



ansvarsfritagelsers gyldighed i erhvervsforhold

Palle Bo Madsen
Professor, Aarhus Universitet



Juridisk Forening i København, den 30. april 2018

Ansvarsfraskrivelse - hvad er det?

- Juridisk ordbog (von Eyben):
 - “forbehold i en aftale ..., hvorved de ellers gældende regler om ansvar i kontraktforhold begrænses eller ophæves”.
- Reelt en **rettighedsfraskrivelse**
(fra medkontrahentens side)
 - Løfte om *afkald* på et krav eller en misligholdelsesbeføjelse, som kunne gøres gældende efter de almindelige regler.

Kan man fraskrive sig sit ansvar?

- **I kontrakt:**
 - normalt JA (Aftalen sætter de pligtmæssige rammer)
 - men NEJ hvis *præceptive regler* eller andre kolliderende *samfunds-, loyalitets- og systemmæssige hensyn*.
- **Uden for kontrakt:**
 - principielt NEJ (Retsordenen opsætter pligtnormerne)
 - men ja hvis konkret samtykke til bestemt skade eller skaderisiko (accept af risiko/egen skyld).
 - Formentlig JA hvis kontraktrelaterede deliktkrav
- **Produktansvar (erhvervstingskade):**
 - normalt et deliktansvar – *kan* reguleres i kontrakt.
 - principielt JA, men indskrænkende fortolkning.



Lempelse af pligten til opfyldelse

Lempelse af misligholdelsesbeføjelser

Rigtig opfyldelse

beror på aftalen

Opfyldelse som aftalt er **ikke misligholdelse**

fx. "as is"-klausuler vedr. selve ydelsen
fx. *elastik* i kvalitet, ydelsestid mv.
fx. *hardship*-klausuler om genforhandling

Ikke-opfyldelse er misligholdelse

(U: afbestillingsret, AB 92 § 15,5)

vedtagelser om ansvaret

fraskrivelse
begrænsning

kvantitativt

(beløbsmaksimering)

kvalitativt

(ansvarsgrundlag, adækvans, følgeskader/indirekte tab)

vedtagelser om andre beføjelser

fx. såkaldte "maskinklausuler", NL pkt. 21-35
(afhjælpning frem for erstatning/ophævelse)

(fx. AB 92 § 35,2)



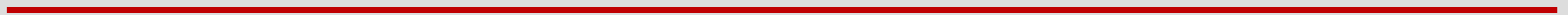
U 2012.3119 V

skødeklausul ved salg af erhvervsgrund:

» . . .

Ejendommen overdrages i øvrigt, **som den nu er og forefindes og af køber beset uden ansvar** for sælger, bortset fra vanhjemmel.

. . . «



Ansvar og Risiko

■ **Ansvar**

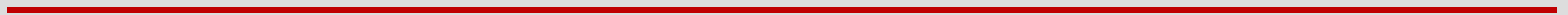
- vedrører betingelserne for, at nogen kan pålægges erstatningspligt.

■ **Risiko**

- vedrører faren for hændelig skade, som ingen kan gøres ansvarlig for.

■ **Ansvar konverteres til risiko ved aftalt ansvarsfritagelse**

- fordi et eventuelt tab – ligesom ved hændelig skade – da må bæres af den, skaden rammer.



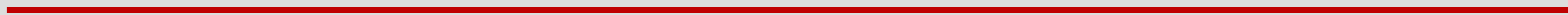
- ❖ **Udbredt anvendelse i alm. betingelser**
 - **kan give god kommerciel mening**
 - **win-win for begge parter**

■ **pro:**

- Cost/benefit-afvejning (risiko er en omkostning; påvirker prisen)
- Kalkuleret risiko som et led i en handel
- Økonomisk forudsigelighed og tryghed
- Procesøkonomisk tids- og omkostningsbesparelse

■ **contra:**

- “Moral hazard”
 - risiko for værdispild
 - ansvarsfrihed ikke acceptabelt ved grovere grader af skyld
- Risiko for uforudsete/uventede konsekvenser



Krav om fairness & rimelighed

Unidroit Principles Art. 7.1.6

≈ Principles of European Contract Law Art. 8:109

≈ Draft Common Frame of Reference III.-3:105

≈ Restatement of Nordic Contract Law § 1-6

Art. 7.1.6:

»A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance **substantially different** from what the other party **reasonably expected** may not be invoked if it would be **grossly unfair** to do so, having regard to **the purpose of the contract**«.



