) Se hertil *Ussing*: Aftaler, p. 37 f.

32) Se *Ussing*: Aftaler, p. 49 f., 126 f. og 158; *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 36 f. Se imidlertid om tipning og spil *Gomard og Skovgaard* i U 1979 B, p. 254 ff., især p. 250.

berigtigelse." Dommene nævner ikke aftl. § 39, og det er derfor usikkert, om begrundelsen skal søges i denne bestemmelse eller i, at spillekonditionerne sammenholdt med resultatopslagene slet ikke er blevet taget som et løfte i aftalelovens forstand.[33)]

At en fejltagelse imidlertid også i "regulære" handelsforhold i sig selv *kan* være en "særlig omstændighed", antyder flere domme, der som begrundelse for at erklære løftet uforbindende ikke henviser til andre omstændigheder. I U 1911.643 LOHS[34)] fik køberen af sælgerens staldmester udpeget en forkert hest som salgsobjekt. Uvidende om dette solgte sælgeren straks efter hesten til køberen. Da køberen imidlertid umiddelbart efter blev gjort bekendt med fejltagelsen, således at han ikke havde kunnet nå at indrette sig økonomisk på handlen, fandtes han ikke at kunne fastholde sælgeren på salget af den "forkerte" hest. Ganske samstemmende er afgørelsen i U 1952.918 V. Sælgeren accepterede køberens bud på 9.500 kr., idet han havde opfattet det som lydende på 10.500 kr. Da sælgeren imidlertid umiddelbart efter, og inden aftalen kunne have nået at sætte sig økonomiske spor hos køberen, blev gjort opmærksom på misforståelsen, fandtes han uden henvisning til andre "særlige omstændigheder" at kunne frigøre sig fra aftalen.

2.7. Muligvis er man generelt villig til at trække videre rammer for retten til at tilbagekalde *mundtlige* løfter.

I aftl. § 3, stk. 2, indeholdes den regel, at mundtlige tilbud, hvor der ikke udtrykkeligt indrømmes betænkningstid, skal accepteres straks. Denne lovbestemmelse er udtryk for,

---

33) Se således *Illum* i U 1971 B, p. 220 f., i modsætning til *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 37 f.. *Ussing*, der nævner U 1939.895 i Aftaler såvel p. 50 note 15 som p. 158 note 27, synes ikke klart at tage stilling.

34) Denne dom er fra før aftaleloven; men reglen i aftl. § 39, 2. pkt. betød i hvert fald ikke i civilkøb nogen indskrænkning i tilbagekaldelsesadgangen re integra - før noget var sket, jfr. ovenfor ved note 15.

at det, hvor parterne står personligt over for hinanden eller taler sammen i telefon, som regel vil være meningen, at bundetheden ifølge samtidig afgivne tilbud skal afgøres inden samtalen afsluttes.[35] Dette synspunkt kan formentlig strammes derhen, at bundetheden af mere eller mindre løse tilbud eller "følere", der er fremsat mundtligt, som regel heller *ikke* skal afgøres *før* samtalens afslutning. Det vil være upraktisk og ude af trit med parternes psykologiske forestillinger at begynde at splitte den mundtlige aftalesituation op i "tilbud" og "accept".[36] Forhandlingssituationen vil blive oplevet som en enhed - og som afsluttet (først) i og med samtalens afslutning.

Arnholm vil her "som regel" give tilbudsgiveren ret til at trække tilbudet tilbage, så længe det ikke er accepteret.[37] Accepten er dog som nævnt (ovenfor ved note 3 ff.) næppe et afgørende kriterium. Selv derefter vil da også ifølge *Arnholm* l.c. "en kunde i en butikk ... næppe risikere at kjøpmannen tar ham på ordet så lenge varen ikke er sendt eller annet konkludent er foretatt". Måske gælder i den almindelige detailhandel en kutyme for en videregående fortrydelsesret.[38] Selv i handelskøb må formentlig anerkendes ret til i et vist omfang at berigtige misforståelser ved mundtlige aftaler, når det sker in continenti.[39] Sondringen mellem afbestilling baseret på en *ret* dertil og på forretningsmæssig *kulance* er om muligt blevet endnu mere flydende efter

---

35) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 23 f.

36) Sml. hertil *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 59 smh. m. p. 75; *samme* i TfR 1965, p. 422 f.

37) Jfr. *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 51; jfr. *samme*: Privatrett II, p. 58 f.

38) Se hertil *Arnholm*: Mislighold, 1961, p. 28; og *Ussing*: Aftaler, p. 49 f. samt *Stig Jørgensen* i TfR 1964, p. 497, (*samme*: 4 obligationsretlige afhandlinger, p. 159), *samme* i Juristen 1971, p. 471, og *samme*: Kontraktsret I, p. 74.

39) Jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 75.

vedtagelsen af aftl. § 36, jfr. nedenfor kapitel 4, afsnit A, pkt. 5 ved note 22-23.

De lige ovenfor nævnte domme fra 1911 og 1952 opfattes også af *Lyngsø*[40] som støttende opfattelsen om udvidet adgang for at tilbagekalde mundtlige løfter. Det er nok rigtigt, at dette moment i hvert fald har talt med i de nævnte afgørelser.

Mundtlige løfter er også i det hele i noget højere grad end skriftlige løfter formodningsvis afgivet "på stående fod" og kendeligt uden en tilbundsgående overvejelse eller kalkule. Især ved dispositioner af mere vidtrækkende betydning, kan løftemodtageren ikke straks beføjet regne med, at et mundtligt løfte er "absolut rigtigt og endeligt"; sml. ovenfor.

Dette må især slå igennem ved handel med fast ejendom eller mere komplicerede kontraktsforhold.[41] Dette har videre fået domstolene til, i stedet for at vælge en tilbagekalds- eller ugyldighedskonstruktion, at stille så strenge krav til en mundtlig aftales endelige *indgåelse*, at så godt som enhver bestridelse af aftalens endelighed efter omstændighederne kan afholde domstolene fra at godkende den - især på økonomisk vigtige områder.[42]

---

40) Jfr. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 39 ff.

41) Princippet om formløse aftalers gyldighed anfægtes ikke principielt, men den øgede tilbagetrædelsesmulighed ved mundtlige aftaler - specielt sådanne af væsentlig betydning, vil være en brugbar mellemløsning fremfor at kræve form eller skriftlighed; jfr. hertil *Ussing*: Aftaler, § 11; *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 17 ff.; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 70. Sml. for entreprisekontrakter *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, p. 40.

42) Jfr. *A. Vinding Kruse* i Juristen 1956, p. 235 ff., og *samme*: Ejendomskøb, p. 11 ff., med henvisninger til praksis omkring ejendomskøb. *Trolle* skriver i TfR 1958, p. 330 (kommentar til U 1957.1040 H), at "der i almindelighed vil blive krævet ret stærke beviser, for at man, når intet dokument er oprettet, kan anse det bevist, at endelig aftale er indgået mundtlig om salg af fast ejendom". Jfr. tilsvarende *Trolle* i U 1972 B, p. 225 (kommentar til U 1972.242 H), hvorefter det "for en realistisk betragtning .... når der er tale om større eller vigtigere forhold, næsten er nødvendigt at få en skriftlig aftale bragt i stand". I U 1977.460 H og U 1978.799 H kom man

Se f.eks. en meget klar illustration heraf i U 1926.619 H, som *A. Vinding Kruse* mener er "for streng" i sit krav til beviset for aftalens indgåelse.[43] I denne sag var parterne under forhandlingerne om et ejendomskøb blevet enige om købesummen og udbetalingens størrelse og havde givet håndslag. Da køberen imidlertid ikke var sikker på at kunne klare en udbetaling på mere end 7.500 kr., udsattes oprettelsen af slutseddel, indtil køberen sammen med en sagfører fik undersøgt, om han kunne skaffe hele den oprindelig stipulerede kontante udbetaling på 11.500 kr. Senere nægtede køberen at vedstå handlen, mens sælgeren påstod ham tilpligtet at vedstå handlen på basis af 7.500 kr. som kontant udbetaling. Bortset fra spørgsmålet om den kontante udbetaling, som sælgeren renoncerede på, forelå der ingen tvivlsspørgsmål omkring handlens indgåelse. Der var ikke tale om, at sagføreren først skulle godkende handlen, men blot at han skulle un-

---

til forskellige resultater for mundtlige løfter vedrørende fast ejendom - i begge tilfælde med dissens og afvigende landsretsdomme. Sml. også U 1978.486 H. Dommen er ikke trykt in extenso i Ugeskriftet; men det udtaltes i Højesterets præmisser, at et mundtligt tilsagn om en maksimumspris for et entreprenørarbejde under de foreliggende omstændigheder ikke fandtes bevist, bl.a. fordi bygherren "havde anledning til at sikre sig en så betydningsfuld aftale i skriftlig form". Det er her værd at bemærke, at man i *svensk* ret er gået lige den modsatte vej og i sådanne tilfælde pålægger *entreprenøren* bevisbyrden for, at en maksimumspris *ikke* er aftalt, jfr. NDs 1975.342 SvH (NJA 1975.280) med udførlig henvisning til svensk litteratur herom, hvor dette begrundes med, "att det kan anses lämpligt och rimligt att det får ankomma på honom [entreprenøren] att säkerställa bevisning i prisfrågan. Det måste antagas att man därigenom främjar bruket att upprätta avtalet i skriftlig form".
Se iøvrigt om mundtlige aftaler U 1921.479 H, U 1923.797 H, U 1955.208 H, U 1959.611 H, U 1972.50 H, U 1976.306 H, U 1977.49 H, U 1977.413 H, U 1977.927 H, hvor de anerkendtes som endelige og gyldige; men derimod U 1922.263 H, U 1922.314 H, U 1926.619 H, U 1928.421 H, U 1935.518 H, U 1939.714 H, U 1950.789 SH, HRt 1953.902 (U 1954.224 H), U 1954.606 SH, U 1954.1055 SH, U 1957.1040 H smh. m. U 1973.78 H, U 1959.131 H, U 1959.516 H, U 1960.201 H, U 1960.327 H, U 1960.950 SH, U 1961.989 H, U 1965.280 H, U 1967.454 H, U 1971.231 SH, U 1972.393 H (kommenteret af *Trolle* i U 1972 B.235 f.), U 1973.338 H, U 1973.946 H (ændret i anken), U 1975.788 H, U 1978.567 V.

43) *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 12-14, jfr. *samme* i Juristen 1956, p. 239.

dersøge mulighederne for at skaffe "udbetalingsdifferencen" på 4.000 kr. Køberen blev imidlertid frifundet, da det ikke kunne "anses aldeles tilstrækkeligt godtgjort, at der var kommet nogen endelig handel i stand."[44)]

2.8. I fortsættelse af det ovenfor anførte[45)] vil en *fejltagelse* i sig selv sammenholdt med en rimelig hurtig *reklamation* i visse tilfælde kunne være en "særlig omstændighed", der hjemler adgang til at erklære et løfte uforbindende efter indgåelsen af en ellers bindende aftale.[46)] Det samme må efter omstændighederne gælde i tilfælde af simpel *ombestemmelse*.

Lyngsø mener, at retspraksis er gået videst i retning af at bringe aftl. § 39, 2. pkt. til anvendelse og altså tillægge en tilbagekaldelse eller korrektion retsvirkning, selv om den først kommer frem efter kundskabstidspunktet, hvor et løfte umiddelbart er afgivet til en *repræsentant* for hvervgiveren og den egentlige sælger/løftemodtager.[47)] Det

---

44) Det er formentlig utvivlsomt, at denne problematik er infiltreret af en pragmatisk rimelighedsbedømmelse af aftalens indhold, således som det flere gange i det foregående er påpeget, og som det nærmere skal behandles nedenfor i kapitel 5. Sml. f.eks. U 1977.413 H, hvor et vilkår ansås for mundtligt vedtaget med en begrundelse, der bl.a. lagde vægt på, at dette "iøvrigt ikke kan anses som urimeligt efter kontraktsforholdets art og begge parters interesser." Sml. også 1926-dommen med U 1972.50 H, der dog drejede sig om leje af fast ejendom, men som med et iøvrigt meget lignende faktisk handlingsforløb fik det modsatte resultat.

45) Jfr. pkt. 2.5. og 2.6.

46) Hvis løftegiveren har taget et egentligt *forbehold*, kan en passivitet ikke altid opfattes som en stiltiende vedståelse af handlen. Tværtimod vil medkontrahenten da efter en vis kortere tid (nogle få dage) ofte være løst fra den ham forpligtende del af aftalen; sml. U 1972.242 H og hertil *Trolle* i U 1972 B, p. 225, og *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 15.

47) Jfr. *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 44 og 436 med domshenvisninger. Hvor initiativet og den nærmere vilkårsfastsættelse udgår fra sælgeren, f.eks. ved agentvirksomhed, men agenten alligevel blot indhenter "tilbud", vil køberen kunne tilbagekalde direkte efter aftl. § 7, sålænge løftet ikke er kommet til hvervgiverens kundskab, jfr. f.eks. U 1953.851 V, hvorimod *sælgeren* jo reelt vil have en me-

vil sige, at man allerede inden generalklausulen i aftl. § 36 og den nyere forbrugerlovgivning var godt på vej til at beskytte den, der har ladet sig overrumple af en agents uanmodede henvendelse om kontraktsindgåelse, hvilket nok indicerer, at domstolene uden for megen formalisme altid er parat til med de forhåndenværende søm at nå langt hen imod det *rimeligste* og *retfærdigste* resultat efter tidens norm.

2.9. Mod erstatning af *negativ kontraktsinteresse* vil meget tale for en endnu videre anvendelse af aftl. § 39, 2. pkt. Muligvis kan kravet om, at tilbudet ikke må have "virket bestemmende", når det opfattes som et krav om, at tilbagekaldelsen/ugyldighedspåberåbelsen skal kunne ske *uden økonomisk skade* for tilbudsmodtageren, efter omstændighederne tilgodeses ved, at tilbudsgiveren holder modtageren skadesløs for hans udgifter.[48] Hertil må naturligvis kræves "særlige om-

---

re vidtgående "fortrydelsesret" i og med, at han kan undlade at "acceptere". En eventuel retstilstand med udvidet anvendelse af aftl. § 39, 2. pkt., som af *Lyngsø* skitseret, kan derfor måske forklares ved, at domstolene simpelthen har tilstræbt en *ligestilling* af aftalens parter, se hertil *Sv. Lund-Andersen* i U 1951 B, p. 305 ff. Den nyere forbrugerlovgivning går *videre* end til en retlig ligestilling af forbrugeren og den erhvervsdrivende sælger - ved en *favorisering* af forbrugerens *retlige* stilling i relation til aftalens forpligtende virkning, har man faktisk forsøgt at nivellere de *sociale* uligheder, der gør, at en *formel retlig ligestilling* i aftalesituationen vil give sig udslag i en *faktisk ulige byrdefordeling* i aftalen. Se iøvrigt nedenfor pkt. 3.

48) I denne retning allerede *Sjögren* i tilknytning til det svenske lagråds motivering for aftalelovforslaget i NJA II 1915, p. 258, der dog nok er for pessimistisk angående aftl. § 39's anvendelsesmuligheder: "Den, som begått misstaget, bör i dylika fall kunna träda tillbaka, antingen utan vidare eller mot ersättning för skada, som mottagaren lidit därigenom, att han förlitat sig på viljesförklaringen. ... I vissa hithörande fall kan emellertid ett med billighet överensstämmande resultat vinnas även från förslagets ståndpunkt genom tillämpning av stadgandet i 41 [39] § andra punkten. Hur vidsträckt detta stadgande än är, kan man likväl icke alltid på denna väg vinna ett fullt rättvist resultat. Det kan ofta inträffa, att någon företagit en rättshandling, som inverkat bestämmande på medkontrahentens handlingssätt, *men icke i sådan grad*, att den, som misstagit sig, utan vidare bör bliva bunden av sitt misstag. Hänsyn till ett sådant förhållande kan enligt förslaget icke tagas. Förslagets bestämmelser

stændigheder", d.v.s. konkret billighed.

En mellemløsning kan dog nu efter omstændighederne også nås på anden måde ved at fastholde aftalen på lempede vilkår i medfør af aftl. § 36 eller simpelthen ved at *nedsætte den kontraktsmæssige erstatning* ved misligholdelse, hvilket sidste øjensynlig også kan ske med hjemmel i aftl. § 36, jfr. U 1978.847 Ø (der *såvel* blev procederet på aftl. § 36 *som* på aftl. § 39, 2. pkt. smh. m. § 7); se videre i næste kapitel, afsnit B.

---

kunna i förevarande hänseende icke fritagas från en viss stelhet. De innefatta sträng, men icke billig rätt. Domaren är bunden i valet mellan avtalets giltighet och dess ogiltighet. Möjligheten att uddöma ett skäligt skadestånd i de fall, som därtill ägna sig, är från förslagets ståndpunkt utesluten. Detta kan icke sällan innebära en obillighet mot den, som misstagit sig. Utan tillräckliga skäl kan han förklaras bunden vid sitt misstag. Den sökta förmedlingen har icke heller i förslaget fullständigt uppnåtts; det kvarstår en rest av tillitsteoriens ursprungliga ensidighet". Se hertil endvidere *Gjelsvik*: Innleiding i rettsstudiet, 5. utg., p. 160; *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 26 f.; *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 51; *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 62 f.; samt ovenfor note 18.

Retspraksis er dog sparsom. Så vidt ses kan kun fremdrages U 1929.825 Ø (nævnt hos *Lyngsø* l.c., p. 62) og U 1949.941 V (nævnt hos *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 128 note 21). Disse domme er endda usikre præjudikater, da der i begge tilfælde med føje kunne rejses tvivl om løftemodtagerens gode tro allerede på tidspunktet for hans kundskab om løftet. Den sidstnævnte dom kan dog tages som udtryk for, at man principielt er parat til at statuere ugyldighed efter en svag ugyldighedsgrund, der fordrer *ond tro* hos løftemodtageren, og alligevel samtidig anerkende, at løftemodtageren *med føje kan have afholdt udgifter* i tillid til løftet, idet man så kompenserer ugyldigheden med negativ kontraktsinteresse. Se ligeledes U 1973.868 Ø.

3. Fortrydelsesret og ugyldighed.

3.1. Det foranstående gælder almindeligt, men på specielle områder kan gælde særlige lovbestemmelser, hvorved ikke mindst den nævnte problematik med hastværks- eller impulskøb er løst ved mere firkantede legale regler. Her tænkes først og fremmest på *dørsalgsloven*,[1] der kort sagt gælder for *forbrugeraftaler*, som indgås, uden at forbrugeren/køberen indfinder sig på sælgerens faste forretningssted, hvilket først og fremmest vil sige dørsalg og postordresalg. De norske og svenske paralleltekster kræver desuden i modsætning til den danske lov, at køberen ikke betaler hele købesummen på én gang. Loven kan siges at ligge i købe- og aftalerettens grænseland, men behandles her, fordi den - udover et ugyldighedssanktioneret forbud mod visse uanmodede henvendelser ifølge § 2 jfr. § 3 - hjemler køberen en *ubetinget ret til at tilbagekalde* sit løfte inden for en frist på en uge, jfr. lovens §§ 6 og 11. Der er således som nærmere afgrænset i §§ 5 og 10 tale om *en virkelig fortrydelsesret* og derfor et indgreb i den løfte- og forventningsteori, der i princippet er nedfældet i aftl. §§ 1 og 7, som rækker langt ud over, hvad der kan nås ved at jævnføre § 7 med princippet i aftl. § 39, 2. pkt. under "særlige omstændigheder" i det konkrete tilfælde.[2] For at sikre, at forbru-

---

1) Lov nr. 139 af 29. marts 1978 om visse forbrugeraftaler, med ikrafttræden d. 1. januar 1979. I Norge og Sverige findes tilsvarende Lov af 24. 3.1972 nr. 12 om angefrist ved visse avtaler om forbrugerkjøp og Lag af 4.6.1971 om hemförsäljning m.m. Se nærmere om den danske lov *Melchior* i Juristen & Økonomen, 1979, p. 173 ff.

2) Som nævnt ovenfor pkt. 2 i note 48 gik allerede *Sjögren* i motiverne til den svenske aftalelov stærkt imod den ensidige tillidsteori, der efter hans mening var blevet udtrykt i aftaleloven, og han så klart behovet for en mere nuanceret aftalelære efter et "moderne" mønster. Jfr. videre *Sjögren* i NJA II, 1915, p. 258, imod den stærke vægtning af omsætningens sikkerhed: "Men ju mera fjärran en rättshandling ligger från det egentliga affärslivet, desto mere förlorer tillitsteorien sitt relativa företräde framför viljesteorien eller skadeståndsprincipen, sådan denna oven utvecklats .... Det är emellertid icke blott gåvohandlingar och med dem likställda rättsärenden för vilka tillitsteorien är mindre lämplig. Även eljest vid mångfaldiga i det dagliga livet förekommande

geren bliver opmærksom på fortrydelsesretten, pålægges sælgeren yderligere ifølge § 7 og § 13 en pligt til at give tydelig skriftlig *oplysning* herom. Mangelfuld oplysning er ifølge de nævnte paragraffers stk. 2 *ugyldighedsgrund*.

3.2. Så vidt ses, er der ikke i noget land gennemført lovgivning, som hjemler fri fortrydelsesret i *enhver* form for køb, eller blot løsørekøb,[3] og en sådan generel fortrydelsesret er også afvist for dansk ret. Derimod har man lidt efter lidt anerkendt behovet for at indføre *særlig* fortrydelsesret ved *visse salgsformer og aftaletyper*.[4]

Afbetalingshandlen har i så henseende tidligst tiltrukket sig særskilt interesse. I Betænkning om køb på afbetaling fra 1950 fremsatte et mindretal (*I. Larsen* og *H. Topsøe-Jensen*) så vidt ses for første gang i lovgivningsregi et regulært forslag om lovfæstelse af en egentlig, "vilkårlig" fortrydelses- eller tilbagekaldelsesret ved afbetalingssalg under medvirken af en agent.[5] Forslaget blev støttet af *H. Tamm*[6] og *Sv. Lund-Andersen*.[7] Sidstnævnte

---

rättshandlingar, där andra än rent affärsmässiga hänsyn göra sig gällande, kan tillitsteorien leda till en onödig hårdhet mot den, som misstagit sig. Då vid rättshandlingar av antydda art misstag förelupit, träffas merendels, utan at domstolarna behöva anlitas, en uppgörelse på grundvalen av skadeståndsprincipen i dess ovan angivna tillämpning. Har alls ingen skada skett, tillåtes det ofta den, som misstagit sig, att utan vidare rygga avtalet. Och detta sakförhållande bör säkerligen fattas såsom ett utslag av verklig rättskänsla, icke blott såsom ett bevis på tillmötesgående eller dylikt".

3) Ved handel med *fast ejendom* gør der sig specielle hensyn gældende, der trods de netop på dette område meget vidtrækkende og i kontraheringssituationen ofte ikke helt overskuelige økonomiske konsekvenser gør, at en fri fortrydelsesret her vil være særlig betænkelig, jfr. Redegørelse om bekæmpelse af økonomisk kriminalitet, afgivet af tinglysningsudvalget 1974, p. 11 f., samt Bet. 738/1975, p. 89.

4) Se herved Betænkning nr. 738/1975, Forbrugerkommissionens betænkning III, p. 28 f.

5) Jfr. Betænkning om køb på afbetaling, 1950, p. 21.

6) Jfr. *H. Tamm* i U 1951 B, p. 206 f.

7) Jfr. *Sv. Lund-Andersen* i U 1951 B, p. 305 ff.

havde tidligere ud fra sin mangeårige erfaring som byretsdommer foreslået en fri tilbagekaldelsesret for begge parter i denne situation.[8] Mindretalsforslaget blev imidlertid ikke gennemført. I 1970 blev tanken om en fortrydelsesret gjort til genstand for specifik behandling i relation til dørsalg, men trods en principiel anerkendelse af eksisterende uheldige sider ved aftalefriheden, anså man ikke en fortrydelsesret for et hensigtsmæssigt middel.[9]

Endelig blev tanken med succes fremdraget i forbrugerkommissionens tredje betænkning fra 1975. Ikke mindre end 12 af kommissionens 25 medlemmer gik her ind for *en almindelig fortrydelsesret for forbrugere i løsørekøb*, men flertallet kunne alene tilslutte sig en fortrydelsesret f.s.v. angik dørsalgs-, postordre- og afbetalingskøb. En *helt* generel fortrydelsesbestemmelse i aftaleloven omfattende forbrugerområdet som helhed, blev ikke foreslået i kommissionen. En fortrydelsesret i *dørsalgs- og postordrekøb* blev lovfæstet i dørsalgsloven,[10] medens overvejelserne vedrørende en fortrydelsesret i afbetalingskøb blev henlagt til kreditkøbsudvalget. Dette afgav betænkning i 1978.[11] Her har man dog øjensynlig følt sig mere bundet af det løfte- og forventningsprincip, man indleder med at opstille: "I dansk ret er det et grundlæggende princip, at løfter og aftaler er

---

8) Jfr. *Sv. Lund-Andersen*: Jura og mennesker, 1939.

9) Jfr. Betænkning nr. 585/1970 om indførelse af adgang for en køber til at træde tilbage fra aftaler m.v. indgået på bopælen, p. 24 ff.

10) *Forsikringsaftaler* er ikke omfattet af dørsalgsloven, men forsikringsaftaleudvalget arbejder på en selvstændig regel om fortrydelsesret i forsikringsaftaleloven, der skal omfatte alle forsikringsaftaler med forbrugere, uanset hvor aftalen indgås, jfr. bemærkningerne til dørsalgslovens § 5, stk. 2, i FT 1977-78, Tillæg A, sp. 754, samt *Lyngsø* i NFT 1979, p. 287 f.

11) Jfr. Betænkning nr. 839/1978 om køb på kredit.

bindende". I stedet for en præceptiv fortrydelsesret som i dørsalgsloven opstillede man to alternativer: alternativ A, der alene er en slags "markedsføringsregel", som pålægger at *oplyse* køberen *om* han har en fortrydelsesret, eller dette ikke er tilfældet, og alternativ B, der går videre, men dog kun indeholder en *deklaratorisk* regel om fortrydelsesret. To af udvalgets medlemmer (*Jørgen Christiansen* og *Federspiel*) udtalte dog, at de principielt ville foretrække en ufravigelig fortrydelsesret.[12] Ved den senere fremsættelse af lovforslaget valgte man det foreslåede alternativ B.[13]

3.3. Netop afbetalings- og forbrugerkreditområdet synes at have tiltrukket sig særlig interesse i fremmede retssystemer. I *Vesttyskland* har man siden en lovændring i 1974 ifølge den vesttyske Abzahlungsgesetz § 1 b haft en fri "Widerrufsrecht" i en uge efter indgåelse af en aftale om afbetalingskøb. Denne regel gælder også aftaler, der er indgået på sælgerens faste forretningssted. I *England* indstiftede ligeledes The Hire-Purchase Act 1965, sec. 11, for de deraf omfattede kontraktstyper en vis "cooling-off period", inden for hvilken en køber frit kunne træde tilbage fra ("cancel") aftalen, når denne var indgået uden for sælgerens sædvanlige forretningssted. Denne ide er siden overført til et videre anvendelsesområde i The Consumer Credit Act 1974, sec. 67, jfr. sec. 68, der med enkelte undtagelser omfatter ethvert "consumer credit agreement" eller "consumer hire agreement" inden for en vis beløbsramme. Fortrydelsesretten efter CCA, sec. 67, finder som nævnt anvendelse, hvor aftalen er indgået uden for sælgerens faste for-

---

12) Jfr. Bet. 839/1978, p. 67 ff.

13) Jfr. de almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 7.e., samt de specielle bemærkninger til lovforslagets § 9 i FT 1980-81, Tillæg A.

retningssted, og omfatter således også dørsalg. Derimod rammer loven kun den nærgående "face-to-face" sælger og omfatter derfor ikke postordresalg.[14)]

3.4. Det anføres i kreditkøbsbetænkningen, at der næppe - hverken ved almindelige kontant- eller kreditkøb - findes noget større behov for en generel fortrydelsesret, bl.a. idet "de almindelige formueretlige regler kan ... give køberen *afbestillingsret* i et vist omfang" og i andre tilfælde føre til en lempelig erstatningsopgørelse, og der henvises i det hele til *Lyngsø*: Afbestillingsret.[15)]

En helt "vilkårlig", ubegrundet og samtidig ansvarsfri afbestilling eller kontraktsfrigørelse ses dog end ikke på enkelte kontraktsområder anerkendt i dansk ret uden særlig hjemmel i aftale, sædvane eller kutyme. Undertiden fremføres den opfattelse, at der i hvert fald i enkelte, særlige kontraktsforhold altid kan afbestilles, uanset der ikke foreligger nogen kutyme eller sædvane herfor, når blot det sker med *passende varsel* og med angivelse af *fyldestgørende grund*.[16)] Hvor "afbestilling" anerkendes, fordi der foreligger en *særlig grund* hertil, er der imidlertid blot tale om en omskrivning af de betragtninger, der ligger bag reglerne om *bristende forudsætninger*, og en sådan *begrundet* tilbagetrædelse indebærer ikke nogen egentlig fortrydelsesret.[17)]

---

14) Se om loven f.eks. *Chitty* on Contracts II, p. 384 ff., især p. 408 ff.; og *Stevens & Borrie*: Mercantile Law, p. 299 ff., og p. 320 f.

15) Jfr. Bet. 839/1978, p. 69.

16) Jfr. således *Lyngsø*: Afbestillingsret, p. 54 f.; samt med lidt flere og mere nuancerede kriterier *Gomard*: Naturalopfyldelse, p. 25 f., og *samme*: Nøddeskal I, p. 42. Sml. også *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 523 f.

17) Jfr. *Axel H. Pedersen* i Juristen 1952, p. 271.
Som oftest fremdrages U 1920.848 Ø og U 1940.530 Ø om hotel- og pensionsforhold. I 1920-dommen forelå imidlertid ikke regulær afbestilling, men blot et ønske om at flytte datoen for en hotelmiddag, og 1940-dommen hviler konkret på en blandet forudsætnings- og fortolkningsbegrundelse. Se nu også U 1977.278 H om et musikabonnement, hvor dommen begrundes med bristende forudsætninger.

En egentlig afbestillings- eller fortrydelsesret foreligger imidlertid, når køberen som f.eks. efter dørsalgsloven uden hensyn til, hvorvidt sælgeren har fået kundskab om løftet eller sågar har indrettet sig derefter, og uden nogen form for begrundelse ansvarsfrit kan nægte at vedstå handlen. F.s.v. angår købsforhold ligger denne problematik som nævnt i aftale- og køberettens grænseland og kunne her også formuleres i en præceptiv regel om *køb på prøve*, jfr. princippet i kbl. § 60 og sml. herved U 1980.514 H. Ønsker køberen at gøre brug af fortrydelsesretten, skal han "underrette" sælgeren henholdsvis "tilbagesende" det modtagne inden fristens udløb, jfr. dørsalgslovens § 6, stk. 3, og § 11, stk. 1. En sådan "underretning" behandles ikke som et tilbagekald, idet det ikke kræves, at underretningen skal være kommet frem til sælgeren inden fristens udløb, men alene at den er *afsendt* forinden med post eller pr. telegraf. Er der tale om "tilbagesendelse" af selve varen, henholder bemærkningerne sig explicit til "den gældende praksis vedrørende køb på prøve". Det er herved tilstrækkeligt, at køberen inden fristens udløb har overgivet varen til en selvstændig "fragtfører", hvilket skal forstås i overensstemmelse med kbl. § 10. Denne meddelelsesform svarer i begge tilfælde til reklamationskravene efter aftl. § 40 og kbl. § 61. Bruger køberen derimod anden befordringsmåde, f.eks. eget bud, må det afgørende være fremkomsttidspunktet efter en analogi fra aftl. § 7's påkravsregel.[18)]

Hvorvidt *sælgeren* er bundet må afgøres efter de almindelige aftaleretlige regler i aftl. § 7, og han vil altså være *bundet i større grad* end køberen. Loven gør ingen indskrænkning i de beføjelser, forbrugeren har i kraft af andre retsregler, det være sig købe- eller aftaleretlige. Efter udløbet af fortrydelsesfristen må det vel antages, at en y-

---

18) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 30. Således også *Kristen Andersen*: Angrefristlov og forbrukerkjøp, 1974, p. 28, om den efter samme princip affattede norske lov.

derligere udskydning af tilbagekaldsfristen efter aftl. § 39, 2. pkt. er udelukket, men aftl. § 36 må efter omstændighederne stadig kunne påberåbes.

Fortrydelsesfristen i dørsalgsloven kan i overensstemmelse med det ovenfor anførte opfattes som en udvidet *legal fastlæggelse* af, at en sælger inden for lovens anvendelsesområde ikke inden fristens udløb har "føje" til at lade løftet "virke bestemmende" på sin handlemåde, (uden noget yderligere krav om "særlige omstændigheder").[19)]

4.4. Den frie fortrydelses- eller tilbagekaldelsesret får også *betydning for ugyldighedslæren* i overensstemmelse med den ovenfor nævnte tætte sammenhæng mellem de tidsmæssige kriterier for henholdsvis tilbagekaldelse og ugyldighedspåberåbelse. Inden for det område, hvor der aftaleretligt eksisterer en fortrydelsesret, kan det afgørende for en ugyldighedsbedømmelse efter de svage ugyldighedsregler ikke være, hvad løftemodtager indså eller burde indse, da løftet kom til hans kundskab, men derimod *da fortrydelsesfristen udløb*. De tidsmæssige kriterier for en ugyldighedspåberåbelse kan ikke være snævrere end kriterierne for en "vilkårlig" eller u(be)grundet tilbagekaldelse af et løfte.[20)]

---

19) Fra før dørsalgsloven se f.eks. Jur. D. 1953.167, hvor løftegiveren/køberen ved et dørsalg fejlopfattede kontraktens indhold, og hvor den tilsidesattes ifølge aftl. § 32, stk. 1 jfr. § 39, 2. pkt., da løftegiveren reklamerede "omgående", og løftemodtageren endnu ikke havde foretaget sig noget i anledning af kontrakten.

20) Således også for norsk ret *Mads Henry Andenæs* i Jussens Venner 1977, p. 107 f. Sml. ovenfor pkt. 1 in fine.

C. Misforståelser og kontraktindstiftende passivitet.

1. Vildfarelse og reklamationspligt. Aftl. § 6, stk. 2.

1.1. I det foregående har der været talt om løftegiverens vildfarelse som frigørelsesgrund. Ud fra den særlige vildfarelsesregel i aftl. § 6, stk. 2, skal den situation imidlertid nu nærmere omtales, hvor ikke afgiveren, men *modtageren* af et løfte, indlægger en forkert mening i dette. Her er ikke som i aftl. § 32, stk. 1, tale om en erklæringsvildfarelse, men om en form for motivvildfarelse, nemlig *misforståelse*[1] af det for accepten tilgrundliggende tilbud. Retsvirkningen er i givet fald ikke ugyldighed p.g.a. vildfarelsen, men *gyldighed i overensstemmelse med vildfarelsen.* For at undgå denne retsvirkning må tilbudsgiveren/acceptmodtageren "give meddelelse" om fejltagelsen til acceptanten. Han pålægges en *oplysningspligt*. Betingelsen herfor er, at han "må indse", *at* tilbud og accept er uoverensstemmende, *samt at* dette forhold ikke er indset af acceptanten. Formålet er at beskytte den kontrahent, der fejlagtigt tror, at en aftale er bragt i stand ved accepten.

Der kan iøvrigt også siges at være tale om en "kontraktindstiftende vildfarelse" i alle de ovennævnte tilfælde, hvor *god tro* om en vildfarelse eller en ugyldighedsgrund tillægges retlig betydning. Når løftemodtageren er i god tro om en vildfarelse hos løftegiveren, vil det jo netop være en *vildfarelse hos løftemodtageren*, der ligger til grund for troens "godhed" og udelukker kendskab til de faktiske forhold, in casu løftegiverens vildfarelse. Jfr. *Gjelsvik*: Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse på Retshandlers Gyldighed, 1897, p. 2 og p. 121 ff., der i denne forbindelse taler om "vildfarelsens affirmative effekt".

Aftl. § 6, stk. 2, tager kun direkte sigte på "tillæg, indskrænkninger eller forbehold" i accepten på grundlag af tilbudsmodtagerens misforståelse af tilbudet. Bortset fra,

---

1) Aftl. § 6, stk. 2 handler *ikke* om det tilfælde, hvor manglende overensstemmelse mellem tilbud og accept skyldes *forvanskning* af tilbudet på dets vej til tilbudsmodtageren, jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 27. Om tilbudsgiverens bundethed af det forvanskede tilbud, se aftl. § 32, stk. 2. Om tilbudsmodtagerens bundethed ved "ren" accept af et forvansket tilbud, se ovenfor afsnit A, pkt. 5, note 19.

at acceptantens misforståelse naturligvis langt oftere vil være kendelig for tilbudsgiveren/acceptmodtageren, når accepten ikke bare henholder sig til tilbudet, må problemstillingen ved ren accept imidlertid principielt være den samme som i aftl. § 6, *når* det kan lægges til grund, at acceptmodtageren trods selve accepterklæringens ubetingethed ved andre oplysningsmidler "må indse" misforståelsen.[2)]

Når aftalen skal anses for sluttet "med det indhold, svaret har", ligger dog formentlig heri, at tilbudsgiveren kun bliver bundet af acceptantens opfattelse i det omfang, denne i det mindste burde indlægges i accepten - eventuelt på grundlag af omstændigheder uden for selve denne, ud fra forudgående forhandlinger m.v. Rækker dette ikke til etablering af en fuldstændig aftale, må man antage, at aftale slet ikke er kommet i stand, eller udfylde efter de deklaratoriske regler.[3)]

Selve *kundskabskravet* (til acceptmodtageren") i aftl. § 6, stk. 2, er adopteret fra den tyske BGB § 149,[4)] og problemet om dette kravs nærmere indhold er i den hjemlige litteratur iøvrigt også behandlet meget stedmoderligt. Derimod er det indgående diskuteret i svensk ret af *Cervin* og vel især *Karlgren*.[5)]

En del taler for, at aftl. § 6, stk. 2, i princippet fordrer *viden* hos acceptmodtageren, medens det ikke rækker, at der "burde" foreligge en sådan viden. Kravet til beviset

---

2) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 108, jfr. p. 53 og 370.

3) Sml. ovenfor afsnit A, pkt. 5 ved note 9-10, samt *Ussing*: Aftaler, p. 69 note 114.

4) Jfr. Udkast til Lov om Aftaler, p. 27 smh. m. p. 24. En regel nøjagtig som aftl. § 6, stk. 2, kendes ikke i de store kontinentale civillovbøger. BGB § 149 svarer i stedet til aftl. § 4, stk. 2, hvor et ganske analogt kundskabskrav opstilles. BGB § 149 taler om, hvad modtageren "musste erkennen", hvilket hos *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. 1978, p. 132, udlægges som "erkennen konnte" i overensstemmelse med "treu und Glauben".

5) Jfr. *Cervin*: Om passivitet inom civilrätten, 1960; *samme*: Passivitetsspörsmål i senare nordisk praxis och doktrin, 1972; *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 56 f.; *samme* i TfR 1965, p. 376 f.; og mest dybtgående *samme*: Passivitet, 1965, p. 39 ff., især p. 57 ff.

for, hvad man "må indse" ifølge aftl. § 6, stk. 2, bør dog ikke være strengere end kravet til beviset for, hvad man "må antages at have været vidende" om ifølge aftl. § 33, d. v.s. at der ikke kan stilles strenge beviskrav. *Karlgren* synes imidlertid at gå videre og efter omstændighederne ligestille burde-viden med faktisk viden.[6] Specielt vil grov culpa kunne give føje til at præsumere dolus. *Stang*, der jo går vidt i sin fortolkning af kundskabskravet i aftl. § 33 og ikke mener, at dette skal fortolkes forskelligt fra kundskabskravet i f.eks. aftl. § 32, stk. 1, (jfr. ovenfor afsnit A, pkt. 4.2.), mener her, at tilbudsgiveren har underretningspligt over for acceptanten, hvis han "har grunn til å tro", at der foreligger en fejl, som denne er uvidende om.[7] Mindst lige så vidtrækkende synes *Karnovs* lovkommentar at være: "Det må være tilstrækkeligt, at han med alm. agtpågivenhed burde have været klar over uoverensstemmelsen mellem tilbud og accept".[8] Den hertil i kommentaren anførte U 1921.178 H synes dog ikke at give basis for udtalelsen. Derimod kan nok fra svensk praksis hentes støtte i NJA 1922.389 H, hvor det til tilbudsgiverens bundethed på grundlag af en meddelelse, der fra tilbudsmodtagerens side var *ment* som en (overensstemmende) accept, blev krævet, at tilbudsgiveren/acceptmodtageren "kan anses hava *bort* indse detta"[9] (min udhævning).

---

6) Jfr. *Karlgren*: Passivitet, p. 59, jfr. *samme*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 123. Se derimod *Cervin*: Om passivitet, p. 126 ff., som med få undtagelser kræver kundskab, hvilket dog modificeres af en vis undersøgelsespligt.

7) *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 314.

8) *Karnovs* Lovsamling, 9. udg., bd. 2, p. 2190 note 28. Hele den øvrige danske litteratur synes at indskrænke sig til et ordret referat af paragraffen og dens "må indse".

9) Se således til dommen *Karlgren*: Passivitet, p. 59 og 191 ff.; og *samme*: Avtalsrättsliga spörsmål, p. 59 f.
Vahlén: Avtal och tolkning, p. 139 ff., er derimod mere skeptisk overfor rækkevidden af denne dom, idet problemet i sagen mere var, hvorvidt meddelelsen overhovedet skulle opfattes som en "accept" i aftaleretlig forstand, end hvorvidt den skulle opfattes som "overensstemmende" med tilbudet.

Hvor tilbudsmodtageren misforstår tilbudet, d.v.s. opfatter indholdet forskelligt fra den objektivt rigtige fortolkning heraf, har han i realiteten udvist culpa in contrahendo ved ikke at forstå tilbudet, som en "fornuftig og kyndig" person - en bonus pater - ville have forstået det. Aftl. § 6, stk. 2 beskytter således den *culpøse* kontrahent.[10] Dette forhold udgør imidlertid ikke i sig selv en forskel fra reglen om ugyldighed ved erklæringsvildfarelser, idet heller ikke aftl. § 32, stk. 1 principielt kræver undskyldelighed eller blot et vist objektiveret mål af agtsomhed hos løftegiveren, og der er derfor ikke umiddelbart herudfra grund til at stille ringere kundskabskrav til erklæringsmodtageren efter aftl. § 6, stk. 2 end efter aftl § 32, stk. 1.

Alligevel er der dog en forskel. Efter aftl. § 32, stk. 1, indebærer tilbudsmodtagerens onde tro, at den vildfarne tilbudsgiver *ikke bindes* af sin erklæring; men efter aftl. § 6, stk. 2, indebærer acceptmodtagerens onde tro i givet fald, at han *bindes på en utilsigtet måde* i forhold til sin egen erklæring (tilbudet) og i strid med dennes objektive og "rigtige" indhold. Dette sidste forekommer at være en mere indgribende effekt.[11]

Dette kan imidlertid næppe begrunde et ændret agtsomhedskrav for acceptmodtageren. Ganske modsat kunne vel argumenteres for, at en kontrahent generelt i *større* udstrækning bør være opmærksom på, om medkontrahenten rigtigt forstår en af *kontrahenten* udfærdiget erklæring end en af medkontrahenten *selv* udfærdiget erklæring.

Nu rummer denne problematik naturligvis ikke blot et spørgsmål om kundskab, og der kan ikke ses bort fra, at retsvirkningen efter aftl. § 6, stk. 2, efter omstændighederne vil kunne virke hårdere på erklæringsmodtageren, der bindes

---

10) Jfr. *Karlgren*: Passivitet, p. 42 ff.

11) Jfr. *Karlgren*: Passivitet, p. 44.

mod sin oprindelige hensigt, end den simple ugyldighed vil gøre. Begrænsningen af reklamationspligten efter aftl. § 6, stk. 2 i forhold til den samme pligt efter aftl. § 32, stk. 1, må imidlertid indlægges på en anden led. Dette gøres da også i og med, at tilbudsgiverens relevante indsigt efter § 6, stk. 2 skal foreligge *i tilknytning til acceptmodtagelsen*. Der er ikke mulighed for at forskyde kundskabskravet tidsmæssigt, således som der er i ugyldighedslæren f.eks. efter en regel som aftl. § 39, 2. pkt. Endvidere vil der indirekte ligge en mere *objektiveret grænse for hvor langt* fra tilbudets oprindelige indhold, tilbudsgiveren kan risikere at blive bundet. Tilbudsgiveren/acceptmodtageren skal jo ikke alene indse uoverensstemmelsen, men tillige at acceptanten fejlagtigt tror, at der foreligger overensstemmelse. Dette vil acceptmodtageren alt andet lige have mindre grundlag for, jo længere accepten fjerner sig fra tilbudet.[12] *Reelt* kommer reglen i aftl. § 6, stk. 2 derfor kun til at virke for *mindre* uoverensstemmelser, hvor det klart vil være mindre ubehageligt for tilbudsgiveren at blive bundet i overensstemmelse med tilbudsmodtagerens opfattelse af tilbudet, end det ville være for tilbudsmodtageren, dersom denne lille dissens helt havde opløst aftalen. Dette bevirker igen, at acceptantens culpa in contrahendo ved dennes misforståelse af tilbudet oftest også vil være forholdsvis ringe - om ikke undskyldelig så dog i hvert fald tilgivelig i betragtning af den manglende hensyntagen tilbudsgiveren har udvist.[13]

Lige med acceptantens fejlagtige antagelse af, at hans accept er overensstemmende med tilbudet, er i relation til

---

12) Jfr. *Karlgren*: Passivitet, p. 46 f.

13) *Ussing*: Aftaler, p. 399, forklarer generelt reklamationsforpligtelsen som begrundet i ønsket om "at formindske risikoen ved kontraktsforhandlinger, navnlig risikoen for, at vildfarelse eller uklarhed skal volde tab for en af parterne".

acceptmodtagerens reklamationspligt traditionelt stillet acceptantens *bevidst* uoverensstemmende accept, *når*[14] acceptanten havde grund til at gå ud fra, at tilbudsgiveren ville gå ind på ændringen eller tilføjelsen.[15] Denne problemformulering vil formentlig i realiteten også alene kunne dække over *mindre* uoverensstemmelser. *Om* acceptanten "går ud fra", at accepten er overensstemmende med tilbudet er iøvrigt ofte vanskeligt at konstatere, fordi acceptanten kan have grund til at antage konsens på trods af en objektivt set foreliggende uoverensstemmelse mellem erklæringerne, idet omstændighederne i det hele og navnlig de forudgående forhandlinger kan indicere uudtalte forudsætninger for tilbudet, som tilbudsmodtageren med føje kan lade indgå i sin udlægning af tilbudet og udformning af accepten.[16]

Det princip, der kommer til udtryk i aftl. § 6, stk. 2, må anvendes analogt, hvor *tilbudsgiveren misforstår* tilbudsmodtagerens *accept*, idet han fejlagtigt tager den for en overensstemmende accept.[17] Dette må klarest gælde, hvor tilbudsgiveren efter modtagelsen af accepten afsender en "or-

---

14) *Lassen*: Alm. Del, p. 53 note 61 a, og *Ussing* (næste note) formulerer det enslydende således: "Efter omstændighederne..., navnlig når ..". Begge henviser til de norske motiver samt *Almén*.

15) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 68 f. note 111. Sml. *Illum*: Forelæsninger over almindelig formueret, p. 39; *Lando*: Udenrigshandelens kontrakter, p. 65 ff.; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 53, 83 f.
Karlgren: Passivitet, p. 45, er ikke ganske enig. Formentlig rummes dog noget af det samme i kravet om, at acceptanten for at falde uden for aftl. § 6, stk. 2, ikke alene er klar over, at accepten indebærer omformuleringer eller modifikationer, men tillige at disse rummer en *reel forandring* i forhold til tilbudet, jfr. *Karlgren* l.c., p. 52. Se også nedenfor pkt. 2, note 1. Hertil *Cervin*: Om passivitet, p. 135 ff. og *samme*: Passivitetsspörsmål, p. 86 ff. Fra norsk praksis må fremhæves den meget illustrerende afgørelse i NRt. 1938.259.

16) Jfr. *Karlgren*: Passivitet, p. 53 f., og U 1921.178 H.
Sml. *Ussing*: Aftaler, p. 163 ved note 51, om kendelighed af den rette mening ved erklæringsvildfarelse (aftl. § 32, stk. 1).

17) Jfr. *Karlgren* i TfR 1965, p. 377 f.

drebekræftelse" el. lign., hvilket ofte sker, og misforståelsen fremgår heraf. Men efter omstændighederne må forholdet også iøvrigt kunne være således, at acceptanten "må indse" en nærliggende risiko for fejllæsning af accepten, som efter almindelig god handelsnorm bør få ham til at kontakte medkontrahenten for at undgå misforståelsen. Analogien bestyrkes af, at det undertiden kan være tvivlsomt, om den første henvendelse til en potentiel medkontrahent er et tilbud eller en opfordring til at gøre tilbud, og om "ordrebekræftelsen" derefter er en ren og skær meddelelse eller selve accepten; sml. igen NJA 1922.389 H.

