

Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten

– En overset obligationsretlig grundsætning?

Af advokatfuldmægtig Christian Frank Madsen, Plesner, og professor (MSO), ph.d., Kim Østergaard, Juridisk Institut, Syddansk Universitet

Der eksisterer i dansk retspraksis et ikke ubetydeligt antal domme, hvor retsfiguren nærmest til at bære risikoen har været påberåbt og til tider anvendt af domstolene. Sagerne har været af såvel kontrakt- som deliktsretlig karakter. I artiklen analyseres og vurderes den foreliggende retspraksis af kontraktretlig karakter i et formueretligt perspektiv. Domme af deliktsretlig karakter, hvor retsfiguren indgår, behandles således ikke i nærværende artikel. Der kan af retspraksis udledes, at nærmest til at bære risikoen anvendes i forbindelse med fastlæggelsen af, hvem af parterne der er nærmest til at bære risikoen for en uklarhed i kontraktens ordlyd, og en heraf afledt anvendelse af fortolkningsparadigmet, koncipistreglen om at fortolke mod affatteren af kontrakten. I den øvrige retspraksis, hvor retsfiguren er blevet anvendt som aftalesupplering, kan retspraksis overordnet opdeles således, at der synes at være to risikoretlige grundsætninger, nemlig med fokus på henholdsvis den professionelle part og den part, hvis forudsætning svigter. Det konkluderes, at særligt ved aftalesupplering har den i retspraksis udviklede retsfigur selvstændig relevans i lighed og samspil med force majeure, forudsætningslæren og aftalelovens § 36 ved regulering og allokering af risikoen for en efterfølgende byrdefuld omstændighed.

1. Indledning – risikobegrebet i kontraktretten

Uagtet at *nærmest til at bære risikoen* er blevet påberåbt og til tider anvendt ved de danske domstole, er den retlige kvalifikation af, hvorledes *nærmest til at bære risikoen* skal rubriceres i retsvidenskaben, et spørgsmål, hvorpå svaret ikke falder lige for. Uanset at risikobegrebet er omtalt i flere henseender i den retsvidenskabelige litteratur, er det således, at *nærmest til at bære risikoen* i kontraktretten, hvor udtrykket anvendes af domstolene, tilnærmelsesvis er blevet forbigået i den juridiske litteratur. Hvori retsfigurens indhold og dennes relevans består, er formålet med nærværende artikel.

I juridisk forstand er det almindelige risikobegreb knyttet til den situation, at der ikke kan rettes et krav mod den anden part som følge af en uforudsigelig og tabsgivende

hændelse.¹ Der udledes fra dette almindelige risikobegreb en række afledte risikobegreber.² Risikobegrebet udtrykkes, på trods af diskussioner om det retlige indhold heri, således – på tværs af regler og situationer – hvem der må bære omkostningerne for det givne forhold, uagtet hvorledes det i retlig forstand kommer til udtryk.

Kontrahenterne kan i overensstemmelse med det almindelige aftaleretlige princip om aftalefrihed, jf. DL 5 – 1-1, 5-1-2³ og aftalelovens⁴ § 1 selv tage stilling til, hvorledes kendte risici skal allokere i forbindelse med en kontrakts indgåelse. Dette være sig ved at ændre på, hvad der følger af baggrundsretten i forhold til eksempelvis levering og risikoen overgang i et varekøb. Nyere retspraksis viser, at det nødvendigvis ikke altid er helt enkelt at udlede, hvorledes en kontrakt om levering og risikoen overgang skal fortolkes sammenholdt med købeloven⁵ og transportretten, jf. SH 2015.H-36-14 og H-37-14.

Imidlertid vil der som følge af, at en kontrakt kan være inkomplet i forhold til en efterfølgende omstændighed, opstå situationer, hvor den efterfølgende omstændigheds karakter bevirker, at det pågældende retsfaktum vanskeligt eller overhovedet ikke lader sig subsumere under en given retsregel, en kendt obligationsretlig grundsætning, herunder force majeure, forudsætningslæren, aftalelovens § 36⁶ eller en specialitetsgrundsætning. Disse bestemmelser, der under ét kunne betegnes som lempelsesregler, indebærer en mulighed for, at den bebyrdede part i et kontraktforhold helt eller delvist bliver løst fra sin eller sine forpligtelser på forskelligt retsgrundlag. Som det omtales nærmere nedenfor, er der i dansk retspraksis en udvikling, hvoraf det fremgår, at *nærmest til at bære risikoen* ved

1. Jf. Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, *Lærebog i Obligationsret I – Ydelsen Beføjelser*, 4. udg., 2015, s. 145. Karnov Group.
2. *Ibid*, s. 145 ff.
3. Jf. Danske Lov, Kong Christian den Femtes Danske Lov af 15. april 1683, som ændret ved lov nr. 336 af 14. maj 1992, lov nr. 469 af 30. juni 1993, lov nr. 383 af 22. maj 1996 og lov nr. 522 af 6. juni 2007.
4. Jf. Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, som ændret ved lov nr. 1376 af 28. december 2011.
5. Jf. Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17. februar 2014.
6. Det bemærkes, at med ændringen aftalelovens § 36 i 1995 kan en forpligtelse også skærpes. Se eksempelvis herom U 2004.2518 V.

