

Europæisk aftaleret

Sammenligning af de Europæiske
Principper for aftaleret med engelsk og tysk
aftaleret

European Contract Law

Comparing Principles of European Contract
Law to English and German Contract law

Indhold

Summary in English	8
1 Indledning – Europæisk aftalelov?	10
2 PECL	11
2.1 Anvendelsesområde	12
3 Aftale indgåelse	12
3.1.1 Engelsk ret	12
3.1.2 Tysk ret	13
3.2 Løfte	13
3.3 Engelsk ret - consideration	13
3.3.1 Deed	14
3.4 Tysk ret	15
3.5 Tilbud	15
3.5.1 Engelsk ret	15
3.5.1.1 Engelsk ret - reklame	16
3.5.2 Tysk ret	16
3.6 Tilbagekaldelse af et tilbud	17
3.6.1 Engelsk ret	17
3.6.2 Tysk ret	18
3.7 Accept	18
3.7.1 Engelsk ret	18
3.7.2 Tysk ret	19
3.8 Modstridende generelle vilkår	20
3.8.1 Engelsk ret – battle of the forms	20
3.8.2 Tysk ret	20
3.9 Professionelle erhvervsdrivendes skriftlige bekræftelse	20
3.9.1 Engelsk ret	20
3.9.2 Tysk ret	21
3.10 Opsamling – Aftaleindgåelse	21

3.11	Formkrav.....	22
3.12	Skriftlighed.....	22
3.12.1	Engelsk ret	22
3.12.1.1	Engelsk ret - Merger clause	23
3.12.2	Tysk ret	23
3.13	Ansvar for forhandlinger og fortrolighed	23
3.13.1	Engelsk ret	23
3.13.2	Tysk ret	24
3.14	Ansvar for at overlade forpligtelser til tredjemand.....	24
3.14.1	Engelsk ret	24
3.14.2	Tysk ret	24
3.15	Opsamling – aftaleindgåelse, formkrav.....	25
3.16	Fuldmagt.....	25
3.17	Interessekonflikt	25
3.18	Engelsk ret	26
3.19	Tysk ret	27
3.20	Indirekte repræsentation	28
3.20.1	Engelsk ret	28
3.20.2	Tysk ret	28
3.21	Opsamling – aftaleindgåelse, fuldmagt.....	28
4	Fortolkning af aftalen	29
4.1	Good faith – fair dealing – god skik / redelig forretningsskik.....	29
4.2	Engelsk ret	29
4.2.1	Supply of goods and services act.....	29
4.2.2	Misrepresentation act	30
4.2.3	Promisory estoppel.....	30
4.2.4	Duty to disclose information	31
4.2.5	Abuse of rights.....	31
4.2.6	Reasonable / best endeavours	31

4.3	Tysk ret	32
4.3.1	Eksempler	33
4.4	Aftalefortolkning.....	34
4.5	Engelsk ret	35
4.5.1	Representations, terms, recitals, warranties and conditions.....	36
4.5.2	Representation – prækontraktuel udtalelse	36
4.5.2.1	Parol evidence rule	36
4.5.2.2	Parternes evner og viden.....	37
4.5.2.3	Tid gået fra udtalelse til aftaleindgåelse	37
4.5.2.4	Collateral contract – ”følge-aftale”	38
4.5.2.5	Misrepresentation act	38
4.5.3	Recitals, warranties and conditions.....	38
4.5.4	Express terms	39
4.5.5	Implied terms.....	39
4.5.6	Uklarhed	39
4.6	Tysk ret	40
4.6.1	Uklarhed	41
4.7	Betingelser.....	41
4.7.1	Engelsk ret	42
4.7.2	Tysk ret	42
4.8	Standard betingelser	42
4.8.1	Engelsk ret	42
4.8.2	Tysk ret	44
4.8.3	”Suspekte” vilkår	44
4.8.4	Bestemmelser der altid er ugyldige.....	45
4.9	Pris eller andre vilkår er ikke fastsat.....	46
4.9.1	Engelsk ret	47
4.9.2	Tysk ret	47
4.10	Opfyldelsessted og -tid.....	47

4.10.1	Engelsk ret	48
4.10.2	Tysk ret	48
4.11	Opsamling – fortolkning af aftalen	48
5	Gyldighed (vildfarelser, trusler, hardship, force majeure og forældelse)	50
5.1	Kontrakter stridende mod fundamentale principper	50
5.1.1	Engelsk ret	50
5.1.2	Tysk ret	51
5.2	Fejl og vildfarelser	51
5.2.1	Engelsk ret	52
5.2.2	Tysk ret	53
5.3	Trusler mm.	53
5.3.1	Engelsk ret	55
5.3.2	Tysk ret	55
5.4	Hard ship	55
5.4.1	Engelsk ret	56
5.4.2	Tysk ret	56
5.5	Force majeure	56
5.5.1	Engelsk ret	57
5.5.2	Tysk ret	58
5.6	Forældelse	58
5.7	Engelsk ret	60
5.8	Tysk ret	60
5.9	Opsamling – Gyldighed (vildfarelser, trusler, hardship, force majeure og forældelse)	61
6	Misligholdelse	63
6.1	Akkumulering af retsmidler	63
6.2	Væsentlig misligholdelse	64
6.3	Engelsk ret	64
6.4	Tysk ret	64
6.5	Forventet / anticiperet misligholdelse	64

6.5.1	Engelsk ret	64
6.5.2	Tysk ret	65
6.6	Yderligere frist / Nachfrist	65
6.6.1	Engelsk ret	65
6.6.2	Tysk ret	66
6.7	Begrænsning af misligholdelsesbeføjelser	66
6.7.1	Engelsk ret – ansvarsbegrænsning	66
6.7.2	Engelsk ret – Waiver clause	68
6.7.3	Tysk ret - ansvarsfraskrivelse/begrænsning	68
6.8	Misligholdelsesbeføjelser, Pengeopfyldelse, naturalopfyldelse	69
6.8.1	Engelsk ret	69
6.8.2	Tysk ret	69
6.9	Misligholdelsesbeføjelser – tilbageholde ydelse	69
6.9.1	Engelsk ret	70
6.9.2	Tysk ret	70
6.10	Misligholdelsesbeføjelser - Ophævelse	70
6.10.1	Engelsk ret – ophævelse af kontrakt	71
6.10.2	Tysk ret	72
6.11	Misligholdelsesbeføjelser – forholdsmæssigt afslag	72
6.11.1	Engelsk ret	72
6.11.2	Tysk ret	73
6.12	Misligholdelsesbeføjelser - Erstatning	73
6.12.1	Engelsk ret	73
6.12.2	Engelsk ret – liquidated damages - penalty	74
6.12.3	Engelsk ret - Direkte og indirekte tab	75
6.12.4	Tysk ret	75
6.12.5	Frist for udbedring	76
6.12.6	Erstatning uden frist for udbedring	76
6.13	Opsamling Misligholdelse	76

7	Hæftelse og modregning	78
7.1	Flere debitorer	78
7.1.1	Hæftelse – flere kreditorer	79
7.2	Engelsk ret	79
7.3	Tysk ret	80
7.3.1	Tysk ret - Solidariske kreditorer	81
7.4	Modregning	81
7.4.1	Engelsk ret	82
7.4.2	Tysk ret	82
7.5	Renter	83
7.6	Engelsk ret	83
7.7	Tysk ret	83
7.8	Opsamling hæftelse og modregning	83
8	Overdragelse af krav	83
8.1.1	Overdragelse af kontrakt	86
8.2	Engelsk ret	86
8.3	Tysk ret	87
8.4	Opsamling – overdragelse	88
9	Konklusion / opsamling	89
10	EU mod en fælles aftalelov?	93
	Litteraturliste - kildehenvisninger	94
	Engelske Domme	94
	Tyske Domme	96
	Bilag 1 – skematisk oversigt over engelsk ret – PECL – Tysk ret	97

Summary in English

The European Commission has supported the draft of a European contract law that would harmonize the contract laws of the member states. However such a European contract law has never been agreed upon and hence no such law is in force within the European Union. Could this be because the rules in the member states are so different that it would be impossible to reach common grounds that all member states can agree upon?

In contract law of the member states there are two different “law families” – the Civil Law family and the Common Law family. In each member state one of the families form the ground principles of the rules applied in contract law. As an example of the civil law tradition this thesis focuses on German contract law and as an example of the common law tradition English contract law is examined.

Over the years many has had an opinion about the possibility of making a general European contract law and indeed many has had an opinion about whether this is a desirable goal at all. In the late70’s a Commission of European Principles of Contract Law started the work of making up principles that could be used as a framework for a European contract law and could be used by parties if this was their choice of law in the agreement. The principles however never formed part of a European contract law and as such a law was never agreed upon in the European Union.

In this thesis the comparison of English and German law is made on the basis of the European Principles made by the Commission on European Contract Law. More specifically each rule of the European Principles is examined and then the corresponding rule in first English law and then German law is examined.

The Principles, English and German law are similar on the matter of formation of contract as all rules base the contract formation on offer and acceptance. However English law requires a consideration before an agreement is binding and an offer is only binding when accepted in English law and in the Principles. In German law an offer is binding from the time it reaches its recipient. It is possible though to make an offer binding in English law when the recipient gives a consideration for this and in German law it is possible to make a non-binding offer if this is clearly stated.

The consideration is special in common law tradition and unknown in civil law tradition. However the important thing is to be aware of the consideration theme because this can be incorporated in an agreement (e.g. by simply stating “in consideration of”) or a Deed can be made which is an agreement that needs no consideration and which require witnessed signing.

The rules of power of attorney are mostly the same in all three set of rules and this also goes for formal requirements such as requirements of written form.

Contract interpretation differs in the way that English law is concerned with working out the objective meaning of what parties in the same line of business would have agreed upon in the same situation rather than what the parties of the relevant case thought. In German law the subjective meaning of the parties is sought to be found rather than what parties in a similar situation would think.

The biggest difference however is the principle of good faith. In the Principles and in German law it is an absolute rule that all contracts must be based on the concept of good faith. Such a requirement is not known in English law.

In English law the written wording is weighed highly and if the parties want to use good faith when interpreting the contract then the parties must write in the agreement that each party is bound by good faith or else a court will not be obliged to consider good faith when interpreting a contract in case of a dispute. Despite different ways of interpretation it is sometimes seen that the outcome of a case is the same.

Invalidity rules are overall the same in the Principles and English and German law, however the outcome of a case would in English law be that either the agreement is valid, not valid or if possible the contract can still be in force with the deletion of an invalid part (blue pencil test). If this is not possible the contract is invalid. In German law the court can adapt the contract in consideration of good faith and with regards to customs in the line of business.

Rules of breach of contract are similar. In German law however there is a requirement of "nachfrist" – that is if the agreed deadline is not met the other party must give the party in breach a grace period which is also not met before any remedies can be applied. In PECL it is stated that if such a grace period is given then this is to be violated before remedies apply. In English law this is not known and if the agreed deadline is not met remedies are available at once.

Another difference is that a fine cannot be upheld in English law whereas the Principles and German law have no obstacles of fines as long as they do not violate the principle of good faith. This means that a fine which is not made to recompensate a loss will be overruled in English courts. If a fine is stated in the contract it must be clear that the amount is one that the parties agree is the amount that a loss would normally amount to when considering the breach objectively. When such an amount is agreed upon the party not in breach cannot get a smaller or bigger amount even if the actual loss is smaller or greater. In German law a fine is accepted unless it is not in accordance with good faith and a party can be awarded damages at the same time as a fine for the same breach.

Liability, set off and assignment rules are overall the same.

In the end it is examined whether a European Contract law is at all desirable and how far the European Commission is on this matter.

1 Indledning – Europæisk aftalelov?

Indenfor EU er der efterhånden vedtaget mange direktiver og forordninger med henblik på at tilpasse medlemsstaternes lovgivning til hinanden til gavn for den frie bevægelighed af varer, tjenesteydelser og mennesker.

På det aftalemæssige område har EU især vedtaget regler indenfor forbrugerlovgivning (f.eks. direktiv om urimelige aftalevilkår, pakkerejser, timeshare osv.). Desuden er der delområder, der er lovgivet om, mens en generel Europæisk aftalelov ikke er blevet vedtaget. En fælles aftalelov, der gælder mellem erhvervsdrivende i hele EU kunne ellers være medvirkende til, at grænseoverskridende handel blev gjort lettere for parterne, sådan at en part ikke skal sætte sig ind i den anden parts lovgivning eller begge parter (af neutralitetsårsager) skal sætte sig ind i anden lovgivning som følge af parternes lovvalg.

Eksempelvis er der på det selskabsretlige område vedtaget lovgivning om SE selskabet, som er en selskabsform, som selskaber, der er etableret i mere end ét EU land kan vælge at organisere sig i. På den måde er selskabslovgivningen i vidt omfang enslydende for alle koncernens selskaber indenfor EU.

Som nævnt er der ikke sket harmonisering af loven indenfor aftaleretten imellem selskaber etableret i hvert sit EU land. Årsagen hertil kan være, at landenes lovgivning er så forskellig, at de er vanskelige at forene.

Indenfor EU kan man tale om to såkaldte retsfamilier – hhv. ”civil law” og ”common law.” Civil law har sin rod i romerretten, mens common law blev udviklet af det britiske imperium.

Romerretten var den ret, der gjaldt i Rom fra det 1. århundrede f.kr. til det 4. århundrede efter Kristi Fødsel. Romerne gjorde retten til et fag, og mange lærde var forfattere på store værker og tilvejebragte løsninger på det sociale livs konflikter. Før var afgørelsen af tvister baseret på sædvaner, der blev mundtligt overleveret, mens romerretten indførte skriftlige retskilder.¹

Common law blev udviklet i England, hvor Vilhelm Erobreren i år 1066 havde behov for en stærk centralmagt, der kunne beskytte kongens magt. Der blev oprettet Kongens Domstol, der bedømte sager, der havde kongens interesse, herunder især skatter, fast ejendom, som skatten blev beregnet af, og sager der kunne true freden. I sådanne sager havde Kongens Domstol magt til at dømme i hele England. Domstolen anvendte ret baseret på angelsaksiske sædvaner, praksis som den normanniske adel havde medbragt fra Normandiet og regler, som dommerne selv skabte undervejs. Der havde været lokale domstole, der bedømte sagerne lokalt efter sædvanen i lokalområdet, men efterhånden blev de lokale sædvaner fortrængt af den fælles ret – common law, der udviklede sig fra Kongens Domstol. Kongens Domstol udviklede således retten gennem sin praksis. Også i nutiden er engelsk ret domineret af dommerskabt ret.

Da common law blev udviklet var der kun mulighed for at afgøre sager ud fra formularer. Såfremt en sag ikke faldt under en formular, blev sagen afvist, og i flere tilfælde var afgørelsen uhensigtsmæssig. F.eks. kunne domstolen kun give erstatning i tilfælde af, at en sælger nægtede at overgive et stykke land til køberen. Det ville være mere hensigtsmæssigt, hvis køberen kunne få dom for opfyldelse af aftalen. I disse tilfælde kunne den utilfredse part gå til kongens råd og i nogle tilfælde få kongens hjælp til at afgøre sagen.

¹ Ole Lando Kort indføring I komparativ ret, s. 25 f.

Med tiden oprettedes et kancelli, der kunne afgøre sager på kongens vegne. Kancelliet blev dermed et supplement til common law og skulle afgøre sager efter billighed (equity).²

Som repræsentanter for hhv. civil law og common law er der valgt at se nærmere på Tysklands (civil law) og Englands (common law) aftaleregler.

Mange personer har en mening om muligheden for – og det evt. ønskeværdige i – at samle medlemslandenes aftaleregler. Allerede i slutningen af 1970'erne var der en gruppe, der satte sig for at udarbejde fælles regler. Denne gruppe kaldte sig kommissionen for Europæisk Kontraktret, og de udarbejdede såkaldte principper, der kunne anvendes som model for vedtagelse af en aftalelov.

Kommissionen for europæisk kontraktrets principper er ikke gjort til lov. Principperne udgør aftalerettens kerne, idet de følger en kontrakt cyklus fra forhandling til indgåelse samt emnerne under en kontrakt, herunder misligholdelse, overdragelse mv.

I det følgende gennemgås Principperne og hhv. tysk og engelsk ret for de enkelte bestemmelser med henblik på at undersøge, hvor store forskelle der er på hhv. engelsk og tysk ret, og om disse forskelle er for store til at kunne forenes om et fælles regelsæt. Idet forbrugerretten som nævnt allerede i vidt omfang er reguleret af fællesskabsretten vil regler, der kun gælder forbrugere ikke blive behandlet.

Først ses på Princippernes enkelte bestemmelser, hvorefter der ses på hvilke tilsvarende bestemmelser der måtte være i først engelsk ret og dernæst tysk ret, og endelig foretages en sammenligning af de tre regelsæt.

2 PECL

Principles of European Contract Law (PECL) er udarbejdet af Kommissionen for europæisk kontraktret. Kommissionen var en selv-etableret instans, som fra 1980 har arbejdet med at udarbejde principper indenfor en fælles europæisk aftaleret. Kommissionen bestod af akademikere og praktiserende advokater fra alle medlemsstater og med observatører fra Norge og Schweiz.³

Part I og II er udarbejdet i 1999 og part III er udarbejdet i 2003. Principperne er tiltænkt som generelle regler for kontraktretten i EU, og hvis parterne har aftalt at anvende reglerne. PECL er desuden udarbejdet til brug for afgørelse af sager, hvor parterne ikke har foretaget lovvalg, men har bestemt at tvister skal afgøres efter handelspraksis eller "lex mercatoria". En dommer kan så anvende PECL til at bestemme, hvad der er "lex mercatoria" eller handelsbrug. Principperne anvendes således, når parterne ikke har aftalt lovvalg, og når de valgte lovregler ikke giver svaret på en konflikt, jf. artikel 1.101.⁴

² Ole Lando Kort indføring I komparativ ret, s. 101 ff.

³ Ole Lando Contract law in the EU - the Commission action plan and the principles of European Contract Law høringsvar til Kommissionens handlingsplan.

⁴ Ole Lando and Hugh Beale Principles of European Contract Law Parts I and II, s. xxiv.

2.1 Anvendelsesområde

Hvor den nationale lov, der ellers ville gælde for aftalen tillader det, kan parterne aftale at fravige fra denne nationale ret, sådan at PECL i stedet gælder, dog ikke for så vidt angår de regler, der ud fra international privatret gælder, uanset hvilken lov parterne har valgt til at gælde for kontrakten, jf. PECL art. 1.103. Hævder en part, at han ikke er bundet af valget af PECL, anvendes de nationale regler i partens hjemsted, hvis det ud fra omstændighederne ville være urimeligt at bedømme partens opførsel ud fra PECL, jf. art.1.104.

Ifølge art. 1.104 er parterne bundet af brug og sædvane mellem parterne, og parterne er bundet af sædvaner, der generelt anses for at gælde for parter i samme situation, undtaget hvis denne brug eller sædvane er urimelig.

Hvis principperne ikke giver svaret på en tvist, skal de underliggende principper for PECL anvendes. Giver det fortsat ikke svaret, skal de internationale privatretlige regler afgøre efter hvilken lov, tvisten skal afgøres.

PECL anvendes analogt på ændringer eller ophør af kontrakter, til ensidige løfter og andre udtalelser, der indikerer en hensigt, jf. art. 1.107.

3 Aftale indgåelse

Ifølge art. 2.101 er en kontrakt indgået, når parterne har til hensigt at blive bundet, og de indgår en tilstrækkelig aftale. En kontrakt skal ikke nødvendigvis afsluttes skriftligt eller ved anden særlig form. En kontrakt kan bevises på en hvilken som helst måde, herunder ved vidner. Hvorvidt en part har til hensigt at blive bundet af en kontrakt afgøres ud fra partens udtalelser og opførsel, som de rimelig vis vil blive opfattet af den anden part. En tilstrækkelig aftale er indgået, hvis betingelserne er tilstrækkeligt defineret af parterne eller kan blive bestemt ved brug af PECL. Hvis en part nægter at indgå kontrakt før et bestemt emne er afgjort er der ikke indgået aftale, hvis parterne ikke er nået til enighed om dette emne.

3.1.1 Engelsk ret

Efter engelsk ret er der tre hovedkrav, der skal opfyldes for at der kan være tale om en kontrakt: alle de væsentligste vilkår skal være bestemt, der skal være en modydelse (consideration) og parterne skal have til hensigt til at oprette en juridisk relation (være juridisk bundet) (Se nærmere om consideration under afsnit 3.3).

I sagen RTS Flexible Systems v. Mokerei Alois Müller⁵ havde Müller bedt RTS om at installere to nye produktionslinjer i fabrikken. Under kontraktforhandlingerne havde Müller sendt et letter of intent (hensigtserklæring) til RTS. Heraf fremgik kontraktprisen, og RTS blev bedt om at påbegynde arbejdet straks. Hensigtserklæringen stipulerede, at Müllers standardbetingelser var gældende, og at en endelig kontrakt skulle indgås indenfor 4 uger fra underskrivelse af hensigtserklæringen. Et endelig kontraktudkast var klar 5. juli 2005. Det fremgik af kontraktudkastet, at aftalen skulle udarbejdes i to eksemplarer og udveksles, før aftalen blev gyldig. Den 25. august 2005 mødtes parterne og diskuterede ændringer til kontraktudkastet. Til sidst brød forhandlingerne sammen, og sagen kom for retten. Retten i første instans kom frem til, at parterne havde indgået en aftale efter udløb af hensigtserklæringen baseret på parternes adfærd og de forhandlinger, der skete før kontraktudkastet. I appelsagen kom retten frem til, at klausulen om, at aftalen skulle være udvekslet forhindrede en aftale i at være indgået, før kontrakten var underskrevet. Højesteret kom frem til, at parterne havde indgået en bindende aftale omkring den 25. august 2005 på de vilkår, de blev enige om den 5. juli 2005.

⁵ Case no. A1/2008/1481 og appel (2010) UK SC 14

Parterne havde fraveget klausul om udveksling af eksemplarer ved deres adfærd.

Der foretages en "reasonable and honest businessman test." Ville en redelig forretningsmand kunne have konkluderet ud fra parternes ord og handlinger, at de havde til hensigt at skabe et juridisk bindende forhold? Der stilles spørgsmål om, hvorvidt parterne har indgået aftale om de væsentligste forhold.⁶

3.1.2 Tysk ret

I Tyskland er en person bundet ved sin viljeserklæring, hvis han indså, at modparten ville opfatte det som udtryk for vilje til at blive bundet. Aftalen må være så bestemt, at det kan fastslås hvad der er lovet og under hvilke betingelser.

Den tyske lovbog for civilret Bürgerliches Gesetz Buch (BGB) indeholder aftalerettens regler. Loven indeholder regler om de forhandlinger, der ikke førte til en aftale, jf. BGB § 154. Der gælder en formodning for, at aftalen ikke blev indgået, hvis der ikke blev opnået enighed om alle punkter i aftalen. Hvis der ikke opnås enighed om alle punkter anses de punkter, hvor der er opnået enighed om, ikke for bindende. Har parterne eller den som tog forbeholdet ageret som om aftalen var vedtaget, er aftalen dog bindende.

Der kan være tale om skjult uenighed – dvs. hvis begge parter mener, at der er indgået en aftale, men der er punkter, som der ikke er opnået enighed om, jf. BGB § 155. I så fald antages det, at aftalen ville være afsluttet også uden, at det pågældende punkt var aftalt. Bestemmelsen forudsætter, at parterne ikke var klar over, at der bestod en uoverensstemmelse. Det kan f.eks. være, hvor de har benyttet en standard aftale, hvor der er felter, der skal udfyldes, og man har glemte at udfylde felter, som er mindre vigtige. Eller man har misforstået hinanden, og det drejer sig om mindre væsentlige ting, f.eks. tror den ene part, at der er handlet i canadiske dollars, mens den anden part tror det er amerikanske dollars. Hvis forskellen på kursen mellem de to valutaer er lille, antages det, at begge parter ville have indgået aftalen, også hvis man havde vidst, hvad den anden part havde troet om valget af valuta. Lovens deklatoriske regler bruges til at udfylde, hvad der så skal gælde for aftalen. Hvis disse ikke giver svaret må udfyldningen ske efter billighed.⁷

3.2 Løfte

Ifølge art. 2.107 er et løfte bindende, hvis en part har haft til hensigt at afgive et bindende løfte uden krav om accept.

3.3 Engelsk ret - consideration

I common law kræves det for at et løfte er bindende, at den der modtager løftet giver noget til gengæld (consideration).⁸

Consideration er essentielt i engelsk ret. Der er ikke indgået en bindende aftale, hvis der ikke er en consideration.

Consideration eller modydelse skal være tilstrækkelig, dvs. det skal kunne opgøres i en økonomisk værdi, men det behøver ikke at være passende, dvs. den økonomiske værdi af modydelsen behøver ikke svare til løftets værdi.

⁶ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.60 ff.

⁷ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.60 ff.

⁸ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.68.

Ved eksempelvis velgørenhedskoncerter vil der i kontrakten med kunstneren ofte være aftalt en betaling på 1 pund for at binde kunstneren til at komme, idet kunstneren ellers ikke ville have pligt til at komme.

Så længe der er en modydelse – f.eks. 1 pund – ser retten ikke på, om aftalen er urimelig. Er der givet 1 pund for at kunne købe et hus til en bestemt pris i en bestemt periode, så opretholdes dette som en aftale, og retten går ikke ind i en bedømmelse af, hvorvidt modydelsen er rimelig.

Modydelsen kan bestå af en rettighed, rente, profit eller gode til den ene part eller henstand, ulempe, tab eller ansvar, som den anden part påtager sig.

I f.eks. fortrolighedsaftaler er modydelsen det, at man kan modtage informationer.

Et løfte om at gøre noget i fremtiden er som hovedregel en gyldig modydelse, mens service ydet i fortiden ikke udgør en gyldig modydelse. Det samme gælder en opgave, som en part i forvejen var forpligtet til at udføre.⁹

Ændringer i aftaler kræver også consideration (ligesom løfter). En køber der accepterer en højere pris uden modydelse, er således ikke forpligtet af sin accept af en højere pris.¹⁰

3.3.1 Deed

En deed er et krav ved overdragelse af fast ejendom eller land, men kan også bruges i andre sammenhænge.

Tidligere var kravene til en "deed," at denne skulle være "signed, sealed and delivered." Det vil sige, at man ved siden af underskriften påsatte sit segl på aftalen (typisk en ring, der symboliserede familiens varetegn presset ned i flydende voks).

Det følger af law of property (miscellaneous Provisions) Act 1989 § 1 (2) og (3), at kravene i dag er følgende: det skal fremgå, at der er tale om en deed – f.eks. ved overskrift eller ved "executed as a deed", det skal være klart, at personen ønsker at give noget uden modydelse, og en deed skal være underskrevet og have to vittighedsvidner. Endelig skal en deed leveres som en deed enten personligt eller af en person, der har fuldmagt.

En "deed" er en ensidig aftale, der ikke behøver tilbud og accept samt consideration for at være gyldig. Det kan således også bruges ved "past consideration" – altså hvor modydelsen allerede er givet. Det bruges f.eks. i forbindelse med overtagelse af et selskab. Her kan der udover salgsaftalen laves en deed om, at sælger hæfter for evt. skattemæssige tab, som målselskabet har. Det er det overtagne selskab, der har skattetabet, og dermed er tabet ikke lidt direkte af erhverver, hvorefter en almindelig aftale om at sælger skulle hæfte for dette tab ville mangle consideration.

En fuldmagt kan også gives som en "deed," idet der ellers kan mangle consideration.

En deed kan også udformes, selv om det er en aftale med consideration. Det kan være tilfældet, hvor man ønsker en længere forældelse. Forældelse for almindelige kontrakter er således seks år, mens forældelse af deeds er 12 år.¹¹

⁹ Peter Nayler Business law in the global market place, s. 71 ff.

¹⁰ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.101.

¹¹ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 73 f.

3.4 Tysk ret

Det fremgår af BGB § 145, at en person, der tilbyder at indgå en aftale er bundet af sit tilbud, med mindre han har gjort opmærksom på, at han ikke ønsker at være bundet af tilbuddet.

For at skelne et tilbud fra en opfordring til at gøre tilbud kan man skrive på f.eks. priskataloger, annoncer mv., at det ikke er et bindende tilbud. I så fald vil der være tale om en opfordring til at gøre tilbud, og afsenderen vil først være forpligtet, hvis han accepterer modtagerens tilbud. Har man skrevet, at et tilbud ikke er bindende er afsenderen som hovedregel ikke bundet af en evt. "accept" fra en modtager, idet der netop er tale om et tilbud fra modtageren. Ønsker afsenderen ikke at indgå en aftale, skal han dog straks oplyse om, at tilbuddet ikke accepteres (opfordring til at gøre tilbud tilbagetrækkes).

I en sag¹² havde et flyselskab besvaret en kundes ønske om at leje et fly på en bestemt dato til en bestemt leje. Flyselskabet havde i svaret skrevet, at det var uden forpligtelse ("freibleibend") og afhængig af om der var ledigt fly. Domstolen anså flyselskabets svar som et bindende tilbud og ikke en opfordring til at gøre tilbud. Da tilbuddet ikke var tilbagekaldt straks efter at det blev accepteret, var flyselskabet bundet af sit tilbud.

Det er ellers som nævnt hovedreglen i tysk ret, at hvis det tydeligt angives, at parten ikke ønsker at være bundet af et tilbud (f.eks. ved at skrive "freibleibend"), så vil tilbuddet ikke være bindende, men derimod en opfordring til modtageren om at give tilbud.¹³

Det fremgår af BGB § 516, at en persons løfte om at berige en anden person fra den første persons egen formue er en donation, hvis begge parter er enige om, at berigelsen sker uden modydelse. Hvis donationen foregår uden aftale med den anden part, kan den, der donerer, fremsætte en tidsperiode, hvor donationen skal accepteres. Hvis den anden part ikke reagerer indenfor tidsfristen, anses accept for givet. Hvis parten protesterer eller tidligere har protesteret imod donationen kan den anden part forlange donationen tilbageleveret.

3.5 Tilbud

Ifølge PECL art. 2.201 udgør et forslag et tilbud, hvis det er hensigten, at det skal resultere i en kontrakt, hvis den anden part accepterer, og forslaget indeholder tilstrækkeligt klare betingelser til at udgøre en kontrakt. Et tilbud kan fremsættes overfor en individuel part eller overfor offentligheden. En professionel udbyders forslag i et katalog eller anden reklame om at levere varer eller tjenesteydelser til en angivet pris, antages at være et tilbud om at levere til den nævnte pris, indtil varerne er udsolgte eller leverandørens kapacitet til at levere tjenesteydelsen ikke længere er der.

3.5.1 Engelsk ret

Et tilbud er bindende, når det har et så bestemt indhold, at man kan se, hvad det går ud på. Selv om et eller flere vilkår ikke er fastsat, er tilbuddet fortsat gældende, hvis der i aftalen er tilstrækkeligt grundlag for at give den krænkede part en passende beføjelse i tilfælde af misligholdelse. Det skal være muligt at fastsætte en erstatning.¹⁴ Se dog nedenfor vedr. tilbagekaldelse af tilbud.

¹² NJW 1984, 1885 af 8.mar. 1984

¹³ Heinz Kötz European Contract Law, s. 19 f.

¹⁴ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.67.

Tilbud rettet mod en ubestemt personkreds som annoncer og tilbudsaviser er som hovedregel opfordring til at gøre tilbud. Det kan dog fremgå, at det er ment som et tilbud, f.eks. lovning af findeløn eller dusør til den, der giver oplysning, som fører til pågribelse af en forbryder.¹⁵

Den klassiske sag i engelsk ret om aftaleindgåelse er sagen om Carlill vs. Carbolic smoke ball co.,¹⁶ hvor et firma annoncerede med en røg-bold, som kunne forhindre influenza, og hvis den ikke forhindrede influenza, ville køberen få 100 pund. Da Carbolic smoke ball company blev stævnet, argumenterede de for, at annoncen ikke var seriøst juridisk bindende tilbud. Men retten sagde, at en fornuftig mand ville opfatte annoncen som et seriøst tilbud. Tilbuddet indeholdt et bestemt løfte, og det var fremsat i et klart formuleret sprog og kunne ikke fejlforklages, ligesom virksomheden havde deponeret 100 pund i en bank.¹⁷

Der var således tale om et klart tilbud, hvor vilkårene var så klart fastsatte, at det var klart, hvad det gik ud på, og en fornuftig person måtte forstå det som, at Carbolic smoke ball company ønskede at blive bundet af tilbuddet.

3.5.1.1 Engelsk ret - reklame

Et andet aspekt af Carlill sagen er, at retten anså selve reklameteksten som et tilbud, der når kunden accepterede, udgjorde en aftale. Hovedudgangspunktet i engelsk ret er ellers, at reklamer ikke er et tilbud men derimod en invitation til at gøre tilbud eller invitation til at starte forhandling med sælgeren.¹⁸

Der er regler om forbud mod vildledende reklame, og der er strenge straffe herfor, men til trods herfor er hovedreglen som nævnt, at reklamen ikke er et bindende tilbud. Det samme gør sig gældende for udstillede varer f.eks. i et butiksvindue. Rationalet bag er, at hvis en reklame ses af en million mennesker, så vil det være omsonst at kræve af sælgeren, der reklamerer, at han skulle være bundet til at levere til alle en million mennesker, hvis de alle ville "acceptere" tilbuddet. Et andet argument er, at hvis en sælger kom til at skrive en forkert pris, så skulle sælgeren være forpligtet til at sælge varen til denne pris til alle, der måtte have set reklamen. Endelig skal sælgeren have kontraktfrihed, det vil sige, at sælgeren skal have ret til at sælge til hvem, han ønsker og ikke enhver der kommer ind i butikken og har set reklamen.¹⁹

3.5.2 Tysk ret

Tilbud er bindende, når det kommer frem, jf. BGB § 145. Den bindende virkning ophører, hvis tilbuddet ikke er accepteret indenfor acceptfristen, eller hvis ingen frist er givet indenfor den tid som tilbudsgiver under normale forhold kan forvente at få svar. Tilbud fremsat personligt, telefonisk eller via video konference må antages straks. Forsinket accept, og ændret tilbud anses som nyt tilbud.

Tilbud rettet til en ubestemt kreds af personer (reklame) vil være opfordring til at gøre tilbud.

Antagelse af tilbud kan ske ved handling eller adfærd, f.eks. at han beholder en vare eller opfylder sin del af aftalen.

¹⁵ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 69 f.

¹⁶ (1893), 1. QB 256 C.A.

¹⁷ Carlill vs. Carbolic smoke ball co. (1893) 1QB 265 C.A.

¹⁸ Arthur Lewis Principles of contract and European commercial law, s. 76 f.

¹⁹ Peter Nayler Business law in the global market place, s. 53 f.

Passivitet forpligter som hovedregel ikke. Men i handelsforhold hvor accept efter handelsbrug ikke er at vente, kan et tilbud accepteres uden at sende accept, j. BGB § 151. Det kræver dog, at tilbudsmottager går i gang med at opfylde aftalen, eller på anden vis giver udtryk for at acceptere tilbuddet. Hvis det er fast praksis mellem parterne, at en bestilling udføres uden at give samtykke, så er tilbudsmottager forpligtet til at svare straks, hvis han ikke ønsker at udføre forretningen, idet han ellers er forpligtet ved sin passivitet. Det samme gælder hvor en virksomhed får en anmodning fra en, han har tilbudt sine tjenesteydelser til.²⁰

I en sag²¹ forhandlede et firma, der forarbejdede metal med en forhandler af brugt metal på basis af en liste over materialer og priser med dato og leveringsmetode. Kort efter forhandlingerne bestilte forarbejdningsfirmaet et kvantum metal til den pris, der fremgik af prislisten. Metalforhandleren svarede ikke herpå og leverede ikke, da forhandleren ikke mente, der var indgået en aftale. Forarbejdningsfirmaet anlagde sag om kontraktbrud som følge af den manglende levering. Retten gav firmaet ret, idet metalforhandleren ved modtagelse af ordren burde have givet oplysning om, at forhandleren ikke ønskede at honorere bestillingen.

Det kræves, at en ordrebekræftelse indeholder de vilkår, som parterne er blevet enige om og at der ikke indeholdes vilkår, som væsentligt ændrer de vilkår, parterne har forhandlet om.²²

3.6 Tilbagekaldelse af et tilbud

Ifølge PECL art. 2.202 kan et tilbud tilbagekaldes, hvis tilbagekaldelsen kommer frem til tilbudsmottageren før denne har afsendt sin accept eller i tilfælde af accept ved adfærd, før tilbudsgiver har modtaget oplysning om, at tilbudsmottager har udført handlingen, eller hvis det er sædvane mellem parterne at tilbud accepteres ved at begynde en handling, så kan tilbagekaldelse af tilbud ske, inden tilbudsmottager er begyndt på handlingen.

Et tilbud til offentligheden kan tilbagekaldes med samme midler, som blev brugt til at gøre tilbuddet. En tilbagekaldelse af et tilbud er ineffektiv, hvis: (A) tilbuddet angiver, at det er uigenkaldeligt, eller (B) tilbuddet fastsætter et fast tidspunkt for accept, eller (C) det var rimeligt for tilbudsmottageren at stole på, at tilbuddet var uigenkaldeligt, og tilbudsmottageren har handlet i tillid til tilbuddet.

Når et tilbud afvises bortfalder tilbuddet, jf. art. 2.203

3.6.1 Engelsk ret

Tilbudsgiver kan tilbagekalde tilbuddet, indtil tilbudsmottager antager det. Tilbudsgiver er således ikke bundet af sit tilbud, før det evt. bliver antaget, med mindre tilbudsgiver har fået modydelse eller løfte om modydelse. Det gælder også, selv om det af tilbuddet fremgår, at tilbuddet er gældende indtil en bestemt dato. I nogle tilfælde betaler en part 1 pund (modydelse/consideration) for at fastholde tilbudsgiver på tilbuddet i en vis periode. (Se om Consideration under afsnit 3.3).

Tilbagekaldelse af tilbud har virkning fra det er kommet frem til modtageren.²³

²⁰ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.61 ff.

²¹ BGHZ 11,1.

²² Peter Nayler Business law in the global market place, s.63 f.

²³ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.67.

3.6.2 Tysk ret

Et tilbud kan tilbagekaldes før eller på samme tid som det kommer frem til tilbudsmotageren, jf. BGB § 130.

Ønsker en tilbudsgiver ikke at være bundet af sit tilbud, kan han skrive derpå, at tilbuddet ikke er bindende (freibleibend). Se mere herom i afsnit 3.4.

3.7 Accept

Ifølge PECL art. 2.204 er enhver form for udtalelse eller adfærd fra tilbudsmotager en accept, hvis det indikerer overensstemmende accept. Stilhed eller passivitet udgør ikke i sig selv accept.

