

Retsstiftende passivitet

af

Ph.D.-stipendiat David Moalem

1. Indledning

Den danske obligationsret opdeler traditionelt passivitetslæren i to underbegreber - *retsstiftende*¹ og *retsfortabende*² passivitet. Passivitetsbegrebet udtrykker i læren et faktum i form af en udvist adfærd og som følge heraf, opstilles to mulige retsvirkninger - retsstiftelse eller retsfortabelse. Ved *retsstiftende* passivitet udgør adfærden et selvstændigt forpligtelsesgrundlag, hvorimod den *retsfortabende* passivitet behandles som en obligationsretlig ophørsgrund. Den grundlæggende tvedeling af passivitetslæren må dog suppleres med nogle yderligere retsvirkninger for at opnå et dækkende billede af passivitetsinstituttet.

En tredje retsvirkning forekommer i form af en *indholdsmæssig* påvirkning af aftalen. Der findes adskillige eksempler herpå i lovgivningen. Blandt andre kan fremhæves den almindelige obligationsretlige grundsætning, som udtrykkes ved købelovens § 6.³ Herefter medfører handelskøbers passivitet over for den pris, der er angivet i en fremsendt regning, en pligt til at betale »medmindre lavere pris oplyses at være aftalt, eller regningen er åbenbart urimelig.« En anden interessant bestemmelse er Aftl § 6, stk. 2, vedrørende uoverensstemmende accept. Det særlige er, at retsvirkningen af ikke at reklamere er tvedelt derved, at den passive part dels

¹ Om *retsstiftende* passivitet se bl.a. C. Bang i U1944B101, Bernhard Gomard, Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt, 1958, s. 91 ff, samme i Almindelig Kontraktsret, 2. udgave, 1996, s. 116, Lennart Lyngge Andersen m.fl., Aftaler & Mellemmænd, 3. udgave, 1997, s. 94 ff, Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 1997, s.156 ff, Torsten Iversen, Støtteerklæringer, 1994, s. 63 ff, Stig Jørgensen, Kontraktsret, Bind I, s. 66 f og 184 ff, Henry Ussing, Aftaler, 3. udgave, 1950, s. 42, 105, 251 ff, 268, 299 f, 337 f, 399 med note 52, 429 ff. Af relevant nordisk litteratur kan nævnes Hjalmar Karlgren, Passivitet, 1965 og Ulf Cervin, Om passivitet inom civilrätten, 1960.

² Om *retsfortabende* passivitet se bl.a. Jens Valdemar Krenchel i U2000B180, Bernhard Gomard, Obligationsret, 3.del, 1993, s. 221-230 og Bo von Eyben m.fl., Lærebog i obligationsret, Bind II, 2000, s. 163-166. Af relevant nordisk litteratur kan nævnes Carl Jacob Arnholm, Passivitetsvirkninger, 1932, samme i Tre utsnitt av den almindelige privatrett, 1975.

³ Jf. Stig Jørgensen, Kontraktsret, Bind I, s. 185, Henry Ussing, Aftaler, 3. udgave, 1950, s. 431, Bernhard Gomard, Obligationsret, 1.del, 1998, s. 49 og Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret, Bind I, 2000, s. 104.

bliver bundet – dvs. *retsstiftelse* – dels at han bliver bundet af *indholdet* i den uoverensstemmende accept.

En fjerde retsvirkning er den *fortolkningsmæssige* påvirkning. Passiviteten indgår her i den samlede vurdering af dels retsforholdets karakter og dels det nærmere indhold. Som eksempel kan nævnes, at i forretningsforhold vil undladelse af reklamation overfor en faktura normalt medføre, at de nærmere kontraktsbetingelser heri bliver bindende for adressaten.⁴

Den femte og sidste retsvirkning, der her skal fremhæves, er den *processuelle* påvirkning. Har en part forholdt sig passiv, kan det efter omstændighederne udgøre et *bevisdatum* samt medføre en *bevismæssig skadevirkning*. Med *bevisdatum* menes, at den udviste passivitet bekræfter påstanden om, at aftale er indgået. Som illustration på den *bevismæssige skadevirkning* kan tænkes, at en person A modtager en ordrebekræftelse fra en samhandelspartner B. A mener ikke, at der er indgået en aftale, men forholder sig passiv over for ordrebekræftelsen. Udgangspunktet må her være, at A bærer bevisbyrden for, at han ikke har afgivet det løfte, ordrebekræftelsen forudsætter. Rationalet er, at A's passivitet skaber en formodning for, at aftale er indgået på baggrund af et løfte fra A. Hvis A ikke mente sig forpligtet, måtte man, som det mindste, forvente en tilkendegivelse af dette over for B. Som følge af A's passivitet vendes bevisbyrden derfor om.⁵

2. Afgrænsning af emnet

Artiklen afgrænser sig til kun at behandle passivitetsvirkningen *retsstiftelse*. Retsstiftelsen i passivitetssituationen er identisk med den almindelige obligationsretlige tvedeling af fordringers stiftelse – løfte og skyld. Tvedelingen knyttes der derfor nogle kommentarer til i afsnit 3, hvor der sondres mellem passivitet med *løftevirkning* og passivitet som *ansvarsgrundlag*. Da retsstiftelsesvirkningen dækker over en bredere vifte af væsensforskellige situationer, foretages der en opdeling heraf i afsnit 4 med en kort beskrivelse af karakteristika. Der sondres mellem tre forskellige passivitetssituationer; passivitet i topartsforhold, mellemmandsforhold og ugyldighedsforhold. I afsnit 5, 6 og 7 udskilles forholdene til selvstændig behandling. Formålet med at behandle de tre forskellige forhold i den samme artikel er at etablere en bredere referenceramme for passivitetsproblematikken. Qua denne indfaldsvinkel illustreres det, at passivitetslæren i meget forskelligartede situationer og på såvel lov- som ulovbestemt grundlag fører til retsstiftelse. Herved søges det tydeliggjort, at læren udgør et naturligt og værdifuldt bidrag til læren om fordringers

⁴ Jf. *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 431. Som det kan ses, er den principielle grænse mellem de forskellige retsvirkninger flydende.