Tre angrebsmuligheder

(navnlig hvis manglende gensidig balance)

- **Skærpede krav til vedtagelse**
 - Særlig fremhævelse af uventede/byrdefulde vilkår
 - Også ved *agreed documents*? Tja! (nok mest nej)
 - **Indskrænkende fortolkning**
 - Mod koncipisten og/eller den mest kyndige
 - Også ved *agreed documents*? Nej!
 - **Åben aftalecensur: ugyldighed**
 - Indholdscensur
 - DL 5-1-2 (»lov og ærbarhed«)
 - Aftl. § 36 (»rimelighed«)
 - Også ved *agreed documents*? Tja (nok mest nej)
-



Fortolkning, ugyldighed eller manglende vedtagelse? U 1986.654 H

Mangelfuld levering ... havde trods gentagne afhjælpningsforsøg ikke formået at rette op på det.

I alt fald under disse omstændigheder findes appellanten **ikke** til friholdelse for erstatningsansvar **at kunne påberåbe sig** [fortolkning? eller tilsidesættelse?] den på bagsiden af ordrebekræftelsen aftrykte [manglende vedtagelse?] garanti- og ansvarsfraskrivelse, **som i øvrigt** ... ikke har været omtalt under salgsforhandlingerne og ikke fra tidligere forretningsforbindelse var indstævnte bekendt [manglende vedtagelse?].



To hovedspørgsmål

som behandles i det følgende

- **Kan man aftale ansvarsfrihed for grovere grader af skyld/uagtsomhed/illoyalitet?**
 - tilsidesat loyal oplysningspligt (ad aftaleindgåelse)
 - forsæt og grov uagtsomhed (ad opfyldelse)
- **Hvilken betydning har det, hvis aftalen har karakter af "agreed document"?**
 - forhandlet mellem professionelle og jævnbyrdige organisationer

Aftalt ansvarsfrihed for forsæt og grov uagtsomhed?

Romerret:

dolus (nej)

- forsæt/svig

culpa lata (mest nej)

- grov uagtsomhed

culpa levis (ja)

- simpel uagtsomhed

casus (ja)

- hændelig skade



Hvad er **grov** uagtsomhed?

- **Grader af uagtsomhed – og grader af grovhed**
 - Culpa lata er **ikke** dolus eventualis – men tæt på.
 - **Ikke** betinget af bevidst valg af erkendte adfærdsrisici.
 - Sondringen grov-simpel er **ikke** lig sondringen bevidst-ubevidst.
 - **Men** ... en subjektiv bevidsthed om risici kan spille ind:
 - *J. Günther Petersen* (1957): »oplyst culpa«
 - *Henry Ussing* (1967): »bevidst culpa«
 - *Bo von Eyben* (1993): »bevidst uagtsomhed«
 - U 2018.1072 Ø: »en så indlysende fare for den indtrådte skade...«
 - Adfærdsnorm – fastlægges af domstolene:
 - *Bo von Eyben*: »markant normafvigelse«
 - Kan være forskelligt fra område til område.
 - fx. U 2018.1072 Ø: »grov uagtsomhed i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i EAL §19«.



NL 92, pkt. 35

ansvarsfraskrivelse – ej for grov uagtsomhed

- Sælgeren har **intet ansvar** for mangler **ud over** det i punkt 21-34 foreskrevne. [“maskinklausul”: *kun* ret og pligt til *afhjælpning*]

Dette gælder ethvert tab, manglen måtte forårsage, herunder driftstab, tabt fortjeneste og andre økonomiske konsekvenstab.