Har tilbudsmotager sendt accept, er aftale indgået, når accepten modtages hos tilbudsgiver, jf. art. 2.205. Ved accept ved adfærd er aftale indgået, når tilbudsgiver får oplysning om tilbudsmotagers adfærd. Hvis tilbuddet er udformet sådan, eller hvis parterne har etableret en sædvane imellem sig, eller det følger af skik og brug, at tilbudsmotageren kan acceptere tilbuddet ved at udføre en handling uden varsel til tilbudsgiveren, er aftale indgået, når udførelsen af denne handling er begyndt.

Det fremgår af art. 2.206, at en accept skal være modtaget hos tilbudsgiver indenfor acceptfristen, ellers er accepten ineffektiv. Er der ikke fastsat noget tidspunkt for accept udløber tilbuddet indenfor rimelig tid. Ved accept ved at udføre en handling må handlingen være udført indenfor acceptfristen eller hvis ingen frist er givet indenfor rimelig tid.

For sen accept er effektiv, hvis tilbudsgiver uden ugrundet ophold informerer tilbudsmotager om, at tilbudsgiver behandler accepten som gældende, jf. art. 2.207.

Hvis det fremgår af et brev eller andet skriftligt materiale, at accept er afsendt, så den under normale omstændigheder ville være nået frem indenfor fristen, er accepten effektiv, undtaget hvis tilbudsgiver uden ugrundet ophold giver tilbudsmotager besked om, at tilbudsgiver anser tilbuddet for bortfaldet.

Et svar fra tilbudsmotager som indeholder tilføjelser eller ændringer i det fremsatte tilbud, som væsentligt ændrer tilbuddet, er at anse som et afslag af tilbuddet og fremsættelse af nyt tilbud, jf. art. 2.208.

Et svar der stemmer overens med tilbuddet gælder som en accept, selv om accepten indeholder tilføjelser eller ændrede betingelser, forudsat at tilføjelserne eller ændringerne ikke væsentligt ændrer tilbuddets betingelser. Disse ændringer eller tilføjelser bliver så en del af aftalen. Et sådant svar vil dog blive anset som et afslag, hvis tilbudsgiver udtrykkeligt har begrænset accepten til at omfatte tilbuddets betingelser, eller hvis tilbudsgiver uden ugrundet ophold protesterer mod ændringerne eller tilføjelserne, eller hvis tilbudsmotager gør accepten betinget af, at tilbudsgiver accepterer de ændrede eller tilføjede vilkår, og en sådan accept ikke når tilbudsmotager indenfor rimelig tid, jf. art. 2.208 (3).

3.7.1 Engelsk ret

Tilbud skal accepteres indenfor acceptfristen, og hvis ingen frist er fastsat, så indenfor rimelig tid. Accept binder tilbudsgiver fra accepten er afgivet til post eller telegrafvæsen (postal rule / mailbox rule), også selv om accepten ikke kommer frem eller er forsinket. Er ikke andet angivet skal tilbudsmotager give accept ved samme befordringsmiddel, som han har modtaget tilbuddet eller på en måde, som er almindeligt i aftaler af denne art.

Hvis han ikke gør det, er accepten kun bindende, hvis den kommer frem i samme tid, som den korrekte fremsendelsesmåde ville have medført.²⁴

Tilbuddet kan kræve en særlig metode for accept, f.eks. accept modtages alene ved fax på et bestemt fax nummer. I så fald kan tilbuddet kun accepteres på denne måde. Kun hvis intet er bestemt i tilbuddet om accept benyttes ovenstående postal rule mv.²⁵

For sen accept medfører, at tilbuddet er bortfaldet.

Tilbudsmodtager bliver som hovedregel ikke bundet ved passivitet, heller ikke selv om det af tilbuddet fremgår, at tavshed gælder som samtykke. Der kan dog være tilfælde, hvor f.eks. en leverandør jævnligt modtager ordrer på en formular, og leverandøren blot sender varen uden forudgående accept af ordren. Her må leverandøren aktivt sige fra, hvis han ikke ønsker at opfylde ordren.

Uoverensstemmende accept er ikke en accept. Ordlyden af accepten behøver dog ikke at være helt magen til tilbuddet, idet der kan anføres f.eks. at man vil sætte pris på, at varen sendes indenfor en uge. Så længe det ikke er en betingelse for accept, er accepten gældende.

Ændring eller tilføjelser i tilbuddet anses som et nyt tilbud, hvorefter det oprindelige tilbud ikke længere er gældende.²⁶

3.7.2 Tysk ret

Ifølge BGB § 146 bortfalder et tilbud, hvis tilbudsmodtager afslår tilbuddet, eller hvis tilbuddet ikke accepteres indenfor den i tilbuddet fastsatte frist. Er der ikke fastsat en acceptfrist, skal tilbuddet accepteres indenfor rimelig tid.

Et tilbud der er fremsat overfor en person, der er til stede skal accepteres straks. Det samme gør sig gældende, når tilbuddet fremsættes pr. telefon, fax eller andet elektronisk middel, jf. BGB § 147 (1). Tilbud fremsat til en person, der ikke er til stede, skal accepteres indenfor rimelig tid, hvor tilbudsgiver kan forvente at modtage accept under normale omstændigheder, jf. BGB § 147 (2).

Hvis accept er modtaget for sent, men accept er sendt på et tidspunkt hvor accepten under normale omstændigheder ville være nået frem inden acceptfristen, og tilbudsgiver burde have opdaget dette, skal tilbudsgiver straks give tilbudsmodtager besked om den forsinkede accept. Gør tilbudsgiver ikke det, er han bundet af det accepterede tilbud, jf. BGB § 149.

Ifølge BGB § 150 er en for sent modtaget accept at anse som et nyt tilbud. Det samme gælder for en accept med udvidelser, indskrænkninger eller andre ændringer i det oprindeligt fremsatte tilbud.

En aftale kan komme i stand ved, at tilbudsmodtager accepterer et tilbud uden at give tilbudsgiver besked om accepten, hvis accept ikke forventes i den normale praksis, eller hvis tilbudsgiver har frasagt sig krav om accept, jf. BGB § 151. Tilbuddets udløb bestemmes da i overensstemmelse med tilbudsgivers hensigt, der udledes af tilbuddet eller omstændighederne i øvrigt.²⁷

²⁴ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 68 f.

²⁵ David Fletcher Commercial contract drafting in English, kursusmateriale

²⁶ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 71 f.

²⁷ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 61.

3.8 Modstridende generelle vilkår

Det følger af PECL art. 2.209, at hvis parterne har indgået aftale men hvor tilbud og accept henviser til hver sine generelle vilkår er aftalen bindende indgået, er de generelle vilkår gældende for aftalen i det omfang, de er enslydende i substansen.

En aftale er dog ikke indgået, hvis den ene part på forhånd udtrykkeligt har tilkendegivet – og ikke kun i de generelle vilkår - at han ikke ønsker at være bundet af en aftale, hvor der er forskellige generelle vilkår. Aftale er ligeledes ikke indgået, hvis parten uden ugrundet ophold informerer den anden part om, at han ikke ønsker at være bundet af aftale med modstridende generelle vilkår.

Generelle vilkår defineres som vilkår, der er udformet på forhånd for et uendeligt antal aftaler af en bestemt slags og som ikke har været individuelt forhandlet mellem parterne.

3.8.1 Engelsk ret – battle of the forms

I engelsk ret vindes "battle of the forms" som hovedregel af den part, der sidst sender sine vilkår, uden at den anden part protesterer – "last shot wins."

I sagen British Road Services LTD v. Arthur Crutchley & co LTD²⁸ havde leverandøren leveret whiskey til køberens lager. Leverandørens ansatte gav en leveringskvittering, hvorpå der var påført leverandørens standardbetingelser. I stedet for at underskrive leveringskvitteringen satte køber et stempel, hvorpå der stod modtaget på køberens vilkår. Domstolen fandt, at køberens vilkår skulle være gældende for aftalen.

3.8.2 Tysk ret

Hvis parterne henviser til hver sine forretningsbetingelser, som er delvist i modstrid med hinanden, anses aftalen for at bestå. Giver lovens deklatoriske regler ikke svaret på en evt. tvist antages det, at alene de betingelser, som stemmer overens, gælder for aftalen.²⁹

3.9 Professionelle erhvervsdrivendes skriftlige bekræftelse

Det følger af PECL art. 2.210, at hvis professionelle erhvervsdrivende har indgået en aftale, men denne endnu ikke er indeholdt i et endeligt dokument, og den ene part uden ugrundet ophold sender en skrivelse, der foregiver at være en bekræftelse af aftalen til den anden part, og bekræftelsen indeholder ændringer eller tilføjelser til aftalen, så vil sådanne ændringer eller tilføjelser blive en del af aftalen, med mindre ændringerne eller tilføjelserne væsentligt ændrer aftalen eller modtageren af bekræftelsen uden ugrundet ophold protesterer mod ændringerne eller tilføjelserne.

3.9.1 Engelsk ret

Hvis en kunde modtager en bekræftelse, der indeholder standardvilkår er disse gældende, hvis kunden efterfølgende modtager varer eller serviceydelser fra leverandøren. Standardvilkår der først udleveres efter, at aftalen er indgået (f.eks. sendes ud sammen med varen) er derimod ikke bindende.³⁰

²⁸ 1968 1 AER 1015

²⁹ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 66.

³⁰ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.76.

3.9.2 Tysk ret

En skriftlig bekræftelse, der bekræfter og uddyber den mundtligt indgåede aftale binder modparten, hvis modparten ikke gør indsigelse indenfor rimelig tid, med mindre ordrebekræftelsen indeholder overraskende eller forkerte vilkår.³¹

3.10 Opsamling – Aftaleindgåelse

Ved afslutning af hvorvidt en aftale er indgået ses der ifølge PECL på parternes hensigt om at være bundet af en aftale. Det gælder ligeledes i tysk ret og også i engelsk ret, men med det ekstra krav, at der også skal være en consideration for, at aftale er indgået.

For engelsk ret er det et vigtigt element, at der er consideration for, at en gyldig aftale er indgået. I tysk ret er der blot krav om, at parterne giver udtryk for at ville være bundet, så er en aftale indgået, uanset om den ene giver noget uden, at den anden skal yde noget til gengæld. Det er i overensstemmelse med PECL.

I engelsk ret har man dog fundet løsninger, sådan at man blot giver 1 pund for at binde en modpart eller ved at lave den mere formelle "deed." Man kan således komme til helt samme resultat, blot aftaleparterne er opmærksomme på, at få skrevet en (lille) consideration i aftalen.

Ifølge PECL er et tilbud bindende, når parten har til hensigt at være bundet af tilbuddet og tilbuddet er tilstrækkeligt klart. Tilbud fremsat som reklame udgør også bindende tilbud.

I både engelsk og tysk ret er reklame en opfordring til at gøre tilbud og således ikke et bindende tilbud.

Engelsk og tysk ret er således modsat PECL, der har anlagt den mere pragmatiske holdning, at reklame er bindende, indtil varelageret er udsolgt. Det vil formentlig også være hovedreglen i erhvervslivet, at man ikke annoncerer med noget, man ikke ønsker at indgå aftale om, og i de fleste tilfælde vil sælgeren gerne sælge sine varer uden at diskriminere til hvem der sælges.

Tilbagekaldelse af tilbud er ifølge PECL muligt før accept af tilbud er afsendt. Engelsk ret er i overensstemmelse med PECL, idet det er muligt at tilbagetrække tilbuddet indtil tilbuddet accepteres.

I tysk ret er tilbuddet bindende fra det er kommet frem. Evt. tilbagekaldelse skal således ske inden eller samtidig med, at tilbuddet når frem til modtageren.

I tysk ret har man dog accepteret, at en tilbudsgiver kan vælge, at tilbuddet ikke skal være bindende, ved at det tydeligt fremgår af tilbuddet, at det ikke er bindende ("freibleibend"). På denne måde har man skabt en situation tilsvarende den efter engelsk ret og PECL.

Ifølge PECL skal overensstemmende accept ske indenfor fristen eller indenfor rimelig tid. Mindre tilføjelser og ændringer i accepten anses som accept og ændringerne bliver del af aftalen, med mindre modparten protesterer.

Ifølge engelsk ret skal tilbud accepteres indenfor acceptfristen. Hvis der er ændringer i accepten er det et nyt tilbud, og det oprindelige tilbud bortfalder.

³¹ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 65 f.

I tysk ret skal tilbud accepteres indenfor fristen og evt. mindre ændringer bliver en del af aftalen, med mindre modparten protesterer herimod.

Ved modstridende generelle vilkår bestemmer PECL, at vilkårene kun er gældende, hvor de er enslydende i substansen. Det gælder også for tysk ret.

Modsat PECL og tysk ret følger det af den engelske "Battle of the forms" at "last shot wins" – dvs. de vilkår som en part sidst har givet uden at modparten har protesteret.

Ved skriftlig bekræftelse følger det af PECL, at mindre ændringer bliver en del af aftalen. I engelsk ret gælder, at hvis en part udsender en bekræftelse gælder betingelserne heri, hvis modparten efterfølgende modtager varer mv., mens betingelser, der sendes samtidig med varerne, ikke er gældende for aftalen.

I tysk ret er en skriftlig bekræftelse gældende, med mindre den indeholder overraskende vilkår eller modparten protesterer imod vilkårene. Der er således i hovedtræk overensstemmelse mellem PECL, tysk og engelsk ret for så vidt angår skriftlig bekræftelse med standardbetingelser.

3.11 Formkrav

3.12 Skriftlighed

Ifølge PECL art. 2.105 kan parterne aftale, at kun den skriftligt indgåede aftale er gyldig og erstatter alle forudgående mundtlige aftaler (merger clause). Hvis denne klausul ikke er aftalt individuelt, er det kun en antagelse, at dette har været parternes hensigt. Denne bestemmelse kan ikke fraviges ved aftale.

Parternes tidligere udtalelse kan anvendes til at fortolke aftalen. Dette kan dog fraviges ved aftale mellem parterne, forudsat at det har været individuelt forhandlet.

En part kan blive hindret i at hævde en merger clause, hvis hans udtalelser eller opførsel har givet den anden part rimelig grund til at anse disse udtalelser eller opførsel for bindende.

3.12.1 Engelsk ret

I engelsk ret er den overvejende hovedregel, at skriftlighedskrav binder. Har parterne indgået en aftale, der indeholder alle kontraktens bestemmelser, antages det, at parterne ikke har ønsket at kunne føre bevis for mundtlig tilføjelse til aftalen.

Efter i mange år at have haft krav om skriftlighed, er der ikke længere formkrav til aftaler, idet fast ejendom, kaution og garanti dog kræver skriftlig aftale.³²

Den hidtidige hovedregel var, at når der var indgået skriftlig aftale, så var det ikke tilladt at føre bevis for andre aftaler, herunder mundtlige ændringer af den skriftlige aftale. Nu er der mere tale om en formodningsregel, idet det tillades, at der kan være mundtlige ændringer til den skriftlige aftale. Det skal dog kunne bevises, at aftalen ikke var tænkt som et "integrated document," og at der er indgået mundtlig aftale om fravigelse.³³

³² Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.99 ff.

³³ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 108.

3.12.1.1 Engelsk ret - Merger clause

Har parterne aftalt, at aftaler skal indgås skriftligt, bindes begge parter heraf, og der kan ikke tages hensyn til evt. mundtlige aftaler. Det kan også være aftalt skriftligt, at mundtlige tilføjelser eller ændringer ingen virkning skal have – dette er ofte en del af standardbetingelserne. Parterne kan dog have aftalt at gå bort fra kravet om skriftlighed og i stedet have indgået en mundtlig aftale. Det er da parten, der hævder dette, der må bevise det.³⁴

3.12.2 Tysk ret

I Tyskland kræves ingen form, og kan en mundtlig aftale bevises, er den bindende. Erhvervelse af jord skal dog bekræftes af en notar for at være gyldig. En aftale hvor en part overfører hele eller dele af sin fremtidige formue er ugyldig. Aftale hvor en part overfører hele eller dele af sin nuværende formue skal bekræftes af notar for at være gyldig, jf. BGB § 311b.

I Tyskland er aftale om skriftlighed bindende, men man kan mundtligt aftale at fragå skriftlighedskrav.³⁵

Hvis loven kræver skriftlighed eller anden bestemt form er en aftale ugyldig, hvis formkravene ikke opfyldes, jf. BGB § 125.

3.13 Ansvar for forhandlinger og fortrolighed

Det følger PECL art. 2.211, at vilkårene i afsnittet om tilbud og accept også finder anvendelse med de nødvendige modifikationer, selv om processen der førte til indgåelse af en aftale ikke kan brydes ned i tilbud og accept.

Ifølge art. 2.301 har en part frihed til at forhandle og er ikke ansvarlig for at en aftale ikke nås.

En part er dog ansvarlig for den anden parts tab, hvis parten ikke har forhandlet rimeligt og hæderligt. Det er imod rimelighed og hæderlighed at indgå i eller fortsætte forhandlinger uden hensigt om at nå en aftale.

Hvis den ene part giver den anden part fortrolige oplysninger under forhandlingerne er den anden part forpligtet til at holde oplysningerne fortrolige og ikke bruge dem til eget formål, uanset om der indgås en aftale eller ikke. Misligholdelsesbeføjelsen for overtrædelse af denne bestemmelse kan indebære kompensation for tab og tilbagelevering af fordele, som den anden part har modtaget, jf. art. 2.302.

3.13.1 Engelsk ret

Hovedreglen er, at en part kan opgive forhandlingerne uden årsag, og uden at denne part bliver ansvarlig for den anden parts omkostninger til f.eks. at udarbejde tilbud, indhentelse af juridisk eller økonomisk bistand til forhandlinger osv.

Engelske domstole har dog anvendt reglerne om erstatning for uagtsomhed og har tilkendt en part erstatning i forbindelse med aftaleforhandlinger, der ikke udmundede i en aftale. En part har således fået økonomisk erstatning pga. den anden parts repræsentation, når den første part stodele på den anden parts tilkendegivelser og foretog handlinger i tillid til denne repræsentation og dermed pådrog sig omkostninger.³⁶

³⁴ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 110.

³⁵ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 98 ff.

³⁶ Heinz Kötz European Contract Law, s. 38f.

Engelsk retspraksis har fastslået, at den der modtager fortrolig information ikke må tage urimelig fordel af denne viden.³⁷

3.13.2 Tysk ret

Tysk lov indeholder regler om de forhandlinger, der ikke førte til en aftale. Der gælder en formodning for, at aftalen ikke blev indgået, hvis der ikke blev opnået enighed om alle punkter i aftalen. Hvis der ikke opnås enighed om alle punkter anses de punkter, hvor der er opnået enighed om ikke for bindende. Har parterne eller den som tog forbeholdet ageret som om aftalen var vedtaget, er aftalen dog bindende.³⁸

I sagen BGHZ 120, 281 af 25. nov. 1992 havde en tysk domstol tilkendt en tilbudsgiver i en udbudsrude erstatning for sine omkostninger til at udarbejde tilbud, da tilbudsmotager havde valgt helt at se bort fra tilbuddet pga. en misforståelse om, at tilbuddet var modtaget for sent.³⁹

I sagen BGE 105 II 75 have en bank tilkendegivet, at en kunde kunne opnå en bankgaranti i forbindelse med en handel, selv om dette lagt fra var sikkert. Det medførte, at bankkunden ikke undersøgte muligheden hos andre banker. På den baggrund blev bankkunden tilkendt erstatning.⁴⁰

Begrundelsen har været, at tilbudsmotager hhv. banken ikke har handlet med rimelighed i kontraktforhandlingerne.⁴¹

Forpligtelsen til at holde informationer fortrolige følger af kravet om rimelighed i kontraktforhandlinger.⁴²

3.14 Ansvar for at overlade forpligtelser til tredjemand

Ifølge PECL art. 8:107 forbliver en part der overlader sine forpligtelser til en tredjemand ansvarlig for levering af ydelser.

3.14.1 Engelsk ret

Efter engelsk praksis er en aftalepart ansvarlig for underleverandører, idet det dog er muligt at aftale en begrænsning af ansvaret for underleverandører og dennes ansatte. (se mere om ansvarsbegrænsning i afsnit 6.7.1).

3.14.2 Tysk ret

Det fremgår af BGB § 278, at en part er ansvarlig for fejl begået af sine repræsentanter og personer, han anvender til at udføre en aftalemæssig forpligtelse på samme måde, som hvis han selv havde begået fejlen. Imidlertid kan ansvaret begrænses for underleverandører, jf. BGB § 276, men en sådan begrænsning skal altid være i overensstemmelse med "treu und glauben."

³⁷ Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s.195.

³⁸ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.62.

³⁹ BGHZ 120, 281 af 25. nov. 1992.

⁴⁰ BGE 105 II 75, 6.feb. 1979.

⁴¹ Heinz Kötz European Contract Law, s.38.

⁴² Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s.195.

3.15 Opsamling – aftaleindgåelse, formkrav

Ifølge PECL er aftale om, at kun skriftlige aftaler er bindende mellem parterne (merger clause) gældende, men en sådan aftale kan fraviges, hvis parternes opførsel og udtalelser indikerer, at mundtlig aftale er accepteret.

Ifølge både engelsk og tysk ret binder en skriftlighedsaftale, men denne aftale kan fraviges mundtligt, hvad der dog kræver bevis.

Ifølge PECL har parterne forhandlingsfrihed men en part kan fremsætte erstatningskrav, hvis en part ikke handlet rimeligt, herunder forhandlet uden intention om at indgå aftale.

I engelsk ret er der forhandlingsfrihed, og der er ikke krav om good faith. Imidlertid har engelske domstole ikendt erstatning for omkostninger, hvis en part har handlet i tillid til, at den anden part ville indgå aftale og i den forbindelse har haft omkostninger. I tysk ret kan der gives erstatning, hvis en part ikke handler i overensstemmelse med god skik i forhandlinger.

I forhold til underleverandører bestemmer PECL, at ansvaret forbliver hos aftaleparten. I både engelsk og tysk ret er der mulighed for at begrænse ansvaret for underleverandører, dog således at ansvarsbegrænsningen i tysk ret skal være i overensstemmelse med god skik.

I såvel PECL som engelsk og tysk ret kræves det, at parterne holder informationer fortrolige.

3.16 Fuldmagt

PECL art. 3.101 handler om en fuldmægtigs eller anden formidlers fuldmagt til at binde principalen i forhold til indgåelse af en kontrakt med tredjemand.

En principals tilladelse til en fuldmægtig til at agere på principalens vegne kan fremgå udtrykkeligt eller fremgå af omstændighederne. Fuldmægtigen har fuldmagt til at udføre alle nødvendige handlinger for at opnå formålet med fuldmagten, jf. art. 3.201.

En person anses for at have givet fuldmagt til en part, der tilsyneladende har fuldmagt, hvis personens udtalelser eller adfærd får en rimelig tredjemand i god tro til at antage, at parten har fuldmagt. Handler fuldmægtigen indenfor sin fuldmagt er personen og tredjemanden bundet til hinanden, og fuldmægtigen er ikke selv bundet til tredjemanden.

Det følger af art. 3.203, at hvis en fuldmægtig handler på vegne af en fuldmagtsgiver, hvis navn først afsløres senere, og fuldmægtigen ikke indenfor rimelig tid afslører fuldmagtsgivers navn, er fuldmægtigen selv bundet af aftalen.

Hvis en person optræder som fuldmægtig uden at have fået fuldmagt, eller hvis en fuldmægtig handler udenfor fuldmagten, er principalen og tredjemanden ikke bundet. Fuldmægtigen er ansvarlig for betaling af erstatning, der stiller tredjemanden som om fuldmægtigen havde haft fuldmagt, medmindre principalen tiltræder fuldmægtigens aftale udenfor fuldmagten. Dette gælder dog ikke, hvis tredjemanden vidste eller det ikke kunne være ham ubekendt, at fuldmægtigen ikke havde fuldmagt, jf. art. 3.204.

3.17 Interessekonflikt

Hvis en kontrakt indgået af en fuldmægtig involverer en fuldmægtig i interessekonflikt, og tredjeparten vidste eller ikke kunne være ubekendt med interessekonflikten, kan principalen undgå aftalen. Der antages at være en interessekonflikt, når fuldmægtigen også er fuldmægtig for tredjemanden eller aftalen var med fuldmægtigen personligt.

Principalen kan dog ikke undgå aftalen, hvis principalen havde givet sit samtykke til fuldmægtigens handlinger eller ikke kunne være uvidende om fuldmægtigens handlinger, eller hvis fuldmægtigen havde oplyst om interessekonflikten, og principalen ikke havde protesteret indenfor rimelig tid.

Ifølge art. 3.206 kan en fuldmægtig udpege en under-fuldmægtig til at udføre opgaver, der ikke har en personlig karakter, og som det ikke er rimeligt at forvente, at fuldmægtigen selv udfører. Under-fuldmægtigens handlinger indenfor fuldmagten binder principalen og tredjemanden sammen.

En principal kan give samtykke til en fuldmægtigs handlinger, selv om fuldmægtigen har handlet udenfor fuldmagt. Når sådant samtykke er givet, anses fuldmægtigens handlinger for at have været indenfor fuldmagten med forbehold for andre personers rettighed, jf. art. 3.207.

Hvis en principals udtalelser eller adfærd gav tredjemanden grund til at tro, at fuldmægtigen handlede med fuldmagt, men tredjemanden er i tvivl, om fuldmægtigen har handlet indenfor fuldmagtens autorisation, kan tredjemanden sende en skriftlig bekræftelse til principalen eller bede principalen om at bekræfte aftalen. Hvis principalen ikke protesterer mod bekræftelsen eller bekræfter aftalen overfor tredjemanden uden ugrundet ophold anses fuldmægtigens handlinger for at have været indenfor fuldmagten, jf. art. 3.208.

En fuldmægtigs fuldmagt gælder indtil tredjemanden vidste eller burde vide, at principalen eller fuldmægtigen har tilbagekaldt fuldmagten, eller de handlinger fuldmagten gav fuldmagt til er udført eller en tidsbegrænset fuldmagt er udløbet eller fuldmægtigen bliver insolvent, dør eller bliver uarbejdsdygtig eller principalen bliver insolvent. Tredjemanden anses for at vide, at fuldmagten er tilbagekaldt, når fuldmagten er tilbagekaldt på samme måde som fuldmagten oprindeligt blev oplyst eller offentliggjort. Fuldmægtigen har dog fortsat fuldmagt i et rimeligt tidsrum for at udføre handlinger som er nødvendige for at beskytte principalens eller principalens efterfølgeres interesser, jf. art. 3.209.

3.18 Engelsk ret

Fuldmagt kan indgås udtrykkelige og skriftligt eller det kan følge af omstændighederne, f.eks. stillingsfuldmagt. Der er ingen formalitetskrav, undtaget hvis fuldmægtigen skal udføre en "deed" – i så fald skal fuldmagten være skriftlig.⁴³

Principalen er bundet af aftaler, som fuldmægtigen indgår med tredjemand, når principalen har givet udtrykkelig fuldmagt til fuldmægtigen, eller tredjemanden på rimelig vis har fået indtryk af, at fuldmægtigen har fuldmagt.

Fuldmægtigen må ikke give sin beføjelser videre til andre, med mindre dette på forhånd er aftalt med principalen, eller hvis det er branchesædvane at videredelegere fuldmagten, eller hvis der er tale om administrative handlinger. En fuldmægtig må ikke handle i en sag, hvor der er interessekonflikt. Fuldmægtigen må ikke tage en hemmelig profit eller modtage bestikkelse. Fuldmægtigen må ikke oplyse fortrolig information og skal informere principalen om alle relevante oplysninger, når de kommer til fuldmægtigens kendskab.

Hvis fuldmægtigen overskrider sin beføjelse, kan principalen vælge at ratificere aftalen alligevel. En fuldmægtig kan ifalde personligt ansvar, hvis han handler udenfor fuldmagten og principalen ikke ratificerer eller hvis fuldmægtigen ikke vil oplyse principalens navn.

⁴³ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 159 f.

Principalen kan tilbagekalde fuldmagten på samme måde som den blev givet og skal i den forbindelse oplyse tredjeparter, som fuldmægtigen måtte have indgået forhandlinger med på principalens vegne. Ellers kan principalen blive forpligtet af aftaler, fuldmægtigen har indgået med en tredjemand, der ikke vidste, at fuldmagten var tilbagekaldt.⁴⁴

3.19 Tysk ret

En fuldmægtigs tilkendegivelse indenfor fuldmagten binder principalen, uanset om fuldmagten er givet udtrykkeligt eller kan udrages fra omstændighederne, jf. BGB § 164.

Handler fuldmægtigen uden fuldmagt bindes han selv, jf. BGB § 179.

Fuldmagt gives til fuldmægtigen eller overfor den tredjepart, som fuldmægtigen skal agere overfor. Der er ikke formkrav til fuldmagten, jf. BGB § 167 (2).

Udløb af fuldmagt afhænger af det juridiske forhold, fuldmagten er tildelt på baggrund af. Fuldmagten kan tilbagekaldes fra fuldmægtigen eller overfor tredjeparten. En fuldmagt givet til tredjemand er gyldig, indtil principalen tilbagekalder fuldmagten overfor tredjemanden, jf. BGB § 168.

En principal kan give fuldmagt ved at give meddelelse til en tredjepart eller ved en offentliggørelse af fuldmagt. En sådan fuldmagt tilbagekaldes på samme måde, som den blev givet, jf. BGB §§ 170 og 171.

Det følger af BGB § 172, at hvis principalen har givet et fuldmagtsdokument, som fuldmægtigen har præsenteret overfor tredjemand er fuldmagten gældende, indtil fuldmagtsdokumentet er tilbageleveret til principalen eller erklæret ugyldigt. Fuldmægtigen skal tilbagelevere fuldmagten efter udløb og har ikke tilbageholdsret heri.

Hvis en tredjemand er bekendt med, at en fuldmagt er trukket tilbage, er en aftale ikke bindende for principalen, selv om de formelle forhold om tilbagetrækningen af fuldmagten ikke er overholdt, jf. BGB § 173.

Hvis en person indgår aftale på vegne af en principal uden at have fuldmagt, er principalen kun bundet, hvis principalen ratificerer aftalen. Hvis tredjemanden anmoder principalen om at tilkendegive, hvorvidt principalen ønsker at være bundet af aftalen og svarer principalen ikke indenfor to uger, anses aftalen for afslået, jf. BGB § 177.

Det fremgår af BGB § 178, at indtil principalen har tilkendegivet, om han vil ratificere aftalen, har tredjemanden ret til at træde tilbage fra aftalen, med mindre han ved aftaleindgåelsen vidste, at der ikke var givet fuldmagt.

En fuldmægtig, der indgår kontrakt uden fuldmagt, og hvor principalen ikke vil ratificere aftalen, er ansvarlig overfor tredjemanden og skal enten opfylde kontrakten eller erstatte tredjemandens tab alt efter tredjemandens valg, jf. BGB § 179 (1).

Hvis fuldmægtigen ikke var klar over, at han ikke havde fuldmagt er fuldmægtigen kun ansvarlig for det tab, som tredjemanden lider som følge af at have stølet på fuldmagten men ikke udover det totale beløb, som tredjemanden ville have ved, at aftalen fik effekt, jf. BGB § 179 (2).

⁴⁴ Arthur Lewis Principles of contract and European commercial law, s. 10 ff.

Ifølge BGB § 181 må en fuldmægtig ikke indgå aftale på principalens vegne med fuldmægtigen selv eller med en tredjepart for hvem han også er fuldmægtig, med mindre fuldmægtigen har fået forudgående tilladelse hertil, eller med mindre transaktionen alene består i udførelsen af en forpligtelse.

3.20 Indirekte repræsentation

Hvor en mellemmand agerer på vegne af og efter instruktioner fra en principal men ikke i principalens navn, eller hvor tredjemanden ikke ved og heller ikke har grund til at burde vide, at mellemmanden handler som fuldmægtig gælder reglerne om indirekte repræsentation, jf. art. 3.102. Hvor en fuldmægtig agerer i en principals navn gælder reglerne om direkte repræsentation.

Det følger af PECL art. 3.301, at hvis en mellemmand handler efter principalens instruks men ikke i principalens navn, eller hvis mellemmanden handler efter instruks fra principalen men tredjemanden vidste det ikke og burde ikke vide det, så er principalen og tredjemanden bundet til hinanden.

Hvis mellemmanden bliver insolvent eller misligholder sine pligter overfor tredjemanden, eller det er klart, at mellemmanden vil misligholde sine forpligtelser, skal mellemmanden på tredjemandens forespørgsel oplyse principalens navn og adresse. Tredjemanden kan udøve de rettigheder overfor principalen, som tredjemanden har overfor mellemmanden, dog underlagt de protester mellemmanden måtte have fremsat overfor tredjemanden, og de protester principalen har fremsat overfor mellemmanden. Rettighederne kan kun udøves, hvis der gives besked til mellemmanden og tredjeparten hhv. principalen. Når beskeden modtages må tredjemanden hhv. principalen ikke længere udføre forhandlinger med mellemmanden, jf. art 3.302.

3.20.1 Engelsk ret

I engelsk ret skelnes ikke mellem direkte og indirekte repræsentation. I stedet skelnes mellem afsløret (navngiven) og ikke afsløret (ikke navngiven) repræsentation. Hvis fuldmægtigen tilsyneladende handler for egen regning er fuldmagtsforholdet "ikke-afsløret" (ikke navngivet). Principalen bliver bundet af fuldmægtigens handlinger, uanset om tredjemanden var bekendt med fuldmagtsforholdet eller ej.⁴⁵

3.20.2 Tysk ret

Den tyske BGB regulerer alene direkte repræsentation, der også gælder repræsentation, hvor principalens navn ikke afsløres med det samme.⁴⁶

3.21 Opsamling – aftaleindgåelse, fuldmagt

Ifølge PECL binder en fuldmagt tredjemand og principal i en aftale. Fuldmagt kan gives skriftligt eller følge af omstændighederne. Hvis fuldmægtigen handler uden fuldmagt eller udenfor bemyndigelsen er principal og tredjemand ikke bundet og fuldmægtig er erstatningsansvarlig, medmindre principalen vælger at indtræde i aftalen.

Hvis der er en interessekonflikt (f.eks. at aftale indgås med fuldmægtigen selv eller fuldmægtigen er også fuldmægtig for tredjemanden) er aftale ikke bindende. Fuldmagten tilbagekaldes som den blev givet.

⁴⁵ Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s. 200

⁴⁶ Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s. 200

I engelsk ret skal binder fuldmagten principal og tredjemand. Ved overskridelse af fuldmægtigens beføjelser kan principalen vælge at indtræde i aftalen alligevel. Hvis fuldmægtigen overskrider sin beføjelse eller ikke afslører principalens navn kan han ifalde ansvar. Fuldmagten kan tilbagekaldes og i den forbindelse skal dette oplyses til evt. tredjemænd, som fuldmægtig måtte have indgået forhandlinger med.

I tysk ret er principalen bundet og fuldmagt kan følge af omstændigheder eller være givet udtrykkeligt. Hvis fuldmægtigen handler udenfor fuldmagt, hæfter fuldmægtig selv. Fuldmagten tilbagekaldes på samme måde som den blev givet.

Der er således overensstemmende regler i PECL, engelsk og tysk ret.

4 Fortolkning af aftalen

4.1 Good faith – fair dealing – god skik / redelig forretningsskik

Det følger af art. 1.102, at parterne har frihed til at indgå aftale og til at bestemme hvad der skal stå i aftalen, dog under hensyn til "good faith," "fair dealing" og de obligatoriske regler i PECL, ligesom det af art. 1.106 fremgår, at principperne skal fremme god skik (good faith) og rimelig handel (fair dealing), sikkerhed i kontraktrelationer og ensartethed i anvendelsen af principperne.

Ifølge PECL art. 1.201-1.302 skal parterne handle efter "good faith" og i overensstemmelse med "fair dealing" og kan ikke fravige denne bestemmelse. Parterne skylder hinanden at samarbejde for, at aftalen skal få fuld effekt.

Good faith / rimelighed bedømmes ud fra hvad en person der handler i god tro i den samme situation som parterne ville anse for rimeligt. Ved bedømmelsen tages hensyn til aftalens natur og formål, omstændighederne ved sagen samt brug og praksis der anvendes af professionelle i branchen.

I nærværende projekt anvendes god skik, redelig forretningsskik og god tro i flæng. Betydningen er den samme, og der er således ikke tiltænkt nogen særlig betydning i forhold til de enkelte begreber.

4.2 Engelsk ret

I engelsk ret er der ikke noget grundlæggende vilkår om, at parterne skal handle loyalt overfor hinanden, idet der ikke er krav om "good faith." Lovgiverne har frygtet, at et sådant princip giver retsusikkerhed. Er en stærkere aftalepart i stand til at forhandle gode vilkår på bekostning af modparten er sådanne vilkår som hovedregel bindende for begge parter.

Der er dog visse regler, der begrænser aftalefriheden: unfair contract terms act, som omhandler forbud mod visse ansvarsbegrænsninger (se mere om ansvarsbegrænsninger i afsnit 6.7.1), supply of goods and services act, misrepresentation act og i retspraksis udviklede doktriner om promisory estoppel, duty to disclose information og abuse of rights.

4.2.1 Supply of goods and services act

I supply of goods and services act fremgår det, at en erhvervsdrivende der leverer varer eller tjenesteydelser som en del af sit erhverv antages at levere varen/ udføre servicen med rimelig omhu og dygtighed.

4.2.2 Misrepresentation act

Misrepresentation Act giver adgang til erstatning i de tilfælde, hvor der er givet urigtige oplysninger, jf. §2. En "misrepresentation" opstår, når en part har givet den anden part urigtige oplysninger, og den anden part har handlet i tillid til disse oplysninger. F.eks. hvor en brugtbilsforhandler oplyser, at bilen er to år gammel, når den i virkeligheden er ti år gammel.

Der kan også være tale om "halve sandheder" – f.eks. hvor en brugtbilsforhandler oplyser, at bilen kun har haft en ejer, men ejeren var en køreskole, hvilket ikke oplyses. Hovedreglen er, at beføjelsen i tilfælde af urigtige oplysninger er erstatning. Der er således ikke automatisk adgang til at hæve aftale. Hæveadgang kræver, at det bevises, at den anden part var skyldig i svingagtigt at give urigtige oplysninger, og at køberen kun har gennemført handlen pga. de svingagtige oplysninger.

Hvis begge parter har taget fejl – f.eks. om at et maleri er et ægte Picasso, er der efter engelsk ret ikke adgang til at hæve aftalen, med mindre sælger har givet bevidst urigtige oplysninger og køberens opfattelse af, at der var tale om et ægte maleri alene var baseret på sælgers oplysninger herom. Hvis køberen ønsker at købe billedet uden at købet er kommet i stand pga. sælgerens urigtige oplysninger om maleriets ægthed er salgsaftalen gyldig.

Fejltagelse om salgsgenstandens kvalitet er som hovedregel ikke tilstrækkeligt til, at aftalen kan hæves. Det samme gælder, hvis modparten er en anden end den, man troede. Hvis man f.eks. troede man indgik aftale med A, men det var i virkeligheden B, så er aftalen som hovedregel fortsat gyldig. Det gælder dog ikke, hvis det er klart, at en part alene vil handle med en bestemt modpart og ikke ville have indgået aftalen, hvis han havde vidst, at der var tale om en anden modpart. Er der tale om særlige kvalitetskrav hos modparten, f.eks. kreditværdighed, kan aftalen ikke ophæves, hvis der er fejltagelser i denne vurdering, med mindre fejltagelsen er begrundet i urigtige oplysninger fra modparten.