⁵ Jf. *Trolle* i U1965B, s. 245, *Stig Jørgensen*, *Kontraktsret*, Bind I, s. 66 og 184 og *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 431. Den ovenfor omtalte grundsætning i Kbl § 6 har også denne bevismæssige påvirkning, blot i relation til prisen.

stiftelse. Artiklen indeholder derfor ikke et udtømmende katalog over de danske passivitetsbestemmelser, ligesom man kunne forestille sig andre ulovbestemte situationer end de medtagne. Afsnit 8 indeholder en opsummering af emnet.

3. Passiviteten som retsgrundlag

Omdrejningspunktet for passivitetsproblematikken kan sammenfattes i følgende spørgsmål: *Har en person, ved sin egen adfærd, bragt sig i en situation, hvor rimelig hensyntagen til en andens interesser kræver, at han inden en vis tid reklamerer, såfremt han ikke ønsker at være forpligtet?*

Passiviteten kan som tidligere nævnt enten tillægges løftevirkning eller udgøre et ansvarsgrundlag. For begge retsgrundlags vedkommende er udgangspunktet en besvarelse af det grundlæggende spørgsmål, og det bør derfor stedse have i erindring ved læsningen af artiklen.

Selvom de to retsgrundlag har fælles omdrejningspunkt, er de så væsensforskellige, at en sammenblanding ikke bør ske. Tales der om passivitet med *løftevirkning* må argumentationen hentes i kontraktsretten. Udgør passiviteten et *ansvarsgrundlag*, kan argumentationen hentes i såvel kontrakts- som deliktsretten afhængigt af om der består en partsrelation eller ej. Hvor kontraktsrettens fokus er de forestillinger, *parterne* havde for sig ved aftaleindgåelsen, er deliktsrettens *retsansvenderens* opfattelse af, hvad der er acceptabel handlemåde⁶.

Hertil kommer, at det for parterne ikke er ligegyldigt om de har en *aftalepart* eller besidder et *erstatningskrav*. Ønsker en aftalepart efterfølgende at frigøre sig, kan dette, i mangel af anden aftale, normalt⁷ kun ske ved enten misligholdelse eller efter læren om annulation, hvorefter den frigørende part skal erlægge den *positive opfyldelsesinteresse*. Er der derimod tale om et erstatningskrav uden for kontrakt, kan den berettigede kun kræve den *negative kontraktsinteresse*.

En anden væsentlig forskel er af *processuel* karakter. Hvor løftevirkningen begrunder et *umiddelbart* krav, er erstatningskravet uden for kontrakt *middelbart*. Ved løftevirkningen kan løftemodtager derfor indstævne løftegiver og kræve kontraktmæssig ydelse. Har han lidt et tab, kan han ligeledes kræve dette umiddelbart. Situationen er derimod en anden ved erstatningskravet uden for kontrakt. At kravet er middelbart vil sige, at den berettigede først må rette sit krav mod tredjemanden, der bærer den primære skyld for hele miseren. Kun hvis der ikke

⁶ Jf. *Mads Bryde Andersen* i U2001B, s. 123.

⁷ Normalsituationen antages at være en *tidsbegrænset* aftale. Er der derimod tale om en *ikke-tidsbegrænset/vedvarende* aftale, består der en adgang til at *opsige* aftalen med et rimeligt varsel. Se *Bernhard Gomard*, *Obligationsret - 1. del*, 1998, s. 16 f. *Mads Bryde Andersen*, *Grundlæggende aftaleret*, 1997, s. 162, antager at opsigelsesadgang kun består »...*hvis dette fremgår af aftalen eller af særlig lovgivning*«.

derved opnås fuld dækning, har han lidt et *tab*, som han kan kræve erlagt af den passive part. Erstatningskravet er med andre ord et »nettokrav«.⁸

3.1 Passivitet med løftevirkning

Det ligger implicit i formuleringen »passivitet med løftevirkning«, at der etableres en partsrelation. Det beskyttelsesværdige hensyn ved passivitet med løftevirkning er den passive parts medkontrahent. Passivitetsvirkningen *retsstiftelse* begrundes derfor i loyalitetspligten i kontraktsforhold, som ligger bag adskillige af de formueretlige regler/retsgrundsætninger. Loyalitetspligten foreskriver, at der skal tages et rimeligt hensyn til modpartens interesser. I passivitetssammenhængen består forpligtelsen i, at man skal tilkendegive sin stillingtagen.

Løftevirkningen bygger dels på lovregler og dels på den ulovbestemte passivitetsgrundsætning. At der kan eksistere et sådant ulovbestemt grundlag for aftaleindgåelse følger allerede af forarbejderne til aftaleloven, der udtaler følgende herom: »*Allerede heraf følger, at den Omstændighed, at et eller andet Punkt indenfor det foreliggende Emne er uomtalt, ikke i Almindelighed vil kunne tages til Indtægt for en Modsætningsfortolkning*«. ⁹

Som supplement til *løftevirkningen* er det vigtigt at være opmærksom på passivitetens værdi som *bevisdatum* for aftaleindgåelse. Der skal derfor kort knyttes nogle bemærkninger til sammenhængen mellem de to.

