

## Kapitel 1

# Emne, afgrænsning og metode

## 1. Emne

### 1.1. Beskrivelse af emnet

En fast ejendom viser sig undertiden at lide af faktiske mangler, der giver køberen misligholdelsesbeføjelser. I nogle tilfælde tilstræber sælgeren allerede ved overdragelsesaftalens indgåelse helt eller delvis at fratage køberen disse. Sådanne ansvarsreguleringsvilkår, der ofte bliver betegnet ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrænsning, bliver nogle gange tillagt retsvirkning, andre gange ikke.

*Denne fremstillings formål er at undersøge de i dansk ret almindeligt gældende regler om virkningen af de i aftaler om overdragelse af fast ejendom indsatte vilkår, som afskærer eller begrænser køberens misligholdelsesbeføjelser i anledning af faktiske mangler.*

Udtrykket *dansk ret* betyder, at alene de regler, der er egnede som grundlag for en afgørelse efter dansk ret, er genstand for undersøgelsen, der således navnlig ikke omfatter komparative undersøgelser.

Ordet *almindeligt* sigter til, at fremstillingen omfatter de regler, der gælder, hvor ingen særregel fører til et andet resultat. Dette er undersøgelsens primære sigte. Lovregulering, hvilken især omfatter lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom mv., bliver alene beskrevet med henblik på at se reglerne i et samlet perspektiv.

Ordene *gældende regler* er udtryk for, at alene de regler og synspunkter, der ved fremstillingens afslutning, den 1. maj 2007, er egnede til at finde anvendelse ved en domsafsigelse, indgår i fremstillingen.

Ordet *virkningen* sigter til, at aftalte vilkår om ansvarsregulering ofte, men langt fra altid, bliver tilsidesat.

Ordet *overdragelse* er udtryk for det almindelige overdragelsesbegreb, men fremstillingen omfatter endvidere ethvert auktionssalg. Dette er ganske vist ikke muligt at læse af ordet, der er valgt med et vist hensyn til læsbarheden. Auktionssalget er medtaget, dels fordi det knytter sig til auktionsskøberens videresalg, der bliver særskilt behandlet, dels fordi det er behandlet i forarbejderne til § 21 a i lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast

## Kapitel 1

ejendom mv., og disse giver anledning til undersøgelse af adgangen til ved aftale at regulere misligholdelsesbeføjelserne ved visse former for ejerskifte. Anden overgang af ejendomsretten, herunder gave og arv, er ikke omfattet.

Ordene *fast ejendom* sigter til, hvad der ved tinglysning bliver anset for fast ejendom.<sup>1</sup> Fast ejendom er i betydeligt omfang ikke lovreguleret, og i retslitteraturen er der ofte gennemført sammenligninger med, hvad der gælder for *løsøre*. Denne fremstilling omfatter ikke køb af løsøre, og i behandlingen af fast ejendom vil der ikke konsekvent blive henvist til reglerne for køb af løsøre, men navnlig hvor det er fundet værdifuldt at sammenligne med køb af løsøre eller køb af skibe, er disse regler fremdraget. Begrundelsen herfor er båret af et grundsynspunkt om, at der forekommer almindelige obligationsretlige regler, der sigter til at behandle tilfælde lige, medmindre der er grund til at behandle disse forskelligt (hvad der ofte er), samt at afgørelser om løsørekøb undertiden kan tjene til inspiration, hvor der ingen afgørelser foreligger om fast ejendom.

Fremstillingen omhandler *vilkår*, hvis formål er at afskære eller beskære køberens misligholdelsesbeføjelser i anledning af *risikoen* for faktiske egen-skaber (defekter), som ingen af parterne kendte ved aftalens indgåelse. Dette fremgår ikke af ordvalget, men er forudsat med henblik på, at emnet begrebsmæssigt er parallelt til et bredere ansvarsfraskrivelsesbegreb, som er beskrevet som vilkår om, hvem der skal bære risikoen for en mulig, fremtidig og oftest ubestemt skade eller en efter aftalens indgåelse erkendt skade.<sup>2</sup>

Ordene *som afskærer eller begrænser køberens misligholdelsesbeføjelser* sigter til, hvad der traditionelt er betegnet ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrænsning.<sup>3</sup> Vilkår, der tillægger køberen en bedre retsstilling, eksempelvis vilkår om garanti, bliver følgelig – uanset at det er omfattet af titlen: »Ansvarsreguleringstvilkår ...« – ikke behandlet. Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrænsning er ofte udtryk for en regulering af retsfølgen efter indtrådt misligholdelse, men også andre vilkår, der har det sigte at afskære eller begrænse køberens misligholdelsesbeføjelser, bliver behandlet. Dette gælder som beset-vilkår, salg uden garanti og sælgerens opfordring til køberen om at lade ejendommen undersøge. Ordet *misligholdelsesbeføjelser* sigter endvidere til, at der ikke i denne fremstilling er en afgrænsning til erstatningsbeføjelsen alene, men til misligholdelsesbeføjelserne forholdsmæssigt afslag i købesummen, erstatning og ophævelse.