Har parten givet en urigtig oplysning men var ikke klar over, at oplysningen ikke var korrekt, ses der på, om parten burde have undersøgt oplysningen eller om parten var uskyldig i misforståelsen. I forbindelse med misrepresentation er midlet erstatning.⁴⁷

4.2.3 Promisory estoppel

Parterne må ikke handle i strid med deres tidligere adfærd, når deres tidligere adfærd har skabt berettigede forventninger hos modparten. Der skal således være en eksisterende relation mellem parterne, og den ene part har regnet med, at den anden parts tidligere adfærd fortsætter og har i den forventning gjort tiltag. Bestemmelsen kan alene bruges som "skjold" og ikke som "sværd." Dvs., doktrinen kan kun anvendes som et forsvar og ikke som et krav, jf. sagen Combe v. Combe.

I sagen Combe v. Combe⁴⁸ havde manden i en skilsmisssag lovet at betale 100 pund om måneden til ekskonen. Ekskonen anlagde sag, da manden ikke betalte pengene. Domstolen gav ikke medhold, idet løftet om betaling ikke havde consideration. Domstolen fandt, at kravet ville være en forkert anvendelse af doktrinen, idet doktrinen hovedsageligt skal anvendes som beskyttelse og ikke som grundlag for krav.

En part kan "opsige" løftet ved tidligere adfærd ved at give rimelig opsigelsesvarsel.⁴⁹

⁴⁷ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s.84 f.

⁴⁸ 2 KB 215 (1951) 1 All ER 767 CA

⁴⁹ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 98 ff.

4.2.4 Duty to disclose information

Der findes ikke en generel oplysningspligt for parterne hverken i forbindelse med aftaleindgåelsen eller senere. I det omfang man vælger at give oplysninger skal disse dog være korrekte.

Har en part givet en oplysning, der var korrekt, da den blev givet, men som senere bliver ukorrekt, skal parten give den anden part meddelelse om, at oplysningen ikke længere er gældende. I sagen *With v Flanagan*⁵⁰ om køb af en lægepraksis var det i januar oplyst, at indtjeningen var ca. 2.000 pund om året. I maj da aftalen blev underskrevet var indtjeningen faldet til 5 pund om ugen pga. sygdom. Aftalen kunne hæves, da denne oplysning ikke blev givet til køber.⁵¹

4.2.5 Abuse of rights

Udgangspunktet i engelsk ret er aftalefrihed, og at parterne kan aftale de rettigheder, de ønsker. Der findes dog eksempler i retspraksis, hvor en part ikke har fået lov at hæve kontrakten, fordi misligholdelsen var ubetydelig, selv om kontrakten stipulerede, at der var hæveadgang for sådan misligholdelse. I andre tilfælde er en part blevet nægtet at hæve aftalen, idet motivet alene har været at undgå en dårlig handel.

I sagen *Rice v Great Yarmouth Borough Council*⁵² havde byrådet indgået en fireårig aftale med en entreprenør om vedligehold mv. Byrådet hævede aftalen efter syv måneder, idet det af aftalen fremgik, at enhver overtrædelse af kontraktens bestemmelser medførte hæveadgang. Aftalen var fireårig og medførte væsentlige finansielle forpligtelser og mange forskellige forpligtelser af forskellig vigtighed og frekvens. Kontrakten specificerede ikke hvilke bestemmelser der var så vigtige, at de kunne medføre ophævelse af aftalen. Kun hvor der var en væsentlig overtrædelse eller en akkumulering af overtrædelser, kunne aftalen hæves. Se endvidere om waiver clause i afsnit 6.7.2.⁵³

4.2.6 Reasonable / best endeavours

Da der ikke i engelsk ret er et overordnet krav om redelig forretningsskik kan man i kontrakten skrive, at parterne skal opfylde kontrakten efter bedste evne. Dette kan f.eks. komme til udtryk ved at parterne skal bruge "best endeavours" eller "reasonable endeavours." I så fald kan en dommer tage hensyn til, om parten efter bedste evne har opfyldt kontrakten eller om denne er misligholdt.

Engelsk ret lægger meget stor vægt på formuleringen af ordene i en aftale. Hvis man således har aftalt "best endeavours" medfører det, at parten, der har forpligtet sig hertil, skal bruge alle midler uanset økonomiske rammer for at opfylde aftalen. Der er således ikke tale om "rimelige" eller proportionale midler, men at man skal anvende alle midler for at opfylde aftalen perfekt, også selv om det måtte betyde, at man taber penge på aftalen. Anvendes "reasonable endeavours" ses der på de rimelige midler, der er til rådighed. Såfremt man anvender best eller *all* reasonable endeavours er det hensigtsmæssigt at konkretisere eller specificere hvad man forstår herved. Det kan f.eks. være "all reasonable but commercially prudent endeavours" eller man kan begrænse termen ved at indsætte et maksimum beløb.

⁵⁰ (1936) Ch 575

⁵¹ Arthur Lewis Principles of contract and European commercial law, s.96 f.

⁵² (2001) 3 LGLR 4

⁵³ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 426 f.

Da engelsk ret lægger stor vægt på klarhed i formuleringerne, er det hensigtsmæssigt, hvis der anvendes nøjagtigt samme formulering, hver gang et udtryk anvendes – f.eks. "to the best of the Vendor's knowledge and belief" i forhold til "to the best of Vendor's knowledge." Hvis man bruger det ene udtryk et sted i kontrakten, og det andet udtryk et andet sted i kontrakten kan man risikere, at dommeren tillægger forskellige standarder ved en fortolkning af de forskellige bestemmelser i aftalen.⁵⁴

4.3 Tysk ret

Det fremgår af BGB § 157, at aftaler skal fortolkes i overensstemmelse med "treu und glauben" under hensyntagen til sædvane og praksis. Desuden fremgår det af BGB § 242, at skyldneren er forpligtet til at handle i overensstemmelse med god skik under hensyntagen til sædvane og praksis.

Tyskland var et af de første lande, der opstillede et princip om redelig forretningsskik – treu und glauben. Det har været et vigtigt fortolkningsprincip, hvor der tages hensyn til rimelighed og billighed og til hvad skik og brug kræver.

Dommerne skal forsøge at sætte sig i parternes sted, men ofte dominerer rimelighed og billigheds betragtninger, især hvor parterne har været uenige og derfor har undladt at tage stilling. Rimelighed og billighed bestemmer ofte, hvor partsvilje og skik og brug ikke kan fastslås.⁵⁵

Treu und glauben signalerer tillidsfuldhed, loyalitet, troskab og pålidelighed. Begrebet er udviklet til at være et koncept, der medfører krav om ærlig, loyal og samvittighedsfuld opførsel og at have den anden parts interesser for øje.⁵⁶

Tyske domstole har anvendt princippet om god skik til at sikre loyal opførsel parterne imellem, f.eks. pligt til at samarbejde, at tage hensyn til hinandens interesser og give hinanden information. Domstolene har desuden begrænset eller anset en rettighed for tabt, hvis rettigheden ville udgøre et misbrug af aftalens rettigheder. Det kan f.eks. være tilfældet hvor en part forsøger at opnå en rettighed ved uærlig adfærd, ved at en part har stolet på den anden parts adfærd, som nu væsentligt adskiller sig fra den måde, han tidligere har opført sig på eller, at rettighederne er uproportionale, f.eks. at en part hæver kontrakten på baggrund af en triviel misligholdelse, som den anden part har gjort sig skyldig i.⁵⁷

En part kan ikke forlange opfyldelse af en ydelse, som parten straks skal tilbagelevere, ligesom en part ikke må forfølge en interesse, der ikke er værd at beskytte. En længerevarende forpligtelse kan opsiges af vigtige årsager uden at tage hensyn til varsel. Der kan aftales modifikationer hertil, men det kan ikke aftales, at reglen slet ikke skal gælde.⁵⁸

⁵⁴ David Fletcher, company and commercial contract drafting in English, kursusmateriale.

⁵⁵ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 116.

⁵⁶ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.30 f.

⁵⁷ Ole Lando Some features of the Law of Contract in the Third Millenium, s. 395.

⁵⁸ Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s. 117 f.

4.3.1 Eksempler

BGB § 242 anvendes f.eks. hvor en sag ellers ville få et helt urimeligt resultat. Det kan f.eks. være tilfældet, hvor en person bruger hele sin pensionsopsparing på at købe en ejendom af en entreprenør. Efter overførsel af købesummen erklærer entreprenøren aftalen for ugyldig, fordi aftalen ikke er indgået foran en notar, hvilket kræves i tysk ret. Ifølge BGB § 125 er en kontrakt, der ikke opfylder lovens krav ugyldig. Det vil imidlertid være et helt uholdbart resultat, og her kan BGB § 242 anvendes, således at entreprenøren tvinges til at opfylde kravene til aftalen, dvs. at få aftalen underskrevet hos notar og overføre ejendomsretten.⁵⁹

Tilsvarende hvis en person lejer en landejendom, der er nedslidt. Parterne aftaler, at lejeren må købe ejendommen efter otte år. Lejeren omdanner landejendommen til en blomstrende forretning, hvorefter udlejeren nægter at overføre ejendommen til lejeren som følge af, at denne aftale ikke blev indgået foran en notar. Her kan lejeren få dom for naturalopfyldelse af aftalen på trods af, at formalia om aftalen ikke er overholdt.⁶⁰

Hvis en leverandør af mel har indgået aftale om levering af 50 poser mel til et firma og leverandøren ved levering aflæsser poserne og her opdager, at der mangler en enkelt pose, ville det medføre, at leverandøren principielt skal læsse alle poserne op igen, køre tilbage og hente den sidste pose, for derefter at levere alle 50 poser på en gang, jf. BGB § 266, der fritager en kreditor fra at acceptere delvis levering. Det vil imidlertid være i strid med god skik at kræve dette, idet det vil kræve mange ressourcer fra leverandøren, og firmaet har ikke nævneværdig interesse heri, hvorfor leverandøren kan aflevere de 49 poser og hente den sidste herefter. Det forudsættes, at den sidste pose afleveres hurtigt efter.⁶¹

En vaskemaskine-sælger har aftalt at levere en vaskemaskine hos en kunde i løbet af ugen. I løbet af ugen kører vaskemaskine-sælgeren ud til kunden kl. 3 om natten for at levere vaskemaskinen. Selv om vaskemaskine sælgeren overholder den formelle aftale ved at levere i løbet af ugen, så er levering midt om natten i strid med god skik, og kunden kan derfor nægte at modtage levering på dette tidspunkt.⁶²

To parter har dannet et partnerselskab og har aftalt, at hvis indtjeningen er under 40.000 EUR kan hver af parterne anmode om at opløse partnerselskabet. Indtjeningen i et år blev kun 25.000 EUR, men det skyldtes, at en ansat havde begået underslæb, hvilket kun var muligt, fordi den ene part groft havde overtrådt sin forpligtelse til at overvåge den ansatte. Betingelsen for at opløse partnerselskabet er opfyldt, idet indtjeningen er under 40.000 EUR, men parten der har overtrådt overvågningspligten kan ikke forlange selskabet opløst, da han ikke kan støtte ret på en ret, der er opstået som følge af opførsel, der er ulovlig, umoralsk eller en overtrædelse af aftalen. Det vil således være misbrug af en rettighed, og det vil være i strid med god skik.⁶³

⁵⁹ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.258 f.

⁶⁰ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s. 281.

⁶¹ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.3292 f.

⁶² Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.322.

⁶³ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.348.

En person har solgt et stenbrud til en anden og købesummen er aftalt til 10% af bruttoomsætningen de næste 10 år. Sælger har ret til indsigt i købers regnskaber og øvrige arkiver. Efter tre år køber sælger selv et stenbrud og beder om indsigt i købers arkiver for at få navne på forretningspartnere, så han selv kan starte virksomhed op. At give information skal ske i overensstemmelse med god skik. En pligt til at give informationer vil blive anset som upassende, hvis oplysningerne kan bruges til konkurrerende virksomhed. Derfor kan køber afvise at give oplysningerne til sælger, men skal dog give en tredjepart med tavshedspligt, f.eks. en revisor, adgang til arkiverne, sådan at det kan verificeres, hvad omsætningen var men uden at sælger får oplysning om købers kunder og samarbejdspartnere mv.⁶⁴

En bilforhandler indgår aftale om levering af en kofanger. Sælgeren skal tilpasse en produktionslinje, idet kofangeren skal tilpasses en ny biltype. Dette giver sælgeren større omkostninger. Bilforhandleren opsiger aftalen i overensstemmelse med det varsel, der lovmæssigt er bestemt for almindelige aftaler, dvs. seks uger. Sælgeren har stolet på, at aftalen ville løbe et vist tidsrum, idet han har brugt større omkostninger på at tilpasse produktionen, hvilket bilforhandleren var klar over. Det vil derfor være i strid med god skik, hvis bilforhandleren kunne opsige aftalen med kun seks ugers varsel, og han skal derfor give et varsel, der er normalt for branchen for denne type aftale.⁶⁵

En bank har en længerevarende kontrakt med en bankkunde, og bankkunden opdager en dag, at hans konto er tilført 8.000 EUR. Bankkunden er klar over, at dette er en fejl. Kunden har en forpligtelse til at oplyse banken herom i overensstemmelse med god skik.⁶⁶

En bilproducent har indgået aftale med en reservedelsleverandør om løbende levering af reservedele. Aftalen løber over 40 år, hvorefter reservedelsleverandøren opsiger aftalen med en måneds varsel. Dermed handler reservedelsleverandøren i strid med sin tidligere adfærd, hvorpå bilproducenten har stolet. Det vil være i strid med god skik at give så kort et opsigelsesvarsel og et rimelige varsel ville formentlig være et år.⁶⁷

4.4 Aftalefortolkning

Ifølge PECL art. 5.101 skal en aftale fortolkes i overensstemmelse med parternes fælles forståelse, selv om dette afviger fra den bogstavelige forstand af ordene. Hvis det påvises, at den ene part havde til hensigt, at aftalen skulle have en bestemt mening, og den anden part ved aftaleindgåelsen ikke kunne have været uvidende om den første parts hensigt, skal kontrakten fortolkes på den måde den første part havde til hensigt. Hvis parternes hensigt ikke kan fastslås, fortolkes kontrakten i henhold til den betydning, som fornuftige personer i samme situation som parterne ville give den.

Ved fortolkning af kontrakten skal der tages hensyn til omstændighederne, hvorunder aftalen blev indgået, herunder forudgående forhandlinger, parternes adfærd også efter aftaleindgåelsen, aftalens beskaffenhed og formål, den fortolkning som parterne allerede har givet til lignende klausuler, og den praksis parterne har skabt imellem sig, den betydning vilkår og udtryk normalt har i den omhandlede branche, og den fortolkning lignende klausuler allerede har fået samt almindelig brug, god skik og rimelig handel, jf. art 5.102.

⁶⁴ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.391.

⁶⁵ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.404 f.

⁶⁶ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.458.

⁶⁷ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good faith in the European Contract Law, s.546 f.

Ved tvivl om betydningen af et vilkår, der ikke er individuelt forhandlet fortolkes vilkåret imod den part, der har formuleret vilkåret, jf. art. 5.103.

Ifølge art. 5.104 har vilkår der har været individuelt forhandlet forrang for vilkår, der ikke har været forhandlet individuelt.

Vilkår skal fortolkes i lyset af hele kontrakten, jf. art. 5.105.

En fortolkning som medfører, at vilkårene i aftalen er lovlige eller gældende er at foretrække frem for fortolkning, som ikke medfører dette, jf. art. 5.106.

Hvis en kontrakt findes i to eller flere sprogversioner, og parterne ikke har valgt, at en af dem skal have forrang er der præference for at fortolke evt. uoverensstemmende ting mellem versionerne i overensstemmelse med den version, der oprindeligt blev udarbejdet, jf. art. 5.107.

En udtalelse fra en part forud for eller ved kontraktindgåelsen skal anses som en kontraktuel forpligtelse, hvis den anden part rimelig vis forstod det sådan under de givne omstændigheder under hensyn til den åbenlyse vigtighed for den anden part, hvorvidt parten gav udtalelsen i forretningsøjemed og parternes ekspertise, jf. art. 6.101.

Hvis den ene part er en professionel leverandør, som giver information om kvalitet eller brug af varer eller tjenesteydelser eller anden ejendom ved markedsføring eller på anden vis inden aftalen er indgået, er udtalelserne at anse som kontraktuelle forpligtelser, medmindre det påvises, at den anden part vidste eller burde vide, at udtalelsen var ukorrekt. Sådanne udtalelser eller anden virksomhed fra en person, der markedsfører varer eller tjenesteydelser eller anden ejendom for en professionel leverandør eller fra en person i tidligere forretningsled skal anses som en kontraktuel forpligtelse for den professionelle leverandør, medmindre leverandøren ikke kendte til og ikke havde nogen grund til at kende til informationen eller virksomheden.

Udover de udtrykkelige bestemmelser i kontrakten kan kontrakten indeholde implicitte betingelser, som stammer fra parternes intention, kontraktens formål og beskaffenhed og god skik og rimelig handel, ifølge art. 6.102.

Når parterne har indgået en åbenbar kontrakt som ikke havde til hensigt at afspejle parternes sande aftale, vil den sande aftale have forrang mellem parterne, jf. art. 6.103.

4.5 Engelsk ret

Engelske domstole lægger meget vægt på det skrevne ord. Der skal være klarhed i kontrakten, og hvis en bestemmelse er uklart formuleret, kan retten vælge at tilsidesætte bestemmelsen som ikke gældende. Er bestemmelsen væsentlig for hele kontrakten, kan retten vælge at bedømme hele kontrakten som ikke indgået som følge af uklarhed.

Der skelnes mellem implied by law, dvs. udfyldende retsregler og implied by facts, hvor domstolene forsøger at udlede, hvad parterne ville have aftalt. Parterne formodes at ville det, der gør kontrakten effektiv.⁶⁸

⁶⁸ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.131

Et eksempel på implied by law er supply of goods and services act, hvor det er "implied", at en tjenesteyder vil varetage levering af ydelsen med rimelig omhu og evne, jf. § 13, ligesom det er underforstået, at en sælger har ret til at sælge en vare (at den f.eks. ikke er stjålet), og at der kan støttes ret på beskrivelser af varen, at varen/tjenesteydelsen er af en tilfredsstillende kvalitet og endelig, at varen kan anvendes til det formål, køber forventer, når sælger er bekendt med købers forventning.

Der kan også fortolkes ud fra sædvane. Har parterne handlet indenfor en bestemt branche i en længerevarende periode antages parterne at have aftalt sædvanerne indenfor denne branche i det omfang, de ikke har aftalt andet.⁶⁹

Hvis der er inkonsistens i kontrakten, f.eks. to bestemmelser er indbyrdes modstridende vil hovedreglen være, at den første klausul i kontrakten er gældende, hvis ikke andet kan udledes.⁷⁰

Engelske domstole ser på, om en fornuftig person ville anse tilbud og accept for givet. Hovedreglen er således, at domstolen ikke ser på parternes subjektive hensigter men hvilken objektiv mening en fornuftig person ville få ud af aftalen. Det er dog fortsat domstolens opgave, at parternes hensigt skal effektueres.⁷¹

4.5.1 Representations, terms, recitals, warranties and conditions

"Terms" er kontraktens vilkår, mens en "representation" ikke er et kontraktvilkår, men en prækontraktuel udtalelse. Hvis en udtalelse er et kontraktvilkår er der automatisk ret til erstatning for overtrædelse, mens der ikke automatisk er adgang til erstatning hvis en representation er usand. Dette kan give erstatning eller aftalen kan ophæves.⁷²

4.5.2 Representation – prækontraktuel udtalelse

Der ses på parternes objektive hensigt, når det vurderes, hvorvidt der er tale om term eller representation. Dvs. hvordan ville en udenforstående person rimeligvis opfatte en bestemt udtalelse i betragtning af de pågældende omstændigheder.

Hvis en mundtlig aftale senere skrives ned, antages det, at det nedskrevne skal være warranties, og at det der ikke efterfølgende skrives ned ikke skal være en del af kontrakten og dermed er representations. Det antages således, at parterne alene skriver det ned, som de har intention om skal være en del af aftalen.⁷³

4.5.2.1 Parol evidence rule

Har parterne indgået en skriftlig aftale, vil domstolene som hovedregel fortolke dette i retning af, at parterne har skrevet alle vilkår de finder vigtige ind i aftalen. En part vil således have meget svært ved at komme ud af en klar og tydelig bestemmelse i en kontrakt. Dette kaldes "parol evidence rule." Det vil sige, at hvis parterne har skrevet et vilkår ned, kan en part ikke komme igennem med, at de forinden mundtligt har aftalt noget andet.

⁶⁹ Arthur Lewis Principles of contract and European commercial law, s.105

⁷⁰ David Fletcher Commercial contract drafting in English, kursusmateriale.

⁷¹ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.131

⁷² Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 189 ff.

⁷³ Richard Stone The Modern Law of Contract, s.191.

Det er dog en hovedregel, som domstolene kan fravige, hvis det fremgår af omstændighederne, at en betingelse var særlig vigtig for en af parterne, selv om betingelsen ikke er skrevet ind i aftalen, eller der var skrevet noget andet ned i aftalen. Det er nemmere at komme igennem med dette argument ved standardaftaler end ved individuelt forhandlede kontrakter.⁷⁴

I sagen *Evans & Son Ltd v Andrea Merzario Ltd*, 2 All ER 930 (1976) 1 WLR 1078 havde parterne mundtligt aftalt, at en maskine skulle fragtes pr. skib, og at maskinen ikke måtte stå på dækket. I den skriftlige aftale fremgik det af standardvilkårene, at gods kunne opbevares på dækket under transport. Da maskinen blev opbevaret på dækket og røg overbord, kunne køber hæve handlen som følge af den mundtligt aftalte betingelse om, at maskinen ikke måtte blive transporteret på dæk.

Domstolene ser desuden på, hvor vigtig et punkt er. Sagen *Bannerman v White* (1861) 10 CBNS 844 omhandlede køb af humle. Køber var blevet forsikret om, at der ikke blev brugt svovl i produktionen, idet køber havde oplyst, at han ikke ville købe, hvis der var brugt svovl. Da det viste sig, at der var anvendt svovl i produktionen kunne køber afvise at modtage humlen som følge af overtrædelse af prækontraktuel udtalelse, der var en betingelse for overhovedet at indgå den formelle kontrakt.⁷⁵

4.5.2.2 Parternes evner og viden

Ubalance mellem parternes evner og viden spiller også en rolle ved domstolenes vurdering af, om en prækontraktuel udtalelse skal anses som et aftalevilkår. I sagen *Dick Bentley Productions v Harold Smith (motors) Ltd* (1965) 2 All ER 65 havde en sælger solgt en bil til en bilforhandler og oplyste, at bilen var en 1948 model, idet dette stod i registreringspapirerne. Der var imidlertid tale om en 1939 model, og bilforhandleren krævede erstatning for prisforskellen, idet han mente, der var sket kontraktbrud på baggrund af en prækontraktuel udtalelse.

Sælger var uden særlig viden om bilbranchen og havde ikke anden viden end den, der fremgik af registreringspapirerne, mens køber var professionel bilforhandler og kunne have kontrolleret oplysningerne f.eks. ved at få kontrolleret motor og chassis nummer hos fabrikanten. Køber fik derfor ikke ret til erstatning⁷⁶. Sagen er fra før *misrepresentation act* blev vedtaget.

4.5.2.3 Tid gået fra udtalelse til aftaleindgåelse

Endelig tager domstolene hensyn til den tid, der er gået fra en prækontraktuel udtalelse indtil aftalen er indgået. Jo længere tid der er gået jo mindre vægt lægges der på en prækontraktuel udtalelse.

I sagen *Routledge v McKay* (1951) 1 All ER 855 (1954) 1 WLR 615 oplyste sælger, at en motorcykel var fra 1942, mens den i virkeligheden var fra 1930. Sælger var ikke bekendt med dette, idet der i registreringspapirerne stod, at motorcyklen var fra 1942. Der var gået 12 dage fra udtalelsen indtil skriftlig aftale blev indgået, og der stod ikke noget i aftalen om hvilket årstal motorcyklen var fra. Køber fik ikke medhold i erstatningskravet. Udover at der var gået nogle dage fra udtalelsen til aftalen, og at aftalen ikke indeholdt noget om alderen på motorcyklen, var der desuden tale om to privatpersoner, hvor ingen af dem havde særlig viden om motorcykler, og sælger havde været i en undskyldelig vildfarelse for så vidt angår motorcyklens alder.

⁷⁴ Richard Stone *The Modern Law of Contract*, s.191.

⁷⁵ Richard Stone *The Modern Law of Contract*, s.190.

⁷⁶ Richard Stone *The Modern Law of Contract*, s. 192.

Domstolene vurderer således omstændighederne og peger ovenstående tests i forskellig retning vægtes de enkelte omstændigheder for at vurdere, hvad der objektivt set ville være parternes hensigt at aftale.⁷⁷

4.5.2.4 Collateral contract – ”følge-aftale”

Udover prækontraktuel udtalelse har domstolene i visse tilfælde valgt at se på, om parterne har indgået en ”følge-aftale – collateral contract” udover den indgåede aftale. Det er tilfældet, når den ene part lover den anden part noget til gengæld for, at parten indgår en aftale. Det der loves for at indgå aftalen skrives ikke ind i aftalen.

I sagen Esso Petroleum co. v Mardon (1976) QB 801 (1976) 2 All ER 5 havde Esso oplyst til en forpagter, at tankstationen vurderedes at sælge 200.000 gallons benzin om året. Der var dog ikke taget højde for, at tankstationen var blevet pålagt at flytte tilbage fra hovedvejen, således at tankstationen ikke længere ville være synlig fra hovedvejen. Forpagteren nåede aldrig over 78.000 gallons om året.

Domstolen mente, at der var tale om overtrædelse af en collateral contract, selv om overslaget på 200.000 gallons var en opfattelse mere end det var en udtalelse om fakta eller et løfte, indeholdt det alligevel det underforståede løfte, at udtalelsen var givet med rimelig omhu og efter bedste evne. Esso var eksperter på området og havde stor viden om tankstationers omsætning, mens forpagteren var uden denne viden.

”Consideration” for løftet om 200.000 gallons var det, at forpagteren indgik forpagtningsaftalen med Esso⁷⁸. (Se mere om consideration under afsnit 3.3).

4.5.2.5 Misrepresentation act

Prækontraktuelle udtalelser kan også vurderes efter misrepresentation act. Denne lov giver adgang til både ophævelse af aftalen og erstatning, mens afgørelse efter collateral contract alene giver mulighed for erstatning. Desuden er erstatninger, der gives på baggrund af collateral contract mindre end de, der baseres på misrepresentation act.

Misrepresentation act vedrører alene faktuelle udtalelser, f.eks. ”her i computerfirmaet har vi seks eksperter i hotline funktionen” mens f.eks. udtalelser baseret på en parts mening ikke er omfattet af lovreglerne. Her kan i stedet argumenteres ud fra collateral contract⁷⁹. (Se mere om misrepresentation act i afsnit 4.2.2).

4.5.3 Recitals, warranties and conditions

”Recitals” er indledende faktuelle oplysninger om baggrunden for aftalen og er som hovedregel ikke bindende. De begynder ofte med ”whereas”. De bindende bestemmelser kommer i de efterfølgende terms, og begynder ofte med ”now therefore the parties have agreed...”. Imidlertid kan recitals være med til at fortolke de efterfølgende bestemmelser. Har en part f.eks. i recitals oplyst, at han er en erfaren bygningskonstruktør kan det få indflydelse på bedømmelse af partens ydelser under kontrakten, og at der kan statueres misligholdelse, hvis levering af ydelsen ikke er af tilstrækkelig standard. Det kan også fremgå, at der er tale om en hensigtserklæring (gentlemen’s agreement), hvorefter aftalen i det hele ikke er bindende.

⁷⁷ Richard Stone The Modern Law of Contract, s.192.

⁷⁸ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 196.

⁷⁹ Richard Stone The Modern Law of Contract, s.197.

Terms kan opdeles i warranties og conditions. En condition er en væsentlig betingelse i kontrakten og beskriver det, der er det vigtigste i kontrakten. Vilkår der er mere subsidiære i forhold til kontraktens hovedformål er warranties. Ved overtrædelse af en condition kan domstolen pålægge ophævelse af kontrakten og erstatning, mens overtrædelse af en warranty alene kan medføre erstatning.

Hvis parterne ikke har opdelt bestemmelserne i warranties og conditions, og det er svært at klassificere en bestemmelse, kan bestemmelsen betegnes som "innominate term," hvor konsekvenserne af overtrædelse af et innominate term bestemmer, hvorvidt den ikke-misligholdende part har ret til at ophæve kontrakten. (Se mere om "warranty og conditions" i afsnit 6.10.1).

Terms kan være "express" – udtrykkeligt angivet eller "implied" – underforstået eller udledt af omstændighederne.⁸⁰

4.5.4 Express terms

Når vilkårene i en kontrakt fortolkes har det tidligere været skik, at domstolene alene ser på det skrevne ord uden at tage hensyn til omstændighederne i øvrigt, dvs. uden at tage hensyn til om parterne måske har ment noget andet, da de skrev aftalen end det, der kan udledes af normal sprogbrug.

I mere moderne aftale fortolkning anvendes "sund fornuft princip." Der ses således på de faktuelle omstændigheder, som parterne var i på aftaletidspunktet. Der ses også på alt, hvad der kunne have påvirket sproget i aftalen, som det ville blive forstået af en fornuftig mand. Tidligere forhandlinger kan dog ikke bruges som fortolkningsbidrag, idet parternes positioner skifter under forhandlingerne og derfor ikke kan bruges til fortolkning af den endelig aftale. Endelig ses der på, om aftalens litterære sprog er forkert. Hvis det er tydeligt, at aftalens sproglige formulering giver parterne en hensigt, som parterne tydeligvis ikke kunne have haft, kan domstolene rette aftalen til det, der giver den rette mening.⁸¹

4.5.5 Implied terms

Implied terms kan som nævnt være implied by law eller implied by fact. Domstolene er meget tilbageholdende med at indfortolke vilkår, der ikke står i aftalen. Hovedreglen er, at når parterne har indgået en aftale, så må de også tage højde for de betingelser, der er vigtige for dem. Domstolene har dog valgt at sige, at et vilkår der er nødvendig for, at aftalen overhovedet kan komme i stand er et "implied" vilkår, selv om vilkåret ikke er en del af aftalen.

Vilkår fortolkes desuden i lys af sædvane og skik og brug. Hvis parterne ikke har aftalt andet ses der derfor på, hvad parter i branchen normalt gør. Har parterne aftalt andet end hvad der følger af sædvane gælder dog det, parterne har aftalt.⁸²

4.5.6 Uklarhed

Aftaler der mangler bestemmelser om væsentlige ting er som udgangspunkt ikke gyldige, fordi aftalen er for uklar.

⁸⁰ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 206 f.

⁸¹ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 203 f.

⁸² Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 207.

Det gælder f.eks. aftale om at indgå aftale – altså at parterne forpligter sig til at indgå en aftale på et senere tidspunkt ("hensigtserklæring"). En aftale hvor f.eks. prisen skal aftales senere er som udgangspunkt ligeledes ugyldig som følge af uklarhed.

I sager hvor den ene part allerede har udført sin forpligtelse, har domstolen dog taget stilling til, at modparten skal betale en rimelig pris for den leverede ydelse, selv om der ikke har været bestemt nogen pris i aftalen.

I en sag⁸³ havde en mellemmand arrangeret en kontrakt mellem to parter, og den ene part havde lovet mellemmanden en provision af parternes handler, hvis mellemmanden kunne få aftalen i stand. Da aftalen var indgået og parterne begyndt at handle, nægtede parten at betale mellemmanden. Domstolen afgjorde, at parten skulle betale en *rimelig* provision og fastsatte denne provision, idet der ikke var aftalt, hvilken provision, mellemmanden skulle have. Såfremt mellemmanden endnu ikke havde foranlediget aftale indgået mellem de to parter, havde domstolen formentlig dømt aftalen ugyldig pga. uklarhed.⁸⁴

4.6 Tysk ret

Ved fortolkning af viljeserklæringer ses der på meningen med erklæringen frem for en bogstavelig fortolkning af teksten, jf. BGB § 133. Her ses der på den subjektive mening af den, der afgiver en erklæring.

Kontrakter skal fortolkes i overensstemmelse med god skik under hensyntagen til sædvanlig praksis, jf. BGB § 157. Her ses der på objektive kriterier, hvad vil en rimelig fortolkning af parternes aftaler være, og bruges ofte hvor der er et hul i parternes aftale, dvs. udfyldende fortolkning.

Er der i kontrakten ikke bestemt noget om en ting, som der senere opstår tvist om, forsøger dommerne at finde ud af og tage hensyn til hvad parterne ville have aftalt om spørgsmålet under hensyn til hele kontraktens formål og i overensstemmelse med god skik og almindelig forretnings praksis.⁸⁵

I sagen BGHZ 16, 71, 81 (1954) havde to læger byttet praksis. Den ene læge ønskede at flytte tilbage til byen, han kom fra, og der var ikke aftalt noget om, at parterne ikke kunne flytte tilbage. Domstolene fandt, at ingen af parterne kunne starte konkurrerende praksis op i 2-3 år efter handlen.

I sagen BMT Marine and Offshore Survey Ltd v Lloyd Werft Bremerhaven GmbH⁸⁶ skulle sagen afgøres af en engelsk domstol men ifølge tysk ret. I sagen skulle der fortolkes om parternes viljeserklæringer i overensstemmelse med BGB §§ 133 og 157. I sagen forelagde to tyske advokater fra hver sin part hvordan en kontrakt fortolkes i overensstemmelse med tysk ret.

Første skridt er at vurdere om der er bevis, der demonstrerer parternes fælles hensigt med kontraktens ordlyd. I den forbindelse lægges vægt på at finde den sande hensigt med en parts erklæring, frem for en bogstavelig tolkning af ordlyden. Når hensigten skal fremfindes ses der på omstændighederne, som hver part fremlægger dem.

⁸³ British Bank for foreign trade v Novinex, (1949) 1 ALL ER 155 (CA)

⁸⁴ Heinz Kötz European Contract Law, s. 46

⁸⁵ Heinz Kötz European Contract Law, s. 118 f.

⁸⁶ (2011) EWHC 32 (Comm)

Har parterne forstået erklæringen på samme måde, lægges denne forståelse til grund, uanset hvordan erklæringen ellers kunne læses eller fortolkes.

Hvis domstolen ikke kan finde en sådan fælles hensigt fortsættes til trin to, hvor kontraktens bestemmelser analyseres objektivt. På dette trin er det nødvendigt at se på alle relevante omstændigheder, herunder kontraktens ordlyd og formål, prækontraktuelle forhandlinger og parternes kommercielle interesser. Desuden skal ansvarsbegrænsninger fortolkes snævert og imod forfatteren heraf. Domstolen bemærker, at dette er i modsætning til engelsk ret, hvor en engelsk domstol vil se på kontraktens ordlyd for at finde parternes hensigt, og hvor prækontraktuelle forhandlinger som hovedregel ikke kan bruges som bevis herfor.

4.6.1 Uklarhed

Hvis parterne mangler at aftale væsentlige bestemmelser, og aftalen allerede er effektueret, vil domstolene anlægge en rimelighedsfortolkning, dvs. hvad vil være rimeligt at pålægge den anden part at betale for de ydelser, der er leveret, når parterne ikke på forhånd har aftalt dette.

Hvis aftalen endnu ikke er effektueret, vil domstolene formentlig afgøre, at aftalen er ugyldig, hvis domstolene ikke kan finde holdepunkter for, hvad parterne ville have aftalt, eller hvis der mangler en bestemmelse om et forhold, som den ene part anså for meget væsentligt.

I sagen BGHZ 55, 248 havde en lejer lejet et stykke jord til brug for en biograf. Lejeperioden var 16 år med mulighed for en yderligere forlængelse på vilkår, der skulle fastsættes mellem parterne, og hvis parterne ikke kunne blive enige, så på vilkår fastsat af en ekspert udpeget af handelskammeret. Domstolen fastslog, at vilkåret var for uklart, idet parterne ikke havde fastsat faktorer, som eksperten skulle give sin afgørelse på baggrund af, og som domstolene efterfølgende kunne kontrollere for rimelighed. Eksperten skulle både fastsætte lejen og den periode, den forlængede lejeaftale skulle gælde.⁸⁷

4.7 Betingelser

Ifølge PECL art. 16.101 kan en kontraktlig forpligtelse gøres betinget af en usikker fremtidig begivenhed, sådan at forpligtelsen kun bliver virksom, hvis begivenheden indtræffer (suspensiv betingelse) eller at forpligtelsen afsluttes hvis begivenheden indtræffer (resolutiv betingelse).

Hvis opfyldelsen af en betingelse forhindres af en part stridende imod god skik og rimelig handel og hvis opfyldelse af begivenheden ville have tjent til partens skade anses betingelsen for at være blevet opfyldt, jf. art. 16.102.

Hvis opfyldelsen af en betingelse er tilvejebragt stridende mod god skik og rimelig handel eller samarbejde og hvis opfyldelsen er til denne parts fordel anses betingelsen for ikke-opfyldt.

Ved opfyldelsen af en suspensiv betingelse får den relevante forpligtelse virkning medmindre parterne aftaler andet, jf. art. 16.103.

Ved opfyldelse af en resolutiv betingelse ophører den relevante forpligtelse medmindre parterne aftaler andet.

⁸⁷ Heinz Kötz European Contract Law, s. 47

4.7.1 Engelsk ret

I engelsk ret kendes hhv. condition precedent og condition subsequent.

Ved condition subsequent er aftalen bindende, men hvis betingelsen indtræder, er kontrakten enten ikke længere bindende eller den ene part er ikke længere bundet. F.eks. hvis en aftale er indgået på den betingelse, at EU konkurrencemyndigheder godkender aftalen. Sker dette ikke, er aftalen ikke bindende.

Ved condition precedent er aftalen ikke bindende før betingelsen er opfyldt. F.eks. Købers forpligtelse til at betale er underlagt følgende betingelser: a) levering af varer etc.⁸⁸

4.7.2 Tysk ret

Er en transaktion indgået under forbehold for, at en betingelse indtræder, får den juridiske transaktion virkning, når betingelsen er opfyldt, jf. BGB § 158 (1).

Hvis en retshandel er indgået under forbehold for en efterfølgende betingelse afsluttes virkningen af retshandelen, når betingelsen er opfyldt, og på det tidspunkt genoprettes den tidligere retstilstand, jf. BGB § 158 (2).

Enhver person der har en ret under forbehold for, at en betingelse indtræder, kan i det tilfælde at betingelsen opfyldes forlange erstatning fra den anden part, hvis denne i mellemtiden har skylden for at annullere eller væsentligt påvirke rettigheden, der afhænger af betingelsen, jf. BGB § 160 (1).