I forbindelse med et sagsanlæg vil der i visse tilfælde sandsynligvis kunne opnås en fordel ved at anføre begge synsvinkler som anbringender således, at man, som sit *principale* anbringende, anfører, at der er indgået en aftale, og at passiviteten udgør et bevisdatum herfor. *Subsidiært* bør det anføres, at passiviteten i sig selv begrundet retsstiftelsen/aftaleindgåelsen. Tankegangen bag konstruktionen er, at de to synsvinkler komplementerer hinanden. Er der meget, der taler for den primære påstand, må det antages, at en domstol vil være mere tilbøjelig til at følge den subsidiære påstand. Omvendt må det antages, at jo mindre sandsynlig aftaleindgåelsen er (den *principale* påstand), desto mindre tilbøjelig vil domstolen være med hensyn til at statuere aftaleindgåelse ved passivitet (den *subsidiære* påstand).¹⁰

3.2 Passivitet som ansvarsgrundlag

⁸ Sondringen mellem umiddelbar og middelbar må ikke forveksles med begrebet *direkte krav*. Direkte krav er ikke et entydigt begreb, men bruges normalt om den situation, hvor der består et sådant trepartsforhold mellem A, B og C, at C under normale omstændigheder ville kunne gøre et krav gældende mod B, som B ville kunne videreføre mod A. At kravet er direkte, betyder her at C kan springe B over og rette sit krav direkte mod A. Se herom særligt *Vibe Ulfbeck*, *Kontraktens relativitet*, 2000, s. 130 ff og *Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, Bind I, 2000, s. 426 ff.

⁹ Se Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade, s. 15. Udtalelsen vedrører samtlige aftalelovens kapitler.

¹⁰ Jf. også *Hjalmar Karlgren*, *Passivitet*, 1965, s. 10 f og *Lennart Lyng Andersen m.fl.*, *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 95 f i småtrykket.

Passivitet som ansvarsgrundlag kan såvel aktualiseres mellem kontraherende parter som i situationer, hvor der ikke består en partsrelation. I disse situationer udgør passiviteten en sådan mislig adfærd, at den, på baggrund af culpanormen, begrundes stiftelsen af en fordring – et erstatningskrav.¹¹

Hvor der består en partsrelation, er det beskyttelsesværdige hensyn, som nævnt ovenfor, den passive parts medkontrahent. At passiviteten tillægges retsvirkning begrundes i den obligationsretlige loyalitetspligt. Består der ikke en partsrelation, er det beskyttelsesværdige hensyn den part, der lider skade som følge af den udviste passivitet. Loyalitetspligten kan her ikke anføres som begrundelse, da den forudsætter en partsrelation. Derimod kan retsstiftelse begrundes i almindelige risikobetrægtninger, som er karakteristiske for mellemmandslæren, reglerne om tredjemandsforhold samt ejendomsretten i almindelighed. Overvejelser over hvem af parterne, der er nærmest til at bære risikoen for den udviste passivitet, er her i centrum.

4. Passivitetsproblematikkens forskellige ansigter

Arten af den passivitetssituation, man konfronteres med, er bestemmende for de beskyttelsesværdige hensyn og følgelig for problematikkens løsning. I det følgende anføres derfor nogle overordnede betragtninger om problematikkens karakteristika – dens »*forskellige ansigter*«. Artiklen sonder mellem tre typeforhold – topartsforhold, mellemmandsforhold og ugyldighedsforhold.

Ved *topartsforhold* forstås selvsagt, at der kun er to parter involveret i forløbet. Kendetegende er, at den ene part forholder sig passiv over for eksempelvis tilbud, accept, stadfæstelsesskrivelser, fakturaer etc.

Mellemmandsforhold anvendes i overensstemmelse med mellemmandslæren, dvs. om fuldmagts-, kommissions-, handelsagentforhold etc. Herudover gennemgås visse afgrænsningssituationer. Kendetegende er den klassiske mellemmandsretlige triangel - hovedmand, mellemmand og tredjemand.

Ugyldighedsforhold anvendes i overensstemmelse med ugyldighedslæren. Interessen samler sig om de situationer, hvor ugyldigheden påberåbes som følge af tredjemands adfærd. Ligesom ved mellemmandsforholdene er der tre parter involveret.

5. Passivitet i topartsforhold

I topartsforholdene synes det kun at være *løftevirkningen*, der begrundes retsstiftelsen. Der foreligger, så vidt vides, ingen trykte domme i nordisk ret, der anvender

¹¹ Se nærmere herom *Ulf Cervin*, Om passivitet inom civilrätten, 1960, s. 205 ff.

passivitet som ansvarsgrundlag i disse situationer. Derimod foreligger der en omfattende nordisk retspraksis, hvorefter passiviteten tillægges løftevirkning.¹²

Passivitetens løftevirkning bygger dels på lovregler og dels på den ulovbestemte passivitetsgrundsætning. Nedenfor i afsnit 5.1 vil de lovbestemte passivitetsregler i aftalelovens kapitel I kort blive gennemgået. Derefter gennemgås i afsnit 5.2 forskellige ulovregulerede situationer, hvor passivitet kan føre til retsstiftelse.

5.1 Passivitetsregler i aftalelovens kapitel I – Om afslutning af aftaler

Aftalelovens kapitel I indeholder tre passivitetsbestemmelser - § 4, stk. 2, § 6, stk. 2 og § 9.

Aftl § 4, stk. 2, omhandler *forsinket accept*. Aftl § 4, stk.1, opstiller som hovedregel, at et tilbud bortfalder, såfremt det ikke bliver accepteret rettidigt. Passivitetsreglen i § 4, stk. 2 indeholder undtagelsen hertil, når acceptanten berettiget tror, at han har svaret rettidigt og tilbudsgiver bør vide, at han tror dette, jf. § 4, stk. 2, 1. pkt. I denne situation pålægges tilbudsgiver *uden ugrundet ophold* at underrette acceptanten, hvis han ikke vil være bundet, jf. § 4, stk. 2, 2. pkt.¹³ Forholder han sig passiv bestemmer § 4, stk. 2, 3. pkt., at retsvirkningen er aftaleindgåelse.