1.2. I BGB § 150, stk. 2, findes en regel svarende til aftl. § 6, stk. 1. Derimod findes ikke i BGB eller i andre af de store kontinentale lovbøger en reklamationsregel som aftl. § 6, stk. 2, med dennes konsekvenser. Også efter BGB § 150, stk. 2, antages dog *stiltiende accept* af det uoverensstemmende svar at kunne foreligge ud fra princippet i BGB § 151 om "Annahme ohne Erklärung". Manglende reklamation er herefter bindende som accept, "wenn eine solche Erklärung *nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist*", hvilket er et spørgsmål om fortolkning af parternes forholden sig ud fra "Treu und Glauben" (min udhævning).[18)]

I denne forbindelse kan fra tysk ret også fremhæves dissensreglen i BGB § 155, der tilsigter at hindre aftalens totale sammenbrud p.g.a. en blot ringe dissens. Meningen med denne regel, der lader de uoverensstemmende punkter falde bort og opretholder resten af aftalen, må være, at aftalen så skal udfyldes med deklaratoriske regler.

I amerikansk ret findes dog i U.C.C. art. 2-207 en regel, der er langt mere vidtgående, idet man dér helt har strøget de subjektive krav, som aftl. § 6, stk. 2, opererer med såvel

---

18) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. 1978, p. 132 og 133.

i henseende til acceptanten som til tilbudsgiveren. En accept, der - bevidst eller ubevidst - tilføjer vilkår eller iøvrigt afviger fra tilbudet, anerkendes som retsstiftende accept, medmindre accepten udtrykkeligt er gjort betinget af, at tilbudsgiveren godtager ændringerne, idet disse ellers blot betragtes som forslag til kontraktsændring uafhængigt af accepten.[19] I *handelskøb* bliver ændringerne derimod *uden videre en del* af aftalen, når de ikke ændrer denne væsentligt ("materially"), *medmindre* den oprindelige tilbudsgiver reklamerer.[20]

---

19) Selv om det i dansk ret er hovedreglen, at en uoverensstemmende accept er et *afslag* i forbindelse med nyt tilbud, jfr. aftl. § 6, stk. 1, og at tilbudsmodtageren altså ikke "gratis" skal kunne forsøge at ændre enkelte tilbudsvilkår til sin gunst, ses dog i retspraksis eksempler på, at tilbudsmodtageren alligevel kan redde kontrakten i land igen ved straks at frafalde sine afvigende betingelser, når han får besked om, at tilbudsgiveren ikke vil vedstå aftalen på disse vilkår, jfr. U 1954.761 H om tilføjelse af et ubetydeligt omkostningsbeløb, som ikke havde været drøftet under de tidligere forhandlinger.

20) Jfr. *Hawkland*: A Transactional Guide to the Uniform Commercial Code I, 1964, p. 14 ff.; og *Williston* on Sales 1, 4. ed. 1973, p. 271 ff.

2. Nærmere om passivitet som forpligtelsesgrund.

2.1. Princippet i aftl. § 6, stk. 2, har sammenhæng med hele problematikken omkring *bundethed ved passivitet*. *Ussing* antager, hvad der *kan* læses i forlængelse af det lige nævnte, hvor den *bevidste* uoverensstemmelse inddrages, at en virksomheds eller et selskabs *standardvilkår*, i hvert fald hvis de ikke er usædvanlige, normalt vil blive bindende, "når den anden part i anledning af kontraktens indgåelse, f.eks. ved dens stadfæstelse, modtager kontraktsbetingelserne uden at reklamere".[1] Videre antages i handelsforhold undladt reklamation overfor angivelser i stadfæstelsesskrivelser, fakturaer el. lign. også i andre tilfælde jævnlig at ville medføre disse angivelsers bindende virkning for adressaten, når de i hvert fald ikke er i strid med en tidligere klar vedtagelse, som adressaten ved sin undladte reklamation dog har bevisbyrden for.[2]

Der kan være tvivl om, i *hvilket omfang* en kontrahent gennem en særlig bestemmelse herom i sin accept, stadfæstelsesskrivelse, faktura eller anden meddelelse kan pålægge sin medkontrahent en strengere reklamationspligt end den, der direkte følger af aftl. § 6, stk. 2,[3] samt *hvilken retsvirkning*, der i givet fald vil blive knyttet til den undladte reklamation.

---

1) *Ussing*: Aftaler, p. 430; jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 53, 185. Dette kan dog ifølge *Karlgren*: Passivitet, p. 51 ff., *ikke* støttes på aftl. § 6, stk. 2, men er en "påbyggnad" hertil. Om berettigelsen heraf, se en forsigtig *Karlgren* l.c., p. 55 ff. bl.a. med note 19. Se iøvrigt *Hellner* i JFT 1979, p. 281 ff., 290 ff.

2) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 431; hertil også *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 53, 66 f.

3) Hertil også *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 144; *Cervin*: Om passivitet, p. 56 ff.; *Hellner* i JFT 1979.294 ff.
Problemet synes sat på spidsen i NRt 1968.1188 vedrørende et *ejendomsforbehold*, der blot var anført på henholdsvis faktura og "pakkeseddel", der ledsagede varerne.

Formentlig kan grænsen for selve *reklamationspligten* generelt trækkes efter det ovenfor pkt. 1 ved note 14-15 anførte, d.v.s. efter kontrahentens *føje til at tro på medkontrahentens tilslutning.*[4] Trods den subjektive formulering vil der i kravet til "føje" indlægges afgørende *objektive, sociale normer for sædvanlig og ønskelig adfærd.*

Selv om man traditionelt har anset det rette udgangspunkt for *retsvirkningsbedømmelsen* for at være, at passivitet overfor skrivelser, der tidsmæssigt ligger efter accept af tilbudet, kun vil være et *bevisdatum* for aftalens indgåelse eller indhold,[5] er det dog givet, at undladt reklamation også kan blive et *selvstændigt forpligtelsesgrundlag.*[6]

Reklamationspligten vil gå videst i handelskøb, og branchekendskab vil i det hele være et moment, der vejer tungt til fordel for bundethed ved passivitet overfor branchens *sædvanlige* klausuler, selv hvor disse måtte findes noget uklart formuleret, jfr. f.eks. U 1956.692 H, hvor et salgsvilkår ikke fandtes at kunne have stillet sig som usædvanligt for den konkrete branchekendte køber. Aftl. § 9, der pålægger den, der har opfordret en anden til at gøre tilbud, at reklamere, hvis han ikke vil antage et tilbud, som han må gå ud fra er fremkaldt ved hans egen henvendelse, kan dog også ses som et specielt udtryk for en generel regel om,

---

4) Jfr. *Trolle* i U 1965 B, p. 245; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 53, 83 f. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 314, taler om en klarhedspligt, der gør, at man hæfter "for den mening som efter en rimelig forståelse kan legges i ens taushet".

5) Jfr. *Trolle* i U 1965 B, p. 245; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 67 og 83.

6) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 396 f., *Trolle* i U 1965 B, p. 245, og f.eks. U 1961.71 H, hvor det (tydeligst i landsrettens præmisser) ikke mod sagsøgtes benægtelse fandtes godtgjort, at der tidligere var indgået en endelig aftale, men hvor det efter modtagelse af ordrebekræftelsen måtte stå sagsøgte klart, at sagsøgeren anså en handel for indgået, og hvor sagsøgte derfor straks måtte gøre indsigelse, såfremt han ikke ønskede at "godkende" handlen. Se også U 1974.119 H og senest U 1980.170 H, og i det hele om undladt reklamation som kontraktretlig forpligtelsesgrund *Palle Bo Madsen* i U 1980 B, p. 165 ff.

at tilbudsmodtageren pålægges reklamationspligt, hvis han ved sin konkrete adfærd *har givet tilbyderen grund til at regne med*, at et tilbud af den pågældende art vil blive antaget og efterkommet uden yderligere forhandlinger.[7)]

Størst er reklamationspligten iøvrigt overfor stadfæstelsesskrivelser, ordrebekræftelser eller mødereferater, der er *et naturligt led i selve vedtagelsesproceduren*, jfr. f.eks. U 1940.825 V, U 1942.524 H, U 1945.108 H, U 1953.657 SH, U 1961.71 H, U 1970.719 SH, U 1974.178 H, NDs 1980.167 SvH, U 1980.170 H.[8)] Derimod skal der en hel del mere til for at forpligte ved manglende reklamation overfor hensigtstilkendegivelser eller angivelser om kontraktsforståelse i breve, der altovervejende vedrører et *andet* spørgsmål, jfr. f.eks. U 1979.232 Ø om angivelse af et ejerskifteafdrags betaling i en korrespondance om pantebrevets rykning for nyt kontantlån. Tilkendegivelser, der i *væsentlig* grad afviger fra en tidligere *klar* vedtagelse, forpligter ikke til reklamation allerede af den grund, at sådanne vilkår ikke uden

---

7) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 394.
Modtager man tilbud uden at have bedt om det, har man som udgangspunkt ingen reklamationspligt - og der kan heller ikke blive tale om indstiftelse af et kvasiløfte el. lign., blot fordi man forholder sig passiv ved uopfordret tilsendelse af tilbudsvarer. Dette kan siges at følge af, at afsenderen kun undtagelsesvis vil have "føje" til at forvente en reaktion, jfr. det ovenfor ved note 4 anførte. Ligeledes *Lassen*: Alm. Del, p. 233 f. note 11. Se nu også den skrappe regel i dørsalgslovens § 4 om uanmodet fremsendelse af varer til en forbruger, og hertil *Melchior* i Juristen & Økonomen 1979, p. 177. Hvis modtageren må gå ud fra, at der foreligger en fejlagtig opfattelse hos afsenderen af, at varen fremsendtes efter anmodning, (hvilket formentlig kun helt undtagelsesvis kan tænkes på grundlag af en tidligere faktisk kontakt mellem parterne og i hvert fald ikke alene på grundlag af en angivelse i følgeskrivelsen af, at fremsendelsen sker i henhold til bestilling), må modtageren dog antagelig forpligtes som køber, hvis han forholder sig passiv og ikke reklamerer, sml. *Ussing*: Aftaler, p. 398 ved note 51.

8) Se også U 1979.137 H, der på et mere specielt lejeretligt område statuerer *stiltiende aftale* omkring en opsigelse, fordi den ene part *ikke gav udtryk for* et standpunkt om *ikke* at være bundet af nogle forhandlinger, og idet den anden part heller ikke iøvrigt havde grund til at antage dette. Se iøvrigt meget illustrerende NDs 1978.461 NoH (NRt 1978.702)

videre kan forventes accepteret.

Et andet problem end det netop behandlede er, om en kontraktspart kan kræve sig *løst fra selve aftalen* under påberåbelse af dissens, selv om der er udvekslet overensstemmende tilbud og accept, når medkontrahenten straks efter følger dette op med en stadfæstelsesskrivelse el. lign., der afviger fra aftalen. Dette kan dog principielt ikke antages; men især ved mundtlige aftaler kan en uoverensstemmende "bekræftelse" nok blive et vigtigt bevismæssigt indicium for, at endelig aftale ikke tidligere er indgået. En efterfølgende tilkendegivelse om ikke at ville opfylde aftalen som indgået, kan endvidere efter omstændighederne give grundlag for at *hæve* aftalen.

2.2. Når aftale er sluttet kan der undtagelsesvis også pålægges en part reklamationspligt overfor *senere* tilkendegivelser fra den anden part, "når denne ellers kan få det indtryk, at han ikke ville rejse indvending mod den opfattelse, den anden har tilkendegivet".[9] Herved udtrykkes det samme grundsynspunkt som ovenfor ved note 4 - blot mere vidtgående og reelt også omfattende *ændring* af en aftale efter vedtagelsesfasens afslutning. Med støtte hos *Lassen*[10] vil *Ussing* generelt lade en person forpligtes ved at forholde sig tavs, når *almindelig hæderlighed* kræver, at han gør opmærksom på, at han ikke vil forpligtes.[11] Reelt vil afgørelsen basere sig på de underliggende almindelige *sociale normer*, der kan give grundlag for en sådan forventning om

---

9) *Ussing*: Aftaler, p. 397 f. Ligeledes *Lassen og Ussing*: Spec. Del, 1923, p. 74 f. Se iøvrigt hertil *Olsson* i 21. NJM 1957, bilag VI, p. 19 ff.; *Hellner* i JFT 1979, p. 292 f.

10) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 229 f. "Når en person forholder sig passiv i en situation, i hvilken fornuftige og hæderlige mænd ville tate reservation, når de ikke er villige til at forpligtes", kan man ifølge *Lassen* undertiden udlede en *forpligtelsesvilje*; men også derudover vil man i mange situationer lade manglende reklamation medføre forpligtelse som *pønalvirkning*. Med det sidste går selv *Lassen* ind for, at "viljen" underkastes de almindelige sociale normer for, hvornår en forpligtelse er indtrådt.

11) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 398. *Ussings* krav til hæderlighed skal næppe opfattes som stærkt moralsk farvet, men snarere som en henvisning til almindelig forretningsskik og modpartens forventninger til sin kontrahents optræden herudfra. Hertil også *Cervin*: Om passivitet, p. 65 f.

reklamation, og man vil nok her være tilbøjelig til at betragte en så sen tilkendegivelse alene som et bevisdatum til brug ved udlægningen af den oprindelige aftale.

Man vil her i det hele taget kun kræve reklamation overfor efterfølgende tilkendegivelser, der kan siges at have deres *naturlige plads* i en meddelelse af den pågældende art. Det mest praktiske eksempel er fakturaen, regningen eller notaen, jfr. for handelskøb kbl. § 6,[12] der som retsvirkning statuerer omlægning af bevisbyrden. Omfattet heraf er først og fremmest selve prisen, men f.eks. ikke rentens størrelse, jfr. U 1973.252 SH, U 1974.680 H, U 1977.1030 V,[13] eller angivelse af, at reklamation over varen skal ske inden en vis kortere tid, jfr. U 1957.254 SH. Heller ikke renteangivelser i kontoudtog bliver uden videre bindende ved modtagerens passivitet, jfr. U 1978.706 V, hvorimod angivelser i regning af selve regningsbeløbet og beregningsgrundlaget også efter omstændighederne kan binde den "civile" modtager ved passivitet uden for handelskøb,[14] jfr. U 1959.347 H (håndværkerregning til privat bygherre). Undertiden kræves reklamation overfor *manglende* angivelse i ordreseddel eller faktura af en *særlig* ret, som modtageren mener at være lovet, jfr. U 1973.946 H, ligesom manglende forbehold om en ret også iøvrigt efter omstændighederne kan føre til fortabelse af denne, jfr. U 1980.63 H.

Spørgsmålet om, hvorvidt en part uden hjemmel i aftalen ensidigt kan *ændre* aftalevilkår midt i et aftaleforløb,[15]

---

12) Jfr. *Lassen og Ussing*: Spec. Del, p. 75 f., 94; *Ussing*: Køb, p. 20 f.; *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, 1979, p. 87 f., 89 f.

13) Modsat det anførte om renteangivelser *Lyngsø*: Gældsbrevloven, 1976, p. 234, der dog ikke har støtte i de af ham anførte domme. Se i stedet *Nørgaard* i Juristen & Økonomen 1978, p. 479 f.

14) Se herom *Ussing*: Køb, p. 13 f.; *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 91.

15) Jfr. *Taxell* i JFT 1980, p. 31 ff., der antager dette, når der som formel forudsætning eksisterer en "retsgrund" herfor, og ændringen holder sig inden for visse materielle grænser, der afstikkes ud fra nogle loyalitets-, billigheds- og væsentlighedsnormer.

skal vurderes tæt sammen med de nedenfor i kapitel 4 omtalte muligheder for kontraktsændringer ud fra ugyldigheds- og lempelsesbetragtninger. I visse tilfælde vil en meddelelse om sådanne begrundede ændringsintentioner i hvert fald nok kunne forpligte i forbindelse med undladt reklamation heroverfor.[16)]

2.3. Hvis en erhvervsdrivende virksomhed fremsender nye kontraktsvilkår til gamle kunder med angivelse af, at *fremtidig* kontrahering vil anses for sket på disse vilkår, må senere kontrahering anses for sket på de nye vilkår, dersom kunderne ikke reklamerer heroverfor ved de nye ordreafgivelser eller nye henvendelser om kontrahering iøvrigt.[17)]

Ved mere eller mindre "automatisk" periodevis forlængelse af *løbende* kontraktsforhold som forsikringsaftaler vil endvidere betaling af præmie eller ydelse for den næstfølgende periode, efter at selskabet ensidigt har udsendt meddelelse om ændring i vilkårene, kunne opfattes som stiltiende godkendelse af de ændrede vilkår for de kommende perioder, jfr. U 1977.216 Ø.[18)] Dette kan dog næppe antages for meget væsentlige ændringer.

---

16) Jfr. *Taxell* i JFT 1980, p. 43.

17) Sml. *Nørgaard* i Juristen & Økonomen 1978, p. 480.

18) Hertil *Lyngsø*: Dansk Forsikringsret, 3. udg., p. 57 f., samt Assurandør-Societetets responsum nr. 2066 i U 1975.330.
Sml. iøvrigt *Hans Petter Lundgaard* i NU B 1979:5, p. 93-95, samt om det danske reformarbejde inden for forsikringsretten *Benedicte Federspiel* l.c., p. 100 f.

KAPITEL 4

AFTALEREGULERING EFTER OBJEKTIVEREDE REDELIGHEDS- OG RIMELIGHEDSNORMER.

A. Aftalelovens § 36 og aftaleretlige standarder.

1. Indledende om aftl. § 36 og forholdet til de tidligere ugyldighedsregler.

1.1. Man har kunnet nå et stykke vej i retning af at frigøre en løftegiver fra urimelige aftaler efter reglerne i aftl. §§ 7 og 28-32 samt efter den almindelige retsstandard i aftl. § 33, og dette gælder ikke mindst ved kombination med reglen i aftl. § 39, 2. pkt., der i realiteten hjemler afvigelse fra såvel løfte- som forventningsteorien, som ellers er aftalelovens principgrundlag. Hertil kommer, at man såvel i lovens motiver som i efterfølgende retspraksis har taget det forbehold, at aftaleloven ikke er udtømmende i så henseende. Herved er ikke mindst tænkt på forudsætningslæren; men ugyldighed er også statueret ud fra almindelige retsgrundsætninger, og undertiden er det sket uden påberåbelse af nogen bestemt hjemmel.[1] som nævnt har man

---

1) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 121 og 175; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 149.

Se f.eks. U 1939.951 Ø: "Under hensyn til samtlige foreliggende omstændigheder ... findes det at måtte statueres, at ...".

Selv om det er legitimt at anlægge en friere ugyldighedsbedømmelse ud fra almindelige retsgrundsætninger, må det dog kræves, at disse konkretiseres i den enkelte situation. Sml. *Frost* i Juristen 1956, p. 195 ff.: "Dommeren må først gøre sig klart, efter hvilke retsregler sagen skal afgøres" (p. 218). Derefter skal retten fremsætte "sine på det faktiske grundlag byggende retlige betragtninger og følgeslutninger (p. 219) ... Den begrundelse, man anvender, er en kunst, og bør aldrig synke ned til at blive en ekspedition" (p. 234).

således også i tilslutning til reglen om erklæringsvildfarelse i aftl. § 32 anerkendt som almindelig regel, at kendelig vildfarelse er ugyldighedsgrund, og man har som hovedregel pålagt hver part at bære risikoen for rigtigheden af de for aftalen kendeligt relevante oplysninger, som de hver især giver. De nedenfor under kapitel 5 nævnte vedtagelses- og fortolkningsregler kan også godt opfattes som almindelige retsgrundsætninger, der mere eller mindre bevidst har hentet støtte i de aftaleretlige ugyldighedsstandarder i bl.a. aftl. § 33.[2] Det er heller ikke på denne baggrund helt utænkeligt, at en aftale kan frakendes gyldighed på andet grundlag end den strikte aftaleret, forstået som den "retlige lighedsnorm", der ens for alle borgere er nedfældet i diverse løfte-, forventnings- eller re integra-principper, men f.eks. ved inddragelse af bredere sociale eller samfundsmæssige kriterier.

1.2. På specielle områder har man endvidere længe haft egentlige *generalklausuler*, der klart hjemlede en friere rimelighedsbedømmelse for særlige aftaletyper. Det gjaldt således forsikringsaftalelovens § 34, afbetalingslovens § 8, stk. 3, lejelovens § 37, Lov om arbejdstageres opfindelser § 11, ophavsretslovens § 29 og gældsbrevslovens § 8. Disse regler er nu alle ophævet ved ikrafttrædelsen af aftl. § 36 i 1975, men man var forinden inde på muligheden af at anvende disse bestemmelser og *især gbl.* § *8* analogt på kontrakter i almindelighed. Dette vandt overvejende gehør i de øvrige nordiske lande.[3] I Danmark blev denne mulighed i-

---

2) Jfr. Bet. 738/1975, p. 22 og 23.

3) Se således de svenske motiver til gældsbrevsloven i SOU 1935:14, p. 67, og NJA II 1936, p. 52; samt f.eks. *Rodhe* i Forhandlingerne på det 19. Nordiske Juristmøde (NJM), 1951, bilag V, p. 21; *samme* i SvJT 1951, p. 590 ff.; *samme* i SvJT 1961, p. 261; *samme*: Obligationsrätt, 1956, p. 13; *Godenheim*: Om säljarens bundethet under ändrade förhållanden, 1954, p. 108, 247; *Hessler* i SvJT 1954, p. 421 f.; *Vahlén*: Avtal och tolkning, 1960, p. 235 ff.; *Curt Olsson* i 21. NJM, 1957, bilag VI, p. 34 ff., 41; *Hakulinen*: Obligationsrätt, 1962, p. 103;

midlertid fra starten afvist,[4] men et opbrud var dog - med eller uden udtrykkelig henvisning til grundsætningen i gbl. § 8 - på vej.[5] På det 24. Nordiske Juristmøde i 1966 gik *Stig Jørgensen* ind for en almindelig generalklausul i aftaleloven "for at afskære enhver tvivl" samt "af ordensmæssige grunde".[6] Siden synes han dog at inddrage en mere direkte materielretlig argumentation for reglen.[7]

Arnholm: Privatrett I, 1964, p. 253; *samme*: Privatrett II, 1964, p. 250; *Kr. Andersen* i TfR 1964, p. 335 f.; *samme*: Kjøpsrett, 1965, p. 284 f.; *Folke Schmidt* i 24. NJM, 1966, bilag VII, p. 17 f., 30 f.; *Bengtsson*: Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott, 1967, p. 140 f.; *Taxell*: Avtal och rättskydd, 1972, p. 157 ff.; *Bernitz* i SvJT 1972, p. 438, 440 ff.; *samme*: Standardavtallsrätt, 3. uppl. 1978, p. 52 f.; *Aro* i JFT 1974, p. 171 ff.; *Adlercreutz*: Avtal, 1978, p. 94 f.

Dog modsat *Palmgren* i 19. NJM, 1951, p. 192 f. ("en orm i paradiset"), *Ahrnborg* i 19. NJM, 1951, p. 210; *Saxén*: Förlagsavtalet, 1955, p. 59.

Som eksempler på, at i hvert fald svensk og finsk retspraksis har tilsluttet sig en analog anvendelse af gbl. § 8 på aftalevilkår i almindelighed, se (for Sverige) NJA 1948.138 H, NJA 1948.163 H, NJA 1952 not. A 8, NJA 1975.490, NJA 1977.717 H (NDs 1977.572) hvor især dommer *Vängbys* dissens kan fremhæves, samt (for Finland) NDs 1974.184 FiH. Til den sidstnævnte finske højesteretsdom, se *Aro* l.c. Svensk praksis omkring generalklausulerne er yderligere omtalt i SOU 1974: 83, p. 53 ff.

4) *Ussing*: Enkelte kontrakter, 2. udg. 1946, p. 84; *samme* i TfR 1945, p. 315 f.; *A. Vinding Kruse* (nødtvungen) i Festskrift til Ussing, 1951, p. 282 f.; *samme* i 21. NJM, p. 158 f.; *Stig Jørgensen* i NU 1961:6, p. 44; *Foighel og Gammeltoft-Hansen*: Automobilforhandlerkontrakter, 1970, p. 126 f.

Retspraksis har været meget tilbageholdende med direkte at påberåbe sig gbl. § 8, selv hvor den kunne anvendes direkte, jfr. U 1967. 64 H; men der er næppe tvivl om, at man reelt alligevel har bragt denne regels eller tilsvarende principper i anvendelse, jfr. *Trolle* i U 1967 B, p. 95.

5) *Lando*: Udenrigshandelens kontrakter, 2. udg. 1973, p. 117 f.; *Stig Jørgensen* i TfR 1965, p. 412 f.; *samme*: Kontraktsret I, p. 48; *Lyngsø*: Afbestillingsret, 1971, p. 114, 148 ff., 152, 437; *samme* i Juristen & Økonomen 1974, p. 493 ff.

Gældsbrevslovens motiver kan også udmærket læses i denne retning, se således Udkast til Lov om Gældsbreve, 1935, p. 17; men det er at dømme efter lovfaderen *Ussings* modstand næppe meningen.

6) Jfr. *Stig Jørgensen* i 24. NJM, p. 192.

7) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 19 ff.

1.3. Umiddelbart kan det derfor med nogen føje spørges, om der egentlig var behov for den nye generalklausul i aftl. § 36, som nu givetvis vil levere den formelle hjemmel til en mere kompleks vurdering med inddragelse af de nævnte momenter, uden at forudsætningsbetragtningen dog kan antages aflivet hermed.[8] Når man har levet med bestemte regler i en tid, fæster der sig imidlertid let en praksis efter ret faste mønstre, og et *politisk ønske om en praksisændring* med omprioritering af eksisterende kriterier eller tilførelse af nye sådanne kan til sin opfyldelse kræve en ændring eller tydeliggørelse i retsgrundlaget, selv om en formel hjemmel i og for sig er tilstede herfor i forvejen. Den nye § 36 i aftaleloven skal nok ikke mindst ses i dette lys.[9]

Allerede forinden var der dog konstateret bevægelse i retspraksis hen imod en udvidet anvendelse af standarden i aftl. § 33 på uheldige kontraherings- og kontraktsformer, jfr. således U 1974.265 Ø og siden også U 1977.876 V. Domstolene ville formentlig også uden aftl. § 36 have fulgt sam-

---

8) Jfr. *Spleth* i U 1974 B, p. 250, der fremhæver, at forudsætningslæren efter hans opfattelse er langt at foretrække for generalklausulen, og at forudsætningsbetragtningen vil holdes i live trods gennemførelsen af en generalklausul. Ifølge *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 55, er forskellen fra aftl. § 36's rimelighedsskøn til forudsætningslæren i hvert fald f.s.v. angår ændrede forholds betydning for kontraktsmæssige forpligtelser ikke stor. Også forudsætningslæren taler om et frit dommerskøn, jfr. ovenfor kapitel 2, pkt. 10. Se videre nedenfor pkt. 5, ved note 5.

9) Forventningerne til aftl. § 33 gik jo også på en levende, dynamisk regel, jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 172: "I samme grad som den almindelige moral hæves, vil § 33's betydning vokse". Sml. om ugyldighedsreglernes udviklingslinje *Stang* i JFT 1933, p. 391 ff. Selv om reglen ved sin tilkomst blev angrebet, måske stærkest af *Karlgren*, for at give dommerne for frie tøjler og negligere hensynet til "sikkerheden", har udviklingen imidlertid vist, at den ikke har været bevægelig *nok*. Se hertil *Lando* i SvJT 1967, p. 4 f. om hvordan standardernes konkrete billighedsafgørelser stivner i faste regler. Sml. *Ross*: Om Ret og Retfærdighed, p. 367 f. Se også allerede *Stati*: Le standard juridique, 1927, p. 145 ff., der i denne betydning taler om fænomenet "d'autolimitation du pouvoir judiciaire".

Se til det specifikke problem om behovet for aftl. § 36 *Stig Jørgensen* i JFT 1977, p. 15 f.

fundsudviklingen og de nye behov op, selv om det i så fald nok var sket langsommere og muligvis også med større usikkerhed omkring retstilstanden. Den største gevinst ved aftalelovens nye regel i § 36 må antageligt siges at være den klare tilkendegivelse af, at en aftale kan tilsidesættes alene på grundlag af en bedømmelse af dens *indhold*.[10] Selv om forudsætningssynspunkterne stadig kan blive afgørende, vil man nu åbenlyst kunne motivere et resultat uden at pakke det ind i en subjektiveret begrundelse.

---

10) Sml. dog ovenfor kapitel 3, afsnit A, pkt. 5.5., om den betydning aftalens *indhold* også spiller for ugyldighedsbedømmelsen efter de gamle ugyldighedsregler.

2. *Nærmere om baggrund og formål for aftl. § 36.*

2.1. Aftl. § 36 er fremstået på baggrund af den i 1970'erne i Danmark stærkt diskuterede såkaldte "bagmandsvirksomhed" og er altså fremstået (eller i hvert fald fremskyndet) som et led i bekæmpelsen af en florerende "skadelig økonomisk virksomhed" ikke mindst i form af stærkt dubiøse rykknings- og forfaldsklausuler i pantebreve samt urimeligt byrdefulde låneaftaler.

Endvidere angives aftl. § 36 motiveret af et almindeligt forbrugerbeskyttelseshensyn, uden at der dog forinden forslagets fremlæggelse var foretaget undersøgelser, der generelt belyste, i hvilket omfang erhvervsdrivende sælgere misbrugte aftalefriheden f.eks. ved anvendelse af urimelige standardvilkår, og i hvilket omfang der derfor var behov for en generel regel af denne grund.[1] Det er imidlertid i denne sidstnævnte henseende, at reglen må antages at have fået sin betydning dels som hjemmel for en regulær indholdscensurering og dels som signal til en "drejning" i bedømmelsesgrundlaget i kraft af en større vægtning af parternes udgangspositioner for kontraheringen samt forholdenes forandring under vejs i kontraktsforløbet. Det svenske udredningsarbejde, som det danske forslag i meget vid udstrækning er inspireret af, sigter da også således som det er fremstået i SOU 1974:83 og i forslaget til en tilsvarende generalklausul i den svenske aftalelovs § 36, alene på forforbrugerbeskyttelse, om end anvendelsesmuligheden er bredere.[2]

Afgørende ifølge aftl. § 36 er alene, om en retshandel er "urimelig eller i strid med redelig handlemåde". Denne formulering er bredere end formuleringen af hidtidige ugyldighedsregler, hvorfor domstolene hermed tillægges en vide-

---

1) Se herved *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 19 ff., der støtter sig på de svenske undersøgelser.

2) Se hertil *Jan Hellner* i TfR 1976, p. 145 ff., især p. 149 f.

regående ret til at tilsidesætte aftaler. Kvalificerende adverbier som "*åbenbart* urimeligt" og "*klart* uredeligt" er udeladt netop for at lette reglens anvendelse og gøre den mere formfri.[3] I de tidligere mere specielle generalklausuler ønskede man alene at ramme "klare tilfælde af misbrug",[4] medens det med aftl. § 36 er tanken at gribe ind over for ethvert kontraktsforhold, der er "urimeligt" eller "ubilligt".[5] *Hvad*, der er "urimeligt", vil der dog sikkert kunne være mange - usikre[6] - meninger om;[7] men anvendelsen af reglen må immervæk basere sig på den almindelige (om end bevægelige) retsopfattelse[8] og skal ikke anvendes som platform for et felttog til moralsk oprustning.[9]

2.2. Det vigtigste bidrag til fortolkningen af aftl. § 36 er utvivlsomt den af *Stig Jørgensen* udarbejdede såkaldte "Foreløbige redegørelse for formuerettens generalklausuler" fra 1974, der i det væsentlige har dannet grundlag for be-

---

3) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 24.

4) Se f.eks. således Betænkning om køb på afbetaling, 1950, p. 43.

5) Se *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 24.

6) Se især *Spleth* i U 1974 B, p. 501.

7) Se f.eks. herom *Spleth* i U 1974 B, p. 247, 249; *Lyngsø* i Juristen & Økonomen 1974, p. 501.

8) Sml. straks nedenfor pkt. 3, samt pkt. 5 ved note 20 om almindelig forretningsskiks vejledende betydning.
Se også i relation til generalklausulen i markedsføringslovens § 1 *Paul Krüger Andersen*: Markedsføringsret, 1978, p. 116: "Det ville formentlig ikke være i overensstemmelse med dansk retstradition, hvis domstolene skulle give sig til at træffe afgørelser på et grundlag, der ikke har en nogenlunde solid baggrund i de berørte kredse". (Se om forholdet mellem aftl. § 36 og markedsføringslovens § 1, nedenfor pkt. 6).

9) Selv rimelighedskravet giver et vist spillerum for aftalefriheden. En ting er, at dommeren måske ville have fundet andre vilkår rimeligere. En anden ting er, om han vil tilsidesætte de aftalte vilkår som urimelige. En aftale kan være rimelig uden at være rimeligst; sml. *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, 1979, p. 41.

stemmelsen. Fremhævelsen i paragraffens stk. 2 af forholdene efter aftalens indgåelse er dog sket efter henstilling fra forbrugerkommissionens lovudvalg.[10] Hele forslaget bygger imidlertid på et oprindeligt *svensk* initiativ og udredningsarbejde, der senere er resulteret i den af *Jan Hellner* udarbejdede SOU 1974:83 ("Generalklausul i förmögenhetsrätten"), samt en tilsvarende § 36 i den svenske aftalelov. Den svenske udredning, der er en del mere udførlig end den danske redegørelse, er også en væsentlig kilde til belysning af den danske regel.

Iøvrigt kan der henvises til Folketingstidende 1974-75, Tillæg A, sp. 790 ff., samt til *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 392 ff.

I *Norge* er en parallel bestemmelse tidligere blevet indsat i den norske *købelovs* § 1, stk. 2, hvor den dog har et noget mere begrænset anvendelsesområde. Retsstillingen i Norge er imidlertid lidt anderledes end i de øvrige nordiske lande p.g.a. reglen i den norske *prislovs* § 18.[11] Senest er der også i Norge afgivet betænkning, NOU 1979:32 (Formueretlig lempningsregel), hvori der stilles forslag om en ny § 36 i den norske aftalelov svarende til den svenske og den danske generalklausul.

---

10) Jfr. Bet. 738/1975, p. 174 ff. (bilag 19-21).

11) Se herom f.eks. *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 205 ff.
Prislovens regel lyder således: "Det er forbudt å ta, kreve eller avtale priser som er urimelige. Heller ikke må det kreves, avtales eller opretholdes forretningsvilkår som virker urimelig overfor den anden part eller som åpenbart er i strid med almene interesser".

3. Aftl. § 36 som retlig standard.

3.1. I den svenske betænkning fremføres i diskussionen omkring det rette ordvalg for generalklausulen, at domstolene skal have mulighed for at gennemføre "en allmän rättspolitisk prövning".[1] En tilsvarende betragtning blev under Folketingets første[2] førstebehandling af det tilsvarende danske lovforslag fremført - måske endnu skarpere - af den socialdemokratiske ordfører *Ole Espersen*, der sagde: "Her er der virkelig tale om, at man siger til dommerne, at de fra gang til gang skal finde ud af, hvad der er rimeligt eller urimeligt ud fra en almindelig samfundsmæssig vurdering. Det er en form for politisk opgave, man dér giver dommerne".[3] At udfyldningen af så vage begreber ikke kan undgå at få et vist politisk tilsnit er nok uomtvisteligt, og f.s.v. er det også et stykke lovgivningskompetence, der overlades til domstolene; men opgaven består alene i en afvejning af eksisterende interesser og behov. For at tage udgangspunkt i Espersen-citatet, så skal retsudfindelsen "fra gang til gang" ikke opfattes som et helt frit skøn til dommerne. Vægten skal i stedet lægges på bestemmelsen af vurderingsgrundlaget til "en almindelig samfundsmæssig vurdering". Når det f.eks. således tilsvarende af forbrugerkommissionen udtales, at reguleringen efter generalklausulens offentligretlige pendant i markedsføringsloven baserer sig på "moralsk-etiske kriterier",[4] må dette også alene

---

1) Jfr. SOU 1974:83, p. 119.

2) Der er formelt set *tre* førstebehandlinger af forslaget, idet arbejdet to gange blev afbrudt, således at forslaget først blev vedtaget ved dets tredje fremsættelse.

3) *Ole Espersen* i FT 1973-74, Forhandlingerne, sp. 6774.
Socialdemokratiet med *Ole Espersen* gik vel at mærke ind for forslaget, og *Ole Espersen* var oven i købet blandt det udvalgsmindretal, der i tilslutning til *Spleths* artikel i U 1974 B, p. 245 ff., gik ind for en endnu videre adgang til at ændre vilkår i aftalen, jfr. FT 1974-75, Tillæg B, sp. 545 og 547 f.

4) Jfr. Forbrugerkommissionens betænkning II, nr. 681/1973, p. 18.

forstås som *de hensyn og interesser, som ligger til grund for loven*; jfr. da også udtalelsen fra kommissionens lovudvalg, hvori der er "enighed om at understrege, at en aftale også efter den foreslåede formulering må fremstå som urimelig eller i strid med redelig handlemåde *efter den almindelige retsopfattelse*, for at aftalen helt eller delvis kan tilsidesættes",[5] (min udhævning). *Loven* bygger (også) på "moralsk-etiske" kriterier; men *dommerens* vurdering må fremstå som rent *funktionel* ud fra disse hensyn og interesser.[6]

Generalklausulen i aftl. § 36 indeholder *en almindelig retlig standard*, således som det klart anføres i forarbejderne.[7] Heri ligger en fleksibilitet, men ikke en vilkårlighed. Standardbegrebet dækker over en *interesseafvejning* på et grundlag, der fører til "riktige resultater, individuelt og socialt sett", d.v.s. muliggør en opnåelse af *"individuell retferdighet* overfor livets overveldende nyanserikdom", som ikke kan rummes i "de gamle ... mere kasuistiske og presise rettsregler" - således som allerede *Knoph* skriver i sit opgør med disse sidste.[8] En øget materiel frihed for domstolene forudsætter, at "rettsapparatet er solid og sta-

---

5) Udtalelsen er optaget som bilag 19 til forbrugerkommissionens betænkning III, nr. 738/1975, p. 174.

6) Sml. for markedsføringsloven *Paul Krüger Andersen*: Markedsføringsret, 1978, p. 130-132.

7) Jfr. Bet. III, nr. 738/1975, p. 22 og 26; og *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 21 og 24.
Brugen af standarder har dybe rødder i dansk lovgivning, selv om begrebet som sådant er af nyere dato. Startende med den gamle ærbarhedsregel i DL 5-1-2 er udviklingen i retspraksis og lovgivning skredet jævnt frem til hæderlighedsreglen i aftl. § 33 og har nu indtil videre fundet sit mest vidtgående udtryk i aftl. § 36.

8) Jfr. *Knoph:* Utviklingslinjer i moderne formuerett, 1934, p. 63 f.
Jfr. herved også *H. Lund Christiansen* i Juristen & Økonomen, 1975, p. 250: "Erfaringen synes at vise, at en detailleret lovgivning i for høj grad koncentrerer sig om at regulere de kendte fænomener og i stedet kommer til kort over for den fantasi, som udfoldes fra erhvervslivets side".

bilt, og folk har rotfestet tillit til domstolenes uavhengighet og plikttroskap".[9] Overvejelserne omkring en retlig standard svarer nøje til den balancegang mellem skøn og regel, der stedse har optaget nyere retsvidenskab og vel egentlig definerer retten.[10] Dette kommer også frem i forarbejderne til aftl. § 36.[11] Vurderingen efter en standard må i modsætning til et helt frit skøn kræves at falde ud i overensstemmelse med de *forventninger*, samfundet eller de berørte grupper vil have *ud fra accepterede og indlevede adfærdsmønstre*.[12]

3.2. Standardbegrebet kom især ind i nordisk retslitteratur via *Ragnar Knophs* værk om "Rettslige standarder" fra 1939, der var stærkt inspireret af den nedennævnte udenlandske - især amerikanske og franske - doktrin. *Knophs* generelle karakteristik af standarden som *en henvisning til en kendt, udenforliggende målestok*[13] har vundet almindeligt

---

9) Jfr. *Knoph* i hans hovedværk om emnet: Rettslige standarder, 1939, p. 28.

10) Herhjemme var nok *Bentzon* den første (også før *Knoph*) til at fremdrage dette forhold om rettens "kompromisnatur", se *Bentzon*: Almindelig Retslære, 1904, III og IV afsnit, *samme*: Begrebet Vis Major, 1890, p. 16 ff., *samme*: Retskilderne, 1900, p. 74 ff. og 116 ff. og *samme*: Skøn og Regel, 1914.

11) Se *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 23 ("rimelighed" ctr. "sikkerhed").

12) Jfr. *Ross*: Indledning til retsstudiet, 2. udg. 1959, p. 81; *samme* i *Foighel*: Indledning til Formueretten, 1971, p. 16.
Selv om afgrænsningen involverer et moralsk skøn, er der dog tale om *et retsspørgsmål*. I U.S.A., hvor parterne i mange handelssager har adgang til at lade tvisten afgøre ved en jury, er det i erkendelse heraf bestemt, at en afgørelse af, om en kontrakt er "unconscionable" efter standarden i U.C.C. sec. 2-302, skal afgøres alene af dommeren.

13) Jfr. *Knoph*: Rettslige standarder, p. 2.
Kritisk til *Knophs* standardbegreb ses *Hult* i Festskrift tillägnad Nils Stjernberg, 1940, p. 137 ff. Se også *Augdahl*: Rettskilder, 3. udg. 1973, p. 41 f. og *Sundby*: Om normer, 1974, del 2 og specielt p. 237 ff, samt (i mere sammentrængt form) *Eckhoff og Sundby*: Rettssystemer, 1976, p. 141 ff.

fodfæste, og forarbejderne til aftl. § 36, der taler om en generalklausul *og* en standard,[14] opererer tydeligvis ud fra *Knophs* standarddefinition.

Der er næppe nogen grund til i den her behandlede sammenhæng at sondre mellem begreberne *retsstandard* og *generalklausul*. Muligvis fungerer den moderne generalklausul i højere grad end de tidligere standarder som en almen "reserveregel" med et bredere anvendelsesområde,[15] men der er i begge tilfælde tale om den samme *tendens* i retten. Dette illustreres tydeligt af gennemgangen nedenfor pkt. 4,[16] hvor den væsentligste forskel mellem begreberne synes at være selve ordenes forskellige oprindelse i henholdsvis amerikansk og germansk retslitteratur.

---

14) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 24.

15) Se hertil også *Krüger Andersen*: Markedsføringsret, p. 118-121 med henvisninger.

16) Se også *Palle Bo Madsen* i TfR 1981, p. 462 ff.

4. *De retlige standarders udvikling og udbredelse internationalt.*

De retlige standarder kom rigtig i vælten i nybrudstiden efter 1. verdenskrig. Udviklingen forløb ret parallelt i U.S.A. og Europa, og standardbegrebet blev i denne periode stærkest og klarest formuleret af amerikaneren *Roscoe Pound* i 1922: "Three characteristics may be seen in legal standards: 1) they all involve a certain *moral judgement* upon conduct. It is to be "fair" or "conscientious" or "reasonable" og "prudent" or "diligent". 2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for *common sense* about common things or *trained intuition* about things outside of everyone's experience. 3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but *are relative to times and places and circumstances*, and are to be applied with reference to the facts of the case in hand".[1] (mine udhævninger). *Pound* var og erkendte åbent at være stærkt influeret af *Iherings* interessejurisprudens såvel som af samtidige tyske retsskoler,[2] i hvilket forhold man nok skal søge meget af forklaringen på, at *Pounds* lære må lyde særdeles rimelig, selv for en nutidig europæer.[2a] Eller måske rettere *netop* for en nutidig *europæer*, for selv om nutidens talen om rettens dynamik, foranderlighed og karakter af socialt kontrolmiddel allerede var formuleret netop hos *Pound*,[3] så synes *amerikanske* domstole stadig at være ret tilbageholdende med at tilsidesætte kontraktsvilkår under henvisning til standarder. Det *ér* dog sket uden udtrykkelig hjemmel f.s.v. angår *standard-*

---

1) *Pound*: An introduction to the Philosophy of Law, 1922, p. 118.

2) Jfr. *Fikentscher* i Festschrift für Karl Larenz, 1973, p. 93-108.

2a) Også dansk ret fik - ikke mindst via *Bentzon* - afgørende påvirkninger fra *Iherings* interesseteori. Sml. ovenfor kapitel 1, pkt. 4, note 19.

3) Jfr. hertil *Dalberg-Larsen*: Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, 1977, p. 344-350.

kontrakter, som var "so extreme as to appear *unconscionable* according to the mores and business practices of the time and place", eller "contrary to *public policy*."[4] (mine udhævninger). En sådan adgang er nu kodificeret i en egentlig retsstandard i Uniform Commercial Code sec. 2-302, der fastholder kriteriet "unconscionable". Reelt er der imidlertid næppe tale om andet end en kodificering af den tidligere eksisterende retstilstand, idet U.C.C. kun tillader domstolene nu at gøre "openly", hvad de i mange år har gjort "in a semi-covert way".[5] I Comment 1 til sec. 2-302 opridses følgende baggrund for reglen: "in the past such policing has been accomplished by adverse construction af language, by manipulation of the rule of offer and acceptance or by determinations that the clause is contrary to public policy or to the dominant purpose of the contract. This section is intended to allow the court to pass directly on the unconscionability of the contract". En revolutionerende undergravning af kontraktsinstituttet er der absolut ikke tale om i amerikansk ret, idet bestemmelsen i U.C.C. sec. 2-302 kun tager sigte

---

4) Jfr. *Corbin* on Contracts, bd. 1, p. 551-555 (§ 128), og bd. 6 A, p. 599 (§ 1472).

I en vis udstrækning har man nået det samme resultat ved *fortolkning* imod affatteren, jfr. *Corbin* on Contracts, bd. 3, p. 262-271 (§ 559). Fortolkningsterminologien er dog i denne forbindelse en fiktiv konstruktion, for som det anføres hos *Corbin* l.c.: "The rule is hardly to be regarded as truly a rule of interpretation; ... It is chiefly a rule of public policy".

5) Jfr. *Hawkland*: A Transactional Guide to the Uniform Commercial Code, 1964, p. 46.

På den anden side betyder kodificeringen, selv om formuleringen kun tager sigte på køb af løsøre, *ikke* nogen *indskrænkning* i retternes adgang til at tilsidesætte urimelige kontrakter, jfr. *Corbin* on Contracts, bd. 5 A, p. 223 (§ 1164): "Wherever this section is made applicable to contracts for the sale of goods, no court schould fail to make it applicable to all other contracts; for the policy that it adopts is applicable to all alike". Se nu også § 208 i Restatement of Contracts (2d) fra 1980.

på "those situations in which one party tries to take 80 % of the pie".[6] Endvidere lovfæster U.C.C. sec. 2-302 udtrykkeligt det princip, som dansk ugyldighedslære ved aftl. § 36 meget velovervejet har gjort sig fri af, nemlig at kontrakten skal have været unconscionable eller urimelig "at the time it was made". Hertil skal dog føjes, at en kontrakt, der *senere* bliver ubillig, muligvis kan reddes efter sec. 1-203 (der ikke er dommerskabt), som nært beslægtet med BGB § 242 (herom straks nedenfor) kræver, at kontrakten skal opfyldes i overensstemmelse med "good faith", hvilket princip også finder anvendelse i flere af U.C.C.'s andre regler. Medens sec. 2-302 lige som den danske aftl. § 36 (og BGB § 242 i praksis) ikke lægger afgørende vægt på parternes subjektive forhold, men kan bringes til anvendelse alene på grundlag af et objektivt set urimeligt indhold, er "good faith" imidlertid defineret subjektivt eller normativt som "honesty in fact".[7] Medens standarden således ikke er fremmed for amerikansk ret, og der heri eksisterer en forholdsvis vid formel hjemmel til tilsidesættelse af urimelige kontrakter, er de amerikanske domstole dog stadig efter en nordisk (og tysk) målestok tilbageholdende med at anvende denne, selv om også amerikansk ret ses at være i bevægelse.

Som *Pound* var forfatterne til The Code utvivlsomt stærkt påvirket af de europæiske kodifikationer og især generalklausulerne i den tyske BGB.[8] Men påvirkningerne Europa og U.S.A. imellem var gensidige. I tilslutning til *Pound* definerede franskmanden *Stati* ligeledes træffende omend mindre oplysende standarden som *"le procédé qui prescrit au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit*

---

6) *Hawkland*: A Transactional Guide to the U.C.C., p. 47.

7) *Hawkland*: A Transactional Guide to the U.C.C., p. 349 f., 879 f.