Ordene *faktiske mangler* indeholder en afgrænsning af misligholdelsestilfælde, der er omfattet af undersøgelsen. Begrebet »mangler« er komplekst,

<sup>1</sup> Begrebet og dets afgrænsning bliver behandlet i kapitel 3, afsnit 1.

<sup>2</sup> Jf. eksempelvis *J. Günther Petersen*, Ansvarsfraskrivelse, side 7.

<sup>3</sup> Betydningen af disse begreber bliver behandlet i kapitel 2, afsnit 2. Samme sted bliver det beskrevet, at nogle forfattere antager, at ansvarsfraskrivelser kun omfatter erstatningsansvar, men mange tillægger disse en videre betydning.

som der bliver redegjort for i kapitel 3, afsnit 4. Kun faktiske mangler, ikke retsmangler, er omfattet af fremstillingen, men undertiden kan en kvalifikation heraf være vanskelig, og der er derfor medtaget visse afgørelser, hvori også retlige mangler indgår. I denne fremstilling bliver anvendt et funktionelt mangelsbegreb, hvor en mangel efter almindelige regler udløser misligholdelsesbeføjelser. Ordene defekt eller fejl bliver anvendt om egenskaber, der nok afviger fra, hvad en køber kan påregne, men uden at der herved er taget stilling til, om dette udløser misligholdelsesbeføjelser efter almindelige regler.

## 1.2. Afgrænsning af emnet

Beskrivelsen af emnet indeholder den vigtigste afgrænsning heraf. Imidlertid er der behov for yderligere at præcisere, hvad der ikke er omfattet af fremstillingen.

Fremstillingen omfatter ikke aftaler om *forsikringsvirksomhed*. Begrundelsen herfor er, at policevilkår om, hvad selskabet ikke dækker, er udtryk for en nærmere afgrænsning af, hvad forsikringen skal dække, og dermed fastsættelsen af den pris (præmie), som selskabet beregner for denne dækning.

En parts *samtykke* til skadesforvoldelse eller samtykke til at bære et allerede konstateret tab falder ligeledes uden for fremstillingens rammer i konsekvens af det i afsnit 1.1 beskrevne. Der gælder andre hensyn ved et sådant samtykke end ved et vilkår om, hvem der skal bære risikoen for et muligt, ubestemt, fremtidigt tab.

Uden for fremstillingen falder *beskrivelser af egenskaber* samt angivelser af spillerum og tolerancer. Undertiden bliver disse betegnet som *konkrete*. En beskrivelse har almindeligvis stor vægt i relation til, *om* der er en mangel, der kan begrunde en misligholdelsesbeføjelse. Selv om beskrivelsen fra sælgerens side kan være motiveret af dennes ønske om at undgå, at køberen udøver misligholdelsesbeføjelser, er det dog netop en beskrivelse af ydelsen, ikke en aftale om risikoen for defekter.

Aftalte vilkår om *formelle* krav til, eller betingelser for, en aftaleparts reklamation ligger uden for emneafgrænsningen. Procesklausuler om fremgangsmåde, frister for reklamation samt værnetingsbestemmelser er derfor ikke omfattet. Det betyder ikke, at disse nødvendigvis er af en anden karakter, idet et formål *kan* være at afskære køberens misligholdelseskrav. Det er muligt, at disse vilkår, hvor en domstol skønner, at disses primære formål er at udelukke misligholdelsesbeføjelser, vil blive bedømt ud fra samme hensyn som vilkår om ansvarsregulering, men en behandling af disse vilkår bidrager næppe til at belyse gældende ret om virkningen af ansvarsreguleringens vilkår.

## Kapitel 1

Aftaler om opførelse af bygninger, *værkslejeaftaler*, er ikke omfattet. Der gælder andre hensyn ved aftaler om udførelse af hverv end ved aftaler om overdragelse, hvorfor værksleje er udeladt.