Aftl § 6, stk. 2 vedrørende *uoverensstemmende accept* er bygget op over samme skabelon som § 4, stk. 2. Der kan derfor i det hele henvises til det ovenstående.

Aftl § 9 regulerer den situation, hvor A afgiver et tilbud til B. Tilbudet indeholder dog et forbehold, som gør, at det retligt har karakter af en *opfordring til at gøre tilbud*.¹⁴ Afgiver B herefter tilbud, foreskriver Aftl § 9, 2. pkt., at A skal reklamere uden ugrundet ophold, hvis han ikke vil antage det. De nærmere betingelser for reklamationspligtens indtræden er, (1) at B's tilbud er i overensstemmelse med A's opfordring¹⁵, (2) tilbudet skal være fremkommet inden rimelig tid, (3) tilbudet skal være afgivet af den, opfordringen var rettet til og (4) A må gå ud fra, at tilbudet er fremkaldt ved opfordringen. Forholder A sig passiv i denne situation, anses aftale for indgået, jf. Aftl § 9, 3. pkt.

5.2 Ulovregulerede situationer

¹² *Ulf Cervin*, Om passivitet inom civilrätten, 1960, s. 210 antager, med henvisning til sit omfattende studium i afhandlingens kapitel 1, at nordisk ret kun hjemler *aftalevirkning* i topartsforholdene.

¹³ Der stilles her krav om *specifik reklamation*, jf. også *Lennart Lynge Andersen m.fl.*, Aftaler & Mellemmænd, 3. udgave, 1997, s. 63, med note 71.

¹⁴ Er erklæringen ikke i sig selv et tilbud, men kun en opfordring til at gøre tilbud, finder *princippet* i Aftl § 9 anvendelse.

¹⁵ Er situationen den, at B's tilbud er uoverensstemmende med opfordringen, men dette skyldes en fejl/vildfarelse som er kendelig for A, kan dette dog ikke fritage A for reklamationspligten.

Nedenfor vil en række forskellige momenter blive gennemgået for at illustrere bredden og forskelligheden af de situationer, hvor passiviteten tillægges løftevirkning. Det må erindres, at bedømmelsen af den udviste passivitet er en helhedsbedømmelse, og at samtlige relevante momenter derfor må afvejes overfor hinanden – herunder også modpartens forhold.¹⁶

Har der været *ført forhandlinger*, hvorefter en af parterne fremsender en *stadfæstelsesskrivelse*¹⁷ eller *faktura*, er spørgsmålet, hvilken betydning passivitet heroverfor får. Reageres der ikke, er det et stærkt moment der taler for passivitet med løftevirkning, jf. U1965.300H og U1998.259H forudsætningsvist. *1965-sagen* vedrørte en københavnsk frugtgrosserers salg af kartofler til Skotland. Højesteret lagde til grund, at der var reklameret telefonisk over for ordrebekræftelsen og statuerede bl.a. derfor ikke aftaleindgåelse/retsstiftelse. *1998-sagen* vedrørte en entreprisedaftale mellem en tagdugsvirksomhed og en kartoffelmelsfabrik. Også i denne sag lagde Højesteret til grund, at der var reklameret telefonisk samt via fax over for ordrebekræftelsen, og at aftale derfor ikke var indgået.

Processuelt er det vigtigt at være opmærksom på, at forhandlingerne og ordrebekræftelsen i sig selv udgør *bevisdata* for, at aftale er indgået.¹⁸ Procederes der derfor principalt på aftaleindgåelse med forhandlingerne og ordrebekræftelsen som bevis herfor, må det antages at øge sandsynligheden for subsidiært at anvende passiviteten som selvstændigt stiftelsesgrundlag, jf. også ovenfor i afsnit 3.1.

En afart af den beskrevne problematik opstår i tilknytning til spørgsmålet om *rette medkontrahent*. Et typisk problem, man her står overfor, vedrører personlig hæftelse contra selskabshæftelse. Som illustration kan man forestille sig følgende situation; A påstår at have indgået aftale med B og derved at have et krav mod B *personligt*. B påstår derimod, at der er indgået en aftale med B's ApS, hvorfor kravet kun kan rettes mod dette.¹⁹ Er selskabsdannelse almindelig på det pågældende område, er udgangspunktet, at A kun kan rette sit krav mod selskabet.²⁰ Der kan dog foreligge momenter, der trækker i modsat retning, sådan at resultatet efter en konkret bedømmelse vil blive det modsatte – at B hæfter personligt. Passiviteten kan udgøre et sådant moment. Har A fremsendt en stadfæstelsesskrivelse til B eller til Aps/ved B personligt, må B reklamere i overensstemmelse med den almindelige passivitets-

¹⁶ Om de forskellige momenter se også *Lennart Lyngge Andersen m.fl.*, *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 96 ff.

¹⁷ Herved forstås i denne sammenhæng eksempelvis ordrebekræftelser og lign. Se herom *Stig Jørgensen*, *Kontraktsret*, Bind I, s. 67 og 184, *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 431.

¹⁸ Jf. også *Trolle* i U1965.245, der kommenterer U1965.300H.

¹⁹ Om problematikken se særligt *Torkil Rasmussen* i U1993B38 - »Selskabshæftelse eller personlig hæftelse?« og *Erik Werlauff*, *Selskabsmasken*, 1991, s. 192 ff.

²⁰ Dette gælder særligt, hvis det er A der har taget initiativ til aftalens indgåelse. I så fald må han undersøge med hvem han kontraherer, og i tilfælde af uvished herom derfor være nærmest til at bære risikoen herfor.

grundsætning, hvis han ikke vil være bundet.²¹ Retsvirkningen af passiviteten er dermed løftevirkning for B, idet han bliver aftalepart.