kontraktudfyldning har en selvstændig og relevant betydning ved siden af force majeure, forudsætningslæren og aftalelovens § 36. Dertil kommer, at *nærmest til at bære risikoen* ligeledes anvendes i forbindelse med, at koncipistreglen bruges som fortolkningsparadigme, hvilket behandles nedenfor i afsnit 2.1. Det er ikke muligt inden for rammerne af nærværende artikel, i lighed med Henrik Udsens bidrag til det informationsretlige område,⁷ at undersøge, hvorvidt *nærmest til at bære risikoen* er en egentlig obligationsretlig grundsætning. I mangel af bedre begrebsdannelse omtales *nærmest til at bære risikoen* derfor som en *retsfigur i nærværende artikel*.

Nærmest til at bære risikoen indebærer en stillingtagen til, hvem af parterne der i et givet forhold må kvalificeres som relativt nærmere til at bære den givne omkostning sammenholdt med den anden part. Denne pointe udtrykker et af retsfigurens særlige karakteristika: dens dynamiske og relative natur, der ikke lader sig fastlægge ensidigt eller ud fra objektive eller faste kriterier, men altid er en in concreto-vurdering af to involverede parteretsposition – alene eller i samspil med andre retskilder. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen anfører, at spørgsmålet om, hvor en risiko skal placeres i sidste ende, beror på en domstolsafgørelse, men at det kan være af betydning i forhold til omsætningsikkerheden at opstille forskellige typeløsninger, som gennemsnitligt bedst stemmer overens med de involveredes interesser.⁸ Det er derfor et afledt formål med artiklen at analysere og vurdere, hvorvidt der af den foreliggende retspraksis kan udledes en række typeløsninger, som kan anskues som risikoretlige grundsætninger.

Nærmest til at bære risikoen anvendes i nærværende artikel med udgangspunkt i den retspraksis optrykt i *Ugeskrift for Retsvæsen* med det udfindelseskriterium, at den pågældende retspraksis vedrører aftale- og obligationsret. Der forelå ved færdiggørelsen af nærværende artikel i alt 97 domme optrykt i UfR herom.⁹ Det samlede antal domme, hvor *nærmest til at bære risikoen* er blevet anvendt af domstolene, er 30, mens der alene er fem afgørelser, hvor retsfiguren er blevet anvendt til fordel for en påberåbende part. De fem afgørelser er U 1981.646 H, U 1983.392 H, U 2005.2601 V, U 2007.3061 H samt U 2012.216 H. Der er således signifikant forskel på det antal domme, hvor *nærmest til at bære risikoen* er blevet anvendt i præmisserne, og det antal domme, hvor den påberåbende part har vundet sagen med henvisning dertil. Det synes derfor oplagt, at et afledt formål med artiklen er at italesætte for retsanvenderne, relevansen og mulighed for at anvende retsfiguren i kontaktretten. Såfremt anvendelsen af *nærmest til at bære risikoen* bliver mindre arbitrær og sker på et mere reflekteret grundlag, er der således grund-

lag for, at der opnås en højere grad af forudsigelighed kombineret med domstolenes mulighed for pragmatiske og rimelige afgørelser. *Nærmest til at bære risikoen* anvendes således i et kontraktretligt perspektiv i denne artikel, hvor retsfiguren har været anvendt ved fortolkning eller aftalesupplering. Retsfiguren har ligeledes været anvendt i deliktsretlige sager. Fra nyere retspraksis kan der bl.a. henvises til U 2012.743 S.¹⁰ Risikotankegangen kommer også til udtryk i ældre retsvidenskabelig natur på det deliktsretlige område, se herved eksempelvis Jørgen Trolles *Risiko og Skyld*.¹¹

Som nævnt anvendes retsfiguren såvel ved aftalefortolkning som aftalesupplering. For en dybdegående behandling af aftalesupplering, herunder fortolkning og udfyldning, henvises til *Aftalefortolkning* af Eigil Lego Andersen,¹² hvori forfatteren opstiller en ny model for aftalefortolkning i modsætning til Ussings¹³ traditionelle og mere opdelte tilgang til fortolkning og udfyldning, hvorefter: »[...] udfyldningen er en proces (fase 2), der efterfølger konkret fortolkning (fase 1) og bortfalder, hvor konkret fortolkning giver svar, så udfyldningen ikke er nødvendig.«¹⁴ Eigil Lego Andersen anskuer aftalefortolkning som en holistisk, juridisk proces med faktum, jus og subsumption i modsætning til den overvejende faseopdelte tilgang. Læren fra Eigil Lego Andersen understreger, hvorledes retsfiguren altid kan blive inddraget og eventuelt være udslagsgivende både i relation til fortolkning og udfyldning.