8) Jfr. *Millard Ruud og Ole Lando* i TfR 1965, p. 9 f., 21 og 34.

de juger".[9] *Statis* entusiastiske tilslutning til standardlæren satte sig dog ikke varige spor af større betydning i fransk ret. *Fransk* ret er i langt højere grad end tysk og nordisk ret stadig den dag idag præget af forrige århundredes individualistiske og liberalistiske livs- og samfundssyn. Den vigtigste standard i fransk civilret findes i Code Civil art. 1134, stk. 3, hvor det hedder, at kontrakter "doivent être exécutée de bonne foi". Hertil slutter sig også art. 1135, der udtrykker, at aftaler ikke alene forpligter efter deres indhold, men også "à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Selv om en kontrakt altså efter fransk ret forpligter i overensstemmelse med, hvad "l'equité" kræver af en kontrakt "d'après sa nature", og kontrakten tillige skal håndhæves "de bonne foi", således at der vel må siges at være formel hjemmel for en tilsidesættelse af aftaler efter en friere rimelighedsvurdering, så synes disse regler at blive fortolket særdeles indskrænkende. Hvis vilkårene i en kontrakt er klare og præcise, bliver de opretholdt "strictement".[10]

Nævnes skal dog særskilt den franske lov af 10. januar 1978 om beskyttelse og information af forbrugerne på vare- og tjenesteydelsesområdet. Denne lov har i art. 35 samt i et dekret, der den 24. marts 1978 er udstedt i henhold hertil, særlige regler om beskyttelse af forbrugere mod "les clauses abusives". Disse regler tilsigter at modvirke "un avantage excessif" opnået ved "un abus de la puissance economique". Man kan her godt tale om en indførelse af standarder i moderne forstand. Der er i hvert fald tale om det hidtil største direkte angreb på kontraktsfriheden i fransk

---

9) Jfr. *Stati*: Le standard juridique, 1927, p. 45, jfr. også p. 54 og 143.

10) Jfr. i det hele *Starck*: Droit Civil II. Obligations, p. 561 ff. samt endvidere om fransk ret i kapitel 6, pkt. 3. Se dog også lige nedenfor i note 16.

ret. Når man tænker på, hvordan franske dommere tidligere har reageret overfor forsøg på at stække kontraktsfriheden, kan det dog næppe forventes, at denne lovgivning vil smitte af på vurderingen af andre kontraktsforhold end de udtrykkeligt medtagne.

I interessejurisprudensens hjemland, *Tyskland*, har diskussionen om generalklausuler contra detaljerede enkeltregler måske bølget stærkest. Diskussionen tog her ligeledes sin begyndelse i løbet af 1920'erne og kulminerede (indtil den for ganske nylig atter blussede op i forbindelse med den nye standardvilkårslov) i løbet af 1930'erne med, hvad man vel må kalde generalklausulens eller standardens sejr, idet standarderne på de enkelte områder fik lov at leve ved siden af de mere kasuistiske regler. I selveste hjørnestenen for tysk ret, i BGB, rummes standarder eller regler, der i praksis er kommet til at fungere som sådanne, se §§ 157 (fortolkning) og 242 (opfyldelse), der baserer sig på "Treu und Glauben", §§ 138 og 826, der lidt snævrere taler om "die guten sitten", samt endvidere §§ 226 og 315.

Medens man i amerikansk ret benytter glosen "standard", der også har slået an i f.eks. Frankrig, har man i Tyskland gerne talt om "generalklauseln". *Esser* har dog i tilknytning til den amerikanske doktrin forsøgt at introducere begrebet standard i tysk retsteori, idet han definerede standarderne som "Rechtsnormen, die eine Verweisung auf common sense, Anschauung und Verhaltensweisen des "normalen" Verkehrs enthalten".[11] Som nævnt indeholder i realiteten alle generalklausulerne i BGB en standard i denne retning, og der ses ingen grund til her at gå ind på en nøjere terminologisk udredning af disse begreber, der kun synes at have deres geografiske ophav til forskel.

Diskussionen i Tyskland tog imidlertid ikke sit udgangspunkt i BGB's generalklausuler, men derimod i den endnu gæl-

---

11) Jfr. *Esser*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, p. 96 ff.

dende generalklausul af 1909 i UWG § 1, der som kriterium for Unterlassungsklagen ligeledes opstiller kriteriet "die guten sitten". Reaktionen herimod kom først fra *Isay*;[11a] men blev senere stærkere fremført af *Hedemann* i et af hele denne problematiks hovedværker: Die Flucht in die Generalklauseln. Ifølge *Hedemann* ville indførelsen af generalklausuler i retten risikere at føre til dennes opløsning og få dommeren til at ophøre med at være dommer: "Was er verwendet ist nicht Recht sondern ein sentimentales Verteilen von Milde und Härte nach ungesicherten Masstäben".[12] *Hedemanns* advarsler fik formentlig ikke mindre vægt ved at være fremsat på trods af, at han var i stand til at anlægge et noget mere nuanceret og fordomsfrit syn på fænomenet ved at anerkende, at standarden har et vist eget retsindhold og således er en målestok, selv om denne er bevægelig, og at den oven i købet ofte vil kunne bidrage "zur allgemeinen Hebung des Judiziums auf eine höhere Plattform".[13] Standardens fortalere i tysk ret var dog stærkere,[14] og selv om der ikke fandtes eller findes en helt generel generalklausul i tysk ret, har retspraksis dog ladet først BGB § 138, men siden og mest afgørende BGB § 242 ekspandere, således at det deri nedfældede krav til "Treu und Glauben" må antages, som *"einen obersten Grundsatz"* for kontraktsretten, at have en "korrektorische Funktion" for hele kontraktsforholdet og hjemle tilsidesættelse eller ændring af utilbørlige eller

---

11a) Jfr. *Isay* i GRUR. 1928, p. 71 ff.; og senere *samme*: Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes, 1933.

12) Jfr. *Hedemann*: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, p. 75.

13) Jfr. *Hedemann*: Die Flucht in die Generalklauseln, p. 42, 51 og 61.

14) Se f.eks. *Hamburger*: Treu und Glauben im Verkehr, 1930; *Krause*: Schweigen im Rechtsverkehr, 1933; *Siebert*: Verwirkung und Unzulassigkeit der Rechtsausübung, 1934.

urimelige kontraktsvilkår.[15] Den foreliggende praksis vedrører dog så vidt ses kun *standardkontrakter* ("allgemeinen Geschäftsbedingungen und formularverträge").[16] Denne praksis har nu fået et fastere retsgrundlag ved *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB) vom 9.12.1976, med ikrafttræden den 1.4.1977.[17] Loven gælder dog kun "für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt" jfr. § 1, stk. 1, hvorfor loven *ikke* gælder, for så vidt "die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind", jfr. § 1, stk. 2. Loven gælder altså kun for standardkontrakter og standardvilkår.[18] Generalklausulen i AGB § 9 hjemler derimod som aftl. § 36 en judiciel "indholdskontrol" af objektiv karakter. Som kriterium

---

15) Jfr. f.eks. *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts I, 11. Aufl. 1976, p. 109. Se også hertil *Rittner* i Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, 1964, p. 43 ff., samt allerede *Hedemann*: Die Flucht in die Generalklauseln, p. 8 ff.

16) Se *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts I, p. 74 ff., 110, 247 f.
Også *fransk* ret er særlig opmærksom på ulighedsproblematikken ved "les contrats d'adhesion"; her anføres lovindgreb mod den ellers hellige frie vilje ligefrem som nødvendige, og under foregivende af at fortolke har domstolene i praksis her egenhændigt suppleret kontrakterne med vilkår, "qui n'auraient pas été acceptées par le plus fort, mai qui protègent le plus faible", jfr. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II, 1., p. 75 f. Se også *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 136 ff.

17) Se hertil *Schmidt-Salzer* i NJW 1977, p. 129-141. Hele problemkredsen omkring tilsidesættelse af standardklausuler ses iøvrigt indgående diskuteret i Verhandlungen des 50. Deutschen Juristtages 1974, bd. I, p. A1-A100 (oplæg fra Hein *Kötz*), og bd. II, p. H1-H232 (diskussion).

18) Det synes derfor lidt vel flot, når *Stig Jørgensen* i U 1977 B, p. 161, i sin omtale af loven noterer sig, at "man i Tyskland er gået samme vej som hos os ved at indføre en generalklausul". Den tyske generalklausul i AGB er ikke som den danske i aftl. § 36 anvendelig på alle kontrakter og kontraktsvilkår. Medens der nok er tale om en "klausullov" - der er faktisk et helt katalog af klausuler - så kan man (også netop derfor) nok betvivle hvor meget "general", denne lovhjemmel er - se straks nedenfor. BGB § 242 er generelt set stadig den mest vidtgående regel i tysk ret.

herfor henviser AGB § 9, stk. 1 til "Treu und Glauben", og i stk. 2 præciseres, at en "unangemessene" forfordeling af den ene part vil kunne tilsidesættes, når en bestemmelse herom i kontrakten *enten* er uforenelig med "wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung" *eller* indskrænker væsentlige rettigheder og pligter efter "der Natur des Vertrages" således, at man udsætter kontraktens "zweck" for fare. Nøgleordet er *Unangemessenheit*, der, selv om det skal forestille at være en indholdsmæssig konkretisering af Treu und Glaube-kravet, dog blot er "ein unbestimmter Rechtsbegriff", der forudsætter inddragelse af "sämtlicher Umstände" i bedømmelsesgrundlaget.[19] Givet efter formuleringen er dog, at uforholdsmæssigheds- eller urimelighedskriteriet i loven må betegnes som en *standard* i ovennævnte betydning. Der forudsættes en norm uden for selve loven, og der gives dommeren frihed til at vurdere enkelttilfældene individuelt inden for dette almindelige direktivs rammer. I modsætning til den danske lov, der meget bevidst afstår fra at binde den fremtidige retsanvendelse, indeholder den tyske lov dog i §§ 10-11 et "klauselkatalog", der med stor grundighed opregner konkrete kontraktsvilkår, som henholdsvis kan og skal tilsidesættes. Kataloget afspejler nøje den allerede foreliggende retspraksis. Trods den blæst, der har været om loven i Tyskland, kan det formentlig konstateres, at de "unwirksamen Klauseln" i AGB §§ 9-11 ikke betyder en ændret retstilstand i Tyskland, men blot en kodificering af en eksisterende retstilstand for standardkontrakter. Med kataloget i §§ 10-11 sætter loven snarere grænser for en fri retsudvikling, end den åbner vejen herfor;[20] og gælder det til-

---

19) Jfr. *Schmidt-Salzer* i NJW 1977, p. 138, der også udtrykker standardens karakteristikon derved, at det afgørende kriterium "nicht unmittelbar subsumtionsfähig ist".

20) Jfr. *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts I, p. 76, hvor baggrunden for AGB samtidig angives at være den mere og mere fremherskende opfattelse, "*dass es nicht angehe, die Lösung aller Probleme*, die mit der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen und vorformulierter Vertragsmuster zusammenhängen, *allein den Gerichten zu überlassen*" (min udhævning).

sidesættelse af vilkår i *individuelle* kontrakter som *urimelige*, er eneste *tænkelige* hjemmel stadig det "Prinzip", der er nedfældet i BGB § 242.

I *engelsk* ret har der vist sig tendenser til dommerskabte standarder efter samme mønster som i amerikansk ret, og udviklingen er senest fulgt op med *the Unfair Contract Terms Act 1977*, der ud fra generalklausuler med krav om "reasonableness", giver domstolene mulighed for at gribe ind mod ansvarsfraskrivelser og vilkår i forbruger- eller standardkontrakter. Se nærmere nedenfor i kapitel 6.

5. *Nærmere om rimeligheds- og redelighedskriteriet samt aftl. § 36's anvendelsesmuligheder.*

5.1. Vigtig ved aftalelovens nye generalklausul i § 36 er paragraffens stk. 2. Ifølge aftl. § 36, stk. 2 inddrages foruden forholdene ved aftalens *indgåelse* og aftalens *indhold* også *senere indtrufne omstændigheder* i bedømmelsen.[1)]

Her rummer aftl. § 36 en nydannelse i aftalelovgivningen i forhold til de hidtidige ugyldighedsregler i aftl. §§ 28-33. Medens aftalelovens almindelige ugyldighedsregler - alle bortset fra § 38 og de tidligere §§ 36 og 37 - hidtil har ligget i området for tilblivelsesmangler eller urigtige forudsætninger (vildfarelse), må loven med § 36 nu siges at have ekspanderet ind i området for bristende forudsætninger. *Det afgørende er, om aftalen forekommer urimelig på det tidspunkt, hvor den bliver forelagt til bedømmelse,* og der kan (skal) herved vel at mærke tages hensyn til omstændigheder, der er indtrådt efter aftalens indgåelse.[2)] Dette må imidler-

---

1) I U 1979.931 Ø spilles på hele registret ved anvendelsen af aftl. § 36 på en aftalt konventionalbod, der var knyttet til en konkurrenceklausul, idet der lægges vægt på såvel parternes forhold ved aftalens indgåelse (handlet under pres), aftalens indhold (ikke bestemmelser til sikring af medkontrahentens modsvarende interesser), som efterfølgende omstændigheder (ikke rimelig anledning til at bringe samarbejdet til ophør med øjeblikkelig virkning). Her kunne resultatet dog også have været støttet på grundsætningen i aftl. § 38, stk. 2, eller denne bestemmelses analogi. I U 1979.212 V fandtes modsat ikke fornødent grundlag for at lade en aftalt konventionalbod nedsætte eller bortfalde efter aftl. § 36, når hensås til omfanget af den ansattes overtrædelse af den pågældende konkurrenceklausul, uanset han ikke selv havde givet rimelig anledning til sin opsigelse. Netop f.s.v. angår sådanne pønalstipulationer er hensyntagen til forholdets udvikling efter aftalens indgåelse imidlertid ikke nogen nydannelse.

2) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 22, 25 og 29; *samme* i U 1974 B, p. 368; *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 393, 396.

Selv om det afgørende også efter *aftl.* § *33* er, om det vil stride imod almindelig hæderlighed at gøre aftalen gældende, skal det afgørende for bedømmelsen heraf efter denne paragraf dog være forholdene på det tidspunkt, *da erklæringen kom til løftemodtagerens kundskab.* Aftl. § 36 lader det *uden* den sidstnævnte begrænsning være afgørende, om det vil være urimeligt eller uredeligt at gøre aftalen gældende.

tid også kunne resultere i, at efterfølgende omstændigheder konkret tages til indtægt for *opretholdelse* af et vilkår.

Generalklausulen i aftl. § 36 trådte i kraft den 1. juli 1975, men den er i konsekvens af det anførte anvendelig på aftaler indgået før denne dato, når blot de omstændigheder, der er tale om at bedømme, indtræder efter lovens ikrafttræden,[3] jfr. herved U 1977.798 Ø og U 1977.809 Ø og omvendt U 1976.741 V, hvor kravet var opstået før lovens ikrafttræden, samt U 1977.278 H, der blot taler om bristende forudsætninger.

Selv om aftl. § 36 er vidtgående og vel nærmest må siges at afløse § 33, er § 33 dog ikke blevet ophævet i tilknytning til § 36's vedtagelse. Begrundelsen herfor angives at være det ønskelige i at bevare de retningslinjer for, i hvilket omfang der indtræder ugyldighed, som har dannet sig i tilknytning til § 33.[4] Da den nye generalklausul skal gi-

---

Se helt klart U 1977.798 Ø, hvor der ved en tidligere dom var taget stilling til, at hverken forholdene ved aftalens *indgåelse* eller selve aftalens *indhold* berettigede til at tilsidesætte aftalen, og hvor den nu gennemførte lempelse (derfor) alene grundede sig på aftalens *efterfølgende virkninger*. At rimeligheden (gyldigheden) af en kontrakt således kan ændres med tiden - og altså også i tiden efter en domsafsigelse - må iøvrigt ved langvarige kontraktsforhold kunne give anledning til nogle svære overvejelser om dommes retskraft.

3) Jfr. *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 396; *Stig Jørgensen* i JFT 1977, p. 9 f.

Se hertil om det principielle problem *Borum*: Lovkonflikter, 3. udg. p. 3 ff., især p. 21 f.: "På de grænseområder mellem det tilladte og forbudte, hvor lovgivningen normalt kan tænkes at gribe ind i kontraktsforholdene, vil parternes autonomi på kontraktsområdet ikke lide noget større skår ved at der tillægges lovens regler gyldighed også for de ældre kontrakter, hvis retsvirkninger først skal bedømmes efter den nye lovs ikrafttræden". Samt *Knoph*: Rettslige standarder, p. 102, 123 og 156.

De øvrige regler i aftl. §§ 28-33 om ugyldighed som følge af *tilblivelsesmangler* gælder kun for aftaler, der er *indgået efter* reglernes vedtagelse, jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 937 note 5 e; *Ussing*: Aftaler, p. 6 med note 11. Skønt *Lassens* og *Ussings* udtalelser herom synes at tage stilling til samtlige paragraffer i aftalelovens kap. III, hvilket bl.a. *Ussings* henvisning til U 1925.594 H (om den gamle § 36) indicerer, så kan betragtningen dog ikke holde overfor aftl. § 38 og de tidligere §§ 36-37, der ikke er tilblivelsesregler, men derimod indholds- eller anvendelsesregler.

4) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 26.

ve adgang til at tilsidesætte aftaler i videre omfang, end det er muligt efter § 33, kan meningen kun være, at de eksisterende retningslinjer skal bevares som udgangspunkt for en friere analogisering - sml. nedenfor under pkt. 6.

Aftl. § 36 kan heller ikke siges ganske at have afløst forudsætningslæren; jfr. følgende udtalelse fra de svenske motiver til den nye aftaleretlige generalklausul, der også må stå til troende for dansk ret: "En möjlighet att tillämpa generalklausulen vid ändrade förhållanden bör emellertid inte ges den innebörden, att generalklausulen träder i stället för den s.k. förutsättningsläran vid bristande förutsättningar. Tillämpningen av denna princip, som bygger på andra rättsliga överväganden, kan givetvis inte ersättas med det slag av bedömning som generalklausulen föreskriver".[5)]

Jfr. hertil U 1978.973 V, hvor der procederedes på "principperne i aftalelovens § 36", men hvor det påståede resultat af retten "tiltrædes ... som følge af bristende forudsætninger". U 1979.212 V opererer også med aftl. § 36 og læren om bristende forudsætninger som sidestillede måder at angribe et aftalevilkår på.

---

5) Jfr. SOU 1974:83, p. 157 f. Jfr. også *Spleth* i U 1974 B, p. 250, der som refereret ovenfor pkt. 1, note 8 *foretrækker* forudsætningslæren til løsning af disse problemer. *H. Lund Christiansen* i Juridisk Grundbog, 3. udg. bd. II, p. 476, anfører, at aftl. § 36 for en del skal opfattes som *et supplement* til forudsætningssynspunkter. *Stig Jørgensen* i U 1974 B, p. 365 mener modsat, at forudsætningslæren slet ikke indeholder nogen løsning for de spørgsmål, der her er tale om. At *Stig Jørgensen* finder forudsætningslæren ubrugelig, har han jo også tidligere givet udtryk for, jfr. kapitel 2, pkt. 6. Det er imidlertid - som det også fremgår af denne fremstilling - en sandhed med modifikationer, når han l.c. tilføjer, at forudsætningslæren "da heller ikke (er) anerkendt nogetsteds uden for landets grænser". Og i denne forbindelse netop at fremhæve Norge og Sverige er i hvert fald ukorrekt. Det er da rigtigt, at man i disse lande har "en almindelig regel om lempelse af kontraktslige pligter som følge af ændrede forhold af en vis betydning", jfr. f.eks. *Rodhe*: Lärobok i Obligationsrätt, 3. uppl. 1972, p. 268 ff., og *Arnholm*: Privatrett I, 1964, p. 272 ff.; men en sådan *obligationsretlig* regel lever også i bedste velgående i Danmark ved siden af aftaleretten og forudsætningslæren, jfr. nedenfor under afsnit B. Sml. om *skønnet* i forudsætningslæren, ovenfor i kapitel 2, pkt. 10.

5.2.1. Standarden i aftl. § 36 udgår fra *en rimelighedsnorm*. Denne norm har et tilstræbt objektiveret præg og der stilles i det hele taget efter paragraffen ikke noget krav om, at løftemodtageren blot burde være klar over det urimelige i aftalens indhold eller i sin handlemåde. Aftalerisikoen skal fordeles ud fra *sociale kriterier* i bred forstand i højere grad end ud fra parternes subjektive forestillinger. Den revolution, der kunne ligge latent heri, forudsættes dog ikke at ville komme til udbrud, idet motiverne anser det for "klart, at det kun undtagelsesvis vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre en aftale gældende på grund af omstændigheder ved dens indgåelse, som løftemodtageren hverken kendte eller burde kende".[6] Som eksempel på de "særlige tilfælde", hvor dette dog alligevel "kan tænkes", nævnes den situation, "hvor løftemodtageren er blevet bekendt med omstændighederne, forinden aftalen har virket bestemmende på hans handlemåde". Dette er imidlertid i relation til det subjektive kriterium (eller mangel på samme) ikke andet, end hvad allerede følger af aftl. § 39, 2. pkt. Det anføres videre, at § 36 vil kunne få betydning "i situationer, hvor løftemodtageren ikke, da han blev bekendt med løftet, vidste eller burde vide, at der forelå svig, udnyttelse m.v.; men hvor betingelserne for at anvende disse regler i øvrigt er opfyldt". Sålænge løftemodtageren stadig ikke har ladet sin handlemåde bestemme af aftalen, er der heller intet nyt heri i forhold til § 39, 2. pkt. Dette giver alt i alt f.s.v. angår tilblivelsesmangler, at man med hjemmel i generalklausulen i § 36 "således *nok* (vil) kunne tilsidesætte aftaler i *lidt* videre omfang end efter aftalelovens §§ 28-32 sammenholdt med § 39"[7] (mine udhævninger).

---

6) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 24; *samme* i U 1974 B, p. 366; *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 392.

7) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 24; *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 392 f. (Det er uvist, hvorfor sammenligningen på dette sted ikke også gennemføres overfor aftl. § *33* smh. m. § 39).

Modifikationerne er at dømme efter de netop nævnte motivovervejelser næppe overflødige; men i praksis synes vægten ved paragraffens anvendelse dog klart forskudt mod en rent objektiv bedømmelse af aftalens *indhold* og den almindelige "rimelighed" af at søge et sådant indhold håndhævet.

I samme grad som "ond tro" ikke går på det kundskabsmæssige,[8] men i realiteten dækker over en bredere hæderligheds- eller redelighedsnorm, er der f.s.v. heller ikke hverken ved aftl. § 39, 2. pkt. eller ved aftl. § 36 så meget tale om et "brud" med den gode tros relevans for en aftalebedømmelse. Der er blot tale om at følge den "stramning" af den almindelige redelighedsnorm op, som har kunnet noteres i samfundet i de sidste årtier.[9]

Afgørende for eksistensberettigelsen af aftl. § 36 er derfor måske ikke en reel forskel i de krav, der stilles til løftemodtagerens opmærksomhed eller adfærd i bredere forstand overfor de ugyldighedsrelevante omstændigheder ("ondtroskravet"), men derimod - foruden det bredere spektrum af "omstændigheder", der overhovedet er relevante - en praktisk vigtig forskel i *begrundelsesmønstret*. Aftl. § 36 slækker på ugyldighedsbegrundelsernes etisk-moralske overtoner og bevirker derfor, at man såvel i proceduren som i domsaffattelsen i højere grad kan "gå efter bolden i stedet for efter manden".

Selv om man ville mene, at en uredelighedsnorm kan opstilles som en rent objektiv aftalebedømmelse uden på nogen måde at behøve at afspejle en dadelværdig kontraheringsadfærd, vil det imidlertid næppe være etisk-moralsk "rigtigt" *at gøre en aftale gældende*, hvis den på dette tidspunkt må

---

8) Jfr. ovenfor kapitel 3, afsnit A, pkt. 5.

9) Jfr. især *Arnholm*: Lærebok i avtalerett, p. 174; men også *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 126.

betegnes som "urimelig" i sine følger eller på anden måde.[10] Man kan reducere det moralske element i juraen, men ikke afskaffe det.

5.2.2. For at en generalklausul, der ikke hjemler et frit skøn, skal kunne fungere, må man fordre at *selve målestokken* eller *normen* i standarden præciseres i hvert fald så meget, at det fremgår hvilke formål, der forfølges, hvilke interesser, der tilsigtes beskyttet, og hvilken hovedindstilling, der skal anlægges ved vurderingen af de interessekollissioner, der kan blive tale om.[11] En forudsætning for, at "standard-systemet" i det hele taget kan fungere, er ifølge *Knoph* yderligere, at man bevæger sig på et område, hvor *"rettsbevisstheten i folket er forholdsvis homogen"*.[12] Standarden skal nemlig tage højde for *nye* problemer, hvortil løsningen, selv om visse retninger er stukket ud i lovteksten, kun kan udledes af *befolkningens retsbevidsthed*.

En tilstrækkelig præcisering af hensynene kan man måske betvivle eksistensen af, når man bevæger sig ud i de meget brede formuleringer grænsende til det frie skøn. Medens der på flere områder vel nok i brugbart omfang kan etableres enighed om afgrænsningen af en standard som f.eks. aftl. § 33's hæderlighedsnorm, fordi den trods alt indeholder et strengere moralsk kriterium af en vis fastere kontur, vil den vejledning for dommeren, der rummes i aftl. § 36, være til at overse. Så vidt ses er det eneste positive indhold i reglen, at "Ikke enhver fordel, som en part i et aftaleforhold har opnået på den anden parts bekostning, vil være uri-

---

10) *Spleth* i U 1974 B, p. 247 og 248 slår stærkt til lyd for ved anvendelsen af urimelighedskravet at abstrahere fra, om der er noget konkret at bebrejde løftemodtageren. Dette lader sig dog vanskeligt gøre fuldt ud, når det afgørende skal være, om det er "urimeligt ... at gøre den [aftalen] gældende;" jfr. også *Spleth* l.c., p. 250. Her er forudsætningslæren faktisk mere værdineutral.

11) Jfr. *Knoph*: Rettslige standarder, p. 31; sml. ovenfor pkt. 3.

12) Jfr. *Knoph*: Rettslige standarder, p. 27 f.

melig".[13] Ganske vist gives i den såkaldt foreløbige redegørelse visse "retningslinier for generalklausulens anvendelse";[14] men de er hverken bindende eller udtømmende endsige afgørende.[15] Aftalen skal *bedømmes som en helhed*, og et "urimeligt" vilkår vil måske kunne kompenseres gennem regulering i vederlaget[16] eller andre særligt gunstige vilkår - og måske endda efter omstændighederne også ved et lige så "urimeligt" vilkår til fordel for den anden part ved bevidst chancespil blandt ligemænd?

Den nærmere udfyldning af urimelighedsbegrebet er overladt til domstolene, men med bevarelse af livlinen til samfundets "accepterede og indlevede"[17] etik, moral og adfærdsmønstre i det hele taget.[18] Rimelighedsnormen indebærer således næppe en total forvisning af etikken eller moralen fra retten. I en vis forstand kan man tværtimod sige, at det brede skøn i generalklausulen generelt set har givet mere plads ved siden af de objektiverede økonomiske og sociale argumenter for immaterielle aspekter - ikke som dominerende kriterier, men som integrerede dele af den virkelig-

---

13) *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 23.

14) *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 26 ff.

15) Jfr. Folketingstidende 1974-75, Tillæg A, sp. 792.

16) Således *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 27; men lidt anderledes *Spleth* i U 1974 B, p. 247.

17) Sml. ovenfor pkt. 3, ved note 12.

18) Herved kan flere omstændigheder kombineres, jfr. U 1979.225 Ø, der tilsidesætter en aftale om køb af fast ejendom efter aftl. § 36, *dels* fordi det "måtte have stået klart" for sælgeren, at køberen ikke ville kunne magte aftalen økonomisk (kendelig vildfarelse), *dels* fordi sælgeren havde "undladt at give ... nøjagtige oplysninger om de samlede bruttoudgifter" (tilsidesat oplysningspligt), og *dels* fordi visse af de økonomiske oplysninger, der var givet, var urigtige (fremkaldt vildfarelse). Se også U 1978.678 U om et vedligeholdelsesabonnement (refereret nedenfor i kapitel 5, pkt. 1).

Foruden de i dette og næste kapitel nævnte domme om aftl. § 36, der prætenderer en udtømmende opregning af de trykte afgørelser, kan man hos *Holger Halle* i Justitia 1980, nr. 3, p. 27 ff., finde en række utrykte afgørelser - det drejer sig dér især om underretsafgørelser vedrørende uopsigelighedsvilkår.

hed, mennesker i givne situationer lever og handler i.[19)]

5.2.3. "Vejledende for generalklausulens anvendelse bør være, hvad der må anses for at være almindelig forretningsskik"[20)] - naturligvis med sædvanlig censureringsbemyndigelse til domstolene.

Dette får til følge, at reglens anvendelighed må variere ved de forskellige brancheforhold og kontraktstyper. Eksempelvis må der kræves ganske særlige holdepunkter for at kunne nedsætte aftalte dagbøder i entrepriseforhold, jfr. herved U 1977.306 H, hvor retten afviste at anvende aftl. § 36.[21)] I U 1979.1035 SH ses aftl. § 36 også påberåbt uden held på en ansvarsfraskrivelsesklausul indsat i et skøde af et konkursbo som sælger. Her har givetvis ligesom i U 1978. 299 SH også de særlige "bobehandlingshensyn" spillet ind. Omvendt må aftl. § 36 forventeligt få relativt stor betydning i lejeforhold, idet der her er tale om et område, hvor den tidligere gældende specielle generalklausul (den tidligere § 37 i lejeloven) havde stor praktisk betydning, og idet hensigten med at lade de specielle regler afløse af en enkelt almindelig generalklausul i hvert fald ikke har været at indskrænke lempelsesmulighederne noget sted (sml. ovenfor pkt. 1.2.).

Det får endvidere til følge, at den tidligere diskussion om, i hvilket omfang sædvanligt indrømmede fordele for den "svage" aftalepart nu var at betragte som egentlige *rettigheder* for denne part eller blot som et udslag af *kulance*

---

19) Jfr. hertil om aftaleetik *L.E. Taxell* i JFT 1979, p. 487 ff.

20) *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 28. Se f.eks. U 1977.809 Ø: "god skik". Se også U 1980.917 V, hvor Assurandør-Societetets henstilling til sine medlemmer blev tillagt afgørende vægt.

21) Sml. *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, p. 162.

fra den "stærke" parts side,[22] nu bliver mindre interessant. *Det retlige materiale er udvidet* med kutymen og den almindelige forretningsskik - ikke som et alternativ til den skrevne lov, således som kbl. § 1 henviser til "handelsbrug eller anden sædvane", ej heller blot som et aftalesupplement ved udfyldning af ufuldstændige stipulationer, men som egentlige, i lovnormerne integrerede retsregler. Ifølge de svenske motiver bliver en erhvervsdrivende simpelthen *bundet af sin egen praksis*. Hvis en sælger af forretningshensyn eller pr. kulance har anlagt en praksis, hvorefter kunderne behandles mere fordelagtigt, end de direkte har krav på efter aftalevilkårene, vil det herefter være "oskäligt" at holde de hårde vilkår i reserve og bruge dem, hvor det i enkelte tilfælde forekommer bekvemt for sælgeren.[23] Medens denne konsekvens af en enkeltstående praksisfravigelse synes opstillet med *almindelig* gælden ifølge de svenske motiver, udtrykker de danske forarbejder dog tilsyneladende en friere holdning hertil, idet en sådan anvendelse af aftalen kun anføres at burde kunne tilsidesættes "efter omstændighederne", dersom "et standardvilkår i et enkelt tilfælde ønskes gjort gældende efter sit indhold i strid med almindelig praksis".[24] Den enkeltstående praksisfravigelse nævnes sammen med egentlig diskrimination og chikaneri, og forholdets utilladelighed udspringer vel dybest set af en lighedssætning. Hvis der foreligger en helt fast praksis fra den erhvervsdrivendes side kan køberen/løftegiveren også have beføjede forventninger til denne praksis' efterlevelse, og resultatet kan da efter omstændighederne også nås efter forudsætningslæren.

---

22) Se f.eks. *Arnholm*: Mislighold, 1961, p. 28; *Stig Jørgensen* i Juristen 1971, p. 471. Sml. ovenfor kapitel 3, afsnit B, pkt. 2, ved note 38-39.

23) Jfr. SOU 1974:83, p. 145 ff.; *Bernitz*: Standardavtalsrätt, 3. uppl. 1978, p. 58.

24) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 28. - Sml. herved også NOU 1979:32, p. 53, om "misbruk av rettighet".

5.3. Vigtigt for retfærdiggørelsen af standarden eller generalklausulen i aftl. § 36 er det, som lige ovenfor nævnt, at ugyldighed i øget omfang kan statueres uden at stemple folk som "udnyttere" eller "uhæderlige", og uden at der behøves ført bevis for svig, udnyttelse el. lign.; men nok så vigtigt ud fra en bredere og mere principiel anskuelsesvinkel er det, at aftl. § 36 - også i forhold til § 33 - giver øget mulighed for en *dynamisk ret*. En dynamik der ikke alene indbygges i aftaleretten som sådan, men også *i den enkelte aftale*, jfr. paragraffens stk. 2. Dette kræver i højere grad end nogen tidligere regel eller standard en *medleven* af dommeren i samfundsstrømningerne samt "sjelsevner som intuisjon, rettsfølelse, vurderingsevne og vilje".[25)]

Som udtrykt (men nedsættende ment) af *Hedemann* i 1930'-erne ret righoldige tyske diskussion af generalklausulers berettigelse i civilretten, har dommeren udviklet sig bort fra at være en "Paragraphenknecht" over mod en status som "Sittenrichter"[26)] - og udviklingen er siden både i Tyskland og Norden gået stærkt. Domstolene begrænser ikke længere deres virke til håndhævelse af "die guten Sitte", "lov og ærbarhed" eller "hæderlighed", men foretager en ren rimeligheds- eller forholdsmæssighedsvurdering, således at *Hedemann* vel i dag ville have betegnet dommeren som noget i retning af en "Angemessenheitskontrolleur".

5.4. Det antages, at aftl. § 33 efter omstændighederne kan anvendes analogt som hjemmel for ugyldighed, hvor der ved løftets afgivelse handles uhæderligt *overfor tredjemand*, jfr. f.eks. U 1975.905 SH.[27)] Man kan næppe heller afvise en tilsvarende anvendelsesmulighed for aftl. § 36. En aftale, der uhæderligt eller urimeligt skader tredjemands interesser, er imidlertid ikke uden videre ugyldig *inter partes*.

---

25) *Knoph*: Utviklingslinjer i moderne formuerett, 1934, p. 66.

26) *Hedemann*: Die Flucht in die Generalklauseln, p. 71.

27) Jfr. herved *Stang*: Innledning til formueretten, p. 590 f., *Ussing*: Aftaler, p. 175 med note 25 og *Gundersen* i Festskrift til Carl Jacob Arnholm, 1959, p. 115 ff.; men imod *Arnholm*: Privatrett II, p. 325 f.

6. Aftl. § 36 som konkret regel samt forholdet til markedsføringslovens § 1.

6.1. Svarende til aftl. § 36's urimeligheds- og uredelighedskriterier er der efter *markedsføringslovens § 1* jfr. § 14 mulighed for at forbyde handlinger, der strider mod "god markedsføringsskik". Der er en tilstræbt parallellitet mellem disse udtryk, og selv om de markedsretlige afgørelser *ikke er retligt bindende for den civilretlige ugyldighedsregulering*, må de dog antages at få en væsentlig *vejledende* virkning.[1] Imod en for tæt harmonisering af den markedsretlige og den civilretlige regel taler dog, at et markedsretligt forbud må basere sig på den *almindelige* tilbørlighed af et givet vilkår, medens anvendelsen af den civilretlige generalklausul altid må fordre en *konkret* aftalebedømmelse med inddragelse af alle omstændighederne i den enkelte situation.[2]

En væsentlig forskel ligger i aftl. § 36's hensyntagen til senere indtrufne omstændigheder, idet et i og for sig

---

1) Jfr. SOU 1974:83, p. 104 ff., 137; *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 21, 24; Bet. 738/1975, p. 15 f.; *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 395; *Krüger Andersen*: Markedsføringsret, 1978, p. 217 ff. Se også *Bernitz*: Standardavtalsrätt, 3. uppl. 1978, p. 84.

Kriteriet "god" i markedsføringslovens § 1 har afløst konkurrencelovens krav om "redelighed". I forarbejderne til aftl. § 36 er man åbenbart ved valget af kriteriet "redelig handlemåde" som en intenderet parallel til markedsføringslovens norm gået ud fra, at det ændrede ordvalg dér ikke indebar nogen realitetsændring. Se herom Bet. 681/1973, p. 17 f. og *Krüger Andersen*: Markedsføringsret, p. 128. Selv om kriteriet "god" skulle være mindre moralsk farvet end "redelig", er man dog dækket ind ved aftl. § 36's rimelighedskriterium.

2) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 16 f., 27 f.; *Lund Christiansen* i Juridisk Grundbog, 3. udg. bd. II, p. 471, 475; *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 395; *Hellner* i TfR 1976, p. 152; *Krüger Andersen*: Markedsføringsret, p. 228. Det er således symptomatisk, at aftl. § 36 mere konkretiserende taler om en "handlemåde", medens markedsføringslovens § 1 opererer med det mere socialt prægede ord "skik" - selv om der naturligvis ikke i det sidste ligger noget krav om allerede eksisterende praksis, som man kan have forbrudt sig imod, se herved *Krüger Andersen* l.c., p. 127. Den nævnte forskel i bedømmelsen træder også frem i præmisserne til U 1977. 543 SH og måske endnu tydeligere i U 1977.995 SH (Ad II 2).

rimeligt og sædvanligt - og i relation til markedsføringslovens § 1 acceptabelt - vilkår på grund af udviklingen i det enkelte kontraktsforhold kan komme til at virke urimeligt i sin anvendelse.

I den *svenske* betænkning går man ud fra, at domstolene ved anvendelsen af aftl. § 36 *først* bør prøve et vilkår som sådant, d.v.s. tage stilling til om vilkåret generelt kan anses for rimeligt ved en bestemt given aftaletype, og *derefter*, i fald den første bedømmelse er positiv, om vilkåret p.g.a. særlige omstændigheder alligevel er urimeligt - "oskäligt"[3] - i det konkrete tilfælde.[4] Og man har åbenbart i sinde at holde fast ved, at generalklausulen i den svenske aftl. § 36 skal hjemle en primær "*klausulinriktad* bedömning av frågan om en viss typ av avtallsvilkor är att anse som oskälig *per se* (i och för sig)".[5] Alligevel må *Bernitz* dog karakterisere forholdet mellem aftl. § 36 og den markedsretlige avtalsvillkorslag § 1 således, at den sidstnævnte kun hjemler en typebedømmelse og dermed i forhold til aftl. § 36 vil blive "mer generell och frikopplad från situationen i individuella fall".[6]

Det skal i det hele taget næppe forventes, at domstolene vil gå så formalistisk til værks i det praktiske arbejde, men alene henholde sig til en vurdering af *forholdene i det enkelte tilfælde*, når talen er om hel eller delvis ugyldig-

---

3) Betænkningens "otillbörligt" blev i lovteksten rettet til det blødere udtryk "oskäligt".

4) Jfr. SOU 1974:83, p. 116 f., 190. Hertil *Hellner* i TfR 1976, p. 160.

5) Jfr. *Bernitz*: Standardavtalsrätt, p. 56 f., 83, med henvisning til motiverne. Jfr. da også NDs 1979.517 SvH. Den *norske* betænkning, NOU 1979:32, p. 60, udtrykker sig lidt forblommet, idet det siges: "Ved vurderingen av om et avtalevilkår eller en avtale er såvidt urimelig at den bør endres eller tilsidesettes, må det vurderes både om avtalevilkåret som sådant - d.v.s. generelt - er urimelig og om det er urimelig å anvende det i det konkrete tilfellet". Der menes dog formentlig alene, at den *generelle* urimelighed skal være *et moment* i den konkrete urimelighedsvurdering.

6) Jfr. *Bernitz*: Standardavtalsrätt, p. 71, jfr. *samme* i NU B 1979:5, p. 24.

hed af en konkret aftale efter aftl. § 36;[7] hvilket da også forudsættes i de *danske* forarbejder, se straks nedenfor. Det kan jo også omvendt tænkes, at et vilkår, som isoleret set eller i en bestemt generel sammenhæng forekommer uheldig, indsat i en større eller anden konkret sammenhæng og eventuelt ved kompensation gennem andre ekstra gunstige vilkår vil ligge på den rigtige side af rimelighedstærsklen. En for uselvstændig håndhævelse af aftl. § 36 vil desuden hurtigt bevirke, at reglen stivner i bestemte generelle kriterier og mønstre, hvilket reglen netop var et forsøg på at modvirke.

At aftl. § 36 skal anvendes *konkret* på det enkelte tilfælde og altså ikke alene må basere sig på generelle kriterier, er imidlertid ikke det samme som at sige, at det skal være bandlyst at *generalisere* ved reglens anvendelse. Der er intet selvmodsigende i under hensyntagen til de foreliggende omstændigheder at foretage *en konkret afvejning af hensyn og løsningsmodeller, der er fremlagt ved generalisationer eller analogier*.

Generalisationer eller klassifikationer ud fra kendte problemstillinger er, uanset om det sker bevidst eller ubevidst, åbenlyst eller via "legal fictions", normalt løsenet for et retssystems *udvikling* og *dynamik*, eller for "in a period of growth ... without legislative action, to meet immediate wants".[8] Men når det som f.eks. hos *Pound* fortsættes: "After a certain stage and legal development, on the other hand, fictions retard growth and clog development",[9] udtrykkes en overdreven tro på lovgivningsmagtens evne til at tage højde for fremtidige konfliktsituationer, og i det omfang han herved taler om "general fictions, *such as* analogical reasoning under the guise of ... equity ..."[10] (min udhævning), har udviklingen formentlig vist, at det er for hastigt at fælde dødsdommen over "fiktionerne", d.v.s. generalisationerne eller analogierne.

---

7) Således da også *Hellner* i TfR 1976, p. 160.

8) Jfr. *Pound*: Jurisprudens III, 1959, p. 465 og i det hele p. 449-467. Se hertil også *Ihering*: Geist des römischen Rechts III, 3. Aufl. 1877, p. 240 og p. 269 ff. (§ 58).

9) *Pound*: Jurisprudens III, p. 466, jfr. p. 459 f.

10) *Pound*: Jurisprudens III, p. 451.

Helt åbenbart legitimt vil det være at foretage judicielle generalisationer eller analogier ud fra tidens legale regler og legalt accepterede hensyn, når lovgiver som ved aftl. § 36 direkte har pålagt domstolene at følge den samfundsmæssige udvikling op alene ud fra visse vage overordnede hensyn.[11)]

Det er også i lovens motiver klart forudsat, at der skal ske en vis generalisering derved, at domstolene naturligt må tage *udgangspunkt i de deklaratoriske regler*, der afspejler en gennemsnitlig interesseafvejning, samt til en vis grad *analogisere ud fra præceptive regler* på andre områder.[12)] *Hellner* skærper problematikken ved at spørge, "om inte den viktigaste uppgiften för en generalklausul just ligger i denne möjlighet att generalisera bedömningen".[13)]

Domstolene *kan* ikke og er ikke *beføjet* til at gøre *andet end* at analogisere og generalisere ud fra kendte problemstillinger med kendte og accepterede løsninger (sml. ovenfor pkt. 2, note 8); men disse må ikke optræde som andet end *vejledende* hensyn og løsningsmodeller, og de må ikke stille sig i vejen for en tilpasning af den enkelte aftales konkrete og særegne omstændigheder.

6.2. Den principielle "arbejdsfordeling" mellem aftl. § 36 og markedsføringslovens § 1 er fastlagt således, at mar-

---

11) Sml. lige ovenfor pkt. 3.

12) Se herved *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 27; *Spleth* i U 1974 B, p. 246 f.; *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 394. Samt hertil SOU 1974:83, p. 135 f., 137 ff.; *Bernitz*: Standardavtalsrätt, p. 57 f.

I Bet. 845/1978, p. 16 f., forudsættes, at de nye beskyttelsesregler for forbrugerkøb vil kunne danne grundlag for konkret varetagelse af mindre erhvervsdrivendes rimelige interesser ved anvendelse af aftl. § 36.

Se U 1980.917 V, hvor et vilkår om 10 års uopsigelighed i en gårdejers haglskadeforsikring tilsidesattes i medfør af aftl. § 36, og en ny bindingsperiode i stedet fastsattes til 1 år i overensstemmelse med "principperne" i dørsalgslovens § 14, stk. 1, (der slet ikke gælder for forsikringsaftaler).

13) *Hellner* i TfR 1976, p. 162. Se hertil også *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 56 f.

kedsføringslovens § 1 hjemler *forbud med virkning for fremtiden*,[14] medens den civilretlige regel i aftl. § 36 giver mulighed for hel eller delvis *tilsidesættelse af allerede indgåede aftaler*.

En undtagelse fra hovedreglen om, at markedsføringsloven ikke direkte berører det *civilretlige* spørgsmål mellem parterne er dog reglen i lovens § *16, stk. 4, nr. 2*, hvorefter retten kan bestemme, at aftaler, der fremtidigt indgås i strid med et nedlagt forbud, vil være ugyldige, medmindre det i det enkelte tilfælde godtgøres, at den forbudte handling har været uden væsentlig betydning for den anden part. Hjemlen er set brugt i U 1977.995 SH. Denne regel er imidlertid som hele loven karakteriseret ved sin focusering på *fremtiden*. Om samspillet mellem den offentligretlige og den civilretlige normering udtaler motiverne: "Der vil derfor også efter omstændighederne være mulighed for Sø- og Handelsretten til at knytte ugyldighed til *aftaler, der indgås i strid med et derimod nedlagt forbud*, jfr. lovens § 16, stk. 4. *Bortset herfra* vil retsstillingen være afhængig af, om der gennemføres en *civilretlig* generalklausul, hvorefter sådanne forbudte vilkår kan tilsidesættes";[15] og: "Det fremhæves, at den nye generalklausul [aftl. § 36] bør ses som *et civilretligt modstykke* til lovene om markedsføring og forbrugerklagenævnet"[16] (mine udhævninger). Det fremgår også andre steder helt klart, at ugyldighedsreglen i mar-

---

14) Den *svenske* avtalsvillkorslag indebærer således også udelukkende en *præventiv forvaltningskontrol*, jfr. herved *Børge Dahl* i Juristen 1973, p. 231 f. og 380; og *Bernitz*: Standardavtalsrätt, p. 68 jfr. p. 83: "Ingripandena berör inte villkorsanvänding som redan ägt rum utan syftar till at hindra *fortsatt* användning av oskäliga villkor"; ligesom det under opregningen af "de grundläggande skillnaderna" mellem aftl. § 36 og den markedsretlige regel anføres, at aftl. § 36 anvendes på "bestående civila rättsförhållanden", medens forbudet er "en grundval ... mot att en näringsidkare *fortsättningsvis* använder sig av ett oskäligt villkor".

15) Jfr. Bet. III, nr. 738/1975, p. 17.

16) Jfr. Bet. III, nr. 738/1975, p. 26.

kedsføringslovens § 16, stk. 4, nr. 2 ikke skal opfattes som et brud med denne lovs generelle *kontrolformål*, men alene er berettiget som en ekstra *sanktion* af en forskriftsovertrædelse.[17] Udviklingen tenderer mod i højere grad at anlægge et funktionelt totalsyn på problemerne ved at sammenkoble *en flerhed af styringsmidler* (sanktioner),[18] uden at der dog herved er tale om, at man har opgivet en differentiering af *styringsmålene*. Der er grund til i denne forbindelse at bemærke, at den såkaldte ugyldighedsregel i markedsføringslovens § 16, stk. 4, nr. 2, slet ikke er en egentlig ugyldighedsregel, men i realiteten blot *en bevisbyrderegel*. Den leverer alene en afkræftelig *formodning* for, at aftaler, der strider mod forbudet, vil være ugyldige.

Det er vigtigt at fastholde, at der er en principiel væsensforskel mellem forbudet efter markedsføringsloven og ugyldighedsvirkningen efter aftl. § 36, selv om der nok må være en legitim gensidig påvirkning og ofte også et deraf følgende bedømmelsessammenfald. Man kan sige, at der mellem reglerne skal være vandtætte skodder, men at disse må være gennemsigtige. Dette udtrykkes glimrende af *Krüger Andersen* i opposition til andre forfattere, der nok har været for tilbøjelige til at give forbudet civilretlige konsekvenser: "Det synes dog ikke umuligt, at man med rimelighed kan have brug for i en *konkret* situation at anvende et vilkår, som *generelt* er stemplet som utilbørligt efter markedsføringsloven. ... Når ... på én gang fremhæves forskellen i bedømmelseskriterierne og det samtidig siges, at de forskellige kriterier kun i særlige tilfælde vil føre til en forskel mellem den civilretlige og den offentligretlige bedømmelse kan dette kun forklares ved, at der alene tænkes på de - ganske

---

17) Jfr. Bet. II, nr. 681/1973, p. 24; Bet. III, nr. 738/1975, p. 16; *H. Lund Christiansen* i Juristen & Økonomen 1975, p. 253.

18) Sml. *Bernitz*: Svensk och internationell marknadsrätt, 2. udg. 1973, p. 179; *Børge Dahl* i Juristen 1973, p. 227, 229; handelsministeren *(Nyboe Andersen)* i Folketingstidende 1973-74, Forhandlingerne, sp. 3252 f.

vist også talrige - tilfælde, hvor der ikke foreligger nogen som helst konkrete forhold som adskiller denne aftale fra andre aftaler af en bestemt type, det vil sige de rene standardkontraktstilfælde. I sådanne tilfælde er en konkret og en generel bedømmelse ét og det samme. *I alle andre tilfælde* må den civilretlige bedømmelse *enten* være konkret *eller* generel"[19] (mine udhævninger).