I det tilfælde at en retshandel er indgået under forbehold for, at en efterfølgende betingelse afslutter retshandelen, har den person til hvis fordel den tidligere retstilstand genoprettes de samme krav på de samme betingelser som ovenfor nævnt, jf. BGB § 160 (2).

Det følger af BGB § 162, at hvis opfyldelsen af en betingelse forhindres af en part i ond tro, anses betingelsen for opfyldt, hvis opfyldelsen vil være til ulempe for parten i ond tro.

Hvis betingelsen er opfyldt af en part i ond anses betingelsen for ikke at være opfyldt tro hvis opfyldelsen vil være til fordel for parten i ond tro.

4.8 Standard betingelser

Det følger af art. 2.104, at en parts betingelser, der ikke er forhandlet individuelt, kun er bindende for den anden part, hvis parten der vil anvende betingelserne har taget rimelige skridt til at gøre den anden part bekendt med betingelserne før eller samtidig med kontrakt indgåelse. Det er ikke tilstrækkeligt til at gøre den anden part opmærksom på betingelserne, at der i aftalen er henvist til betingelserne, heller ikke selv om den anden part har underskrevet aftalen.

4.8.1 Engelsk ret

Standardvilkår trykt i aftaledokument med underskrift fra kunden er som hovedregel bindende. Er der ikke underskrift, er det afgørende, om kunden er gjort opmærksom på vilkårene ved "notice". Notice anses for givet, hvis kunden burde vide, at dokumentet indeholdt eller henviste til standardbetingelser. Notice er også givet, hvor kunden har fået et dokument, som har virkning som en kontrakt.

⁸⁸ David Fletcher, company and commercial contract drafting in English, kursusmateriale.

I en sag⁸⁹ havde en hotelgæst fået stjålet sin pels fra sit værelset ved, at en tyv havde taget nøglen i receptionen, som var uden bemanning i et vist tidsrum. I værelset var fremsat meddelelse om, at hotellet ikke var ansvarligt for tyveri af gæsternes genstande.

Da meddelelsen var opsat i værelset, og aftalen om hotelværelset blev indgået i receptionen, var ansvarsbegrænsningen ikke en del af parternes aftale.

Hvis en part får overgivet et dokument med de vilkår, som overgiveren vil indgå aftale på, og modtageren accepterer dokumentet uden indvending, er modtager bundet af indholdet i dokumentet, uanset om han har læst eller gjort sig bekendt med indholdet. Handlemåde (opfyldelse af sine forpligtelser) statuerer også accept af vilkårene. Der skal være tale om et kontraktokument, ikke f.eks. kvittering for leje af liggestole, men godt f.eks. forsikringsbetingelser.

Usædvanlig eller byrdefulde kontraktklausuler skal være særligt fremhævet (red hand rule – f.eks. ved at sætte en rød hånd ud for vilkåret eller markere med fed skrift).

Ved en fast forretningsforbindelse hvor tilbudsgiver konsekvent har henvist til sine standardvilkår, anses vilkårene for stiltiende vedtaget også for en enkelt handel, hvor henvisningen ikke er medtaget. Det gælder dog ikke, hvis parterne kun enkelte gange tidligere har indgået aftale på vilkårene.

Et tilbud fra en kunde om køb, der accepteres med henvisning til sine almindelige betingelser er uoverensstemmende accept, som kunden kan afvise. Betingelserne vil dog være vedtaget, hvis kunden uden at gøre indsigelse modtager varer eller tjenester. Standardvilkår skal være udleveret eller vist til kunden, før aftalen er indgået. Vilkårene er ikke bindende, hvis kunden først modtager dem, når han har forpligtet sig til aftalen.

Det er uklart hvad der sker, hvis begge parter henviser til sine betingelser samtidigt. Det vil formentlig ikke medføre, at aftale er indgået, med mindre begge parter opfylder kontrakten, inden der opstår uenighed om vilkårene (se mere om "battle of the forms" i afsnit 3.8.1).⁹⁰

Uklar tekst fortolkes imod stipulanten. F.eks. fortolkes ansvarsbegrænsninger indskrænkende. Hvis en part f.eks. har skrevet i standardbetingelserne, at han ikke er ansvarlig for ildebrand fortolkes det som, at begrænsning kun gælder hændelig ildsvåde og ikke en brand, som han eller hans folk er ansvarlig for.

I et tilfælde⁹¹ var der en aftalebestemmelse om, at "goods delivered shall be deemed in conformity with the contract" med mindre der reklameres inden 1 uge. Da reklamation 1 ½ år efter handlede om manglende levering af 12 ruller bomuld var reklamationsretten ikke forpasset, da begrænsningen kun gjaldt *leverede varer*, og der var således mulighed for at reklamere over varer, der ikke var leveret.

Engelske dommere er restriktive i fortolkningen af ansvarsbegrænsninger f.eks. hvis sælger leverer en anden vare eller en vare med helt andre egenskaber end aftalt, så frigør det ikke sælger fra sin forpligtelse, selv om han har fraskrevet sig ansvar for, at varen kan bruges efter sit formål.

⁸⁹ Olley v Marlborough Court Hotel (1949) 1 KB 532

⁹⁰ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 74 ff.

⁹¹ Beck & co. v Szymanowski & co. (1924) AC 43

Dog vil helt klare ansvarsfraskrivelse blive anerkendt. Disse kan dog være i strid med unfair contract terms act, men denne gælder ikke for internationale kontrakter (se mere om unfair contract terms act under afsnit 6.7.1). Domstolene har fortolket ansvarsfraskrivelse indskrænkende, fordi de ikke har været helt klare, men problemet er, at efter hver sag forbedres ansvarsfraskrivelse klarhed, og dermed kan domstolene ikke længere se bort fra ansvarsfraskrivelse men må afgøre sager i overensstemmelse hermed.

Da engelsk ret ikke har en generel good faith forpligtelse kan domstolene ikke afgøre sagerne efter billighed eller redelig forretningsskik.⁹²

4.8.2 Tysk ret

Den tyske BGB §§ 305 ff fastsætter regler for "Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag" og gælder vilkår, der er udarbejdet til brug for flere end to kontrakter med samme format, og som ikke er individuelt forhandlet. Reglerne gælder uanset, hvordan bestemmelserne fremtræder, dvs. uanset om de er samlet i en separat afdeling eller er en del af hele kontrakten, så længe vilkårene ikke er individuelt forhandlet.

Sådanne vilkår er kun vedtaget mellem parterne, hvis den anden part udtrykkeligt er henvist til betingelserne, eller hvis dette er umuligt, at der klart og tydeligt er henvist til betingelserne det sted, hvor aftalen indgås. Herudover skal den anden part have haft rimelig mulighed for at undersøge betingelserne. Endelig skal den anden part acceptere, at standardbetingelserne er gældende for aftalen.

Overraskende klausuler anses for ikke vedtaget, jf. BGB § 305c. Det gælder f.eks. vilkår der begrænser den ikke-misligholdende parts ret til at ophæve kontrakten i tilfælde, hvor den misligholdende part ikke opfylder kontrakten overhovedet. Det gælder desuden vilkår, der begrænser en sælgers ansvar ved nye produkters mangler, og begrænsning af ansvar ved groft uagtsomt kontraktbrud. Her gælder i stedet lovens udfyldende regler.

Ifølge BGB § 307 er standardbetingelser ikke gyldige, hvis de imod god skik urimeligt forfordeler den ene part. En urimelig forfordeling kan også ske, hvis bestemmelserne ikke er klare og forståelige. En urimelig forfordeling af en part anses for at være sket, hvis en bestemmelse væsentligt afviger fra, hvad der gælder ifølge deklatoriske regler, eller hvis essentielle rettigheder og pligter begrænses på en måde, så opnåelse af formålet med aftalen risikeres at forspildes.⁹³

4.8.3 "Suspekte" vilkår

Ifølge BGB § 308 er følgende bestemmelser i standardbetingelser ugyldige med mindre vilkåret i det konkrete tilfælde er rimeligt ("suspekte vilkår"):

Bestemmelser om, at en part har urimelig lang tid til at acceptere eller afslå et tilbud eller til at levere sin ydelse, eller bestemmelser med ikke tilstrækkeligt præciseret periode til at acceptere eller afslå et tilbud eller til at levere sin ydelse.

Bestemmelser der imod lovgivningsmæssige bestemmelser giver en part urimelig lang eller ikke tilstrækkeligt præciseret periode til at levere sin ydelse.

⁹² Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 126 ff.

⁹³ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 66 f.

Mulighed for at en part har ret til at stoppe med at levere sin ydelse uden objektiv rimelig grund. Det gælder dog ikke i løbende kontrakter.

Mulighed for at ændre eller afvige fra den aftalte ydelse, med mindre afvigelsen eller ændringen med rimelighed kan forventes af den anden part, når brugeren af standardvilkårenes interesser tages i betragtning.

Bestemmelse om at en erklæring fra den anden part skal anses for givet, når den anden part udfører eller undlader at udføre en bestemt handling, med mindre den anden part gives en rimelig tid til at give en faktisk erklæring, og at brugeren af standardvilkårene gør den anden part tydeligt opmærksom på virkningen af, at den anden part udfører eller ikke udfører handlingen ved begyndelsen af udførelsen hhv. undladelsen.

Bestemmelse om at en erklæring af særlig vigtig betydning for den anden part skal anses for modtaget hos den anden part.

Bestemmelser for at undgå at den anden part ophæver eller afslutter aftalen ved at forlange urimeligt højt vederlag for en ting eller udført service eller urimelig høj tilbagebetaling af omkostninger.

Bestemmelse om at brugeren af standardvilkårene ikke har pligt til at levere sin ydelse i tilfælde af, at parten ikke har mulighed for at udføre sine ydelser, med mindre brugeren informerer den anden part uden ugrundet ophold om situationen og kompenserer den anden part uden ugrundet ophold.

4.8.4 Bestemmelser der altid er ugyldige

Herudover er følgende bestemmelser altid ugyldige, jf. BGB § 309:

Prisforhøjelser for varer eller tjenesteydelser der leveres indenfor fire måneder fra aftaleindgåelse. Det gælder dog ikke løbende aftaler.

Nægtelse af den anden parts ret til at nægte at levere en ydelse indtil brugeren af standardvilkårene har leveret sin ydelse, med mindre den anden part har forpligtet sig til at levere forud.

En tilbageholdsret som den anden part har ifølge samme retsforhold nægtes eller begrænses eller gøres betinget af, at brugeren af standardvilkårene accepterer, at denne har begået fejl.

Bestemmelse der fratager den anden part mulighed for at modregne med krav, der ikke er omtvistet eller som er endeligt afgjort uden yderligere mulighed for anke.

Bestemmelser som fritager brugeren fra at give den anden part en lovmæssig advarselskrivelse eller fritager brugeren fra at give den anden part en frist for at levere eller udbedre.

Bestemmelse om at et engangsbeløb skal betales til brugeren for skade eller kompensation for nedgang i værdien, hvis engangsbeløbet i konkrete sager overstiger den skade, der forventes under normale omstændigheder eller det normale fald i værdi eller den anden part nægtes at kunne bevise, at skaden eller faldet i værdi enten ikke er sket eller er væsentligt lavere end engangsbeløbet.

Bestemmelse om betaling af bod til brugeren i tilfælde af, at brugeren ikke accepterer levering eller levering accepteres for sent, bod ved betalingsmisligholdelse eller bod hvis den anden part afslutter aftalen.

Enhver undtagelse eller begrænsning af ansvar for skade på liv, legeme eller sundhed pga. uagtsomhed eller forsætlig eller uagtsom handling fra en repræsentant for eller underleverandør til brugeren. Begrænsning af ansvar for anden skade som følge af groft uagtsomhed af brugeren eller en repræsentant for eller underleverandør til brugeren.

Bestemmelse om at den anden part ikke har ret til at afslutte kontrakten, når der er sket en misligholdelse, som brugeren bærer ansvaret for, der ikke består i en defekt vare eller tjenesteydelse.

Bestemmelse om at løbende kontrakter om almindelig levering af varer eller tjenesteydelser er bindende i mere end 2 år, vilkår om at aftalen stiltiende forlænges med bindende virkning for mere end 1 år, et opsigelsesvarsel længere end 3 måneder forud for udløb af bindingsperioden hhv. den stiltiende forlængede periode.

Bestemmelse om at en tredjepart i forbindelse med købsaftale, låne- eller service aftaler eller produktionsaftaler kan indtræde i brugerens rettigheder og forpligtelser med mindre tredjeparten er identificeret ved navn eller den anden part har ret til at afslutte kontrakten.

Bestemmelse om at en fuldmægtig overfor den anden part i aftalen har ansvar for principalen uden en særskilt og separat erklæring herom eller i tilfælde af, at fuldmægtigen handler udenfor fuldmagt pålægger fuldmægtigen et større ansvar end hvad der følger af lovgivningen.

En bestemmelse der flytter bevisbyrden over på den anden part herunder bevisbyrde for forhold, der ligger indenfor brugerens ansvarsområde eller flytning af bevisbyrde ved, at den anden part bekræfter visse faktuelle forhold.

Bestemmelse om at meddelelser og erklæringer der skal gives til brugeren eller en tredjepart skal ske i mere stringent form end skriftligt eller er bundet til særlige krav om kvittering.

4.9 Pris eller andre vilkår er ikke fastsat

Det fremgår af PECL art. 6.104, at hvis kontrakten ikke fastslår en fast pris eller en metode hvorpå prisen fastsættes, skal parterne anses for at have aftalt, at der skal betales en rimelig pris.

Hvis prisen eller andre kontraktvilkår skal bestemmes af den ene part alene, og denne parts bestemmelser er groft urimelig, skal prisen eller vilkåret erstattes af en rimelig pris eller rimeligt vilkår uanset bestemmelser om det modsatte, jf. art. 6.105.

Det følger af art. 6.106, at hvis en pris eller et vilkår skal bestemmes af en tredjepart og denne tredjepart ikke kan eller vil anses parterne for at have bestemt, at retten kan vælge en person til at bestemme prisen eller vilkåret. Hvis en tredjeparts pris eller vilkår er groft urimeligt skal det erstattes af en rimelig pris eller vilkår.

Hvis prisen eller et andet kontraktvilkår skal bestemmes af en reference faktor, og denne faktor ikke eksisterer eller er ophørt med at eksistere eller ikke længere er tilgængelig, skal den nærmeste tilsvarende faktor anvendes, jf. art. 6.107.

Hvis aftalen ikke specificerer kvaliteten skal kvaliteten være mindst gennemsnitlig, jf. art. 6.108.

En aftale med uendeligt forløb kan opsiges af hver part med et rimeligt varsel, jf. art. 6.109.

Ifølge art. 6.110 kan en tredjepart kræve en kontraktuel forpligtelse udført, når det udtrykkeligt fremgår af aftalen mellem løftegiver og løftemodtager, eller når sådan en aftale kan udledes af formålet med kontrakten eller omstændighederne i øvrigt. Tredjeparten behøver ikke at være identificeret ved aftaleindgåelsen.

4.9.1 Engelsk ret

Det følger af den engelske supply of goods and services act, at hvis der ikke er bestemt en pris, så betales hvad der er rimeligt, jf. § 15.

Aftalen bortfalder, hvis prisen senere skulle fastsættes ved fælles overenskomst og en sådan overenskomst ikke nås. Har køber ikke nægtet at modtage varen, må han dog betale, hvad der er rimeligt efter en konkret vurdering.

Aftalen falder ligeledes bort, hvis tredjemand ikke kan eller vil fastsætte prisen. Hvis det skyldes den ene af parternes culpøse handling, at tredjemand er blevet forhindret i at fastsætte prisen, kan den anden part kræve erstatning.

I en aftale med en professionel erhvervsdrivende antages det, at servicen leveres med rimelig omhu og dygtighed. Desuden antages leverede varer at være af en tilfredsstillende kvalitet. En tilfredsstillende kvalitet vurderes ud fra, hvad en rimelig person anser for tilfredsstillende henset til beskrivelsen af varen, prisen (hvis relevant) og omstændighederne i øvrigt.

4.9.2 Tysk ret

Ifølge BGB § 315 antages den part, der ifølge aftalen skal præcisere opfyldelsen at gøre dette rimeligt overfor den anden part. Hvis præciseringen ikke er ligelig kan retten afgøre, hvordan opfyldelse skal ske.

4.10 Opfyldelsessted og -tid

Det følger af PECL art. 7.101, at hvis opfyldelsesstedet ikke er bestemt i eller kan udledes af kontrakten skal opfyldelsen ske på kreditors forretningssted på aftaleindgåelsestidspunktet i det tilfælde der er tale om en betalingsforpligtelse, og på debtors forretningssted på aftaleindgåelsestidspunktet for så vidt angår andre forpligtelser end betalingsforpligtelsen. Har en part mere end et forretningssted anvendes det forretningssted, der efter omstændighederne på aftaleindgåelsestidspunktet har mest tilknytning til kontrakten. Har en part intet forretningssted anvendes partens bopæl.

En part skal opfylde sin forpligtelse på det tidspunkt, det er bestemt i kontrakten. Er et tidsrum bestemt, skal opfyldelsen ske indenfor dette tidsrum, med mindre den anden part har ret til at bestemme, hvornår indenfor tidsrummet opfyldelsen skulle ske. I andre tilfælde skal opfyldelse ske indenfor rimelig tid efter aftaleindgåelsen, jf. art. 7.102.

En part kan nægte at modtage en ydelse fra den anden part, når denne leverer for tidligt med mindre modtagelsen af den tidlige ydelse ikke urimeligt ville skade den anden parts interesser. En parts modtagelse af en for tidlig leveret ydelse påvirker ikke tiden for denne parts levering af sin egen ydelse, jf. art. 7.103.

Hvis parternes ydelser kan leveres samtidigt, skal parterne levere ydelserne samtidig, med mindre omstændighederne indikerer andet, jf. 7.104.

Hvis en forpligtelse kan opfyldes ved flere alternativer vælger den part der skal udføre, med mindre andet fremgår af omstændighederne. Hvis den part der skal vælge ikke vælger indenfor kontraktens tidsfrist, overgår retten til at vælge til den anden part, hvis forsinkelsen med at vælge

er væsentlig. Hvis forsinkelsen ikke er væsentlig, må den anden part give en yderligere frist af en rimelig længde. Hvis valget ikke er sket inden tillægsfristen overgår retten til at vælge til den anden part jf. art. 7.105.

Undtaget hvor en kontrakt kræver personlig opfyldelse kan en kreditor ikke nægte at modtage en ydelse fra en tredjeperson, hvis tredjepersonen optræder med samtykke fra debitor eller tredjeparten har en legitim interesse i opfyldelse af kontrakten, og debitor har ikke opfyldt eller det er klart, at debitor ikke vil opfylde til tiden. Tredjepartens opfyldelse frigør debitor, jf. art. 7.106.

Betaling kan ske i enhver form, der anvendes i den normale forretningsgang. En kreditor der ifølge kontrakten eller frivilligt accepterer en check eller anden betalingsordre antages at gøre dette på betingelse af, at betalingsordren vil blive gennemført. Kreditor må ikke gennemtvinge den oprindelige betalingsforpligtelse, medmindre betalingsordren ikke gennemføres, jf. art. 7.107.

Parterne kan aftale, at betaling skal ske i en bestemt valuta. Hvis en sådan aftale ikke er indgået, kan betaling af et beløb oplyst i en valuta, der er anderledes end valutaen på betalingsstedet, betales i valutaen på betalingsstedet omregnet efter den valutakurs, der gælder enten på det tidspunkt, hvor betaling skal ske eller på det tidspunkt, hvor betalingen rent faktisk sker, jf. art. 7.108.

4.10.1 Engelsk ret

Hvis opfyldelsesstedet ikke er bestemt i eller kan udledes af kontrakten skal opfyldelsen ske på kreditors forretningssted på aftaleindgåelsestidspunktet i det tilfælde, der er tale om en betalingsforpligtelse, og på debitors forretningssted på aftaleindgåelsestidspunktet for så vidt angår andre forpligtelser end betalingsforpligtelsen.

Er der ikke bestemt et tidspunkt for opfyldelse skal opfyldelsen ske indenfor rimelig tid efter aftaleindgåelsen.⁹⁴

4.10.2 Tysk ret

Hvis der ikke er fastsat opfyldelsestidspunkt, og dette ikke kan udledes af kontrakten, kan kreditor kræve opfyldelse straks, og skyldner kan levere ydelsen straks.

Ifølge BGB § 315 antages den part, der ifølge aftalen skal præcisere opfyldelsen, at gøre dette rimeligt overfor den anden part. Hvis præciseringen ikke er ligelig kan retten afgøre, hvordan opfyldelse skal ske.

Hvis modydelsen for en ydelse ikke er bestemt antages det, at den part der skal modtage modydelsen skal specificere modydelsen.

Er der ikke bestemt noget om opfyldelsesstedet og kan dette ikke fremfindes af omstændighederne skal opfyldelse ifølge BGB § 269 ske på debitors forretningssted på aftaleindgåelsestidspunktet. Penge skal betales til kreditor på hans bopæl eller forretningssted, jf. BGB § 270.

4.11 Opsamling – fortolkning af aftalen

Ifølge PECL skal parterne handle i overensstemmelse med good faith – dvs. en rimelighedsbedømmelse.

⁹⁴ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter

I engelsk ret er der ikke tilsvarende krav om good faith. I stedet er der misrepresentation act, som kan give erstatning ved urigtige oplysninger, og der kan konkret gives forbud mod at ændre adfærd når en tidligere adfærd har skabt en berettiget forventning hos modparten.

Der er en forpligtelse til at opdatere evt. givne oplysninger (men ikke pligt til at give oplysninger af sig selv), ligesom en part ikke må misbruge kontrakten til at hæve ved trivielle overtrædelser.

I tysk ret findes treu und glauben, der medfører at parterne skal udvise loyalitet overfor hinanden.

Ifølge PECL skal aftalen fortolkes efter parternes hensigt mere end den bogstavelige forstand af kontrakten.

I engelsk ret lægges meget vægt på det skrevne ord, og der ses også på hvad der måtte være implied by law eller implied by facts, dvs. der kan være lovmæssige forpligtelser, der er underforstået og praktiske ting, der er underforstået, f.eks. at varen, der sælges, ikke er stjålet.

Hovedreglen er, at en skriftlig aftale binder og mundtlige ændringer kan som hovedregel ikke lægges til grund, med mindre en part kan bevise, at et punkt var særlig vigtigt, så kan domstolene lægge mundtlig aftale til grund, f.eks. hvis parten eller ikke ville have indgået aftalen.

Der lægges vægt på parternes vilje ud fra objektive betragtninger.

Ved prækontraktuelle udtalelser kan der lægges vægt på en "følgeaftale" hvis en part ikke ville have indgået den formelle aftale hvis det ikke havde været for den ikke-nedskrevne følgeaftale, som i Esso sagen.

Hvis der er uklarheder er der ikke indgået en aftale, med mindre en part allerede har leveret, så har domstolene bestemt, at den anden part skal betale en rimelig pris.

I tysk ret fortolkes ud fra viljes erklæringer – de enkelte parter subjektive viljer frem for bogstavelig tolkning. Hvis der er uklarhed, så er ingen aftale indgået, med mindre en part allerede har leveret, så skal modparten betale en rimelig pris.

Ifølge PECL er standardbetingelser bindende, hvis der er taget rimelige skridt for at gøre modparten opmærksom herpå før eller samtidig med kontrakt indgåelse.

I engelsk ret er standardbetingelser bindende, når de er givet på forhånd er bindende. Vilklårene fortolkes imod forfatteren og evt. særligt bebyrdende vilkår skal fremhæves.

I tysk ret er standardbetingelser bindende, hvis de er oplyst eller henvist til. Overraskende klausuler anses ikke for vedtaget. BGB indeholder regler om visse vilkår, der er "suspekter" i standardbetingelser og visse vilkår, der altid er ugyldige.

Den største forskel er således, at der ikke i engelsk ret er krav om good faith og at der i engelsk ret tolkes efter aftalens bogstav og en objektiv mening – hvad ville parter i branchen have aftalt – mens det i tysk ret er mere parternes subjektive mening end aftalens bogstav, der lægges til grund ved aftalefortolkning. Det vil dog formentlig ofte være vanskeligt at udlede, hvad hver part har subjektivt tænkt, især hvis parterne er uenige. Derfor vil tyske dommere formentlig ofte lægge vægt på god skik og hvad branche og sædvane normalt bestemmer om forholdet.

5 Gyldighed (vildfarelser, trusler, hardship, force majeure og forældelse)

5.1 Kontrakter stridende mod fundamentale principper

Ifølge PECL art. 15.101 kan en kontrakt ikke få virkning i det omfang den strider imod principper, der anerkendes af lovene i medlemsstaterne i den Europæiske Union.

Hvor kontrakten overtræder en ufravigelig lovregel, jf. art. 1.103 er virkningen af overtrædelsen den virkning, om nogen, der gælder ifølge den pågældende ufravigelige lovregel, jf. art. 15.102 (1).

(2) Hvor den ufravigelige lovregel ikke foreskriver nogen virkning af overtrædelse kan aftalen erklæres som havende fuld virkning, nogen virkning, ingen virkning eller underlagt ændringer.

(3) En afgørelse under (2) skal være en passende og proportional reaktion på overtrædelsen, der tager hensyn til alle omstændigheder herunder a) formålet med den regel der overtrædes, b) kategorien af personer, der er beskyttet af reglen, c) enhver sanktion der kan pålægges under lovreglen, d) væsentligheden af overtrædelsen, e) om overtrædelsen var forsætlig, f) hvor tæt sammenhæng der var mellem overtrædelsen og kontrakten.

Hvis kun en del af kontrakten dømmes uden virkning, jf. art. 15.101 eller 15.102 forbliver den resterende aftale i kraft medmindre det er urimeligt at opretholde kontrakten, når henses til alle sagens omstændigheder, jf. art. 15.103.

Art. 15.104 og 15.105 gælder med de nødvendige tilpasninger for aftale, der har delvis virkning.

Hvor en aftale er dømt uden virkning jf. art. 15.101 eller 15.102 kan hver part kræve kompensation for enhver ydelse parten har leveret dog anses kompensation samtidig for modtaget i form af hvad der er blevet modtaget under kontrakten, hvor dette er passende, jf. art. 15.104 (1).

Når det overvejes om der skal gives kompensation under (1) og hvilke samtidige kompensationer, hvis nogen, der er passende skal der tages hensyn til de faktorer der henvises til i art. 15.201 (3).

En part i en kontrakt, der erklæres uvirksom i henhold til art. 15.101 og 15.102 kan få erstatning fra den anden part, så parten stilles så tæt som muligt som om aftalen ikke var indgået, forudsat at den anden part kendte til eller burde kende til årsagen til, at aftalen blev erklæret uvirksom, jf. 15.105.

Når det vurderes om der skal tildeles erstatning skal der tages hensyn til de faktorer, der er nævnt i art. 15.102 (3).

En tildelt erstatning kan nægtes når den første part kendte til eller burde have kendt til årsagen til, at aftalen blev kendt uvirksom.

5.1.1 Engelsk ret

I engelsk ret er en aftale indgået for at foretage en kriminell handling ugyldig. F.eks. hvor to parter indgår aftale om at sælge ulovlige stoffer. Desuden kan aftaler, der strider mod den offentlige orden kendes ugyldig.

I sagen Napier v National Business Agency Ltd⁹⁵ havde arbejdsgiver og arbejdstager aftalt, at arbejdstageren skulle have 13 pund om ugen i løn og 6 pund om ugen i omkostninger. Begge parter var klar over, at omkostningerne aldrig ville blive så høje og aftalen var indgået for at arbejdstageren kunne spare indkomstskat. Aftalen var ugyldig.⁹⁶

Hvis det er muligt at skille aftalen ud i en lovlige og en ulovlig del, kan den lovlige del af aftalen opretholdes. Der tages en "blue pencil test" – kan man fjerne de ulovlige dele med en blå kuglepen uden at domstolene skal skrive noget andet i stedet for og uden at aftalen mister sin mening. I sagen Goldsoll v Goldman (1976) Ch 158 (1976) 1 All ER 497 havde parterne aftalt, at den ene part ikke måtte sælge ægte eller simili smykker i en lang række lande. Dette var i den konkrete sag for vidtgående (ulovlig konkurrencebegrænsning), og retten bestemte at "ægte og" samt alle lande udover England" skulle slettes fra aftalen. Udover blue pencil testen skal aftalens natur være intakt efter sletningen.⁹⁷

5.1.2 Tysk ret

Retshandler, der strider imod den offentlige orden er ugyldige. Navnlig er en retshandel ugyldig, hvor en person ved at udnytte en knibe, uerfarenhed, manglende sund fornuft eller betydelige svaghed hos en anden person, der til gengæld for en ydelse, giver løfter eller fordele, der står i klart misforhold til ydelsen, jf. BGB § 138.

Ifølge BGB § 134 er en retshandel, der strider imod et lovbestemt forbud ugyldig, medmindre lovbestemmelsen fører til en anden konklusion.

Hvis en del af en retshandel er ugyldig er hele retshandlen ugyldig, medmindre det må formodes, at retshandlen ville være indgået selv uden den ugyldige part, jf. BGB § 139.

Hvis en ugyldig retshandel opfylder kravene i en anden retshandel anses den anden retshandel for indgået, hvis det må formodes, at det var parternes hensigt, at den anden transaktion skulle være gyldig, selv om der havde været kendskab til ugyldigheden, jf. BGB § 140.

5.2 Fejl og vildfarelser

Det følger af PECL art. 4.102, at en aftale ikke er ugyldig alene som følge af, at udførelsen af en forpligtelse på tidspunktet for aftaleindgåelsen synes umulig eller som følge af, at en part ikke var berettiget til at disponere over den ting, som kontrakten omhandler.

En part kan komme ud af en kontrakt pga. en fejltagelse/ vildfarelse om lovregler gældende på aftaleindgåelsestidspunktet, hvis vildfarelsen skyldes information fra den anden part, eller den anden part kendte til vildfarelsen, eller burde kende til den, og det var imod rimelighed og god tro at lade den anden part forblive i vildfarelsen, eller hvis den anden part var i samme vildfarelse og vidste eller burde have vidst, at parten ikke ville indgå aftalen eller ville have indgået aftalen på væsentligt ændrede vilkår, hvis parten havde kendt den rette sammenhæng. En part kan dog ikke undgå en kontrakt, hvis vildfarelsen var utilgivelig eller risikoen for vildfarelsen var antaget af parten, eller at parten under omstændighederne skulle bære risikoen for vildfarelsen, jf. art. 4.103.

En unøjagtighed i en erklæring behandles som en fejl af den person, der udtrykte eller sendte unøjagtigheden, og situationen behandles som en vildfarelse, jf. art. 4.104.

⁹⁵ (1951) 2 All ER 264

⁹⁶ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 87.

⁹⁷ Richard Stone, the modern law of contract, s. 379.

Hvis en part har ret til at komme ud af kontrakten som følge af en vildfarelse, men den anden part tilkendegiver at være villig til at udføre eller rent faktisk udfører handlinger i overensstemmelse med den måde, parten i vildfarelse forstod aftalen på, skal kontrakten behandles, som om den var indgået, som parten i vildfarelse forstod kontrakten. Den anden part skal indikere sin villighed til at udøve handlinger i overensstemmelse med vildfarelsen straks efter at have fået information om, hvilken måde den part der har ret til at komme ud af kontrakten forstod kontrakten på, og før denne part giver meddelelse om, at han ønsker at komme ud af kontrakten.

Efter at en part har indikeret sin villighed til at udøve handlinger i overensstemmelse med vildfarelsen, har den anden part ikke længere mulighed for at udtræde af kontrakten og tidligere meddelelser om at udtræde af aftalen er ikke gældende, jf. art. 4.105.

Hvis begge parter er i samme vildfarelse, kan retten efter anbringende fra en af parterne justere aftalen til det, som rimelig vis måtte være aftalt, hvis vildfarelsen ikke var opstået.

En part der indgår en kontrakt på baggrund af falske informationer givet af den anden part kan få tilkendt erstatning, jf. art. 4.106.

En part kan træde tilbage fra en aftale, der er indgået som følge af den anden parts svigagtige fremstilling enten i ord eller adfærd eller svigagtig tilbageholdelse af informationer, som med rimelighed og i god tro burde være givet. En parts fremstilling er svigagtig, hvis den har til hensigt at bedrage. Når det vurderes, om en part svigagtigt har tilbageholdt information i strid med rimelighed og god tro ses der på omstændighederne, herunder om parten have speciel ekspertise, omkostningerne ved at tilvejebringe oplysningerne, hvorvidt den anden part rimelig vis selv kunne skaffe oplysningerne og den åbenlyse vigtighed af informationen for den anden part, jf. art. 4.107.

5.2.1 Engelsk ret

Hvis parterne tænker på hver sin ting, når aftalen indgås, er aftalen ikke gyldig. I sagen *Raffles v Wichelhaus*⁹⁸ havde parterne aftalt, at et parti bomuld blev købt og leveret med skibet "Peerless," der sejlede fra Bombay. Tilfældigvis var der to skibe, der sejlede fra Bombay med navnet "Peerless." Det ene skib sejlede i oktober og det andet i december. Køber og sælger havde ment hver sit skib. Retten lagde til grund, at der ikke var indgået en aftale, da parterne ikke var enige om det væsentlige i kontrakten.

Har den ene part taget fejl om et forhold, men dette ikke skyldes den anden part, er aftalen bindende. I sagen *Smith v Hughes*⁹⁹ havde parterne indgået aftale om levering af havre. Køberen troede, at der var tale om gammel havre, mens havren der blev leveret var ny. Prisen på ny havre var høj som følge af knap produktion denne sæson. Retten fandt, at aftalen var bindende, da sælger ikke var bekendt med købers vildfarelse om køb af gammel havre.

I sagen *Scriven Brothers and Company v Hindley and Company*¹⁰⁰ var der en auktion, hvor en budgiver troede, der var tale om en anden vare og bød en pris, der var væsentlig højere end markedsprisen for den vare, der rent faktisk blev solgt. Retten fandt, at aftalen ikke var bindende, da auktionshuset var klar over, at budet blev givet pga. en misforståelse.¹⁰¹

⁹⁸ (1864) EWHC Exch J19 (1864) 2 H & C 906, 159 ER

⁹⁹ (1871) LR 6 QB 597; [1861-73] All ER Rep 632; (1871) 19 WR 1059

¹⁰⁰ (1913) 3 KB 564

¹⁰¹ Arthur Lewis Principles of contract and European commercial law, s. 89 f.

Hvis begge parter har taget fejl – f.eks. om at et maleri er et ægte Picasso, er der efter engelsk ret ikke adgang til at hæve aftalen, med mindre sælger har givet bevidst urigtige oplysninger, og køberens opfattelse af, at der var tale om et ægte maleri alene var baseret på sælgers oplysninger herom. Hvis køberen ønsker at købe billedet uden at købet er kommet i stand pga. sælgerens urigtige oplysninger om maleriets ægthed er salgsaftalen gyldig. Fejltagelse om salgsgenstandens kvalitet er som hovedregel ikke tilstrækkeligt til, at aftalen kan hæves. Det samme gælder, hvis modparten er en anden end den, man troede.

Hvis man f.eks. troede man indgik aftale med A, men det var i virkeligheden B, så er aftalen som hovedregel fortsat gyldig. Det gælder dog ikke, hvis det er klart, at en part alene vil handle med en bestemt modpart og ikke ville have indgået aftalen, hvis han havde vidst, at der var tale om en anden modpart.

Er der tale om særlige kvalitetskrav hos modparten, f.eks. kreditværdighed, kan aftale ikke ophæves, hvis der er fejltagelser i denne vurdering, med mindre fejltagelsen er begrundet i urigtige oplysninger fra modparten. (Se om urigtige oplysninger – "misrepresentation" i afsnit 4.2.2).¹⁰²

5.2.2 Tysk ret

Det fremgår af BGB § 119, at hvis en person der tilkendegiver en hensigt misforstås med hensyn til indholdet af denne hensigt, eller ikke havde nogen intentioner om, at tilkendegivelsen skulle have det indhold, kan træde tilbage fra tilkendegivelsen, hvis det må antages, at han ikke ville have givet en sådan tilkendegivelse, når hans faktuelle viden og omstændighederne ved sagen tages i betragtning. Misforståelser om en person eller en ting, der sædvanligvis anses for essentielt, anses også som en misforståelse af indholdet af tilkendegivelsen. Det følger af BGB § 120, at ukorrektheder i transmissionen af en tilkendegivelse behandles på samme vis.

Tilbagetræden fra en tilkendegivelse må ske uden ugrundet ophold efter, at tilkendegiveren får oplysning om muligheden for at træde tilbage, jf. BGB § 121. Meddelelse til en fraværende person anses for givet i rimelig tid, når meddelelsen sendes uden ugrundet ophold. Tilbagetrædelse kan ikke ske, hvis der er gået 10 år fra tilkendegivelsen blev fremsat.

5.3 Trusler mm.

Ifølge PECL art. 4.108 kan en part træde tilbage fra en aftale, som er blevet indgået pga. den anden parts trusler om handlinger, der er retsstridig i sig selv, eller handlinger som er retsstridige at anvende for at opnå aftaleindgåelse, medmindre den første part efter omstændighederne havde et rimeligt alternativ.

En part kan træde tilbage fra en aftale, hvis parten på tidspunktet for aftaleindgåelsen var afhængig af eller havde et tillidsforhold til den anden part, var i økonomiske vanskeligheder eller havde presserende behov, var ignorant, uerfaren eller manglede forhandlingsevner, og den anden part vidste dette eller burde vide dette og efter omstændighederne og aftalens formål udnyttede den første parts situation på en måde, der var groft urimeligt eller tog en overdreven fordel, jf. art. 4.109.

Hvis den part der har ret til at træde ud af aftalen anmoder om det, kan retten tilpasse kontrakten til det, parterne kunne have aftalt, hvis kravet om rimelighed og god tro havde været overholdt.

¹⁰² Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 85 f.

Retten kan tilsvarende tilpasse kontrakten på anmodning fra den part, der modtager meddelelse om, at den anden part træder tilbage fra aftalen som følge af overdrevne eller uretmæssige fordele, forudsat at parten straks giver den anden part besked herom, og før parten der har afsendt meddelelsen har handlet i tillid til meddelelsen.

En part kan træde tilbage fra et aftalevilkår, der ikke har været individuelt forhandlet og som imod god tro og rimelig handel medfører en betydelig ubalance i parternes rettigheder og pligter til ugunst for parten, når der tages hensyn til aftalens genstand, alle kontraktens øvrige vilkår og omstændighederne på aftaleindgåelsestidspunktet. Dette gælder dog ikke for et vilkår, der definerer kontraktens hovedformål, forudsat at vilkåret er formuleret i et tydeligt og forståeligt sprog. Det gælder ligeledes ikke for tilstrækkeligheden af værdien af den ene parts pligter i forhold til værdien af den anden parts pligter, jf. art. 4.110.