Mangelshæftelse over for *tredjemand*, der ikke har aftalt et ansvarsreguleringsvilkår med den sælger, mod hvem misligholdelsesbeføjelser bliver gjort gældende, bliver ikke behandlet, idet hensynene er nogle andre. Spørgsmålet er ikke upraktisk, jf. U 2004.2496 V, men de hensyn, der har betydning for, om vilkåret er virksomt over for tredjemand, tjener næppe til belysning af, om disse vilkår er virksomme inter partes.<sup>4</sup>

Sælgerens *interne organisation* er ikke omfattet af fremstillingen. I tilfælde, hvor sælgeren er en juridisk person, kan der opstå spørgsmål om, hvilke personer der er i ond tro, hvilke personer der modtager eller afgiver oplysning mv. Begrundelsen for ikke at behandle dette er, at disse spørgsmål ikke særligt angår emnet, ansvarsreguleringsvilkår, men derimod er af mere almen karakter.

Endvidere omfatter fremstillingen ikke *udmåling* af erstatning eller af forholdsmæssigt afslag i købesummen. Udmåling af compensationen ved tilsidesættelse af et vilkår om misligholdelsesbeføjelserne frembyder ingen særlige problemer sammenholdt med anden udmåling.

### 1.3. Begrundelse for emnevalget

#### 1.3.1. Begrundelse for at behandle ansvarsfraskrivelse

For det *første* forekommer det *teoretisk værdifuldt* at belyse vilkår om ansvarsregulering, idet emnet ofte er omtalt i retslitteraturen, men omvendt ofte kun beskrevet med ganske få bemærkninger.

Den eneste særskilte fremstilling om ansvarsreguleringsvilkår i dansk retslitteratur er *J. Günther Petersens* disputats, »Ansvarsfraskrivelse«, 1957. Afhandlingen godtgør, at udgangspunktet er aftalefrihed, men i alle tilfælde, hvor der foreligger culpa, har domstolene anset ansvarsreguleringsvilkåret for at være uden virkning, og afhandlingen slutter med en retspolitisk argumentation for at indføre en »præceptivregel«, en regel om at erstatningsreg-

<sup>4</sup> *J. Günther Petersen*, Ansvarsfraskrivelse, side 151-184, anfører under overskriften »Ansvarsfraskrivelsens virkning i forhold til tredjemand (relativitetsproblemet)«, at aftalen kun har virkning mellem parterne, samt at ved tab af forsøger skal der findes en løsning ud fra retspolitiske overvejelser.

*Vibe Ulfbeck*, Kontraktens relativitet, Det direkte ansvar i formueretten, side 197 f., anfører, at om spørgsmålet, om A's ansvarsfraskrivelse over for B har virkning over for C, »ses [i litteraturen] næsten samtlige opfattelser repræsenteret«, og forfatteren vil sondre mellem, om vilkåret har støtte i individuelle forhold mellem A og B eller i »sædvanlige ansvarsfraskrivelser«, hvor de sidstnævnte har virkning for C. Endvidere anfører forfatteren, side 242, at det følger af »gængs teori«, at ansvarsfraskrivelser har virkning over for C, »medmindre der er begået retsbrud ved en forsætlig eller groft uagtsom handling.«

lerne – i hvert fald i erhvervsmæssige standardkontrakter, når der foreligger integritetskrænkelser og culpa – skal være ufravigelige, eventuelt ved at indføre en lovbestemmelse herom. Værket behandler alene datidens vilkår i ensidigt udfærdigede standardkontrakter om transport mv., altså i *visse adhærens-kontrakter*. Under hensyn til den tid, der er gået, og til at en del retsafgørelser tillægger ansvarsreguleringstvilkår vægt, er der grund til en fornyet belysning af emnet.

*J. Günther Petersen* er opmærksom på de udviklingsmæssige aspekter. Forfatteren omtaler side 16, at bestemmelser om ansvarsfrihed var kendt allerede i romerretten.<sup>5</sup> Således kunne en håndværker tage forbehold om ikke at bære risikoen, hvor bestilleren valgte kostbare materialer. Der var dog ikke adgang til at fraskrive sig ansvaret for forsætlig skadesforvoldelse, dolus.

Forfatteren anfører, at først med industrialiseringen opstod der, særligt inden for jernbanetransporten, særligt strenge ansvarsregler, der motiverede ansvarsfraskrivelsesbestemmelser. Med søfartens udvikling fandt ansvarsfraskrivelse vej hertil – i et omfang, så det blev sagt, at »redernes eneste forpligtelse er at modtage fragten.«

Med luftfartens udvikling efter første verdenskrig fandt ansvarsfraskrivelse tilsvarende vej til dette område.