Behovet for en explicit fremhævelse af denne opfattelse er blevet mere påtrængende ved den udvidede eller direkte *ekspansive fortolkning*, man har set anvendt på markedsføringslovens § 1 i retspraksis:

En hjemmel til at reagere med forbud overfor urimelige vilkår i *allerede indgåede* aftaler ses ikke i markedsføringslovens tekst, og en sådan mulighed ses heller ikke omtalt i forarbejderne til loven. Tværtimod synes det forudsat, da markedsføringsloven ikke skal gøre op med de civilretlige følger af urimelige aftalevilkår, at aftl. § 36 *i det hele* skal udgøre det i tiden *bagudrettede* korrelat til markedsføringsloven.[20]

Med tvivlsom hjemmel har Sø- og Handelsretten imidlertid i U 1977.986 fulgt et forbud mod fremtidig anvendelse af et bestemt vilkår op med samtidig at nedlægge *forbud mod påberåbelse* af det pågældende vilkår *i allerede indgåede kontrakter*. Retten udtaler, at markedsføringslovens ikrafttræden måtte have til følge, at de, der benytter standardkontrakter af denne art, af egen drift tog anvendte vilkår op til revision, ligesom de i givet fald burde indse,

---

19) *Krüger Andersen*: Konkurrenceret - Markedsføringsret - Forbrugerret, 1976, p. 218. Dette er direkte vendt mod *H. Lund Christiansen* i Juridisk Grundbog II, 3. udg., p. 475; men se også *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 21 jfr. p. 27, og *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 395. Skarpest står det dog i modsætning til *Børge Dahl* i Juristen 1973, p. 229.

20) *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 21; *H. Lund Christiansen* i Juridisk Grundbog, p. 474, og *samme* i Juristen & Økonomen 1975, p. 253 smh. m. p. 261; samt *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 395.

at vilkårene var af en sådan art, at de som følge af markedsføringsloven burde udgå eller ændres. Heraf følger logisk også. at påberåbelsesforbudet kun kan ramme aftaler indgået efter ikrafttrædelsestidspunktet,[21] (hvorimod aftl. § 36 såvel kan ramme aftaler indgået før som efter).

Dette *bagudrettede påberåbelsesforbud* kan være vanskeligt at skelne fra aftaleretlig ugyldighed. Alligevel kan konkrete omstændigheder i det enkelte tilfælde, som ikke har været oplyst forud for forbudsnedlæggelsen, eller som ud fra et præventivt helhedssyn er tillagt mindre vægt, begrunde en sådan afvigelse.[22] Der er grund til at fremhæve og holde fast ved domspræmissernes obiter dictum: "Dommen angår ikke spørgsmålet om, hvorvidt kontraktslige forhold, bortset fra dommens stillingtagen til Markedsføringslovens virkning, kan medføre særligt resultat i forholdet mellem sagsøgte og den enkelte køber". Indirekte vil dommen imidlertid netop p.g.a. sin "bagudrettethed" meget let komme til at influere mere på dette spørgsmål, end der er saglig dækning for i den generelle forbudsprøvelse. En for vidtstrakt anvendelse af "påberåbelsesforbud" efter markedsføringsloven vil let kunne gøre det vanskeligt at håndhæve en selvstændig, "individuel" administration af aftl. § 36, hvorfor man må håbe, at *Jørgen Hammer Hansen*, (som varetog den pågældende sag for forbrugerombudsmanden), får ret i sine forventninger om, at denne "hjemmel" nok vil "reserveres for de tilfælde, hvor urimelige kontraktsvilkår udnyttes af en erhvervsdrivende på en mere systematisk måde" ved så at sige at indkalkulere et tab ved tilsidesættelse af nogle *få* af de urimelige aftaler i sin fortjeneste ved de *mange* aftaler, som forbrugeren erfaringsmæssigt ikke får taget sig sammen til (eller ikke er opmærksom på muligheden for) at søge tilsidesat ved et ci-

---

21) Se om dommen i det hele *Jørgen Hammer Hansen* i U 1978 B, p. 110 ff.

22) Det er da heller ikke korrekt, når *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 60 note 77 skriver, at Sø- og Handelsretten i dommen "kendte et bestemt vilkår i allerede indgåede kontrakter for ugyldigt".

vilretligt ugyldighedssøgsmål.[23] Her kan påberåbelsesforbudet nok undtagelsesvis have sin berettigelse som *offentligretlig* sanktion.

23) Jfr. *Jørgen Hammer Hansen* i U 1978 B, p. 114, jfr. p. 112. Se hertil også Bet. 738/1975, p. 16, samt i det hele *Palle Bo Madsen* i U 1980 B, p. 117 ff.

7. Aftl. § 36's retsvirkninger.

7.1. Retsvirkningen ved anvendelsen af aftl. § 36 kan være ugyldighed, d.v.s. *tilsidesættelse af aftalen* som efter de øvrige legale ugyldighedsgrunde i aftalelovens kap. III. Da rimelighedsvurderingen imidlertid ikke alene går på aftalen eller vilkåret som sådan, men også på omstændighederne ved påberåbelsen heraf, kan domstolene vælge at nøjes med at *tilsidesætte anvendelsen* af aftalen i det enkelte tilfælde.[1] Retsvirkningsregistret er også nuanceret på en anden led, idet der kan sættes ind med tilsidesættelse af *hele* aftalen, tilsidesættelse af *en del* af aftalen eller *lempelse af vilkår* i aftalen.[2]

Ifølge forarbejderne opfylder reglen hermed et praktisk behov for, at løftegiveren kan kræve sin forpligtelse lempet, idet der efter formuleringen af de øvrige ugyldighedsregler i aftalelovens kap. III kun skulle være mulighed for, at et løfte tilsidesættes fuldt ud.[3] *Delvis ugyldighed* har dog i princippet også tidligere og især f.s.v. angår vederlagsvilkår været anerkendt.

Helt udpræget har der naturligvis altid været anerkendt en adgang til delvis ugyldighed for viljeserklæringer med flere bestandele, der lige så godt kunne være opsplittet i flere aftaler, og hvor de enkelte bestanddele ikke står i nogen betingende sammenhæng med hinanden og derfor i realiteten er flere aftaler.[4] Men iøvrigt tænkes på det forhold,

---

1) Selv om aftl. § 33 kun siger, at løftemodtageren ikke kan "påberåbe sig" løftet, mens det efter aftl. §§ 28-32 ikke er "bindende", hjemler § 33 alene en ugyldighedsbedømmelse af *selve aftalen* jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 175, samt den norske paralleltekst, der også for § 33 taler om, at viljeserklæringen ikke "binder".

2) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 25; og tydeligere *Lunn og Trønning* i Juristen & Økonomen 1975, p. 393, med gengivelse af justitsministeriets notat p. 394.

3) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 22.

4) Jfr. herved *Ussing*: Aftaler, p. 260 f., jfr. p. 161.
Sml. NDs 1966.729 SvH, hvor et tilsidesat vilkår fandtes at have *ringe* sammenhæng med kontrakten iøvrigt.

at der skrides ind overfor enkelte vilkår i en sammenhængende kontrakt, medens den øvrige del af aftalen, som disse vilkår er at opfatte som en "modydelse" til, opretholdes uændret. *Ussing* l.c. sondrer mellem disse to tilfældegrupper, selv om han "i visse tilfælde" opnår samme resultater for tilfælde fra hver sin gruppering. *Stang* gennemfører derimod slet ikke denne sondring, og han taler lige fuldt om "delvis ugyldighet", når f.eks. en sælger, der svigagtigt har tillagt sin vare urigtige egenskaber, må tåle en nedsættelse af prisen.[5] *Ussing* når dog på trods af sin sondring, der iøvrigt forekommer velbegrundet, også frem til, at løftegiveren i svigs- og udnyttelsessituationen *kan vælge at fastholde aftalen på lempede vilkår*, idet han begrunder et krav om nedsættelse af løftegiverens vederlag i henholdsvis afslagsprincippet i kbl. §§ 42-43 og i en erstatningsbetragtning.[6] Omvendt anføres i relation til ugyldighed efter aftl. § 33 samt som følge af synlig vildfarelse ud fra grundsætningen i aftl. § 32, stk. 1, at løftegiveren efter omstændighederne *må nøjes med at få sin forpligtelse lempet*.[7] Når aftl. § 32, stk. 1 dekreterer, at løftegiveren ved erklæringsvildfarelser ikke er bundet "ved erklæringens indhold", ligger heri ikke et ubetinget krav om tilsidesættelse af *alle* aftalens retsvirkninger.[8] Også ud over de speci-

---

5) Jfr. *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 535 ff.

6) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 144 og 149. Sml. NDs 1966.729 SvH, hvor der blev givet mangelfulde oplysninger om en handels økonomiske konsekvenser.

7) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 175 f., og 181. Det samme anføres af *Ussing* l.c., p. 482 om følgen af, at en relevant forudsætning svigter. Og hertil også *Lassen*: Alm. Del, p. 119, jfr. p. 107; *Ussing*: Bristende forudsætninger, p. 99. Sml. om delvis ugyldighed U 1977.543 SH.

8) Jfr. også *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 489; og i det hele *Rodhe* i 19. NJM 1951, bilag V; samt endvidere *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 60, der anser det for tænkeligt at tillægge en forudsætning om retshandlens indhold *relevans i begrænset udstrækning*, således at den "därigenom på en omväg kan medföra en *omläggning av innehållet* av en bindande rättshandling". L.c., p. 88 ff., går *Vahlén* direkte ind på problemet om *partiel ugyldighed* og synes i det væsentlige at nå samme

elle generalklausuler, som blev ophævet ved vedtagelsen af aftl. § 36, er det således ingen helt fremmed tanke, der lanceres med § 36's adgang til at *ændre* aftalen som en mellemvej til den fuldstændige tilsidesættelse. Men muligheden må siges at være udbygget, selv om den stadig har sine mere eller mindre rationelle begrænsninger.

Det må således antages, at aftl. § 36 kun hjemler adgang til at ændre aftaler og vilkår i det omfang, det kan ske ved at *tilsidesætte* vilkår i aftalen helt eller delvis. *Skærpelse* af en parts pligter kan kun ske indirekte ved at lempe den anden parts forpligtelser ensidigt. Generalklausulen antages f.eks. ikke at give domstolene beføjelse til at forhøje et urimeligt lavt vederlag,[9] hvilket formentlig hænger sammen med, at § 36 primært var tænkt som en forbrugerbeskyttelse, og at forbrugeren som køber og realkreditor naturligvis ikke har interesse i en mulighed for vederlags-

---

resultater som *Ussing*. Sml. også principperne i BGB §§ 119, stk. 2 og 155. Se endvidere om løftegiverens fastholdelse på det *tilsigtede* indhold af løftet, *Ussing*: Aftaler, p. 162; *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 145.

9) Jfr. justitsministeriets bemærkninger i Folketingstidende 1974-75, Tillæg A, sp. 793; samt *Lunn og Trønning* i Juristen § Økonomen 1975, p. 393 f.

Spleth har i U 1974 B, p. 247, 249 og 251, gjort sig til talsmand for en friere hjemmel til at *ændre* en aftale som efter den svenske ordning (herom straks nedenfor), og disse anbringender førte ved Folketingets udvalgsbehandling af lovforslaget om ny § 36 i aftaleloven til, at et mindretal (Radikale, Socialdemokratiet og SF) i udvalgsbetænkningen foreslog følgende tilføjelse til § 36, stk. 1: "Under tilsvarende betingelser kan vilkår i en aftale ændres", jfr. Folketingstidende 1974-75, Tillæg B, sp. 545 med bemærkninger sp. 547 f. Tanken blev som nævnt afvist af justitsministeriet (i hvert fald indtil videre) og ændringsforslaget ikke vedtaget.

En videregående hjemmel til at *ændre* en aftale findes derimod i ægteskabslovens § 58 f.s.v. angår aftaler truffet mellem ægtefæller om økonomiske vilkår for separation eller skilsmisse, når en aftale skønnes åbenbart urimelig for den ene part på tidspunktet for dens indgåelse, samt i ÆL § 52, stk. 1, om aftalte underholdsbidrag, når det p.g.a. væsentligt forandrede forhold ville være åbenbart urimeligt at opretholde aftalen. Om aftl. § 36's betydning for disse bestemmelser, se *Palle Bo Madsen og Peter Vesterdorf* i U 1979 B, p. 230 ff.; men anderledes *Ernst Andersen* i U 1979 B, p. 105 ff. Se også *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 50 f., note 60, og *Holger Hansen* i Justitia 1980, nr. 3, p. 48 ff.

forhøjelse.

Hel eller delvis tilsidesættelse af et urimeligt vilkår kan imidlertid bevirke en forrykkelse af kontraktens byrder til urimelig fordel for den *anden* (underlegne) part, hvorfor bortfald eller lempelse af et væsentligt vilkår kan kræve indgreb i aftalens *øvrige* (isoleret set rimelige) vilkår til oprettelse af "ligevægt" i parternes forpligtelser og rettigheder. Sådanne indgreb i form af tilsidesættelse af aftalens øvrige indhold er også forudsat i bemærkningerne til lovforslaget, men adgangen til at ændre aftalens "øvrige" indhold, er naturligvis underlagt samme begrænsninger som adgangen til at ændre selve det urimelige vilkår.[10)]

I *Stig Jørgensens* Foreløbige redegørelse tales også alene om "tilsidesættelse" og "lempelse";[11)] men senere har *Stig Jørgensen* forfægtet, at domstolene burde have en videregående adgang til at *ændre* en aftales indhold også ud over, hvad der følger af adgangen til helt eller delvis at tilsidesætte aftalen.[12)] Det ligger dog fast, at domstolene ifølge lovens formulering og motiver *ikke har* en sådan adgang til friere ændringer i aftalen ifølge aftl. § 36.[13)]

7.2. I modsætning hertil er der ifølge den *svenske* aftaleretlige generalklausul - der ligeledes er indsat som aftl. § 36 - både hjemmel til f.eks. at nedsætte en urimelig høj pris *og* til at *forhøje* et urimeligt lavt vederlag.[14)] Kun kræves, at parterne så at sige har leveret modellérvokset,

---

10) Jfr. Folketingstidende 1974-75, Tillæg A, sp. 793.

11) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 25.

12) Jfr. *Stig Jørgensen* i U 1974 B, p. 367.

13) Jfr. også *Stig Jørgensen* i JFT 1977, p. 12.

14) Jfr. SOU 1974:83, p. 164 ff.; *Bernitz*: Standardavtalsrätt, p. 59 f. Det samme skal ifølge motiverne til generalklausulen i den norske kbl. § 1, stk. 2, gælde efter denne bestemmelse, selv om dens ordlyd kun taler om, at aftalen "Helt eller delvis settes til side", se herved NOU 1976:34, p. 40 f.

d.v.s. at der foreligger en aftalt bestemmelse, som man kan nå det ønskede resultat ved at "ændre" på. Domstolene kan *ikke* bringe en aftale i overensstemmelse med, hvad der anses for rimeligt, ved at *indsætte en helt ny bestemmelse* i aftalen.[15] I praksis vil grænsen mellem en "ændring" og en "komplettering" imidlertid ofte være usikkert draget. Det gælder især ved såkaldte rammeaftaler, ved kontraheringsvægring samt ved forlængelse eller fornyelse af et løbende kontraktsforhold.[16] Spørgsmålet om den nærmere grænsedragning omkring dette problem er endnu ubesvaret i svensk ret. Der har endnu ikke dannet sig nogen fast praksis om denne afgrænsning, og emnet er ikke behandlet i generalklausulbetænkningen SOU 1974:83.

Man må konstatere, at den danske generalklausul i aftl. § 36 efter lovteksten og motiverne er snævrere end den svenske parallelbestemmelse. Denne konstaterer *Hellner* igen - dog efter min mening med tvivlsom berettigelse - er snævrere end den tyske generalklausul i BGB § 242.[17] Forslaget i NOU 1979:32 til den *norske* aftl. § 36 giver hjemmel for, at en aftale helt eller delvis kan tilsidesættes "eller endres". Her åbnes for en lige så fri reguleringsadgang som i den svenske § 36.

7.3. Selv om den danske aftl. § 36 ikke hjemler "ændring" af aftalen i den nævnte forstand, kan en skærpelse af et aftalevilkår efter omstændighederne tænkes opnået ad indirekte vej, dersom en total tilsidesættelse af et vilkår efter aftl. § 36 kan kombineres med anden hjemmel til udfyldning af aftalen. Se f.eks. U 1977.798 Ø, hvor retten i medfør af aftl. § 36 tilsidesatte den hindring for lejeforhøjelse, der lå i en aftalt uopsigelighedsklausul, for derefter i medfør af

---

15) Jfr. *Hellner* i TfR 1976, p. 164.

16) Jfr. *Hellner* i TfR 1976, p. 164-166.

17) Jfr. *Hellner* i TfR 1976, p. 167 jfr. p. 163.

lejelovens bestemmelse herom selv at fastsætte en "rimelig" (forhøjet) husleje. Både kontraktsforholdets løbende karakter og hjemlen til lejefastsættelse og -forhøjelse i lejeloven (nu §§ 4 og 47) kan konkret understøtte denne doms resultat; men det er usikkert i hvilket omfang den anvendte metode kan overføres til andre kontraktsforhold og -vilkår. Ved tilsidesættelse af vilkår, der ikke er så afgørende, at hele kontrakten derved må anses for bortfaldet, må aftalen dog generelt udfyldes med den deklaratoriske ret.

U 1980.917 V synes endda at gå videre. Efter at et forsikringsvilkår om 10 års uopsigelighed var tilsidesat efter aftl. § 36, "udfyldte" man tilsyneladende kontrakten med en 1 årig uopsigelighedsperiode "i overensstemmelse med principperne i lov om visse forbrugeraftaler § 14, stk. 1", selv om denne bestemmelse i dørsalgsloven bestemt ikke indeholder nogen deklaratorisk regel om en 1 årig bindingsperiode, og dørsalgsloven iøvrigt overhovedet ikke gælder for forsikringsaftaler. Resultatet *kunne* dog være nået ved "lempelse" af det oprindeligt aftalte vilkår, idet den foretagne ændring var rent kvantitativ.

I den seneste § 36-dom fandt Højesteret *under henvisning til aftl. § 36*, at en aftalepart, der havde indgået en aftale om at stille sikkerhed i en bestemt form (skadesløsbrev i fast ejendom), under de foreliggende særlige omstændigheder burde have adgang til at *ombytte* denne sikkerhed med anden sikkerhedsstillelse (bankgaranti) af samme størrelse, jfr. U 1981.300 H. Det fremhæves i kommentaren til dommen, at retten i forbindelse med afgørelsen netop kun har "henvist til" aftl. § 36, og at denne lovbestemmelse ikke er anvendt direkte.[18] Dette må ses som en anerkendelse af, at aftl. § 36 ikke hjemler adgang til at ændre en aftale på denne måde. Selv med den vidtgående standard i § 36 er aftaleloven dog

---

18) Jfr. *Munch* i U 1981 B, p. 299 f.

ikke udtømmende, og Højesteret har blot ment at finde støtte for sit resultat - der altså henter sin hjemmel uden for aftaleloven i almindelige retsgrundsætninger - i den *tendens* hen imod en friere samfundsmæssig rimelighedsvurdering, som har fundet udtryk i nyere lovgivning og navnlig aftl. § 36. Den nævnte tendens i retten er ganske vist klar, og sagens resultat synes også uden tvivl konkret rigtigt, men når en lovbestemmelse ifølge klare motivudtalelser *ikke* kan anvendes til et bestemt formål, forekommer det ikke ganske åbenbart, at man med rette kan påberåbe sig "synspunkter" fra den selv samme lovgivning til støtte for det ønskede resultat!

Det bliver meget spændende at følge den fremtidige retsudvikling omkring aftl. § 36. Netop om en generalklausul gælder det, at den "inte så mycket är vad lagstiftaren föreskriver som vad domstolarna och andra gör av den".[19)]

Inden for specielle brancher eller kontraktsområder kan der generelt være et særligt behov for ændringsmuligheder, der ikke tilfredsstilles selv ved aftl. § 36. Inden for *entrepriseretten* er der således forlængst vedtaget såkaldte Almindelige Betingelser, der i højere grad end inden for den almindelige formueret vil få en forudsætning- eller rimelighedsproblematik til at udmønte sig i et spørgsmål om *korrektion* af aftalen i stedet for hel eller delvis tilsidesættelse. Således f.eks. tilfældene af kontraktsforudsætninger i strid med de faktiske forudsætninger ("projektfejl") som reguleret i AB § 5.[20)]

---

19) *Hellner* i TfR 1976, p. 167. Sml. NDs 1979.673 SvH.

20) Se hertil *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, p. 48 ff. samt oversigten l.c. p. 15.

8. Opsigelsesret efter dørsalgslovens § 14.

F.s.v. angår visse *langvarige, løbende forbrugeraftaler* suppleres aftl. § 36 af dørsalgslovens § 14, der under iagttagelse af visse varslingsfrister giver forbrugeren en *opsigelsesret*, når kontrakten har løbet en vis tid.[1] Det er forudsat, at aftl. § 36 kan påberåbes af forbrugeren uafhængigt af dørsalgslovens opsigelsesfrister; men under iagttagelse af lovens frister og varslingsregler kan en aftale opsiges uafhængigt af en rimelighedsbedømmelse. Det er ikke her muligt at nægte forbrugeren ret til at opsige aftalen, såfremt dette undtagelsesvis måtte være "urimeligt" i forhold til den erhvervsdrivende sælger.[2]

---

1) Dørsalgslovens regler om *fortrydelsesret* ved dørsalg og postordresalg er omtalt ovenfor kapitel 3, afsnit B, pkt. 3.

2) Se *Melchior* i Juristen & Økonomen 1979, p. 181 f., samt bemærkningerne til lovforslagets § 14, stk. 1, i Folketingstidende 1977-78, Tillæg A, sp. 773 f.

B. Obligationsretten og erstatningsstandardiseringen.

1. Grundsætningen i kbl. § 24 og erstatningens forudsætnings- og billighedsbegrænsninger.

1.1. Som det enkelte gange i det foregående er nævnt, hænger den netop behandlede aftaleretlige problematik nært sammen med den tilsvarende obligationsretlige. *Obligationsret* forstås her i overensstemmelse med ordningen af stoffet hos *Ussing*: Alm. Del, p. 9, d.v.s. som omfattende reglerne om ydelsen, misligholdelse og erstatning i kontraktsforhold, men ikke reglerne om fordringers tilblivelse. Vurderingen af en eventuel aftalefrigørelse eller -lempelse er principielt den samme for alle formueretlige aftaler, uanset om man vælger at formulere spørgsmålet aftaleretligt eller obligationsretligt, og kridtstregen mellem den aftaleretlige og den obligationsretlige sfære er tydeligvis ved at løbe mere og mere ud. Fra den seneste lovgivning kan eksempelvis nævnes den generelle inddragelse i aftl. § 36's ugyldighedskriterier af efterfølgende omstændigheder, der ikke har noget med aftalens indgåelse at gøre, men som kan omfatte forhold ved aftalens opfyldelse eller efterlevelse. Et andet eksempel er fastlæggelsen af mangelsbegrebet i kbl. § 76 om forbrugerkøb til også at omfatte forhold, der ikke influerer på selve salgsgenstandens brugelighed eller reelle værdi, så som urigtige oplysninger om, at prisen er nedsat med et bestemt beløb i anledning af udsalg,[1] hvorved løftegiveren i stedet for at påberåbe sig aftl. § 36 kan få aftalen tilsidesat eller lempet gennem en adgang til at hæve købet eller kræve forholdsmæssigt afslag.

1.2. Indledningsvis skal til behandlingen af *den obligationsretlige lempelsesproblematik* fremhæves den regel, som

---

1) Jfr. Bet. 845/1978, p. 67, samt bemærkningerne til kbl. § 76 i FT 1978-79, Tillæg A, sp. 2170 f.

siger, at "*upåregnelige hindringer* for opfyldelse kan medføre, at skyldneren *hverken kan dømmes til at opfylde eller til erstatning for ikke-opfyldelse*".[2] Denne regel kan for genuskøb støttes på grundsætningen i kbl. § 24,[3] hvor kravet om "artsumulighed" således reelt er blevet fortolket som en noget *skærpet urimelighedsbetingelse*. Afgørende er, om opfyldelsen vil kræve "ganske uforholdsmæssige opofrelser",[4] og dette kriterium må som en almindelig retsgrundsætning overføres til *andre* aftaler, der kan opfyldes ved formueopofrelser.[5]

På baggrund af det lige ovenfor i afsnit A, pkt. 7, nævnte om aftl. § 36's retsvirkninger er det her interessant at notere sig, at hvor øgede opfyldelsesomkostninger efter omstændighederne (undtagelsesvis) kan frigøre skyldneren helt eller delvis fra såvel naturalopfyldelse som erstatningsansvar for ikke-opfyldelse, må det i hvert fald efter dele af den obligationsretlige teori "antages, at domstolene kan og jævnlig bør gå den vej at give *fordringshaveren ret til at kræve ydelsen mod et forhøjet vederlag*" som et alternativ til en frigørelse af skyldneren[6] (min udhævning). Når hensigten er at give aftalen et rimeligere indhold under stærkt

---

2) Jfr. *Ussing*: Alm. Del, p. 66: "Spørgsmålet kommer navnlig frem, *hvor aftalens opfyldelse efter ydelsernes beskaffenhed kræver en væsentlig formueopofrelse* fra skyldnerens side".

3) Jfr. *Ussing*: Alm. Del, p. 66; jfr. *samme*: Køb, p. 81 f. Se endvidere *Söderholm* i 12. NJM 1922, p. 137 f., der også medinddrager den gamle § 36 i aftaleloven.

4) Jfr. *Ussing*: Køb, p. 81 f. Se også *Gomard*: Naturalopfyldelse, p. 53; samt *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 344 ff.

5) Jfr. *Ussing*: Alm. Del, p. 67. Jfr. videre *Ussing*: Bristende forudsætninger, p. 162 ff.; *samme*: Aftaler, p. 475 og 478 f.

6) Jfr. *Ussing*: Alm. Del, p. 68, og ligeledes *Ussing*: Aftaler, p. 482 f. Jfr. hertil også *Krabbe* i U 1920 B, p. 176; *Steglich-Petersen* i 12. NJM 1922, bilag III, p. 15 ff., 19 f.; *Sandström* i 12. NJM 1922, p. 115 ff.; *Sunde* i 12. NJM 1922, p. 126 ff.; *Demcgue* i U 1929 B, p. 312; *Carlson* i SvJT 1932.120; *Kr. Andersen* i SvJT 1944, p. 647 ff.
Steglich-Petersen l.c., p. 22 f. er afvisende overfor tanken om pris*nedsættelse* p.g.a. ekstraordinært prisfald; men denne mulighed har nu generel hjemmel i aftl. § 36.

ændrede og uforudsete omstændigheder, kan man endda næppe heller afvise den løsningsmulighed, der består i at give *skyldneren ret til at kræve at levere ydelsen mod et forhøjet vederlag*.[7] Dette vil formentlig især kunne være praktisk for vedvarende eller i hvert fald længerevarende kontrakter. Praksis har dog været tilbageholdende med at benytte sig af disse løsningsmodeller.[8]

1.3.1. Det reelle indhold i den "grundsætning", som kbl. § 24 efter det ovennævnte er et specielt udtryk for, er en *begrænsning af erstatningsansvaret* for ikke-opfyldelse (og derigennem af selve ydelsespligten) efter grænserne for de udsving i markedsforholdene, som en sælger sædvanligvis må være forberedt på, eller mere generelt simpelthen under hensyn til det forhold mellem parternes gensidige forpligtelser, som er fastlagt i kontraktsforholdet, eller som dette må antages at bygge på.

Dette kan siges at være et forudsætningsspørgsmål,[9] hvilket dog allerede i *Ussings* version var synonymt med "almindelige retlige overvejelser",[10] og der er ingen tvivl om, at obligationsretten og herunder kontraktserstatningsretten i dag ligesom aftaleretten dirigeres af objektiverede rimeligheds- eller hensigtsmæssighedsovervejelser og bredere sociale hensyn. I kbl. § 24 indgår også et påregnelighedskriterium, og der er f.s.v. i det hele tale om at indlægge en *adækvansbegrænsning*. En sådan kan indlægges både som et spørgsmål om *selve skaderisikoen* og som et spørgsmål om *ta-*

---

7) *Demogue* i U 1929 B, p. 312 holder muligheden herfor åben; og således formentlig også *Kr. Andersen* i SvJT 1944, p. 647 ff.

8) Se dog ad fordringshaveren ret til at kræve ydelsen mod forhøjet vederlag, fra *svensk* praksis NJA 1923.20 (U 1926 B, p. 165); samt ad skyldnerens ret til at levere mod forhøjet vederlag, fra *norsk* praksis NRt 1935.122 og NRt 1951.371.

9) Jfr. *Ussing*: Køb, p. 81 f.

10) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 475 - eller p. 479: "en rent objektiv retsregel".

bets mulige størrelse.[11] Kbl. § 24 rummer en afgrænsning af selve skaderisikoen, men også tabet skal være adækvat,[12] og uden for køberettens område er dette nok den anvendeligste model til begrænsning af erstatningsansvaret.

En sådan erstatningsbegrænsning må siges at hvile på *aftalen*, hvorunder dog includeres hele aftaleforholdets såvel objektive som subjektive grundlag samt en normativ vurdering af parternes kontraheringsadfærd. Når adækvanskriteriet ikke længere opfattes som et rent subjektivt påregnelighedskriterium, men mere som et spørgsmål om, hvad der er sædvanligt eller rimeligt, ses der ingen grund til at sondre mellem den erstatningsbegrænsning, der kan udledes af henholdsvis adækvanskravet og af "parternes forudsætninger", således som det traditionelt gøres.[13] Det afgørende kan siges at være, hvad skyldneren efter forholdene *måtte regne med*, at erstatningen højst kunne blive. Størrelsesmæssigt vil dette i realiteten sige, at erstatningsansvaret som udgangspunkt begrænses til, hvad der er nogenlunde *sædvanligt* under de pågældende aftalekarakteristika, uden at der heri ligger en afskrivning af muligheden for at lade erstatningen variere konkret inden for visse rammer.[14]

Denne ansvarsbegrænsning kan føres tilbage til, at *sædvanlig adfærd og sædvanlig risiko* pålægges skyldneren, hvis særlig risiko, særlige forventninger fra fordringshaverens side eller særlige omstændigheder iøvrigt ikke har været ken-

---

11) Jfr. *Frost* i TfR 1953, p. 425 ff., i kommentaren til U 1953.12 H.

12) Sml. *Ussing*: Alm. Del, p. 147; *Trolle* i U 1965 B, p. 145 ff.; *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 414 ff.

13) Se *Ussing*: Alm. Del, p. 144 smh.m. p. 147; og *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 414 ff., smh.m. p. 408 ff.

14) Jfr. *Ussing*: Alm. Del, p. 144 og 147; *samme*: Aftaler, p. 482 note 4; *Gomard*: Forholdet mellem Erstatningsregler, p. 353 ff.; *samme*: Nøddeskal II, p. 171 f.; *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 408 ff.

delige for skyldneren, således at han ikke har haft *lejlighed til at tage stilling* til, om han vil indgå aftalen under sådanne forhold med større risiko for tab eller risiko for større tab end sædvanligt.[15] Der kan blive tale om såvel at nedsætte erstatningen som at lade den helt bortfalde efter disse synspunkter.[16]

1.3.2. Undertiden anskues *manglende oplysninger om særlig tabs- eller misligholdelsesfare* som en *accept af risiko* eller *egen skyld*.[17]

Sådanne synspunkter er velkendte i fremmed ret. I *tysk* ret gælder efter reglen i BGB § 254, at erstatningsansvaret begrænses ud fra en egen skyld betragtning, når fordringshaveren undlader på forhånd at oplyse, at misligholdelse vil bevirke et usædvanligt stort tab for ham.[18] I *fransk* ret gælder efter reglen i Code Civil art. 1150, at erstatningen begrænses til "dommage prévu ou prévisible lors du contrat". Denne regel anføres at kunne begrundes ud fra parternes vilje ("volonté"): "le debiteur ne pouvait pas *vouloir* s'engager audela de ce qu'il a pu *prevoir*".[19] Det ligner umiskendeligt forudsætningslæren. I *engelsk* ret er en lignende regel antaget siden dommen Hadley v. Baxendale (1854), hvorefter erstatning for misligholdelse af en kontrakt udmåles under hensyntagen til "the contemplation of the parties".[20]

På den hjemlige front må disse betragtninger kunne få størst anvendelighed for *transport- og opbevaringsaftaler*, hvor vederlaget er ringe i forhold til skade- og tabsrisiko-

---

15) Jfr. *Gomard*: Forholdet mellem Erstatningsregler, p. 353 smh.m. p. 358.

16) Jfr. *Trolle* i U 1965 B, p. 148.

17) Sml. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret II, p. 186 f.; *Nørager-Nielsen og Theilgaard*: Købeloven I, p. 411 ff.

18) Jfr. *Palandt*: Bürçerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. 1978, p. 241 ff.

19) Jfr. *Starck*: Droit Civil II. Obligations, 1972, p. 609 f.

20) *McGregor* on Damages, 13. ed. 1972, p. 118, 124 ff.

en, jfr. allerede U 1920.445 Ø og siden f.eks. også U 1945. 275 H, U 1945.491 H og U 1949.13 H.

Trolle har forsøgt at forklare udviklingen som en "objektivisering af skadelidtes egen risiko".[21] Selv om der givetvis ér tale om en vis objektivisering, idet der som nævnt inddrages friere forholdsmæssigheds- og rimelighedsbedømmelser, lægger de nævnte domme dog efter deres ordlyd vægt på den erstatningsansvarliges subjektive forhold såvel.

Mest interessant og generelt illustrerende for, hvilke kriterier hele denne lempelsesproblematik afgøres efter, er formentlig fra et lidt særegent kontraktsområde den såkaldte tipsdom i *U 1964.803 H*, hvor erstatningsansvar helt udelukkedes. Med udgangspunkt i det ringe vederlag og det store tab under et usædvanligt sammentræf af omstændigheder afviste retten i denne sag at tilkende erstatning trods et formelt ansvarsgrundlag.

Denne tanke om en vis *ækvivalens mellem vederlag og ansvarsbyrde* kan man udmærket opfatte som en objektiv norm for en bestemt risikofordeling, der dog har fundet udtryk i en aftale- eller forudsætningsterminologi, som viser tilbage til de konkrete parter. Bag tipsdommen ligger, hvad man kan kalde et objektiveret forudsætningssynspunkt, eller som *Trolle* udtrykker det: "den betragtning, at det ikke *med rimelighed* kunne forventes, eller *forudsættes*, at der skulle hæftes for et *sådant* tab forvoldt ved en ringe forsømmelighed"[22] (mine udhævninger).

Schaumburg beskriver nærmere synspunktet således, at man ikke må nå til "et for løftegiver helt urimeligt eller ubilligt resultat, som ikke kunne tænkes at være blevet af-

---

21) Jfr. *Trolle* i U 1967 B, p. 201 ff.

22) Jfr. *Trolle* i U 1967 B, p. 204.
Jfr. ligeledes *Trolle* i U 1965 B, p. 148; *Gomard*: Nøddeskal II, p. 172 noten; *Schaumburg* i U 1974 B, p. 114 f.; og i det hele om specielt tipning og obligationsret *Gomard og Skovgaard* i U 1979 B, p. 245 ff.

talt af parterne (tiltrådt af løftegiveren), hvis problemet havde været bragt på bane ved aftalens indgåelse".[23] Her kan vi næsten synes tilbage i den subjektive, hypotetiske forudsætningslære i *Lassens* version, idet den dog - (hvad *Lassen* også gjorde *i praksis*) - kombineres med et rimeligheds- eller billighedsskøn, der formentlig er afgørende. Som bemærket af *Trolle* tager dommerne i sager af denne karakter nok deres udgangspunkt "i det som *Viggo Bentzon* skildrede som skønnet, og som ofte bestemmer konklusionen, før man finder frem til de præmisser, som tjener til at prøve dets rigtighed", d.v.s. i *en rimelighedsvurdering*.[24] I U 1968.282 H benytter man en vending, der også klart sammenkæder det subjektive moment med en objektiv rimelighedsbedømmelse, idet det udtales, at det opståede tab ikke "kunne *påregnes* som en *rimelig* følge" (mine udhævninger).[25]

Schaumburg fremhæver, at ovennævnte synspunkt yderligere må give rum for den differentiering, at der eventuelt kan pålægges pligt til at erstatte negativ kontraktsinteresse i videre omfang end positiv opfyldelsesinteresse.[26] Dette er dog heller ikke i denne sammenhæng nogen ny tanke.[27]

1.3.3. Formentlig eksisterer der en generel billighedsfunderet lempelsesregel for kontraktserstatningsansvar,[28] og forudsætningssynspunkter vil i hvert fald her være tjenlige som redskaber for en *efterprøvning* eller korrektion af det mere intuitive skøn og formentlig også som en egentlig *vejledning* for retsudfindelsen. Ved herigennem tillige at levere

---

23) *Schaumburg* i U 1974 B, p. 115.

24) Jfr. *Trolle* i U 1965 B, p. 148. (*Bentzon*: Retskilderne, 1900, p. 142)

25) Jfr. hertil *Spleth* i U 1968 B, p. 342-345.

26) *Schaumburg* i U 1974 B, p. 115.

27) Jfr. *Munch-Petersen* i TfR 1898, p. 24; *Arne Sunde* i 12. NJM 1922, p. 128 f.; *Ussing*: Aftaler, p. 483; *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål, 2. uppl. 1954, p. 39 f.; samt f.eks. U 1936.1111 SH, U 1937.435 Ø.

28) Jfr. *Taxell*: Avtal och rättsskydd, p. 373-378, og i samme retning *Ussing*: Aftaler, p. 479.

et brugbart begrundelsesmønster har forudsætningslæren øjensynlig stadig en vigtig mission i retning af at formidle billighedsløsninger i obligations- og kontraktserstatningsretten. *Forudsætningssynspunktet* antages således fremdeles at kunne begrænse "både en løftemodtagers adgang til at gennemtvinge naturalopfyldelse og hans krav på erstatning, hvor en sådan følge ... ville forekomme ganske ubillig".[29)]

29) *Schaumburg* i U 1974 B, p. 115.

2. Forslaget om en erstatningsretlig generalklausul.

Ganske som *den lovfæstede standard* trænger frem i aftalerettens ugyldighedslære med aftl. § 36, kan en tilsvarende tendens imidlertid nu konstateres at være på vej i erstatningsretten.

I Betænkning nr. 829/1978 om lempelse af erstatningsansvar m.v. er i et forslag til lovudkast opstillet følgende *almindelige lempelsesregel for erstatningsansvar* (§ 11): "Erstatningskrav kan nedsættes eller bortfalde, når ansvaret vil virke urimeligt tyngende for den erstatningsansvarlige, eller når ganske særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt". Bestemmelsen skal ifølge forslaget gælde for hele erstatningsretten, og således også selv om ansvaret hviler på et kontraktsforhold.[1)]

Ligesom aftl. § 36 ikke fuldstændig kuldkaster den tidligere lempelsespraksis på ugyldighedsområdet, der baserede sig på subjektive betragtninger under anvendelse af en forudsætnings-, vildfarelses- og godtrosterminologi, om end der heri indgik ikke uvæsentlige lodder af mere objektiv og pragmatisk observans, så er den almindelige lempelsesregel for erstatningskrav i forslagets § 11 utvivlsomt også på kontraktserstatningsrettens område tænkt som en *udbygning* af den dommerskabte lempelsesregel. Den skal, hedder det, opfattes som en art "sikkerhedsventil"[2)] (ganske som *Ussing* formulerede forudsætningslærens funktion). Bestemmelsen kan siges at være (kontrakts)erstatningsrettens svar på aftl. § 36 - den er ligesom denne formuleret som en objektiv skønsregel, men vil i forlængelse af den hidtidige praksis især være anvendelig, hvor erstatningsbyrden ellers ville blive usædvanlig (eller med den ældre terminologi: upåregnelig) stor og tyngende set i forhold til ansvarsgrundlaget.[3)]

---

1) Jfr. Bet. 829/1978, p. 32 og 56 f.

2) Jfr. Bet. 829/1978, p. 32.

3) Jfr. Bet. 829/1978, p. 57.

Retspraksis har som nævnt også netop med hjemmel i aftl. § 36 i realiteten taget forskud på en almindelig legal lempelsesadgang i kontraktserstatningsretten, jfr. U 1978.847 Ø.[4] Nedsættelse af en aftalt *bod*, hvor "erstatningen" på forhånd er nøjagtigt fastsat, må i givet fald også efter eventuel vedtagelse af erstatningslovforslagets § 11 stadig skulle ske med hjemmel i aftl. § 36.

---

4) Jfr. ovenfor kapitel 3, afsnit B, pkt. 2.9.

KAPITEL 5

DEN "SKJULTE" RIMELIGHEDSCENSURERING.

1. *Rimelighedskriteriet i fortolkningen samt forholdet mellem fortolkning og gyldighedsprøvelse.*

1.1. Undertiden er *urimelige* vilkår i en måske uovervejet kontrakt set lempet eller fjernet helt ved *fortolkning*, idet de er blevet *forstået meget restriktivt eller slet ikke anset for vedtaget.*[1] Herved kommer man så at sige ugyldighedsproblematikken i forkøbet og undgår den formelt set derved helt.

Man er vel principielt gået ud fra, at et vilkår kan antages at gælde, selv om løftegiveren ikke er blevet gjort *udtrykkelig opmærksom* på det eller ikke har fået kendskab til dets *nærmere indhold* ved aftalens indgåelse, men blot er blevet *henvist* til at søge nærmere oplysninger herom f. eks. ved henvisning til let tilgængelige standardvilkår eller almindelige leveringsbetingelser, eller dersom det kan antages almindeligt kendt og accepteret i branchen,[2] men

---

1) *Vahlén*: Avtal och tolkning, 1960, p. 276 f., nævner, at den restriktive fortolkning kan siges at have nære berøringspunkter til "den allmänna regeln" i gældsbrevslovens § 8 - jfr. nu aftl. § 36. Se også *Selvig* i LoR. 1965, p. 245 ff.

2) Jfr. f.eks. U 1928.252 H, U 1940.249 H, U 1956.692 H, U 1957.1121 Ø, U 1959.937 Ø, U 1960.514 H, NDs 1964.296 NoH, U 1971.81 H, U 1971.408 H, U 1973.128 H, U 1973.696 H, U 1975.339 SH, NDs 1977.584 FiH, NDs 1978.516 SvH, NDs 1980.167 SvH. Kravene til vedtagelsens (henvisningens klarhed synes endda efter omstændighederne at kunne slækkes betydeligt, når det drejer sig om almindelige betingelser, som er begge parter bekendt, og hvis anvendelse vil være "naturlig og praktisk", jfr. U 1973.305 H, som kommenteret af *Trolle* i U 1973 B, p. 299 ff.

usædvanlige eller særlig byrdefulde vilkår må, medmindre det kan lægges til grund, at løftegiveren faktisk kendte dem, *meddeles eller fremhæves særligt*, for at han skal blive bundet heraf.[3] Det sidste må ganske særligt kræves i forbrugerforhold, jfr. meget illustrerende NDs 1979.234 SvH.

Også ud over den rene vedtagelsesproblematik ses rimelige konsekvenser af en tvivlsom kontrakt opnået ved en *pragmatisk fortolkning* i retning af *det sædvanlige og rimelige*,[4] hvorved man efter omstændighederne også helt har kunnet undgå en ellers nærliggende ugyldighedsproblematik. Det klareste eksempel herpå er vel det seneste i U 1978.473 H, hvor man på trods af en ret præcis sproglig formulering valgte at bortfortolke en aftagepligt, der "ville have en

---

Sml. om reklamationskravet ovenfor kapitel 3, afsnit C, pkt. 2. I bemærkningerne til lovforslaget om de nye regler for forbrugerkøb udtales til leveringsreglen i kbl. § 73, der er deklaratorisk, at der f. eks. ikke kan stilles særligt strenge krav til fremhævelse af vilkår om portobetaling over for forbrugeren ved forsendelse af bestilte bøger. Et tydeligt *opslag* herom i boghandelen må i almindelighed føre til, at vilkåret anses for *vedtaget* af forbrugere, der afgiver bestilling i forretningen, jfr. FT 1978-79, Tillæg A, sp. 2167 f. Se herved også U 1981.221 H.

3) Jfr. f.eks. U 1926.138 Ø, U 1926.829 Ø, U 1941.147 Ø, U 1941.153 Ø, U 1941.582 SH, U 1943.941 Ø, U 1947.441 Ø, U 1947.623 V, U 1948.332 SH, U 1951.782 H, VLT 1955.46, U 1959.946 Ø, U 1963.222 Ø, U 1968.916 SH, U 1969.475 Ø, U 1969.953 Ø (ophævelse), U 1972.473 Ø, U 1972.1003 H, U 1980.96 H. Se hertil *Lassen*: Alm. Del, p. 374 f., *Ussing*: Aftaler, p. 185, 424 og 429 f., *Olsson* i 21. NJM 1957, bilag VI, p. 18 og 37 f., *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 52, 54, 189 og 191 f., *H. Lund Christiansen* i Juridisk Grundbog, 3. udg. p. 456 f. og 465 ff., *Gomard*: Nøddeskal II, p. 204 f., og *samme*: Naturalopfyldelse, p. 70 f., *Taxell*: Avtal och rättsskydd, p. 41 og 44, *Bernitz*: Standardavtalsrätt, p. 20 ff., 24 ff., *Wilhelmsson*: Om styrning av försäkringsvillkor, 1977, p. 387 ff. Sml. fra tysk standardkontraktsret AGB § 3 om "überraschende Klauseln".

4) Jfr. herved *Tybjerg*: Om Bevisbyrden, 1904, p. 133 ff.; *Ussing*: Aftaler, p. 425; *Illum*: Forelæsninger over almindelig formueret, p. 47, 54; *Lando*: Udenrigshandelens kontrakter, p. 99 f. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 183. Fra praksis i dette århundrede kan nævnes t. ex. U 1911.681 SH, U 1914.482 G, U 1916.331 LHS, U 1918.101 VO, U 1918.161 H, U 1920.134 H, U 1921.488 H, U 1935.154 Ø, U 1944.100 H, U 1959.387 Ø, U 1963.222 Ø, U 1964.337 Ø, U 1967.409 Ø, U 1967.786 H, NDs 1969.108 NoH, U 1974.723 H, U 1974.775 U, U 1976.632 Ø, NDs 1978. 67 IsH, U 1978.473 H.

meget betydelig økonomisk rækkevidde for de sagsøgte, som efter det oplyste ikke ved overenskomstens indgåelse vidste, til hvilke priser de skulle aftage ...". En sådan præmis kunne i dag lige så vel føre til en tilsidesættelse af vilkåret efter aftl. § 36.

Nævnes kan også U 1978.486 H. Dommen er ikke gengivet in extenso i Ugeskriftet, men det udtales i Højesterets præmisser, at et tilsagn om en maksimumspris for det omhandlede byggeri ikke findes bevist under de foreliggende omstændigheder, idet det bl.a. bemærkedes, at det "har formodningen mod sig, at indstævnte ville påtage sig en så uoverskuelig og økonomisk risikabel forpligtelse". Sml. også U 1972. 242 H.

I U 1974.415 Ø lagdes ved opretholdelsen af en ansvarsfrihedsklausul vægt på, *såvel* at dennes indhold var "klart og utvetydigt" og måtte antages medkontrahenten bekendt, *som* at bestemmelsen var "sædvanlig" for denne kontraktstype.

Se også NDs 1978.461 NoH (NRt 1978.702), hvor Norges Høysterett fandt en aftale etableret ved passivitet, men hvor aftalen derefter "som en konsekvens av måten den er blitt til på" fandtes "ufullstendig", således at domstolen måtte have "en vid adgang til å supplere avtalen". Herefter indfortolkedes en tidsbegrænsning i aftalen, hvorefter aftalen *med denne tidsbegrænsning* ikke kunne rammes af de påberåbte ugyldighedsregler (aftl. § 33 og prislovens § 18).

Undertiden har man også set selve vedtagelsesspørgsmålet afgjort efter, om et vilkårs senere *håndhævelse* giver urimelige resultater. Jfr. således U 1959.678 SH, hvor et vilkårs bestemmelse kun blev søgt hævdet for en beskeden tidsperiode, uden at en sådan begrænsning kunne udledes af aftalens ordlyd. Her fandt man, at bestemmelsen, "*således som den er gjort gældende*, ... ikke har tiltrængt særlig fremhævelse for at være gældende" (min fremhævelse).

Hvor en aftale ikke indeholder noget udtrykkeligt vilkår om et bestemt punkt, men påstås udfyldt i overensstemmelse med deklaratoriske lovregler, er også dette set afvist ud

fra en *formålsfortolkning*, der synes vanskelig at skelne fra en *rimelighedsbedømmelse*, jfr. U 1956.732 H og U 1972.263 H smh. m. princippet i gbl. § 5, stk. 1.