Hvis en tredjemand, for hvis handlinger en part er ansvarlig eller som med en parts samtykke er involveret i at udarbejde en kontrakt, giver grund til vildfarelser ved at give information eller kender til eller burde kende til en vildfarelse, giver ukorrekt information, begår svig, fremsætter trusler eller tager uretmæssige eller overdrevne fordele kan den anden part bruge retsmidler på samme betingelser, som hvis den anden part selv havde udført handlingerne, hvis den anden part kendte til eller burde kende til de relevante kendsgerninger, eller hvis parten ved modtagelse af meddelelse om tilbagetræden fra kontrakten, endnu ikke havde handlet i tillid til kontrakten, jf. art. 4.111.

Tilbagetræden fra kontrakt skal meddeles til den anden part, jf. art 4.112.

Meddelelse om at en part træder tilbage fra kontrakten skal gives indenfor rimelig tid efter, at parten kendte til eller burde have kendt til de relevante kendsgerningerne eller blev i stand til at handle frit under hensyntagen til omstændighederne. En part kan dog træde tilbage fra et vilkår indenfor rimelig tid efter, at den anden part har påberåbt sig vilkåret, jf. art. 4.113.

Hvis en part der har ret til at træde tilbage fra en kontrakt udtrykkeligt eller indirekte bekræfter, at denne ikke træder tilbage på tidspunktet, hvor parten kendte til baggrunden for muligheden for at træde tilbage, eller bliver i stand til at handle frit, er det ikke længere muligt for parten at træde tilbage fra aftalen, jf. art. 4.114.

Ved en parts tilbagetræden kan begge parter kræve tilbagelevering af, hvad der er leveret under kontrakten, forudsat at parten samtidig tilbageleverer, hvad han selv har modtaget under kontrakten. Hvis tilbagelevering ikke er mulig, skal der betales en rimelig sum for det, der er modtaget, jf. art. 4.115.

Hvis en tilbagetrædelsesgrund kun vedrører en bestemt andel af bestemmelser i aftalen, er tilbagetrædelsesmuligheden begrænset til disse bestemmelser, med mindre det er urimeligt at opretholde resten af aftalen under hensyn til alle sagens omstændigheder, jf. art. 4.116.

En part der træder tilbage fra en aftale har krav på, at den anden part stiller ham så nært som muligt som om aftalen ikke var indgået, forudsat at den anden part kendte til eller burde have kendt til vildfarelsen, svigen, truslerne eller den overdrevne eller urimelige udnyttelse af fordelene. Det samme gælder i en situation, hvor en part er blevet vildledt af informationer fra den anden part, jf. art. 4.117.

Hvis en part der havde ret til at træde tilbage fra aftalen, ikke har trådt tilbage kan parten kræve erstatning begrænset til tabet, der stammer fra vildfarelsen, svigen, truslerne eller den overdrevne eller urimelige udnyttelse af fordelene.

Reglerne om erstatning som følge af svig, trusler og overdreven eller urimelig udnyttelse af fordel eller retten til at træde tilbage fra et urimeligt vilkår, der ikke har været individuelt forhandlet kan ikke fraviges ved aftale.

Reglerne om vildfarelse og urigtig information kan fraviges ved aftale, med mindre dette vil være i strid med god skik og rimelig handel.

Det følger af 4.119, at hvis en part der har ret til erstatning som følge af vildfarelse, svig, trusler, overdreven eller urimelig udnyttelse af fordel, vildledt af informationer fra den anden part og parten efter omstændighederne også har ret til erstatning som følge af ikke-opfyldelse af kontrakten, kan parten vælge at kræve erstatning efter begge regler.

5.3.1 Engelsk ret

”Duress” består af tvang, trusler og vold for at tvinge en person til at handle mod sin vilje. Der skal være tale om ulovlige tvangsmidler, f.eks. vil det være ulovligt at true en debitor med at fortælle hans kone om utroskab for at få debitoren til at betale sin gæld, mens det vil være lovligt at true med en retssag, hvis gælden ikke bliver betalt til tiden.

Engelske domstole har desuden anvendt reglen til at regulere aftaler, hvor en part har misbrugt den anden parts situation til at fordreje balancen i aftalen. I sagen *B & S contracts and design v Victor Green publications*¹⁰³ havde en håndværker indgået aftale med en modpart om at lave en stand i forbindelse med præsentation af varer på en messe. Kort før åbningen af messen krævede håndværkeren større betaling for arbejdet, idet håndværkerne ellers ville strejke. Den anden part betalte den ekstra sum, fordi han skulle bruge standen, men anlagde efterfølgende sag. Domstolen fastslog, at den anden part alene havde betalt den ekstra sum som følge af modpartens økonomiske trusler og var derfor berettiget til at modtage beløbet tilbage.¹⁰⁴

5.3.2 Tysk ret

Ifølge BGB kan en person, der har givet en viljeserklæring som følge af svig, falsk eller ulovlig tvang træde tilbage fra viljeserklæringen, jf. § 123.

Er det en tredjeperson, der har udøvet svig eller falsk kan en viljeserklæring overfor en anden trækkes tilbage, hvis denne anden kendte til eller burde kende til svigen. Hvis en anden person end den overfor hvem erklæringen er givet, får en rettighed i erklæringen, kan erklæringen trækkes tilbage, hvis denne anden person kendte til eller burde kende til svigen.

Tilbagetrækning skal ske indenfor 1 år fra svigen opdages eller fra tvangen stopper, jf. § 124.

5.4 Hard ship

Ifølge PECL art. 6.11 er en part forpligtet til at opfylde sine forpligtelser, selv om opfyldelsen er blevet byrdefuld, hvad enten det skyldes, at omkostningerne ved at opfylde er steget eller fordi værdien af en modtagen ydelse er faldet.

¹⁰³ (1984) IGR 419

¹⁰⁴ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 87 f.

Hvis opfyldelsen af en kontrakt imidlertid er blevet væsentligt byrdefuldt pga. ændringer i omstændighederne, er parterne forpligtet til at indgå forhandlinger for at tilpasse eller hæve aftalen, forudsat at omstændighederne ændrede sig efter aftaleindgåelse, at ændringen ikke var en ændring som man rimelig vis kunne have forudset ved aftaleindgåelsen, og at risikoen for den omstændighed ikke er en, som den berørte part ifølge kontrakten skulle bære. Hvis parterne ikke opnår en aftale indenfor rimelig tid, kan retten hæve kontrakten på en dato og med vilkår bestemt af retten eller tilpasse kontrakten og fordele gevinst og tab som følge af omstændighederne mellem parterne på en rimelig og balanceret måde. I begge tilfælde kan retten tildele erstatning som en part har lidt som følge af, at den anden part nægter at forhandle eller har brudt forhandlingerne i strid med god skik og rimelig handel.

5.4.1 Engelsk ret

Hardship kendes ikke i engelsk lov og såfremt man ønsker en sådan bestemmelse skal gælde for aftalen, skal dette således indføres i kontrakten.

Oftentimes parterne, at en aftale skal genforhandles, hvis der sker uforudsete forandringer, der væsentligt ændrer balancen i aftalen. De engelske domstole lægger imidlertid meget stor vægt på kontraktens formulering, og hard ship skal derfor også være klart og tydeligt defineret, idet bestemmelsen kan risikere at blive tilsidesat, hvis domstolen finder, at formuleringen er for utydelig. En aftale om at lave en aftale er som hovedregel ugyldig pga. uklarhed. En hard ship klausul, der pålægger parterne at genforhandle er derfor kun en opfordring til parterne, for domstolene vil ikke sætte en sådan bestemmelse i kraft. Domstolene tillader dog en vis fleksibilitet i aftalerne. Det gælder f.eks. hvor priserne svinger meget og parterne derfor skal aftale prisen fra gang til gang eller hvor parterne har lagt en bestemt praksis eller bestemte kriterier til grund for, hvordan fremtidige problemer skal løses.¹⁰⁵

5.4.2 Tysk ret

Det følger af BGB § 313, at hvis omstændighederne som en aftale er baseret på har ændret sig væsentligt, siden aftalen blev indgået, og hvis parterne ikke ville have indgået aftalen eller ville have indgået aftalen med et anderledes indhold, hvis de havde forudset ændringerne, så kan der kræves en tilpasning af aftalen under hensyntagen til sagens omstændigheder og fordeling af risiko, som den ene af parterne rimelig vis ikke kan forventes at skulle bære under en uændret kontrakt.

5.5 Force majeure

Ifølge PECL art. 8.108 er en parts manglende opfyldelse undskyldt, hvis parten beviser, at den manglende opfyldelse skyldes en hindring udenfor sin kontrol, og at parten ikke med rimelighed kunne forventes at have taget hindringen i betragtning ved aftalens indgåelse eller kunne have undgået eller overvundet hindringen og dens konsekvenser.

Hvis hindringen kun er midlertidig, varer undskyldningen kun i den periode, hvor hindringen består. Hvis forsinkelsen bliver til en væsentlig manglende opfyldelse kan kreditor behandle den som sådan.

Den ikke-opfyldende part skal sikre, at meddelelse om hindringen og dens effekt på muligheden for opfyldelse gives til den anden part indenfor rimelig tid efter, at den ikke-opfyldende part kendte til eller burde kende til hindringen. Den anden part har krav på erstatning for tab han måtte lide som følge af, at han ikke modtager en sådan meddelelse.

¹⁰⁵ Adrian A Montague Hard Ship Clauses International Business Lawyer, March 1985

5.5.1 Engelsk ret

I engelsk ret kendes "frustrations" forstået som en situation, hvor det ikke ville være rimeligt at opretholde parternes oprindelige kontrakt. Dette er dog en undtagelse til hovedreglen om, at parterne er forpligtet af aftalen. Hvis en kontrakt er "frustrated" ophører kontrakten uden at en misligholdende part ifalder ansvar.

I sagen *Bailey v De Crespigny*¹⁰⁶ havde en udlejer af jord lovet, at han ikke ville lade noget opføre på den tilstødende grund. Efterfølgende blev en lov gennemført, hvorefter en jernbanestation skulle opføres på grunden. Udlejer var som følge af loven tvunget til at sælge grunden til jernbanestationen. Da udlejer ikke havde mulighed for at undgå, at jernbanestationen blev bygget, var han ikke ansvarlig overfor lejereren af den anden grund, selv om han misligholdt lejeaftalen.

I ovenstående sag kunne udlejereren ved aftaleindgåelsen ikke have forudset, at der ville komme en ny lov, der pålagde ham at sælge til jernbanestationen og var derfor ikke forpligtet af sit løfte til lejereren.

For at frustrations skal gælde, skal det ikke have været muligt at forudse problematikken. Hvis parterne burde have forudset en situation og taget højde for risikoen, er der ikke tale om "frustration."

I sagen *Walton Harvey Ltd v Walker & Homfrays Ltd*¹⁰⁷ havde et firma aftalt med et hotel, at han kunne have et neon skilt hængende i syv år. Hotellet blev dog tvangskøbt af de lokale myndigheder og nedrevet. Domstolen fastslog, at parterne kunne have forudset risikoen for, at myndighederne kunne tvangskøbe bygningen og taget højde herfor i kontrakten. Kontrakten var derfor ikke "frustrated."

Hvis der efter en aftale er indgået indføres lov, der gør aftalen umulig at opfylde, vil der være tale om frustration. Hvis en koncertarrangør aftaler med et koncertsted, at der afholdes tre koncerter vil aftalen være frustrated, hvis koncertstedet forinden nedbrænder.

Hvis det kommercielle sigte med aftalen ikke opnås, kan aftalen ligeledes være frustrated, på trods af at det ville være muligt at gennemføre aftalen. I sagen *Krell v Henry*¹⁰⁸ havde en person lejet et værelse, der lå ud til processionen i forbindelse med kroningen af kong Edvard. Personen havde lejet værelset for at kunne se festlighederne. Da kong Edvard blev syg fastholdt udlejerens krav om betaling af værelsesleje. Retten fandt, at aftalen var frustrated, idet det kommercielle formål at se processions optøget var forspildt, og det ikke var leje af værelset i sig selv, der havde været formålet med aftalen.

Ved samme lejlighed skulle kong Edvard have inspiceret flåden, og her havde flåden entreret med et båd firma, der kunne sejle gæster ud til flåden, mens kongen inspicerede flåden og herudover sejle rundt om flådens fartøjer. Da det kommercielle formål ikke alene var at se kongens inspektion men også at bese flådens fartøjer var denne aftale ikke frustrated¹⁰⁹. Hele formålet skal således være forspildt.

¹⁰⁶ (1869) LR 4 QB 180

¹⁰⁷ (1931) 2 KB 683

¹⁰⁸ (1903) 2 KB 740

¹⁰⁹ *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton* (1903) 2 KB 683

Hvis omstændighederne "blot" gør en aftale dyrere eller mere besværlig at udføre, vil der ikke være tale om frustration. I sagen Davis Contractors Ltd v Fareham UDC¹¹⁰ havde et byggefirma påtaget sig at bygge huse til en bestemt pris. Som følge af problemer med at få arbejdskraft og materialer blev byggeriet dyrere. Byggefirmaet argumenterede for at aftalen var frustreret, og at de var berettiget til en rimelig betaling for husene. Retten fandt ikke, at der var tale om frustration, og byggefirmaet var derfor kun berettiget til den oprindeligt aftalte pris.

Det er ikke altid klart, hvad domstolene vil anse som frustration og for at undgå denne tvivl, har parterne ofte aftalt (oplistet) hvilke situationer, der omfatter frustration.¹¹¹

5.5.2 Tysk ret

Tysk ret har force majeure, hvor det kommercielle grundlag for aftalen er forsvundet uden at det kan tilskrives nogen af parterne.¹¹²

F.eks. var en aftale om booking af en koncertsal bortfaldet som følge af, at formålet med bookingen af salen var, at en operasanger skulle give koncert, og denne operasanger blev syg¹¹³.

Ifølge BGB § 275 kan en part undlade at opfylde sin forpligtelse, hvis opfyldelsen er umulig. En part kan ligeledes undlade at opfylde sin forpligtelse, hvis opfyldelsen kræver udgifter og ressourcer, der er væsentligt disproportionalt i forhold til modpartens interesse i opfyldelsen, når der henses til forpligtelsens karakter og god skik. Når det vurderes hvilken indsats, der med rimelighed kan forlanges af den forpligtede ses der på, om han er ansvarlig for forhindringen.

Endelig kan en part undlade at opfylde en personlig forpligtelse, hvis opfyldelse ikke med rimelighed kan forlanges af den forpligtede, når der foretages en interesse afvejning i forhold til den anden parts interesse i opfyldelsen.

Hvis en part undlader at opfylde forpligtelsen i medfør af BGB § 275 har parten ikke ret til modydelsen/betaling, jf. BGB § 326.

5.6 Forældelse

Ifølge 14.201 er den generelle forældelsesfrist tre år.

Forældelsesfristen begynder at løbe fra det tidspunkt hvor debitor skal opfylde sin forpligtelse eller i tilfælde af en skadeserstatning fra tidspunktet for handlingen, der gav ret til skadeserstatning, jf. 14.203.

Hvor en debitor er under en løbende forpligtelse til at gøre noget eller undlade at gøre noget begynder forældelsesfristen at løbe med hvert brud på denne forpligtelse.

Forældelsesfristen suspenderes så længe kreditor ikke kendte og ikke med rimelighed kunne vide a) debitorens identitet eller b) kendsgerningerne der gav anledning til krav, herunder type af skade i tilfælde af ret til skadeserstatning, jf. 14.103.

¹¹⁰ (1956) AC 696

¹¹¹ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 122 ff.

¹¹² Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 127 f.

¹¹³ Cass civ 14.4.1972.

Forældelsesfristen for et krav der er fastslået i retten er ti år. Det samme gælder for krav der er fastslået af en voldgift eller ved andet instrument, der kan fuldbyrdes på samme måde som en dom, jf. 14.202. Forældelsesfristen begynder at løbe fra tidspunktet, hvor domsafsigelsen eller voldgiftsafgørelsen eller det andet instrument får retskraft, dog ikke før debitor skal levere sin ydelse.

Den tiårige periode begynder at løbe igen med hvert rimelige skridt til fuldbyrdelse, som kreditor har taget jf. 14.402.

Forældelsesfristen suspenderes fra det tidspunkt, hvor retssag om kravet begynder. Suspensionen varer indtil en afgørelse, der er retskraftig afsiges eller sagen på anden måde afvises. Bestemmelserne gælder med de nødvendige tilpasninger for voldgift og alle andre procedurer, der er igangsat med det formål at opnå et instrument, der kan fuldbyrdes som en dom, jf. 14.302.

Hvis parterne forhandler om kravet eller om de omstændigheder, der medførte kravet udløber forældelsesfristen ikke før et år er gået siden seneste kommunikation i forhandlingerne, jf. 14.303.

Hvis en person uden råderet ikke har en værge forældes krav imod denne person ikke før et år er gået siden, at han enten får råderetten tilbage eller har fået udpeget en værge, jf. 14.305.

Krav mellem en person uden råderet og denne persons værge forældes ikke før et år efter at personen enten har fået råderetten tilbage eller har fået udpeget en ny værge.

Hvor en kreditor eller debitor er død forældes afdødes krav eller krav imod afdøde først et år efter at kravet kan fremsættes overfor eller af en arving eller overfor eller af et dødsbo, jf. 14.306.

Bortset fra retssager og voldgiftssager, jf. 14.302 kan forældelsesfristen ikke forlænges ved suspension eller udsættelse af udløbet af forældelsesfristen til mere end ti år eller i tilfælde af personskade til mere end 13 år.

Ifølge 14.401 begynder en ny forældelsesperiode at løbe, hvis debitor anerkender kravet overfor kreditor ved at betale delvist, betale renter, stille sikkerhed eller på anden vis.

Den nye periode er den generelle forældelsesfrist på 3 år, uanset om kravet oprindeligt var underlagt den generelle forældelsesfrist eller den tiårige periode. I det sidste tilfælde gælder denne bestemmelse dog ikke som en forkortelse af den tiårige periode.

Efter udløb af forældelse er debitor berettiget til at nægte at levere ydelsen, jf. 14.501.

Hvad der er leveret for at frigøre sig fra et krav kan ikke kræves tilbage blot fordi forældelsesfristen er udløbet.

Forældelsesperioden for renter og andre krav af accessorisk art udløber ikke senere end tidspunktet for forældelse af hovedkravet 14.502.

Ifølge 14.503 kan et krav der er forældet alligevel modregnes, medmindre debitor tidligere har påberåbt sig forældelsen eller gør dette indenfor to måneder fra meddelelse om modregning.

Kravene til forældelse kan ændres efter aftale mellem parterne, herunder især forkortelse eller forlængelse af forældelsesperioden 14.601.

Generelt må forældelsesfristen dog ikke reduceres til mindre end et år eller forlænges til mere end 13 år efter begyndelsestidspunktet jf. art. 14.203.

5.7 Engelsk ret

Limitation Act fastsætter forskellige forældelsesfrister for forskellige krav. Forældelsesperioden starter på det tidspunkt hvor søgsmålsgrunden tilfalder klager. Tiden starter fra det tidligste tidspunkt, hvor handlingen der gav anledning til sagen, skete. Hvis modparten skjuler information for klageren er forældelsesperioden 3 år fra klageren fik kendskab til informationerne eller burde have fået kendskab til informationerne, hvis disse kunne være opdaget ved rimelig omhu. Det gælder dog kun, hvis de 3 år udløber senere end forældelsesfristen på 6 år fra tidspunktet hvor søgsmålsgrunden opstod, jf. § 14A.

Forældelse af krav ifølge kontrakt og forældelse af voldgiftsavgørelser og domme er seks år, jf. §§ 5 og 7. Der gælder særlige regler for specifikke områder, herunder f.eks. særligt sikrede lån, personskade mv.

Forældelse medfører, at kravet ikke længere kan kræves fuldbyrdet.

5.8 Tysk ret

Ifølge BGB § 195 er standard forældelsesperioden 3 år. Krav i forbindelse med jord forældes dog efter 10 år, jf. BGB § 196.

Ifølge BGB § 197 forældes krav der er erklæret endeligt afgjort, krav der kan fuldbyrdes, krav der kan fuldbyrdes ved anerkendelse i insolvensbehandling og sagsomkostninger efter 30 år. For så vidt angår krav med periodisk gentagne ydelser der forfalder i fremtiden gælder dog standard forældelsen i stedet for den 30 årige forældelse.

Det følger af BGB § 199, at medmindre andet begyndelsestidspunkt er bestemt begynder standard forældelsesperioden at løbe ved slutningen af det år kravet opstod og kreditor opnåede kendskab til de omstændigheder, der gav anledning til kravet og debtors identitet eller det tidspunkt han burde få kendskab hertil, hvis han ikke havde udvist groft uagtsomhed.

Erstatningskrav forældes 10 år efter de opstod, med mindre der var ukendskab til kravet, og dette ikke skyldes groft uagtsomhed. Uanset hvordan kravet opstod eller ukendskab eller groft uagtsomt manglende kendskab til kravet forældes kravet 30 år fra det tidspunkt hvor handlingen, misligholdelsen eller den begivenhed der medførte kravet skete, jf. BGB § 199.

Den frist der først udløber er gældende.

Uanset viden eller groft uagtsomt mangel på viden er andre krav end nævnt ovenfor forældet efter 10 år fra den dato de opstod.

Hvis der er givet henstand erstatter datoen for misligholdelse af sådan forpligtelse den dato, hvor kravet opstod.

Forældelsesfristen for krav der ikke falder under standardforældelsesfristen begynder at løbe fra det tidspunkt hvor kravet opstod, medmindre anden dato er specificeret, jf. BGB § 200.

Forældelsesfristen for krav der er endeligt afgjort ved dom, krav der kan fuldbyrdes, krav der kan fuldbyrdes ved anerkendelse i insolvensbehandling og sagsomkostninger begynder at løbe på den dato afgørelsen afsiges, kravet fuldbyrdes eller kravet anerkendes i insolvensbehandlingen men ikke før kravet opstår, jf. BGB § 201.

Det følger af BGB § 203, at hvis parterne forhandler om kravet eller omstændighederne, der gav anledning til kravet suspenderes forældelsesperioden, indtil en af parterne nægter at fortsætte forhandlingerne. Kravet forældes tidligst tre måneder efter suspensionen afsluttes.

Forældelsesperioden suspenderes desuden, når der anlægges retssag, voldgiftssag, påstand om modregning i en retssag, forkyndelse af krav fra tredjepart, begyndelse af en aftalt ekspert-udtalelses-aktivitet mv., jf. BGB § 204.

Suspensionen slutter seks måneder efter en endelig afgørelse i de påbegyndte sager eller efter at sagen på anden måde afsluttes. Hvis sagen kommer til stilstand fordi ingen af parterne forfølger sagen, erstattes datoen for afslutning af sagen med datoen for den seneste handling i sagen foretaget af parterne, domstolen eller anden myndighed, der er ansvarlig for sagen. Suspensionen begynder igen, hvis parterne genoptager sagen.

Forældelse suspenderes så længe der indenfor de sidste seks måneder af en forældelsesperiode er en force majeure situation, der forhindrer kreditor i at kræve sine rettigheder, jf. BGB § 206.

Ifølge BGB § 212 begynder forældelsesfristen igen at løbe, hvis debitor overfor kreditor anerkender kravet ved at betale delvist, betaler renter, stiller sikkerhed eller på anden måde eller en retslig eller formel fuldbyrdelse igangsættes eller der ansøges herom.

Genoptagelse af forældelsesfristen som følge af fuldbyrdelse anses for ikke at være sket, hvis fuldbyrdelsen annulleres på anmodning fra kreditor eller som et resultat af manglende overholdelse af lovgivningens krav.

Genoptagelse af forældelsesfristen som følge af ansøgning om fuldbyrdelse anses for ikke at være sket, hvis ansøgningen ikke imødekommes eller den tilbagekaldes før fuldbyrdelsen annulleres på anmodning fra kreditor eller som et resultat af manglende overholdelse af lovgivningens krav, jf. BGB § 212.

Suspension, suspension af forældelsesfristen og genoptagelse af forældelsesfristen gælder også for krav, som er opstået af samme årsag enten som supplement til kravet eller i stedet for kravet, jf. BGB § 213.

Efter forældelse er indtrådt er debitor berettiget til at nægte at levere sin ydelse. Allerede leveret ydelse i relation til et krav der nu er forældet kan ikke kræves tilbage, selv om leveringen var sket uden kendskab til forældelsen. Det samme gælder for anerkendelse af et krav afgivet i overensstemmelse med en kontrakt og for en sikkerhed stillet af debitor, jf. BGB § 214.

Forældelse afskærer ikke modregning og retten til tilbageholdelse, hvis kravet endnu ikke var forældet på det tidspunkt, hvor modregning første gang kunne være sket, eller levering af ydelse første gang kunne nægtes, jf. BGB § 215.

5.9 Opsamling – Gyldighed (vildfarelser, trusler, hardship, force majeure og forældelse)

Ifølge PECL har aftaler der strider mod principper, der anerkendes af medlemsstaterne i EU, den virkning, der følger af den lovregel, der overtrædes. Hvis ingen virkning er foreskrevet bestemmer retten, og afgørelse heraf skal være proportional med overtrædelse. Den resterende del af aftalen forbliver i kraft hvis muligt.

I engelsk ret er en ulovlig aftale ugyldig. Der foretages en blue pencil test for at se om resten af aftalen kan forblive intakt, selv om den ulovlige og ugyldige del tages ud. I Tysk ret er aftaler ugyldige, der strider mod den offentlige orden. Hvis en anden retshandel hænger sammen med den ugyldige aftale, antages det, at den anden retshandel skal fortsætte, hvis det formodes, at dette var parternes vilje selv med kendskab til ugyldigheden.

Der er således overensstemmelse mellem PECL, engelsk ret og tysk ret.

Ifølge PECL kan en part komme ud af aftalen pga. vildfarelse om lovregler, hvis vildfarelsen skyldtes den anden part eller den anden part kendte til vildfarelsen eller hvis den anden part var i samme vildfarelse og vidste at den første part ikke ville have indgået aftalen, hvis den rette sammenhæng var kendt.

Hvis begge parter er i vildfarelse, kan retten justere aftalen til det som rimeligvis måtte være aftalt, hvis vildfarelsen havde været kendt. En part kan træde tilbage fra en aftale indgået på baggrund af svig.

Ifølge engelsk ret er der ikke indgået aftale, hvis hver part tænker på hver sin ting. Hvis den ene part har misforstået noget pga. den anden part eller den anden part ikke kunne være uvidende om misforståelsen, er aftalen ikke gyldig. Har begge parter taget fejl er aftalen som hovedregel gyldig, med mindre der er givet bevidst urigtige oplysninger.

I tysk ret medfører misforståelser mulighed for at træde tilbage fra aftale, hvis det må antages, at parten ikke ville have indgået aftalen, hvis sagens rette omstændigheder havde været kendt.

Retten kan tilpasse aftalen jf. PECL og tysk ret hvilket ikke kan ske i engelsk ret, her vil aftalen enten være gyldig eller ugyldig eller evt. delvis ugyldig, hvis resten af aftalen kan opretholdes.

Ifølge PECL kan en part træde tilbage fra en aftale indgået som følge af trusler, eller hvis der er et afhængighedsforhold, parten er uerfaren mv. Retten kan tilpasse aftalen til rimelighed.

I engelsk ret er en aftale indgået under trusler mv. ugyldig. I tysk ret kan en part træde tilbage fra aftalen indgået under trusler mv.

Der er således overensstemmelse mellem PECL, engelsk ret og tysk ret.

Ifølge PECL er parterne forpligtet til at forhandle, hvis opfyldelse viser sig mere byrdefuld end parterne kunne forudse (hardship). Hvis en ny aftale ikke opnås inden rimelig tid kan retten ophæve aftalen pr. en bestemt dato.

I engelsk ret kendes hardship ikke. Utydelige aftaler er ugyldige, og en aftale om at indgå aftale er ikke en gyldig aftale. I tysk ret kan en part kræve, at aftalen tilpasses.

Retten kan tilpasse aftalen jf. PECL og tysk ret, hvilket ikke kan ske i engelsk ret, her vil aftalen enten være gyldig eller ugyldig eller evt. delvis ugyldig hvis resten af aftalen kan opretholdes.

Ifølge PECL er en part undskyldt fra opfyldelse, hvis det skyldes omstændigheder udenfor hans kontrol (force majeure)

I engelsk ret ophører en aftale automatisk, hvis aftalen er frustrated. Det gælder, hvis hele det kommercielle formål forspildes.

I tysk ret kan aftalen hæves, hvis det kommercielle grundlag er forsvundet uden at det kan tilskrives nogen af parterne.

Der er således overensstemmelse mellem PECL, engelsk og tysk ret.

Forældelse ifølge PECL er som hovedregel 3 år. I engelsk ret er hovedreglen seks år, mens det i tysk ret er 3 år, dog 30 år for domme mv.

Den største forskel er således, at retten ifølge PECL og tysk ret kan tilpasse aftalen, hvis der er force majeure eller hardship, hvilket som hovedregel ikke sker i en engelsk ret. Dommerne er meget tilbageholdende med at udfylde noget i aftalen, og hvis det er uklart, hvad parterne har aftalt er hovedreglen, at der ikke er indgået en aftale overhovedet om det bestemte forhold. Tysk ret og PECL kan tilpasse aftalen i overensstemmelse med god skik, hvilket ligeledes ikke er muligt i engelsk ret, der ikke anerkender et generelt god skik-krav.

6 Misligholdelse

Det følger af PECL art. 7.109, at hvis en part skal udføre flere forpligtelser af samme art, og udførelsen af forpligtelserne ikke er tilstrækkelig til at dække alle forpligtelserne, kan parten oplyse den anden part hvilken del af forpligtelserne, parten udfører. Gør han ikke det, kan den anden part bestemme, hvilken del af forpligtelserne, der anses for udført og skal oplyse den udførende part herom. Den anden part må dog ikke henføre ydelserne til forpligtelser, der endnu ikke er forfaldne, er ulovlige eller omtvistet. Hvis ingen af parterne henfører ydelserne til forpligtelser, dækkes først forpligtelserne, der er forfaldne, eller som forfalder først, forpligtelsen som kreditor har lavest sikkerhed for, forpligtelsen der er mest byrdefuld for debitor, den forpligtelse der er opstået først. Hvis ingen af disse kriterier er opfyldt deles ydelsen proportionalt på alle forpligtelserne.

Ved pengeforpligtelser skal en ydelse først fordeles på udgifter, herefter til renter og herefter på hovedstolen, med mindre kreditor laver en anderledes fordeling.

En part der har fået løsøre andet end penge i sin besiddelse som følge af den anden parts misligholdelse af sin forpligtelse til at modtage løsøret skal tage rimelige forholdsregler for at opbevare løsøret. Parten der opbevarer løsøret kan frigøre sig fra sin forpligtelse til at opbevare løsøret ved at deponere løsøret hos en tredjemand på rimelige vilkår og informere den anden part herom eller ved at sælge løsøret efter meddelelse herom til den anden part og give den anden part indtjeningen fra sådant salg. Parten der opbevarer løsøret har ret til at blive godtgjort eller modregne rimelige omkostninger i provenuet fra salget, jf. art. 7.110.

Hvis en part nægter at modtage penge kan betaler efter meddelelse til den anden part frigøre sig fra betalingsforpligtelsen ved at deponere pengene til den anden part i overensstemmelse med loven på betalingsstedet, jf. art. 7.111.

Hver part skal bære sine egne omkostninger ved at udføre sine forpligtelser, jf. art. 7.112.

Hvis en part ikke opfylder sine forpligtelser kan den anden part få tilkendt godtgørelse. Det gælder dog ikke, hvis misligholdelsen er undskyldt, i så fald kan parten ikke kræve opfyldelse eller erstatning. En part kan ikke få tilkendt godtgørelse i det omfang partens egne handlinger har medført den anden parts misligholdelse, jf. art. 8.101.

6.1 Akkumulering af retsmidler

Ifølge PECL art. 8.102 kan retsmidler der ikke er uforenelige akkumuleres. Ved at anvende sin ret til at udøve andre retsmidler mister en part ikke sin ret til at kræve erstatning.

6.2 Væsentlig misligholdelse

Det følger af PECL art. 8.103, at en misligholdelse af forpligtelser i en kontrakt er væsentlig hvis nøjagtig opfyldelse af kontrakten er af afgørende betydning eller misligholdelsen væsentlig fratager den anden part, hvad den anden part med rette kunne forvente, medmindre den misligholdende part ikke kunne forudse eller ikke med rimelighed havde kunnet forudse det resultat eller misligholdelsen er sket med forsæt og giver den ikke-misligholdende part grund til at tro, at han ikke vil kunne stole på, at den anden part vil opfylde sine forpligtelser i fremtiden.

En part der ikke har leveret kontraktmæssige ydelser kan levere på ny, hvis tidsfristen for levering ikke er kommet, eller hvis forsinkelsen med kontraktmæssig levering ikke udgør en væsentlig misligholdelse, jf. art. 8.104.

6.3 Engelsk ret

I engelsk ret er en ikke-opfyldelse væsentlig, når overtrædelsen vedrører en "condition", når overtrædelsen frarøver den anden part substansen af aftalen, og når overtrædelsen viser en hensigt til ikke at levere resten af kontrakten.

Fundamental non-performance er *ikke* at forveksle med fundamental breach som er en doktrin, der blev udviklet til at erklære visse ansvarsbegrænsninger ugyldige.

Engelsk ret giver mulighed for at kræve erstatning såvel som ophævelse af aftalen.¹¹⁴

6.4 Tysk ret

Hvis en overtrædelse af en kontrakt forspilder kontraktens formål og fratager den ikke-misligholdende parts tillid til, at den anden part vil levere korrekt i fremtiden, kan den ikke-misligholdende part ophæve kontrakten.

Der ses på overtrædelse af "hovedforpligtelsen" og overtrædelse af "biforpligtelser" hvor kun overtrædelse af hovedforpligtelser kan medføre aftalens ophævelse.¹¹⁵

Det følger af BGB § 325, at en part kan kræve erstatning samtidig med, at en aftale ophæves.

6.5 Forventet / anticiperet misligholdelse

Det følger af PECL art. 8.105, at en part der har rimelig grund til, at tro at den anden part væsentlig vil misligholde sine forpligtelser kan anmode om at få sikkerhed for partens overholdelse af sine forpligtelser og kan tilbageholde leveringen af sine ydelser, så længe som en rimelig mistanke om misligholdelse består. Hvis den anden part ikke stiller den anmodede sikkerhed, kan den første part hæve kontrakten, hvis parten fortsat har rimelig grund til at tro, at kontrakten vil blive væsentligt misligholdt, og han giver meddelelse herom uden ugrundet ophold.

6.5.1 Engelsk ret

I engelsk ret kan en aftale ophæves og der kan forlanges erstatning ved forventet misligholdelse, hvis det er klart udover en rimelig tvivl, at modparten ikke har tænkt sig at overholde kontrakten.

¹¹⁴ Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s. 366.

¹¹⁵ Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s. 367.

I sagen Hochster v De la Tour¹¹⁶ havde Hochster hyret de la Tour som kurer rundt i Europa i tre måneder fra 1. juni. Den 22. maj skrev Hochster til de la Tour, at han ikke behøvede de la Tours tjenester alligevel. De la Tour anlagde sag, men Hochster hævdede, at de la Tour fortsat var forpligtet til at holde sig klar til at rejse, og at han ikke kunne anlægge sag, før tidspunktet for levering af servicen var indtruffet. Domstolen afgjorde, at de la Tour ikke skulle afvente tidspunktet for levering af ydelsen, idet de la Tour havde valgfrihed med hensyn til hvornår sag skulle anlægges.

Hvis det havde været tilfældet, at de la Tour var rejst til Australien i slutningen af maj og umuligt kunne være tilbage til 1. juni, ville Hochster have mulighed for at kunne anlægge sag allerede inden 1. juni.

Den anden part har ret til at fortsætte sine forpligtelser, og dermed påføre sig udgifter, der senere kan kræves erstatning for, selv om den misligholdende part har oplyst på forhånd, at han ikke vil opfylde kontrakten.¹¹⁷

6.5.2 Tysk ret

BGB § 321 foreskriver at, en part kan tilbageholde sin ydelse, hvis det er åbenlyst, at partens krav på modydelse er i fare som følge af modpartens manglende evne til at opfylde. Det gælder dog ikke, hvis modydelse eller sikkerhed herfor leveres.

Hvis en part skal levere sin ydelse før den anden, kan parten fastsætte en rimelig periode, hvor modparten skal levere sin modydelse eller stille sikkerhed på samme tid, som parten leverer sin ydelse. Leveres modydelse eller sikkerhed ikke, kan parten ophæve aftalen.

6.6 Yderligere frist / Nachfrist

Det følger af PECL art. 8.106, at ved ikke-opfyldelse kan den anden part give den ikke-opfyldende part en yderligere frist til at opfylde. Under ekstra-fristen kan den anden part tilbageholde sin modydelse og kan kræve erstatning men kan ikke gøre yderligere misligholdelsesbeføjelser gældende. Hvis den misligholdende part giver meddelelse om, at han ikke vil levere indenfor ekstra-fristen, eller hvis ekstrafristen overskrides kan den anden part gøre yderligere misligholdelsesbeføjelser gældende. Hvis en forsinkelse er uvæsentlig, og den anden part har givet en rimelig ekstra-frist kan den ikke-misligholdende part hæve kontrakten, hvis levering ikke er sket indenfor ekstra-fristen. Den ikke-misligholdende part kan i sin meddelelse om ekstra-frist oplyse, at aftalen automatisk hæves, hvis levering ikke sker indenfor ekstra-fristen. Har den ikke-misligholdende part ikke givet en rimelig frist, kan den ikke-misligholdende part først hæve eller kontrakten kan først automatisk hæves, når der er forløbet en rimelig tid fra meddelelsen om ekstra-frist.

6.6.1 Engelsk ret

I engelsk ret lægges vægt på aftalens udformning. Hvis det tydeligt fremgår, at opfyldelse til bestemt tid er afgørende (time is of the essence) er hovedreglen, at fristen i aftalen skal holdes og i modsat fald har modparten ret til at hæve aftalen. Hvis det ikke er tydeligt ud fra kontrakten, at tiden er afgørende, kan en part sende meddelelse (give notice), når en tidsfrist i aftalen er misligholdt og give modparten en ny rimelig frist til at opfylde sine forpligtelser. Overholdes tidsfristen i en sådan meddelelse ikke, vil parten have adgang til at hæve aftalen.¹¹⁸

¹¹⁶ (1853) 2 E & B 678 (1843-60) All ER rep. 12

¹¹⁷ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 432 f.

¹¹⁸ Richard Stone The Modern Law of Contract, s. 421 f.

6.6.2 Tysk ret

Efter tysk ret skal der først sendes en meddelelse til modparten med en ny frist og såfremt denne nye frist ikke overholdes, kan aftalen ophæves. Aftalen kan således ikke ophæves alene pga. overskridelse af den i kontrakten fastsatte frist, jf. BGB § 323.¹¹⁹

Der er dog undtagelser til hovedreglen om efterfrist. Hvis modparten på forhånd definitivt nægter at udføre sin forpligtelse, eller hvis det i kontrakten klart er aftalt, at parten kun er interesseret i aftalen, hvis opfyldelse sker i god tid, eller i særlige tilfælde hvor begge parter interesser afvejes, og det findes rimeligt at ophæve aftalen umiddelbart uden at afvente en efterfrist.