Anvendelsen af formuleringen *nærmest til at bære risikoen* udtrykker dog ikke alene retsfiguren, som beskrevet i denne artikel, men anvendes ligeledes som en juridisk formulering mere generelt.¹⁵ I den juridiske litteratur anvendes formuleringen ofte, hvor baggrundsrettens udviklingstrin er lavt og/eller i en normativ sammenhæng, eksempelvis som lege de ferenda- eller de sententia ferenda-betragtninger.¹⁶ Endvidere anvendes formuleringen ofte vedrørende erstatning, eksempelvis hvor der er tale om et skærpet ansvar,¹⁷ i opbevaringstilfælde¹⁸ eller som generelle formuleringer.¹⁹ Det skal ligeledes bemærkes, at retsfiguren under tiden anvendes med det samme meningsindhold men med anden formulering som eksempelvis *bære risiko* eller *nærmere til at bære risikoen*, jf.

10. Sagen er i U 2014.867 H senere afgjort af Højesteret, som dog ikke anvendte *nærmest til at bære risikoen* i sine præmisser.

11. Jf. Jørgen Trolle, *Risiko og Skyld*, 2. udg., 1969. G.E.C Gads Forlag.

12. Jf. Eigil Lego Andersen, *Aftalefortolkning*, Ugeskrift for Retsvæsen, 2014, B367.

13. Jf. Henry Ussing, *Aftaler på formuerettens omraade*, 3. udg., 1950, s. 421 og s. 432-433. Juristforbundets Forlag.

14. Jf. Eigil Lego Andersen, *Aftalefortolkning*, Ugeskrift for Retsvæsen, 2014, B367.

15. Jf. Marie Jull Sørensen, *Forbrugerens ret til en kontraktmæssig vare*, Juristen nr. 6, 2012, s. 289.

16. Jf. Henrik Udsen, *IT-ret*, 5. elektroniske udg. 2015, s. 565, 621 og 675.

17. Jf. Marie-Louise Holle, *Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemænd*, 1. udg., 2013, s. 91. Karnov Group.

18. *Ibid.*, s. 44.

19. *Ibid.* s. 57 og 107 og Marie-Louise Holle og Kim Østergaard, *Pirateri – anvendelse af civile beæbnede vagter om bord på danskflagede skibe*, Juristen nr. 6, 2012, s. 296.

7. Jf. Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udg., 2009. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

8. Jf. Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellem-mænd*, 6. udg., 2012, s. 193. Karnov Group.

9. Som et nyt eksempel, som endnu ikke er op trykt i UfR, henvises til GD.2017/05Ø.

U 1998.193 H og U 2001.1564 V. Det er således vigtigt at erindre, at formuleringen *nærmest til at bære risikoen* også anvendes i en bredere kontekst end det, som er formålet med nærværende artikel, der snævrere fokuserer på anvendelsen heraf i kontraktretten.

Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten har direkte hidtil kun været sparsomt diskuteret i den retsvidenskabelige litteratur.²⁰ Retsfiguren forbigås i al væsentlighed i de gængse aftale- og obligationsretlige fremstillinger,²¹ idet der primært fokuseres på risikoproblemer i forhold til levering og risikoens overgang og erstatningsproblematikker, som nævnt ovenfor.²²

Det synes derfor relevant at analysere på baggrund af de relativt mange domme inden for aftale- og obligationsretten, hvor *nærmest til at bære risikoen* er blevet påberåbt, hvorvidt *nærmest til at bære risikoen* som retsfigur i dansk ret har en selvstændig betydning og plads i forbindelse med kontraktfortolkning og ved kontraktudfyldning ved siden af og i samspil med force majeure, forudsætningslæren og aftalelovens § 36.

Af generel interesse for enhver, der søger at anvende retsfiguren, er Mads Bryde Andersens behandling af *konsekvensbetragtninger*,²³ der centrerer sig om det forhold, at eksempelvis domstolene ved afsigelse af en dom med et konkret resultat vil blive konfronteret med sin retsanvendelse på et senere tidspunkt, hvilket betyder, at domstolen allerede ved sin første retsanvendelse vil tage disse vanskeligheder i betragtning. Bemærkningerne er interessante, da de illustrerer, hvorledes konsekvensbetragtninger indgår i retsanvendelsen og retsskabelsen ved domstolene, herunder i forhold til retskildernes samspil. Den metodiske tilgang, som forfatteren illustrerer, bør retsanvendere have in mente i forbindelse med opbygningen og struktureringen af et juridisk argument, herunder særligt hvor sagen kan ende med at bero på et *nærmest til at bære risikoen*-argument, idet retsanvendelsen så meget desto mere bliver retsskabende og i det hele taget beror på friere overvejelser end påberåbelsen af en klar lovregel eller veludviklet obligationsretlig grundsætning. Konsekvensbetragtningstankegangen kan ligeledes tænkes at bibringe en delvis forståelse af baggrunden for retsfigurens opståen og anvendelse i samspil med andre retskilder. Hertil

bør det dog bemærkes, at selvom konsekvensbetragtningerne er valide og yderst illustrative, udgør disse ikke en absolut hindring, da dommes præmisser netop kan udformes så konkret, at de ikke kan lægges til grund i andre fremtidige sager²⁴ og dermed ikke påvirker den generelle retsanvendelse uhensigtsmæssigt.