Et tredje moment er, hvor *klar* og *entydig* modpartens tilkendegivelse, om at aftale anses for indgået, fremtræder. Er tilkendegivelsen uklar og tvetydig, taler dette imod aftaleindgåelse ved passivitet, jf. U1990.606H. Sagen vedrørte en landmands ønske om køb af to landbrugsmaskiner af en maskinforhandler. Højesteret udtalte »at ordrebekræftelsen ... ikke fremtræder som en sådan klar bekræftelse af en endelig købeaftale, at appellanten [landmanden] ved sin passivitet over for skrivelsen ... er blevet bundet i overensstemmelse med ordrebekræftelsen«.

Et fjerde moment er *købets karakter*. Er der tale om et forretnings-, civil- eller forbrugerforhold. I forretningsforhold går reklamationspligten utvivlsomt videre end udenfor, idet der kræves større agtsomhed af parterne. Det vil sige, at en handlende lettere bliver bundet af en udvist passivitet end eksempelvis en forbruger. Et beskrivende eksempel er U1974.119H vedrørende A's ønske om at erhverve 2.000.000 liter gasolie fra B. På telefon drøftedes vilkårene for købet, hvorefter B samme dag fremsendte en stadfæstelsesskrivelse i form af en ordrebekræftelse. Først 7 dage senere reagerede A med en tilkendegivelse om, at han ikke anså aftale for indgået. Højesteret udtalte, at »Selv om endelig aftale ikke med fornøden sikkerhed måtte kunne anses indgået ved telefonsamtalen den 10. marts 1972, findes ... [A] der selv havde henvendt sig til ... [B] og under telefonsamtalen drøftet de nærmere vilkår for køb - at have haft pligt til omgående at gøre indsigelse mod ... [B's] ordrebekræftelse, da ... [A] ... modtog denne, idet det i hvert fald da måtte stå ... [A] klart, at ... [B] betragtede handel som afsluttet. ... [A's] unkladelse af reklamation findes at måtte medføre, at [A] anses bundet i overensstemmelse med ordrebekræftelsen. At der er tale om et udpræget forretningsforhold synes her at have skærpet reklamationspligten ganske betragteligt.

Et femte moment er selve *partsrelationen*. Har parterne eksempelvis tidligere indgået aftaler, vil dette skærpe reklamationspligten.²² Det vil sige, at der i denne situation skal mindre til for at statuere aftaleindgåelse.

Et sjette moment er *ydelsens karakter*. Er der tale om varer, der svinger betydeligt og/eller hyppigt i pris eller er letfordærlige, skærpes reklamationspligten for at undgå, at en af parterne får mulighed for at spekulere på den andens bekostning. Det er vigtigt at koble dette moment med *købets karakter*. Det slår sandsynligvis kun fuldt ud igennem i forretningsforhold, men må også antages at få betydning uden for dette område om end med mindre styrke.

Et syvende moment er *passivitetsens udstrækning*. Momentet falder i to led – dels spørgsmålet om *gentagen passivitet* og dels spørgsmålet om *længere tids passivitet*. *Gentagen passivitet* omhandler den situation, hvor en part af flere omgange har haft anledning til og mulighed for at reklamere. Er dette tilfældet, taler det for, at den

²¹ Bevisbyrden for at have reklameret påhviler B.

²² Trolle i U1965B245 bruger ligefrem ordvalget »...en naturlig pligt« til at reklamere i denne situation.

pågældende bliver forpligtet, jf. også U1965.823SH vedrørende tegning af en annonce til et telexkatalog, hvor A forholdt sig passiv i to omgange, hvor han havde mulighed for at reagere. Er der tale om *længere tids passivitet* øges risikoen for, at modparten faktisk har indrettet sig på eller har forventet at kunne indrette sig på, at der er indgået en aftale. Indretningssynspunktet trækker derfor i retning af, at parten bliver bundet, jf. også ovenfor om U1974.119H.

Det ottende og sidste moment der særligt skal fremhæves, er spørgsmålet om, hvem der har taget *initiativet til aftalen*. Er passiviteten udvist af den part, som har taget initiativet til aftalen, trækker dette i retning af, at han bliver bundet, jf. U1974.119H, hvor Højesteret særligt fremhæver dette moment. Momentets vigtighed synes også illustreret ved dommen U1983.597V, ligeledes vedrørende salg af gasolie, hvor Vestre Landsret kom til det modsatte resultat i en situation, hvor passiviteten *ikke* var udvist af den part, der tog initiativ til aftalen. Ræsonnementet er, at i jo højere grad B ved sin egen adfærd har bragt sig i en situation, hvor A med rimelighed kan forvente, at der er indgået en aftale, desto mere nærliggende er det at anse B for forpligtet, når han ikke reagerer på A's tilkendegivelse om at aftale anses for indgået.²³

Konfronteret med en passivitetssituation må man altså foretage en helhedsvurdering og afvejning af samtlige sagens omstændigheder for at kunne afgøre, hvorvidt retsstiftelse er den rette sanktion. De ovenfor anførte momenter kan i denne sammenhæng være en hjælp, men prætenderer ikke at være et udtømmende katalog.²⁴

6. Passivitet i mellemmandsforhold

Det centrale spørgsmål i mellemmandsretten er, hvorledes og i hvilket omfang mellemmanden kan forpligte hovedmanden. Denne relation betegnes også »det ydre forhold«, hvorved det understreges, at den retlige fokus ligger på forholdet mellem hovedmanden og tredjemand. Den mellemmandsretlige passivitetsproblematik vedrører ligeledes »det ydre forhold«, men må dog formuleres anderledes. Omdrejningspunktet er, hvorvidt hovedmanden eller tredjemanden ved sin passivitet har legitimeret sig som løftegiver. Legitimationen opstår som følge af, at passiviteten udgør en bestemmende adfærd, og løftemodtageren derfor har haft særlig føje til at forvente den passive part som løftegiver. I denne situation er det nærmere at lægge *risikoen* for »løftemodtagers« fejlagtige opfattelse af retsforholdet på den passive part, som har haft en anledning til at reagere. Afgørende for passivitetsbedømmelsen

²³ Jf. *Lennart Lyngge Andersen m.fl.*, Aftaler & Mellemmænd, 3. udgave, 1997, s. 98.