Hvor lang ekstraristen skal være afhænger af omstændighederne, der ses på leveringstidens længde, er denne kort kan ekstraristen også være kort, køberens kendelige behov for hurtig levering, varens art – en specialtilpasset vare til køber vil kræve længere leveringstid end handelsvarer, hvor markedsprisen svinger. Der ses desuden på årsagen til forsinkelsen, om der foreligger skødesløshed eller er undskyldelig (f.eks. force majeure).¹²⁰

6.7 Begrænsning af misligholdelsesbeføjelser

Ifølge PECL art. 8.109 kan misligholdelsesbeføjelser undtages eller begrænses, med mindre det vil stride mod god forretningsskik og rimelig handel at gøre en sådan undtagelse eller begrænsning gældende.

6.7.1 Engelsk ret – ansvarsbegrænsning

En bestemmelse i en aftale der fritager en part fra ansvar ved urigtige oplysninger er ugyldig. Det samme gælder begrænsninger i de retsmidler en modpart har som følge af urigtige oplysninger, f.eks. adgang til at hæve aftalen. Ansvarsfraskrivelser kan dog opretholdes, hvis dommeren finder dem rimelige. Hvorvidt det er tilfældet afgøres efter unfair contract terms act. Reglerne gælder uanset om skaden er forvoldt af skadevolder selv eller en af hans folk. Unfair contract terms gælder for klausuler, der fritager eller begrænser skadelidtes ret til erstatning, skadelidtes ret til at hæve kontrakten og skadelidtes ret til modregning. Ansvar for uagtsom forvoldt personskade eller død kan ikke fraskrives eller begrænses.

Klausuler der fritager eller begrænser ansvar for andre forhold end død og personskade skal vurderes i forhold til rimelighed (reasonableness test), jf. Unfair Contract terms § 2 (2). Reglerne gælder kun ved forbrugeraftaler eller hvis aftale er indgået på den ene parts standardvilkår, jf. § 3 (1). En klausul om at sælger kan levere noget væsentligt andet end aftalt, slet ikke levere eller levere på anden måde end aftalt er ikke gyldige med mindre de konkret anses for rimelige, jf. unfair contract terms act § 3 (2).

Når en klausul som begrænser ansvaret til en bestemt sum skal vurderes ifølge unfair contract terms act, ses der på hvilke midler der stod til modpartens rådighed for at dække kravet under hensyn til, om der er tale om en større eller mindre erhvervsdrivende, og hvorvidt det var muligt for modparten at dække sig ind via forsikring, jf. § 11 (4), og her tages hensyn til hvorvidt præmien vil øge prisen i nævneværdig grad.

¹¹⁹ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 131.

¹²⁰ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 334.

Hvornår et kontraktvilkår er urimeligt vurderes efter omstændighederne. Unfair contract terms giver vejledning hertil i schedule 2 til loven, idet der bl.a. ses på parternes forhandlingsbalance, dvs. om den ene part er væsentligt stærkere end den anden part mv.

Dommeren kan således med schedule 2 til loven som vejledning se på, om kunden havde mulighed for at indgå anden aftale uden sådan klausul, kundens viden eller burde viden om klausulen og dens rækkevidde, og om det er muligt for kunden at opfylde en betingelse i kontrakten, hvis ikke-opfyldelse medfører erstatningsbegrænsning for forfatteren af klausulen (f.eks. opbevare en vare på særlig måde). Det tillægges desuden vægt, om ydelsen er særligt udviklet til denne kunde, og om klausulen findes i standardvilkår eller i vilkår udarbejdet af brancheorganisation, der alene varetager forfatterens interesser. Bevisbyrden for at klausulen er rimelig påhviler den, der påberåber sig klausulen.¹²¹

I sagen Woodman v Photo Trade Processing¹²² havde en person som den eneste taget billeder af et bryllup og havde indleveret filmen til fremkaldelse i en fotobutik. Filmen blev væk og i aftalen fremgik, at man ved indlevering af filmen accepterede, at filmens værdi var begrænset til materialets værdi, og at ansvaret under alle omstændigheder var begrænset til filmens værdi, og der ville ikke blive accepteret følgeskader eller indirekte tab, uanset hvordan et tab var opstået.

Retten fandt, at fotografen ikke havde andre muligheder end at indlevere filmen under disse vilkår, da vilkårene var så omfattende. Fotoforretningen kunne forudse, at filmen var uerstattelig og ville medføre meget store vanskeligheder for fotografen. Det ville muligvis være rimeligt, hvis der var et to-pris system, sådan at man kunne få filmen fremkaldt billigt ved at acceptere vilkåret, mens man så måtte betale mere for at undgå vilkåret. Da dette ikke var tilfældet ansås vilkåret for urimeligt, og fotografen var berettiget til erstatning.

Unfair contract terms gælder ikke, hvis parterne har valgt engelsk lov, men aftalen ellers ikke ville være reguleret af engelsk lov, jf. § 26. Har en aftale ingen tilknytning til England anvendes unfair contract terms act således ikke. Loven gælder desuden ikke for internationale aftaler om levering af varer uanset om engelsk lov er valgt, jf. § 27.

I en aftale mellem erhvervsdrivende, der er indgået individuelt og ikke med standardvilkår kan forfatteren af aftalen gyldigt fritage sig ansvar i det omfang det er muligt efter regler i medfør af retspraksis.

Hovedreglen fra retspraksis er, at hvis en klausul ikke er omfattet af unfair contract terms act, så er klausulen gyldig. Tidligere havde domstolen udviklet "Doctrine of fundamental breach," hvorefter en part ikke kunne fraskrive sig ansvaret ved handlemåder, der var i strid med kontrakten. Doktrinen blev anvendt hvor en part forsætligt eller groft uagtsomt havde misligholdt eller hvor en vare manglede væsentlige egenskaber. Denne doktrin er dog nu kasseret af house of lords.¹²³

I sagen Photo Production Ltd v Securior Transport Ltd¹²⁴ havde en sikkerhedsvagt tændt bål for at varme sig udenfor en fabrik, som han skulle være sikkerhedsvagt i. Fabrikken nedbrændte. Sikkerhedsfirmaet havde fraskrevet sig ansvaret for sine folks forsætlige skader mod kundernes ejendom, og denne klausul var gyldig.

¹²¹ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 156 f.

¹²² (1981) 131 NLJ 935

¹²³ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 156 ff.

¹²⁴ (1980) 1 All ER 556.

Ejeren af en ejendom tegner normalt en forsikring, der dækker i tilfælde af ildebrand, og sikkerhedsfirmaet kunne tilbyde en billigere pris ved ikke at lægge en forsikringspræmie oveni prisen. Overgangen af risiko fra sikkerhedsfirmaet til fabrikken ansås derfor for rimeligt.¹²⁵

Da der således ikke er et overordnet krav om hæderlig forretningssskik kan man i kontrakten skrive, at parterne skal opfylde kontrakten efter bedste evne. Dette kan f.eks. komme til udtryk ved at parterne skal bruge "best endeavours" eller "reasonable endeavours." I så fald kan en dommer tage hensyn til, om parten efter bedste evne har opfyldt kontrakten eller om denne er misligholdt.

6.7.2 Engelsk ret – Waiver clause

I engelsk ret kan man i aftalen tage forbehold for, at selv om man ikke gør en misligholdelse gældende med det samme, gør det ikke, at man herved fraskriver sig muligheden for at gøre samme misligholdelse gældende en anden gang (no-waiver clause). Det må dog ikke misbruges, jf. også forbud mod abuse of rights (afsnit 4.2.5) og opførsel i strid med tidligere opførsel, som den anden part har lagt til grund (afsnit 4.2.3).

I sagen Tele2 International card company SA & Ors v Post Office Ltd¹²⁶ havde Tele 2 International card company lovet at sende en moderselskabsgaranti hvert år til Post Office Ltd. Det havde Tele2 ikke gjort, men Post Office ventede 1 år med at gøre misligholdelsen gældende og hæve aftalen. Dommeren afgjorde, at det var for længe at vente et år med at gøre misligholdelse gældende, også selv om der i aftalen var en no-waiver clause.

6.7.3 Tysk ret - ansvarsfraskrivelse/begrænsning

Tysk ret anerkender, at parterne aftalemæssigt kan begrænse sit ansvar. Imidlertid foreskriver bl.a. BGB § 242 "treu und glauben" – god skik, og det gælder også for ansvarsbegrænsninger.

Begrænsning af ansvar for forsætlig ikke-opfyldelse af sine forpligtelser er ikke tilladt, jf. BGB § 276. Har en part en repræsentant eller underleverandør kan han dog begrænse ansvaret for dennes handlinger, også for forsætlige handlinger.

Der ses på en rimelig risikofordeling. Vil det f.eks. være mest rimeligt, at køberen tager risikoen for evt. defekte varer, idet køberen kan indføre kvalitetskontrol og indregne risikoen for defekte varer i den pris, køber er villig til at betale. Eller vil det alternativt være mere rimeligt, at sælger tager risikoen på sig, i hvilket tilfælde sælger vil sætte sin pris efter det.¹²⁷

I en sag¹²⁸ blev en klausul tilsidesat, hvorefter en olieleverandør begrænsede sit ansvar i forbindelse med overfyldning af kundens olietank. Havde kunden bestilt mere olie end der kunne være i tanken, ville kunden således være ansvarlig for evt. tab i den forbindelse. Denne risiko kunne olie leverandøren mere effektivt selv påtage sig, idet han var professionel, påfyldte olietanke hver dag, kunne ansætte og uddanne samt udstyre personalet med udstyr, der kunne måle tankens indhold til en mindre omkostning end den omkostning kunden, der ikke havde indsigt i branchen, skulle anvende, hver gang tanken skulle fyldes.

¹²⁵ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s.119.

¹²⁶ (2008) EWHC 158 (QB)

¹²⁷ Heinz Kötz European Contract Law, s.147.

¹²⁸ BGH 24. feb. 1971, NJW 1971, 1036

I en anden sag¹²⁹ krævede en skibsejer erstatning for skade, der var sket på et skib, mens det blev repareret. Her sagde domstolen, at det mandskab skibsejeren havde ansat og som var ombord, mens reparationerne foregik, var lige så nær til at forhindre og forebygge brand som de reparatører, der skulle udføre reparationen. Endvidere er det normalt skibsejeren, der skal sørge for brandforsikring. En klausul der begrænsede reparatørens ansvar blev derfor opretholdt.

6.8 Misligholdelsesbeføjelser, Pengeopfyldelse, naturalopfyldelse

Ifølge PECL art. 9.101 har kreditor ret til at kræve penge, når betaling er forfalden. Hvis en kreditor endnu ikke har opfyldt sine forpligtelser, og det er klart at debitor vil være uvillig til at modtage kreditors ydelser, kan kreditor alligevel fortsætte med at opfylde kontrakten og kan kræve enhver forfalden sum, med mindre kreditor kunne have foretaget en rimelig erstatnings transaktion uden væsentlig besvær og omkostninger, eller det efter omstændighederne ville være urimeligt at fortsætte opfyldelsen af kontrakten.

Den ikke-misligholdende part har ret til konkret opfyldelse af en forpligtelse, der ikke er betaling af penge herunder ret til afhjælpning af en mangelfuld opfyldelse. En konkret opfyldelse kan dog ikke kræves, hvis opfyldelsen ville være ulovlig eller umulig, eller opfyldelsen ville påføre debitor urimeligt besvær eller omkostninger eller opfyldelsen består af personlig service eller arbejde eller afhænger af en personlig relation eller hvis den ikke-misligholdende part rimeligt nemt kan få opfyldelse fra anden kilde. Den ikke-misligholdende part mister retten til at kræve konkret opfyldelse hvis parten ikke søger dette indenfor rimelig tid efter at han opdagede eller burde have opdaget, at der ikke var sket opfyldelse, jf. art. 9.102.

Selv om en ret til at opfylde er omfattet af undtagelsesbestemmelserne ovenfor kan den anden part fortsat kræve erstatning, jf. art. 9.103.

6.8.1 Engelsk ret

Engelsk ret giver som hovedregel ikke mulighed for naturalopfyldelse. Er der tale om en vare, der kan købes andetsteds kan man i stedet kræve erstatning for evt. pris forskel. I forbindelse med individuelt bestemte ydelser til en køber giver den engelske Sales of Goods Act ret til at kræve naturalopfyldelse, jf. § 52. Det afhænger af rettens skøn og gives kun, når retten til erstatning ikke giver køber retfærdighed, f.eks. hvis genstanden er sjælden og ikke kan skaffes andetsteds.¹³⁰

6.8.2 Tysk ret

Hvis en ikke-misligholdende part ønsker, at en misligholdende part skal opfylde, vil en tysk domstol som hovedregel dømme den misligholdende part til opfyldelse.¹³¹

Desuden er hovedreglen, at den ikke-misligholdende part skal give den misligholdende part en frist til at udbedre / opfylde aftalen, før en evt. ophævelse kan komme på tale.

6.9 Misligholdelsesbeføjelser – tilbageholde ydelse

Det følger af PECL art. 9.201, at en part der skal opfylde kontrakten samtidig med eller efter den anden part kan tilbageholde sin ydelse indtil den anden part har opfyldt sine forpligtelser. Den første part kan tilbageholde hele eller en del af opfyldelsen af sine forpligtelser alt efter hvad der er rimeligt efter omstændighederne.

¹²⁹ BGH 3.mar.1988, BGHZ 103, 316

¹³⁰ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s.341 ff.

¹³¹ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 129

En part må desuden tilbageholde sin ydelse, selv om tidspunktet for opfyldelse er kommet, så længe som det er klart, at den anden part vil misligholde sine forpligtelser.

6.9.1 Engelsk ret

En part kan alene tilbageholde sin ydelse, hvis den anden part ikke leverer, og den anden parts levering er en betingelse for den første parts levering af sin ydelse, eller retten anser levering af ydelse som en betingelse (condition), eller domstolene finder, at manglende levering fratager den anden part det væsentlige, som parten har indgået aftale om. Der er således samme krav som for ophævelse af kontrakten (hvor ophævelse dog også kræver, at tidspunktet for opfyldelse skal være overskredet).¹³²

6.9.2 Tysk ret

Ifølge BGB § 320 har parterne i en gensidig aftale ret til at tilbageholde sin ydelse, indtil den anden part leverer sin modydelse, med mindre parten har forpligtet sig til at levere forud. Har den ene part kun leveret delvist, kan den anden part tilbageholde sin ydelse, med mindre dette ville stride mod god skik.

Har en part forpligtet sig til at levere forud men det efter aftaleindgåelsen bliver åbenbart, at den anden part ikke vil være i stand til at levere sin modydelse, kan parten tilbageholde sin ydelse. Den part der skal levere forud kan specificere en rimelig periode, hvori modparten skal levere sin ydelse eller stille sikkerhed for modydelsen. Stiller modparten ikke garanti eller leverer modydelsen kan den anden part hæve aftalen, jf. BGB § 321.

6.10 Misligholdelsesbeføjelser - Ophævelse

Ifølge PECL art. 9.301 kan en part hæve kontrakten, hvis den anden parts manglende opfyldelse er væsentlig. Ved forsinkelse kan den anden part ligeledes hæve kontrakten. Væsentlig misligholdelse forstås i overensstemmelse med 8.103.

Hvis en kontrakt skal opfyldes i separate dele, der kan fordeles på en modydelse, og der en væsentlig manglende opfyldelse af en del, kan den anden part hæve aftalen for så vidt angår den relevante del. Den ikke-misligholdende part kan kun hæve hele kontrakten, hvis den manglende opfyldelse er væsentlig for hele kontrakten, jf. art. 9.302.

En parts ret til at hæve aftalen skal ske ved meddelelse til den anden part. Den ikke-misligholdende part mister retten til at hæve aftalen, hvis meddelelse ikke gives inden rimelig tid fra parten opdagede eller burde have opdaget misligholdelsen, jf. art. 9.303.

Når opfyldelse ikke er tilbudt indenfor forfaldstiden for ydelsen behøver den ikke-misligholdende part ikke at give meddelelse om ophævelse af kontrakten, før tilbud om opfyldelse er givet. Hvis tilbud gives senere mister den ikke-misligholdende part sin ret til at hæve kontrakten, hvis parten ikke giver meddelelse herom indenfor rimelig tid efter at han blev bekendt med eller burde være blevet bekendt med modtagelse af tilbuddet.

Hvis den ikke-misligholdende part er bekendt med eller har grund til at vide, at den anden part fortsat forventer at tilbyde opfyldelse indenfor rimelig tid og den ikke-misligholdende part ikke giver meddelelse til den misligholdende part om, at han ikke vil modtage tilbud om opfyldelse mister den ikke-misligholdende part sin ret til at hæve kontrakten hvis den anden part faktisk tilbyder opfyldelse indenfor rimelig tid.

¹³² Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II, s. 408.

Hvis en part er undskyldt som følge af en hindring, der er total og permanent hæves kontrakten automatisk uden meddelelse på det tidspunkt, hvor hindringen opstår.

Hvis det forud for tiden for opfyldelse er klart, at en part vil misligholde sine forpligtelser kan den anden part hæve aftalen, jf. art. 9.304.

Ophævelse af kontrakten fritager begge parter fra forpligtelser til at levere og modtage fremtidige ydelser men påvirker ikke de rettigheder og pligter som er påløbet frem til ophævelses tidspunktet, jf. art. 9.305.

Ophævelsen berører ikke aftalens bestemmelser om afgørelse af tvister eller øvrige bestemmelser, der skal fungere, selv om aftalen er ophævet.

En part der ophæver kontrakten kan afvise ejendom der tidligere er modtaget fra den anden part, hvis værdien for den ikke-misligholdende part er væsentligt reduceret som følge af den misligholdende parts manglende opfyldelse, jf. art. 9.306.

Ved ophævelse af kontrakten kan en part kræve tilbagebetalt beløb betalt for en ydelse som parten ikke modtog eller som parten retmæssigt har afslået at modtage, jf. art. 9.307.

Ved ophævelse af kontrakten kan en part, der har leveret ejendom, der kan returneres og som parten ikke har modtaget betaling eller anden modydelse for kan tilbagetage ejendommen, jf. art. 9.308.

Ved ophævelse af kontrakten kan en part der har udført en ydelse der ikke kan returneres og for hvilken parten ikke har modtaget betaling eller anden modydelse kræve en rimelig betaling af den anden part svarende til værdien af den udførte ydelse, jf. art. 9.309.

6.10.1 Engelsk ret – ophævelse af kontrakt

En misligholdelse af en "condition" – en betingelse medfører, at den anden part har ret til at ophæve aftalen og vedrører således selve essensen af kontrakten. Den ikke misligholdende part kan undlade at opfylde sin forpligtelse og kan tillige kræve erstatning eller vælge at fortsætte kontrakten og stadig kræve erstatning. En misligholdelse af en warranty – "garanti/reklamationsret" - er ikke helt så indgribende og kan som hovedregel ikke medføre ophævelsesadgang for den anden part. Den anden part kan i dette tilfælde alene kræve erstatning.¹³³

Sondringen mellem warranty og condition kan være svær. I sagen *Poussard v Spiers & Pond*¹³⁴ var en operasangerinde antaget for en sæson, men blev syg kort forinden sæsonens start. Operaen var nødt til at ansætte en anden, der forlangte at spille hele sæsonen. Da operasangerinden blev rask forlangte hun at spille resten af sæsonen, men operaen afviste hende, da de som nævnt havde ansat en anden. Domstolen fastslog, at operasangerindens manglende optræden ved sæsonens start var en misligholdelse af en condition og operaen var derfor berettiget til at anse aftalen for ophævet.

I sagen *Bettini v Gye*¹³⁵ skulle en operasanger, der var ansat for sæsonen, møde senest seks dage før sæsonstart for at medvirke ved prøveopsætninger.

¹³³ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s.130.

¹³⁴ (1876) 1 QBD 410

¹³⁵ (1876) 1 QBD 183

Operasangeren blev syg og mødte først op to dage før sæsonstart. Operaen afviste ham for hele sæsonen pga. det forsinkede fremmøde. Domstolen fandt, at prøverne var en sekundær forpligtelse i forhold til hovedforpligtelsen, og der var således tale om en "warranty" og ikke en condition. Operaen var derfor ikke berettiget til at ophæve aftalen med operasangeren og måtte betale erstatning.

I en kontrakt kan parterne have skrevet, at et bestemt forhold er en condition. Det er dog ikke i alle tilfælde, at domstolen tildeler ordet i kontrakten den juridiske bestemmelse, og aftalen dermed kan ophæves ved misligholdelse af denne condition. I sagen Schuler AG v Wickman Machine Tool sales Ltd¹³⁶ havde et tysk firma givet en engelsk distributør eneret i fire et halvt år til at sælge firmaets trykpresse til brug i motorindustrien. Distributøren skulle besøge seks navngivne engelske motor fabrikker mindst en gang hver 14. dag for at forsøge at sælge produkterne. Det fremgik af kontrakten, at dette var en condition, og der var ikke andre steder i kontrakten, at ordet condition var brugt. Domstolen fandt dog, at der var tale om en warranty og ikke en condition. Distributøren skulle foretage over 100 besøg i kontraktperioden, og blot et enkelt besøg, der ikke blev udført skulle medføre aftalens ophævelse. Domstolen fandt ikke, at dette kunne være parternes reelle hensigt og fastslog derfor, at fabrikkens ophævelse af kontrakten med henvisning til manglende besøg var uberettiget. Fabrikken skulle som følge heraf betale erstatning.¹³⁷

6.10.2 Tysk ret

Efter tysk ret skal en ikke-misligholdende part først sende en meddelelse til den misligholdende part med en frist for overholdelse af kontrakten. Først hvis denne yderligere frist ikke overholdes, kan den ikke-misligholdende part ophæve aftalen. I visse tilfælde kan aftalen dog ophæves uden en meddelelse med yderligere frist. Det gælder f.eks. hvor den misligholdende part har oplyst, at han ikke har tænkt sig at overholde aftalen eller hvor senere levering ville være meningsløs, f.eks. levering af et juletræ efter jul.¹³⁸

6.11 Misligholdelsesbeføjelser – forholdsmæssigt afslag

Det følger af PECL art. 9.401, at en part der accepterer et tilbud om en udførelse, der ikke svarer til det aftalte kan reducere prisen. Reduktionen skal være proportional med faldet i værdien af ydelsen på tidspunktet for tilbuddets fremsættelse sammenlignet med den værdi et tilbud om fuldstændig udførelse ville have haft på det tidspunkt. En part der har ret til en reduktion i prisen men som allerede har betalt mere end den reducerede pris har krav på at få tilbagebetalt det overskydende beløb fra den anden part. En part der reducerer prisen kan ikke samtidig kræve erstatning for den manglende værdi af ydelsen men har fortsat ret til erstatning for yderligere tab parten måtte lide.

6.11.1 Engelsk ret

Engelsk ret opererer ikke med nedslag i prisen. I stedet kan der kræves erstatning. Denne erstatning kan svare til forskellen i pris mellem en vare der er kontraktmæssig og en vare med de pågældende mangler. Hvor ydelsen ikke er leveret til fulde, kan modparten anse det for delvis levering og alene betale for det kvantum, der leveres. Den ikke-misligholdende part kan modregne med krav, der stammer fra samme transaktion.

¹³⁶ (1974) AC 235

¹³⁷ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 95 ff.

¹³⁸ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 131

6.11.2 Tysk ret

Ifølge BGB § 638 kan en kunde når der er mangler ved udført arbejde betale en mindre pris end aftalt svarende til det ydelsen er værd under hensyntagen til manglerne.

6.12 Misligholdelsesbeføjelser - Erstatning

Det følger af PECL art. 9.501, at en part har ret til erstatning for tab som følge af manglende opfyldelse fra den anden part, når den manglende opfyldelse ikke skyldes force majeure. Tabet inkluderer ikke-økonomisk tab og fremtidige tab der med rimelighed kan forudses at ville opstå.

Den generelle udmåling af skade er det beløb der stiller den ikke-misligholdende part så tæt som muligt som om aftalen var fyldestgørende opfyldt. Sådan tabsudmåling dækker tabet som den ikke-misligholdende part har lidt og den gevinst, som parten blev frataget, jf. art. 9.502.

Den misligholdende part er kun ansvarlig for det tab som parten kunne forudse eller med rimelighed burde have forudset på tidspunktet for aftaleindgåelsen som et sandsynligt resultat af misligholdelsen medmindre misligholdelsen var forsætligt eller groft uagtsom, jf. art. 9.503.

Den misligholdende part er ikke ansvarlig for den anden parts tab i det omfang at den ikke-misligholdende part selv medvirkede til den manglende opfyldelse eller effekten heraf, jf. art. 9.504.

Den misligholdende part er ikke ansvarlig for tab i det omfang, den ikke-misligholdende part ved at tage rimelige skridt kunne have reduceret sit tab. Den ikke-misligholdende part har ret til at få erstattet alle rimelige omkostninger som parten har anvendt i forsøg på at mindske tabet, jf. art. 9.505.

Hvis den ikke-misligholdende part har hævet kontrakten og har foretaget rimelige erstatningstransaktioner indenfor rimelig tid kan parten kræve erstatning for forskellen mellem kontraktprisen og prisen for erstatningstransaktionen så vel som for andre tab, jf. art. 9.506.

Hvis den ikke-misligholdende part har hævet aftalen og ikke har indgået erstatningstransaktioner men der på ophævelsetidspunktet er en pris for opfyldelsen af ydelser omfattet af kontrakten, kan parten kræve forskellen mellem kontraktprisen og den samtidige pris såvel som yderligere tab, jf. art. 9.507.

Hvis betaling er forsinket er den ikke-misligholdende part berettiget til rente af beløbet fra forfaldstiden indtil betaling til den gennemsnitlige rente for kortfristede lån for primære låntagere gældende for valutaen på det sted betaling skal ske ifølge kontrakten. Parten kan kræve yderligere erstatning, jf. art. 9.508.

Hvis kontrakten siger, at en misligholdende part skal betale en specifik sum til den anden part for misligholdelsen får den ikke-misligholdende part denne sum uanset partens reelle tab. Dog kan beløbet nedsættes til et rimeligt beløb, hvis beløbet er urimeligt højt set i forhold til det tab, der er resultatet af den manglende opfyldelse og omstændighederne i øvrigt, jf. art. 9.509.

Tab skal udmåles i den valuta der bedst afspejler den ikke-misligholdende parts tab, jf. art. 9.510.

6.12.1 Engelsk ret

I engelsk ret er damages compensation for tab. Der er to former for tab: det tab som man normalt ville kunne forvente, der opstod og så de unormale og ekstraordinære konsekvenser, som den misligholdende part havde særlig viden om, og som resulterede i et tab.

Udgangspunktet er at den skadelidte skal stilles som om misligholdelsen ikke var sket. Erstatning omfatter tab, der har en årsagssammenhæng med misligholdelsen og tabet ikke er for langt fra hvad parterne ved aftaleindgåelse kunne forudse.

I sagen Victoria Laundry (windsor) Ltd v Newman Industries Ltd¹³⁹ skulle en leverandør levere en maskine til et renseri, og leveringen var forsinket. Køber fik erstatning ud fra en rimelig forventet indtægt i perioden, hvor maskinen var forsinket. Imidlertid kunne køber ikke få erstatning for nogle særligt lukrative aftaler indgået med forsvarsministeriet, da leverandøren ikke var bekendt med disse kontrakter.

Den ikke misligholdende part har pligt til at begrænse sit tab.¹⁴⁰

6.12.2 Engelsk ret - liquidated damages - penalty

Engelsk ret tillader ikke klausuler, der er fastsat for at skræmme parten til at opfylde. Det er en penalty clause og en sådan er ugyldig, og den misligholdende part skal da erstatte tabet efter de almindelige regler. Hvis formålet er at fastsætte et engangsbeløb, som tabet på rimelig vis vurderes at kunne udgøre, kan klausulen dog gøres gældende, og dette beløb skal betales i stedet for erstatning uanset om erstatningen ville have været større eller mindre. Domstolen kan ikke regulere beløbet. Ved afgørelsen af om der er tale om penalty eller liquidated damages tages hensyn til, hvorvidt boden er urimelig høj under hensyn til det tab, der kunne tænkes bevist. I så fald er det en penalty. Hvis det under de gældende forhold var umuligt at forudberegne et tab, og beløbet udgør et ærligt forsøg på at beregne dette, er boden liquidated damages. Hvis en bod er den samme uanset hvad misligholdelsen vedrører, er der formodning for, at boden er en penalty (f.eks. skal man betale samme bod hver gang man sælger en konkurrents produkt uanset hvilket produkt der er tale om).¹⁴¹

I aftalen kan man skrive, at parterne har diskuteret værdien af en evt. misligholdelse, og at parterne sammen har estimeret et tab til at være et bestemt beløb evt. pr. uge/måned osv. Hvis parterne aktivt har talt om, hvad der kunne være et rimeligt tab er det svært at modbevise for den misligholdende part, at beløbet ikke er et rimeligt estimat af forventet tab.¹⁴²

Hvis et aftalt erstatningsbeløb bliver tilsidesat af domstolene vil domstolene fastsætte en erstatning. Ved denne erstatning - Unliquidated damages – er målet at stille den ikke misligholdende part økonomisk, som om aftalen var korrekt opfyldt.

Erstatningen kan kun relatere sig til direkte tab og ikke tab, der er for fjerne i forhold til parternes aftale.

Den ikke misligholdende part skal begrænse sit tab.¹⁴³

¹³⁹ (1949) 2 KB 258

¹⁴⁰ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 135 f.

¹⁴¹ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 159 f.

¹⁴² David Fletcher Commercial contract drafting in English, kursusmateriale.

¹⁴³ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 136 f.

6.12.3 Engelsk ret - Direkte og indirekte tab

Erstatning udgør normalt direkte tab og erstatning gives normalt ikke hvis tabet er "too remote," jf. dommen omtalt i afsnit 6.12.1 om renseriet, der fik erstattet et generelt tab af indtægt men ikke nogle særlige favorable aftaler.

I sagen *Hotel Services Ltd v Hilton International Hotels (UK) Ltd*¹⁴⁴ havde Hilton hotel købt et IT system til at holde styr på minibaren bestemte dommeren, at tab af profit som følge af, at IT systemet ikke fungerede, var et direkte tab og således ikke omfattet af ansvarsfraskrivelsen om indirekte tab. Hvis man ønsker at fraskrive sig ansvaret for tabt indtjening, kan det derfor anbefales at fraskrive sig ansvaret for tabt indtjening *uanset* om tabet er direkte eller indirekte.

6.12.4 Tysk ret

Tysk ret anerkender både erstatning og bod. I visse tilfælde kan domstolene dog nedsætte boden til et rimeligt beløb. Det gælder f.eks. hvis en ikke-professionel handler med en professionel.

Tysk ret har ikke som krav, at et tab skal være forudsigeligt for den misligholdende part. Tabet skal dog være forårsaget af den misligholdende part og dermed begrænser ansvaret sig til de tab, der relaterer sig til selve misligholdelsen og således ikke tab, der kunne være sket uanset om modparten ikke havde misligholdt.

Den ikke misligholdende part skal begrænse sit tab.¹⁴⁵

Det følger af BGB § 343, at hvis boden er uproportional høj, så kan retten nedsætte beløbet, idet der tages hensyn til alle den forpligtedes interesser ikke kun de økonomiske. Hvis beløbet er betalt kan det ikke efterfølgende nedsættes.

Hvis en bod kræves som følge af, at den anden part ikke har opfyldt sin forpligtelse, kan den der skal betale boden kræve, at denne betales i stedet for opfyldelse af kontrakten, hvorefter den part der kræver boden betalt ikke længere kan kræve opfyldelse. Hvis en part har krav på bod kan parten forlange, at boden er minimumsbetaling for erstatning. Bodens afskærer ikke den anden part fra at kræve erstatning oveni, jf. BGB § 340.

Hvis der skal betales en bod som følge af levering af en ydelse, der ikke er kontraktmæssig, herunder at ydelsen ikke er leveret rettidigt, kan den anden part kræve boden betalt såvel som ydelsen leveret, jf. BGB § 341. Desuden kan parten forlange erstatning. Har parten accepteret at modtage ydelsen, men ønsker stadig at få boden betalt, kræves det dog, at parten ved accept af ydelsen har forbeholdt sig retten til at kræve boden betalt.

Hvis en aftalt straf består i andet end betaling af penge, afskærer den anden part sig fra at kræve erstatning, hvis parten kræver straffen udført, jf. BGB § 342.

Hvis en aftale om betaling af et engangsbeløb står i den ene parts standardbetingelser, kan betaling af dette engangsbeløb ikke kræves, hvis engangsbeløbet i den konkrete sag antages at ville overstige den skade, der forventes under normale eller den anden part nægtes at kunne bevise, at skaden eller faldet i værdi enten ikke er sket eller er væsentligt lavere end engangsbeløbet, jf. BGB § 309 (5).

¹⁴⁴ (2000) LTL C7200851

¹⁴⁵ Peter Nayler Business law in the global marketplace, s. 135

6.12.5 Frist for udbedring

Ifølge BGB § 249 skal en erstatningsansvarlig person stille den anden part som om skaden ikke var sket. Den ikke misligholdende part kan specificere en rimelig periode, hvor den misligholdende part skal genoprette forholdene uden misligholdelsen, og at tredjeparten hvis dette ikke sker indenfor tidsfristen ikke vil acceptere forbedring. Efter tidsfristens udløb kan tredjeparten forlange pengemæssig erstatning og mulighed for udbedring er udløbet.

6.12.6 Erstatning uden frist for udbedring

Det følger af BGB § 251, at hvis udbedring ikke er mulig eller udbedring ikke er nok til at kompensere den ikke misligholdende part skal den misligholdende part kompensere den anden part i penge.

Den misligholdende part kan kompensere den anden part i penge, hvis udbedring kun er mulig med uforholdsmæssigt store økonomiske omkostninger.

Erstatning skal også indeholde tabt fortjeneste, jf. BGB § 252. Der ses på hvilken fortjeneste, der kan forventes under normale omstændigheder under hensyntagen til de midler og de foranstaltninger, der er foretaget.

Erstatning kan kræves for alle tab, der ikke har karakter af bod.

Når der er krævet erstatning bortfalder muligheden for at kræve opfyldelse af kontrakten, jf. BGB § 281 (4). Den ikke-misligholdende part har ret til at få sin ydelse returneret.

Ifølge BGB § 284 kan den ikke misligholdende part i stedet for erstatning kræve refusion af rimelige omkostninger som den ikke misligholdende part har afholdt i tillid til, at kontrakten ville blive opfyldt, medmindre formålet med at afholde omkostningerne ikke ville være opnået uanset om den misligholdende part havde opfyldt aftalen.

6.13 Opsamling Misligholdelse

Ifølge PECL kan en part få tilkendt godtgørelse, når den anden part ikke opfylder sine forpligtelser. Flere retsmidler kan akkumuleres, medmindre de er uforenelige. Der er tale om væsentlig misligholdelse, hvis opfyldelse ikke er i overensstemmelse med kontrakten, med mindre den misligholdende part ikke kunne forudse resultatet.

I engelsk ret er det en væsentlig misligholdelse, når overtrædelsen vedrører en condition eller overtrædelse frarøver substansen af aftalen. I tysk ret er det væsentlig misligholdelse, hvis kontraktens formål forspildes, men det gælder kun overtrædelse af kontraktens hovedforpligtelser og ikke bi forpligtelser.

Det medfører nogenlunde ensartede regler for såvel PECL som engelsk og tysk ret.

Ifølge PECL kan en part der har rimelig grund til at tro at den anden en part væsentlig vil misligholde aftalen forlange sikkerhedsstillelse, og hvis ikke denne stilles, hæve aftalen (forventet misligholdelse).

I engelsk ret kan en aftale hæves og erstatning forlanges, hvis det er tydeligt, at aftalen vil blive misligholdt. I tysk ret kan en part tilbageholde sin ydelse og forlange sikkerhed, og hvis denne sikkerhed ikke gives, kan aftalen ophæves. Der er således overensstemmelse mellem PECL, engelsk og tysk ret, idet engelsk ret dog formentlig vil have større krav til tydeligheden, af den forventede misligholdelse.

Ifølge PECL kan en part give en ektrafrist og i så fald kan der først hæves, hvis ektrafristen ikke overholdes. I engelsk ret lægges vægt på aftalens udformning. Hvis det fremgår, at tiden er vigtig, kan der hæves uden ekstra frist. Fremgår det ikke, kan der gives ekstra frist og overholdes denne ikke, kan der hæves.

I tysk ret kan sikkerhed kræves og alternativt tilbageholde sin ydelse. Leveres ydelse ikke, kan aftalen hæves. Tysk ret kræver, at der gives en ektrafrist (nachfrist) hvor modparten kan levere, og først hvis denne frist ikke overholdes, kan aftalen hæves.

PECL er således en "mellemting" mellem engelsk og tysk ret, idet PECL bestemmer, at *hvis* der er givet en efterfrist, skal denne afventes før end ophævelse kan ske, mens dette er et krav i tysk ret og ikke i engelsk ret.

I PECL er begrænsning af misligholdelsesbeføjelser tilladt, med mindre det vil være i strid med rimelig handel.

I engelsk ret er ansvarsfritagelse for urigtige oplysninger ugyldig. Unfair contract terms act begrænser muligheden for at begrænse erstatningsansvar og ret til at hæve aftalen. Der foretages en reasonableness test om hvornår et vilkår er urimeligt. Loven gælder kun forbrugeraftaler og standardvilkår. Hovedregel er, at hvis ikke vilkåret er omfattet af unfair contract terms, så er klausulen gyldig.

I tysk ret kan ansvaret begrænses, men det skal være i overensstemmelse med treu und glauben. Ansvar for forsætlig ikke- opfyldelse af sine forpligtelser kan ikke begrænses.

PECL og tysk ret er således overensstemmende. I engelsk ret er der ikke krav om god skik, men nogle ansvarsbegrænsninger vil alligevel ikke være tilladt, jf. praksis. Der kan dog være ansvarsbegrænsninger, som engelske domstole må tillade, hvis de er i overensstemmelse med praksis, som en domstol ifølge PECL eller tysk ret kunne erklære ugyldige som følge af, at de ikke var i overensstemmelse med god skik.

Ifølge PECL kan pengeopfyldelse kræves, når betaling er forfalden. En part har ret til konkret opfyldelse (naturalopfyldelse) med mindre opfyldelse er ulovlig eller umulig eller vil påføre den anden part urimelige omkostninger. I engelsk ret er hovedreglen, at der ikke gives naturalopfyldelse. I stedet kan kræves erstatning til erstatningskøb, og naturalopfyldelse gives kun hvis sjældent, f.eks. hvis varen ikke kan skaffes andetsteds. Tysk ret giver mulighed for naturalopfyldelse.

I praksis vil det formentlig også i tysk ret ofte være sådan, at man ønsker erstatning for eksempelvis dyrere erstatningskøb, da der er tabsbegrænsningspligt, og en ikke misligholdende part skal i mange tilfælde have opfyldt aftalen rimeligt hurtigt efter misligholdelsen er opstået. I tilfælde hvor der er tale om særlige genstande, f.eks. unika, vil både engelsk og tysk ret give mulighed for naturalopfyldelse.