2. Retsfigurens anvendelse

På nuværende tidspunkt synes retsfigurens anvendelse at materialisere sig således, at denne kan inddeles i de her i afsnit 2 anførte kategorier. Dertil kommer en række domme, hvor retsfigurens eksistens fremgår eksplicit, og hvor dommene anvendes ved udfyldning men uden for de i afsnit 2 nævnte kategorier.

Retsfigurens eksistens bekræftes således eksplicit i dommen U 2001.1993 H, idet Højesteret ræsonnerede sig frem til, at sagen, i mangel af fortolkningsmomenter og konkrete udfyldningsregler, måtte afgøres efter *nærmest til at bære risikoen*. Højesteret formulerede det således: »Virksomhedsoverdragelsen er ikke sket ved aftale mellem den hidtidige og den nye arbejdsgiver. De udfyldningsregler om refusionskrav, der antages at gælde ved sådanne direkte virksomhedsoverdragelser, kan ikke uden videre overføres til den foreliggende sag, men afgørelsen af, om ISS kan gøre krav gældende mod Scandic, må ske ud fra overvejelser om, hvorvidt ISS eller Scandic i den foreliggende situation er nærmest til at bære risikoen for de enkelte lønmodtagerkrav.« Højesteret anerkendte således eksplicit *nærmest til at bære risikoen* som retsfigur i dommen – in casu ved ikke blot at anvende en sådan løsning men ved eksplicit at anføre, at denne vurdering var afgørende i mangel af andre momenter. Højesteret arbejdede sig således metodisk frem til, at der måtte foretages en *nærmest til at bære risikoen*-løsning. En tilsvarende tilgang findes ligeledes i afgørelserne TBB 2005.184 VG og U 1984.517 H.

Endvidere ses en række afgørelser, hvor den part, inden for hvis kontrolsfære et forhold har været, anses for at være *nærmest til at bære risikoen*. Eksempelvis ses dette, hvor en part kunne have forhindret eller har forårsaget forhold, jf. U 1981.332 V, SH 2003 H-0008-02 og U 1984.517 H, hvor en part indgår som hvervgiver, jf. U 1981.609/2 Ø, U 2012.216 H og U 1995.691 V, og hvor tredjemandsrelationer påvirker opfyldelsen af det obligationsretlige forhold, jf. U 1983.392 H, U 2004.898 V, U 1994.146 Ø og SH 2013 H-0004-12.

2.1. Koncipistreglen

Anvendelsen af koncipistreglen indebærer en anvendelse af et fortolkningsparadigme til ugunst for koncipisten. Kontraktens uklarhed og deraf afledte ikke ønskede retsposition for koncipisten materialiserer sig først efterfølgende og kan dermed betragtes som en koncipistrisiko, der under visse omstændigheder kunne have været placeret hos medkontrahenten, særligt i kontraktrelationer mellem erhvervsdrivende. Som det fremgår af omtalen af

20. Se Kim Østergaard, *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv i Rettsøkonomi i nordiske dommer*, 1. udg., 2014 Skriftserie 197, redigeret af Erling Eide, Henrik Lando og Andre Stavang. I artiklen omtales et mindre antal domme i et informationsøkonomisk perspektiv.

21. Se dog Bernhard Gomard, *Introduktion til obligationsretten*, 1. udg., 1979, s. 47. Jurist- & Økonomforbundets Forlag, Erik Werlauff, *Skyldforhold – obligationsrettens grundbegreber*, 2. udg., 2011, s. 53 ff., Jurist- & Økonomforbundets Forlag og Isi Foighel, *Indledning til formueretten*, 1. udg., 1971, s. 300, Juristforbundets Forlag.

22. Erik Werlauff, *Kontrakter*, 3. udg. 2013, s. 217 f. Jurist- & Økonomforbundets Forlag, Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, *Lærebog i Obligationsret I – Ydelsen Beføjelser*, 4. udg., 2015, s. 145 ff., Karnov Group, og Bernhard Gomard, *Obligationsret 1. del*, 4. udg., 2006, s. 61, Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