²⁴ En nyere dom hvor passivitet ikke statueredes er U2000.247V (Udbedring af fast ejendom i forbindelse med købet).

er således risikovurderingen, herunder særligt løftemodtagers berettigede forventninger.

6.1 Lovregulerede passivitetsregler

Aftalelovens kapitel II om fuldmagt indeholder i § 19 en passivitetsregel. Bestemmelsen finder anvendelse, når hovedmanden har særlig grund til at tro, at fuldmægtigen, uanset at fuldmagten er tilbagekaldt eller erklæret uvirksom, vil foretage en retshandel på hans vegne. I denne situation pålægges hovedmanden en reklamationspligt over for den godtroende tredjemand. Forholder hovedmanden sig passiv, er retsvirkningen, at passiviteten tillægges *løftevirkning*, og at han derved bliver bundet over for tredjemanden, jf. § 19, 2. pkt. Passivitetsreglen antages at udtrykke en formueretlig grundsætning.

Kommissionslovens kapitel II indeholder i § 5 en speciel passivitetsbestemmelse, hvorefter en handelskommissionær, efter anmodning fra en forretningsforbindelse om at besørge salg eller køb, skal reklamere, hvis han ikke vil overtage hvervet. Forholder kommissionæren sig passiv tillægges adfærden *løftevirkning*, idet hvervet hermed anses for overtaget, jf. § 5, 2. pkt.

Også Handelsagentlovens kapitel II indeholder særregler om passivitet i § 16, stk. 2, § 19 og § 20, stk. 2.²⁵ Efter § 16, stk. 2, skal *agenturgiveren* reklamere, hvis han ikke vil bindes af en af agenten indgået aftale. Forholder *agenturgiveren* sig passiv, forpligtes han som *løftegiver* over for den godtroende tredjemand, jf. § 16, stk. 2, 2. pkt.

Efter § 19 skal *tredjemand* reklamere, hvis han ikke vil bindes, efter at han har modtaget en godkendelse/accept af aftalen fra agenturgiveren. Forholder *tredjemanden* sig passiv forpligtes han som *løftegiver* overfor agenturgiveren samt pålægges bevisbyrden for, at aftalen er indgået med et andet indhold end det af agenturgiveren anførte, jf. § 19, 2. pkt.

Ifølge § 20, stk. 2 skal *agenturgiveren* reklamere, hvis agenten uden bemyndigelse har modtaget betaling eller foretaget ændringer i aftalen. Forholder *agenturgiveren* sig passiv, forpligtes han som *løftegiver* over for den godtroende tredjemand, jf. § 20, stk. 2, 2. pkt.

Som fremgået er det kendetegnende for lovreguleringen af passiviteten, at bestemmelserne fastlægger passivitet med *løftevirkning* som retsgrundlag. At passiviteten tillægges retsvirkning skyldes, at den reklamationspligtige har særlig anledning til at tilkendegive sin stillingtagen.

6.2 Ulovregulerede situationer

Som et første eksempel på hovedmandens forpligtelse ved passivitet skal fremhæves *adfærdsfuldmagten*. Denne særegne fuldmagtsform bygger på en erkendelse af, at der består et behov for at anerkende fuldmagt i videre omfang, end aftaleloven

²⁵ Se nærmere herom *Bent Iversen*, *Handelsagenten og eneforhandleren*, 3. udgave, 1997, s. 132 ff.

hjemler.²⁶ Forholder hovedmanden sig passiv overfor en fuldmægtig, der foretager retshandler på hans vegne, kan dette derfor efter omstændighederne føre til retsstiftelse, således at hovedmanden forpligtes som *løftegiver*.²⁷

Som et andet eksempel kan nævnes U1965.823SH. Dommen illustrerer dels en ulovbestemt retsstiftelse i mellemmandsforhold og dels, at Aftl § 19 blot udgør en kodifikation af en almindelig retsgrundsætning. Sagen vedrørte tegning af en annonce til et telexkatalog, hvor A forholdt sig passiv i to omgange, hvor han havde mulighed for at reagere – først passivitet overfor en kopi af annoncebestillingsaftalen, som var indgået af en medarbejder uden bemyndigelse dertil, og herefter passivitet over for den fremsendte regning. Sø- & Handelsretten udtalte på denne baggrund, at A »Ifølge princippet i aftalelovens § 4, stk. 2, § 6, stk. 2, og § 19 ...findes at måtte være bundet ved aftalen.« Retsgrundlaget er altså også i denne situation passivitet med *løftevirkning*.

Som fremgået er det kendetegnende for de ulovregulerede passivitetssituationer, at den passive forpligtes som *løftegiver*. Dette er også logisk al den stund, at personens adfærd er den bestemmende faktor, og løftemodtageren har haft føje til at forvente ham som løftegiver. Har hovedmanden eller tredjemand særlig grund til at antage, at der handles på deres vegne, må der reklameres, hvis aftaleindgåelse skal undgås.

Det er således de samme forhold og dermed hensyn, der gør sig gældende for både de lov- som uregulerede passivitetssituationer. På den baggrund kan det ikke undre, at passivitsgrundsætningen dækker det ulovregulerede område.

7. Passivitet i ugyldighedsforhold

Det vil fremgå af den nedenstående gennemgang, at Aftalelovens kapitel III om ugyldige viljeserklæringer kun indeholder passivitetsbestemmelser ved stærke ugyldighedsgrunde. Baggrunden herfor skal findes i hensynene bag sondringen mellem de stærke og svage ugyldighedsgrunde.