*J. Günther Petersen* finder i dansk ret, i 1957, navnlig bestemmelser om ansvarsfraskrivelse i *transporterhvervene*, herunder i lagervirksomhed, i *maskinindustrien*, der har udviklet et klausulsystem, »maskinklausuler« (leverandørens ansvar er alene, hvis der er reklameret inden udløbet af en frist, afhjælpning, men ikke erstatning, og visse tab, herunder skade på tredjemands ting, driftstab, personskade mv., erstattes ikke), og i *byggeriet*, herunder i »Almindelige Betingelser for Arbejder og Leverancer«, hvor driftstab og avance ikke erstattes.

Ansvarsreguleringstvilkår bliver omtalt i pædagogiske fremstillinger af den almindelige obligations- og aftaleret, men der er ikke i disse fremstillinger rammer til en nærmere behandling.

Eksempler herpå er *Bernhard Gomard*, *Obligationsret*, 1. Del, 4. udgave, side 167 ff., 171, 176, 195 og 224 f., samt 2. Del, side 184-187 og 229-236, *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*, *Lærebog i Obligationsret I*, Ydelsen, Beføjelser, side 72 f., 396-412, *Lennart Lynge Andersen* og *Palle Bo Madsen*, *Aftaler og mellemmand*, 5. udgave, side 84 f., 87 ff., 217, 230 og 378 f., *Mads Bryde Andersen*, *Grundlæggende aftaleret*, side 151, 347, 351-353 og 453 f. og *samme*, *Praktisk Aftaleret*, side 150-154 og 416-419.

For det *andet* er der *praktisk* behov for en undersøgelse. Ansvarsreguleringstvilkår nyder stor udbredelse, og spørgsmålet om deres virkning kommer ofte til bedømmelse, som det bliver påvist i kapitel 2, afsnit 2.1. Det er derfor et praktisk relevant emne. Praktiserende jurister har givetvis en fore-

<sup>5</sup>Der er ikke foretaget særskilte retshistoriske undersøgelser til brug for denne fremstilling om gældende ret.

## Kapitel 1

stilling om, at »ansvarsfraskrivelse«, henholdsvis »ansvarsbegrænsning«, er problematiske aftalevilkår, men savner formentlig ofte *værktøjer til vurderingen heraf*.

Dette fører direkte til en *tredje* begrundelse, nemlig en retspolitisk interesse i muligheden for *forudsigelighed*.

For det *fjerde* har emnet en teoretisk, principiel interesse, derved at emnet angår *partsautonomiens grænser* og dermed belyser en flig af *aftalefrihedens kerne*: På den ene side kan parterne selv råde over aftalen, herunder over, hvad der er misligholdelse, og hvad der skal være retsfølgen. På den anden side kan andre hensyn føre til, at vilkåret alligevel ikke har virkning.

### 1.3.2. Begrundelse for at behandle fast ejendom

En belysning af ansvarsreguleringsvilkår i et bredt obligationsretligt perspektiv kan bestemt have interesse, men ville sprænge rammerne for denne fremstillings omfang – og en sådan bredere belysning i sammentrængt form ville indebære en hindring for nærmere at belyse tilfældets mangfoldighed.

En afgrænsning af emnet til at omfatte netop aftaler om overdragelse af fast ejendom er for det *første* begrundet i, at dette adskiller sig fra de ofte beskrevne adhæsiensaftaler. Aftaler om overdragelse af fast ejendom indtager ofte en særlig stilling, som der senere bliver redegjort for.<sup>6</sup> Det er ikke aftaler, der alene hviler på standardkontrakter, men oftest heller ikke aftaler, der hviler på detaljerede forhandlinger om ethvert vilkår, som det er tilfældet i visse andre aftaler, f.eks. i nogle aftaler om virksomhedsoverdragelse. I *teoretisk belysning* er det ikke muligt ukritisk at adoptere betragtninger om adhæsiensaftaler som grundlag for løsning af tvisten.

For det *andet* er ansvarsreguleringsvilkår i aftaler om overdragelse af fast ejendom ikke undersøgt i nordisk ret, medens ansvarsreguleringsvilkår i visse andre aftaler har været genstand for undersøgelse.

*Thorsten Lundmark*, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd, 1996, behandler vilkår i standardaftaler om overdragelse af løsøre til ikke-forbrugere, *Viggo Hagstrøm*, Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold, TfR 1996.241 ff., behandler, uden en præcis afgrænsning, vilkår i kommercielle aftaler, særligt om erhvervsudøvelse, og *J. Günther Petersen*, Ansvarsfraskrivelse, 1957, behandler vilkår i aftaler om befordring, forvaring og bearbejdelse.

For det *tredje* er der et *praktisk* behov, idet spørgsmålet er blevet forelagt domstolene i et ikke ubetydeligt antal sager.