23. Jf. Mads Bryde Andersen, *Ret & Metode*, 1. udg., s. 195-198, Gads Forlag.

24. Jf. Karsten Naundrup Olesen & Troels Michael Lilja, *Domsanalyse*, 2. udg., 2016, s. 22 f., Samfundslitteratur.

retspraksis nedenfor, er *nærmest til at bære risikoen* i en række domme anvendt som udtryk eller i stedet for koncipistreglen. At dommene er i overensstemmelse med den traditionelle forståelse af koncipistreglen ses derud, at alle de nævnte domme placerer risikoen for uklarheden hos den professionelle part. I litteraturen udtrykkes og forklares koncipistreglen undertiden med ordene »*nærmest til at bære risikoen*«, jf. herved bl.a. Hansen & Ulfbeck: »*Snarere end tilstedeværelsen af sproglig uklarhed, synes det afgørende at være, om den ene kontraktpart kan bebrejdes, at aftalen blev udformet som den gjorde, eller blot anses for at være den nærmeste til at bære risikoen for den bestående usikkerhed om aftalens indhold.*»²⁵

I forbindelse med anvendelsen af koncipistreglen er der også i retspraksis anvendt udtrykket *må bære ansvaret* i domstolenes præmisser. Af U 2004.2894 H fremgår det således af præmisserne: »... herunder at § 11 indeholder en vis uklarhed vedrørende omfanget af Stig Niensens erhvervsbegrensninger, som begge parter må bære ansvaret for nedsættelse af konventionalboden...«. Juridisk synes det mere retvisende at anvende udtrykket *nærmest til at bære risikoen* end at bære ansvaret, da sidstnævnte leder tanken hen på erstatningsretten. Dommen illustrerer også, hvorledes koncipistreglen, der forudsætningsvis hviler på, at der er tale om én koncipist, som bærer risikoen for en eller flere uklarheder i kontraktens ordlyd, udvides til at omfatte tilfælde, hvor begge parter, in casu parternes advokater ved udfærdigelsen af fissionskontrakten, må bære risikoen for i hvert fald to uklarheder i kontraktens § 11. Denne *udvidelse* af koncipistreglens anvendelsesområde synes også at stemme overens med, at det i praksis ofte ikke giver mening at tale om én koncipist, da et kontraktudkast tilrettes i en fortløbende proces, hvor begge parter, repræsenteret af advokat eller ej, medvirker til den endelige ordlyd af kontrakten.

2.1.1. U 1996.200/2 H

I sagen optog nogle privatpersoner et lån med en hovedstol på 125.000 kr. Lånet skulle tilbagebetales med 2.700 kr. pr. måned i 10 måneder pr. år. Banken oplyste i låneaftalen om tidspunktet for lånets forventede afslutning, at dette under forudsætning af uændret rente ville være afsluttet på ca. 6 år. Tidspunktet viste sig urigtigt på grund af en fejlregning fra bankens side. Byretten afgjorde sagen i låntagerens favør, mens landsretten og flertallet i Højesteret ikke fandt grundlag for at løfte forpligtelsen af låntagerne – uanset bankens fejl. Mindretallet i Højesteret betonedede, at det var banken, der som den professionelle part havde formuleret lånedokumentet, og banken var klar over, at det tidsmæssige aspekt var af væsentlig betydning for privatpersonerne. Derpå fandt mindretallet, at banken var *nærmest til at bære risikoen* for den uoverensstemmelse, der kom til at fremgå af låneaftalen.

Bemærkningerne om væsentligheden kan både anses som værende et udtryk for en forudsætningslære-tilgang eller en indholdsmæssig bemærkning til støtte for konci-

pistreglens anvendelse, idet koncipisten burde være særlig opmærksom på dette vilkår. Uanset hvorledes de sparsomme præmisser udlægges i relation til de just nævnte, må det dog konstateres, at mindretallets løsning efter *nærmest til at bære risikoen* i nærværende sag er et udtryk for en anvendelse af andre kendte retsfigurer, der tager form som *nærmest til at bære risikoen* i forhold til anvendelsen af koncipistreglen.

2.1.2. U 2001.655 V

Sagen vedrørte en tvist i relation til en kursdifference på et obligationslån i forbindelse med en købsaftale vedrørende en ejerlejlighed. I finansiering indgik bl.a. et obligationslån på 412.000,00 kr., der ifølge købsaftalen skulle optages til kursen pr. 27.07.1998 – kurs 98,15. Lånet blev hjemtaget den 16. oktober 1998 til kurs 94,15, hvilket medførte en difference på 16.480 kr. Det fremgik af købsaftalen, at »*hvis ejerskiftelånet bliver større eller mindre end anslået, reguleres således: Ejerskiftelånet optages i sælgers navn og provenuet tilfalder sælger. Sælger bestemmer tidspunktet for lånets hjemtagelse, dog senest pr. overtagedesdagen. Afvigelse fra det i nærværende beregning foretaget på underskriftsdato, er sælger uvedkommende, og reguleres over anden finansiering eller sælgerpantebrev, idet de nye låns samlede kontantværdi bevares.*«