Sondringens *raison d'être* er, at de ugyldighedsgrunde, som man ikke kan gardere sig imod, er gjort til stærke, mens de øvrige er gjort til svage. Retsvirkningen er, at en stærk ugyldighedsgrund altid kan gøres gældende over for løftemodtager uanset dennes gode eller onde tro, hvorimod den svage ugyldighedsgrund kun kan gøres gældende, når løftemodtager har kendskab eller burde have haft kendskab til dens eksistens, dvs. er i ond tro. Det fremgår heraf, at sondringen bygger på en *risikoafvejning* mellem aftaleparterne. Skal løftegiver eller løftemodtager bære risikoen? Ved de svage ugyldighedsgrunde lægges risikoen på løftegiver, hvorimod man ved de stærke grunde lægger risikoen på løftemodtager.

²⁶ Jf. for dansk rets vedkommende særligt *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 299.

²⁷ Fuldmagtsformen benævnes også *tolerancefuldmagt*.

Det er vigtigt at erindre, at spørgsmålet om god eller ond tro kun opstår, når der er en tredjepart inde i forbindelse med aftaleindgåelsen.²⁸ Det giver ingen mening at forestille sig, at A, der bevidst og i strid med sandheden, har oplyst, at den bil, han sælger til B, lige har gennemgået en totalrenovering, skulle være i god tro herom. Den følgende gennemgang vedrører derfor kun trepartsforhold, hvor ugyldigheden skyldes en *tredjemands* adfærd. På baggrund af tredjemandens adfærd afgiver løftegiver en viljeserklæring over for løftemodtager. Nærmere bestemt er spørgsmålet, om løftegiver fortaber sin ugyldighedsindsigelse ved ikke at gøre den gældende over for den godtroende løftemodtager uden ugrundet ophold. Svaret der bekræfter herpå, er retsvirkningen retsstiftelse.

Eftersom den godtroende løftemodtager ved de *svage ugyldighedsgrunde* vinder ret over for løftegiveren, opstår der ikke noget passivitetsproblem, idet løftegiver allerede mistede sin indsigtelse qua løftemodtagers gode tro.

Det modsatte er imidlertid tilfældet ved de *stærke ugyldighedsgrunde*, hvor løftegiveren bevarer sine ugyldighedsindsigelser. Den grundlæggende forudsætning om, at man ikke kan gardere sig mod den stærke ugyldighedsgrund, og at man derved ikke kan lægges noget til last brister, hvis løftegiver efterfølgende forholder sig passiv overfor en løftemodtager i god tro. Som følge af løftegivers passivitet kan løftemodtageren komme til at lide et tab, eksempelvis som følge af at han indretter sig i tillid til løftet. Løftegiveren må derfor have en pligt til at underrette den godtroende løftemodtager, så snart han får mulighed herfor. Gør han ikke det, ændres der ved forudsætningerne for at pålægge løftemodtageren risikoen. Dette er da også baggrunden for bestemmelserne i Aftalelovens § 28, stk. 2, og § 32, stk. 2, hvorefter løftegiver fortaber sin ugyldighedsindsigelse ved efterfølgende passivitet. Af større interesse er det dog, at det anførte også må gælde uden for de lovregulerede tilfælde, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.2.

7.1 Passivitetsregler i aftalelovens kapitel III – Om ugyldige viljeserklæringer

Aftalelovens kapitel III indeholder to passivitetsbestemmelser – Aftl § 28, stk. 2 og § 32, stk. 2.

Aftalelovens § 28, stk. 2 omhandler voldelig/mekanisk²⁹ tvang. Den tvungne pålægges en reklamationspligt, hvis tvangen er udøvet af en tredjemand og den til hvem erklæringen er afgivet var i god tro herom. I så fald skal han reklamere uden ugrundet ophold overfor den godtroende løftemodtager, jf. § 28, stk. 2, 1. pkt. Forholder han sig passiv tillægges adfærden *løftevirkning*, hvorefter retsvirkningen er aftaleindgåelse, jf. § 28, stk. 2, 2. pkt.

Aftalelovens § 32, stk. 2 omhandler tredjemands forvanskning af en viljeserklæring. Løftegiver pålægges en reklamationspligt, hvis løftemodtageren var i god tro om forvanskningen. I så fald skal løftegiver reklamere uden ugrundet ophold overfor denne, jf. § 32, stk. 2, 2. pkt. Forholder han sig passiv tillægges adfærden

²⁸ Undtagelsen hertil er Aftl § 32 stk. 1, hvor der tales om god tro mellem to parter.

²⁹ Bestemmelsen finder *analog* anvendelse på mekanisk tvang.

løftevirkning, hvorefter retsvirkningen er aftaleindgåelse, jf. § 32, stk. 2, 3. pkt. Som fremgået er det kendetegnende for lovreguleringen af passivitet, at den kun regulerer de *stærke ugyldighedsgrunde* og at retsgrundlaget er passivitet med *løftevirkning*.³⁰

7.2 Ulovregulerede passivitetssituationer

Som tidligere nævnt bygger de stærke ugyldighedsgrunde på en risikoafvejning. Adskillige stærke ugyldighedsgrunde er ikke lovregulerede i dansk ret. Der ses ikke at være grundlag for, at disse som udgangspunkt skal behandles anderledes i relation til en efterfølgende passivitet fra løftegivers side.