Denne begrænsning i sælgerens ansvar **gælder ikke**, dersom han har gjort sig skyldig i **grov uagtsomhed**.

NSAB

ansvarsbegrænsning ved grov uagtsomhed?

- **NSAB 1976 (og tidligere):**
 - Tager reelt ikke stilling, men **retspraksis** siger: Ikke ansvarsbegrænsning hvis **forsæt og grov uagtsomhed**
- **NSAB 85:**
 - § 4, stk. 2: Ikke ansvarsbegrænsning hvis **forsæt**
- **NSAB 2000:**
 - § 5, stk. 2: Ikke ansvarsbegrænsning hvis **forsæt**
- **NSAB 2015:**
 - § 6, stk. 2: Ikke ansvarsbegrænsning hvis **forsæt eller grov uagtsomhed**



Manglende vedtagelse (skjult aftalecensur)

- **I almindelighed:**
 - Særlig fremhævelse af uventede og byrdefulde vilkår
- **Agreed:**
 - *Blot henvisning til det samlede regelsæt normalt tilstrækkeligt*
- **Orgalime S 2000 – agreed?(÷) – U 2017.2272 V:**
- Udbredt/velkendt/anvendt i *branchen* og mellem *parterne*
- **Generel henvisning** til regelsættet som udgangspunkt OK, **men særlig »vidtrækkende ansvarsfraskrivelse« i art. 38**
- Ikke konkret drøftelse af art. 38
- Ikke særlig fremhævelse af eller særlig henvisning til art. 38
- Ikke udlevering af vilkårene i forbindelse med aftalen
- Ikke affattet på dansk
- **Derfor ansås art. 38 ikke for vedtaget**



Indskrænkende fortolkning? (skjult aftalecensur)

- **I almindelighed**

- Byrdefuldt vilkår: Koncipist- og sagkyndigreglen

- **Agreed – U 2005.2438 H – NSAB**

- **Ansvarsbegrænsning**, dog ej for **forsætlig** skade
- Ubestridt **vedtaget** i sin helhed (ved henvisning hertil)
- Sø- og Handelsretten: **grov uagtsomhed**, derfor **ej ansvarsfri**
- **Højesterets fortolkning: alene forsæt** undtaget fra begrænsning, dvs. **ej indskrænkende** fortolkning
- (§ 36-anbringende afvist, jf. RPL. § 383 om nova)



Manglende gyldighed? – aftl. § 36 (åben aftalecensur)

- **I almindelighed:** Tilsidesættelse ved urimelighed/uredelighed
 - Dog ej hvis forsæt og grov culpa
 - Dog ej hvis “centrale” forpligtelser
- **Agreed – U 2006.632 H – NSAB**
 - NSAB ubestridt **vedtaget**
 - **Fortolkningen** følger U 2005.2438 H (kun **forsæt** er afgørende)
 - Ej forsæt i situationen; spørgsmål om **tilsidesættelse** efter § 36:
 - NSAB “blevet til efter drøftelse” (agreed)
 - Ansvarsbegrænsningen en del af **den samlede pakke** af vilkår, med hensyntagen til **forsikringsmulighederne**
 - **Ikke** tilsidesættelse efter § 36!



Wasa-dommen: NRt 1994.626 H om NSAB som agreed document

»Det er tale om en ansvarsregulering i en standardkontrakt fremkommet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som er representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Ansvarsreguleringen bygger således på en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende, herunder hensynet til foreliggende forsikringsmuligheter og til hvem som er nærmest til å tegne forsikring. Ikke minst gjør hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger seg gjeldende med styrke. Etter min mening ville det være uheldig å forrykke den ansvarsfordeling som på dette punkt følger av kontrakten«



knock-for-knock

IMCA (2012), clause 22

NF 2015, art. 30 + NTK 2015, art. 30

- **Tabet bæres, hvor det rammer, dvs.** hver part bærer (og forsikrer) alle tab på "sin" side
 - Afkald på alle indbyrdes erstatningskrav
 - Afkald på alle indbyrdes regreskrav
 - Gensidig skadesløsholdelse (krav betalt af "den forkerte")
- Uanset hvem der er skadevolder/skadelidte
- **Uanset hvilken grad af skyld!!**
 - Holder det i byretten??
 - Hvis *forsæt*? Hvis *grov uagtsomhed*?