Parternes uenighed udsprang af, hvem der skulle bære omkostningerne i forhold til kurstab, idet sælgeren henholdte sig til aftalens ordlyd og dermed mente, at der var aftalt et kontant provenu, mens køberen mente, at kursrisikoen alene var som aftalt indtil 15. august, idet der skulle ske overtagelse på denne dato. I byrettens præmisser, der tiltrådtes af et flertal i landsretten, anføres det: »*Det tilføjes, at købsaftalen er udfærdiget af den af sagsøgeren [sælger] antagne mægler, og sagsøgeren [sælger], der har været repræsenteret af advokat og har godkendt købsaftalen uden bemærkninger, herefter findes at være nærmest til at bære risikoen for den mulige uklarhed, der er i aftaledokumentet.*«

Som citatet afspejler, anvendes herefter en *nærmest til at bære risikoen*-løsning. I relation til anvendelsen af retsfiguren betones det, at sagsøgeren havde antaget en ejendomsægler og advokat til at varetage sine interesser. Der er således tale om en anvendelse af koncipistreglen i bred forstand, idet der ikke fokuseres snævert på, hvem der er koncipist, men hvem der bærer risikoen for uklarheden – in casu som følge af professionel rådgivning.

2.1.3. U 2007.409 H

Sagen vedrørte, hvem der var kontraktpart i forhold til nogle it-vedligeholdelsesaftaler. Tvistens kerne var, hvorvidt Nordic Computers A/S' aftale var indgået med BCP A/S eller dettes datterselskab, BCP Hardware A/S, som siden var gået konkurs. Ordlyden af aftalerne tilsagde, at aftalerne var indgået med moderselskabet. Derimod var den person, som aftalen var indgået med, og som underskrev aftalerne, ansat i datterselskabet og havde følgelig ikke den fornødne tegningsret eller fuldmagt til at forpligte moderselskabet. Nordic Computers A/S påtog sig ved aftalen at være underleverandør. Af de underliggende

25. Jf. Ole Hansen & Vibe Ulfbeck, *Lærebog i aftaleret*, 1. udg., 2014, s. 81, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

serviceaftaler, som Nordic Computers A/S ifølge vedligeholdelsesaftalerne skulle overtage, fremgik det, at disse var indgået med moderselskabet.

Flertallet på fire dommere i Højesteret fandt, at aftalerne var indgået med datterselskabet, og behandlede herefter spørgsmålet om, hvorvidt der forelå sådanne forhold, at moderselskabet på andet grundlag hæftede for opfyldelsen af aftalerne. Flertallet bemærkede, at datterselskabet befandt sig i en vanskelig økonomisk situation, men at der ikke derved var en forpligtelse til at sikre sig, at modparten blev bekendt med koncernforholdene og de økonomiske problemer. Videre anførte flertallet: »Vi lægger endvidere vægt på, at der ikke er grundlag for at antage, at BCP og BCP Hardware har forsøgt at skjule, at der var tale om to forskellige selskaber. Hertil kommer, at det var H.C. Jacobsen fra Nordic Computer, der udfærdigede udkastene til vedligeholdelsesaftalerne. Han må have bemærket, at der var to selskabsbetegnelser – BCP og BCP Hardware – og vi finder, at han burde have indset, at der kunne være tale om to forskellige selskaber. Han må desuden have set, at Nordic Computer skulle overtage serviceaftaler, der var indgået af BCP Hardware, og at det således var dette selskabs forpligtelser, Nordic Computer fremover skulle opfylde. Når disse omstændigheder sammenholdes med, at Bent Clausen ikke kunne vide, at Nordic Computer svævede i en vildfarelse med hensyn til koncernforholdene, finder vi, at Nordic Computer er nærmest til at bære risikoen for, at disse forhold ikke blev afklaret ved aftaleindgåelsen.«

Som det fremgår af citatet, tillagde flertallet det vægt, at det var en repræsentant fra Nordic Computers, der udfærdigede udkastene til vedligeholdelsesaftalerne, hvilket er et udtryk for koncipistreglen. Videre bemærkede flertallet, at modparten ikke kunne vide, at Nordic Computers svævede i en vildfarelse med hensyn til koncernforholdene, hvilket i denne sammenhæng må anses som en relevant overvejelse, der kunne bevirke, at koncipistreglen alligevel ikke skulle anvendes. Det bærende i flertallets argumentation var således koncipistreglen, der udtrykkes som *nærmest til at bære risikoen*. Mindretallet, der udgjordes af en dommer, fandt derimod, at BCP var *nærmest til at bære risikoen* for den vildfarelse, Nordic Computers befandt sig i ved aftaleindgåelsen, hvorfor disse hæftede for det krav, der gjordes gældende af Nordic Computers. Ud over vildfarelsen, som dommeren mente kunne bebrejdes BCP A/S, betonede denne ligeledes den usikre økonomiske situation.