På ét væsentligt punkt afviger de dog fra de lovregulerede tilfælde. Bestemmelserne i aftaleloven foreskriver *løftevirkning*. Udenfor de lovregulerede tilfælde må udgangspunktet, i overensstemmelse med den almindelige formueret, derimod være et *erstatningsansvar*. Kun i de tilfælde, hvor der er særlige holdepunkter for at anse passiviteten som udtryk for en stiltiende accept eller lignende, vil den kunne tillægges *løftevirkning*.³¹ Det traditionelle formueretlige udgangspunkt kan formuleres således, at den der tier *ikke* samtykker.³² Dette må stadig antages at være gældende ret om end der synes at være en vis objektiverende tendens vedrørende passivitetens *løftevirkning*.³³

Som nævnt i afsnit 3 er det vigtigt at være opmærksom på denne forskel i retsgrundlaget, idet den som refleksvirkning har både materiel og processuel betydning for parterne.

Som eksempler på ulovregulerede stærke ugyldighedsgrunde kan fremhæves *falsk* og *forfalskning*. Hvis »løftegiver«³⁴ forholder sig passiv overfor løftemodtager efter, at han er blevet klar over, at en tredjemand har udøvet falsk eller forfalsket en viljeserklæring, må udgangspunktet være, at han bliver *erstatningsansvarlig* over for

³⁰ En nyere dom vedrørende retsstiftende passivitet er U1999.1120Ø (Ugyldighedsindsigelse vedrørende aftale indgået i strid med dørsalgsloven fortabt ved passivitet. Køberen blev herefter dømt til at betale det krævede beløb). I dommen U1999.322Ø nåede retten til det modsatte resultat (Telefonsalg af optioner til forretningsdrivende som forbruger i strid med dørsalgsloven).

³¹ Jf. også *Hjalmar Karlgren*, *Passivitet*, 1965, s. 8, *Bernhard Gomard*, *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt*, 1958, s. 92 og *Lennart Lynge Andersen m.fl.*, *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 169 i småtrykket vedrørende *falsk*.

³² Jf. også *Mads Bryde Andersen*, *Grundlæggende aftaleret*, 1997, s. 156 og *Bernhard Gomard*, *Almindelig Kontrakstret*, 2. udgave, 1996, s. 93.

³³ Se om denne tendens bl.a. *Ulf Cervin*, *Om passivitet inom civilrätten*, 1960, s. 180 ff og *Hjalmar Karlgren*, *Passivitet*, 1965, s. 8. Den objektiverende tendens er et generelt karakteristikon ved retsudviklingen på formueretsområdet, jf. bl.a. *Vibe Ulfbeck*, *Kontraktens relativitet*, 2000, særligt s. 50 f, 58 og s. 79 ff. og *Mads Bryde Andersen* i U2001B, s. 121.

³⁴ Løftegiver er sat i anførselstegn, da han/hun ikke er løftegiver i falsksituationen.

løftemodtager.³⁵ Kun hvis det undtagelsesvis kan lægges til grund, at passiviteten er udtryk for en stiltiende accept, forpligtes han som *løftegiver*. Erstatningsansvaret bør dog kun ifaldes, hvis »løftegiveren« har haft rimelig grund til underrette tredjemanden.

8. Opsummering

Som fremgået af artiklen, er retsvirkningerne af passivitet meget forskelligartede. Således sondres mellem retsstiftelse, retsfortabelse, indholdsmæssig påvirkning, fortolkningsmæssig påvirkning og processuel påvirkning. Behandlingen afgrænser sig til den retsstiftende passivitet.

Som grundlag for retsstiftelsen sondres der mellem passivitet med løftevirkning og passivitet som ansvarsgrundlag. Det påpeges, at retsstiftelsen er identisk med den almindelige tvedeling af fordringers stiftelse – løfte og skyld. Opdelingens betydning beror på, at det ikke er ligegyldigt om man besidder et *kontraktskrav* eller et *erstatningskrav*. Ønsker en aftalepart efterfølgende at komme ud af en aftale kan dette, i mangel af anden aftale, normalt kun ske ved enten misligholdelse eller efter læren om annulation, hvorefter den frigørende part skal erlægge den *positive opfyldelsesinteresse*. Er kravet derimod et erstatningskrav, kan den erstatningsberettigede kun kræve den *negative kontraktsinteresse*. Hertil kommer den processuelle forskel. Hvor løftevirkningen begrunder et *umiddelbart* krav, er erstatningskravet *middelbart*.

Artiklen opdeler passivitetssituationerne i tre forhold – topartsforhold, mellemmandsforhold og ugyldighedsforhold. Forholdene er så væsensforskellige, at en særskilt gennemgang af hver enkelt er nødvendig for at illustrere, hvornår retsvirkningen er retsstiftelse, samt hvornår retsgrundlaget er løftevirkning contra ansvarsgrundlag. Som fremgået er det kun i de ulovregulerede ugyldighedsforhold, at retsgrundlaget er et erstatningsansvar. I samtlige andre af de gennemgåede situationer er retsgrundlaget løftevirkning.

Artiklen har bevidst anlagt en bredere indfaldsvinkel til passivitetsproblematikken. Formålet har været at belyse en del af de forskelligartede situationer, hvor udvist passivitet medfører retsstiftelse. Der findes i dag adskillige passivitetsbestemmelser i dansk ret. De valgte bestemmelser udgør blot et lille udpluk heraf. Mere interessant er det dog, at retsordenen også uden for de lovregulerede tilfælde anvender passivitetsgrundsætningen som grundlag for retsstiftelse. På denne baggrund synes det tydeliggjort, at passivitetslæren i dag udgør en ikke uvæsentlig del af den almindelige formueretlige lære om fordringers stiftelse.

³⁵ Jf. også *Lennart Lynge Andersen m.fl.*, *Aftaler & Mellemmænd*, 3. udgave, 1997, s. 169 i småtrykket, men af modsat opfattelse *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udgave, 1950, s. 42 og 398 f, der antager, at man ikke i almindelighed kan pålægges en reklamationspligt ved *falsk*.