Ifølge PECL giver væsentlig misligholdelse mulighed for ophævelse. I engelsk ret medfører misligholdelse af condition ophævelsesmulighed. Det kan være svært at skelne condition fra warranties, terms mv. I tysk ret skal der gives en efterfrist, der ikke overholdes, før ophævelse kan komme på tale.

Det er væsentligt at være opmærksom på kravet om efterfristen, idet man ellers kan risikere, at de misligholdelsesbeføjelser, der tages i anvendelse vil blive anset for uproportionale, og den part der i udgangspunktet havde en ret som følge af den anden parts misligholdelse, kan risikere at miste denne ret som følge af ikke at overholde kravet om efterfrist.

Ifølge PECL kan en part kræve proportional prisreduktion (forholdsmæssigt afslag) i forhold til en udførelse, der ikke er i overensstemmelse med aftalen. Parten kan ikke kræve erstatning samtidig med prisreduktion for samme værdiforringelse. I engelsk ret opereres med erstatning, der så svarer til den manglende værdi af ydelsen. I tysk ret kan der betales det mindre beløb, ydelserne er værd. Der er således hovedsageligt overensstemmelse mellem PECL, engelsk og tysk ret.

Ifølge PECL kan der kræves erstatning for manglende opfyldelse og de fremtidige krav, der med rimelighed kunne forudses af den misligholdende part. Tabsudmåling skal stille en part så tæt som muligt på en korrekt opfyldt aftale. Er der aftalt et bestemt beløb skal dette betales uanset om skaden var mindre, med mindre beløbet er urimeligt.

I engelsk ret er udgangspunktet, at skadelidte skal stille som om skaden ikke var sket. Bod er ikke tilladt, så hvis et aftalt beløb ikke stemmer overens med et tab, kan boden ikke effektueres og alene almindelig erstatning kan tilkendes. I tysk ret anerkendes både erstatning og bod, der dog kan nedsættes af retten, hvis denne er urimelig høj. Den ikke misligholdende part kan forlange såvel boden betalt som ydelsen leveret. Den misligholdende part kan dog erklære, at boden betales i stedet for at levere ydelsen, hvorefter den ikke misligholdende part ikke længere kan kræve levering. Den ikke misligholdende part kan kræve erstatning samtidig med boden. Der skal gives en rimelig frist (nachfrist) før ophævelse eller erstatning kan komme på tale, medmindre opfyldelse er umulig og i så fald skal kompenseres i penge.

Der er således væsentlig forskel på engelsk ret i forhold til tysk ret og PECL, idet engelsk ret ikke tillader en straf i forbindelse med bod men kun en rimelig bedømmelse af hvilket tab, der kan komme ud af misligholdelse. I mange aftaler er der aftalt en bod for at afskrække den anden part fra misligholdelse og fordi det ofte kan være svært at dokumentere, hvilket tab man har lidt i den anledning. Det gælder ofte i f.eks. fortrolighedsaftaler. Det er derfor hensigtsmæssigt, at skrive i aftalen (individuelt forhandlet), at parterne begge er enig om, at der er foretaget en bedømmelse af, at bodens størrelse nogenlunde svarer til et tab, parten vil lide. Man skal være opmærksom på, at dette beløb vil være det eneste, der kan kræve ifølge engelsk ret og det gælder også, selv om man kan dokumentere et større tab. Herimod er det i tysk ret muligt at kræve både bod og erstatning, med mindre dette er forhindret i aftalens bestemmelser.

7 Hæftelse og modregning

7.1 Flere debitorer

I PECL kapitel 10 findes regler for hæftelse, når der er flere debitorer. Solidarisk hæftelse er gældende, når alle debitorer skal levere én og samme ydelse, og kreditor kan kræve ydelsen af enhver af dem indtil forpligtelsen er opfyldt til fulde, jf. art. 10.101 (1). Debitorerne imellem er ansvarlige for lige store dele medmindre aftalen eller loven bestemmer andet, jf. art. 10.105.

Hæftelse er separat når hver debitor er forpligtet til alene at levere delvis ydelse og kreditor kun kan kræve en del af ydelsen hos hver debitor, jf. art. 10.101 (2). Debitorer der hæfter separat deler forpligtelsen ligeligt mellem sig, medmindre aftalen eller loven stipulerer andet, jf. art. 10.103.

Hæftelse er fælles, når alle debitorer er forpligtet til at levere ydelsen sammen og kreditor kan kun kræve levering af dem alle i fællesskab, jf. art. 10.101 (3). Når der kræves penge for ikke-opfyldelse af en forpligtelse og hæftelsen er fælles, er debitorerne solidarisk ansvarlige for betaling til kreditor, jf. art. 10.104.

Ifølge PECL art. 10.102 er hovedreglen, at hvis flere debitorer i samme aftale er forpligtet til at levere samme ydelse til en kreditor, er de solidarisk ansvarlige med mindre aftalen eller loven stipulerer andet.

En solidarisk hæftende debitor der har opfyldt mere end sin andel kan kræve den overskydende del fra enhver af de andre debitorer op til den andel, som hver af de andre debitorer ikke har opfyldt tillige med en andel af rimelige omkostninger. En solidarisk hæftende debitor kan også - med respekt for evt. rettigheder og renter tilhørende kreditor - håndhæve kreditors rettigheder inkl. tilhørende sikkerheder for at få det for meget ydede fra hver af de andre debitorer indenfor den andel, som hver debitor skylder, jf. PECL art. 10.106.

Hvis en solidarisk hæftende debitor har betalt for meget, og det ikke lykkes at få en andel fra en debitor efter at have udført alle rimelige forsøg herpå kan andelen for de andre debitorer øges proportionalt, inkl. den debitor der har betalt for meget, jf. art. 10.106 (3).

Når kreditoren frigør eller indgår forlig med en solidarisk hæftende debitor frigøres de øvrige debitorer for hæftelse for den debitors andel. Debitorerne er fuldstændig frigjort af frigørelsen eller forliget, hvis dette fremgår heraf. Mellem solidarisk hæftende debitorer er den debitor, der blev frigjort fra sin andel kun frigjort for så vidt angår sin andel og ikke evt. krav som følge af, at en anden debitor ikke har betalt sin andel, trods rimelige forsøg på indkrævning, jf. 10.106.

En afgørelse fra retten vedrørende en solidarisk hæftende debitors ansvar overfor kreditor berører ikke de øvrige debitorers ansvar overfor kreditor eller retten til regres mellem de solidarisk hæftende debitorer, jf. PECL art. 10.109.

Kreditors frigørelse af krav imod en solidarisk hæftende debitor berører ikke de øvrige debitorers ansvar overfor kreditor eller retten til regres mellem de solidarisk hæftende debitorer.

Ifølge PECL art. 10.111 kan en solidarisk hæftende debitor overfor kreditor påberåbe sig ethvert modargument som en anden debitor kan påberåbe sig undtaget de modargumenter, der er personlige for den anden debitor. Påberåbelse af modargumenterne har ingen virkning for de øvrige debitorer.

En debitor der bliver opkrævet af en anden debitor kan påberåbe sig alle personlige argumenter, som debitoren kunne påberåbe sig overfor kreditor.

7.1.1 Hæftelse – flere kreditorer

PECL har også regler for den situation, hvor der er flere kreditorer.

Krav defineres som solidarisk, når enhver af kreditorerne kan kræve ydelse fra debitor, og når debitor kan forlange at levere ydelse overfor enhver af kreditorerne. Solidariske kreditorer har ret til lige dele af ydelsen med mindre andet er bestemt i aftalen eller ved lov, jf. PECL art. 10.204.

Krav er separate, når debitor skylder hver kreditor alene for den kreditors andel og hver kreditor kan forlange ydelse alene indenfor sin andel. Separate kreditorer er berettiget til en ligelig fordeling af ydelsen, med mindre andet er bestemt i aftalen eller ved lov, jf. PECL art. 10.202.

Krav er fælles, når debitor skal levere sin ydelse overfor alle kreditorerne og enhver kreditor kan kun kræve levering af ydelse til gavn for alle kreditorer i fællesskab. Hvis en af kreditorerne i et fælleskrav nægter eller ikke er i stand til at modtage ydelsen kan debitor frigøre sig ved at deponere penge eller ejendelen hos en tredjepart.

7.2 Engelsk ret

Joint obligation er en forpligtelse, der binder en eller flere debitorer til samlet ydelse overfor en kreditor eller en forpligtelse en debitor har til samlet ydelse overfor to eller flere kreditorer.

Udgangspunktet er, at alle debitorer skal betale samlet på én gang. Hvis kreditor frigør en debitor har det som udgangspunkt virkning for alle debitorer, der således alle frigøres, idet joint obligation ikke kan deles.

Several obligation er en forpligtelse, der binder to eller flere debitorer til ydelse separat overfor en kreditor eller en forpligtelse som en debitor er bundet til at opfylde overfor to eller flere kreditorer for sig. Hver part er kun ansvarlig for at betale sin andel af gælden og er ikke ansvarlig for de øvrige debitorers andel af gælden. Frigør en kreditor en debitor har det ikke virkning for de øvrige debitorer.

Hvis der ønskes several obligation skal det beskrives med hvilken andel hver part hæfter.

Joint and several obligation er en solidarisk forpligtelse, der binder hver af to eller flere debitorer for hele ydelsen.

Hvorvidt der er tale om solidarisk hæftelse eller anden form for hæftelse beror på fortolkning af aftalen.¹⁴⁶

7.3 Tysk ret

Ved delelige krav hæfter hver debitor for en lige andel og hver kreditor kan alene kræve en ligelig andel af ydelsen hos hver debitor, jf. BGB § 420.

Ifølge BGB § 421 er debitorerne solidarisk hæftende, når hver debitor er forpligtet til at levere hele ydelsen, og kreditor alene kan kræve ydelsen erlagt en gang, og kreditor kan efter eget valg kræve fuld eller delvis levering af ydelse af hver af debitorerne. Indtil hele ydelsen er leveret hæfter alle debitorer.

Ifølge BGB § 422 har levering af en ydelse fra en solidarisk hæftende debitor også effekt for de øvrige debitorer. Det samme gælder for ydelse, der leveres i stedet for kontraktmæssig ydelse, depositum og modregning.

Et krav som en solidarisk hæftende debitor har, kan ikke modregnes af de andre debitorer.

Eftergivelse aftalt mellem kreditor og en solidarisk hæftende debitor, har også virkning for de øvrige debitorer, hvis parterne i aftalen havde til hensigt at afslutte hele forpligtelsen, jf. BGB § 423.

Kreditors misligholdelse overfor en solidarisk hæftende debitor har også virkning for de øvrige debitorer, jf. BGB § 424.

For øvrige faktorer end nævnt i §§ 422-424 er disse kun gældende for den enkelte debitor personligt, med mindre forpligtelsen leder til en anden konklusion. Dette gælder især opsigelsesfrist, misligholdelse, mangler, en solidarisk hæftende debitors umulighed for at levere, begrænsninger i og ny begyndelse af en forældelsesfrist, suspension og suspension af udløb af en forældelsesfrist, sammenlægning af krav med gælden og en endelig og absolut dom.

Solidarisk hæftende debitorer imellem er forpligtet med lige store andele medmindre andet er bestemt. Kan en solidarisk hæftende debitor ikke betale fordeles hans andel i lige store andele på de resterende debitorer.

¹⁴⁶ Ole Lando, Eric Clive, André Prüm & Reinhard Zimmermann Principles of European contract law Part III, s. 65.

I det omfang en solidarisk hæftende debitor har betalt hele ydelsen til kreditor og kan kræve betaling fra de øvrige debitorer overgår kreditors krav imod de øvrige debitorer til ham. Overgangen af ejerskab til fordringen må ikke være til skade for kreditor.

Det følger af BGB § 427, at hvis mere end en person ifølge kontrakt binder sig til at levere en delelig ydelse, så hæfter personerne som solidarisk hæftende debitorer i tilfælde af tvivl.

7.3.1 Tysk ret - Solidariske kreditorer

Det følger af BGB § 428, at hvis mere end en person har ret til at kræve levering på en sådan måde, at hver af personerne har ret til at kræve hele ydelsen, men debitor er kun forpligtet til at levere ydelsen på en gang (solidariske kreditorer), kan debitor levere ydelsen til enhver af kreditorerne. Dette gælder også, hvis en af kreditorer allerede har anlagt sag om levering af ydelsen.

En solidarisk kreditors misligholdelse har også virkning for de øvrige kreditorer, jf. BGB § 429 (1).

Hvis krav og gæld er kombineret hos en solidarisk kreditor udløber de øvrige kreditorers rettigheder overfor debitor, jf. BGB § 429 (2).

Herudover gælder reglerne i BGB §§ 422, 423 og 425 med de nødvendige tilpasninger. Især gælder det, at hvis en solidarisk kreditor overdrager sit krav til tredjemand berører dette ikke de øvrige kreditorers rettigheder.

Det følger af BGB § 430, at imellem solidariske kreditorer har hver ret til ligelig andel af ydelsen, medmindre andet fremgår.

Hvis mere end en person skylder en udelelig ydelse hæfter personerne som solidarisk hæftende debitorer, jf. BGB § 431.

Det følger af BGB § 432, at hvis mere end en person kan kræve en udelelig ydelse i det omfang personerne ikke er solidariske kreditorer, kan debitor alene levere ydelse til dem alle i fællesskab, og hver kreditor kan alene forlange ydelse på vegne af alle kreditorerne samlet. Hver kreditor kan kræve, at debitor deponerer tingen, der skyldes alle kreditorerne, eller hvis tingen ikke er egnet til depositum, at det i stedet overgives til en af domstolene udpeget depositar.

Udover ovennævnte har faktorer der alene relaterer sig til en kreditor personligt ikke virkning for de øvrige kreditorer.

7.4 Modregning

Hvis to parter skylder hinanden forpligtelser af samme karakter kan hver part modregne partens ret til levering af ydelse (krav) i den anden parts krav i det omfang at parten på tidspunktet for modregningen har a) ret til at levere sin ydelse og b) ret til at kræve at den anden part skal levere sin ydelse, jf. PECL art. 13.101.

Ifølge art. 13.102 må en debitor ikke modregne med krav der er omtvistet for så vidt angår kravets eksistens eller værdi medmindre modregningen ikke vil skade den anden parts interesser.

Hvor kravene fra begge parter stammer fra samme juridiske forhold antages det, at den anden parts interesser ikke vil lide skade.

Hvor parterne skylder hinanden penge i forskellig valuta kan hver part modregne sit krav i den anden parts krav medmindre parterne har aftalt at den part, der foretager modregning alene skal betale i en specificeret valuta, jf. art. 13.103.

Ifølge art. 13.104 udøves retten til at modregne ved at give meddelelse til den anden part. Hvor en part giver meddelelse om modregning og parten har to eller flere krav overfor den anden part er meddelelsen kun effektiv, hvis meddelelsen identificerer de krav, det vedrører, jf. 13.105.

Modregning frigør forpligtelserne i det omfang de falder sammen fra tidspunktet for meddelelsen. Modregning kan dog ikke få virkning a) hvor det er udelukket ved aftalen, b) i krav i det omfang at kravet ikke kan gøres til genstand for udlæg og c) i et krav der følger af en bevidst ulovlig handling, jf. art. 13.107.

7.4.1 Engelsk ret

Modregning kan aftales, ligesom det kan aftales, at modregning *ikke* tillades.

Er der ikke aftalt noget om modregning, kan modregning gøres gældende under en retssag. En part har således ret til at fremsætte modkrav, der er forfaldent fra den dato, retssagen begynder. Modkravet behøver ikke at udspringe fra samme kontrakt som det krav, parten bliver mødt med men det skal kunne gøres op i penge, modkravet skal være for at afvikle en gæld, frigørelsestiden skal være kommet, men modkravet behøver ikke være over forfald, modkravet skal være mellem samme parter som hovedkravet.

Udenfor de lovmæssige krav findes "equitable set off." Her er der ikke krav om, at modkravet skal være forfaldent, men kravene skal til gengæld være tæt forbundet, så det ville være "imod equity" at behandle de to krav separat. Kravene skal kunne opgøres i penge. Et krav om at ophæve en kontrakt kan f.eks. ikke modregnes i krav, der ellers opstår som følge af kontrakten. Endelig skal kravene være mellem samme parter.¹⁴⁷

7.4.2 Tysk ret

Hvor to personer skylder hinanden ydelser af væsentlig samme art kan hver part modregne sit krav imod den anden parts krav så snart han kan kræve ydelse leveret og levere den ydelse, han selv skylder, jf. BGB § 387.

Modregning effektueres ved meddelelse til den anden part. Meddelelsen får ikke virkning hvis den er underlagt en betingelse eller en bestemmelse om tid, jf. BGB § 388.

Ifølge BGB § 389 er virkningen af modregning, at i det omfang kravene dækker hinanden er dømt til at udløbe på det tidspunkt de sættes op imod hinanden som mulige at modregne.

Der kan ikke modregnes med et krav imod hvilket der er gjort indsigelser, jf. BGB § 390.

Det følger af BGB § 319, at modregning ikke er udelukket pga. at der er forskellige steder for ydelse eller levering. Den der modregner må dog kompensere den anden part for den skade denne lider som følge af, at han ikke modtager eller ikke kan levere på et specifikt sted.

Hvis parterne har aftalt et specifikt sted og et bestemt tidspunkt for levering af ydelse antages det i tilfælde af tvivl, at modregning med et krav der har et andet leveringssted udelukkes.

¹⁴⁷ Key2law solicitors, set off, s. 4 ff.

Det følger af BGB § 396, at hvis en eller flere parter har flere krav der kan modregnes, kan den, der modregner, specificere de krav der ønskes modregnet. Hvis der gives meddelelse om modregning uden sådan specificering eller hvis den anden part protesterer uden ugrundet ophold modregnes i gæld, der først forfalder og ved flere gældsforpligtelser, der forfalder samtidigt, så i den gæld, der giver mindst sikkerhed for modregner og blandt lige sikre gældsforpligtelser den mest byrdefulde og ved lige byrdefulde den ældste gæld og ved lige gamle gældsforpligtelser, så modregnes i alle gældsforpligtelser proportionalt, jf. BGB 366 (2).

7.5 Renter

Ifølge 17.101 tilskrives renter det udestående tilgodehavende hver 12. måned. Det gælder dog ikke, hvis parterne har aftalt rente ved forsinkelse med betaling.

7.6 Engelsk ret

Det følger af Late Payment of Commercial Debts (interest) Act § 6, at erhvervsdrivende kan kræve 8% over Bank of England base rate, der fastsættes to gange om året. Parterne kan aftale anden rentesats, så længe satsen har til formål at kompensere sælger eller at afskrække for sen betaling, og det er rimeligt at lade aftalen træde i stedet for lovens bestemmelser, jf. § 9. Hvis retten ikke finder, at renten er i overensstemmelse med disse formål, gælder i stedet lovens bestemmelser.

7.7 Tysk ret

Ifølge BGB § 246 er renten på gæld under loven eller en retshandel 4% pa., medmindre andet angives.

Ifølge BGB § 248 er en forudgående aftale om, at renter skal være rentebærende, ugyldig.

7.8 Opsamling hæftelse og modregning

Ifølge PECL kan der være solidarisk hæftelse, separat hæftelse eller fælles hæftelse, og det gælder både ved flere debitorer og flere kreditorer.

Solidarisk og separat hæftelse kendes også i engelsk og tysk ret, mens fælles hæftelse ikke kendes. Det kan formentlig sammenlignes med "joint," der er udeleligt og tyske regler om udelelige krav.

I tilfælde af tvivl hæfter flere debitorer solidarisk jf. tysk ret og PECL, mens engelsk ret afhænger af fortolkning af aftalen.

PECL tillader modregning, når den ene part har ret til at levere sin ydelse og ret til at kræve den anden parts ydelse. Modregning sker ved at give meddelelse til den anden part. Modregning er dog ikke muligt, hvis det er udelukket i aftalen.

I engelsk ret kan der aftales modregning eller at dette ikke skal være muligt. Modregning kan gøres gældende i retssag eller via "Equity," der kræver, at kravene er tæt forbundne. I tysk ret er der adgang til modregning, og dette effektueres ved meddelelse. Tysk ret er således i det store og hele overensstemmende med PECL.

8 Overdragelse af krav

PECL kapitel 11 vedrører overdragelse af en ret til ydelse (krav) under en eksisterende eller fremtidig kontrakt. Medmindre andet er stipuleret eller omstændighederne kræver andet, gælder kapitlet også overdragelsesaftaler af andre omsættelige krav.

Et fremtidigt krav der rejses under en eksisterende eller fremtidig kontrakt kan overdrages, hvis det krav, overdragelsen vedrører, kan identificeres på det tidspunkt, kravet opstår eller på det tidspunkt parterne er enige om, jf. 11.102.

Et deleligt krav kan overdrages delvist men overdrageren er ansvarlig overfor debitor for evt. yderligere omkostninger, denne derved måtte pådrage sig, jf. 11.103.

Ifølge 11.104 skal en overdragelse ikke være skriftlig og er ikke underlagt andre formkrav. Overdragelse kan bevises på enhver måde, herunder ved vidner.

Det fremgår af 11.201, at en overdragelse af et krav overdrager til erhverver alle overdragerens rettigheder til ydelser i relation til det overdragne krav og alle tilhørende rettigheder, der sikrer sådan ydelse.

Overdragelse af et eksisterende krav får virkning på tidspunktet for aftaleindgåelse af overdragelsen eller på det senere tidspunkt, overdrager og erhverver er enige om, jf. 11.202.

Overdragelse af et fremtidigt krav afhænger af, at det overdragne krav kommer til eksistens men får derefter virkning fra tidspunktet for aftaleindgåelse af overdragelsen eller på det senere tidspunkt, overdrager og erhverver er enige om.

Ifølge 11.204 indestår overdrageren overfor erhververen for, at på tidspunktet hvor overdragelsen får virkning vil følgende betingelser være opfyldt undtaget hvis andet er oplyst overfor erhververen:

A) i) overdrageren har ret til at overdrage kravet, ii) kravet eksisterer og erhververens rettigheder er ikke påvirket af nogen påstande eller rettigheder (inkl. ret til modregning) som debitor måtte have overfor overdrager og iii) kravet er ikke underlagt andre forudgående overdragelser eller sikkerhedsrettighed til fordel for en anden part eller på anden måde behæftet.

B) Kravet og enhver aftale, det udspringer fra vil ikke blive ændret uden erhververs samtykke medmindre ændringer er tilladt ifølge overdragelsesaftalen eller ændringen er gjort i god tro og er af sådan beskaffenhed at erhververen ikke med rimelighed kunne have indvendinger herimod, og overdrageren vil overføre til erhververen alle overførte rettigheder, der har til formål at sikre levering af ydelse som ikke er tilhørende rettigheder.

En overdragelse der er forbudt eller på anden måde ikke er i overensstemmelse med kontrakten, der giver anledning til kravet er ikke effektiv overfor debitor med mindre debitor har samtykket til overdragelsen, eller erhververen ikke kendte til og ikke burde kende til den manglende overensstemmelse, eller overdragelsen er lavet under en kontrakt om overdragelse af fremtidig rettighed til betaling af penge. Foranstående har ingen indflydelse på overdragerens ansvar for den manglende overensstemmelse, jf. 11.301.

Hensynet til debitor er således fraveget i forhold til det praktiske erhvervsliv i f.eks. factoring arrangementer, hvor det vil være upraktisk for en erhverver at skulle gennemgå måske hundredevis af kontrakter for at sikre, at der ikke er et forbud imod overdragelse i en af kontrakterne. På samme vis kan en erhverver i god tro støtte ret på en overdragelse på trods af en klausul imod overdragelse. Det kan f.eks. være tilfældet, hvor forbud mod overdragelse ikke fremgår af selve kontrakten, men er vedtaget i en separat kontrakt mellem overdrager og debitor, hvilken kreditor ikke kendte og ikke burde kende til. Overdrageren er ansvarlig overfor debitor og kan således ifalde ansvar for overtrædelse af kontrakten.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Ole Lando, Eric Clive, André Prüm & Reinhard Zimmermann Principles of European contract Law Part III, s. 108.

En overdragelse som debitor ikke har givet samtykke til er ikke effektiv overfor debitor i det omfang den relaterer sig til en ydelse som debitoren pga. den beskaffenhed som ydelsen eller forholdet mellem overdrager og debitor har, ikke med rimelighed kan være forpligtet til at yde overfor andre end overdrageren, jf. 11.302.

Det fremgår af 11.303, at debitor skal levere sin ydelse overfor erhverver hvis og kun hvis debitor har modtaget skriftlig meddelelse fra overdrager eller erhverver som på rimelig vis identificerer kravet, der overdrages og pålægger debitor at levere sin ydelse overfor erhververen. Er sådan meddelelse givet af erhververen kan debitor dog indenfor en rimelig tidsperiode kræve at erhververen fremlægger pålidelig dokumentation for overdragelsen og indenfor denne tidsperiode tilbageholde sin ydelse.

Hvor debitor har fået viden om overdragelsen på anden måde end ved meddelelse kan debitor tilbageholde sin ydelse eller levere sin ydelse overfor erhververen. Hvor debitor leverer sin ydelse til overdrageren frigøres debitor alene, hvis debitor har erlagt sin ydelse uden kendskab til overdragelsen.

En debitor der levere sin ydelse til en person identificeret som erhververen i en meddelelse til debitor er frigjort medmindre debitor ikke kunne have været ubekendt med, at denne person ikke havde ret til at modtage ydelsen.

Det følger af 11.307, at debitor overfor erhververen kan påberåbe sig alle materielle og processuelle forsvar vedr. det overdragne krav som debitor kunne have haft overfor overdrageren.

Hvor der er successive overdragelser af samme krav har erhververen hvis erhvervelse først meddelelse til debitor prioritet overfor de andre tidligere overdragelser, hvis erhververen hverken kendte til eller burde have kendt til de tidligere overdragelser, jf. 11.401.

Prioritetsrækkefølgen af successivt overdragne kontrakter uanset om det er eksisterende eller fremtidige krav bestemmes af den rækkefølge, de blev indgået.

Ifølge 12.101 kan en tredjepart aftale med kreditor og debitor, at tredjeparten erstatter debitor med den virkning, at den oprindelige debitor frigøres.

En kreditor kan på forhånd samtykke til en ny debitor. I sådant tilfælde får overdragelsen alene virkning, hvis kreditor får meddelelse fra den nye debitor om aftalen mellem den tidligere og nye debitor.

Den nye debitor kan ikke rejse krav overfor kreditor i anledning af rettigheder, der stammer fra forholdet mellem tidligere og ny debitor, jf. 12.102.

Frigørelsen af tidligere debitor inkluderer evt. stillet sikkerhed, som den tidligere debitor har stillet overfor kreditor medmindre sikkerheden er stillet i et aktiv som overdrages til den nye debitor som en del af aftalen mellem tidligere og ny debitor.

Ved frigørelsen af den tidligere debitor frigøres sikkerhed stillet af andre personer end den nye debitor medmindre denne anden person samtykker til at fortsætte sikkerhedsstillelsen overfor kreditor.

Den nye debitor kan overfor kreditor rejse alle krav i anledning af rettigheder, som den tidligere debitor havde overfor kreditor.

8.1.1 Overdragelse af kontrakt

En kontraktpart kan aftale med en tredjepart, at denne tredjepart skal erstatte kontraktparten. I det tilfælde får overdragelsen kun virkning, når kontraktparten er frigjort som følge af den anden kontraktparts samtykke til overdragelsen, jf. art. 12.201.

8.2 Engelsk ret

I engelsk ret kan der ske overdragelse af pengetilgodehavende. Hvis en forpligtelse er personlig, kan der dog ikke ske overdragelse. En overdragelse er desuden ugyldig, hvis den væsentligt ændrer debitores forpligtelser eller hæver risikoen ifølge kontrakten væsentligt eller væsentligt forringer debitores chance for at opnå modydelse eller væsentligt reducerer aftalens værdi.

Ved overdragelse af sikkerhed skal dette registreres i officielt register. Overdragelse følger her den rækkefølge, de bliver registreret i registret.

Der gælder tre krav til overdragelse: En overdragelse skal være skriftlig, overdragelsen skal være "absolut" – dvs. gælde hele gælden (kan altså ikke deles) og være uden betingelser (må f.eks. ikke afhænge af tredjeparts samtykke) og endelig skal debitor have skriftlig besked om overdragelsen, jf. Law of property Act 1925, § 136.

Overdragelse kan dog også ske uden formaliteter, så længe overdrageren viser tydelig hensigt til at overdrage krav til erhververen. Der er i så fald tale om "equitable assignment." Den væsentligste forskel på overdragelse iht. loven og equitable assignment er, at en erhverver ikke selv kan anlægge sag mod debitor men skal have overdrageren med i sagsanlægget (eller anlægge sagen på vegne af overdrageren).

Overdragelse af fremtidige ydelser (f.eks. fremtidige afdrag af gæld) kan ikke ske i overensstemmelse med loven, ligesom der ifølge loven ikke kan ske deling af gælden (delvis overdragelse), og derfor er de fleste overdragelser "equitable assignments." Selv om der principielt ikke gælder formelle krav til en sådan overdragelse er det hensigtsmæssigt at gøre den skriftlig (af bevismæssige hensyn), og at informere debitor skriftligt om overdragelsen, så debitor betaler direkte til erhverver. En anden fordel ved at informere debitor er, at den der først giver meddelelse til debitor har forsterket i forbindelse med videreoverdragelser, når erhverver ikke kendte til tidligere overdragelser. Selv om lovens krav er opfyldt er der stadig tale om equitable assignment, når der er tale om overdragelse af fremtidige ydelser.

Debitor er beskyttet ved delvis overdragelse af gæld, idet et evt. krav imod debitor ikke kan anlægges ved retten med mindre alle kreditorerne samlet anlægges sagen.

Erhververen indtræder i overdragerens sted og må acceptere evt. indsigelser, som debitor kunne have overfor overdrageren. Debitor kan modregne med krav der opstod før meddelelse om overdragelse blev modtaget, uanset om kravet var forfaldent før denne dato eller ej.

Ved overdragelse af krav er det kun rettigheder og ikke forpligtelser, der kan overdrages. Ønskes overdragelse af både rettigheder og pligter, skal der indgås en trepartsaftale, hvor debitor også samtykker til overdragelsen. Det gælder således også, hvis det ønskes at udskifte en debitor med en anden debitor.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Heinz Kötz European Contract Law, s.265 ff.

8.3 Tysk ret

Ifølge BGB § 398 kan et krav overdrages af en kreditor til en anden person ved aftale med den person (overdragelse). Når aftalen er indgået, træder den nye kreditor i den tidligere kreditors sted.

Overdragelse kan dog ikke ske, hvis levering ikke kan ske til anden person end den oprindelige kreditor uden at ændre ydelsens indhold, eller hvis overdragelsen er udelukket i aftalen med debitor, jf. BGB § 399.

Et krav kan ikke overdrages i det omfang, det ikke er en forpligtelse, jf. BGB § 400.

Debitor kan rejse de samme indsigelser overfor en ny kreditor, som han havde overfor den tidligere kreditor på tidspunktet for overdragelsen, jf. BGB § 404.

Ifølge BGB § 406 kan debitor overfor den nye kreditor modregne krav mod den tidligere kreditor, medmindre han kendte til overdragelsen, da kravet opstod eller kravet først forfaldt efter han fik viden om overdragelsen og forfaldt senere end den overdragne fordring var forfalden.

Ifølge BGB § 407 skal den nye kreditor tillade, at ydelser som debitor leverer til den tidligere kreditor efter overdragelsen såvel som alle juridiske transaktioner foretaget efter overdragelsen mellem debitor og den tidligere kreditor i relation til kravet står ved magt overfor den nye kreditor, medmindre debitor kendte til overdragelsen ved levering eller ved den juridiske transaktion.

Det følger af BGB § 408, at hvis et overdraget krav igen overdrages af den tidligere kreditor til en tredjepart, og hvis debitor leverer til tredjeparten eller hvis der mellem debitor og tredjepart er foretaget en juridisk transaktion eller en juridisk tvist begynder at løbe gælder bestemmelserne i § 407 med de nødvendige tilpasninger til gavn for kreditor i forhold til den tidligere erhverver.

Det samme gælder hvis det allerede overdragne krav overdrages til tredjepart ved en domstols afgørelse eller hvis den tidligere kreditor overfor tredjeparten anerkender, at det allerede overdragne krav er overdraget til tredjepart som følge af loven.

Det følger af BGB § 409, at hvis kreditor giver meddelelse til debitor om, at han har overdraget kravet skal debitor acceptere overdragelsens virkninger, selv om overdragelsen ikke gennemføres eller ikke får virkning. Det svarer til at give meddelelse, hvis kreditor har udstedt et dokument, der relaterer sig til overdragelsen til den nye kreditor navngivet i dokumentet, og den nye kreditor præsenterer det overfor debitor.

Overdragelsen kan kun trækkes tilbage med den navngivne nye kreditors samtykke, jf. BGB § 409.

Debitor er kun forpligtet til at levere til ny kreditor, hvis der leveres et overdragelsesdokument udstedt af den tidligere kreditor. Opsigelsesmeddelelse eller en advarsel fra den nye kreditor er uvirksomme, hvis de stilles uden at fremvise det nævnte dokument og debitor afviser uden ugrundet ophold som følge heraf. Dette gælder dog ikke, hvis den tidligere kreditor har givet debitor skriftlig meddelelse om overdragelsen, jf. BGB § 410.

Ifølge BGB § 414 kan en gæld overtages af en tredjemand ifølge aftale med kreditor på den måde, at tredjemanden indtræder i den tidligere debtors sted.

Hvis en debitor ønsker at overdrage sin gældsforpligtelse til tredjemand, kræves det, at aftalen ratificeres af kreditor, jf. BGB § 415. Hvis kreditor ikke ratificerer aftalen anses overdragelsen af gældsforpligtelsen som ikke sket.

Så længe kreditor ikke har givet meddelelse om, hvorvidt han ønsker at ratificere aftalen, er debitor forpligtet overfor kreditor til at overholde sine forpligtelser i god tid. Det gælder også, hvis kreditor nægter at ratificere aftalen.

Ifølge BGB § 417 kan den nye debitor rejse samme krav overfor kreditor som den tidligere debitor. Den nye debitor må dog ikke modregne med krav som den tidligere debitor havde. Den nye debitor må ikke gøre indsigelse overfor kreditor baseret på det juridiske forhold mellem den nye debitor og den tidligere debitor, hvor gældsforpligtelsen overdrages.

Det følger af BGB § 418, at stillet sikkerhed bortfalder i forbindelse med overdragelse af gældsforpligtelse, med mindre den tidligere debitor giver samtykke til, at sikkerheden fortsætter.

8.4 Opsamling – overdragelse

Ifølge PECL kan overdragelse af krav ske uden skriftlighed eller andre formkrav, og debitor er forpligtet overfor erhververen, når debitor har fået skriftlig meddelelse om overdragelsen.

Engelsk ret har særlige regler i forhold til overdragelse, der skal ske skriftligt og registreres i et register. Det kan dog ikke ske ved fremtidige krav og ved del-overdragelse af et krav. Der kan i stedet laves en "equitable assignment," der dog kræver, at overdrageren skal med-sagsøge, hvis erhververen ønsker at indstævne debitor f.eks. pga. manglende betaling. Det er således vigtigt, at overdrageren i overdragelsesaftalen mellem overdrager og erhverver er forpligtet til at være medsagsøger eller giver erhververen ret til at sagsøge på vegne af overdrageren, og at denne medvirker hertil i fornødent omfang, idet erhververen ellers ikke kan gennemføre en retssag mod debitor.

Tysk ret er helt i overensstemmelse med PECL, undtaget for så vidt angår aftaler mellem overdrager og debitor, hvor overdragelse ifølge aftale ikke er tilladt. I det tilfælde kan der ikke ske overdragelse, hvorimod PECL regler medfører, at overdragelsen gennemføres, hvis erhververen var i god tro mht. overdragelsesforbuddet i aftalen mellem overdrager og debitor.

Debitorskifte kræver, at alle tre parter er enige herom i såvel PECL som i engelsk og tysk ret.

9 Konklusion / opsamling

I bilag 1 er en skematisk oversigt over de enkelte emner.

I engelsk ret er de vigtigste elementer i en aftale; tilbud-accept, consideration, hensigt til at blive juridisk bundet og klarhed.

Tysk ret tager ligeledes udgangspunkt i tilbud-accept og parternes vilje, og at aftalen er så bestemt at det er klart, hvad der er lovet og under hvilke betingelser.

Engelsk ret og PECL tager udgangspunkt i, at et tilbud kan tilbagekaldes, indtil tilbuddet er accepteret, mens tysk ret siger, at tilbud alene kan tilbagekaldes, før tilbuddet er kommet til modtagerens kundskab. Dette kan medføre, at tilbudsgiver har mulighed for at komme ud at tilbuddet, hvis prisen f.eks. udvikler sig ugunstigt i forhold til den pris, han har opgivet. Der kan dog gives en consideration for at tilbudsgiver er forpligtet af sit tilbud uden mulighed for tilbagekaldelse.

Kravet om consideration (modydelse) kendes ikke i tysk ret og PECL har heller ikke krav herom, hvorefter et løfte er bindende uden at løftegiver har fået nogen modydelse for at afgive løftet. Consideration behøver ikke at være svarende til ydelsen, og derfor kan der blot kræves f.eks. 1 pund. Alternativt er der mulighed for at indgå en deed, hvor ensidigt løfte uden consideration kan gives bindende.

Consideration gælder også ved ændringer i en allerede indgået aftale, og det er således vigtigt at være opmærksom på, at en aftale om prisforhøjelse uden modydelse for at acceptere dette, vil være ugyldig.

Reklame er ifølge PECL tilbud, mens det i både engelsk og tysk ret alene er en opfordring til at gøre tilbud, og den der reklamerer, er således ikke forpligtet til at indgå aftale på baggrund af reklamen. Det vil dog formentlig ikke gøre nogen stor forskel i praksis, idet den der reklamerer oftest ønsker at sælge sine produkter og derfor gerne indgår aftale på baggrund af reklamen.

I PECL og tysk ret er der krav om, at parterne skal handle i overensstemmelse med god tro og rimelig forretningssskik. Det gælder både ved aftaleindgåelse, i standardvilkår og ved fortolkning af aftalens bestemmelser.

I engelsk ret er der ikke et sådant krav. I standardvilkår skal særligt byrdefulde vilkår være fremhævet og vilkårene fortolkes imod stipulanten. Som udgangspunkt vil en ubalanceret aftale indgået af to uafhængige parter være bindende for begge parter. Imidlertid har engelske domstole f.eks. ved anvendelse af bestemmelserne om duress bestemt, at en aftale er ugyldig som følge af, at en part har udnyttet en økonomisk situation, hvor den anden part ikke havde andre muligheder. Desuden fortolkes vilkår strikt imod stipulanten og især ved ansvarsbegrænsningsklausuler har domstolene været restriktive i fortolkningen, så alene det der helt tydeligt fremgår, vil være undtaget fra ansvar.