<sup>6</sup> Kapitel 3, afsnit 2.

## 2. Metode

Formålet bestemmer metoden. Formålet er en bestræbelse på at skabe overblik over gældende ret på det i afsnittene 1.1 og 1.2 afgrænsede område ved beskrivelse, analyse og systematik, altså anvendelse af den *retsdogmatiske metode*.

Således indgår hverken retsøkonomisk, retssociologisk, retshistorisk, komparativ eller retspolitisk analyse. Enkelte steder i fremstillingen forekommer dog retspolitiske tilkendegivelser, hvilket da er konkret tilkendegivet.

## 3. Undersøgelsens materiale

Formålet bestemmer, hvilket materiale der skal udgøre grundlaget for undersøgelsen.

Retskildelærens oprindelige forestilling om rangfølge af retskilderne i grundlov, lov, retspraksis, sædvane, og forholdets natur, er formentlig stadig anvendelig i offentligretlige dele af retsvidenskaben, men er næppe i almindelighed anvendelig i formueretten. Obligationsretten bygger i stor udstrækning på traditionelle konventioner, hvor eksempelvis aftale, delikt, misligholdelse mv. er ulovfæstede begreber med en retlig betydning, og trods stigende detailregulering i lovgivning er denne lovgivning ofte i tråd med – eller undtagelser til – almindelige retsgrundsætninger. Der er ikke i formueretten behov for en præcis hjemmel. Det forekommer dog formålstjenligt at beskrive de enkelte retskilder med særligt henblik på den forstående undersøgelse.

Der foreligger ingen *internationale konventioner* med bestemmelser om ansvarsfraskrivelse.

Der er *ingen almindelige lovbestemmelser om ansvarsregulering*. Der forekommer dog generelt anvendelige bestemmelser, jf. aftalelovens § 36. I forbrugeraftaler finder aftalelovens § 38 b anvendelse (og for standardaftaler bilag til direktiv 93/13 EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler).<sup>7</sup> Sælgere af ejendomme omfattet af lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v., forbrugerbeskyttelsesloven, er delvis begrænset til kun at anvende lovens ordning, jf. § 21 a. Ingen lovbestemmelser indeholder imidlertid en almindelig regulering af netop ansvarsfraskrivelser.

På en nogle områder er der særregler om adgang til ansvarsregulering, eksempelvis:

<sup>7</sup> Endvidere er der et forbud mod generelle ansvarsreguleringsvilkår i forbrugerens køb omfattet af købeloven, jf. § 77, stk. 1.

## Kapitel 1

Sølovens §§ 171-250 indeholder bestemmelser om hæftelsesbegrænsning, begrænsningsfonde mv. Rederen kan begrænse sit ansvar for lasten, jf. § 171, stk. 1, og § 172, stk. 1, nr. 1 og 5, til en sats fastsat i § 175, stk. 3.

Luftfartslovens §§ 111 og 112 fastsætter forbud mod ansvarsfraskrivelse og en lovreguleret ansvarsbegrænsning, som ved aftale kan fastsættes til et større beløb.

På andre områder er der en lovbestemt ansvarsregulering, eksempelvis:

CMR-lovens § 29, stk. 2, fastsætter en lovbestemt hæftelsesbegrænsning pr. vægtenhed.

Jernbanelovens § 13, stk. 3, fastsætter en lovbestemt hæftelsesbegrænsning for tingsskade på passagerernes håndbagage mv.

Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 26 fastsætter, at den skadelidte patient er afskåret fra at rejse krav mod skadevolderen. Forsikringen kan heller ikke rette regreskrav mod denne, medmindre der er handlet groft uagtsomt, jf. § 27.

Det er næppe muligt at udlede almindelige betragtninger ud fra den spredte lovregulering.

I dansk *retspraksis* er ansvarsreguleringsvilkår blevet bedømt i en del tilfælde. I mangel af skrevne retsregler bliver dette en betydningsfuld retskilde. Kildeværdien følger af en forestilling om, at borgerne er lige for loven, og ligeartede tilfælde derfor skal have samme resultat.<sup>8</sup>

En almindelig vanskelighed er netop at kvalificere, hvad der er ligeartede tilfælde, hvilket er en følge af, at enhver afgørelse er en løsning af en konkret tvist, og der er ikke i dansk retspraksis en tradition for en tilkendegivelse af principielle retningslinjer.