2.1.4. U 2007.3061 H

I 2002 indgik Ellebæk Kirke og GE Capital en aftale om refinansiering af den af Ellebæk Kirke leasede kopimaskine. Kopimaskinen var leaset hos Telia Finans. Aftalen om refinansiering kom i stand ved en henvendelse fra direktøren i SHARP IT-partner ApS i Herning, Tonni Mikkelsen, der formidlede refinansieringen. GE Capital betalte et beløb til Sharp-Partner, der ligeledes betalte et beløb til Ellebæk Kirke. Videre betalte Ellebæk Kirke til GE Capital. Dog betalte Sharp-Partner ikke som forudsat til Telia Finans til indfrielse af deres ret til maskinen. Derudover var der en fejltagtig angivelse i kontrakten.

I præmisserne anføres det bl.a.: »Kontrakten blev indgået på Tonni Mikkelsens initiativ og ud fra en forudsætning om at der var tale om refinansiering af den kopimaskine Ellebæk Kirke oprindeligt havde modtaget som ny. Retten finder, at GE Capital som professionel långiver er nærmest til at bære risikoen for, at kontrakten som er affattet af GE Capitals samarbejdspartner, indeholder urigtige oplysninger, ligesom GE Capital må bære risikoen for ikke at have sikret sig, at de betalte til Sharp-Partner med frigørende virkning.«

Som det afspejles i citatet ovenfor, anvendte Sø- og Handelsretten koncipistreglen i bred forstand, idet GE Capital var *nærmest til at bære risikoen* for kontrakten, som var affattet af deres samarbejdspartner.

2.1.5. Opsamling

Som det fremgår af den ovenfor gennemgæede retspraksis, anvendes retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* i forbindelse med anvendelsen af koncipistreglen og dermed ved kontraktfortolkning.²⁶ Anvendelsen af retsfiguren synes velvalgt henset til, at koncipisten må bære risikoen for en eller flere utilsigtede retsvirkninger, end koncipisten havde forestillet og intenderet sig ved kontraktudførelsen.

Da retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* således i flere tilfælde er anvendt som udtryk for koncipistreglen og henset til de udfordringer, som koncipistreglen i snæver forstand står overfor, jf. herom ovenfor under afsnit 2.1, kan det overvejes, om koncipistreglen i den juridiske terminologi bør erstattes af *koncipistrisikoen* som nyt begreb for derved at skabe begrebsmæssig klarhed.²⁷ En sådan begrebsmæssig nyskabelse er i overensstemmelse med koncipistreglens bredere fokus på, hvem der har ansvaret for uklarheden, hvilket som nævnt ovenfor under afsnit 2.1 skete i U 2004.2894 H samt i de i analysen behandlede domme, der anvender *nærmest til at bære risikoen* i sager, der reelt er et udtryk for en anvendelse af koncipistreglen. Et sådant fokus på risikoen som styrende ses inden for erstatningsretten allerede i Jørgen Trolles *Risiko og Skyld*, hvor forfatteren anfører »Men de citerede udtalelser er ikke blot i sig selv et udtryk for skyldprincippet; de deducerer fra det: Uden subjektiv skyld, ingen erstatning. Dette er postulatet, det givne: Dette postulat fortæller imidlertid ikke, hvorfor ansvaret – eller erstatningsrisikoen – skal være betinget af skyld i subjektiv mening«. ²⁸ En sådan begrebsmæssig afklaring er ønskværdig, idet der dog ikke inden for rammerne af nærværende artikel er mulighed for en nærmere diskussion heraf samt de eventuelle yderligere overvejelser i relation dertil.

26. Se i forlængelse heraf i forhold til gyldighedsreglen og risikoproblematikker Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg., 2012, s. 383 ff., Karnov Group.

27. En sådan tankegods ses ligeledes forudsætningsvist hos Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg., 2012, s. 373., Karnov Group.

28. Jf. Jørgen Trolle, *Risiko og Skyld*, 2. udg., 1969, s. 5. G.E.C Gads Forlag.

2.2. Professionsrisikoen

Anvendelsen af *nærmest til at bære risikoen* i relation til den professionelle part er aktuel, da denne part bedre kan kvalificere og kvantificere efterfølgende risici end den ikke professionelle eller mindre professionelle part.²⁹ Dette understøttes endvidere i en bredere forstand af *Bryde Andersen*, der under overskriften *risikobetragtninger* anfører: »Ligesom erstatningsretten og kontraktretten gør det, fokuserer risikoovervejelserne dermed på, hvordan samfundet ønsker, at den enkelte bør reducere sandsynligheden for at bestemte – uønskede – hændelser indtræder.«³⁰ Det anførte synspunkt understøtter, at den professionelle part har eller bør have bedre forudsætninger for at kunne forudsige risici og afværge eller minimere disse risici negative påvirkning. Hypotesen anvendes i forståelse hermed, da den omtalte retspraksis nedenfor omhandler situationer, hvor parten handler i egenskab af professionel i udøvelsen af sin *kerneforretning*. Dermed ses der bort fra situationer, hvor den erhvervsdrivende udøver enkeltstående transaktioner. Se til illustration heraf U 2012.216 H om ophævelse af en frisør-elevs uddannelsesaftale efter erhvervsuddannelseslovens³¹ § 61, stk. 2.