Det er klart, at forudsætnings- eller forventningssynspunkter indgår såvel i den almindelige vedtagelses- og fortolkningsvirksomhed[5] som i den almindelige ugyldighedsprøvelse. Det er ligeledes klart, at den objektive risiko- eller rimelighedsvurdering, der indgår i ugyldighedskriterierne og allerklarest i aftl. § 36, foruden i forudsætningslærens krav til "relevans" også genfindes i fortolkningslærens normer for fortolkning i vid forstand eller udfyldning.[6] Fordi fortolkningen hidtil i sine kriterier har været formuleret friere end ugyldighedsprøvelsen i sine, har man imidlertid undertiden valgt at bortfortolke et vilkår eller

---

5) Der er flere eksempler på, at en forudsætningsterminologi benyttes i fortolkningen. Udtrykket forudsætning skal da forstås i almindelig sproglig forstand eller som en slags sammenfatning af de relevante fortolkningsdata. Se f.eks. således U 1969.776 Ø, hvor den ene parts påstand om en bestemt ekstra godtgørelse fra den anden part ikke fandtes "stemmende med parternes forudsætninger ved aftalens indgåelse". Se også U 1976.632 Ø om ændrende fortolkning "i overensstemmelse med ... forudsætningerne for aftalen", U 1977.306 H om en vis ændringsret i et entrepriseprojekt som "en forudsætning for aftalen", og U 1979. 177 H, der indfortolker en indeståelsesforpligtelse til fordel for den ene part, da det "må ... have stået den anden part klart, at det var en afgørende forudsætning ...". I U 1975.106 H *fortolkes* aftalen først ud fra parternes forudsætninger ("Når aftalen skal fortolkes, må det anses for at have været en klar forudsætning, at ..."), og derefter *tilsidesættes* den ud fra et forudsætningssynspunkt, da den ene part handler imod denne "fortolkning" ("forudsætningerne for ... aftalen ... må anses for bortfaldet"). Se også U 1970.314 H, U 1974.274 H og NDs 1974.524 FiH.

Se om forudsætningsbegrebets benyttelse i egentlig teknisk-juridisk forstand, d.v.s. som en selvstændig metode, ovenfor i kapitel 2.

6) Om afgrænsning af en forudsætnings "relevans" ved "udfyldning" af aftaler, se *Lassen*: Alm. Del, p. 116 f.; *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 475 f. *Ussing*: Aftaler, p. 467.

Folke Schmidt i 24. NJM 1966, bilag 7, p. 33 ff., fremhæver, at fortolkning såvel som anden dømmende virksomhed er anvendelse af retlige normer, og anser det for fortolkningens mål så langt som muligt at harmonere med de resuldater, der tilstræbes ved andre regler.

ændre det ved fortolkning i stedet for at tilsidesætte eller lempe vilkåret ud fra en ugyldighedsbetragtning. Hvor langt man har kunnet komme ad denne vej, er imidlertid usikkert. I argumentationen for indførelse af den nye § 36 i afteleloven hævder *Stig Jørgensen*, at utvetydige og klart fremhævede urimelige vilkår ikke kan imødegås ud fra fortolkningsprincipper.[7] Tidligere, hvor der ikke var udsigt til indførelse af en formueretlig generalklausul, og hvor man derfor måtte klare sig med de forhåndenværende søm, har samme forfatter imidlertid skrevet, at selv om der "vel ikke" foreligger "nogen klar afgørelse" i dansk retspraksis "om, at urimelige vilkår kan tilsidesættes", så var der "næppe tvivl om, at de nævnte vedtagelses- og fortolkningsregler i vidt omfang har kunnet føre til et tilfredsstillende resultat".[8] Dissensen i U 1967.786 H mener *Stig Jørgensen* endog antyder, at ualmindelige og urimelige vilkår "kan tilsidesættes, selv om de måtte være klart og særligt fremhævede".[9]

1.2. Som begreberne traditionelt opfattes er det vel mest korrekt at tale om en vedtagelses- eller fortolkningsproblematik, når spørgsmålet er, om et vilkår er tilstrækkeligt *fremhævet* i aftalen til at kunne anses for aftalt, medens der må foreligge en ugyldighedsproblematik, dersom talen er om, hvor vidt vilkåret er *rimeligt* nok til at burde kunne hævdes. Ligesom det imidlertid er notorisk, at "rimeligheden" indgår i fortolkningen,[10] indgår "klarheden" i

---

7) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 20 smh. m. p. 6.

8) Jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 193.

9) Jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 194.

10) Jfr. lige ovenfor ved note 4 og 6. U 1975.788 H afgøres så vidt ses som et vedtagelsesproblem, men ligger absolut i grænselandet til ugyldigheden. Som anført af *Selvig* i LoR. 1965, p. 246, er vedtagelses-, fortolknings- og ugyldighedsspørgsmålene alle bare "*en del av den juridiske teknikk*", som domstolene benytter for at undgå urimelige vilkår. Se også *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 58.

ugyldighedsbedømmelsen. Et tydeligt eksempel på det sidste er U 1975.892 Ø, som drejede sig om en bedømmelse af en leveringskontrakt, der ifølge den trykte standardtekst var uopsigelig i 10 år, men som modtageren efter få måneders forløb ophørte med at betale abonnementsafgiften på. Retten fremhævede ved sagens pådømmelse at ville lægge vægt på, at uopsigelighedsbestemmelsen "ikke kan anses fremhævet på behørig måde" ved kontraktsforhandlingerne. Dette førte imidlertid ikke retten til at fortolke aftalen indskrænkende og statuere, at uopsigeligheden *ikke var aftalt*. I stedet fandt retten det bl.a. på denne baggrund "åbenbart ubilligt", om abonnementsbeløbet for den resterende del af de 10 år skulle erlægges i sin helhed, hvorfor ydelsen nedsattes efter de dagældende §§ 36 og 37 i aftaleloven, d.v.s. efter reglerne om *ugyldige* viljeserklæringer. Fra denne afgørelse er der flere lighedspunkter til U 1978.678 U, som angik et vedligeholdelsesabonnement, der var tegnet for 10 år. Her gjorde løftegiveren endog gældende, at han overhovedet ikke var klar over, at han skulle have indgået en kontrakt, men troede at hans underskrift var afgivet alene som attestation af et andet forhold. Det blev endvidere anført, at han ikke forud havde gennemlæst abonnementsbetingelserne, ligesom retten lagde til grund, at han hverken havde fået udleveret kopi af de på selve abonnementsbegæringens bagside trykte betingelser eller havde fået udleveret en trykt "formular", som normalt blev udleveret til folk, der tegnede et sådant abonnement, og hvori parternes gensidige forpligtelser var "betydeligt klarere" angivet. Retten konstaterede imidlertid kort og godt, at løftegiveren "har underskrevet ... og således for så vidt har indgået en ... for ham bindende aftale" med det pågældende indhold. Da dommeren imidlertid nok kan se det uheldige i denne kontrakt og denne tegningsfacon, statuerer han i stedet henset til såvel "aftalens indhold" som "omstændighederne ved aftalens indgåelse" (hvorved de netop anførte forhold om den uklare angivelse af forpligtelserne nævnes), at det er "urimeligt at sagsøgeren [løf-

temodtageren] gør aftalen gældende i sin fulde udstrækning", hvorfor den delvis tilsidesættes i medfør af aftl. § 36. Således som sagsforholdet er oplyst ville det her have været lige så nærliggende at statuere, at aftalen eller i hvert fald uopsigelighedsbestemmelsen slet ikke var vedtaget mellem parterne, hvorved dommen ville være faldet smukt ind i samlingen af fortolkningsdomme som nævnte ovenfor ved note 3.

I U 1977.543 SH tilsidesattes nogle aftaleklausuler med en treleddet begrundelse, der også synes at vise sammenhængen mellem vedtagelses-, fortolknings- og ugyldighedsproblematikken. Det anførtes, at klausulerne for det første "var meget vanskelig at forstå", at løftemodtageren iøvrigt havde givet løftegiverne "grund til at stole på, at de ikke ville blive håndhævet strikte", og endelig at indholdet gik "langt ud over det rimelige".

Sml. fra svensk praksis NDs 1979.616 SvH, hvor en voldgiftsklausul tilsidesattes efter aftl. § 36, da parterne ikke var jævnbyrdige i henseende til spørgsmålet om økonomi og erhvervserfaring, *og* da klausulen havde fået en lidet fremtrædende plads i kontrakten og iøvrigt ikke var særligt diskuteret før aftaleindgåelsen.

At der nødvendigvis må finde en vis "sammenkøring" sted følger også allerede af, at aftalerettens krav til et vilkårs fremhævelse i aftalen gradueres efter, hvor usædvanligt det er for modparten; men *om* et vilkår er "særligt" byrdefuldt kan netop ikke afgøres alene efter de konkrete omstændigheder omkring aftalens indgåelse, men må også inddrage mere retlige bedømmelser, der synes analoge til ugyldighedslærens rimelighedsprøvelser.[11)]

---

11) *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 189, skriver, at kravet om særlig fremhævelse af byrdefulde vilkår kan opfattes som en betingelse for, at et vilkår er *vedtaget*, men *også* kan opfattes som en speciel *ugyldighedsregel*. Sml. ovenfor note 10. Kravet kan dog *i ugyldighedsprøvelsen* formentlig højst blive *et moment* blandt flere, medens et resultat baseret *alene* på en manglende fremhævelse af vilkåret nok vil blive begrundet ud fra *fortolkning*.

I forarbejderne til aftl. § 36 anføres også, at det krav, der har dannet sig i retspraksis om særlig fremhævelse af byrdefulde vilkår, vil kunne være vejledende for generalklausulens anvendelse og i givet fald begrunde tilsidesættelse af en aftale på grund af "forholdene ved aftalens indgåelse", jfr. stk. 2.[12] Det er nærliggende igen at drage en parallel til den amerikanske U.C.C. sec. 2-302,[13] der - uden udtrykkelige holdepunkter herfor i lovteksten - i den juridiske doktrin er blevet udspaltet i to grene, nemlig "procedural unconscionability (bargaining naughtiness)" og "substantive unconscionability (overly harsh terms)". "Bargaining naughtiness" omfatter her ikke alene svig, udnyttelse og lignende, men specielt også det tilfælde, hvor medkontrahentens (typisk en forbrugers) "lack of bargaining power" f.eks. får ham til at undlade at læse "the small print on the back".[14] Det er såvel i relation til U.C.C. sec. 2-302 som i relation til aftl. § 36 klart, at ugyldighedsreglerne et langt stykke overlapper reglerne for aftalens indgåelse og fortolkning.

Måske kan man forvente, at domstolene fremtidigt i højere grad vil benytte sig af ugyldighedsbegrundelsen på den netop omhandlede "censurerende" fortolknings bekostning - om end stadig med inddragelse af fortolkningens elementer. Med indsættelsen af den nugældende § 36 i aftaleloven er nemlig ugyldighedsprøvelsens formelle kriterier generelt blevet så vage, at det kan friste til at "springe over" vedtagelsesproblematikken undtagen i helt oplagte tilfælde og i stedet tilsidesætte f.eks. utilstrækkeligt fremhævede vilkår som ugyldige efter aftl. § 36, jfr. f.eks. herved igen U 1978.678 U. En sådan udvikling mere end antydes i NDs

---

12) Jfr. *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 27.

13) Sml. ovenfor kapitel 4, afsnit A, pkt. 4.

14) Se f.eks. *White & Summers*: Uniform Commercial Code, 1972, p. 112 ff., 117, med henvisninger.

1980.167 SvH (p. 170). Specielt hvor aftalen ikke skal tilsidesættes fuldstændigt, men blot *lempes* for løftegiveren, har fortolkningsmuligheden ofte været anset for mest adækvat, hvilket med aftl. § 36's direkte og explicite hjemmel til *delvis tilsidesættelse* næppe heller længere er tilfældet. Det er imidlertid næppe heldigt helt at lade aftl. § 36 afløse den ovennævnte fortolkningspraksis. Fortolkningsmodellen rummer en i hvert fald for visse situationer fortrinlig mulighed for censurering af aftaler ud fra en rimelighedsbedømmelse med en fuldstændig moral- og værdineutral begrundelse, som aftl. § 36 ville handle stik mod sine intentioner ved at fjerne. Omvendt må man dog nok sige, at dersom der er tale om et bestemt vilkår eller en bestemt fremgangsmåde, som man helt generelt ikke ønsker praktiseret f.eks. inden for en bestemt branche, kan der være ræson i at vælge den helt åbne argumentation og tilsidesætte vilkåret eller fremgangsmåden som urimelig efter § 36, idet man formentlig kun derved kan udløse den "tilbagemelding" til hele branchen, som vil være en forudsætning for, at afgørelsen kan få nogen almen præventiv indflydelse på den fremtidige aftalepraksis.[15)]

I praksis vil bedømmelsens karakter af vedtagelses-, fortolknings-, dissens- eller ugyldighedsprøvelse ofte komme til at bero på, *om parterne fremstiller* problemet som en tvist af den ene eller den anden art.[16)]

1.3. Uanset hvad man måtte mene om forholdet mellem de forskellige "regelkomplekser", mener *Stig Jørgensen*, at de danske domstole i første række søger at nå frem til fornuftige og rimelige resultater ved *opretholdelse* af aftalen; dog at parterne må stå frit, "*hvis* der ikke er mere at bebrejde den ene end den anden, *hvis* dissensen vedrører et væ-

---

15) Se hertil *Selvig* i LoR. 1965, p. 254 f.

16) Sml. *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 169.

sentligt punkt og *hvis* ydelserne ikke er udvekslet eller let kan føres tilbage".[17] Det førstnævnte kriterium for tilsidesættelse af aftalen dækker formentlig over det samme som *Ussings* formulering om, at "bevisbyrderegler" ikke afgør spørgsmålet om en misforståelses synlighed.[18] At aftalen kan opretholdes og indlægges en rimelig forståelse ved en "uvæsentlig" dissens er oplagt - "dissens" dækker i denne forbindelse også vildfarelse. Det sidstnævnte kriterium har måske implicit været et væsentligt moment i U 1978.678 U. Der kan dog også anføres domme, som går imod, at opfyldelsen skulle være en afgørende grund for opretholdelse af en aftale med væsentlige dissenser, jfr. således t.ex. U 1932.684 H, U 1973.868 Ø.[19] Det må imidlertid medgives at ugyldigheden eller den manglende vedtagelse kan virke hårdere for modtageren af en ydelse, når konstateringen heraf først sker ef-

---

17) Jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 199, jfr. p. 143.
Sml. den almindelige fortolkningsregel *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 276, opererer med, og som han kalder *gyldighedsreglen*, hvorefter in dubio den fortolkning skal foretrækkes, som leder til, at en bindende avtale eller retshandling foreligger. Jfr. tilsvarende *Corbin* on contract, bd. 3, p. 4 (§ 532).

18) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 164, samt hertil det straks nedenfor i pkt. 2 om klargøringspligten og pkt. 3 om den normativ bevisbedømmelse anførte.

19) En helt anden sag er, at *tilegnelse* respektiv *erlæggelse* af en ydelse efter omstændighederne i sig selv kan blive opfattet som en *kvasidisposition* med samme retsvirkninger som et løfte, jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 388 ff., 392; samt *Lassen*: Alm. Del, p. 227 ff., der taler om "stiltiende viljeserklæringer ... i juridisk forstand", og *Stang*: Innledning til Formueretten, p. 309 ff., der taler om "uegentlige rettshandler". Betingelserne for at kunne påberåbe sig en sådan opstået forpligtelse er imidlertid ganske de samme som for egentlige løfter. Således finder de almindelige *ugyldighedsgrunde* anvendelse, jfr. *Lassen* l.c. p. 234 f.; *Stang* l.c., p. 311 f.; *Ussing* l.c., p. 392. Det samme må gælde tilegnelse eller erlæggelse p.g.a. fejltagelse eller vildfarelse, jfr. *Lassen* l.c., p. 232 note 8a, men lidt mere afvisende på dette punkt *Ussing* l.c., p. 392 note 19, og totalt afvisende *Karlgren*: Studier i allmän avtalsrätt, 1935, p. 104 ff. *Karlgren* l.c., p. 106, undervurderer givetvis de beviskrav, der vil blive stillet til en sådan vildfarelse.

ter løftets opfyldelse og ydelsens integrering i modtagerens formue, hvorfor der kan være et vist behov for at tage særlig hensyn til den godtroende løftemodtager, der allerede har modtaget sin realydelse. Ugyldighed falder dog som udgangspunkt ikke bort ved, at kontrakten opfyldes.[20)]

20) Se hertil *Ussing*: Aftaler, p. 258 f.

2. De subjektive ugyldighedskriterier og fortolkningen.

Formentlig kan man som generel vedtagelses- og fortolkningsregel opstille den *klargøringspligt*, som *Vahlén* opererer med efter princippet i aftl. § 6, stk. 2.[1] En sådan *fortolkningsregel* har nær sammenhæng med den ovenfor kapitel 3 behandlede ugyldigheds- og vildfarelsesproblematik.[2] Det er ingen fremmed tanke, at hele vildfarelseslæren i virkeligheden er et forsøg på at besvare spørgsmålet om, i hvilken udstrækning løftemodtageren har - og i givet fald har tilsidesat - en meddelelses- eller oplysningspligt.[3] Når det som ovenfor opregnet må medgives, at end ikke enhver viden om en vildfarelse hos medkontrahenten bevirker ugyldighed, vil en problematik om ugyldighed som følge af synbare viljesmangler eller kendelig vildfarelse måske synes at kunne formuleres mere adækvat i en oplysnings- eller klargørings-lære,[4] og der er ingen tvivl om, at retspraksis i flere sådanne tilfælde har valgt at begrænse en aftales retsvirkninger ved at inddrage denne klargøringspligt i en *fortolknings-løsning*.

Fra køberetten kender vi den såkaldte "loyale oplysningspligt" om relevante forhold, fejl og mangler vedrørende salgsgenstanden.[5] Formentlig kan spørgsmålet om oplysningspligten ved den kendelige vildfarelse eller dissens i aftaleretten såvel som fortolkningslærens klargøringspligt bely-

---

1) Jfr. *Vahlén*: Avtal och tolkning, p. 292 f.

2) Sml. kapitel 3, afsnit C.

3) Jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 173 jfr. p. 141 f.; *Arnholm*: Lærebok i Avtalerett, p. 263 ff.; samt ovenfor i kapitel 3, afsnit A, pkt. 5.

4) Jfr. *Karlgren* i SvJT 1933, p. 246. Spørgsmålet om, hvilke retsgrundsætninger denne oplysningspligt skal udledes af, turde dog ifølge *Karlgren* l.c., note 1, alene kunne behandles med udgangspunkt i og i sammenhæng med forudsætningslæren.

5) Se herom f.eks. *Ussing*: Køb, p. 124 f.; *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 98; *Gomard*: Nøddeskal I, p. 20 f.; Bet. 845/1978 om forbrugerkøb, p. 32 og 74.

ses ved at foretage en sammenstilling med køberettens loyale oplysningspligt. I modsætning hertil relaterer oplysningspligten sig ikke specifikt til køberens muligheder for at bedømme salgsgenstanden, men til hele aftalens *grundlag* iøvrigt. Kravene til sælgerens/løftemodtagerens agtsomhed overfor medkontrahentens antagelser og interesser i det hele taget må imidlertid basere sig på tilsvarende overvejelser og må kunne formuleres nogenlunde analogt i en generel oplysnings- eller klargøringspligt omfattende alle forhold, som løftemodtageren kender eller burde kende, og som han må antage er af væsentlig betydning for medkontrahentens bedømmelse, såfremt han ikke kan regne med, at medkontrahenten er bekendt med det pågældende forhold.[6] For en sådan analog formulering taler ikke mindst, at de enkelte discipliner i hvert fald til dels flyder sammen, og at grænsedragningerne imellem dem derfor undertiden virker tilfældige og uhensigtsmæssige.[7]

---

6) Jfr. *A. Vinding Kruse*: Ejendomskøb, p. 74 f. jfr. p. 98; Bet. 845/1978, p. 32 og 74; samt kbl. § 76, stk. 1, nr. 3, hvor sælgerens loyale oplysningspligt nu er lovfæstet for forbrugerkøb.

7) Sondringen kan undertiden synes at være rent formuleringsteknisk. Man kan f.eks. opfatte problemet i U 1956.802 H, der drejede sig om køb af et sommerhus, som et problem om, hvorvidt køberens vildfarelse gående ud på, at huset var lovligt som helårsbolig, var kendelig for sælgeren. Antages dette kan man sige, at den kendelige vildfarelse må føre til *ugyldighed* efter grundsætningen i aftl. § 32, stk. 1, der med hjemmel i aftl. § 33 antages at gælde også for motivvildfarelser, eller man kan sige, at sælgeren ved ikke at oplyse dette forhold ved huset har tilsidesat sin loyale oplysningspligt, hvorfor huset er behæftet med en "individuel mangel", der berettiger til *ophævelse*. Endelig kan man måske opfatte købstilsagnet som vedrørende en helårsbolig, medens salgstilbudet gik på et sommerhus uden ret til helårsbeboelse, således at der p.g.a. "dissens" slet ikke er kommet en aftale i stand. Bestemmende for valget af "regelkompleks" er givetvis ofte erstatningsmuligheden, der favoriserer ophævelsesbegrundelsen efter den gængse opfattelse, der kun vil erstatte positiv opfyldelsesinteresse ved misligholdelse af *gyldige* aftaler.

Sml. om valget mellem ugyldighed og ophævelse *Nørgaard* i U 1978 B, p. 276 ff.

Den aftaleretlige oplysningspligt kan som allerede antydet ikke begrænses til notoriske vildfarelser, hvad enten disse går på selve salgsgenstanden eller aftalegrundlaget iøvrigt. Den er f.s.v. et udslag af en meget bred fortolknings-, forudsætnings- eller loyalitetsregel, der kræver, at man opfylder en klargøringspligt i relation til konsekvenser, der af medkontrahenten kan være uventede og vil opfattes som usædvanlige.[8] Man har *en almindelig pligt til at undgå misforståelser*[9] og tvivl i det hele taget, hvilket igen kan udlægges som en pligt til inden for visse grænser at *varetage modpartens interesser*. Dette kan man så efter omstændighederne formulere i en regel om, at et tvetydigt eller uafklaret kontraktspunkt skal *fortolkes* mod affatteren eller mod den part, der iøvrigt må anses for "den nærmeste til ved aftalerne at få klarlagt dette punkt", jfr. f. eks. U 1979.840 SH, hvilket i realiteten er en ren *risikoafvejning*, eller man kan formulere det i en pligt til loyal *oplysning* af medkontrahenten.[10]

---

8) Undertiden ses kontrakten således udlagt, som løftegiveren bl.a. på baggrund af løftemodtagerens adfærd har haft *"føje til at forstå"* den, jfr. f.eks. U 1972.739 H, U 1973.540 H, U 1974.775 U. Se også U 1925.125 V. Dette hænger tæt sammen med den *fremkaldte* vildfarelse, jfr. ovenfor kapitel 3, afsnit A, pkt. 2 - og efter omstændighederne også med løftemodtagerens *reklamationspligt* over for løftegiverens fejlagtige *efterlevelse* af kontrakten i god tro, jfr. U 1967.135 H. I NRt 1930.1396 blev køberens opfattelse af aftalen lagt til grund, da sælgeren kendte denne og ikke med tilstrækkelig klarhed havde taget afstand herfra. I U 1977.939 H ansås en kommissionsaftale indgået, da det "måtte have stået sælgeren klart", at ejendomsmægleren ikke uden mæglersalær ville påtage sig salgsarbejdet. I U 1980.255 V fandtes sælgeren ved at have givet køberen "rimelig grund til at gå ud fra" et bestemt forhold at have *tilsikret* køberen dette.

9) Sml. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 194 f.

10) Det er ikke altid udelukkende ved aftalens indgåelse, at der eksisterer en oplysningspligt. Hvis de aftalte retsvirkninger efter formuleringen af et aftalevilkår henstår uklart og usikkert ("kan medføre") vil løftegiveren efter omstændighederne og vel især i forbrugerkøb kunne have "et *rimeligt krav på at blive underrettet*", dersom vilkåret bliver aktuelt, således at tilsidesættelsen af en sådan underretningspligt kan indgå som et væsentligt moment i en urimelighedsvurdering efter aftl. § 36, hvis vilkåret ikke i sig selv kan tilsidesættes som urimeligt; sml. Forbrugerklagenævnets Årsberetning 1978, p. 73 (3.14.3).

Hele vildfarelseslæren med dens regler om undersøgelses- og underretningspligt kan meget vel ses som udtryk for denne generelle loyalitetstanke,[11] der stiller *normative krav* til en aftalepart om i en interessekonflikt ikke ubetinget at fremme sine egne interesser på bekostning af medkontrahentens, men i en vis udstrækning at tilstræbe en *rimelig afvejning*. Selv om problemformuleringen herved bliver normativ og til dels subjektiveret,[12] vil den reale basis herfor være et krav om en mere *objektiveret balance* eller ækvivalens mellem parternes rettigheder og pligter i aftaleforholdet. *Reelt* rummes derfor heri en god del af det samme *rimelighedsskøn*, som mere åbenlyst anlægges efter de retlige standarder eller generalklausuler.

Forskelligt fra problemet om, *hvad* der er aftalt, er spørgsmålet om, *hvem* der er parter i aftalen. Især hvor en ledende person i et selskab afgiver et løfte, kan det undertiden omtvistes, om løftet er givet i eget eller i selskabets navn. Problemet løses imidlertid her efter lignende retningslinjer, d.v.s. at det i almindelighed kommer an på, om medkontrahenten har fået en *beføjet forestilling* om, at lederen ville forpligte sig selv, eller om medkontrahenten *burde forstå*, at meningen var at forpligte selskabet; jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 281, samt fra den seneste praksis U 1974.129 H, U 1976.909 H, U 1977.116 H og U 1979.177 H, hvor det ved statueringen af lederens personlige hæftelse i den førstnævnte dom også tillagdes vægt, at selskabets leder ikke havde reageret på de ham personligt tilstilede regninger.

---

11) Jfr. ovenfor kapitel 3, afsnit A, pkt. 5, note 5.

12) Jfr. Bet. 845/1978, p. 74, hvor en tilsidesættelse af den loyale oplysningspligt forudsættes at kræve, at noget kan "bebrejdes" sælgeren.

3. Beviskravet som førprocessuel adfærdsstandard.

Man kan også opfatte både den restriktive fortolkning og oplysningspligten som en del af en *bevisbyrderegel*, idet den, der vil påberåbe sig en forståelse af aftalen, der ikke er ganske sædvanlig, må sikre sig bevis for, at et sådant aftaleindhold er tilsigtet og accepteret.[1] Se f.eks. U 1978.486 H, (der ikke er trykt in extenso), hvor aftale om en maximumspris for et entreprenørarbejde ikke fandtes bevist, bl.a. fordi bygherren "havde anledning til at sikre sig en så betydningsfuld aftale i skriftlig form". I det omfang *kravet til bevis* gradueres og bedømmes efter *førprocessuelle handlenormer eller adfærdsstandarder*, der er opstillet med henblik på tilvejebringelse af judicielt bevismateriale, og som indholdsmæssigt er fastlagt efter dels sandsynligheden af behovet herfor (der må antages at øges såvel ved usædvanlige som ved større og mere komplicerede kontraktsforhold) og dels de praktiske vanskeligheder ved bevissikringen, må man ved bevisbedømmelsen siges at være ovre i en *normativ adfærdsvurdering*, der gør at også *bevisteorien* til en vis grad flyder sammen med de ovennævnte *materielretlige* regler.[2]

---

1) Jfr. *Stig Jørgensen*: Kontraktsret I, p. 200.

2) Se hertil *Zahle*: Om det juridiske bevis, 1976, p. 413, 432 ff., 435 ff.

KAPITEL 6

FREMMED RET

A. *Indledning.*

Flere steder i det foregående er der i konkrete sammenhænge draget paralleller til fremmed ret. I dette kapitel skal der gives en mere samlet fremstilling af, hvorledes enkelte fremmede retssystemer traditionelt har behandlet aftalerisikoen i ovennævnte forstand - startende med vildfarelseslæren. Den senere mere pragmatiske udvikling, der bl. a. kommer til udtryk i de objektiverede standarder, bedes især sammenholdt med det ovenfor i kapitel 4, afsnit A, pkt. 4, anførte.

Der vil blive gjort mest ud af *tysk* ret, fordi det historisk er det retssystem og den retsteori, vor egen ret har flest berøringspunkter til. Den danske forudsætningslære er som nævnt udsprunget af den tysk-romanistiske viljesteori fra slutningen af forrige århundrede, og det kan derfor være interessant og formentlig inspirerende at se, hvad den tyske retsudvikling siden har fået ud af især *Windscheids* lære.

Endvidere skal nævnes *fransk* og *engelsk* ret. Fransk ret, dels naturligvis p.g.a. systemets illustrerende værdi i sig selv, men også for at se hvordan den særlige tyske retsvidenskab har formået at gøre sig gældende hos Tysklands "modsatte" nabo - halvvejs til Rom. Engelsk ret, fordi det traditionelt opfattes som noget "særligt" med stor selvstændighed og autenticitet i forhold til romersk og kontinental ret.

Specielt ad tysk ret skal det bemærkes, at den tyske litteratur er overmåde righoldig, og at der nedenfor blot er foretaget et skønsomt udvalg af tekster til illustration af de vigtigste retninger.

B. Tysk ret.

1. Ensidige vildfarelser.

1.1. Det er som nævnt i Tyskland, forudsætningslæren har sit teoretiske ophav; men den har aldrig dér haft samme gennemslagskraft som i Norden. Forarbejderne til BGB tog ligefrem afstand fra en almindelig forudsætningslære.[1] Man kan derfor ud fra en dogmatisk betragtning hævde, at forudsætninger kun kan få betydning uden for de positivt lovhjemlede enkelttilfælde i det omfang, man via fortolkningsreglerne kan antage, at de er gjort til stiltiende betingelser; men et mere afslappet forhold til BGB's fornægtelse af forudsætningslæren ses dog også.[2]

1.2.1. Positiv hjemmel til at tage hensyn til *ensidige* vildfarelser ("Irrtums") findes i BGB § 119. Denne regel tager i stk. 1 sigte på at beskytte den, der ved afgivelsen af sin viljeserklæring "über deren Inhalt im Irrtume war" eller slet ikke ville afgive en viljeserklæring. Retsfølgen er "Anfechtbarkeit", som kan tilstås, når det må antages, at løftegiveren med kendskab til, hvorledes sagen stiller sig, *og* efter en fornuftig vurdering af forholdet ikke ville have afgivet sin viljeserklæring (sml. nedenfor pkt. 1.2.2.). Der gennemføres herudfra i princippet en klar sondring mellem "Irrtum über Erklärungsinhalt ("Erklärungs-

---

1) Jfr. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB II, 1897, p. 690. Dette er *Lenels* værk, sml. kapitel 2, pkt. 1, note 6. *Lenel* angreb *Windscheids* lære for ikke at skelne mellem *forudsætninger*, der kunne tillægges betydning, og *"blosse" motiver*, der måtte stå for egen regning. Lovforarbejdet lagde til grund om forudsætningslæren, at "diese Lehre die Sicherheit des Verkehrs gefährde und deshalb als Grundlage für das Gesetzbuch sich nicht eigne", hvilket nerop begrundedes med, at den "der Unterschied zwischen Voraussetzung und Motiv verwische".

2) Således (naturligvis) *Windscheid* selv i AcP. bd. 78, 1892, p. 197, og *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, p. 406; men også og ikke mindst *Oertmann*: Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, 1921, hvis lære har haft overordentlig stor betydning for gældende tysk ret i dag.

irrtum")" og "Irrtum im Beweggrund (Motivirrtum)", idet kun den første kategori af vildfarelser kan påberåbes efter BGB § 119, stk. 1.[3] Til vildfarelser om erklæringens *indhold* henregnes "Irrtum über *Persons* des Erklärungsgegners", "Irrtum über die *Rechtsnatur* des Geschäfts" (løftegiveren vil købe, men skriver under på en lejekontrakt) samt "Irrtum über den *Gegenstand* des Geschäfts", hvorunder hører såvel vildfarelse om kontraktsobjektets "Identität" som om dets "Umfang" samt i det hele taget "über andere wesentliche Umstände des Geschäfts".[4]

Omfattet er også vildfarelser om sådanne "udenforliggende" punkter, som ved udtrykkelig eller stiltiende overenskomst danner grundlag for kontrakter og dermed "zum *Bestandteil der Erklärung* geworden sind" - og "unter dieser Voraussetzung (aber auch nur dann!) alle Fälle des *Irrtum im Beweggrund* (Motivirrtums)". Den *blotte meddelelse* til medkontrahenten af et motiv er ikke i sig selv tilstrækkeligt; det må i det mindste kræves, at det har været kendeligt for løftemodtageren, at visse omstændigheder for den anden part har haft karakter af "Geschäftsbedingungen", og at løftemodtageren alligevel "dem nicht widersprechen".[5]

Grænsedragningen kan være svær og hjemler i praksis mulighed for et ret vidt rimelighedsskøn. Såkaldt "Kalkulati-

---

3) Om rigtigheden af herudfra at slutte, som gængs er, at motivvildfarelser principielt skal udsondres som irrelevante, se skeptisk *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Vertrag, 1973, p. 178 ff. med henvisninger.

4) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. 1978, p. 82 f. Hertil også *Larenz*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1977, p. 324 ff.
Man har tidligere set BGB § 119 påberåbt for at undgå bundethed af særlig tyngende eller usædvanlige bestemmelser i standardvilkår, når disse ikke har kunnet bortfortolkes, idet man lidt konstrueret har sagt, at underskriveren/løftegiveren er gået ud fra, at kontrakten ikke indeholdt noget usædvanligt. En sådan gyldighedsanfægtelse af standardkontrakter p.g.a. "Irrtum über den Inhalt" er imidlertid nu fortrængt af specialreglerne i AGB § 9 ff., jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 2150 (Vorbemerkung 4 f.). Sml. fra forudsætningslæren, ovenfor kapitel 2, pkt. 8 ved note 1.

5) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 83. Sml. *Windscheid*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 406.

onsirrtum" eller regnefejl er qua "Motivirrtum" som udgangspunkt uden retlig relevans; men dette gælder ifølge en retspraksis, som er fremstået ved efterhånden flere (ret forskelligartede) Reichgericht-domme ikke ubetinget, dersom den anden part kendte "oder erkennen konnte" denne motivvildfarelse.[6] Det sidste er efter omstændighederne tilfældet, blot løftegiveren har sørget for, at "die Berechnung oder ihre Grundlage ... deutlich gemacht worden sei" ved kontraktsforhandlingerne.[7] *Flume* udtaler generelt om motivvildfarelser (efter at have fastslået det fornuftige i, at fejlagtige forudsætninger og motivvildfarelser principielt er irrelevante), at løftemodtageren ikke kan påberåbe sig en erklæring, når det, samtidig med at han får kendskab til erklæringen, "für ihn - als einen Verständigen Mann - evident ist, dass die Erklärung "nicht stimmen kann"".[8] Dette svarer i realiteten til kendelighed af en motivvildfarelse. Hele behandlingen i retspraksis af "der Kalkulationsirrtum" er en breche i "systemet" og undsiges som sådan af bl.a. *Larenz*.[9] Sondringen i tysk ret mellem erklæringsvildfarelse og motivvildfarelse kunne imidlertid - foruden at den undertiden er ret vanskelig at drage i praksis - virke meget uhensigtsmæssigt, om den blev håndhævet strikt. Særdeles illustrerende er *Brox'* eksempel om den tilbudsgivende: Slår han forkert på *skrivemaskinens* taster, når han renskriver sit tilbud, foreligger der en erklæringsvildfarelse, der er relevant for tilbudets gyldighed; men slår han lige forinden under udregningen forkert på *regnemaskinens* taster, skulle der, når han senere har udfærdiget selve tilbudsskrivelsen i nøje overensstemmelse med den forkerte ud-

---

6) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 83.

7) Jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 328.

8) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts II, 2. Aufl., 1975, p. 493.

9) Jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 329.

regning, alene foreligge en irrelevant motivvildfarelse.[10] En sådan formalisme kan dog som nævnt kun trives i tysk teori - ikke i praktisk tysk retsliv. Problematikken omkring motivvildfarelserne ses senest nybehandlet af *Wieser*, der vil tillægge den "interne Kalkulationsirrtum" relevans, når modparten kendte den rigtige pris eller mærkede, at den anførte pris "nicht stimmen konnte". I disse tilfælde, samt hvor modparten har *delt* vildfarelsen med løftegiveren, vil *Wieser* anvende BGB § 119, stk. 1 analogt; men han vil i udtrykkelig opposition til *Flume* ikke anerkende, at "die blosse Erkennbarkeit" skulle række.[11]

1.2.2. Et til forudsætningslærens væsentlighedskrav svarende kriterium ligger i kravet om, at vildfarelsen skal have været *"ursächlich"*.[12] Men heri ligger *to* forskellige ting, nemlig at vildfarelsen "subjektiv und objektiv erheblich war". Det første er et rent subjektivt eller individuelt væsentlighedskrav, men i det næste ligger tillige et krav om, at løfteafgivelsen med kendskab til de rigtige forhold heller ikke ville være sket efter en "verständiger Würdigung" af en "verständigen Menschen".[13] I dette objektiverede væsentlighedskrav ligger foruden en bortcensurering af visse individuelle forudsætninger også i realiteten et kendelighedskrav - men et kendelighedskrav gående på hele aftalesituationen og ikke blot på den objektive erklæring.[14]

---

10) Jfr. *Brox*: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, p. 64.

11) Jfr. *Wieser* i NJW 1972, p. 708 ff., 710, 711. (Emnet for *Goltz'* bog fra 1973 er "der Inhaltsirrtum", og han kommer kun ind på motivvildfarelsen som et afgrænsningsproblem).

12) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 84.

13) Jfr. *Larens*: Allgemeiner Teil, p. 326 f.

14) Sml. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 334.

1.2.3. Den væsentligste begrænsning i forhold til en almindelig forudsætningslære ligger efter BGB § 119 i, hvad vi ville kalde *relevansen*, der nemlig legalt indskrænkes til *visse former* for vildfarelse. Også denne begrænsning er imidlertid lempeligere, end hvad fremgår af en strikt ordfortolkning.

Ifølge BGB § 119, stk. 2 *behandles som*[15] erklæringsvildfarelser eller "Irrtums über den Inhalt" også vildfarelser om "solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden". Dette egenskabsbegreb er udviklet af det romerske Error in substantia, og endnu *Savigny* ville som relevante "Eigenschaftsirrtums" kun anerkende mangler ved salgsgenstanden af en sådan væsentlighed, at genstanden efter den almindelige anskuelse i samhandlen overhovedet ikke længere kunne rummes under den anvendte betegnelse.[16] "Der blosse Irrtum über Eigenschaften" var derfor i reglen "unwesentlich", og uden indflydelse på kontraktens gælden var naturligvis i endnu

---

15) Vildfarelser om *egenskaber* ved "Person" eller "Sache" rubriceres noget formalistisk hos *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 84, ikke som (irrelevant) motivvildfarelse, fordi parterne "selbstverständlich" går ud fra, at væsentlige sådanne egenskaber "mindestens stillschweigend Inhalt der Erklärung sein sollen". *Larenz* anfører mere nøgternt (omend misbilligende) "der Eigenschaftsirrtum" som en *undtagelse* fra reglen om, at motivvildfarelser er uden aftaleretlig betydning, jfr. Allgemeiner Teil, p. 332. Selv om en sådan "Eigenschaftsirrtum" udtrykkeligt er legalt ligestillet med erklæringsvildfarelsen, og sondringen således ikke har større praktisk interesse, har tysk teori ivrigt diskuteret denne vildfarelses "phänomenologischen Struktur", jfr. henvisningerne hos *Larenz* l.c. i noten, og hertil også *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 185 ff. *Flume*: Allgemeiner Teil II, p. 476 ff., kan heller ikke lide at kalde egenskabsvildfarelserne for motivvildfarelser; også hans begrebsdistinktioner forekommer imidlertid spekulative.

16) Jfr. *Savigny*: System des heutigen Römischen Rechts III, 1840, p. 276 ff., 283. Se ovenfor kapitel 1, pkt. 4.

højere grad "der Irrtum in den Beweggrund".[17] Forarbejderne til BGB er usikre i begrebsbestemmelsen og henviser til den "moderne Rechtsentwickelung",[18] hvilket er alt andet end entydigt.[19] Endnu efter BGB's vedtagelse forfægtedes (ud fra BGB § 119, stk. 2) en tid *Savignys* substantialære.[20] Man må imidlertid sige, at BGB § 119, stk. 2 trods sin romanistiske dødvægt faktisk har vist sig at være mere bevægelig, end man måske kunne have forventet. Til egenskaber som "im Verkehr als wesentlich angesehen werden", henregnes nu ikke blot fysiske egenskaber eller karakteristika, men også faktiske og retlige forhold, der kan påvirke "die Brauchbarkeit und den Wert der Sache".[21] Dog er "der Wert als solcher keine Eigenschaft".[22]

Det vil ses, at BGB § 119, stk. 1 suppleret med en stiltiende kontraktskonstruktion eller en passivitetssanktion kan hjemle hensyntagen til individuelle forudsætninger i et vist omfang, ligesom BGB § 119, stk. 2 som udviklet i praksis i endnu videre omfang hjemler hensyntagen til blotte forudsætninger, idet der opereres med et relativt vidt egenskabsbegreb, der kan udstrækkes til at omfatte alle retlige og faktiske forhold af betydning for aftalens værdi og generelle anvendelighed. Det fremgår, at distinktionen mellem på

---

17) Jfr. *Savigny*: System III, f.eks. p. 305, jfr. p. 304.

18) Jfr. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB I, p. 239.

19) Sml. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 473.

20) Jfr. henvisningerne hos *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 474 note 10.

21) Hertil *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 84; *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 331 ff., 335 ff. *Flume* medtager også under "Eigenschaftsirrtums" deciderede motivvildfarelser, men nægter blot at betegne dem som sådanne. Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 495 ff. Sml. også p. 477 f. om "geschäftlichen Eigenschaftsirrtum". Sml. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage, p. 190 ff.

22) En væsentlig værdiforringelse kan imidlertid i sig selv indvirke på den kontraktsmæssige forpligtelse efter læren om "subjektive Geschäftsgrundlage", jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 344, og hér nedenfor.

den ene side vildfarelser vedrørende egenskaber hos person eller kontraktsgenstand og på den anden side motivvildfarelser i realiteten sker efter, hvad der svarer til forudsætningslærens relevanskriterium, og at denne *begrebssondring* i tysk ret hovedsageligt opfylder den samme funktion, d.v.s. tilfredsstiller det samme behov for et rimelighedsskøn, som forudsætningslærens *relevansprøvelse*.[23)]

1.3. Er der simpelthen tale om en *misforståelse* eller en såkaldt *skjult dissens* er BGB § 119 ikke anvendelig. I stedet bestemmer BGB § 155, at det i kontrakten nedfældede her skal gælde, *når* den manglende reelle enighed angår et enkelt *uvæsentligt* punkt, som ikke i sig selv har været afgørende for den fejltagne parts hele vilje til konkret at kontrahere.[24)] *Åben* dissens eller "Einigungsmangel" vedrørende et vigtigt punkt bevirker, at kontrakten ikke er vedtaget, jfr. BGB § 154.

---

23) Se samme opfattelse hos *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 331.

24) Jfr. *Palandt* i Bürgerliches Gesetsbuch, p. 135 jfr. 134; *Larens*: Allgemeiner Teil, p. 464 ff.

2. *Fælles vildfarelser og die Geschäftsgrundlage.*

2.1. Foreligger der *samme* vildfarelse hos *begge* parter ("gemeinschaftliche Irrtum" eller "beideseitige Irrtum"), er der f.s.v. ikke tale om nogen "Einigungsmangel", og aftalens gyldighed kan ikke anfægtes ud fra manglende konsens. Denne form for vildfarelse skulle endvidere efter en kategorisering som motivvildfarelse ikke kunne påberåbes af nogen af parterne - og det samme skulle gælde fælles fejltagelser om fremtidige forhold.

Med formel hjemmel i BGB § 242's (og § 157's) krav om opfyldelse i overensstemmelse med "Treu und Glauben" er man imidlertid ud fra en lære om "subjektive und objektive *Geschäftsgrundlage*" nået frem til en hensyntagen også til "Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage".[1] Efter denne lære kan ej heller motivvildfarelser eller bristende forudsætninger udelukkes fra at få betydning for kontraktens gyldighed eller nærmere indhold.

Begrebet "die Geschäftsgrundlage" blev succesfuldt introduceret af *Oertmann* i hans bog af samme navn fra 1921. Hverken læren om *clausula rebus sic stantibus* eller den af *Windscheid* opstillede *forudsætningslære* havde formået at blive accepteret som almindeligt retsprincip i begyndelsen af dette århundredes Tyskland. Den derfor absolut praktisk påkrævede lære, som *Oertmann* i mellemkrigstidens økonomiske ragnarok fremlagde for at afbøde de værste urimeligheder, der ellers ville blive følgen af at fastholde folk på kontrakter trods stærkt ændrede forhold bevirket af krig, revolution og pengeforringelse, var dog givetvis påvirket af de nævnte løsningsmodeller. Især var *Oertmanns* "*subjektive* Formel" helt klart stærkt inspireret af *Windscheid* og direkte

---

1) Jfr. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 202 f., 205 f.; *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfullung, 3. Aufl. 1963, hele bogen, *samme*: Lehrbuch des Schuldrechts I, 11. Aufl. 1976, p. 115 f., jfr. p. 262 ff., og *samme*: Allgemeiner Teil, p. 343 ff.

tilknyttet dennes "Voraussetzungsbegriff".[2] Risikofordelingen efter "die *objektive* Geschäftsgrundlage", som senere udviklet af *Larenz* (se straks nedenfor), kan imidlertid med føje opfattes som en videreudvikling af clausula-læren (selv om denne historisk også indeholdt subjektive elementer).

"Die Geschäftsgrundlage" er ifølge *Oertmann* "Vorstellungen", som den ene part lægger for dagen ved kontraktsindgåelsen, og som den anden part ikke gør indvendinger imod trods kendskab til deres betydning, eller fælles forestillinger, som begge parter går ud fra "vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände", dersom parternes "Geschäftswille" bygger herpå.[3]

Hvorledes *Oertmanns* lære om "die Geschäftsgrundlage" skal forstås, eller i hvilket omfang den skal lægges til grund i dag, er der dog stor uenighed om i tysk teori.

I opposition til det viljesteoretiske, psykologiske udgangspunkt hos *Oertmann* såvel som hos *Windscheid* har først og fremmest *Krückmann* søgt at objektivere kriterierne.[4] *Krückmann* opretholder ganske vist næsten ordret *Windscheids*

---

2) Jfr. herved især *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 5 ff.

3) Jfr. *Oertmann*: Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, 1921, p. 37. Sml. *Windscheids* altomfattende forudsætningsbegreb, f.eks. *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts I, 5. Aufl. 1879, p. 284: "Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann wie der Bedingung, ein thatsächlicher oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger sein".

4) Jfr. *Krückmann* i AcP, bd. 116, 1918, p. 157 ff.; *samme* i AcP, bd. 128, 1928, p. 157 ff.; og *samme* i AcP, bd. 131, 1929, p. 1 ff. I samme åndedrag plejer man at nævne *Kaufmann* og *Locher*, som jeg dog ikke skal komme nærmere ind på her. Det var imidlertid *Kaufmann*, der med sin bog: Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911, gav clausula-læren en vis renaissance efter Den historiske Skoles forkastelse heraf, og som dermed åbnede døren for en mere objektiv og pragmatisk bedømmelse af risikoen for ændrede forhold i nyere tysk ret.

forudsætningsbegreb;[5] men dette hægter han på "Treu und Glauben"-begrebet, således at det endvidere ud fra denne *standard* skulle afgøres, om man burde kunne gøre forudsætningen gældende.[6] Herved bliver læren i bevidst opposition til *Windscheids* forudsætningslære *reelt objektiv*. *Krückmanns* lære minder i sine kriterier faktisk meget om *Ussings* forudsætningslære med dennes objektive relevansbegreb.

Flume undsiger læren om "die Geschäftsgrundlage" som værende helt og aldeles overflødig og samtidig omfatte alt for forskelligartede tilfælde under dens "enhedsløsning". I stedet opstiller han en række tilfældegrupper med forskellige løsningskriterier. *Flume* vil kun søge løsningen *i kontrakten* - ikke i et *under* kontrakten liggende "Geschäftsgrundlage".[7] Da forholdet er det, at virkeligheden ikke svarer til kontraktens indhold, drejer det sig simpelthen om at give svar på følgende spørgsmål: "Wer trägt das Risiko der Wirklichkeit?" Dette svar kan vel ikke findes i selve kontraktens bestemmelser, men det kan findes "in Hinsicht auf den Vertrag als naturale negotii" på samme måde som retsvidenskabens opgave altid har været stillet i henseende til naturale negotii.[8]

Fikentscher vender sig mod sondringen mellem subjektive og objektive "Geschäftsgrundlage". Der er slet ikke på noget tidspunkt tale om fordeling af risiko ud fra kontrakten, siger han. Der er generelt tale om tilfælde, "in denen das *objektive* Recht den *Risikorahmen* einer Partei für überzogen hält" (min udhævning). Der er i det hele tale om en alminde-

---

5) Jfr. *Krückmann* i AcP, bd. 131, 1929, p. 2, 6 f. ("immanente selbstbeschränkung"), smh. m. *Windscheid*: Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, p. 1 ("selbstbeschränkung des Willens").

6) Jfr. *Krückmann* i AcP, bd. 131, 1929, p. 13.

7) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 501 ff.; især sammenfatningen p. 526 f.

8) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 500.

lig "Unzumutbarkeitslehre".[9]

Lige som i dansk teori *Fr. Vinding Kruse* forsøgte at bygge bro mellem den subjektive og objektive lære, jfr. kapitel 2, pkt. 5, introduceres også en "Vereinigungsformel" i tysk teori af *Lehmann*.[10] Som nævnt er den tyske retsvidenskabs produktivitet omkring emnet nærmest enorm, og der er lanceret talrige andre teorier omfattende snart sagt alle mellemstandpunkter, som der ikke her skal gås nærmere ind på.