En anden vanskelighed ved netop domme om aftalte vilkår, som domstolene ikke finder bindende efter ordlyden, er en stor ulyst hos dommerne til slet og ret at anføre, hvad problemet er, men i stedet at følge nogle traditioner, der ofte indebærer meget korte, nogle gange slørende, og undertiden ulogiske domsbegrundelser. Forståelsen af sådanne domme kræver derfor, som der bliver redegjort for i kapitel 2, ikke blot en tilegnelse af dommernes tilkendegivelser, men også de konkrete sagers omstændigheder.

Domme er menneskeværk og derfor ikke naturgivent altid uden fejl.

Denne fremstilling omfatter som udgangspunkt kun retspraksis trykt i Ugeskrift for Retsvæsen, U, Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling, FED, og i Tidsskrift for Familie og Arveret, TFA. Andre afgørelser, herunder utrykte afgørelser og afgørelser i Vestre Landsrets Tidende, VLT, Sø- og Handelsrets-Tidende, HRT og Højesteretstidende, HRT, er alene medtaget, når disse er omtalt i retslitteraturen. Det er fundet forsvarligt at begrænse materialet til trykte afgørelser, da antallet af disse omhandlende ansvarsreguleringsvilkår er ret betydeligt, og der er næppe grundlag for at antage, at der forekommer væsentlige bidrag til yderligere belysning af disse vilkårs bedømmelse ved en eftersøgning i utrykt praksis. Enkelte utrykte afgørelser,

<sup>8</sup> Der er dog anført andre begrundelser herfor, jf. *Jens Evald*, Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære, side 298 f., der peger på effektivitets- og retssikkerhedshensyn, retsautoriteten, procesbesparende hensyn, omkostningshensyn og geografiske lighedshensyn.



der er tilfældigt fundet, er dog medtaget. Begrundelsen for ikke systematisk at undersøge VLT, SHT og HRT er, at afgørelser i disse ældre domssamlinger, hvortil der ikke er blevet henvist i retslitteraturen, næppe vil bidrage væsentligt til belysning af gældende ret.

Uden lovregulering vil aftaler indeholdende vilkår om ansvarsregulering, som formueretlige aftaler i almindelighed, være omfattet af *almindelige formueretlige regler, retsgrundsætninger*, herunder om aftalefrihed, om aftalers fortolkning, om parternes pligter, om misligholdelse af aftalen og om virkningerne heraf. Dette udelukker ikke, at særlige hensyn begrunder særlige resultater.

En »retssædvane« er traditionelt beskrevet som en handlemåde, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en opfattelse af retlig forpligtelse. Værdien heraf som retskilde er ingenlunde entydig. Det er ikke muligt empirisk at konstatere samtlige betingelser, og følgelig er der grundlag for at hævde, at man først kan konstatere en retssædvane, når en domstol har statureret det. Endvidere er afgrænsningen af retssædvanen flydende i forhold til eksempelvis »forholdets natur«. Der er ikke enighed om de mere præcise betingelser for, at sædvanen er bindende, herunder om sædvanens objektive eller subjektive side har størst vægt.<sup>9</sup> Ved bedømmelsen af vilkår om ansvarsregulering har retssædvaner næppe i almindelighed betydning. Et bemærkelsesværdigt udslag af en retssædvane er dog U 1984.525 H, hvor *alene* sandsynliggørelse af en branchesædvane begrænsede ansvaret til omlevering uagtet et betydeligt produktionstab, men det var næppe uden betydning, at sædvanen netop angik tab af en art (omsætningstab), som domstolene er ganske tilbageholdende med at imødekomme.

»Forholdets natur« er ingenting og alting. En henvisning alene til »forholdets natur« som løsning tjener intet formål, og i den forstand er det »ingenting«. Omvendt bliver begrebet i denne fremstilling anvendt om en retlig argumentation – en afvejning af hensyn, der forventelig bliver anerkendt til løsning af juridiske problemstillinger – hvilket er betydningsfuldt med henblik på at finde løsningsmodeller for gyldigheden af ansvarsreguleringsvilkår, og derfor undertiden »alting«.

<sup>9</sup> En omfattende analyse af problemerne er gennemført af *Magnus Aarbakke*, Kutymen som retskilde, TFR 1965 side 432-473 (forfatteren lægger vægt på det objektive element, jf. side 469 f.). Korte beskrivelser af opfattelser af retssædvaner findes i *Jens Evald*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, side 299 f., *Preben Stuer Lauridsen*, Retslæren, side 364 ff. og *Ruth Nielsen*, Retskilderne, 6. udgave, side 115 ff.

Vægtningen af det subjektive element er ikke afklaret i retspraksis, jf. U 1984.525 H, hvor retten lagde vægt på en sædvane, uanset at køberen »ikke kendte denne«, og U 1986.615 Ø, hvor retten ikke lagde vægt på sædvanen, da »det ikke er godtgjort, at indstævnte kendte denne.