Der er dog fortsat ingen generalklausul og engelske domstole er tilbageholdende med at fortolke udover hvad aftalen indeholder og vil være endog meget tilbageholdende med at udfylde en aftale, hvor parterne ikke har bestemt noget. I stedet kan aftalen anses som ikke indgået, hvis parterne ikke har indgået en tilstrækkelig klar aftale om alle væsentlige vilkår.

Ved fortolkning af aftalen ses der i engelsk ret på aftalens bogstav, mens man ser på parternes hensigt i hhv. tysk ret og PECL.

Idet engelsk ret lægger så stor vægt på aftalens bogstav, er det vigtigt at navngive aftalens bestemmelser korrekt i hhv. recitals (indledende ikke-bindende, f.eks. hensigtserklæring), conditions (væsentlige og giver hæve adgang), warranties (mindre vigtige og giver alene erstatnings adgang) og representations (udgangspunkt ikke bindende, men ved misrepresentation kan aftalen ophæves) afhængig af om man ønsker, at der skal være hævemulighed eller om bestemmelsen skal være ikke bindende.

Aftalen skal desuden være meget klar, og en aftale om at indgå aftale på et senere tidspunkt er ugyldig. Det betyder bl.a. at hvis parterne har aftalt genforhandling ved indtræden af særlige begivenheder, vil denne bestemmelse være ugyldig, med mindre det klart fremgår hvilke kriterier parterne skal lægge til grund for at tilpasse aftalen.

Ved misligholdelse har tysk ret et krav om nachfrist før end en aftale kan hæves. I PECL kan parterne gøre dette, men kan fravige dette. I engelsk ret kendes krav til nachfrist ikke.

Engelske domstole vil være tilbageholdende med at idømme naturalopfyldelse og vil som hovedregel alene idømme dette, hvis erstatning ikke giver den anden part tilstrækkelig retfærdighed (f.eks. ved helt særlige varer, der ikke kan skaffes andre steder). I tysk ret vil domstolene ofte idømme naturalopfyldelse, hvis den ikke misligholdende part ønsker det. Kompromiset i PECL blev, at naturalopfyldelse kan kræves, med mindre den ikke misligholdende part på rimelig vis kan få opfyldelse fra en anden part.

I tysk ret kan en part komme ud af en aftale, hvis aftalen beror på en fejltagelse. Dette kan kun lade sig gøre efter engelsk ret, hvis fejltagelsen skyldes den anden parts urigtige oplysninger.

Desuden har hver part ifølge tysk ret og PECL en pligt til at oplyse om ting, som parten ved, at den anden part finder vigtigt og som den anden part har misforstået eller oplysninger som en part ifølge god skik skal oplyse den anden part. Dette princip kendes ikke i engelsk ret.¹⁵⁰

Bod accepteres ikke i engelsk ret og en ren straf for at overtræde aftalebestemmelser vil være ugyldig. Har parterne derimod loyalt forsøgt at estimere erstatning ved misligholdelse af kontrakten, vil "boden" dog som hovedregel blive opretholdt. I tysk ret kan der aftales bod for overtrædelse af aftalen, og der vil som hovedregel ikke være begrænsninger i forhold til det reelle tab, den ikke misligholdende part har lidt. Dog skal en bod være i overensstemmelse med god skik.

Forældelsesfristen er som hovedregel 6 år i engelsk ret og 3 år i tysk ret, der dog er 30 år for krav fastslået ved dom.

Hovedforskellene er således de store krav til aftalens klarhed i engelsk ret, consideration og kravet om good faith samt nachfrist i tysk ret. Selv om der ikke kræves good faith i engelsk ret kan parterne aftale dette (reasonable endeavours), og domstolene vil således skulle fortolke ud fra denne bestemmelse. Desuden vil fortolkning af aftalerne i nogle tilfælde alligevel ende med det samme resultat, f.eks. hvor engelsk ret fortolker duress og en tysk ret formentlig vil fortolke imod god skik/billighed.

I denne afhandling er der alene set på engelsk og tysk ret. Medlemsstaternes lovgivning og traditioner er dog forskellige, også selv om de tilhører samme retsfamilie. Desuden kan sproget udgøre en barriere for fælles regler.

¹⁵⁰ Lennart Lyng Andersen, Jens Fejø og Ruth Nielsen (red.) Festskrift til Ole Lando, s. 32 f.

Indenfor aftaleretten burde det dog være muligt at ensrette deklaratoriske regler, sådan at parterne har noget at falde tilbage på, men som kan fraviges ved aftale. Samfundsmæssigt er det hensigtsmæssigt, at man på trods af aftalefriheden kan sætte visse begrænsninger, så helt urimelige aftaler ikke gennemføres. Selv om engelsk ret ikke har en generalklausul om god skik vil mange sager blive afgjort på samme måde som en tysk ret ville afgøre en sag efter *treu und glauben*. Blot vil domstolene have forskellige argumentationer, men en aftale, der stiller den ene part helt urimeligt i forhold til den anden part vil som hovedregel blive kendt ugyldig.

Det fremgår af PECL, at principperne er tiltænkt at være en model for en aftalelov i EU. Det vil være væsentlig nemmere for forretningsfolk og dermed til gavn for konkurrencen intern i EU, at samarbejdsparter kan få fornøjelse af et gennemarbejdet regelsæt, der har været diskuteret i alle EU's medlemsstater og således har balanceret de forskellige retsfamilier og enkelte landes traditioner mv. Udfordringen er måske at få gennemført krav om "god skik / billighed."

Omvendt har formanden for kommissionen for Europæisk Kontraktret Ole Lando udtalt, at det ikke var vanskeligt at blive enige om fortolkningsreglerne i PECL. De der fremgår af PECL kapitel fem ligner civil law fortolkningen, idet de lægger vægt på parternes vilje mere end common law, men fortolkningsreglerne i PECL vil medføre samme resultater som de fortolkningsregler, common law anvender.¹⁵¹

Et andet medlem af kommissionen for Europæisk Kontraktret, Hugh Beale mener, at selv om der ikke er et "good faith" krav i common law, så findes der så mange regler indenfor common law, der kontrollerer parternes opførsel, at disse regler har samme funktion som god skik reglen i civil law.

Hugh Beale synes endvidere, at det er en stor fordel, at der findes et sæt regler, som definerer almindelige principper indenfor aftaleretten, idet det har vist sig, at det tog tid og ressourcer at blive enige om terminologien, så et fælles regelsæt herom sparer tid.

Imidlertid mener Hugh Beale, at de enkelte landes love er baseret på en filosofi, der ikke fremkommer så tydeligt, når der blot ses på de enkelte regler. Reglerne er således baseret på et værdisæt, som måske ikke er ens for de involverede lande. F.eks. kan et land måske tillade parterne at handle individualistisk, mens et andet land forventer, at parterne handler loyalt og respekterer den anden parts interesser.

Hvornår har en part ret til at kræve god skik og samarbejde fra den anden part? Til hvilken grad har en part ret til at kræve opfyldelse i nøjagtig overensstemmelse med kontrakten? Hvis dette ses meget bogstaveligt, kan der være hurtigere adgang til ophævelse, hvis den anden part ikke leverer præcist, som der står i kontrakten. Hvilken værdi tillægges samarbejdsforholdet i en situation, hvor tingene går galt? Hvis samarbejdet værdsættes kan det trække i den modsatte retning, så den ikke misligholdende part skal være mere tolerant og give ekstra frist for opfyldelse osv. Endelig kan der ses på, hvordan retssystemet håndterer aftalebrud, dvs. i hvilket omfang retten tillader f.eks. ophævelse af en aftale, og hvor meget skal der til, før dette tillades.

Hvis det ikke afdækkes, hvilke værdisæt de enkelte lande tillægger kontraktretten og retssystemets vurdering heraf, kan der være risiko for, at Principperne fortolkes forskelligt i forskellige lande, selv hvis Principperne blev vedtaget som en fælles EU aftalelov. Hvis to dommere skal bedømme en sag, og den ene dommer lægger vægt på at bevare samarbejdsforholdet, mens den anden dommer lægger vægt på muligheden for at komme ud af kontrakten, så er der risiko for, at de to dommere bedømmer sagen med hver sit resultat.

¹⁵¹ Ole Lando m.fl. Udenrigshandelens kontrakter, s. 114.

Herudover diskuterer Hugh Beale, hvorvidt det overhovedet er ønskværdigt at få en ensartet lovgivning med ensartet fortolkning i hele EU. På den ene side er det værd at gøre en indsats for at undgå krig og konflikt og her kan lovregler spille en rolle. På den anden side stammer et lands lovregler fra landets kultur på samme måde som musik, kunst osv. Hvis kulturen skal ensrettes mistes den forskellighed, der præger landene. Med direktiver kan det opnås, at f.eks. konkurrencebegrænsninger undgås, samtidig med at medlemslandene kan bevare deres egen lovkultur i forbindelse med implementeringen. Et sæt frivillige principper medfører, at parterne har valgfrihed, hvilket foretrækkes frem for tvungne regler.

I stedet for at påtvinge et regelsæt vil landenes regelsæt formentlig naturligt nærme sig hinanden, idet Principperne kan bruges som en model, når landene skal vedtage eller ændre i aftaleretten. På den måde vil landene gradvist nærme sig hinanden naturligt frem for at blive tvunget til at acceptere et kompromis af regler.¹⁵²

Et advokatfirma, der har kontorer i mange forskellige EU lande mener ikke, at der overhovedet er behov for en fælles aftalelov. De peger på, at der allerede i dag i EU er vidtgående samarbejdet og konkurrence, selv om der ikke findes et fælles regelsæt for aftaleretten, ligesom der ikke er konstateret juridiske eller økonomiske problemer som følge af en manglende aftalelov. Advokatfirmaet mener, at parterne forhandler om at bestemme den lov, der passer bedst for deres samarbejde, og som giver klarhed og bestemthed. Der findes desuden regler for løsning af lovvalg, og det virker til, at der er tilfredshed med medlemsstaternes forskellige love.¹⁵³

Selv om der evt. ikke har været mange problemer i forhold til europæisk samhandel, så vil det dog gøre samhandlen mere smidig og let, hvis der findes et fælles regelsæt, som kan gælde for de forhold, parterne ikke har taget stilling til, og som giver et vist sikkerhedsnet for urimelige vilkår.

I forbindelse med kontraktforhandlinger kan det være svært for små og mellemstore virksomheder at undgå, at en større aftalepart gennemtvinger et lovvalg til fordel for sit hjemland. I denne henseende kunne det være hensigtsmæssigt med lovregler med en præceptiv regel om god skik eller lign., sådan at den lille virksomhed beskyttes mod en aftale, der stiller ham urimeligt dårligt, f.eks. fordi den lille virksomhed ikke har råd til at få juridisk bistand om reglerne i den store virksomheds hjemland. Et vist "sikkerhedsnetværk" kan muligvis også være med til at små og mellemstore virksomheder ønsker at indgå aftaler på EU plan, hvilket de måske har fravalgt som følge af usikkerhed om lovreglerne.

Endelig er det hensigtsmæssigt, at der gælder gennemarbejdede og afbalancerede regler i tilfælde af, at parterne ikke har foretaget lovvalg. Dermed sikres et mere afbalanceret regelsæt frem for at blot et lands lov vælges for hele aftalen.

¹⁵² Lennart Lynge Andersen, Jens Fejø og Ruth Nielsen (red.) Festschrift til Ole Lando, s. 32 ff.

¹⁵³ Allen & Overy, Response to COM (2010) 348, s. 4.

10 EU mod en fælles aftalelov?

EU Kommissionen offentliggjorde i juli 2001 en meddelelse til Rådet og Parlamentet vedr. europæisk aftaleret. Heri efterlyser Kommissionen oplysninger om, hvorvidt den manglende fælles EU aftaleret svækker interessen for grænseoverskridende transaktioner eller vanskeliggjorde disse til skade for det fælles indre marked. Kommissionen inviterede alle til at give sin mening til kende, herunder om man skulle lade aftaleretten være op til markedet og dets aktører, om der skulle vedtages ikke-bindende regler og hvilken forskrifttype der evt. kunne anvendes.¹⁵⁴

I 2003 vedtog Kommissionen en handlingsplan, som foreslog at uarbejde en fælles referenceramme som et ikke-bindende værktøj med principper, definitioner og standardregler til brug for revision af eksisterende EU lovgivning og til udarbejdelse af ny lovgivning på det aftaleretlige område. På den baggrund blev der nedsat en gruppe, der skulle foretage en juridisk analyse og fremkomme med et udkast til referencerammer.¹⁵⁵

I januar 2009 offentliggjorde gruppen Principles Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) i en endelig udgave. DCFR er baseret delvist på PECL. Referencerammerne er bredere end PECL og indeholder bl.a. også forbrugerregler.

Det var tiltænkt, at Frame of Reference kunne anvendes bl.a. af voldgiftsretter som en mulighed for at få en neutral og afbalanceret tvistløsning, ligesom referencerammerne kan anvendes ved national lovgivning på aftalerettens område. EF-Domstolen kan desuden anvende referencerammerne ved fortolkning af gældende EU ret.¹⁵⁶

Den 26. april 2010 nedsatte Kommissionen en "ekspertgruppe for en fælles referenceramme vedrørende europæisk aftaleret" bestående af medlemmer fra videnskabs- og forskningsinstitutter (den akademiske verden), aktører indenfor retsvæsenet og eksperter, der repræsenterer civilsamfundet.

Gruppen skal bistå Kommissionen med at forberede et forslag til fælles referenceramme med udgangspunkt i det generelle udkast til referenceramme. Gruppen skal således bistå Kommissionen i at udvælge de dele af referencerammerne, der vedrører aftaleretten og omstrukturere, ændre og supplere de udvalgte områder, sådan at Kommissionen kan foreslå ikke-bindende model regler for aftalerettens område.¹⁵⁷ Medlemmernes udnævnelse udløber den 26. april 2012.

Samtidig har EU Kommissionen udgivet "Grøn bog om løsningsmodeller for indførelse af en europæisk aftaleret for forbrugere og erhvervslivet." EU Kommissionen beder her om kommentarer bl.a. om hvorvidt reglerne bør gælde både nationale og grænseoverskridende aftaler, om anvendelsesområdet skal være bredt eller snævert, om reglerne bør omfatte bestemte aftaletyper, om der skal vedtages en europæisk civil lov, hvor der også reguleres erstatningsret, uretmæssig berigelse mv. Høringsperioden løb fra 1.7.2010 til 31.1.2011. Der er kommet flere end 300 hørings svar. Det er fortsat usikkert, hvorvidt der vedtages fælles europæiske aftaleregler og i så fald i hvilken form (lov, retningslinjer, værktøjskasse mv.), men EU Kommissionen arbejder videre hermed.

¹⁵⁴ KOM(2001) 398, 11.7.2001

¹⁵⁵ KOM(2003) 68, 12.2.2003.

¹⁵⁶ KOM(2004) 651, 11.10.2004

¹⁵⁷ KOM(2010) 233, 26.4.2010

Litteraturliste - kildehenvisninger

Allen & Overy, Response to COM (2010) 348.

Lennart Lyngé Andersen, Jens Fejø og Ruth Nielsen (red.), Festskrift til Ole Lando – Papers dedicated to Ole Lando, Gadjura 1997.

David Fletcher, company and commercial contract drafting in English, kursus afholdt 30.9.2010 – 1.10.2010 København.

Key2Law LLP, Solicitors, Set off, notes on the impact upon receivables financiers of the law of solvent set-off, London, 2004.

Heinz Kötz European Contract Law, Clarendon press Oxford, 1997.

Ole Lando, Kim Østergaard, Christina Tvarnø, Udenrigshandelens kontrakter, DJØFs forlag 2006.

Ole Lando Kort indføring i komparativ ret, 3.udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag 2009.

Ole Lando, Contract law in the EU - the Commission action plan and the principles of European Contract Law, høringsvar til Kommissionens handlingsplan 16. maj 2003, tilgængelig på Kommissions hjemmeside
http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-31.pdf

Ole Lando Some features of the Law of Contract in the Third Millennium, Scandinavian Studies in Law Vol. 40, 2000.

Ole Lando og Hugh Beale Principles of European contract Law Parts I and II combined and revised, prepared by the Commission of European Contract Law Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, 2000.

Peter Naylor Business law in the global marketplace, Elsevier Butterworth-Heinemann, Oxford 2006.

Richard Stone The Modern Law of Contract, Cavendish Publishing Limited, UK, 2005.

Engelske Domme

RTS Flexible Systems v. Mokerei Alois Müller, Case no. A1/2008/1481 og appel (2010) UK SC 14

Carlill vs. Carbolic smoke ball, (1893), 1. QB 256 C.A.

British Road Services LTD v. Arthur Crutchley & co LTD, 1968 1 AER 1015

Combe v. Combe, 2 KB 215 (1951) 1 All ER 767 CA

With v Flanagan, (1936) Ch 575

Rice v Great Yarmouth Borough Council, (2001) 3 LGLR 4

Evans & Son Ltd v Andrea Merzario Ltd, 2 All ER 930 (1976) 1 WLR 1078

Bannerman v White (1861) 10 CBNS 844

Dick Bentley Productions v Harold Smith (motors) Ltd (1965) 2 All ER 65

Routledge v McKay (1951) 1 All ER 855 (1954) 1 WLR 615

Esso Petroleum co. v Mardon (1976) QB 801 (1976) 2 All ER 5

British Bank for foreign trade v Novinex, (1949) 1 ALL ER 155 (CA)

Olley v Marlborough Court Hotel (1949) 1 KB 532

Napier v National Business Agency Ltd, (1951) 2 All ER 264

Goldsoll v Goldman (1976) Ch 158 (1976) 1 All ER 497

Raffles v Wichelhaus, (1864) EWHC Exch J19 (1864) 2 H & C 906 , 159 ER

Smith v Hughes (1871) LR 6 QB 597; [1861-73] All ER Rep 6(1913) 3 KB 56432; (1871) 19 WR 1059

Scriven Brothers and Company v Hindley and Company, (1913) 3 KB 564

B & S contracts and design v Victor Green publications, (1984) IGR 419

Bailey v De Crespigny, (1869) LR 4 QB 180

Walton Harvey Ltd v Walker & Homfrays Ltd, (1931) 2 KB 683

Krell v Henry, (1903) 2 KB 740

Davis Contractors Ltd v Fareham UDC, (1956) AC 696

Hochster v De la Tour, (1853) 2 E & B 678 (1843-60) All ER rep. 12

Woodman v Photo Trade Processing, (1981) 131 NLJ 935

Photo Production Ltd v Securior Transport Ltd, (1980) 1 All ER 556.

Tele2 International card company SA & Ors v Post Office Ltd, (2008) EWHC 158 (QB)

Poussard v Spiers & Pond, (1876) 1 QBD 410

Bettini v Gye, (1876) 1 QBD 183

Schuler AG v Wickman Machine Tool sales Ltd, (1974) AC 235

Victoria Laundry (windsor) Ltd v Newman Industries Ltd, (1949) 2 KB 258

Hotel Services Ltd v Hilton International Hotels (UK) Ltd, (2000) LTL C7200851

BMT Marine and Offshore Survey Ltd v Lloyd Werft Bremerhaven GmbH (2011) EWHC 32 (Comm)

Tyske Domme

NJW 1984, 1885 af 8.mar. 1984, Freibleibend

BGHZ 11,1, Metalforhandler prisliste, reagerede ikke på bestilling.

BGHZ 120, 281 af 25. nov. 1992, tilbudsgiver havde set bort fra tilbud som følge af misforståelse.

BGE 105 II 75, bankgaranti på visse vilkår, men ikke sikkert at det kunne opnås.

BGHZ 16, 71, 81 (1954), to læger byttede praksis

BGHZ 55, 248, udlejet et stykke jord til biograf, ekspert skulle fastsætte forlængelse og leje

BGH 24. feb. 1971, NJW 1971, 1036 BGH 24. feb. 1971, NJW 1971, 1036, olie leverandør

BGH 3. mar. 1988, BGHZ 103, 316, skibsejer fik ikke erstatning for brandskade, da nærmest til forsikring

Bilag 1 – skematisk oversigt over engelsk ret – PECL – Tysk ret

Engelsk ret	PECL	Tysk ret
Aftaleindgåelse		
Aftale er indgået når parterne har til hensigt at indgå en juridisk bindende aftale, de har aftalt alle væsentlige bestemmelser for aftalen og der er en modydelse – consideration.	Aftale er indgået når parterne havde til hensigt at blive juridisk bundet og de indgår en tilstrækkelig aftale.	En part er bundet af sin viljeserklæring, hvis han indså at modparten ville opfatte det som udtryk for at ville være bundet af aftalen. Aftalen skal desuden være så bestemt, at det er klart hvad der er lovet og under hvilke betingelser.
Consideration		
<p>Krav om modydelse, ellers er aftalen ugyldig. Modydelse behøver ikke svare økonomisk til ydelsen, dvs. blot betaling af 1 pund kan udgøre consideration.</p> <p>Consideration kan ikke være noget, der allerede er leveret eller noget, man allerede er forpligtet til at levere.</p> <p>Consideration kræves også i forbindelse med ændringer, overdragelser osv.</p> <p>Kan lave deed, der skal attesteres af to vidner og undgå consideration.</p>	Kendes ikke i PECL	Kendes ikke i tysk ret. En aftale hvor modparten ikke får nogen modydelse er gyldig.
Tilbud - accept		
<p>Tilbud er bindende når alle væsentlige vilkår er fastsat.</p> <p>Tilbud kan dog tilbagekaldes når som helst indtil det bliver antaget og er dermed ikke bindende før det bliver antaget.</p> <p>Reklame er som hovedregel opfordring til at give tilbud og således ikke bindende. Der er dog regler om vildledende reklamer mv.</p>	<p>Tilbud er bindende når det har til hensigt at blive til en aftale ved modpartens accept.</p> <p>Tilbud kan tilbagekaldes, hvis tilbagekaldelse er kommet frem før accept af tilbud.</p> <p>Reklame fra professionelle er tilbud til den angivne pris indtil lageret er udsolgt.</p>	<p>Tilbud er bindende fra det kommer til modtagers kundskab.</p> <p>Tilbud kan tilbagekaldes før eller på samme tid som tilbuddet kommer til modtagerens kundskab.</p> <p>Reklame er opfordring til at gøre tilbud.</p>

<p>Accept indenfor fristen eller indenfor rimelige tid hvis ingen frist er fastsat. Accept binder tilbudsgiver fra afsendelse af accept (postal rule)</p> <p>Der kan aftales særlig acceptmåde (f.eks. fax) – accept skal da overholde dette.</p>	<p>Accept skal ske indenfor fristen og hvis denne ikke er fastsat så indenfor rimelig tid.</p>	<p>Accept indenfor fristen eller indenfor rimelig tid, hvis ingen frist er fastsat.</p> <p>Tilbud fremsat overfor tilstedeværende person eller pr. telefon, fax eller andet elektronisk middel skal antages straks.</p>
<p>Modstridende standardbetingelser</p>		
<p>Battle of the forms Hovedregel: Last shot wins – dvs. den der sidst fremsender sine betingelser uden at den anden protesterer herimod har "vundet"</p>	<p>Ensydende vilkår gælder for aftalen. Det gælder dog ikke hvis en part – udover i standardbetingelserne - har gjort udtrykkelig opmærksom på at han ikke ønsker at være bundet af andre standardvilkår. I så fald er aftale ikke indgået.</p>	<p>Alene de betingelser der er enslydende er gældende for aftalen.</p>
<p>Skriftlighed – merger clause</p>		
<p>Står det i aftalen at alle aftaler skal indgås skriftlig er det bindende for begge parter.</p> <p>Det kan dog konkret fraviges hvis en mundtlig aftale om ændring kan bevises.</p>	<p>Parterne kan aftale at en skriftlig aftale erstatter alle tidligere indgåede mundtlige aftaler. Hvis det fremgår af standardvilkår er det kun en antagelse at parterne har aftalt dette.</p>	<p>Skriftlighedskrav i en aftale er bindende for begge parter.</p> <p>Det kan dog fraviges ved mundtlig aftale, hvis dette kan bevises.</p>
<p>Fuldmagt</p>		
<p>Fuldmagt kan aftales og binder principalen med tredjemand.</p> <p>Ved overskridelse eller ingen fuldmagt kan principal ratificere ellers er fuldmægtig erstatningsansvarlig.</p> <p>Der skelnes ikke mellem direkte og indirekte repræsentation. Der kan være tale om unavngivet fuldmagt, hvor tredjemand ikke kender principalens identitet. Principalen bindes af fuldmægtigens handlinger uanset om tredjemand kender principalens identitet.</p>	<p>Fuldmagt kan aftales og fuldmagt anses for givet hvis en rimelig tredjemand antager at en person har fuldmagt som følge af principalens opførsel eller udtalelser</p> <p>Indirekte repræsentation er når en person handler efter instruks fra en principal men ikke i principalens navn.</p>	<p>Fuldmagt kan aftales og binder principalen med tredjemand.</p> <p>Ved overskridelse eller ingen fuldmagt kan principalen ratificere aftalen. Ellers skal fuldmægtig erstatte tab eller opfylde kontrakten efter tredjemands valg.</p> <p>BGB omhandler kun direkte repræsentation, der også omfatter fuldmagt, hvor principalen ikke afsløres overfor tredjemand.</p>

Fortolkning af aftalen		
Good faith		
<p>Der er ikke et generelt krav om god skik i engelsk ret. Dog visse indskrænkninger i aftalefriheden:</p> <p>Unfair contract terms (gælder ikke internationale forhold)</p> <p>Supply of services and goods Act (ydelse skal udføres med rimelig omhu og dygtighed)</p> <p>Misrepresentation Act (Urigtige oplysninger giver adgang til erstatning og ophævelse af aftale.)</p> <p>og i retspraksis udviklede doktriner: promisory estoppel (ikke handle imod tidligere opførelse)</p> <p>duty to disclose information (ikke informationskrav men krav om opdatering af tidligere afgivne oplysninger)</p> <p>og abuse of rights (ikke hæveadgang ved bagateller selv om dette er aftalt)</p>	<p>Gennemgående tema i PECL at der altid skal handles i overensstemmelse med "god tro og redelig forretningskik"</p>	<p>Treu und glauben er et gennemgående tema i den tyske BGB og er fastslået i § 157 samt for skyldforhold i BGB § 242.</p>
Aftalefortolkning		
<p>Representations – førkontraktuel udtalelse, kan medføre erstatning eller ophævelse (men ikke begge)</p> <p>Terms express Fejl heri rettes under hensyn til omstændighederne på aftaletidspunktet, påvirkning af sproget, formuleringen giver åbenlyst forkert hensigt.</p> <p>Terms implied By law – f.eks. sale of goods and services act</p>	<p>Aftalen fortolkes ud fra parternes mening og ikke bogstaveligt</p> <p>Vilkår fortolkes imod den part der har formuleret vilkåret.</p> <p>En udtalelse forud for kontraktindgåelse skal anses som kontraktuel forpligtelse hvis den anden part rimeligvis forstod det sådan under hensyn til vigtigheden for den anden part.</p>	<p>Der ses på parternes erklæringer frem for en bogstavelig fortolkning.</p> <p>Kontrakter fortolkes i overensstemmelse med god skik under hensyntagen til sædvane og praksis.</p>

<p>By fact – indfortolke vilkår i aftalen der ikke står der, når det er nødvendigt for at aftalen kan få effekt.</p> <p>Warranties – mindre væsentlige vilkår Alene erstatning</p> <p>Conditions – væsentlige vilkår Ophævelse og erstatning</p> <p>Collateral contract "følgeaftale" uden hvilken parterne ikke ville have indgået aftalen.</p> <p>Der fortolkes ikke efter god skik.</p>	<p>Der fortolkes i overensstemmelse med god skik.</p>	
<p>Betingelser</p>		
<p>Condition precedent – aftalen er ikke bindende før betingelsen er opfyldt.</p> <p>Condition subsequent aftalen er bindende, men hvis betingelsen indtræder, er kontrakten ikke længere bindende eller den ene part er ikke længere bundet.</p>	<p>En forpligtelse kan gøres betinget af en fremtidig begivenhed, så forpligtelsen kun træder i kraft hvis begivenheden indtræder. Eller forpligtelsen ophører hvis begivenheden indtræder.</p>	<p>Ifølge BGB § 158 er en transaktion der er indgået under forbehold for at en betingelse indtræder, får den juridiske transaktion virkning, når betingelsen er opfyldt.</p> <p>Hvis en retshandel er indgået under forbehold for en efterfølgende betingelse afsluttes virkningen af retshandelen, når betingelsen er opfyldt, på det tidspunkt genoprettes den tidligere retstilstand.</p>
<p>Standardbetingelser</p>		
<p>Standardvilkår er som hovedregel bindende, når modparten er blevet gjort opmærksom på dem, fx ved at henvise til hvor de kan læses.</p> <p>Byrdefulde vilkår skal fremhæves (red hand rule)</p> <p>Uklar tekst fortolkes imod stipulanten.</p>	<p>En parts standardbetingelser er kun gældende, når parten har taget rimelige skridt for at gøre modparten opmærksom på standardbetingelserne.</p>	<p>Standardbetingelser er kun vedtaget, hvis den anden part er udtrykkelig henvist til betingelserne og har haft rimelig mulighed for at sætte sig ind i dem.</p> <p>Overraskende klausuler anses ikke for vedtaget.</p> <p>Standardbetingelser der imod god skik og urimeligt forfordeler den ene part er ikke gyldige.</p> <p>Der er visse betingelser der er ugyldige, jf. BGB § 308 ff.</p>

Gyldighed		
Aftaler stridende mod fundamentale principper		
Aftale om at begå kriminell handling er forbudt. Aftaler imod offentlig orden er ugyldig.	Kontrakt stridende mod ufravigelige retsprincipper er ugyldige	Handler der strider imod den offentlige orden er ugyldig. Det gælder f.eks. hvor en person udnytter den anden parts knibe, uerfarenhed eller manglende sund fornuft mv.
Fejl og vildfarelser		
Hvis parterne har misforstået hinanden mht. væsentlige vilkår i kontrakten, er aftalen ikke indgået.	En part kan træde ud af en aftale der er indgået i vildfarelse om lovgivning, hvis vildfarelsen skyldtes den anden part eller den anden part var bekendt med vildfarelsen uden at rette den. En part kan træde tilbage fra en aftale indgået som følge af modpartens svigagtige fremstilling i ord eller adfærd.	Hvis en part er blevet misforstået kan han træde tilbage fra aftalen hvis det sker uden ugrundet ophold efter at parten fandt ud af misforståelsen.
Trusler mv.		
Duress er ulovlige tvangsmidler som tvang, vold og trusler og gør at aftalen ikke er indgået. Misbrug af den anden parts situation til at fordreje balancen kan kendes ugyldig.	En part kan træde tilbage fra aftalen hvis aftalen er indgået på baggrund af trusler, parten var afhængig af den anden part, havde presserende behov, var uerfaren og den anden part udnytter dette groft urimeligt eller til overdreven fordel for ham selv.	En part kan træde tilbage fra en aftale, der er indgået som følge af svig, falsk eller ulovlig tvang.
Hard ship		
Hard ship kendes ikke i engelsk ret og skal en sådan gælde skal det indskrives i aftalen. Klausul om genforhandling er for upræcist til at kunne gøres gældende og klausulen kan dermed tilsidesættes. Skal gøres specifik – f.eks. med prisudsving og hvad der skal ske hvis dette sker (f.eks. prisen stiger tilsvarende, men ikke genforhandling).	Hvis aftalen er blevet væsentlig mere byrdefuld pga. ændrede omstændigheder skal parterne genforhandle om ændring eller ophør af aftalen.	BGB § 313 Ved væsentlige ændringer kan der kræves tilpasning af aftalen under hensyntagen til fordeling af risiko.

Force majeure		
Frustration of contract medfører automatisk bortfald af aftalen. Kan være tvivl om hvad domstolene erklærer for frustration og det er derfor en fordel at specificere i aftalen, hvad der forstås herved.	Manglende opfyldelse er undskyldt hvis den manglende opfyldelse skyldes en hindring udenfor partens kontrol	Hvis det kommercielle grundlag for kontrakten forsvinder uden at det kan tilskrives nogen af parterne bortfalder aftalen.
Forældelse		
Limitation act Hovedregel forældelse efter 6 år.	Forældelsesfrist er 3 år. Krav fastslået af retten forældes efter ti år.	Standard forældelsesperiode er 3 år. Krav afgjort ved dom forældes efter 30 år.
Misligholdelse		
Overtrædelse er væsentlig, når det er overtrædelse af en condition, Når det vedrører substansen i aftalen Når overtrædelsen viser at parten ikke har til hensigt at levere resten.	Opfylder en part ikke sine forpligtelser kan den anden part få godtgørelse Der er tale om en væsentlig misligholdelse når den væsentlig fratager den anden part hvad denne med rette kunne forvente.	Opdeling i hovedforpligtelse og biforpligtelse. Kun overtrædelse af hovedforpligtelse er væsentlig.
Forventet misligholdelse		
Aftalen kan hæves hvis det er klart udover enhver rimelig tvivl at modparten vil misligholde.	Der kan anmodes om at stille sikkerhed og ydelser kan tilbageholdes hvis der er begrundet mistanke om misligholdelse. Stilles sikkerhed ikke kan aftalen ophæves.	BGB § 321 en part kan tilbageholde sin ydelse når det er klart at den anden part vil misligholde. Leveres modydelse eller stilles ikke sikkerhed kan aftalen hæves.
Nachfrist		
Nachfrist kendes ikke. Det antages at en aftalt frist er væsentlig og overholdes denne ikke er den anden part berettiget til at ophæve aftalen.	Ved ikke-opfyldelse kan en part give den anden part en ekstra-frist. Under ekstrafristen kan alene kræves erstatning. Overholdes ekstrafristen ikke kan aftale hæves.	Det er et krav at der skal gives en ekstra-frist før aftalen kan hæves.
Ansvarsbegrænsning		
Fritagelse fra ansvar for urigtige oplysninger er ugyldig. Unfair contract terms act (gælder ikke internationale forhold)	Ansvar kan begrænses eller undtages i aftalen med mindre det vil være imod god skik at gøre det gældende.	Der kan aftalemæssigt sættes begrænsninger for ansvaret men dette skal være i overensstemmelse med god skik (treu und glauben). Begrænsning af ansvar ved forsætlig ikke-opfyldelse er ikke gyldigt.

Ingen krav om god skik – kan dog skrive i aftalen f.eks. "best/reasonbale endeavours"		
Misligholdelsesbeføjelser		
<p>Hovedregel er at der ikke gives dom for naturalopfyldelse. Kun hvis erstatning ikke giver modparten nok retfærdighed – f.eks. særlig genstand der ikke kan købes andre steder</p> <p>Ophævelse kan ske ved overtrædelse af en condition</p> <p>Forholdsmæssigt afslag kendes ikke men der gives erstatning, der kan beregnes som forskellen mellem korrekt vare og vare med defekt.</p> <p>Liquidated damages er erstatning der er opgjort på forhånd. I så fald kan der ikke kræves yderligere betaling end det aftalte beløb, heller ikke selv om der kan bevises højere tab.</p> <p>Penalty clause hvor der er fastsat bod for at skræmme modparten til at gøre eller ikke gøre en ting er ikke gyldig.</p> <p>Erstatning gives for direkte tab, ikke mere fjerne. Tabsbegrænsningspligt.</p>	<p>Naturalopfyldelse</p> <p>Ophævelse</p> <p>Forholdsmæssigt afslag</p> <p>Erstatning</p>	<p>Ønsker den ikke-misligholdende part naturalopfyldelse vil dommer typisk idømme dette.</p> <p>Før mulighed for ophævelse skal der gives en ektrafrist for at levere. Overholdes denne ikke kan aftalen ophæves.</p> <p>BGB § 638 en mindre pris end aftalt kan betales når der er mangler ved ydelsen.</p> <p>Tab skal være forårsaget af misligholdende part.</p> <p>Bod accepteres i tysk ret men beløbet kan nedsættes, jf. BGB § 343.</p> <p>Der skal gives frist for udbedring før erstatning kan kræves, jf. BGB § 249.</p> <p>Erstatning omfatter tabt fortjeneste.</p>
Hæftelse		
<p>Joint and several obligation hver debitor er ansvarlig for hele ydelsen.</p> <p>Several obligation – hver debitor er kun ansvarlig for sin andel af gælden. Beskrives i aftalen hvor stor andel hver debitor hæfter for.</p>	<p>Solidarisk hæftelse</p> <p>Separat hæftelse</p>	<p>Ved solidarisk hæftelse er alle forpligtet til at betale hele gælden. Debitorerne imellem hæfter for lige store andele.</p> <p>Ved delelige krav hæfter hver debitor kun med sin andel og kreditor kan kun kræve en andel fra hver debitor.</p>

<p>Joint obligation – alle skal betale på én gang og kreditor kan kun forlange samlet ydelse af alle.</p> <p>Gælder også for flere kreditorer.</p>	<p>Fælles hæftelse</p>	<p>Fælles hæftelse kendes ikke i tysk BGB.</p> <p>Reglerne gælder også for flere kreditorer med de nødvendige tilpasninger.</p>
<p>Modregning</p>		
<p>Modregning kan aftales og det kan aftales af modregning <i>ikke</i> kan ske.</p> <p>Modregning i retssag med krav der er forfaldent, skal opgøres i penge og skal være til afvikling af gæld.</p> <p>Equity: fordringerne skal have tæt sammenhæng så det ville være imod equity at behandle dem hver for sig. Krav skal kunne opgøres i penge.</p>	<p>Modregning kan ske i forpligtelser af samme art når de begge er forfaldne med mindre det væsentlig vi skade modpartens interesser.</p>	<p>Modregning kan ske ved meddelelse til den anden part.</p> <p>Der kan ikke modregnes med krav der er gjort indsigelser imod.</p>
<p>Renter</p>		
<p>Late Payment of Commercial Debts (interest) Act 8% over Bank of England base rate. Andet kan aftales så længe det er for at afskrække for sen betaling og det er rimeligt at træde i stedet for lovens bestemmelser.</p>	<p>Renter tilskrives hver 12. måned.</p>	<p>4% med mindre andet er aftalt.</p>
<p>Overdragelse</p>		
<p>Lovmæssig overdragelse skal være skriftlig, absolut (gælde hele gælden), være uden betingelser og debitor skal have skriftlig meddelelse.</p> <p>Overdragelse in equity gælder ingen formkrav</p> <p>Overdragelse af aftale kræver samtykke fra modparten.</p>	<p>En fordring kan overdrages med mindre der er tale om en personlig ydelse. Kræver skriftlig information til debitor.</p> <p>Overdragelse af kontrakt kræver samtykke fra kontraktparten.</p>	<p>Kun rettigheder kan overdrages og ikke forpligtelser.</p> <p>Kræver skriftligt overdragelsesdokument udstedt af overdrager, der leveres til debitor.</p> <p>Overdragelse af kontrakt kræver samtykke fra kontraktparten.</p>