2.2. Den herskende lære om "die Geschäftsgrundlage", der efter domsformuleringerne synes at have klar støtte i retspraksis, og for hvilken vel *Larenz*[11] er den fremmeste eksponent, sondrer dog klart mellem "subjektive" og "objektive" kontraktsgrundlag.[12] Denne lære er f.s.v. også et forsøg på en mellemløsning mellem den subjektive (*Oertmann*) og den objektive (*Krückmann, Locher*) teori, idet disse teorier ifølge *Larenz* i og for sig er rigtige begge to, men blot tager sigte på forskellige forhold.[13] "Die subjektive Geschäftsgrundlage",[14] der hos *Larenz* klart bygger videre på *Oertmanns* (og *Windscheids*) lære, dækker herefter over faktiske forestillinger, der bevidst er lagt til grund for kontraheringsbeslutningen, medens "die objektive Geschäftsgrundlage",[15] der bygger videre på clausulalæren (og *Krückmann*), herefter dækker over, hvad *Ussing* ville have kaldt "ubevidste" forud-

---

9) Jfr. *Fikentscher*: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971, p. 35 jfr. p. 11, 35 ff., p. 47. Se i det hele endvidere *samme*: Schuldrecht, 6. Aufl. 1976, p. 110 ff., 113 ff.

10) Jfr. *Lehmann*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, 16. Aufl. 1966 ved *Hübner*, p. 292.

11) Mest udførligt *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Måske mere overskueligt i de nedennævnte lærebøger.

12) Se kort om sondringen *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts I, p. 115 f.

13) Jfr. *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 18; *samme* i NjW 1952, p. 361 f.

14) Herom *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 343 ff.; *samme*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 20 ff., 184; *samme* i NjW 1952, p. 361 f.

15) Herom *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts I, p. 262 ff.; *samme*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 52 ff., 185; *samme* i NjW 1952, p.361.

sætninger,[16] d.v.s. omstændigheder parterne ikke forinden har gjort til genstand for udtrykkelige overvejelser, men som nødvendigvis efter hele kontraktens *mening* må tillægges vægt. Det første dækker (gensidige) Motivvildfarelser om såvel "das Vorhandensein" som "die künftige Entwicklung" (se ad det sidste f.eks. NJW 1967.721 BGH). Det sidste dækker følgerne af, at en "nachträglichen Veränderung" iøvrigt måtte bevirke "Äquivalenzstörung" eller "Zweckvereitelung".

2.3. Den teoretiske udvikling af "die subjektive Geschäftsgrundlage" forløb ikke mindre subjektivt (eller spekulativt) med årene, selv om denne del af læren i sine formelle kriterier blev strammet. *Oertmanns* lære var som nævnt en videre udvikling af *Windscheids* forudsætningslære. For at modgå *Lenels* kritik af den praktiske usikkerhed ved denne lære (som berørt ovenfor) modificerede *Oertmann* imidlertid *Windscheids* psykologiske "Willenstheorie" derhen, at forudsætningen ikke alene skulle være kendelig for den anden part, men at denne *faktisk* skulle kende forudsætningen og væsentligheden heraf, selv om der kunne anerkendes "stillschweigend" tilslutning dertil. Den grundlæggende forskel mellem *Windscheids* og *Oertmanns* lære er altså, at *Windscheids* forudsætningsbegreb dækker "Grundlage oder Bestandteil der einzelnen Erklärung, nicht des gesamten beiderseitigen Geschäftsaktes", medens *Oertmann* modsat henholder sig "nicht auf die einzelne Erklärung, sondern auf das Geschäft als Ganzes".[17] *Larenz* anfører

---

16) Begrebet "Unbewusste Vorstellungen" er heller ikke ukendt i tyske domsbegrundelser, jfr. herom f.eks. *Lange og Kuchinke*: Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl. 1978, p. 519.

17) Jfr. *Oertmann*: Die Geschäftsgrundlage, p. 29, 31. Se hertil *Larenz*: Geschäftsgrundlag und Vertragserfüllung, p. 7. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 218, mener dog ikke, at der heri ligger nogen *reel* forskel: "Die Lehre der Geschäftsgrundlage bleibt letzlich genauso unbestimmt wie die Voraussetzungslehre von *Windscheid*, da sie wie diese ausschliesslich auf psykologische Vorstellungen abstellt".

at *Oertmanns* begrebsbestemmelse af "die subjektive Geschäftsgrundlage" (sml. også ovenfor note 3) rækker *ud over* tilfældene af "Beiderseitigen Motivirrtums",[18] og han vil ikke lade sig "nøje" med *Oertmanns* kriterier. Det er ifølge *Larenz* ikke tilstrækkeligt, at den *ene* part går ud fra en væsentlig forestilling eller forventning, og at den anden part har erkendt dette. Det må kræves, at den pågældende forestilling foruden at være kendt af den anden part "auch für seinen Willensentschluss - wenigstens, wenn wir redliche Denkweise unterstellen - von bestimmender Bedeutung war".[19] Kun i så fald foreligger der en "Beiderseitige" eller "gemeinsame" vildfarelse, og kun i så fald finder *Larenz* det stridende mod "Treu und Glauben" at fastholde aftalen. Som *Goltz* i forholdet *Windscheid-Oertmann* har gjort det (ovenfor note 17), kan man også i forholdet *Oertmann-Larenz* betvivle, om der er nogen reel praktisk forskel: Det drejer sig stadig om ukonstatérbare psykologiske overvejelser, og nu er de endda censureret og underlagt "redliche Denkweise". Den frihed disse kriterier *reelt* hjemler, er næppe indskrænket. Muligheden for at gribe ind i en aftale ud fra læren om "die subjektive Geschäftsgrundlage" eller BGB § 242 skal endvidere ses i sammenhæng med den ekspansion, der er sket i området for den *ensidige* vildfarelses relevans efter BGB § 119's egenskabsbegreb. Til sammen vil disse to regler opfylde ethvert behov for hensyntagen til individuelle forudsætninger - være sig "forestillinger" eller "forventninger". Praksis synes heller ikke at give basis for nogen funktionel sondring mellem BGB § 119, stk. 2 og 242. Reglerne synes undertiden anvendt i flæng på ligeartede tilfælde uden afgrænsning af, hvornår løsningen skal findes i den ene eller den anden regel.[20]

---

18) Jfr. *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 9.

19) Jfr. *Larenz* i NJW 1952, p. 362. Hertil endvidere *samme*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 20 ff., 51; *samme*: Allgemeiner Teil, p. 343 ff.

20) Sml. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 470.

2.4. Ofte vil man slet ikke være sig de ting bevidst, der betinger aftalens opfyldelse efter sit formål, og her er der ifølge *Larenz'* lære ikke tale om "subjektive", men om "objektive" kontraktsgrundlag.[21] Her er man i realiteten nået frem til en supplerende begrænsning på rent objektivt grundlag af en løftegivers risiko for uforudsete omstændigheder af betydning for kontraktsforholdet. De relevante omstændigheder er først og fremmest sådanne, som fører til, at kontrakten mister sin "egnethed" som middel til at nå det af begge parter accepterede "Vertragszweck", samt sådanne som bevirker, at kontrakten p.g.a. "Äquivalenzstörung" mister sin karakter af *gensidighed*.[22] Det sidste er det mest interessante, og hertil kræves ifølge *Larenz*, *at* forholdet ikke er forudset, *at* man ej heller normalt behøver at regne med et sådant forhold, og *at* de nu aktuelle omstændigheder vil føre til en "grobes Missverhältnis" mellem de gensidige forpligtelser.[23]

2.5. Wieacker[24] har - men i tæt og udtrykkelig tilknytning til *Larenz*[25] - søgt at afmystificere Geschäftsgrundlage-begrebet og fuldende dets tvedeling. *Wieacker* søger at "befri" *Larenz'* subjektive løsning fra den sidste del af *Oertmanns* enhedsformel omfattende såvel forestillinger om bestående forhold som forventninger til fremtiden ("des Seins *oder* Eintritts"), idet der hævdes at være tale om to principielt forskellige og adskilte problemstillinger.[26] Ifølge

---

21) Jfr. *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts I, p. 264 f.; *samme*: Allgemeiner Teil, p. 347. Grænsedragningen er imidlertid ikke uden problemer.

22) Se f.eks. *Larenz* i NJW 1952, p. 361.

23) Jfr. *Larenz*: Lehrbuch des Schuldrecht I, p. 265.

24) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, 1965, p. 229-255.

25) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 240, 241.

26) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 241 ff.

Wieacker er det netop *Larenz* fortjeneste, at have gjort det af med "dem *Oertmannschen* Phantom", ved ikke under "die subjektive Geschäftsgrundlage" at have medtaget "die blosse Nichterwartung einer künftige Änderung der Verhältnisse".[27] *Wieacker* vil imidlertid gå videre og indskrænke "die *subjektive* Geschäftsgrundlage" til kun at omfatte den "gemeinsamen Motivirrtum" om de ved kontraktsafslutningen *bestående* forhold, medens omvendt den "objektive" formel kun skal omfatte *efterfølgende* omstændigheder.[28] *Wieacker* vil altså skarpt opspalte Geschäftsgrundlage-begrebet og sondre mellem på den ene side misforståelser og vildfarelser hos begge parter om bestående forhold og på den anden side forstyrrelse af "der Lebensplanung" for én af parterne ved nye, uventede forhold.[29] Denne sondring opfatter *Wieacker* selv som et modstykke til den engelske sondring mellem begreberne "mistake" og "frustration".[30] Forskellen mellem tysk og engelsk vildfarelseslære er dog nok alt for forskellig til, at en analogisering fra engelsk ret på nogen måde kan være frugtbar, og det er i det hele taget vanskeligt at se, hvad tysk ret på dette punkt mener at kunne lære af engelsk ret.

Wieackers skarpe opsplitning er imidlertid ud fra en rent praktisk betragtning uheldig. Det er givet, at en bedømmelse af efterfølgende omstændigheders betydning for kontrakten ikke totalt kan løsrives fra parternes subjektive forhold og forventning. Selv om tendensen i retspraksis som nedenfor nævnt går i retning af en friere billighedsvurdering, vil der uundgåeligt heri ligge også et subjektivt og/eller normativt

---

27) *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 239, jfr. *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 184, jfr. p. 51.

28) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 242 f.

29) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 254.

30) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 255. Sml. om engelsk ret nedenfor afsnit D.

moment. Dette er af væsentlig betydning for, at *Fikentscher* må afvise læren,[31] og at denne - selv om den måske giver større teoretisk stringens - er mere inadækvat og *praktisk* uhåndterlig end *Larenz'* overlappende kriterier. *Wieacker* er selv opmærksom på indvendingen om det umulige i en ren "objektiv" risikofordeling ved ændrede forhold, men søger noget formalistisk at tage højde for den ved at anføre, at i dét omfang løsningen kan findes i parternes vilje (ellers relevante kontraktsadfærd), vil allerede *fortolkningsreglerne* give løsningen, hvorfor der slet ikke vil opstå noget problem om "Geschäftsgrundlage".[32] Dette virker ikke overbevisende, og sondringen mellem konkret fortolkning og "objektiv" (retlig) aftaleregulering kan givetvis ikke opretholdes i praksis; sml. om dansk praksis i kapitel 5.[33] Selv de nyere *objektive* teorier *(Fikentscher, Flume, Goltz)*, der på forskellig måde undsiger kategorien "subjektive Geschäftsgrundlage" og ethvert forsøg på psykologisk-hypotetisk aftaleudfindelse, kan ikke afsværge et normativt moment i deres *retlige* risikofordeling.

2.6. Den nyeste større monografi om emnet er skrevet af *Goltz*. *Goltz* er et meget langt stykke enig med *Flume* og *Fikentscher* i en objektiveret løsningsmodel,[34] og han kan - også med støtte fra *Wieackers* artikel i Wilburg-Festskriftet - hente god støtte herfor fra retspraksis. *Goltz* mener, at visse tilfældegrupper kan løses direkte efter legale forskrifter, men at man *iøvrigt* må falde tilbage på *en ren billighedsafvejelse*, der kan føre til *en retfærdig interessetil-*

---

31) Jfr. *Fikentscher*: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, p. 11.

32) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 245.

33) Se da også *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 166.

34) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 230 ff., 236 ff., 261, 263, 268.

pasning.[35] De tidligere teoretiske afklaringsforsøg har ifølge *Goltz* altid (med enkelte undtagelser som først og fremmest *Flume*) taget deres tilflugt til "immer neuen Allgemeinbegriffe", hvorved de har "das Problem umformulieren, ohne es einer Lösung zuzuführen".[36] *Goltz* vil i stedet for at introducere et nyt slagord tage udgangspunkt i den interesseafvejning eller "rechtlichen Relevanz", som han finder udtrykt i loven, og herudfra ved en "auslegende Betrachtung" af kontrakten og især "der ihn begleitenden Umstände" nå frem til en objektiv løsning af forholdet mellem "vertraglicher Abrede und Wirklichkeit" i forskellige tilfældegrupper.[37] *Goltz* vil altså gå efter "die billige Lösung"; men medens han for tilfældene af "gemeinsamen Motivirrtums" finder hjemlen hertil i *kontrakten selv* i forbindelse med de regulerende normer,[38] mener han, at tilfældene af "Wegfall der Geschäftsgrundlage" bør erkendes som et særligt problem af "ethisch-moralischen Charakter". Her er ikke tale om aftalefortolkning med en direkte anvendelse af "Treu und Glauben"-normen - billighedsgrundsætningen er her "kein "Lückenbüsser", sondern Teil des Gesetzes selbst".[39] *Goltz* er dog på det rene med, at *Oertmanns* og *Larenz'* terminologi har sat sig så stærkt igennem, at den næppe kan fortrænges, hvilket *Goltz* imidlertid også finder til at leve med, når blot man gør sig den retlige betydning af begrebernes anvendelse klar. Dog ville begrebet

---

35) *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 236.

36) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 261 f.

37) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 262 jfr. p. 230 ff.
At opfatte problematikken som "eine solche der Verhältnisses von Schuldvertrag und Wirklichkeit" er netop *Flumes* ide, jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 474 ff., 497 ff.

38) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 271.

39) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 263 ff., 270.

"Unzumutbarkeit" være mere træffende.[40)]

2.7. Larenz fremhæver imidlertid også eksistensen af en i hans subjektive formel integreret *billighedsbedømmelse*, hvilket *Goltz* også er opmærksom på.[41)] *Larenz* nævner, at en forestilling eller forventning for at kunne tillægges betydning må have været bestemmende efter en hypotetisk bedømmelse, hvilken omstændighed nok har et subjektivt udgangspunkt, men dog skal udfindes "bei Unterstellung redlicher Denkweise".[42)] Andetsteds taler *Larenz* som kriterium om den "normale Vertragsrisiko".[43)] I realiteten er det vel derfor et spørgsmål, om *Larenz'* kriterier for en prætenderet subjektiv løsningsformel er praktisk forskellige fra *Krückmanns* såkaldte objektive formel eller fra *Ussings* "objektive" forudsætningslære. At *Ussing* i overensstemmelse med *Lassen* og *Windscheid* tager udgangspunkt i *den enkeltes forudsætning* (med "subjektiv" inddragelse af den anden part via kendelighedskriteriet), medens *Larenz* tager udgangspunkt i *begge parters forestillinger*, er som antydet næppe en reel forskel.[44)]

---

40) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 270 f.

41) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 228.

42) Jfr. *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 51, sml. *samme*: Allgemeiner Teil, p. 345.

43) Jfr. *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 89.

44) Sml. ovenfor pkt. 2.3. samt nedenfor afsnit E, ved note 6-8.
Formuleringen har måske rod i det romanistiske overenskomstprincip, som tysk ret ellers har forladt, jfr. BGB § 145, jfr. § 130. Jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 367 f., 372, 458 f., samt her ovenfor i kapitel 3, afsnit B, pkt. 1.2.
Tysk ret opererer dog stadig med, hvad der i en vis forstand godt kan kaldes en overenskomstteori. Selv om der gælder snævre regler for et tilbuds tilbagekaldelse, læres stadig, at "Das Angebot für sich allein ist nichts anderes als ein Vorschlag", som kræver accept for at kunne indstifte den tilsigtede ret, jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 454 f., jfr. p. 458. Modsat anser dansk ret traditionelt tilbuddet for at skabe den tilsagte ret for modtageren, blot således at retten efter en tid bortfalder, hvis der ikke indløber rettidig accept, jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 44. Denne forskellighed er mest en strid om ord, jfr. *Ussing*: Aftaler, p. 93 ff., men illustrerer samtidig hvorledes

Larenz vil også stille den fælles fejltagelse eller skuffelse lige med det tilfælde, at kun den *ene* part har ladet sig lede af en fejlagtig antagelse, når den *anden* part om end uforskyldt har foranlediget denne fejltagelse med kendskab til *betydningen* for den første parts beslutning af den omstændighed, som antagelsen angår.[45] Endvidere opnås også de facto i tysk retspraksis under Geschäftsgrundlage-terminologien, men ud fra en *objektiv risikoafvejning*, en vis hensyntagen ikke alene til den enkeltes antagelige forventninger, men til hans generelle formueforhold og *sociale interesser* i bred forstand.[46]

2.8. At læren reelt rummer sådanne "sozialstaatliche Tendenzen" i form af et almindeligt princip om "Lastenausgleich" kan vel egentlig ikke forbavse i betragtning af lærens historiske fremkomst lige efter første verdenskrig og dens totale sejr lige efter anden verdenskrig, hvor dens udprægede mission var at udbedre eller i hvert fald udjævne den "sozialer Nachkriegsnot".[47] Der ses undertiden en helt ensidig subjektiv domsbegrundelse, men næppe hvor det derved opnåede resultat ikke samtidig i det enkelte tilfælde forekommer *billigt*. Tendensen går i praksis mod rene billighedsløsninger, selv om man ved domsbegrundelserne griber til "wenig überzeugende Hilfkonstruktionen"[48] og formelt eller verbalt tager udgangspunkt i Geschäftsgrundlage-begrebet. Selv *Goltz* må dog medgive, at denne billighedsbedømmelse ikke er et frit skøn, men også rummer normative momenter så som, at de for et retligt indgreb relevante forandringer principielt ikke må være for-

---

traditionen og en forskellig doktrinhistorisk udvikling producerer *tilsyneladende* forskelle.

45) Jfr. *Larenz*: Allgemeiner Teil, p. 347.
Sml. dansk ret i kapitel 3, afsnit A, pkt. 2.

46) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 229 ff.

47) Jfr. *Wieacker* i Festschrift Walter Wilburg, p. 231 f.

48) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 229 f., 232 f., 259 ff., 267 f.

udselige.[49)]

2.9. Medens *retsfølgen* af den ensidige vildfarelse efter BGB § 119 kun kan blive tilsidesættelsen af *hele* aftalen, giver Geschäftsgrundlage-konstruktionen meget større variationsmuligheder. Retsfølgen er her "Anpassung" til de forandrede omstændigheder.[50)] I spørgsmålet om, *hvorledes* denne tilpasning af aftalen skal gribes an, deler teorien sig igen i en subjektiv-hypotetisk og en objektiv-retlig lære. Således mener f.eks. *Larenz*, at dommeren ved en "korrigierenden Vertragsauslegung" skal søge at udfinde de retsfølger, "die redlich denkende Parteien verständigerweise vereinbart hätten, wenn sie die jetzt eingetretene Lage berücksichtigt hätten".[51)] I udtrykkelig opposition skriver derimod f.eks. *Flume*: "Es geht bei der rechtlichen Wertung nicht um die redlich denkende Partei und was diese getan hätte, sondern darum, wie hic et nunc und nicht unter dem Gesichtspunkt eines virtuellen, normativen tunc in die Regelung des von den Parteien geschlossenen Vertrages entgegen der unrichtigen Bezugnahme des Vertrages auf die Wirklichkeit diese durch rechtliche Wertung einzuordnen ist".[52)] *Larenz'* henvisning til den hypotetiske vilje hos *redeligt tænkende* parter er da ifølge *Flume* reelt heller ikke andet end en omskrivning af en *retlig* løsning. *Flume* anfægter inddragelsen af en "hypotetisk" partsvilje, men under indtryk af den netop anførte redelighedsbegrænsning heraf skal der hos *Larenz* formentlig ikke lægges andet deri, end at løsningen må søges i forholdene omkring kontraktsind-

---

49) Jfr. *Goltz*: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 268 f.

50) F.eks. *Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, p. 204.

51) Jfr. *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 170, sml. *samme*: Lehrbuch des Schuldrechts I, p. 268; og *samme*: Allgemeiner Teil, p. 345; samt lige nedenfor pkt. 3.1.

52) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 500.

holdet *hic et nunc*, hvortil der netop ikke kan siges at referere sig nogen *real* partsvilje - altså i virkeligheden overensstemmende med *Flume*.[53)]

Larenz' formulering går i retning af reglen i BGB § 119, der fastlægger ugyldighedsprøvelsens væsentlighedskrav ud fra såvel en ren subjektiv som en mere objektiveret "verständiger" vurdering,[54)] men *Flumes* indvendinger må nok ses som et forsøg på også terminologisk at komme bort fra det spekulative præg, der vel nok ellers har været et karakteristikon ved den stærkt romanistisk infiltrerede tyske retsvidenskab, for i stedet at nærme sig den mere praktiske indstilling, der reelt synes at præge retsafgørelserne.

---

53) Se herved også *Medicus* i Festschrift für Werner Flume, 1978, p. 646.

54) Jfr. her ovenfor pkt. 1.2.2. ved note 13.

3. Fortolkningsteorien.

3.1. Udredningen i det foregående er gået ud på at illustrere, hvorledes forudsætnings- og friere billighedssynspunkter skjuler sig i Geschäftsgrundlage-læren. Som det er set på den hjemlige front,[1] har imidlertid også i tysk ret og retsteori *kontraktsfortolkningen* været inddraget i denne problemkreds både som hjælpemiddel for læren om Geschäftsgrundlage og i direkte opposition hertil.

Brox[2] ser inspireret af *Schmidt-Rimpler*[3] problemet om et svigtende "Geschäftsgrundlage" som en "Lückenausfüllung" og mener, at det primært må løses efter den hypotetiske partsvilje, d.v.s. kontrakten må *fortolkes* overensstemmende med, hvad parterne ville være blevet enige om, hvis de havde taget de rigtige forhold i betragtning.

I modsætning hertil mener *Fikentscher*,[4] at fortolkning alene kan fortælle, om en relevant "Grundlagestörung" foreligger, d.v.s. om virkeligheden svarer til den, kontrakten tilsigter at regulere, men at kontrakten derefter *netop ikke* kan give en løsning, når det er konstateret, at den retter sig mod en anden virkelighed end den foreliggende. Imod udfindelsen af en hypotetisk partsvilje også *Beuthien*,[5] der i en situation, som kontrakten ikke direkte tager højde for, alene vil lade udfyldende lovregler være afgørende. Indeholder disse ingen passende reguleringsregel, foreligger en *"Gesetzes*lücke", som ikke kan lukkes gennem fortolkning af en

---

1) Sml. her ovenfor kapitel 2, pkt. 6 ff.

2) Jfr. *Brox*: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, p. 185.

3) Jfr. *Schmidt-Rimpler* i Festschrift für Hans Carl Nipperday, 1955, p. 29.

4) Jfr. *Fikentscher*: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971, p. 34 med note 102 og p. 41.
I samme retning fra nordisk teori *Anna Christensen* i TfR 1973, p. 504. Se også *Spleth* i U 1980 B, p. 94: "Man kan fortolke det, som er aftalt, ikke det, som ikke er aftalt". Sml. ovenfor kapitel 2, pkt. 8.4.

5) Jfr. *Beuthien*: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, p. 52 f.

"Einzel*vertrag*" (mine udhævninger).

Larenz, der vel mere end nogen anden har stået som *Oertmanns* arvtager og videreführer af Geschäftsgrundlage-teorien, har som tidligere antydet betjent sig af en "korrigierende Vertragsauslegung"[6] og synes egentlig at indtage en overlappende (udglattende) holdning, som er meget analog til den, der findes i dansk retspraksis.[7] Principielt mener *Larenz* dog at gå *ud over*, hvad der kan opnås ved fortolkning, netop fordi kontraktens indhold må *korrigeres* og ikke bare forklares eller fyldes ud.

Flume er imidlertid bange for, at kontrakten ikke længere vil blive taget alvorligt, hvis man ikke af al magt bestræber sig på at finde løsningen i kontrakten, og han vil derfor løse en stor del af de tilfælde, som sædvanligvis behandles i læren om Geschäftsgrundlage, gennem fortolkning af kontrakten.[8] Det er dog langt fra en ekstrem subjektiv fortolkningslære, *Flume* taler om, og han giver fortolkningsbegrebet et så vidt anvendelsesfelt, at der bl.a. under hensyn til "der Verkehrssitte" herunder kan rummes en egentlig *ændring* af kontrakten, hvorved den tilpasses de nye omstændigheder.[9] Selv *Flume* med sin løsningssøgen *i kontrakten* fremhæver også om forholdet mellem den "ergänzende" *fortolkning* og de dispositive *retsnormer*, at kontrakten må reguleres efter de deklaratoriske lovregler i det omfang, kontraktens karakteristika henfører den derunder. Kun i det omfang, kontrakten afviger fra de retligt regulerede typetilfælde, eller de deklaratoriske retsnormer ikke regulerer det aktuelle spørgsmål, opstår ifølge *Flume* overhovedet problemet om den "ergänzenden" fortolkning.[10]

---

6) Jfr. lige ovenfor pkt. 2.9. ved note 51 samt i kapitel 2, pkt. 10 ved note 11.

7) Jfr. her ovenfor i kapitel 5.

8) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 526 f.; smh. ovenfor pkt. 2.1. ved note 7.

9) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 327.

10) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 325 med note 83-84.

3.2. Hele denne diskussion om kontraktsfortolkningslæren contra Geschäftsgrundlage-læren bygger - i hvert fald i sin skarpe og uforsonlige form - på den antagelse, at der er en grundlæggende forskel mellem fortolkningsreglen i BGB § 157 og den friere billighedsregel i BGB § 242. Begge regler bygger imidlertid på såvel subjektive som objektive hensyn og kriterier om end nok med en forskel i tendens, og den påståede principielle forskellighed lader sig da heller ikke erkende i retspraksis.[11)]

Specielt til *Fikentscher*, der går imod at udstrække "das vertraglich Gerechte in den vertragsfreien Raum",[12)] må det indvendes, at en kontrakt ikke blot har et enkelt Geschäftsgrundlage, men at det ved "Grundlagestörung" ofte blot drejer sig om én omstændighed blandt flere af betydning for kontrakten, som man ikke forinden har fået tilstrækkeligt afklaret, og at ordningen i den resterende del af kontrakten ikke kan være ligegyldig for den nødvendige korrektion.[13)] Imod *Brox* må det omvendt indvendes, at en hypotetisk-subjektiv lære, hvis den forfægtes strikt, vil være i modstrid med BGB §§ 157's og 242's krav om hensyntagen til "die Verkehrssitte" og "Treu und Glauben". Til al tale om "Lückenausfüllung" - også hvor dette som hos *Beuthien*[14)] netop *ikke* antages at kunne ske gennem kontraktsfortolkning - må anføres, at der her ikke er tale om at udfylde et tomt hul i kontrakten, men snarere om at *udskifte et forkert* indhold, der efter omstændighederne i sig selv kan give et mere eller mindre bindende fingerpeg om, hvad det "rigtige" indhold så må være.

Såvel *Larenz'* som *Flumes* lære synes derimod praktisk brugbar og trods terminologiske forskelligheder ikke særlig

---

11) Jfr. *Medicus* i Festschrift Werner Flume, p. 634 f.

12) Jfr. *Fikentscher*: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, p. 34 note 102.

13) Jfr. *Medicus* i Festschrift Werner Flume, p. 636 f.

14) Jfr. *Beuthien*: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, p. 51 ff.

divergerende i realiteten.

Flumes dom over læren om Geschäftsgrundlage er imidlertid hård: "der Lehre von der Geschäftsgrundlage ... ist eine Versuchung für den Richter, an die stelle des Rechts und der durch das Recht bestimmten Risikoverteilung sein eigenes Billigkeitsdenken zu setzen".[15] Selv om Geschäftsgrundlagelæren lige som enhver anden begrundelse for indgriben i kontraktsforhold vil rumme et *normativt* element, er det dog forkert at frakende dens afgørelser ethvert retligt fundament, lige som der næppe heri ligger en afgørende forskel fra fortolkningen. Som *Fikentscher* udtrykker det, er "das Kernproblem" i Geschäftsgrundlage-læren "die Kontrolle des Gewollten durch das Gerechte".[16] Det hører også med til billedet, at *Flume* selv accepterer en billighedsafgørelse som ultima ratio.[17]

---

15) *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 526 f.
Man får her associationer til *Hedemanns* næsten enslydende indvending mod generalklausuler, jfr. ovenfor i kapitel 4, pkt. 4 ved note 12.

16) Jfr. *Fikentscher*: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, p. 23 f.

17) Jfr. *Flume*: Allgemeiner Teil, p. 525.

C. Fransk ret.

1. Kontrakten og le consentement.

1.1. Fransk rets vildfarelsesregler er i lovfæstet form ældre end bestemmelserne i BGB. De franske vildfarelsesregler i Code civil stammer fra 1804. De er således blevet til i ånden fra den franske revolution (*Rousseau*) og er tydeligvis besjælet af dennes filosofiske menneskeopfattelse hyldende individets uindskrænkende autonomi og statens passivt-tjenende rolle.

Disse tanker går som en rød tråd gennem hele den franske kontraktsret. *Kontrakten* opfattes efter sin natur som en levendegørelse af selve *friheden*. Den franske kontraktsret hviler således på et viljesdogme, som det udtrykkes i Code civil art. 1134, stk. 1: "*Les conventions legalement formée tiennent lieu de loi* á ceux qui les ont faites" (min udhævning). Som det skal ses nedenfor står denne læres ekstremt liberalistiske tanker endnu stærkt i forgrunden, omend retten absolut har udviklet sig siden kodifikationen i Code civil, og nyere forfattere søger at give en mere nøgtern og pragmatisk fremstilling af "l'autonomie de la volonté" og dens rækkevidde.[1)]

Med dette viljesteoretiske udgangspunkt må det centrale kriterium for kontraktsmæssig forpligtelse imidlertid blive de frie viljers forening som udtrykt begrebsmæssigt i kravene til "le consentement".[2)]

---

1) Se f.eks. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, 2. ed. 1952 par *Esmain*, p. 19 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., 5. ed. 1973 par *Juglart*, p. 92 ff.; *Starck*: Droit Civil II. Obligations, 1972, p. 340 ff.

2) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 99 ff., 202 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 90 ff., 106 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 367 ff.
Sml. iøvrigt de fire betingelser for en gyldig aftale efter Code civil art 1108: "Le *consentement* de la partie qui s'oblige; Sa *capacité* de contracter; Un *objet* certain qui forme la matière de l'engagement; Une *cause* licite dans l'obligation" (mine udhævninger).

1.2. Selve fortolkningen eller udlægningen af parternes vilje - der jo også indgår i misforståelses- eller vildfarelses*konstateringen* - er i overensstemmelse hermed i princippet subjektiv, jfr. Code civil art. 1156 "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens litteral des termes".[3)]

Imidlertid har domstolene dog afvist at søge efter den subjektive "vilje", d.v.s. overhovedet at "fortolke", når der foreligger en kontrakt, som er "claire et precise".[4)] Trods det subjektive udgangspunkt læses art. 1134 meget regelret som, at *kontrakten som den foreligger* "tiennent lieu de loi" for parterne, således at "la volonté declarée" får forrang frem for "la volonté réelle". Viljen som psykologisk fænomén kan kun bevirke retsfølger, når den manifesterer sig "extérieurement",[5)] sml. også Code civil art. 1341. Dette synes *reelt* mere at ligne en erklæringsteori end en viljesteori. *Mazeaud* skriver således også, at fransk (og tysk) ret har valgt "des solutions raissonnables" og nægtet at lade sig spærre inde i "un systéme".[6)] Selv når kontrakten p.g.a. uklarheder *kan* fortolkes, er fransk teori opmærksom på ind-

---

3) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 481 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 292 f.; *Starck*: Droit Civil II, p. 370 f. Hertil svarer f.s.v. angår fortolkning af viljeserklæringer nøje BGB § 133 i tysk ret: "Bei der Auslegung einer Willenserklärung, ist der wirckliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblischen sinne des Ausdruchs zu halten".

4) Jfr. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 293 f., 299 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 375 f.
Dette kan muligvis nok opfattes som en dommerskabt regel om irrelevans af "la resérve mental" svarende til reglen i BGB § 116 om "geheimer Vorbehalt" kombineret med en formodning om, at modparten ikke er bekendt med den divergerende vilje.

5) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 108 f., 109 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 96 ff.

6) *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 97 ff.

vendingerne mod at søge løsningen i parternes *vilje* for en konflikt, de typisk netop *ikke har forudset*.[7] Klar hjemmel til at udfylde med objektive kriterier findes da også allerede i Code civil art. 1135, der - ved siden af det i kontrakten udtrykte - også pålægger hensyntagen til "toutes les suites que l'equité, l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'apres sa nature".[8]

Allerede i udlægningsfasen vil fortolkningsreglerne således give en vis margen for en friere retlig aftalebedømmelse. *Hvad* der er så "claire et precise", at det udelukker fortolkning, er ikke altid særlig klart. *Starck* finder iøvrigt diskussionen om den subjektive eller objektive teoris primat "en grande partie purement académique". Han afviser at vælge og nøjes med et "på den ene side ... og på den anden side.."[9] Formentlig vil dog også franske dommere i et vist omfang lade sig lede af ønsket om at nå et *rimeligt* resultat.[10]

1.3. Undertiden sætter ordlyden og parternes erklærede vilje uden tvivl en bremse for fortolkningen. Kan kontrakten

---

7) F. eks. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 295.

8) Jfr. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 295 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 371 ff.
Jfr. Hertil i *tysk* ret BGB § 157 om fortolkning af kontrakter: "Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf der Verkehrssitte es erfordern".
Der er imidlertid ikke holdepunkter for at antage, at fransk ret anerkender en almindelig billighedsregel til censurering af aftaler eller en almindelig "exeption d'equité", jfr. *Bonassies* i Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, p. 56; og selv *uklare* bestemmelser fortolkes undertiden mere "strikt" og dermed ubilligt, end bestemmelsernes uklarhed selv efter en forventningsteori kan retfærdiggøre, jfr. *Bonassies* l.c., p. 68.

9) *Starck*: Droit Civil II, p. 370 f.

10) Et eksempel på en evne hertil i selve vedtagelsefasen ses i en afgørelse fra Cour de cassation 15. dec. 1970, som omtalt hos *Starck*: Droit Civil II, p. 369. Her antoges stiltiende accept af et tilbud bl.a. med den begrundelse, at tilbudsmodtageren havde forholdt sig passiv, *samt* at han ikke sås at have nogen *grund* til at afvise tilbudet. En sådan pragmatisme kan vist selv en dansk domstol ikke overgå; sml. kapitel 5.

ikke angribes gennem dens uklarheder, kan den imidlertid i et vist omfang søges anfægtet ved at lade kravet om "consentement" danne basis for en hensyntagen til *vildfarelser* om faktiske forhold på kontraheringstidspunktet trods klare og præcise aftalestipulationer. Det er dette, der nærmere skal gås ind på i det følgende. Også her synes Code civil dog at sætte visse grænser meget analogt til BGB § 119, således at som udgangspunkt kun bestemte typer af vildfarelser tillægges relevans som "vices du consentement", medens alle andre vildfarelser ikke hjemler nogen retlig effekt. Dette gælder, selv om disse irrelevante vildfarelser skulle dække over en uoverensstemmelse mellem "la volonté réelle" og "la volonté declarée". Heller ikke fransk vildfarelseslære er altså en ren viljeslære.

Allervanskeligst er det dog ud fra consentement-konstruktionen at tillægge uforudsete *efterfølgende* omstændigheder nogen relevans, jfr. nedenfor pkt. 3.

2. Vildfarelser og la cause.

2.1. Ifølge et konsekvent viljesdogme må en principiel sondring lægges mellem (relevante) *erklæringsvildfarelser* og (irrelevante) *motivvildfarelser*.[1] Som det fremgik ovenfor ved omtalen af tysk ret, har denne nok i princippet foretaget en sådan opdeling; men ifølge BGB § 119 er dette ikke fulgt op med en konsekvent følge for retsvirkningerne. Heller ikke fransk ret gennemfører konsekvent denne sondring, og her giver den sig også legalt svagere udtryk.

Code civil indeholder slet ingen særlige regler for erklæringsvildfarelser. Efter behov kan en relevans af sådanne dog indlægges implicit i den *subjektive* udlægning ifølge art. 1156. Derimod indeholdes i art. 1110 visse explicite regler for relevansen af *vildfarelse om aftalens objekt*.

I praksis opstilles der dog herudover med udgangspunkt i den romerske ret (og viljesdogmet) visse *"erreurs obstacles"*, som forhindrer "le concentement" eller "l'accord des volontés". Hertil hører vildfarelse "sur la nature du contrat" (in negotio) og "sur l'identité de l'objet du contrat" (in corpore), som svarer til vildfarelser om "die Rechtsnatur" og "der Gegenstand" efter BGB § 119, stk. 1. Endvidere henhører imidlertid herunder også vildfarelse "sur la cause", hvilket er afledt af det romerske *causa*-begreb, som *Windscheids* forudsætningslære kan ses som en intenderet afløser for.

Disse tilfældegrupper er som nævnt ikke explicit berørt i Code civil, men er udviklet i doktrinen og i retspraksis. *Starck* anser dem for "non prevues par la loi".[2] En vis støtte for reglerne herom kan dog hentes i Code civil art. 1108's krav til en gyldig aftale (jfr. ovenfor pkt. 1 note 2 in

---

1) Således *Zitelmann*: Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, p. 490 ff., 549 ff.

2) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 413, 418.

fine),[3] ligesom man kan sige, at art. 1109 taler om vildfarelse "de facon générale", idet det siges, at der ikke foreligger noget gyldigt "consentement", hvis dette alene er opnået "par erreur, ... par violence ou ... par dol".[4] Nærmere nedenfor pkt. 2.3.

I modsætning til disse "erreur obstacles" står reglen i Code civil art. 1110, der under begrebet *substansvildfarelse* medtager en hel del motivvildfarelser. Nærmere straks nedenfor.

2.2.1. Code civil art. 1110 opstiller den regel, at vildfarelse (erreur) *kun* er ugyldighedsgrund for aftaler ("une cause de nullité de la convention"), når det drejer sig om vildfarelse "sur la substance même de la chose qui en est l'objet" eller "sur la personne avec laquelle on a intention de contracter".

Den første kategori er den vigtigste. Om den anden - der som "Irrtum über Persons des Erklärungsgegners" også indeholdes i BGB § 119, stk. 1 - skal blot siges, at den ikke alene angår egentlig personforveksling, men nok så vigtigt vildfarelse om væsentlige egenskaber ("qualités essentielles") ved personen.[5]

Det afgørende begreb i den første kategori er *"la substance"*. Dette omfatter dels ligesom romerrettens substantia-be-

---

3) *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 140, anser da også kun den i Code civil art. 1110 nævnte "erreur sur la substance" for "spécialement prevue". Se hertil også *Starck*: Droit Civil II, p. 419.

4) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 205, 207 f.

5) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 216 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II, 1., p. 136, 147; *Starck*: Droit Civil II, p. 417 f. (sml. *Lassens* eksempel på, hvor umulig sondringen også kan være mellem *viljesmangel* ved personforveksling og *motivvildfarelse* ved fejlagtig antagelse om en person, hos *Lassen*: Alm. Del, p. 116).

greb genstandens "matière", f.eks. forveksling af guld med guldbronze; men det antages videre ifølge fast teori og praksis at omfatte "les qualités essentielles de la chose",[6] d.v.s. de egenskaber, der så at sige definerer objektets karakter, f.eks. alderen ved en antik genstand. Afgørende er, at sådanne egenskaber generelt er "determinantes" i deres påvirkning af "la volonté". Et andet eksempel på en sådan væsentlig "qualité" er alderen på en brugt bil.[7] Det karakteristiske ved *disse* "qualités" er, at de er *typeegenskaber*, der vil være "determinantes pour tout individu". Der er derfor ikke noget afgørende hensyn at tage til medkontrahenten, idet væsentligheden af den pågældende egenskab *eo ipso* vil være kendelig.[8] Følgelig opereres for sådanne "qualités" reelt ikke med noget kendelighedskriterium. Hvis medkontrahenten er i "mauvaise foi" om selve *vildfarelsen*, er der naturligvis lige så lidt hensyn at tage til ham; men dette kræves ikke. Er der modsat tale om en medkontrahent "de bonne foi", foreligger blot en misforståelse eller en "double erreur", og en sådan kan så lidt som en kontrakt byggende på én vildfarelse binde parterne.[9]

---

6) Synonymt anvendes også udtrykket "qualités substantielles", der mere direkte viser tilbage til substansbegrebet.

7) Jfr. hertil *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 218 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II, 1., p. 141 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 414 f.

At "substansen" skal relatere sig til "la chose" rummer ingen fysiske begrænsninger i henseende til, hvad der kan være aftalens genstand, jfr. Code civil art. 1126, der definerer dette begreb altomfattende: "Tout contrat a pour objet une chose ...". Derimod ligger i henvisningen et principielt krav om, at vildfarelsen skal vedrøre egenskaber ved dét, der kontraheres om. I enkelte tilfælde, som f.eks. den nedenfor ved note 35 omtalte dom, er dette krav dog også set fraveget.

Reglerne for "l'erreur" vil iøvrigt i praksis ofte kunne komme til at konkurrere med de køberetlige mangelsregler i Code civil art. 1641 ff.

8) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 415. Hertil *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II, 1., p. 136, 150: "substantielle et determinante pour un contractant normal".

Se om væsentlighedskravet *Mazeaud* l.c., p. 147 f.; *Starck* l.c., p. 420.

9) Jfr. f.eks. *Starck*: Droit Civil II, p. 415 f.

2.2.2. En mere vidtgående udlægning af loven ses imidlertid også. Denne leder i sine kriterier mere tanken hen på, hvad vi ville kalde en forudsætningslære. Afgørende er herefter også *"une qualité qui n'a été déterminante que pour lui"*. Relevansbegrebet udstrækkes altså til også at kunne omfatte "une raison personelle". Hvis man er i vildfarelse om en *sådan* "qualité", er det imidlertid på egen risiko, dersom medkontrahenten er uvidende om, at denne egenskab er "determinante". Her eksisterer i modsætning til typeforudsætningstilfældene et behov for at beskytte "un contractant de bonne foi".[10)]

Dersom medkontrahenten kender vildfarelsen og således nærmest "frise le dol",[11)] er der ligeledes intet hensyn at tage til ham. Har medkontrahenten kendt den væsentlige forudsætning uden at kende dens urigtighed; vil der foreligge "erreur commune" eller "erreur double", hvor begge parter er i samme vildfarelse, og hvorpå der ikke kan støttes gyldige retsvirkninger;[12)] (cfr. derimod engelsk "common mistake"). Dersom medkontrahenten imidlertid "n'a pas su, ni dû savoir", at den anden part udgik fra en væsentlig personlig forudsætning, kan konsekvensen af dennes svigten ikke pålægges ham.[13)] Denne formulering antyder et kendelighedskriterium efter det

---

10) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 416; sml. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 141 f., 145.

11) *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 209.

12) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 416; *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 209 f.

13) Hertil *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 209, jfr. 229. Det ses, at man ikke tillægger begrebet "erreur commune" selvstændig retsvirkningsmæssig betydning. Afgørende er i realiteten, om hensynet til kontraktssikkerheden antages at kunne tåle, at der tillægges den ene parts vildfarelse frigørende virkning, hvilket antages, dersom den anden part "a dû savoir" betydningen.

gængse forudsætningsretlige mønster.[14)]

Det ses fremhævet, at ethvert punkt for at kunne tillægges relevans skal kunne betragtes som "inclus dans l'accord", hvortil kræves, at det skal være fremdraget "dans le *champ contractuel*". Heri synes at ligge et krav om stiltiende vedtagelse. Den ene part skal have *villet* gøre en betingelse ud af punktet, og den anden part skal have *kendt* denne vilje og *accepteret* den.[15)] Her er klare paralleller til tysk ret, jfr. ovenfor afsnit B, pkt. 1, ved note 5, men ligesom dér synes disse formelle kriterier at træde i baggrunden i nyere fremstillinger, således hos *Starck*. Dersom det formelle overenskomstprincip opretholdes, må kendelighedskravet opfattes som "måtte vide" i stedet for "burde vide", d.v.s. som en bevisregel i stedet for adfærdsnorm, uden at dette dog behøver at give sig anderledes praktiske udslag.

I hvert fald synes udviklingen at gå i retning af en friere og udvidet relevansbedømmelse for vildfarelser og "motiver".

Overalt gælder, at vildfarelsen skal have været "excusable" - dette vil den f.eks. ikke være, dersom vildfarelsen kunne være undgået ved, at den pågældende part havde opfyldt sin *pligt til at informere* sin medkontrahent om sine "veritables intentions".[16)]

Fransk ret opererer med flere forskellige uden- og indenretlige aftaletyper. Overgangen fra aftale til forlig og til retsforlig er flyden-

---

14) Jfr. også *Starck*: Droit Civil II, p. 423: "...que le cocontractant connaissait ou *aurait dû* connaître ..." (min udhævning). Uklar *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 136, 150 f., der kun taler om viden. Et resultat *svarende til* et kendelighedskriterium ligger dog formentlig også hos *Mazeaud* i, at der formelt ikke opereres med subjektive krav til medkontrahenten overhovedet, når der er tale om forudsætning, der i den konkrete situation er væsentlig for "un contractant normal".

15) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 210; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 144.

16) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 423. Dette svævende begreb vil ofte reelt rumme en billighedsbedømmelse svarende til forudsætningslærens relevansvurdering eller en friere pragmatisk hensigtsmæssighedsvurdering.

de og ligeså grænsen mellem de privatretlige bindinger og egentlig retskraft. En aftaletype er "des transactions", som er behandlet i Code civil art. 2044-2058. Ifølge art. 2044 defineres "la transaction" som "un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préveniennent une contestation á naitre". Formålet er det samme som et forligs,[17] og det kan indgås såvel uden- som indenretligt. Ifølge art. 2052 har denne kontrakt "l'autorité de la chose jugée en dernier ressort". Dette giver ifølge art. 1350, nr. 3, en lovformodning for, at kontraktens indhold er formelt og materielt rigtigt, og denne er ifølge art. 1352, stk. 2 uafkræftelig, hvorfor der reelt er tale om en slags retskraft, om end denne ikke påses ex officio. Alligevel hjemler art. 2053 dog udtrykkeligt, at en "transaction" kan ophæves som følge af "erreur dans la personne ou sur l'objet", hvilket svarer ganske godt til vildfarelsens betydning for aftaleformen "convention", som fastlagt i art. 1110. Kriteriet er også "consentement" - ren "prejudice" er ikke nok.[18]

2.3.1. Medens Code civil kun i art. 1110 opregner to specielle tilfældegrupper, nemlig vildfarelse "sur la substance" og "sur la personne", og ifølge ordlyden af denne artikel næsten lader forstå, at der intenderes en udtømmende opregning af relevante vildfarelsestilfælde, har doktrin og praksis dog som nævnt ovenfor pkt. 2.1. tilføjet de romersk inspirerede tilfælde af *"erreure obstacle"*. Også substanslæren kan som nævnt i strengere form genfindes i romerretten; men "l'erreurs obstacles" opfattes i bare lidt ældre teori som et helt andet system af ugyldighedsregler, der i sine grunde er mere oprindelig eller basal, og som retsvirkningsmæssigt "destruit" overenskomsten, medens Code civils regler blot bevirker "vices" derved.[19] Denne dualistiske opfattelse af vildfarelseslæren, der især giver sig udslag i forskellige retsvirkningsbetingelser, med stærke paralleller til den tysk-romanistiske sondring mellem "Nichtigkeit" og "Anfechtbarkeit",[20] er dog på retur.[21] Distinktionen er heller ikke al-

---

17) "Les transactions" må imidlertid ikke forveksles med aftaleformen "compromis", der omtales i Code Civil art. 2059-2061.

18) Jfr. *Dalloz* Code Civil, p. 995.

19) Jfr. således *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 135, 138 ff.

20) Der endnu er levende i BGB.

21) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 419.

tid ganske klar. Hvorom alting er, bliver Code civils specielle vildfarelsesregler i art. 1110 i hvert fald *suppleret* med reglerne om "erreur obstacle".

Disse er vildfarelse "sur la *natur* du contrat" - hvilket eksempelvis foreligger, dersom den, der tror at sælge mod en livrente, i stedet skriver under på, at betalingen skal erlægges i en kapitaliseret pengesum - "sur *l'objet* de la prestation" - hvilket simpelthen vil sige, at man tror at kontrahere om en anden ting end den, kontrakten angår - samt "sur la *cause* de l'obligation".