## Kapitel 1

*Retslitteraturen* er ingen retskilde, men at bortse herfra ville være utilladeligt, når den retlige argumentation – konstateringen og afvejningen af hensyn – er en vigtig del af fremstillingen, idet litteraturen bidrager til en samlet belysning af disse hensyn. På områder, hvor retslitteraturen bidrager til at fremstille en bestemt opfattelse som almindelig, bliver de tilkendegivne opfattelser tydeliggjort ved at indlede behandlingen af området med dokumentationen herfor.

*Udenlandsk ret*, ret i andre nationale retssystemer, udgør ingen retskilde. Komparation har næppe et formål, idet handel med fast ejendom i andre lande foregår efter andre principper. *Länderberichte* foreligger i *Viggo Hagstrøms* afhandling om ansvarsfraskrivelse i norsk ret, TfR 1996, side 440-448, og i Betænkning nr. 1276, Forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom, side 81-94, men disse fremstillinger indikerer ikke gevinster herved. *Thorsten Lundmark*, *Friskrivningsklausuler, gultighed och räckvidd*, side 61-74, omtaler engelsk og tysk ret.

*International ret* er ingen retskilde. *Lex Mercatoria*, internationalt accepterede regler for international handel baseret på sædvaner og praksis, har ingen betydning for handel med fast ejendom. »Privatkodifikationerne«, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 og Principles of European Contract Law, PECL, har heller ingen betydning herfor. CISG omhandler kun internationale løsørekøb, jf. article 1.

Begrundelsen for ikke at medtage udenlandsk eller international ret er, at emnet er af national karakter.

## 4. Teser

Formålet med undersøgelsen er en åben iagttagelse, og der er derfor ikke på forhånd opstillet en eller flere teser. Det er ikke et mål at føre bevis eller modbevis for nogle på forhånd opstillede teser.

Dette udelukker ikke, at antagelser i retslitteraturen bliver vurderet, men det er heller ikke et mål, at disse synspunkter skal godtgøres eller tilbagevises.

Et eksempel på antagelser i retslitteraturen er, at talrige forfattere anfører, at »generelle« ansvarsfraskrivelser ikke har virkning, men døds- og konkursboers har.

*J. Günther Petersens* søgte ej heller bevis for en eller flere teser, men udviklede en »retspolitisk tese«, en præceptivregel.

Undersøgelsen omfatter en vurdering af, hvilke hensyn der indgår i bedømmelsen af, om et ansvarsreguleringsvilkår har virkning.

## 5. Nogle begreber i denne fremstilling

Af fremstillingsmæssige hensyn bliver der anvendt nogle begreber, der navnlig skal tjene til at forenkle den sproglige fremstilling, men det er ikke et mål at udvikle et nyt begrebsapparat. Nogle ord er endvidere tillagt forskellige betydninger i forskellige fremstillinger, og derfor bliver brugen i denne fremstilling fastlagt i dette afsnit.

Et *ansvarsreguleringsvilkår* bliver anvendt som en samlebetegnelse for vilkår om ansvarsbegrænsning, ansvarsfraskrivelse og lignende bestemmelser om retsfølgen. Begreberne ansvar, ansvarsfraskrivelse, ansvarsbegrænsning og en række andre begreber bliver behandlet i kapitel 2, afsnit 2.

Begrebet *kombinerede ansvarsreguleringsvilkår* bliver anvendt om vilkår, hvor køberen kan gøre visse misligholdelsesbeføjelser gældende – enten efter almindelige regler eller ved garantivilkår gøre yderligere beføjelser gældende – medens andre beføjelser er udelukket. Kombinerede ansvarsreguleringsvilkår omfatter de såkaldte »*maskinklausuler*«.

Ordene *gyldig* og *ugyldig* om ansvarsreguleringsvilkår bliver anvendt til at beskrive, om disse henholdsvis har virkning efter ordlyden eller ingen virkning har, uanset årsagen hertil.

Denne anvendelse af ordene er antagelig i overensstemmelse med *Henry Ussing*, Obligationretten, Almindelige del, 4. udgave, side 168: »... »ansvarsfrihedsklausul«, hvorefter skyldneren ikke skal ifalde ansvar under de sædvanlige betingelser. Sådan *ansvarsfraskrivelse er dog kun gyldig inden for visse grænser*« og *Stig Jørgensen*, Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler, side 25 (i omtalen af urimelige forhold ved aftaleindgåelsen): »... bør aftalen ... anses som ugyldig, således at den ikke kan gøres gældende i overensstemmelse med sit indhold under nogen omstændigheder.«

I aftaleretten er begrebet *ugyldig* reserveret viljeserklæringer, der hverken forpligter til opfyldelse af den aftalte ydelse eller til erstatning for opfyldelsesinteressen, og således bliver begrebet *også* anvendt i kapitel 2, afsnit 1. Andre fremstillinger anfører, at domstolene tilsidesætter vilkår, at vilkåret er uden virkning eller refererer domstolenes formelle begrundelse (eksempelvis spørgsmål om vedtagelse eller fortolkning).