NJORD B-dommen: LG-2012-77280

Gulating lagmannsrett 25.6.2013

Påstand om skadesløsholdelse i henhold til klausul om **knock-for-knock** (skibskollision)

- Sagen afgjort på andet grundlag, **men** retten udtalte samtidig, at der forelå et groft brud på agtsomhedsnormen, hvilket i sig selv var nok til, at knock-for-knock-klausulen ikke kunne finde anvendelse.
- Udelukker dette mon ansvarsfrihed ved alle former for »grov uagtsomhed«? – ikke nødvendigvis!
- Her var tale om grove og gentagne brud på lov- og myndighedskrav til skibes sikkerhed, dvs. væsentlige samfundsmæssige hensyn – ikke blot et spørgsmål om balance i parternes indbyrdes forhold.



– En lille *ekskurs* (og dog) –

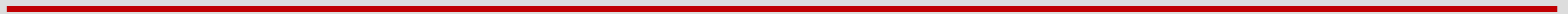
Retsøkonomi (& adfærdspsykologi)

økonomisk efficiens (& "behavioral theory")

- **Værdispildsbetragtninger** (*samfundsmæssigt set*)
 - Ansvarsfrihed → (omkostningsbesparende) uansvarlighed + illoyal tilsidesættelse *inter partes* af andres interesser.
 - Modarg. 1: Adfærd defineres ikke kun af ansvarsregler,
 - ønsket om at være "et ordentligt menneske" (etisk-moralsk)
 - hensyn til omdømmet (etisk-økonomisk)
 - fremtidige samarbejds- og indtjeningsmuligheder (økonomisk)
 - Modarg. 2: Man kan ansvarsforsikre for grov culpa,
 - Den præventive funktion reduceret til forsikringspræmien
 - Fremadrettet: selvrisiko + risiko for præmiestigning.
 - Har (som erstatningsreglerne) også en genoprettende funktion.

Pro et Contra

Taler for anerkendelse	Taler imod anerkendelse
Agreed document (jævnbyrdigt forhandlet)	Dolus, culpa lata, strikt ansvar (etik, prævention – "moral hazard")
Almindeligt anvendt og respekteret	Ej drøftet eller tydeligt fremhævet
Store og professionelle aktører (volumen og information)	Mindre og mere sårbare aktører (ringere spredning/pulverisering)
Bevidst handel om kalkuleret risiko (cost/benefit, risikospredning)	Misligholdelse af central forpligtelse (kerneydelse/faglige fejl)
Forudsigelighed (specifikke skadetyper/tabsposter)	Upåregnelige konsekvenser (“omvendt adækvans”)
Loyalitet og ækvivalens (ligevægtshensyn)	Misligholdelse af eksklusive beføjelser (maskinklausuler)
Begrænset ansvarsfrihed	Fuldstændig ansvarsfrihed
Forsikringsdækning	Grov tilsidesættelse af lov- og myndighedskrav
tingskade	personskade



Deliktansvar for konkurrenceskader

Ansvarsfrihed ift. legal ansvarsnorm uden for kontrakt

- **Almindelige erstatningsretlige principper:**
 - Flere ansvarlige for samme skade hæfter solidarisk
 - U: Hovedårsagslæren og EAL § 24 (samt EAL 24a & HBEL § 1, stk. 1)
- **Konkurrenceerstatningsloven:**
 - § 8: Karteldeltagere hæfter solidarisk for forvoldte tab
 - U: Undtagelser for SMV'er og modtagere af bødefritagelse (leniency)
 - § 14: Lempelse af solidarisk ansvar (samt regreskrav) for en skadevolder, der indgår **forlig**
 - U: hæfter for andre karteldetager, hvis de ikke kan betale
 - U fra U: hvilket dog udtrykkeligt kan udelukkes i forliget