Det sidste er det afgjort vigtigste. Vildfarelse om "la cause" er som nævnt ikke opregnet i den specielle ugyldighedsregel i art. 1110, men "la cause" er behandlet i art. 1131-1133.[22] Uden at definere begrebet fastslår art. 1131 hér, at en forpligtelse er uden retsvirkninger, dersom den er "sans cause" eller baseret "sur une fausse cause, ou sur une cause illicite". *"La fausse cause"* læres her at dække over en *vildfarelse* om en "cause",[23] og kommer ofte til at dække over rene (urigtige) forudsætninger eller "motifs personnels" som en slags supplement til substansbegrebet i art. 1110. Det defineres også som "le raison determinante de l'obligation".[24] I praksis ses eksempler på, at ugyldighed begrundes i fejl ved "la cause impulsive", men med efterfølgende henvisning til Code civil art. 1110! (Undertiden synes "la cause" også vanskelig at skelne fra vildfarelse "sur la personne" i art. 1110, således når *Starck* l.c. eksemplificerer begrebet ved en person, der giver en gave til en anden i den fejlagtige

---

22) Se om "la cause" f.eks. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 316 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 223 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 459 ff.

23) *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francaise VI, p. 335; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 243 f.; *Starck*: Droit Civil II, p. 472 f.

24) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 418 f. smh. m. p. 459 ff. Hertil *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 138 ff.

tro, at denne anden er hans biologiske barn, sml. ovenfor ved note 5). Udviklingen af begrebet "la cause" er i nyere tid klart gået *fra* alene et generelt og abstrakt betydningsindhold og i retning *mod* et individuelt, konkret og "levende" indhold såvel.[25)]

Som nævnt synes også i retspraksis "la cause" og "la substance" at blive blandet sammen. Sondringen herimellem eller mellem *"la cause"* og *"le consentement"* forklares ved, at det sidste er et spørgsmål *om*, de pågældende parter har villet, det første er et spørgsmål om *hvorfor*, de har villet. Retsfølgen begrundes følgelig i (fravær af) henholdsvis "la volonté" og "la raison". Sondringen er vanskelig, når det erindres, at tilstedeværelsen af "la volonté", således som denne indgår i Code civil art. 1110, ikke er en vedtagelses-, men en ugyldighedsproblematik. Når "la raison" eller "la cause" *også* er et *subjektivt* ugyldighedskriterium forekommer det rent umuligt at holde dem helt ude fra hinanden, og i det omfang det dualistiske sanktionsmønster med sondringen mellem "nullité absolue" og "nullité relative"[26)] som i nyere teori forkastes, er distinktionen også uden relevans for betingelserne (se note 25 in fine om anvendelsesområdet).

---

25) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 317 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 223 f., 227 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 459.

Planiol et Ripert l.c., p. 206 finder ikke udvidelsen af causebegrebet i subjektiv retning "opportun". Den dobbeltdækning, causelæren og vildfarelseslæren herved i visse tilfælde kan give, gør nok doktrinen mindre stringent, men den udvider dog umiddelbart den *praktiske* mulighed for hensyntagen til vildfarelser eller fejltagelser, idet vildfarelsens relevans i hvert fald ikke efter cause-læren er bundet til at vedrøre selve kontraktsgenstanden, men kan udvides til at omfatte *andre* bestemmende motiver. Måske ligger der dog p.g.a. den frie og vide fastlæggelse af kontraktens "objet" alligevel ingen praktisk udvidelse heri, sml. note 7.

26) Jfr. ovenfor ved note 19 f.

Nyere teoris forkastelse af denne dualisme til fordel for alene "nullité relative" må siges at have fået stærk støtte af en lov af 3. januar 1968, der dekreterer "nullité relative" for kontrakter indgået af sindssyge, d.v.s. kontrakter "sans cause" eller "sans raison". Dette er ellers et tilfælde af "erreure obstacle", hvor den klassiske doktrin ville kræve "nullité absolue".

2.3.2. Herved har man i det hele opfanget de praktisk vigtigste tilfældegrupper; men en *almindelig* forudsætnings-, vildfarelses- eller billighedslære er det i hvert fald i princippet ikke. Irrelevante ("indifférentes") angives principielt stadig at være vildfarelser "sur les motifs". Andet skulle kun gælde, dersom medkontrahenten er blevet informeret om de faktiske motiver og har *accepteret* at tage dem i betragtning ved kontraktsindgåelsen.[27)]

Den principielle fornægtelse af motivvildfarelsernes retlige relevans sammenholdt med, at "l'erreur dans l'expression de la volonté" i hvert fald hos nogle forfattere synes opfattet som et særligt problem,[28)] kan nok umiddelbart rokke ved det ovenfor anførte udsagn om, at fransk ret ikke opererer explicit med sondringen motivvildfarelser ctr. erklæringsvildfarelser. Som et specialfald fremdrages imidlertid herunder bl.a. det, som i tysk ret er kaldt "kalkulationsirrtum", jfr. ovenfor afsnit B, pkt. 1 ved note 6 ff., hvor der ikke synes at sondres mellem, hvad *Brox* kalder henholdsvis "skrivefejl" (erklæringsvildfarelser) og "regnefejl" (motivvildfarelser). Generelt løses problemet efter samme recept som i tysk ret: "quand le prix d'un marché est indiqué á la fois par un total et par énonciation dés éléments du calcul qui ont permis de l'obtenir, il incombe á l'autre partie de refaire elle-même le calcul, et de la refaire exact".[29)] Støtte for at tage hensyn til "l'erreur de calcul" kan også hentes i Code civil art. 2058: "L'erreur de calcul dans une

---

27) Jfr. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 143 f.; *Starck*: Droit Civil II, p. 420. Sml. ovenfor ved note 15.

28) Jfr. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 229 f.

29) Irrelevant er ligesom i *tysk* ret "l'erreur sur la valeur", *medmindre* denne er en konsekvens af f.eks. en vildfarelse om en "qualité substantielle", jfr. f.eks. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 224 f.; *Mazeud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 143; *Starck*: Droit Civil II, p. 421.

transaction doit être reparée", hvis princip må gælde for alle aftaletyper - sml. ovenfor pkt. 2.2.3. om Code civil art. 1110 smh. med art. 2053. Eksemplet viser også for fransk ret sondringens umulighed.

2.3.3. Man har i det hele god grund til at antage, at et resultat i praksis vil kunne blive væsentligst det samme som efter en almindelig forudsætningslære på trods af den principielle forsagelse af motivet eller forventningen som sådan. Som man også i fransk teori er opmærksom på,[30] er undertiden sondringen mellem *"les motifs"* og "la *cause*" vanskelig at gennemføre, selv om vildfarelse "sur la cause" kan bevirke ugyldighed, medens vildfarelse "sur les motifs" ikke kan. Anstrengt forekommer også sondringen mellem "l'erreur sur les *motifs*" og "l'erreur sur les *qualités substantielles* de la chose" at være, især når man opfatter begrebet "substance" i *subjektiv* forstand som ovenfor anført. I så fald er sondringen imidlertid også praktisk uinteressant, idet det afgørende under alle omstændigheder kan siges at være om den anden part "n'avait *ni le devoir, ni le pouvoir* de connaitre la raison determinantes".[31] Sondringen mellem irrelevante "motifs" og vildfarelser om relevante elementer ligger reelt deri, at "les motifs" *pr. definition* ikke er eller bør være kendt af modparten. Nyere teori er da også klar over det uholdbare i den principielle fornægtelse af motivets eller forudsætningens relevans, og retspraksis er heller ikke særlig "stilren" i sine begrundelser. *Mazeaud* giver følgende karakteristik af retspraksis: "tantôt elle rejette les

---

30) Jfr. f.eks. *Starck*: Droit Civil II, p. 420 f., 464.

31) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 421, jfr. p. 460.
Se om substansbegrebets nødvendige relation til kontraktsgenstanden ("la chose" eller "l'objet") ovenfor i note 7 og 25 in fine.

motifs tantôt eller retient le "motifs principal"".[32)]
Planiol et Ripert anfører, at praksis ofte tilsidesætter en aftale, hvor der ikke mangler samstemmende aftalevilje, men hvor der alene er tale om vildfarelse "sur un mobile ou une modalité". Videre anføres, at denne vildfarelse ofte klassificeres som "erreur sur la cause", men ofte også som "erreur sur la substance, pour pouvoir se referer a une disposition du Code" (sml. ovenfor pkt. 2.3.1. in fine). Tilsidesættelse af en aftale p.g.a. vildfarelse "de ce genre" anføres også at kunne retfærdiggøres som en "erreur sur une qualité de la personne ou de l'objet". Videre anføres tilsyneladende meget pragmatisk, at det som reelt fører til at begrænse vildfarelsers relevans som ugyldighedsgrunde, alene er hensynet til, at modparten ikke skal lide "un grave prejudice" som følge af skuffelse ved aftalens tilsidesættelse.[33)] Det er mere i den *praktiske* vurdering af, hvad dette hensyn kan bære, end i eksisterende systemforskelle eller principdeduktioner, man skal søge forskellen mellem dansk og fransk rets løsninger af de enkelte situationer.[34)] (En anden sag er så, at indholdet af sådanne "praktiske vurderinger" igen er delvis traditionsbestemte og altså også delvis bestemt af retstraditionen og den nationale rets historiske system og udvikling).

---

32) *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 144. Udtrykket "motif principal" anvendes formentlig synonymt for "le premier but" eller "le but immédiat" og henviser så til "la cause", der netop i den klassiske doktrin ses forklaret som den "første grund", se herom *Starck*: Droit Civil II, p. 460 f. Denne begrebsbrug viser også en forbindelse til *Windscheid* (eller i hvert fald til et fælles ophav). Udtrykket er synonymt med *Windscheids* "erste zweck", der hos *Windscheid* dækker over forudsætningen som viljesbegrænsning jfr. *Windscheid* i Archiv für die civilistische Praxis, bd. 78 (1892) p. 175, *samme*: Gesammelte Reden und Abhandlungen, p. 386 f.

33) *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 223 f.

34) Jeg læser *Bonassies* i Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, p. 79, i samme retning, når han skriver, at *den liberale ideologi* har mistet meget af sin "kraft", og at årsagen til de klassiske løsningers opretholdelse nu snarere skal søges i hensynet til *retssikkerheden*, d.v.s. i hensynet til stabilitet og forudberegnelighed i kontraktsretten.

3. "L'imprevision" og "la lesion".

3.1.1. Som noget principielt forskelligt fra problematikken omkring "l'erreur" og "les conditions de formation des contrats" opereres med læren om *"l'imprevision"*. Teorierne herom er det nærmeste fransk ret kommer den tyske lære om "Wegfall der Geschäftsgrundlage" eller en lære om *bristende* forudsætninger.[1)]

Det drejer sig her om "le déséquilibre grave sui se produit entre les prestations contractuelle" p.g.a. uforudsete, væsentlige forandringer i forholdene, i de tilfælde hvor dommeren p.g.a. en klar og præcis aftalebestemmelse ikke kan udligne misforholdet ved fortolkning. "L'imprevision" er imidlertid *alene* et spørgsmål om "ordre économique et financier", d.v.s. lærens anvendelse er begrænset til forandringer i *priserne*.[2)] Uforudsete hændelser på *andre* felter er irrelevante, medmindre der foreligger force majeur.[3)]

Læren om "imprevision" har imidlertid, selv med dens meget strenge betingelser, haft trange kår i praksis.[4)] Man har forsøgt sig med næsten ethvert tænkeligt teoretisk-dogmatisk hokus pokus til fordel for en ekspansiv udvikling af læren i praksis. Man har henvist til clausula-læren, man har

---

1) Se herom *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 526 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 760 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 565 ff.

2) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 565.

3) Uforudsete ændringer i kontraktsgenstandens anvendelighed vil dog - især for løbende kontraktsforhold - ud fra en køberetlig betragtning give grundlag for ophævelse eller prisafslag som følge af tilsidesættelse af kravet på "rigtig opfyldelse". Dette har for lejekontrakter positiv hjemmel i Code civil art. 1722, der må ses som en almindelig retsgrundsætning. Sml. *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais X, 2. ed. 1956 par Hamel, Givord et Tunc, p. 711.

4) Jfr. f.eks. *Bonassies* i Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, p. 63 f.

påberåbt sig standarderne i Code civil art. 1134, stk. 3 og 1135 om "bonne foi" og "equité",[5] man har talt om ugrundet berigelse og forsøgt en udvidelse af rammerne for force majeure ("cas fortuit"). Intet har imidlertid fuldstændigt kunnet besejre det "principe sacro-saint", som siger, at "la convention fait la loi des parties", og at denne lov må overholdes strikt for efterfølgende forandringer. Clausulalæren er generelt blevet fornægtet. Standarderne i Code civil er alene regler til fortolkning af *uklare* aftalebestemmelser, siges det. En eventuel berigelse hævdes aldrig at være "ugrundet", da den jo netop har hjemmel i kontrakten. Og force majeure forbeholdes for total umulighed.[6] I de værste perioder med økonomisk ustabilitet og ekstreme urimeligheder, har lovgivningsmagten undtagelsesvis grebet direkte ind, og borgerne har ved udbredt brug af kontraktsklausuler og forbehold i nogen grad evnet at "klare sig selv", medens domstolene stadig på dette punkt har håndhævet det "halvhellige" kontraktsprincip. Indstillingen til problemet om "l'imprevision" illustreres også ved, at såvel praksis som en del af teorien behandler dette som et problem om *kontraktsopfyldelse eller -ophævelse* og altså som en given ting går ud fra kontraktens eksistens som "lieu de loi" på trods af de uventede ændringer i forholdene.[7] At denne laden-stå-til fra lovgivningsmagtens såvel som fra domstolenes side er uheldig og vanskelig at forsvare, er der dog øget erkendelse af i nyere fransk teori.[8]

---

5) Se om disse standarder ovenfor i kapitel 4, pkt. 4, ved note 9-10.

6) Jfr. f.eks. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 762 f., 764 f.; og herom endvidere *Starck*: Droit Civil II, p. 567 f.

7) Se f.eks. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 760 ff., og selv *Starck*: Droit Civil II, p. 565 ff.

8) Jfr. *Starck*: Droit Civil II, p. 569 ff.

3.1.2. "L'imprevision" dækker ikke over udeblivelse af *forventede* eller forudsatte begivenheder. Noget sådant vil typisk rubriceres som irrelevante motivvildfarelser. Dette kan vel i højere grad end indtræden af *uventede* ("imprévu et imprévisible") begivenheder forsvares med en større mulighed for at tage højde for eventualiteten ved et regulært forbehold eller ved et bevidst hasardpræg. Er der tale om fælles eller "commune" forventninger, kan man dog undertiden nå frem til en stiltiende vedtagelse af en betingelse. Det subjektive cause-begreb kan vel også undertiden bringes i anvendelse her.

3.2. Vigtig i denne forbindelse er endvidere reglerne om *"lésion"*. Disse forsøger lige som reglerne om "imprevision" at tage en vis højde for alvorlige uligheder mellem parternes ydelser, men omhandler til forskel fra disse de uligheder, der eksisterer allerede *på tidspunktet for kontraktens indgåelse*.[9] Som "imprevision" drejer "lesion" sig også alene om en alvorligt forfejlet *prisansættelse* af kontraktsgenstanden bedømt i forhold til markedsprisen - støttes uligheden mellem ydelserne ("le déséquilibre") på andre omstændigheder, kan der være tale om ugyldighed p.g.a. manglende "cause".[10]

Medens manglende "cause" nyder *generel* retlig beskyttelse, er hovedreglen for "lesion" modsat, at "lesion" - d.v.s. en urimelig pris - *ikke* i sig selv påvirker en aftales gyldighed, jfr. Code civil art. 1118. Denne hovedregel brydes kun af enkelte lovbestemmelser i og uden for Code civil, som gælder for specielle områder - således først og fremmest Code

---

9) Ad sondringen *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 251; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 189 f.; *Starck*: Droit Civil II, p. 478 og 566.

10) Hertil *Starck*: Droit Civil II, p. 477 f., jfr. p. 467.

civil art. 1674 ff. om handel med fast ejendom, (men ikke løsøre).[11]

De *legale* lesionsregler og deres afgrænsning kan kun forklares historisk. At lesionsreglen i Code civil art. 1674 kun gælder for fast ejendom, men ikke for løsøre, og kun beskytter den hidtidige ejer, sælgeren, mod at afhænde sin ejendom alt for billigt, men ikke den der efterstræber ejendommen, køberen, mod at betale alt for meget, kan kun forklares med, at loven er blevet til i en tid, hvor de stærkes og de besiddendes ønsker var lov, og reglen afslører måske klarere end nogen af Code civils andre regler hele dette lovkompleks' oprindelige karakter af en "Code bourgeois et terrien"[12] hvor der ikke haves så frygtelig meget tilovers for den såvel i økonomisk som i intellektuel henseende svagere kontrahent. Det er den senere udlægning - og udvikling - af loven i teori og praksis, der til en vis grad har givet denne et menneskeligt og socialt ansigt.

Også lesionslæren har således fundet videre anvendelse i retspraksis, end der egentlig er basis for i lovgivningen. Den franske lesionslære må siges at stå på skuldrene af den romerske regel om læsio enormis (jfr. ovenfor kapitel 1, pkt. 2 in fine), og udviklingen heraf er f.s.v. også fortsat i bedste prætorstil. Det drejer sig uden for de sparsomme lovreguleringer i realiteten om en uhjemlet "jurisprudence prétorienne".[13] Medens doktrinen tidligere i overensstemmelse med teksten i Code civil alene har villet tillægge "lesion" relevans uden særlig lovhjemmel, når denne ulighed mellem ydelserne skyldtes en "vice du consentement", d.v.s. når der kunne bevises "erreur", "violence" eller "dol" (art. 1109),[14]

---

11) Jfr. f.eks. *Starck*: Droit Civil II, p. 481 f.

12) *Starck*: Droit Civil II, p. 490.

13) Således *Starck*: Droit Civil II, p. 492.

14) Herom *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 261 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 181 f. og 190 f.

tillægger retspraksis nu klart en *objektivt* konstateret "lesion" relevans uden videre "... par elle-même et à elle seule ... indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance", som det udtrykkes i en tidlig dom fra 1932.[15] Begrænsningerne i reglens anvendelse er dog åbenbare. Man har (i hvert fald indtil videre) afvist at udstrække reglen til også at gælde for løsørekøb, arbejdsaftaler og lejekontrakter, men har brugt den til kontrol af salæraftaler først og fremmest overfor "agents d'affaires" og professionelle bistandsydere.[16]

Lesionslærens principielle vigtighed ligger i, at den, som den opfattes og anvendes i retspraksis, hjemler en *objektiv regulering* af prisvilkåret i en aftale uafhængigt af subjektive consentementkonstruktioner samt viser en vis vilje hos domstolene til at forsøge at udstrække læren alene ud fra en *rimelighedsbetragtning* eller en reaktion overfor misbrug af aftalefriheden ("abus de droit").

Et eksakt og nøjagtigt krav om en "juste prix" som gyldighedsbetingelse ligger der dog ikke heri.[17] Kun en ret betydelig urimelighed kan i det hele taget rammes af lesionsreglerne, hvorfor man med en vis føje kan sige, at disse kun dækker over en "skjult" vildfarelse eller snarere svig, som der blot ikke behøves ført særskilt bevis for. Der foreligger en "dol reel" eller *dolus re ipsa* i og med selve beviset for

---

15) Jfr. hertil *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 191; *Starck*: Droit Civil II, p. 491.

16) Jfr. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 184 ff.; *Starck*: Droit Civil II, p. 492 f.

17) Især de lovfæstede lesionsregler opererer med temmelig firkantede normer for hvilken pris, der er urimelig nok til at kræve nedslag i - således f.eks. Code Civil art. 1674, der kun gælder for en "lesion" på mindst syv tolvtedele af "prisen".

En for et dansk øje besynderlig regel indeholdes iøvrigt i Code Civil art. 1681. Herefter skal ved revision af en kontrakt p.g.a. lesion den "uheldige" sælger, der har ladet sig bevæge til at sælge til en urimelig lav pris, betale en slags bod for sin dumhed, idet køberen kan kræve aftalen opretholdt ved at tilbyde sælgeren den "retfærdige" pris *minus en tiendedel heraf*.

"lesion".[18)]

Hvor der ikke findes at foreligge en objektiv "lesion", vil den aftalte pris stadig kunne indgå som et moment i consentement- eller causavurderingen. Sondringen mellem "lesion" og "absence partielle de cause" forekommer iøvrigt ret akademisk.[19)]

3.3. En vis hjemmel til at gribe ind direkte overfor *urimeligheder* i en kontrakt er i 1978 skabt ved en ny forbrugerbeskyttelseslov. Se nærmere ovenfor i kapitel 4, pkt. 4, efter note 10.

---

18) Se hertil *Planiol et Ripert*: Traité pratique de Droit Civil francais VI, p. 262 ff.; *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 191.

19) Jfr. *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 243, jfr. p. 185; *Starck*: Droit Civil II, p. 492.

D. Engelsk ret.

1. Vildfarelser.

1.1. I *engelsk* ret opdeles de relevante *vildfarelser* ikke i erklæringsvildfarelser og motivvildfarelser.[1] I stedet opereres med en opdeling i kategorierne "common mistake", "mutual mistake" og "unilateral mistake".[2]

Common mistake vil sige, at parterne kender hinandens intentioner og formål med aftalen, men at de begge er i vildfarelse m.h.t. et underliggende, fundamentalt faktum. Common mistake fører ikke i sig selv til anfægtelse af selve aftalen ud fra vedtagelsesreglerne. Kravene til tilbud og accept er ikke tilsidesat, og "the parties are of one mind";[3] men kontrakten kan efter omstændighederne tilsidesættes som uopfyldelig i forhold til sit formål.[4]

Mutual mistake vil derimod sige, at parterne misforstår hinandens hensigter eller udgår fra forskellige forudsætninger om det samme forhold, uden at nogen af dem indser, at de respektive løfter er blevet misforstået.[5] Og *Unilateral mistake* vil sige, at kun én af parterne er i vildfarelse, og at denne vildfarelse må antages at være kendt af den anden part.[6] I modsætning til common mistake kan mutual og unilateral mistake påberåbes til anfægtelse af selve aftalens indgåelse og eksistens, idet der kan anføres ikke at være nogen reel overensstemmelse mellem tilbud og accept - ikke at være

---

1) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, 9. ed. 1976, p. 225, 227 f.; *Chitty* on Contracts I, 24. ed. 1977, p. 127 ff., 136 ff.; *Anson*: Law of Contract, 23. ed. by *Guest* 1969, p. 260 ff., 273 ff.

2) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 206 f.

3) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 207.

4) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 208 ff. Dette må også kunne støttes på mangel af "consideration" (se herom straks nedenfor), jfr. *Anson*: Law of Contract, p. 264 f.

5) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 207 smh. m. p. 225.

6) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 207, smh. m. p. 227.

nogen "correspondence".[7)]

Til differentiering mellem de to sidstnævnte vildfarelsestyper er det vigtigt at mærke sig, at hvis kun én af parterne er i vildfarelse m.h.t. et faktisk forhold og dermed også m.h.t., hvad den anden part reelt har lovet ham, vil der *alene* foreligge "unilateral mistake", *dersom* den anden part *indser vildfarelsen* hos den første part eller "must be taken to know" denne. Er dette ikke tilfældet, vil den anden part jo selv være i vildfarelse m.h.t. den første parts opfattelse af og intentioner med kontrakten, og der vil derfor foreligge "mutual mistake".[8)]

Der er en vigtig forskel mellem den måde, hvorpå man inden for disse to vildfarelsestyper griber *problemløsningen* an. Ved "mutual mistake" angives løsningskriterierne at være objektiverede: retten må se på fortolkningsmaterialet "from the standpoint of a reasonable third party" og derudfra beslutte hvilken overenskomst, der eventuelt kan antages at være opnået. Ved "unilateral mistake" er indfaldsvinklen derimod subjektivt orienteret: Den part, der har været i

---

7) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 207.
Teorien synes dog ikke helt enig om terminologien. *Chitty* on Contracts I, p. 127 ff. henregner under "mutual mistake" de tilfælde, som *Cheshire and Fifoot* kalder "common mistake", og det samme gør *Anson*: Law of contract, p. 260 ff. De tilfældegrupper, som *Cheshire and Fifoot* kalder henholdsvis "mutual" og "unilateral" vildfarelse, behandles hos *Chitty* on Contracts I, p. 136 ff. og *Anson*: Law of contract, p. 273 ff. samlet som blot "unilateral mistake", idet der så her sondres mellem om medkontrahenten kendte den første parts vildfarelse eller ej. Der er ikke tale om, at den ene systematik eller terminologi er mere rigtig eller forkert end den anden, men alene om, hvilken der er mest hensigtsmæssig som forklaringsskema. *Cheshire and Fifoot's* systematik og terminologi er nok "afvigelsen" fra det gængse, men ikke mindst den forskellige *løsning*, som omtalt nedenfor ved note 9, kan retfærdiggøre sondringen mellem "unilateral mistake" og den hos *Cheshire and Fifoot* særlige "mutual mistake". I denne fremstilling er valgt *Cheshire and Fifoot's* terminologi, hvilket skal erindres ved henvisningerne til de øvrige værker.

8) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 207 og 227 smh. m. p. 229 f. Se nærmere hos *Anson*: Law of contract, p. 276 ff. om modpartens *burde-viden* m.h.t. den første parts vildfarelser.

vildfarelse, må godtgøre hvilken virkning, vildfarelsen efter *hans* mening har haft, for derved at undgå dens konsekvenser.[9] Løsningen må her være et enten-eller: Enten bliver den ondtroende modpart fuldt ud bundet ved den første parts "real intentions", eller også - og dét er nok det typiske - kendes aftalen i det hele ugyldig.[10]

Løsningen i tilfælde af "mutual mistake" kan siges at være udpræget tillidsteoretisk. I en "leading case" udtrykker dommer *Blackburn* der således: "If whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms".[11] Tidligere havde dommer *Pollock* udtalt: "If any person, by a course of conduct or by actual expressions, so conducts himself that another may reasonably infer the existence of an agreement ... whether the party intends that he should do so or not, it has the effect that the party using that language or who has so conducted himself, cannot afterwards gainsay the reasonable inference to be drawn from his words or conduct".[12]

---

9) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 207; *Chitty* on Contracts I, p. 137.

10) Sml. dommer *Hannen* i *Smith v. Hughes* (1871): "If, therefore ... the plaintiff ... was aware that the defendant apprehended the contract in a different sense to that in which he meant it, ... he is thereby deprived of the right to insist that the defendant shall be bound by that which was only the apparent, and not the real bargain".

11) *Blackburn* i *Smith v. Hughes* (1871), jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 225.

12) *Cornish v. Abington* (1859), jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 226.
Illustrerende i samme retning er også *Wood v. Scarth* (1858) og *Scott v. Littledale* (1858), jfr. *Cheshire and Fifoot* l.c. samt *Chitty* on Contracts I, p. 136, p. 149 ved note 70 ff.

I bevismæssig henseende eller i henseende til *hvad*, der er aftalt, når en gyldig kontrakt må konstateres, går engelsk ret principielt også ud fra en strikt hævdelse af kontraktens skrevne vilkår, og dette gælder også standardkontrakter.[13] *En vis rimelighedsbedømmelse* ligger dog i reglerne om "construction of terms", hvorefter bl.a. kontraktsbestemmelserne "must be understood in a business and practical sense".[14]

1.2. Engelsk ret kan siges at operere med en *vildfarelseslære* til forskel fra en forudsætningslære. Som nævnt vil påberåbelse af "unilateral mistake" fordre *kendelighed* af denne vildfarelse. Endvidere kræves vildfarelsen at have været "fundamental" svarende til et skærpet krav om *væsentlighed*. Vildfarelsen skal resultere i "a complete difference in substance" mellem, hvad den vildfarne var indstillet på, og hvad han vil opnå, hvis kontrakten opfyldes efter sit indhold.[15] Begrebet "substance" ligner det tilsvarende begreb i fransk ret, men forekommer dog meget snævrere. Som en negation heraf fremstår "mistaken *motives*", der følgelig er uden selvstændig betydning. Parterne kan i henseende hertil alene "rely on the stipulations of the contract for protection from the effect of facts unknown to them".[16] Lord *Atkins* eksempler l.c. kan ikke undgå at lede tankerne hen på romerrettens stive substandbegreb (sml. kap. 1, pkt. 1, note 7), idet det afgørende alene skal være, om parterne "agree in the same terms on the same subject-matter".

Ved motivvildfarelse kan man dog undertiden efter reglerne om *"equity"* lempe den forpligtelse, man ellers er kommet

---

13) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 309 ff., 312 f.

14) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 322 ff. Sml. nedenfor pkt. 2 ved note 26.

15) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 224.

16) Sml. Lord *Atkins* i *Bell v. Lever Brothers Ltd* (1932) i AC. 1932, p. 161, især p. 224; jfr. *Cheshire and Fifoot* i Law of contract, p. 224 f.

frem til som eksisterende ved "objektiv" fortolkning. Kriterierne for en sådan lempelse er vanskelige at få hold på, da afgørelsen beror på "the particular circumstances of each case". I en ældre afgørelse udtales dog af Lord *Romilly*, hvad der endnu må antages at udgøre rettesnoren, følgende betingelser: Det kan komme på tale at lempe efter "equity", når den, der vil påberåbe sig lempelse p.g.a. vildfarelse "might *bona fide* make a mistake, and he swears positively that he did make such mistake, and his evidence is not disproved". Derimod "if there appear on the particulars no ground for the mistake, if no man with his senses about him could have misapprehended the character of the parcels, then I do not think it is sufficient for the purchaser to swear that he made a mistake".[17)]

Engelsk rets vildfarelseslære er på ingen måde let tilgængelig. "The principles upon which the Courts will intervene, and the circumstances in which they will do so, have never been precisely settled, and the decided cases are open to a number of varying interpretations".[18)] Systemet er stift, men der synes dog at være ansatser til åbning af den strenge kontraktsteoretiske lære. Hertil kommer betingelsen om "consideration", som behandles straks nedenfor.

---

17) *Swaisland v. Dearsley* (1861); jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 235 f.; *Chitty* on Contracts I, p. 144; *Anson*: Law of contracts, p. 293.

18) *Anson*: Law of Contract, p. 258.

2. *Consideration, promissory estoppel og fairness.*

2.1. Skal man i *engelsk* (og amerikansk) ret forsøge at finde et begreb, der minder om det romerske *causa* eller det franske *cause*, må man stoppe ved kravet om *"consideration"*, der i hvert fald historisk må antages at have spillet en noget lignende rolle i den pragmatiske, dommerdirigerede engelske retsskabelse.[1] Indholdet eller de relevante faktorer er imidlertid ikke ganske lig den romanistiske lære.

I engelsk ret er *løftet* ikke retsskabende i sig selv. Med mindre det har fået særlig eksistens "under seal", kræver det for at være bindende understøttelse af "some consideration". Som causekravet indeholder også kravet om consideration et spørgsmål om *hvorfor*.[2] Der er *ikke*, som modstillingen til kontrakter "under seal" måske kunne forlede til at tro, blot tale om et øget krav til *beviset* for parternes "serious intention" om at blive bundet.[3] Hvad der derimod nærmere ér tale om, er straks vanskeligere at præcisere. Hos *Chitty* betegnes denne "doctrine of consideration" som værende "a complex and multifarious body of rules".[4] *Corbin* skriver, at "the doctrine of consideration is many doctrines".[5] Rigtigt er det da også nok, at considerationslæren er en samlebetegnelse for mange forskellige og indbyrdes uafhængige hensyn. Formålet med læren er simpelthen at opstille visse legale grænser for gennemtvingelsen af en kontrakt. Selv hvor denne på indgåelsestidspunktet er ment at skulle være binden-

---

1) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 63. Sml. udførligere hos *Corbin* on Contracts, vol. 1., p. 495 f. Se også *Hultgren* i TfR 1972, p. 99 med henvisning til bl.a. *Salmond*.

2) Sml. udtrykkeligt *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 501 ff.

3) Jfr. *Cheshire and Fifoot* i Law of contract, p. 64; *Chitty* on Contracts I, p. 63. Se også *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 496 ff.

4) *Chitty* on Contracts I, p. 63.

5) *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 489.

de og ikke kan tilsidesættes efter reglerne om "mistake" eller andre specielle ugyldighedsgrunde.[6)]

Sammenfattende kan considerationsdoktrinen formentlig bedst beskrives som *en retlig vederlagsforudsætning*.

Den traditionelle definition kræver *enten* "a benefit" for løftegiveren til gengæld for løftet *eller* "a detriment" for løftemodtageren, som løftet er kompensation for.[7)] Denne "antithesis" er imidlertid senere blevet angrebet for ikke at være helt heldig. Især anføres det sidste alternativ at være et levn fra en mere "tortious" anskuelsesmåde, medens det nu er mere hensigtsmæssigt at søge opstillet en generel kontraktuel retsnorm.[8)] Dette er allerede tidligt gjort af *Pollock*, der beskriver "consideration" simpelthen som "the price for which the promise of the other is bought".[9)] Dette sidste har fået tilslutning af the House of Lords og af en del af teorien,[10)] medens en anden del af teorien mener, at denne formulering er for vag til at give nogen reel vejledning.[11)] Så vidt ses er det dog i endog meget høj grad blot en strid om ord. Doktrinen er med ganske få undtagelser enstemmig omkring de nærmere karakteristika.

"Prisen" eller modløftet skal være af en vis "value", og det *retlige* moment ligger i, at denne værdi skal eksistere "in the eye of the law".[12)] Heri antages imidlertid traditionelt *ikke* at ligge et krav om "adequacy" af den krævede consideration. Der opstilles ikke et krav om en "comparative

---

6) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 63.

7) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 64 f.; *Anson*: Law of Contracts, p. 81. Se ligeledes *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 523 ff., jfr. p. 517 ff.

8) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 64 f.

9) Jfr. *Pollock*: The Principles of Contract at Law and in Equity (1876), 13. ed. p. 133.

10) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 65 f. Se også *Williston* on Contracts, rev. ed. by *Williston and Thompson* 1938, p. 126 f.

11) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 66.

12) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 64, 72. Sml. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 74, 81; *Anson*: Law of Contract, p. 91.

value", og en aftale antages herefter ifølge den traditionelle doktrin ikke at kunne tilsidesættes "merely because it seems to be unfair". Blot der erlægges en modydelse af én eller anden værdi "be it never so small, this is a sufficient consideration", siger den klassiske doktrin - og dette skal gælde, selv om denne consideration "may, on occasion, be extremely tenuous".[13] Derimod kan store misforhold være indicier for "fraud", "mistake" m.v., siges det.

Med hjemmel i "equity" kan man dog nå til at fordre *en vis forholdsmæssighed*, således at meget store værdiforskelle mellem ydelserne i exceptionelle tilfælde kan føre til tilsidesættelse eller "reopening" af en kontrakt.[14] Måske kan engelsk ret på dette punkt stadig udlægges således som *H. Munch-Petersen* gjorde det i sin disputats, nemlig som et krav om et "psykologisk kausalitetsforhold", hvilket skal forstås således, "at man blot ikke af kreditor forlanger bevis for, at præstationen *objektivt* er lig med løftet i værdi, men at dog *muligheden* for, at den *subjektivt* i debitors bevidsthed kan have fungeret som ækvivalent, må gøres antagelig".[15] Dette ligger vel også i kravet om, at en *virkelig* handel skal have

---

13) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 74 f., 81; *Chitty* on Contracts I, p. 70; *Anson*: Law of Contract, p. 91 f. Sml. også *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 540 ff.

Heller ikke *equity* hjemler generel adgang til tilsidesættelse af aftaler, selv om det ene løfte er "inadequate", jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 146; men der kan blive tale om nægtelse af "specific performance", jfr. *Chitty* l.c., p. 784 f.

Anerkendelsen af en nok så minimal consideration er f.eks. set udnyttet til at gøre tilbud bindende forinden accepten, sml. herved det ovenfor kap. 3, afsnit B, pkt. 1.2., anførte. Blot tilbudsmodtageren har betalt ét pund (eller en dollar) for at få tilbudsgiveren til at holde tilbudet åbent, er det således blevet accepteret som tilstrækkelig consideration til at undgå den fri tilbagekaldelighed.

14) Se *Chitty* on Contracts I, p. 71, jfr. p. 165 f.

15) Jfr. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, 1896, p. 275.

foreligget. En sådan subjektiv udlægning af considerationsdoktrinen må dog i givet fald modificeres derhen, at den "subjektive værdi" stadig skal være retligt - og det vil også sige objektivt - erkendbar. Med eksempler fra *Corbin* vil et gaveløfte til en kirke, men ikke et løfte om en julegave til en bekendt, rumme tilstrækkelig consideration.[16] Forskellen skulle ligge i, at selv om løftegiveren måske i begge tilfælde får en personlig tilfredsstillelse ud af sin gavmildhed, vil løftet kun i det første tilfælde være båret af et ønske om "objectiv conduct" fra den anden part. Eksemplet viser, at en *økonomisk* fordel ikke ubetinget kræves som "gengæld" for et løfte, men at "a feeling of satisfaction" *kan* være tilstrækkelig consideration, når dette immaterielle gode kan anerkendes som havende "value in the eye of the law".

Medens considerationsbegrebet således nok har subjektive ingredienser, er det ikke synonymt med *motivet*. Det første kan siges efter omstændighederne at være en underafdeling af det sidste, eller consideration kan, om man vil, opfattes som et specielt kvalificeret motiv.[17] Motiver, som ikke indstifter consideration, er retligt irrelevante. Medens begrebet motiv kan omfatte "a desire for some object", må det "motiv", der kan anerkendes som consideration, snarere defineres som "the object that is desired". Dette er ikke blot to måder at skrive det samme på, idet der i "værdien" af det "object", som udgør modydelsen, kan være en tilstrækkelig "consideration", som er helt forskellig fra "the actual motivating cause" eller *motivet* for at erhverve objektet.[18] "The consideration for which a man bargains may not be his sole, or even his chief, reason for making his promise", og følgelig må consideration være "substantial in character"

---

16) Jfr. *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 501 f.

17) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 67, *Anson*: Law of Contract, p. 93; *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 509.

18) Sml. *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 510.

og støttes på en objektiv (retlig) faktor.[19] Med umiddelbare associationer til det franske cause-begrebs "premier but" samt til forudsætningslærens væsentlighedskriterium fremhævede i amerikansk ret allerede *Holmes*, at consideration *ikke blot* var "the chief motive in actual fact".[20] *Consideration kan ligge uden for det aktuelle og konkret afgørende motiv*, og støttes consideration alligevel herpå, kræves i hvert fald, at det skal være "a conventional motive or inducement". På den ene side er altså ikke ethvert "afgørende" motiv eller "inducement" tilstrækkeligt som consideration, og på den anden side udfindes fra aftalens betingelser samt dens byrdefordeling og objekt undertiden rent fiktive "motiver" til indstiftelse af consideration. Kravet om "value in the eye of the law" kan således både føre til indskrænkning og udvidelse af den individuelle værdiopfattelse.

2.2. En vigtig undtagelse fra læren om consideration har dannet sig efter *"The High Trees case"*[21] og det princip om *"promissory estoppel"* eller simpelthen "equitable limitations", som denne dom gav stødet til.[22] Dette princip bryder en for hele problematikken omkring *frigørelse* fra kontraktsmæssige forpligtelser vigtig breche i considerationslæren. Hvor en kontraktspart under kontraheringen eller senere ved

---

19) Jfr. *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 547 f.

20) Jfr. *Holmes*: The Common Law, 1881, p. 293. Hertil *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 511.

21) *Central London Property Ltd. v. High Trees House Ltd.* (1947). Princippet blev endeligt slået fast i *Combe v. Combe* (1951). Som "leading case" anføres nu også *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877), der udtrykker lignende synspunkter; men denne dom var overset og glemt i flere årtier, indtil den især efter The High Trees case blev genopdaget og -fremdraget.

22) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 89 ff., *Chitty* on Contracts I, p. 99 ff., jfr. p. 92 ff.; samt måske mindst lige så interessant fremstillingen heraf hos den person, der mere end nogen anden stod fadder til denne udvikling, i *Lord Denning*: The Disciple of Law, 1979, p. 197-223.

et løfte eller ved kontraktuel adfærd iøvrigt giver sin medkontrahent begrundet indtryk af, at kontrakten ikke vil blive søgt håndhævet strikt, kan denne kontraktspart ifølge læren om promissory estoppel *ikke* senere kræve sine rettigheder tilgodeset strikt efter kontraktens ordlyd under påberåbelse af, at hans afkald herpå manglede consideration, *når* medkontrahenten har handlet i tillid til lempelsen, *og* det (derfor) ville være "unjust" eller "inequitable" at stå fast på kontrakten.

Lord Denning præciserede i præmisserne til *Combe v. Combe*, at læren alene kan finde anvendelse på "modification or discharge" af en kontrakt, medens consideration stadig var at betragte som en "cardinal necessity" for "formation" af kontrakter, og denne "defensive nature" af læren er siden fastholdt i den altovervejende del af teorien.[23)]

Det er ikke ganske klart, hvor langt læren om promissory estoppel kan udnyttes til at lempe kontraktsmæssige forpligtelser. Det er imidlertid givet, at ikke alene et regulært løfte, men også en løftemodtagers/kreditors blotte "conduct" kan give føje for at antage en kontraktsmæssig lempelse, ligesom kravet om medkontrahentens "acting upon it" ikke rummer noget krav om "detriment", men nærmest må opfattes som

---

23) Jfr. *Chitty* on Contracts I, p. 95 og 103; *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 92 f.

Ud fra en tilsvarende tankegang har man dog i begrænset omfang anerkendt oprindelig *indstiftelse* af visse retsvirkninger på grundlag af et løfte uden consideration. Således hvor en løftemodtager har handlet i tillid til løftet, og løftegiver ville opnå en ugrundet berigelse, hvis han frit kunne tilbagekalde løftet; jfr. *Dillwyn v. Llewellyn* (1862) og *Inwards v. Baker* (1965), hvor en person havde foræret en anden et stykke jord og tilladt, at denne havde bebygget det. Se hertil *Chitty* on Contracts I, p. 69 og p. 95 ved note 31.

Atiyah: Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement, 1971, vil meget radikalt forkaste opfattelsen af considerationskravet som en fritstående "teknisk" gyldighedsbetingelse. Han anfører i postuleret overensstemmelse med, hvad domstolene mener, (om end det ikke altid er, hvad de *siger*), at der heri alene ligger en *retlig* vurdering af, om der er nogen "good and sufficient reason" for at håndhæve løftet: "In short we must look to the reasons (or considerations) which make it *just* or *desirable* to enforce promises, and also to the extent to which it is just to enforce them" (mine udhævninger).

et krav om at have "virket bestemmende". Med den ekspansive tendens læren hidtil har udvist, kan man måske forvente en yderligere udvikling i retning af et endnu friere rimelighedsskøn ud fra equity - mest nærliggende nok ved en objektivering eller normering af den relevante "conduct" fra den oprindelige løftemodtagers side.

2.3. Selv om engelsk (og amerikansk) kontraktsret er udpræget liberalistisk, og der vel er grænser for, hvor store indskrænkninger det i considerationsdoktrinen liggende noget-for-noget-princip eller læren om promissory estoppel gør heri, er det dog givet, at det 19. århundredes ideer om "freedom of contract"[24] i vidt omfang i dag har mistet deres "appeal" også i engelsk ret. En væsentlig del af årsagen hertil skal lige som i de kontinentale retssystemer søges i et ændret produktions- og forbrugsmønster med fremtrængende brug af standardkontrakter. Som det udteykkes hos *Anson*: "Freedom of contract is a reasonable social ideal only to the extent that equality of bagaining power between contracting parties can be asumed, and no injury is done to the economic interests of the community at large".[25] I erkendelse heraf har domstolene også i et vist omfang lagt bånd på kontraktsparterne og især på den økonomisk stærkere part.

Et stykke ad vejen har man formelt kunnet nå inden for aftalens rammer gennem reglerne om "implication" eller "construction" af aftalevilkår, hvorigennem f.eks. også "exemption clauses" er censureret.[26] Denne såkaldte fortolknings-

---

24) Som først og fremmest må føres tilbage til *Adam Smith*: The Wealth of Nations, 1776; og senere *Bentham*.

25) Jfr. *Anson*: Law of Contract, p. 3. Også gengivet hos *Chitty* on Contracts I, p. 3 f.

26) Se f.eks. *Chitty* on Contracts I, p. 322 ff., 350 ff. og 361 ff.; *Corbin* on Contracts, vol. 3 A, p. 132 ff.
Specielt ansvarsfrihedsklausuler blev der dog relativt tidligt givet lovgrundlag for at gribe ind over for. Se således the Misrepresentation Act 1967, sec. 3, og the Sale of Goods Act 1893, sec. 55, som senere ændret ved the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973.

løsning dækker imidlertid i høj grad over afvejelser på grundlag af "fairness and justice", og en begrundelse alene ud fra parternes hypotetiske intentioner bliver derfor delvis fiktiv. Man synes dog nu også mere åbenlyst at vedkende sig afgørelsens retlige i stedet for faktiske karakter. Nyere afgørelser synes generelt at anerkende muligheden for tilsidesættelse af kontraktsmæssige bestemmelser på grundlag af "inequality of bargaining power", og undertiden synes at kunne læses et generelt krav om, at kontrakten skal være "fair".[27)]

I rækken af "leading cases" må først og fremmest nævnes *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*,[28)] hvor Lord *Denning* som et almindeligt begreb, der efter hans opfattelse har ligget implicit til grund for flere tidligere afgørelser, fremhævede "inequality of bargaining power", og som almindeligt princip hævdede, at engelsk ret hjemler tilsidesættelse af en kontrakt, hvis vilkår er "very unfair" eller hviler på en consideration, der er "grossly inadequate". Denne linje er også fulgt i *A. Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay*.[29)] Lord *Reid* anførte, at "unnecessary" eller "unreasonable" kontraktsbetingelser ikke uden videre kan anerkendes, men "must be justified before they can be enforced". Lord *Diplock* starter ligeledes med at relatere sin løsning til parternes "bargaining power" og hævder, at det spørgsmål, der i tilfælde af ulighed her skal besvares, simpelthen lyder: "Was the bargain fair?". "The Test of fairness" angives videre at skulle være "whether the restictions are both reasonably necessary for the protection of the legitimate interests of the promisee and commensurate with the benefits secured to the promisor under the contract". En me-

---

27) Se hertil f.eks. *Chitty* on Contracts I, p. 4, 70, 214 f. *Chitty* er gennemgående skeptisk overfor et legalt krav om "fairness".

28) Se WLR. 1974, vol. 3, p. 501.

29) Se WLR. 1974, vol. 1, p. 1308.

get lignende sag har senere foreligget i *Clifford Davis Management Ltd. v. W.E.A. Records Ltd.*.[30] Også her fremhæves af Lord *Denning* at foreligge "a case of inequality of bargaining power", og da parterne ikke er mødtes på lige vilkår, idet den ene har været i en take-it-or-leave-it-position, er det i det hele "a matter of common fairness", om det vil være rigtigt at lade den stærke "push the weak to the wall".

Det er klart, at en ulighed i "bargaining power" ikke i sig selv er ugyldighedsgrund. Men den retspraksis, der efterhånden foreligger i engelsk ret, og som først og fremmest Lord *Denning* har stået fadder til, leder imidlertid frem til, at ulige kontraheringsvilkår kan føre til ugyldighed, når "presset" på den svage part har ført til en "grossly unfair" handel.[31] Om synspunktet i domstolenes selvstændige retsskabelse er ført igennem for andet end standard- eller take-it-or-leave-it-kontrakter, er dog nok tvivlsomt.[32]

Denne dommerskabte linje er imidlertid siden fulgt op ved lovgivning. Nævnes kan the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 og allervigtigst den seneste *Unfair Contract Terms Act 1977*. Denne lov udviser meget af den moderne tankegang med restriktiv forståelse af det gamle princip om kontraktsfrihed, som ud fra en vurdering af parternes "styrkeforhold" er ved at vinde indpas i nyere engelsk ret. Det sker dels ved total afvisning af ansvarsfrihedsklausuler i visse tilfælde samt i andre situationer ved censurering af sådanne klausuler ud fra en "test of reasonableness" og dels ved særlig beskyttelse ud fra samme rimelighedskriterium af den svagere kontraktspart, som "deals as a consumer" eller

---

30) WLR. 1975, vol. 1, p. 61.

31) Se hertil *Chitty* on Contracts I, p. 214 f.

32) Sml. *Chitty* on Contracts I, p. 70.

på grundlag af medkontrahentens standardvilkår.[33] I kravet om *rimelighed* ligger nærmere, at "the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made", jfr. UCTA sec. 11.

Disse *standarder* såvel som de, der omkring kriterier som "unconscionable" og lign. har fæstet sig i amerikansk ret og er lovfæstet i the Uniform Commercial Code sec. 2-302,[34] er i realiteten en underafdeling af hele considerationsproblematikken og behandles rent systematisk da også sådan hos f.eks. *Corbin*.[35]

---

33) Se hertil f.eks. *Stevens & Borrie*: Mercantile Law, 1978, p. 38 f. og 520 f.
Forbrugerbegrebet er nærmere fastlagt i UCTA sec. 12; sml. *Stevens & Borrie*: Mercantile Law, p. 257.

34) Som omtalt ovenfor i kapitel 4, pkt. 4, ved note 5 ff.

35) Jfr. *Corbin* on Contracts, vol. 1, p. 128 ff.