Når denne fremstilling omtaler en regel som en *almindelig* regel, er det ikke udtryk for en hyppighedsangivelse, men alene at det er den regel, som gælder som udfyldende regel, hvor ikke særlige regler fører til andet. Dette er også blevet betegnet som »*baggrundsretten*«. <sup>10</sup>

Den fysiske eller juridiske person, der bliver begunstiget af et vilkår om ansvarsregulering, bliver undertiden af fremstillingsmæssige grunde betegnet *ansvarsfraskriveren*, og den anden aftalepart blot *medkontrahenten*,

<sup>10</sup> Jf. eksempelvis *Mads Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret side 30 ff.

## Kapitel 1

men, hvor det ikke er meningsforstyrrende, vil disse blot blive betegnet sælgeren og køberen. I ingen af disse begreber er der nogen forudsætning om, hvem der har udfærdiget vilkåret.

Begrebet *ond tro* udtrykker den subjektive erstatningsbetingelse. Indholdet heraf er ikke fastlagt, men vil i almindelighed omfatte den forsætlige fortielse, vildledning eller undladelse af at klargøre køberens åbenbare vildfarelse, samt den uagtsomme undladelse af at oplyse om forhold, som sælgeren kender, undladelse af at skaffe sig nærmere viden om forhold, der er konkret anledning til nærmere at undersøge, eller undladelse af at afklare forhold, som sælgeren burde indse, at køberen har misforstået og lægger vægt på.

Begrebet *mangelshæftelse* omfatter alle pligter, som en sælger kan få, når køberen med rette gør mangelsbeføjelser – i denne fremstilling afgrænset til forholdsmæssigt afslag i købesummen, erstatning og ophævelse – gældende. Sprogligt er det anfægteligt, idet hæftelse vel især omfatter en betalingspligt, men begrebet er anvendt, fordi det forekommer umiddelbart forståeligt. Begrebet er anvendt i Betænkning nr. 1276, Forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom, uden oplysning om betydningen heraf.

## 6. Plan for fremstillingen

I kapitel 2 bliver aftalefrihedens udstrækning og visse aftalevilkår behandlet. Dette kapitel omhandler navnlig domstolenes værktøjer til indgreb i aftalefriheden. Endvidere bliver begreberne ansvarsfraskrivelse, ansvarsbegrænsning mv. nærmere behandlet.

I kapitel 3 bliver handel med fast ejendom behandlet. Dette kapitel omfatter spørgsmål om ejendomsbegrebet, karakteristika ved ejendomsoverdragelsesaftaler, lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom mv. og mangelsbegrebet i ejendomsoverdragelsesaftaler.

I kapitel 4 bliver forbehold om mangelskonstitutionen behandlet. Dette omfatter navnlig som beset-vilkår, men også sælgerens opfordring til at bese ejendommen og vilkår om, at det overdragne er uden garanti, bliver behandlet.

I kapitlerne 5-7 bliver ansvarsreguleringsvilkår behandlet.

I kapitel 5 bliver tilblivelse, form og indhold af ansvarsreguleringsvilkår behandlet. Herunder bliver det behandlet, om formuleringen, herunder såkaldt generelle formuleringer, har betydning.

I kapitel 6 bliver det overdragne og misligholdelsen behandlet. Herunder bliver det behandlet, om det har betydning, hvilken ejendom, hvilket vederlag, hvilken mangel eller hvilket tab der foreligger, men også om det har betydning, om der indhentes en sagkyndig vurdering af ejendommens stand.

I kapitel 7 bliver aftalens parter behandlet. Herunder bliver salg fra døds- og konkursboer samt forbrugeres køb behandlet. Endvidere bliver auktionssalg og videresalg efter tvangsauktion behandlet. Endelig bliver betydningen af parternes indbyrdes styrkeforhold i forhandlingerne, samt subjektive forhold hos køber og sælger, behandlet.

I kapitel 8 bliver fremstillingens resultater sammenfattet.

Begrundelsen for den lagte plan er, at det er et mål, at fastslå retstilstanden ved en belysning af forskellige muligt relevante hensyn.