3. Frustration.

Efterfølgende omstændigheder i forhold til kontraheringstidspunktet kan ifølge *"the doctrine of frustration"* få betydning for "discharge of contracts". Det gælder såvel indtræden af uforudsete begivenheder som udeblivelse af forventede sådanne. Betingelserne herfor er imidlertid strenge, og også her slår vildfarelseslærens kriterium fra "common mistake" igennem med et krav om *fælles* skuffelse i forhold til kontraktsformålet. Bristende forudsætninger hos den ene part er ikke tilstrækkeligt; men på den anden side kræves ikke, at den omstændighed, der svigter, i gængs forudsætningsmæssig forstand har været "væsentlig" for begge parter. Frustration foreligger dersom en ekstraordinær eller "catastrophic" omstændighed, som ingen af parterne er ansvarlig for, *umuliggør opfyldelse af "the common design of the parties"*, således at kontrakten, selv om den måske kunne opfyldes efter sit bogstav, nu ville forpligte parterne radikalt anderledes end oprindelig påtænkt. Det skal dog noteres, at "mere hardship or inconvenience to one of the parties" ikke er tilstrækkeligt til at begrunde "discharge by frustration".[1] Illustrerende er den første af de såkaldte "coronation cases".[2] En mand havde lejet en lejlighed for derfra at kunne overvære kroningsprocessionerne for Edward VII, der var planlagt til de dage. Begge parter var på det rene med, at dette var det eneste formål med at leje lejligheden, men denne omstændighed blev ikke nævnt i den skriftlige lejekontrakt. Da processionerne imidlertid blev udsat, fik lejeren medhold i, at dette forhindrede kontraktens opfyldelse, idet det ikke længere var muligt at opnå "the substantial purpose of the contract", hvorfor parter-

---

1) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 544 ff. Sml. *Chitty* on Contracts I, p. 658 ff.

2) *Krell v. Henry* (1903).

ne blev "discharged" fra deres forpligtelser.[3] Omstændighederne minder unægteligt om en kendelig forudsætning, men systematisk nok endnu mere om en "zweckstörung" som kendt fra tysk ret.

Betingelserne for denne retsvirkning er som nævnt frustration af aftalens *objekt* og ikke blot af løftegiverens *motiv*. Denne sondring kan imidlertid være meget vanskelig at foretage. Til sammenligning med den ovennævnte kroningsdom kan fremhæves en samtidig og i sine omstændigheder meget lig dom, der endog er afsagt af de samme dommere, men hvor udfaldet blev det modsatte, idet man alene anså motivet og ikke aftalens objekt eller "foundation" for frustreret.[4] Her havde en person lejet en båd "for the purpose of viewing the naval review and for a day's cruise round the fleet". Mønstringen blev senere aflyst, men flåden blev liggende. Det forskellige resultat i forhold til kroningsdommen kan måske forklares ved, at sejlturen rundt om flåden stadig kunne foretages og at overværelse af mønstringen, selv om dette måske havde været det afgørende motiv, ikke kunne siges at være den eneste oplevelse, der var tilsigtet. Rundturen om flåden var "an equally basic object", der ikke var umuliggjort.[5] Illustrerende for vanskeligheden ved sondringen mellem "object" og "motive" er i endnu højere grad det eksempel, der gives hos *Cheshire and Fifoot*, uden at der sammesteds tør gives noget løsningsforslag: En mand hyrer en bil til at køre til Oxford på en bestemt fremtidig dato, som begge parter er klar over er Derbydag. Dersom Derbyet imidlertid aflyses, er det afgørende for, om kontrak-

---

3) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 545 f., 549; *Chitty* on Contracts I, p. 672 f.

4) *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* (1903).

5) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 549; *Chitty* on Contracts I, p. 673.

ten er "discharged", hvorvidt væddeløbet anses for "the foundation" for kontrakten eller blot "the motive" herfor.[6)]

Resultatet kan kun udledes af praktiske overvejelser, og i det omfang det i stedet søges udledt direkte af begreberne eller som "implied terms", er der tale om ren fiktion. Dette blev da også klart erkendt i sagen *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* (1956), hvor Lord *Radcliffe* sagde: "By this time it might seem that the parties themselves have become so far disembodied spirits that their actual persons should be allowed to rest in peace. In their place there rises the figure of the fair and reasonable man. And the spokesman of *the fair and reasonable man, who represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice, is and must be the court itself*"[7)] (min udhævning).

Essensen heraf er, at domstolene generelt er blevet mere tilbageholdende med at tillade en part at påberåbe sig en byrdeforrykkende klausul under omstændigheder, hvor det ikke ville være "fair or reasonable", hvorved man vil tage hensyn til, om kontrakten "was in a standard form, whether there was equality of bargaining power, the nature of the breach, and so forth".[8)]

---

6) Jfr. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 549.

7) Se hertil *Chitty* on Contracts I, p. 662; *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 547 f.; Lord *Denning*: The Discipline of Law, p. 46 f. Sml. ovenfor i kapitel 2, pkt. 10.3. ved note 18 ff.

8) Lord *Denning*: The Discipline of Law, p. 47.

E. Sammenfattende og komparativt.

1.1. I alle retssystemer vil der i større eller mindre udstrækning være "grå zoner", hvor afgørelsen vil bero på et *skøn*, og hvor *billigheden* ofte vil være den reelle rettesnor.

Især *tysk* ret har - også uden for generalklausulerne - givet sig af med en egentlig interesseafvejning under frie og rummelige begreber som "Äquivalenzstörung", "grobes Missverhältnis" m.v.. Der er tidligt meget tydelige tendenser til en egentlig "social engeneering". I *fransk* ret har tingene historisk været mere sorte og hvide end i tysk ret, og de er det til en vis grad endnu; men der er immervæk sket ét og andet, siden 1700-tallets provancalske jurist, som anekdoten fortæller, bad Gud beskytte sig mod pest og billighed.

En direkte retlig påvirkning fra tysk ret til fransk ret er svær at få øje på. Den tysk-romanistiske forudsætningslære er i hvert fald ikke ekspanderet mod syd-vest. Derimod må det konstateres, at store dele af BGB har den ældre Code civil som forbillede, og at de franske regler som f.eks. kodifikationen af selve viljesprincippet genfindes næsten ordret i BGB.[1)]

Der er i det hele taget meget væsentlige overensstemmelser mellem BGB og Code civil. *Savignys* "echten Irrtum" og dermed BGB's substansbegreb kan også ses som et nøje korrelat til det franske substansbegreb.

Selv om de næsten 100 år, der ligger imellem Code civil's og BGB's ikrafttræden, nok afspejles noget i lovbøgernes regler - bl.a. ved at der i BGB kan spores en mere tvetydig holdning til viljesdogmet (sml. f.eks. § 133 med § 157) end i Code civil (se hertil art. 1156) - er det dog ikke så meget i reglerne som i *brugen* af reglerne, man skal finde

---

1) Se en sammenligning mellem fransk og tysk ret hos *Mazeaud*: Lecons de Droit Civil II. 1., p. 97 ff.

den afgørende forskel mellem tysk og fransk ret. Medens fransk praksis har trukket i retning af en "bordet fanger"-tilstand i højere grad, end egentlig krævet i Code civil, har tysk praksis modsat gennem en udvidende fortolkning af BGB's *standarder* og læren om *Geschäftsgrundlage* vokset sig mere fri af den stricto jure, end de lovfæstede principper umiddelbart tillader.

Medens franskmændene har holdt sig relativt tæt til den fortolkning af Code civil, som under stærk indflydelse af liberalismen blev fastlagt af revolutionens dommerstand, har tyskerne vist sig imødekommende overfor nye behov og evnet at bruge BGB's *standarder* som de "indgange til de sociale behovs ocean", de ifølge *Hedemann* er.[2)]

En egentlig *forudsætningslære* har kun haft rigtig gode kår i det nordiske; men som det vil være fremgået, er *Windscheids* lære gennem *Oertmanns* og *Larenz'* fremstillinger af "die Geschäftsgrundlage" i nogen grad kommet ind i tysk ret ad bagdøren. Når de mere romanistisk orienterede retssystemer principielt undsiger motivvildfarelsen som retlig betydningsfuld, sker dette som vist med en række undtagelser og modifikationer. Det er karakteristisk, at de eksempler, der gives på motivvildfarelser til illustration af, hvorfor sådanne ikke kan have nogen retlig betydning, netop er tilfælde, der klart ville blive karakteriseret som *irrelevante* efter vores forudsætningslære.

Medens forudsætningslæren forekommer mere adækvat end den kunstige sondring mellem erklærings- og motivvildfarelser som redskab for den *risikofordeling* der reelt er tale om, må det erkendes, at tysk ret i læren om Geschäftsgrundlage har et nok så brugbart redskab, om det bringes i anvendelse. Læren om Geschäftsgrundlage giver i mange tilfælde plads for *en meget fri og objektiveret billighedsafgørelse*, men har iøvrigt meget til fælles med forudsætningslæren i den såkaldte objektive version, hvor forudsætnings-

---

2) Sml. hertil kapitel 4, afsnit A, pkt. 4.

begrebet ikke behøver dække over positive, bevidste antagelser eller forventninger. Når f.eks. *Illum*[3] og *Arnholm*[4] vil holde spørgsmålet om virkningen af senere ændringer uden for forudsætningslæren bortset fra de tilfælde, hvor løftegiveren klart har tilkendegivet en bestemt forudsætning om fremtiden, foretager de i realiteten den samme sondring mellem subjektivt og objektivt aftalegrundlag som *Larenz* i tysk ret, men uden at dette indebærer nogen afgørende forskel til *Ussings* forudsætningslære i retsvirkningsmæssig henseende.

Allerede i *Lassens* såkaldte subjektive forudsætningslære lå imidlertid i forudsætningsbegrebet en tilsvarende dualisme, idet *Lassen* foruden den individuelle forudsætning også opererede med en "objektiv" forudsætning. Den relevante forudsætning skulle her ikke udfindes ved individuel fortolkning, men "ved afvejelse af objektive retshensyn". For den "objektive" forudsætnings vedkommende er der ifølge *Lassen* tale om ugyldighed "på grund af manglende retsgrund (*causa*)". *Lassen* så klart dualismen, men anså det for rettest at samle de to begreber under en fællesbetegnelse, væsentligst fordi den typiske virkning af det forudsattes svigten i begge grupper vil være den samme.[5]

Medens den nordiske forudsætningslære tager udgangspunkt i *partens* forudsætning, opererer den tyske lære om Geschäftsgrundlage ud fra *kontraktens* grundlag. Det vil sige, at relevansen af en subjektiv forudsætning eller antagelse afgøres efter, om den har været *fælles* (gemeinsam) i den forstand, at den har dannet basis for den gensidige kontrakt.[6] Noget

---

3) Jfr. *Illum*: Servitutter, 1943, p. 242 note 14.

4) Jfr. *Arnholm*: Alm. Obligasjonsrett, 1947, p. 102 ff.

5) Jfr. *Lassen* i TfR 1895, p. 292. Sml. ovenfor kapitel 2, pkt. 2 ved note 4.

6) *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 187 f., anser bl.a. *Oertmann* - der jo trak *Windscheids* vægtning af den enkelte erklæring over mod en bedømmelse af selve den gensidige kontrakt som sådan, jfr. ovenfor afsnit B, pkt. 2.3. ved note 17 - for påvirket af engelsk rets lære om common (mutual) mistake. Sml. hertil også *Larenz*: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, p. 39 f.

tilsvarende kan ses i fransk ret. Også i nordisk ret kan der dog i et vist omfang konstateres en tilsvarende tendens til at trække begrundelsesmønstret i retning af den gensidige eller fælles forudsætning bl.a. ved udstrækning af fortolkningsbegrundelsen. Undertiden ser man således en forudsætning indfortolket i aftalen som *stiltiende betingelse*, hvilket vel er, hvad der reelt ligger i de ovenfor i kapitel 5, pkt. 1, note 5, nævnte domme, der bygger kontraktens *fortolkning* på "parternes" eller "aftalens" forudsætninger - og i U 1974. 654 H synes Højesteret at tage stilling til de "påberåbte betingelser og forudsætninger" under ét som "stiltiende betingelser".

Forskellen mellem den kendelige, ensidige *forudsætning* og den stiltiende *betingelse* skulle være, at forudsætningens bestemmende karakter ensidigt refererer sig til den ene parts forestillinger, og at dens *relevans* derfor helt må bygge på *retlige* overvejelser, medens betingelsen - selv om den som "stiltiende" ikke kan findes udtrykt i aftalens ordlyd - skal kunne udledes af *kontrakten* i vid forstand og derfor *eo ipso* er relevant som en del af aftalegrundlaget. Sondringen er imidlertid næppe reel. Ved forudsætningslærens relevansbedømmelse vil der altid være en vis tilknytning til det individuelle kontraktsforhold, ligesom man ved fastlæggelse af en underforstået, stiltiende betingelse i et vist omfang er henvist til retlige vurderinger af en bestemt omstændigheds betydning for kontraktens forståelse og mening.[7] Når det vurderes, om en omstændighed er indgået i aftalen som stiltiende "betingelse" i stedet for at konstatere en sub-

---

Fr. Vinding Kruse er nok dén, der stærkest i nordisk retsteori har tenderet i retning af tysk ret på dette punkt. Sml. ovenfor kapitel 2, pkt. 5. Også *Spleth* i U 1980 B, p. 96, vil for de tilfælde, hvor forudsætningen refererer sig *til modpartens ydelse*, afgøre forudsætningens relevans efter, om den kan anses for *stiltiende accepteret* af modparten.

7) Jfr. *Vahlén*: Formkravet vid fastighetsköp, p. 258. Se også hertil *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 15 ff., 19.

jektiv forudsætning og derefter bedømme dens relevans efter et rimelighedsskøn, betyder dette formentlig blot, at relevansbedømmelsen indlægges i selve bedømmelsen af, *om* der foreligger en (eo ipso relevant) betingelse. Når man *(Larenz)* i tysk ret til "gemeinsamkeit" af et aftalegrundlag ikke kræver hverken faktisk eller hypotetisk accept fra medkontrahenten, men kun en konstrueret accept ud fra "redlich" kontraheringsadfærd, er der på præcis samme måde tale om at indlægge rimeligheds- eller relevansbedømmelsen i selve det fælles forudsætningsbegreb ("Geschäftsgrundlage"). Realiteten er under alle omstændigheder en i høj grad objektiveret rimelighedsafgørelse. Derfor bør sondringen mellem ensidige og fælles forudsætninger ikke tillægges nogen betydning som udgangspunkt for en deduktion af retsfølger;[8] men af samme grund behøver den betydning, man bl.a. i tysk ret tillægger sondringen i princippet, heller ikke at betyde nogen reel forskellighed fra dansk og nordisk ret, idet man netop altid vil være i stand til at begrunde et rimeligt resultat under den nødvendige konstruktion.

1.2. I modsætning til fransk og tysk (og for den sags skyld også dansk) ret har *engelsk* ret historisk udviklet sig mere uafhængigt af romersk ret. Det engelske considerationsbegreb er antageligt ikke et lån fra det romerske causa, men selvstændigt udviklet som en "noget for noget"-regel.[9] De praktiske problemer i det engelske samfund har imidlertid ikke været mere forskellige fra de tilsvarende problemer i de kontinentale samfund, end at påfaldende overensstemmende løsningsmodeller er frembragt - og i nyere tid har en gensi-

---

8) Jfr. *Krabbe* i U 1920, p. 173; *Fr. Vinding Kruse*: Ejendomsretten II, p. 765 f.; *Ussing*: Bristende Forudsætninger, p. 15 ff., 19; *Vahlén*: Formkravet vid fastighetsköp, p. 258 f.

9) Jfr. *Holmes*: The Common Law, p. 253 f.

dig påvirkning naturligvis også fundet sted.[10)]

I deres principielle funktion som "gensidigt kausalmoment" i forhold til løftet er det romerske causa og den engelsk consideration vist meget parallelle,[11)] medens der i den nærmere fastlæggelse af de retligt relevante "kausale" modydelser må konstateres visse forskelle såvel herimellem som i forhold til de tilsvarende tyske og franske begreber. Udviklingen i engelsk retspraksis idag viser imidlertid udprægede pragmatiske tendenser, der på aftale- og ugyldighedslærens område rækker langt ud over considerationsdoktrinens skema. Engelsk ret har i den allerseneste tid vist sig mere dynamisk, end man måske ville forvente, og i højere grad end tidligere parat til fordomsfrit at møde tidens krav. Dette udtrykkes nok klarest af dén, der mere end nogen anden har været med til i praksis at dreje engelsk ret i denne retning, nemlig Lord *Denning*: "the principles of law laid down by the Judges in the 19th century - however suited to social conditions of that time - are not suited to the social necessities and social opinion of the 20th century. They should be moulded and shaped to meet the needs and opinion of today".[12)]

---

10) Sml. f.eks. *Cheshire and Fifoot*: Law of contract, p. 20 ff.
Det er dog omtvisteligt i hvilket omfang *equity*-reglerne er påvirket af romersk ret. Equity blev skabt gennem kanslerretten, der i begyndelsen oftest var bemandet med gejstlige med kendskab til romersk-kanoniske retsprincipper.

11) Sml. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 288 ff., 295 f.

12) Lord *Denning*: The Discipline of Law, 1979, p. V.

KAPITEL 7

AFSLUTNING

1.1. Hele den her behandlede problematik er i virkeligheden et spørgsmål om *retssikkerhed*. Når man traditionelt taler om "sikkerhed" i denne aftaleretlige forstand, forstås herved vel oftest visheden om, at en aftale står ved magt, næsten uanset hvad der sker.[1] Om en sådan vished vil give parterne nogen reel "sikkerhed", er imidlertid mere end tvivlsomt. Rent faktisk giver man sig i givet fald eventuelle ukendte eller uovervejede omstændigheder eller en usikker fremtid fuldstændig i vold. At aftalen skal holdes i alle dens "ord og punkter" giver ingen sikkerhed for, at aftalens *virkninger* vil udmønte sig i den *rimelige balance* mellem ydelse og modydelse, fordele og ulemper, eller rettigheder og pligter, som må forudsættes at være aftalegrundlaget, og *dét* må være afgørende for parternes fornemmelse af "sikkerhed" eller tryghed i kontraktsforhold. Denne opfattelse af retssikkerhedsspørgsmålet kommer da også til udtryk i *Hellners* generalklausuludredning, hvor han starter med at fremhæve, at han "betraktar införandet av ökade möjligheter att tillämpa en generalklausul som ett viktigt rättssäkerhetsintresse. ... At vara utsatt för motpartens övermakt eller godtycke till följd av avtalsvillkorens utformning är inte förenligt med rättssäkerhet. Inte heller är det ett verkligt rättssä-

1) Se således *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse, p. 23, om aftl. § 36: "Mod en gennemførelse af en så vid civilretlig generalklausul taler hensynet til sikkerheden i kontraktsforholdene".

kerhetsintresse att strikt upprätthålle ett villkor, som vid oförudsedda händelser medför opåräknade fördelar för den ena parten och en lika opåräknad förlust för den andra".[2)]

1.2. Den aftaleret, vi idag kender, er en videreudvikling af det primitive *bytte* med samtidig udveksling af ydelser, der af parterne er opfattet som ligeværdige. I gensidigt bebyrdende aftaler uden noget gavemoment har tanken om ydelse for ydelse eller kravet om en vis ligevægt i ydelsesudvekslingen været levende lige siden.[3)]

Naturretten udtrykte det i *Nørregaards* formulering således: "I de bebyrdende kontrakter udgør lighed noget væsentligt, det er: de ting eller gerninger, som den ene skal præstere den anden, bør være af lige værdi. Hvoraf følger: At dersom den ene kontrahent præsterer den anden mindre i værdi, end ham af hans medkontrahent allerede præsteret, bliver kontrakten som ugyldig at anse, da her er en mangel i henseende til det væsentlige af det, hvorom kontrakten er indgået".[4)]

Hele *forudsætningssynspunktet* kan således også først og fremmest ses som udtryk for "gensidighedstanken i juridisk iklædning".[5)] Forudsætningslærens vigtigste funktion har formentlig netop været, at parterne har kunnet "slutte aftaler i tillid til, at forudsætningsreglerne begrænser risikoen" for væsentlige afvigelser fra den forudsatte rimelige byrdefordeling,[6)] og hertil slutter *aftl.* § *36* sig nu.

---

2) Jfr. SOU 1974:83 ("Generalklausul i förmögenhetsrätten"), p. 127.

3) Sml. om "likevektsrettferdighet" hos *Eckhoff*: Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier, 1971, p. 38 f., 48, jfr. p. 108: "Rettferdighetsbetraktninger om at det kreves forholdsmessighet mellom ydelse og motydelse... kan bestemme hva som *blir* avtalt, og de kan virke som supplementer eller korrektiver til det som *er* avtalt".

4) *Nørregaard*: Natur-Rettens første Grunde, 1784, p. 233, jfr. p. 231 ff.

5) *Mathiassen*: Aftaler i forvaltningsretten, 1974, p. 95, jfr. p. 3 ff. og 49 f.

6) Jfr. *Illum* i U 1946 B, p. 122; *samme*: Udvalgte artikler, p. 147.

Man kan formentlig som *et almindeligt aftaleretligt princip* opstille en *rimelighedsregel*, der tilgodeser især den økonomiske og sociale balance i aftalen, men til en vis grad også mere immaterielle hensyn så som handlefrihed og selvbestemmelsesret.[7)]

1.3. Al lære om forudsætning, vildfarelse, billighed, causa, Geschäftsgrundlage, consideration o.s.v. rummer en fælles grundtanke, nemlig dén at løftet ikke i sig selv som abstrakt fænomen ud fra en viljes- eller forventningsteori kan begrunde en retlig virkning. Retsgrunden må søges i en *sammenhæng mellem løftet og dets reale grundlag*.[8)] "Ikke på *løftet* som sådant, men på *hele det økonomiske retsforhold*, hvoraf løftet kun er et enkelt led, støttes hans krav".[9)] Adskillelse af løftet som sådant fra dets reale grundlag - eller, om man vil, adskillelse af den formelle og den materielle ret - vil altid have noget kunstigt over sig.

Når det i DL 5-1-1 hedder, at enhver er "pligtig at efterkomme", hvad han har "lovet", og ligeledes i aftl. § 1, at "tilbud og svar på tilbud er bindende", rummes der i disse generelle udtryk for løfteprincippet heller intet om hvilke krav, der nærmere skal stilles til det løfte, der herved tillægges retsvirkning. Sædvanligvis er disse programerklæringer blevet taget til indtægt for, at løftet i sig selv er en isoleret retsstiftende kendsgerning, men løftets retsvirkninger må konkret fastlægges i sammenhæng med og eventuelt begrænses på baggrund af *det reale mellemværende*, der har foranlediget løftet. I flere af de tilfælde, hvor løfter frakendes forbindende virkning på grundlag af deres manglende "absolutte rigtighed og endelighed" el. lign. for-

---

7) Jfr. *Taxell*: Avtal och rättsskydd, 1972, p. 78 ff., jfr. p. 87 f.

8) Jfr. hertil *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 414 f., jfr. p. 305 ff.

9) *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 312.

tolkningsprægede begrundelser,[10] vil den virkelige årsag hertil nok heller ikke så meget være en mangel ved selve løftet eller dettes forpligtende hensigt som mangel af et acceptabelt eller tilstrækkeligt fikseret *forpligtelsesgrundlag*.[11]

Selv *Lassen*, der i opposition til *H. Munch-Petersens* stærke betoning af løftets causa skarpt forfægtede, at løftet i sig selv - "det abstrakte løfte" - skulle kunne gøres gældende som gyldigt og bindende uden angivelse af nogen "skyldgrund",[12] medgav, at løftet kunne anfægtes ud fra manglende "retsgrund" eller "causa".[13] Muligvis indlagde *Munch-Petersen* og *Lassen* ikke helt det samme i det af dem anvendte causabegreb, men for en stor del kan uenigheden mellem disse forfattere reduceres til et simpelt spørgsmål om, hvem der har *bevisbyrden* for forholdet mellem løftet og det grundlag.[14] Her må *Lassens* lære, hvorefter det er op til *løftegiveren* at *anføre* og *godtgøre* omstændigheder i det reale mellemværende, der måtte kunne anfægte løftet, utvivlsomt anses for at have sejret.

Udviklingen har imidlertid vist, at der siden *Lassen* er opstået et større behov for en friere aftaleregulering efter objektiverede materielle kriterier - en causalære, om man vil - der nok giver et noget mere nuanceret syn på kravene

---

10) Sml. kapitel 3, afsnit B, pkt. 2.5. ff., samt kapitel 5.

11) Jfr. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 419. Sml. kapitel 3, afsnit A, pkt. 5.5.

12) Jfr. *Lassen*: Alm. Del, p. 55 ff., 153 f.

13) Jfr. *Lassen* i TfR 1895, p. 292.
Den romerske glose *causa* anvendes endnu i den vekselretlige litteratur om vekselskyldnerens indsigelser vedrørende det underliggende forhold mellem denne og trassenten eller en tidligere vekselindehaver (vxl. § 17) - de såkaldte "causaindsigelser".

14) Jfr. *H. Munch-Petersen*: Løftet og dets Causa, p. 421. Hertil også allerede *Goos*: Alm. Retslære II, p. 220 f. (om det principielle problem, men af gode grunde ikke om striden mellem de netop nævnte forfattere), samt *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 55.

til "godtgørelsen" af manglende causa eller retsgrund ved løftet, om end løftegiveren stadig må "anføre" manglen. Når *Lassen* således skriver, at der ikke kan opstilles noget krav om et "ligeligt værdiforhold" mellem ydelserne, at "misforhold" mellem ydelse og modydelse "ordentligvis" kun kan angribes efter reglen i aftl. § 31 om udnyttelse, og at retsordenen iøvrigt ikke kan undertrykke en "ubillig fordel" i køb og salg,[15] gælder denne karakteristik ikke på nutidig ret. Ikke mindst aftl. § 36 sigter (bl.a.) på at ramme sådanne "ubillige" fordele for den ene part, hvilket netop vil sige at "causaforholdet" eller løftets objektive grundlag og modydelsen tages i betragtning; og m.h.t. *beviset* herfor vil dommerne givetvis møde med en forhåndsoverbevisning om, at aftalen sigter på en *sædvanlig og rimelig* byrdefordeling, således at *løftemodtageren* i givet fald bliver pålagt at godtgøre omstændigheder ved det konkrete mellemværende, der retmæssigt kan begrunde et andet resultat, end de retlige overvejelser umiddelbart leder til. Aftl. § 36 er det klareste eksempel på, at fundamentet for den retlige aftalefrihed[16] - og dermed grænserne for denne - idag ikke fremstår alene af "den nøgne, formålsløse vilje",[17] men simpelthen af samfundsmæssige hensigtsmæssighedsbetragtninger.[18]

---

15) *Lassen*: Alm. Del, p. 154.

16) Se hertil i det hele *Atiyah*: The Rise and Fall of Freedom af Contract, 1979.

17) *Ernst Møller*: Forudsætninger, p. 54 ff.

18) Sml. *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, p. 28.

2. I forlængelse af det ovennævnte må man imidlertid ikke lukke øjnene for, at denne i realiteten meget frie reguleringsadgang, selv om den skaber en højere grad af sandsynlighed for materiel retfærdighed i den sidste ende, kan vanskeliggøre parternes muligheder for at bedømme deres retsstilling og vurdere deres chancer i en potentiel retssag, når grundlaget for aftalen viser sig at være et andet end forudsat. "Der vil meget let kunne opstå situationer, hvor det kan være vanskeligt at afgøre, om det vil være rimeligt eller urimeligt at kræve en kontrakt opfyldt".[1] Dette beror ikke alene på selve *skønnet*, men også på det meget vide og til dels vilkårlige *grundlag* for skønnet. Sagen vil undergå en stadig forandring under en proces, og parten vil ikke forud have grundlag for at bedømme sit standpunkt så fyldestgørende, som dommeren kan gøre det på baggrund af hele procesførelsens kulegravning af mellemværendets realitet.[2]

Dette rummer en tydelig fare for, at den intellektuelt og økonomisk *stærke* part i videre omfang end en svagere modpart, som der egentlig er større grund til at beskytte, *tør* risikere en proces. Den psykologiske belastning og økonomiske risiko, der normalt føles meget stærkt af private, pro-

---

1) *Lyngsø* i Juristen & Økonomen 1974, p. 501, i diskussionen om aftl. § 36.

2) Jfr. *Aubert*: Rettens sosiale funksjon, 1976, p. 198 f.; samt *Spleth* i U 1974 B, p. 251: "Domstolene træffer jo først deres afgørelse, når hele sagen er kulegravet. Parten, der skal afgøre, om han skal vove at kræve kontrakten tilsidesat, eller omvendt, om han skal søge den gennemtvunget ved domstolene, vil ikke have det samme grundlag, og også dette giver anledning til usikkerhed". Se hertil også *Carl Tjur* i Proceduren, 1969, p. 196: "Det sker gang på gang, når man kommer hjem fra en domsforhandling, at man må konstatere, at "sagen drejede" i retten ... Simpelthen fordi det mønster af problemstillingen, som man bragte med sig derover, viste sig ikke at komme til at passe, da konfliktens mønster kunne gøres op, efter at begge parter havde talt". Det siger sig selv, at disse processuelle partsovervejelser vanskeliggøres, jo "blødere" de materielle regler er. Udenretlig, førprocessuel kontakt mellem parternes advokater vil dog i nogen grad kunne hjælpe til at forebygge overraskelser i retssalen eller måske til helt at undgå retssagen, jfr. *Tjur* i Proceduren, p. 21.

cesuvante borgere, bliver ikke uden videre mindre for den svagere part, fordi der hjemles en friere adgang til at regulere urimeligheder i en kontrakt - tværtimod vil følelsen heraf måske være stærkere og selve processen føles mere tyngende, end dersom retsreglerne var skarpere og gav sikrere mulighed for almindelige borgere for en privat, førprocessuel domsprognose.

Når det som argument mod aftl. § 36 er blevet fremført, at bestemmelsen p.g.a. dens elastiske kriterier, der ofte vil skabe konkret usikkerhed om et retsforhold, vil virke procesfremmende,[3] er dette i hvert fald i en overgangsperiode nok rigtigt f.s.v. angår den førstnævnte gruppe af "stærke" potentielle procesparter som først og fremmest selskaber, institutioner m.v. Derimod vil det meget sandsynligt forholde sig stik modsat for en stor del af de almindelige eller "svage" borgere. For dem vil usikkerheden om, hvorledes en dom vil falde ud, næppe give sig udslag i en øget tilbøjelighed til at overlade enhver retskonflikt til domstolenes afgørelse, men tværtimod som følge af frygten for de *mulige* konsekvenser af en proces (erstatningskrav, sagsomkostninger m.v.) *modvirke procestilbøjeligheden*.

Den udprægede tendens til at tilstræbe materiel retfærdighed i formueretten må derfor til sin gennemførelse fordre en hensyntagen til de *procesøkonomiske konsekvenser* i vid forstand og kræve en øget adgang for borgerne til at *prøve* deres ret ved en domstol, inden de opgiver den, *uden* derved at risikere store og måske uforholdsmæssige krav og udgifter. Dette må give sig udslag i en større overbærenhed for partsfejltagelser såvel i henseende til selve *det indtagne standpunkt* i en tvist (erstatningspådragelse, sagsomkostninger etc.)[4] som i henseende til den mere formelle *procesførelse* (fremskaffelse af og ændring i processtoffet). Hvor

---

3) Jfr. *Lyngsø* i Juristen & Økonomen 1974, p. 501.

4) Sml. herved *Palle Bo Madsen* i U 1976 B, p. 277 ff.

behovet for en nogenlunde risikofri prøvelsesadgang er størst, nemlig ved forbrugeraftaler, ses disse hensyn varetaget af forbrugerklagenævnet og den dertil knyttede særlige adgang til fri proces. Den reform af retsplejen, som fuldt ud kan sikre, at borgerne er i stand til at opnå den retsstilling, de er lovet i den materielle lovgivning, er dog endnu ikke gennemført.[5)]

---

5) Et forsøg i denne retning er nu gjort med Betænkning nr. 886/1979 om behandling af sager af mindre værdi ved domstolene og det i tilknytning hertil fremsatte lovforslag af 16. december 1980 om ændring af retsplejeloven. I skrivende stund synes det sidste ord imidlertid ikke hermed at være sagt i denne retsplejediskussion.

ANVENDTE FORKORTELSER

AB: Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomheder.

AcP: Archiv für die civilistische Praxis (tysk)

Afbtl: Lov om køb på afbetaling

Aftl: Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område

AGB: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (tysk)

ASR: Assurandørsocietetets Responsum

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (tysk)

CCA: The Consumer Credit Act 1974 (engelsk)

Chl: Checklov

DL: Kong Christian den Femtis Danske Lov

FAL: Lov om forsikringsaftaler

FiH: Finsk højesteretsdom

FT: Folketingstidende

G: Gældskommissionsdom

Gbl: Lov om gældsbreve

GRUR: Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht (tysk)

H: Dansk højesteretsdom

HRT: Højesteretstidende

IsH: Islandsk højesteretsdom

JFT eller *TJFF:* Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland

Jur: Juristen

Jur. D. eller *J.D.:* Juristens Domssamling

Kbl: Lov om køb

KO: Københavns Overretsdom

LHS eller *LOHS:* Landsover- eller Hof- og Stadsretsdom

LoR: Lov og Rett (norsk)

Mdl: Lov om umyndighed og værgemål

NDs: Nordisk Domssamling

NFT: Nordisk Forsikringstidsskrift

NJA: Nytt juridisk Arkiv (svensk)

NJM: Forhandlingerne på Det nordiske Juristmøde

NJW:	Neue Juristische Wochenschrift (tysk)
NoH:	Norsk højesteretsdom
NRt:	Norsk Retstidende
N.U.:	Nordisk Udredningsserie
RG:	Rettens Gang (norsk)
SH:	Sø- og Handelsretsdom
SL:	Søndre Landsretsdom
SOU:	Statens offentliga Utredningar (svensk)
Strfl:	Borgerlig straffelov
SvJT:	Svensk Juristtidning
SvH:	Svensk højesteretsdom
TfR:	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TJFF:	se JFT
TL:	Lov om tinglysning
U...:	Ugeskrift for Retsvæsen
...U:	Underretsdom
UCC:	The Uniform Commercial Code (amerikansk)
UCTA:	The Unfair Contract Terms Act 1977 (engelsk)
UWG:	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (tysk)
V:	Vestre Landsretsdom
VLT:	Vestre Landsrets Tidende
VO:	Viborg Landsoverretsdom
Vxl:	Veksellov
WLR:	Weekly Law Reports (engelsk)
ÆL:	Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning
Ø:	Østre Landsretsdom

side[note]

U 1911. 643 LOHS 138, 140
U 1911. 681 SH 225[4]
U 1914. 364 H 105
U 1914. 441 LOHS 76[5]
U 1914. 482 G 225[4]
U 1914. 532 LOHS 75[1]
U 1916. 331 LHS 225[4]
U 1918. 101 VO 225[4]
U 1918. 161 H 225[4]
U 1919. 445 LOHS 102[10]

U 1920. 134 H 225[4]
NRt 1920.194 104
U 1920. 445 Ø 219
U 1920. 848 Ø 149[17]
U 1921. 178 H 154, 157[16]
U 1921. 479 H 141[42]
U 1921. 488 H 225[4]
U 1921. 763 V 105
U 1922. 142 H 76[4]
U 1922. 263 H 141[42]
U 1922. 314 H 141[42]
NJA 1922.389 154, 158
NJA 1923.20 216[8]
U 1923. 797 H 141[42]
U 1925. 125 V 76[5], 237[8]
U 1925. 594 H 188[3]
U 1926. 138 Ø 225[3]
NRt 1926.597 125[6], 134, 137[30]

side[note]

U 1926. 619 H 141, 141[42]
U 1926. 829 Ø 225[3]
U 1927. 435 Ø 101[6], 105
U 1927. 810 Ø 76[5]
U 1928. 252 H 224[2]
U 1928. 421 H 141[42]
U 1929. 825 Ø 132[20], 144[48]
U 1929.1084 SH 135

U 1930. 721 V 76[5]
NRt 1930.1396 237[8]
U 1931.1079 V 75
U 1932. 684 H 233
U 1934. 672 H 76[5]
NRt 1935.122 216[8]
U 1935. 154 Ø 225[4]
U 1935. 518 H 141[42]
NRt 1935.1000 112[31]
NRt 1936.803 125[6], 137[30]
U 1936.1111 SH 220[27]
U 1937. 435 Ø 220[27]
U 1937. 643 Ø 102[8]
NRt 1938.259 157[15]
NJA 1939.384 117[40]
U 1939. 714 H 141[42]
U 1939. 895 Ø 137, 138[33]
U 1939. 951 Ø 166[1]

	side^{note}
U 1940. 249 H	224^{2}
U 1940. 530 Ø	149^{17}
U 1940. 825 V	162
U 1941. 147 Ø	225^{3}
U 1941. 153 Ø	225^{3}
U 1941. 582 SH	225^{3}
U 1942. 269 H	135
Jur.D. 1942.331	126
U 1942. 524 H	162
U 1943. 941 Ø	225^{3}
U 1944. 100 H	225^{4}
Jur.D. 1944.295	136^{27}
U 1945. 108 H	162
U 1945. 275 H	219
U 1945. 491 H	219
Jur.D. 1946.38	75^{1}
U 1946. 375 H	76^{5}
U 1947. 441 Ø	225^{3}
U 1947. 623 V	225^{3}
NJA 1948.138	168^{3}
NJA 1948.163	168^{3}
U 1948. 332 SH	225^{3}
RG 1948.401	125^{6}, 137^{30}
U 1948. 748 SH	124, 126
U 1949. 13 H	219
U 1949. 699 Ø	114^{36}
U 1949. 941 V	144^{48}
NDs 1950.234 NoH	125^{6}
U 1950. 789 SH	141^{42}
NRt 1951.371	216^{8}
U 1951. 782 H	225^{3}
U 1951. 831 Ø	70^{15}, 129
U 1951.1066 H	136
NJA 1952 Not. A 8	168^{3}
U 1952. 918 V	126, 138, 140
U 1953. 12 H	217^{11}
Jur.D. 1953.167	151^{19}
U 1953. 621 Ø	76^{5}
U 1953. 657 SH	162
U 1953. 851 V	142^{47}
U 1953. 932 Ø	76^{5}
RG 1954.193	125^{6}
U 1954. 224 H	141^{42}
U 1954. 606 SH	141^{42}
U 1954. 761 H	159^{19}
U 1954. 827 Ø	103^{11}, 105, 113^{35}
U 1954.1055 SH	141^{42}
VLT 1955.46	225^{3}
U 1955. 208 H	141^{42}
U 1955. 782 H	113^{35}
U 1956. 245 H	137
U 1956. 692 H	161, 224^{2}
U 1956. 732 H	227
U 1956. 802 H	75^{1}, 236^{7}
U 1957. 254 SH	164
U 1957. 578 SH	75^{1}
U 1957.1040 H	140^{42}, 141^{42}
U 1957.1121 Ø	224^{2}
U 1958. 257 H	76^{5}
U 1959. 131 H	141^{42}
U 1959. 189 SH	105
U 1959. 347 H	164
U 1959. 387 Ø	225^{4}
U 1959. 492 H	132
U 1959. 516 H	141^{42}

	side^{note}
U 1959. 611 H	141^{42}
U 1959. 678 SH	226
U 1959. 937 Ø	224^{2}
U 1959. 946 Ø	225^{3}
U 1960. 201 H	141^{42}
U 1960. 327 H	141^{42}
U 1960. 514 H	224^{2}
U 1960. 950 SH	141^{42}
U 1961. 71 H	161^{6}, 162
U 1961. 257 Ø	116
RG 1961.710	125^{6}
U 1961. 989 H	141^{42}
U 1962. 733 Ø	75^{1}
U 1963. 101 H	105
U 1963. 222 Ø	225^{3}, 225^{4}
U 1963. 429 Ø	67
RG 1963.679	125^{6}
U 1964. 221 H	101^{6}, 103
NDs 1964.296 NoH	224^{2}
U 1964. 337 Ø	225^{4}
U 1964. 803 H	219
NRt 1964.1260	114^{36}, 134
U 1965. 280 H	141^{42}
NRt 1966.292	132^{20}
U 1966. 321 V	76^{4}, 81
U 1966. 398 H	114^{36}
U 1966. 588 H	133, 135
NDs 1966.729 SvH	206^{4}, 207^{6}
U 1966. 833 H	114^{36}
U 1967. 64 H	168^{4}
U 1967. 135 H	237^{8}
U 1967. 409 Ø	225^{4}
U 1967. 454 H	141^{42}
U 1967. 786 H	225^{4}, 228
U 1968. 194 Ø	76^{4}, 81
U 1968. 282 H	220
U 1968. 916 SH	225^{3}
NRt 1968.1188	160^{3}
NDs 1969.108 NoH	225^{4}
NDs 1969.460 FiH	126^{7}
U 1969. 475 Ø	225^{3}
NRt 1969.572	81^{20}
U 1969. 579 Ø	126, 132
U 1969. 634 U	75^{1}
U 1969. 776 Ø	227^{5}
U 1969. 882 H	76^{5}
U 1969. 953 Ø	225^{3}
NDs 1970.125 FiH	105
U 1970. 314 H	70^{16}, 227^{5}
U 1970. 389 V	117
U 1970. 666 V	76^{5}, 79
U 1970. 719 SH	162
U 1970. 906 V	70^{16}, 112^{31}
U 1971. 81 H	224^{2}
U 1971. 231 SH	141^{42}
U 1971. 357 Ø	105
U 1971. 408 H	224^{2}
U 1972. 50 H	141^{42}, 142^{44}
U 1972. 242 H	140^{42}, 142^{46} 226
U 1972. 263 H	227
U 1972. 393 H	141^{42}
U 1972. 473 Ø	225^{3}
U 1972. 568 H	105

	side note
NDs 1972.617 FiH	105
U 1972. 739 H	237[8]
U 1972.1003 H	225[3]
U 1973. 78 H	141[42]
U 1973. 128 H	224[2]
U 1973. 252 SH	164
U 1973. 305 H	224[2]
U 1973. 338 H	141[42]
U 1973. 540 H	237[8]
U 1973. 696 H	224[2]
U 1973. 868 Ø	105, 144[48] 233
U 1973. 946 H	141[42], 164
U 1974. 42 H	104, 105, 117
U 1974. 119 H	161[6]
U 1974. 129 H	238
U 1974. 178 H	162
NDs 1974.184 FiH	168[3]
U 1974. 265 Ø	75[1], 169
U 1974. 274 H	227[5]
U 1974. 415 Ø	226
NDs 1974.524 FiH	227[5]
U 1974. 654 H	309
U 1974. 680 H	164
U 1974. 723 H	111[27], 225[4]
U 1974. 775 U	225[4], 237[8]
U 1975. 106 H	227[5]
U 1975. 339 SH	224[2]
NDs 1975.342 SvH	141[42]
NJA 1975.490	168[3]
RG 1975.524	125[6]
NDs 1975.719 FiH	105
U 1975. 788 H	105, 141[42] 228[10]

	side note
U 1975. 892 Ø	229
U 1975. 905 SH	196
U 1976. 306 H	141[42]
U 1976. 632 Ø	225[4], 227[5]
U 1976. 640 H	70[15]
U 1976. 741 V	188
U 1976. 763 Ø	76[5]
U 1976. 909 H	238
U 1977. 49 H	141[42]
U 1977. 116 H	238
U 1977. 124 H	70[16]
U 1977. 216 Ø	165
U 1977. 278 H	149[17], 188
U 1977. 306 H	194, 227[5]
U 1977. 413 H	141[42], 142[44]
U 1977. 460 H	140[42]
NDs 1977.499 FiH	114[36]
U 1977. 543 SH	197[2], 207[7] 230
U 1977. 558 SH	105
NDs 1977.572 SvH	168[3]
NDs 1977.584 FiH	224[2]
U 1977. 641 H	102[10]
U 1977. 798 Ø	188, 188[2], 210
U 1977. 809 Ø	188, 194[20]
U 1977. 876 V	75[1], 169
U 1977. 927 H	141[42]
U 1977. 939 H	237[8]
U 1977. 986 SH	203
U 1977. 995 SH	197[2], 201
U 1977.1030 V	164
U 1977.1036 V	136
NDs 1978.67 IsH	111[27], 117 225[4]

	side note
U 1978. 299 SH	194
NDs 1978.461 NoH	162[8], 226
U 1978. 473 H	225, 225[4]
U 1978. 486 H	141[42], 226, 239
NDs 1978.516 SvH	224[2]
U 1978. 567 V	141[42]
U 1978. 678 U	193[18], 229, 231, 233
U 1978. 706 V	164
U 1978. 799 H	140[42]
U 1978. 847 Ø	137, 144, 223
U 1978. 973 V	189
U 1979. 137 H	162[8]
U 1979. 144 H	80[18]
U 1979. 168 H	81, 102[10]
U 1979. 177 H	227[5], 238
U 1979. 212 V	187[1], 189
U 1979. 225 Ø	193[18]
U 1979. 232 Ø	162
NDs 1979.234 SvH	225
NDs 1979.517 SvH	198[5]
NDs 1979.616 SvH	230
NDs 1979.673 SvH	211[18]
U 1979. 840 SH	237
U 1979. 931 Ø	187[1]
U 1979.1o35 SH	194
U 1980. 63 H	164
U 1980. 96 H	225[3]
NDs 1980.152 SvH	111[27]
NDs 1980.167 SvH	162, 224[2], 232
U 1980. 170 H	161[6], 162
U 1980. 255 V	70[15], 237[8]
U 1980. 288 Ø	115
U 1980. 398 H	115
U 1980. 514 H	150
U 1980. 756 U	79[15]
U 1980. 917 V	194[20], 200[12], 211
U 1981. 221 H	225[2]
U 1981. 257 H	112[31]
U 1981. 300 H	211

LISTE OVER DEN VIGTIGSTE OG MEST BENYTTEDE LITTERATUR

Arnholm, Carl Jacob: Lærebok i avtalerett, Oslo 1969.

Bentzon, Viggo: Skøn og Regel. Festskrift udgivet af Københavns Universitet i anledning af Hans Majestæt Kongens Fødselsdag den 26. september 1914, København 1914.

Cheshire and Fifoot's Law of Contract, 9. edition by *M.P. Furmston*, London 1976.

Chitty on Contracts I-II, 24. ed., London 1977.

Corbin, Arthur Linton: Corbin on Contracts. A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law, bd. 1, 3, 4A, 5A og 6A, St. Paul. 1960-64.

Fikentscher, Wolfgang: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages, München 1971.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, bd. II, das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1975.

Goltz, Hanno: Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Köln-Berlin-München 1973.

Hedemann, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübringen 1933.

Holmbäck, Ulf: Studier i förutsättningslärans terminologi, Uppsala 1970.

Ihering, Rudolph von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I-III, Leipzig 1852-65, 3. Aufl. 1877.

Jørgensen, Stig: Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler, 1974.

Jørgensen, Stig: Kontraktsret I, København 1971.

Karlgren, Hjalmar: Avtalsrättsliga spörsmål, 2. uppl., Stockholm 1954.

Karlgren, Hjalmar: Passivitet. En köpsrättslig och allmänt avtalsrättslig studie, Stockholm 1965.

Knoph, Ragnar: Rettslige standarder. Særlig Grunnlovens § 97, Oslo 1939.

Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977.

Larenz, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht, 3. Aufl. München-Berlin 1963.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976.

Lassen, Jul.: Haandbog i Obligationsretten. Almindelige Del, 3. udg., København 1917-20.

Lyngsø, Freben: Afbestillingsret, København 1971.

Mazeaud, Henri, Leon et Jean: Lecons de Droit Civil, bd. II 1., 5. ed. par *Michel de Juglart*, Paris 1973.

Munch-Petersen, H.: Løftet og dets Causa, København 1896.

Møller, Ernst: Forudsætninger. Bidrag til Belysning af Principperne for Retshandlers Afhængighed af Fyldestgørelsen af Parternes Forudsætninger, København 1894.

Oertmann, Paul: Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig-Erlangen 1921.

Planiol, Marcel et Ripert, Georges: Traité pratique de Droit Civil francais bd. VI, 2. ed. par *Paul Esmein*, Paris 1952, og bd. X, 2. ed. par *Joseph Hamel, Francois Givord et André Tunc*, Paris 1956.

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, bd. I-III, Berlin 1840.

SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten *(Jan Hellner)*.

Stang, Fredrik: Avtalelovens § 33. Dens indhold og dens forhold til forudsætningslæren, særtryk af TfR 1930, p. 51-134.

Stang, Fredrik: Innledning til Formueretten. 3. utg. Oslo 1935. (1. udgaven med overtitlen: Norsk Formueret I, Kristiania 1911).

Starck, Boris: Droit Civil I-II, Paris 1972.

Stati, Marcel, O.: Le standard juridique, Paris 1927 (med forord af *René Demogue*).

Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formueret-tens Omraade med tilhørende Bemærkninger, København 1914. (Også trykt i Rigsdagstidenden 1916-17, Tillæg A. II, sp. 2661 ff.).

Ussing, Henry: Aftaler paa Formuerettens Område, 3. udg. København 1950 (genoptryk 1974).

Ussing, Henry: Bristende Forudsætninger. Bidrag til Læren om formueretlige Tilsagn, København 1918.

Vahlén, Lennart: Avtal och tolkning, Stockholm, 1960.

Vahlén, Lennart: Formkravet vid fastighetsköp. Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel, Stockholm 1951.

Windscheid, Bernhard: Gesammelte Reden und Abhandlungen, herausgegeben von *Paul Oertmann*, Leipzig 1904.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts I-II, 5. Aufl., Stuttgart 1879.

Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf-Basel, 1850.