Nedenfor omtales de domme, hvor princippet om den professionelle risiko er blevet anvendt. Princippet omtales i nærværende artikel som »professionsrisikoen«.

2.2.1. U 1996.200/2 H

Dommen er omtalt nærmere ovenfor under 2.1.1. men kan også fortolkes i retning af professionsrisikoen, idet banken selv er *nærmest til at bære risikoen* for sin egen regnefejl, hvilket i relation til hypotesen kan anses for at være en påregnelig risiko ved bankdrift. Der er således mulighed for at indregne denne risiko i en banks prisfastsættelse. Det bemærkes, at professionsrisikoen ikke kan anses for ekspliciteret i præmisserne, uagtet at de er i overensstemmelse hermed.

2.2.2. U 1997.203 V²

Et VVS-firma havde gennem en forhandler købt et limprodukt, hvor producenten på omsætningstidspunktet i

29. Tankegangen er retsøkonomisk funderet og udtrykkes undertiden som pulveriseringssynspunktet i retsvidenskab. I økonomisk teori er det synonyme begreb diversifikation, således at den professionelle part kan sprede den økonomiske risiko gennem et større antal transaktioner end den ikke professionelle eller mindre professionelle part. I den økonomiske teori er der en antagelse om, at den professionelle part i udgangspunktet er risikoneutral, mens den ikke-professionelle part er risikoavers.

30. Jf. Mads Bryde Andersen, *Ret og metode*, 1. udg. 2002, s. 198 f. Gads Forlag.

31. Jf. Lovbekendtgørelse nr. 439 af 29. april 2013.

32. Sagen vedrører primært produktansvar og dermed et deliktsretligt krav. Selvom limen isoleret set ikke kan betragtes som lidende af en faktisk mangel, bevirker den mangelfulde instruktionsvejledning, at limen i det konkrete tilfælde må anses for at lide af en faktisk mangel og dermed er et kontraktretligt krav. Selvom Vestre Landsret ikke direkte tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en væsentlig mangel som følge af den manglende instruktionsvejledning, må det i lighed med U 2014.578 H anses som værende tilfældet.

brugsvejledningen (påført etiketten) udelukkende havde oplyst om, at limen skulle påføres i et tyndt lag. Limen skulle anvendes til limning af PVC-rør, som skulle anvendes til fremføring af lufttryk. Imidlertid sprængtes rørene efterfølgende, da der blev sat tryk på. I sagen blev det lagt til grund, at tingsskaden skyldtes, at limens indhold af opløsningsmidlet var blevet opløst af kondensvand, hvilket efter skønsmandens vurdering kunne være undgået ved en gennemskylning af rørene med vand. Instruktionsvejledningen var dermed ikke fyldestgørende. Af byrettens præmisser fremgår det i forhold til forhandlerens ansvar, at: »Da sagsøgte som et sædvanligt led i sin forretning har solgt limen, findes sagsøgte i forhold til sagsøgeren at være nærmest til at bære risikoen for de som følge af limens defekt opståede skader, og derfor over for sagsøgeren at burde hæfte for det deraf følgende tab.« Producenten, der var adciteret i sagen, blev dømt til at holde forhandleren skadesløs for det af VVS-firmaet fremsatte økonomiske krav.

Nærmest til at bære risikoen fremgår ikke eksplicit af Vestre Landsrets præmisser men afvises heller ikke. Dommen er i overensstemmelse med professionsrisikoen, uagtet at det sker med en omskrivning i Vestre Landsrets præmisser.

2.2.3. U 2005.1030 V

Sagen omhandlede faktiske mangler ved fast ejendom opført af en professionel bygherre i 1987 med videresalg for øje. De anvendte eternittagplader smuldrede, og det fremgik af syns- og skønserklæringen, at den normale levetid for et tag er ca. 45 år. Den forventede restlevetid for taget var i 1997 5–10 år. Af byrettens præmisser fremgår det bl.a.: »Det kan endvidere efter bevisførelsen lægges til grund, at sagsøgte som professionel bygherre har opført huset med salg for øje, og som følge heraf, og sammenholdt med at sagsøgte er nærmest til at risikoen, finder retten, at sagsøgte er erstatningsansvarlig for manglerne ved taget.«

Byretten anvender ikke eksplicit professionsrisikoen, men henset til formuleringen, om at bygherren optræder i egenskab af professionel med gevinst for øje, er dommen i overensstemmelse med tankegodset i professionsrisikoen. Vestre Landsret lagde efterfølgende til grund, at bygherren ikke på tidspunktet for husets opførelse kunne have kendskab til, at eternittagpladerne efterfølgende ville smuldre, og derfor ikke havde handlet ansvarspådragende. Sagsøgerne blev imidlertid tilkendt et skønsmæssigt fastsat forholdsmæssigt afslag i købesummen.

2.2.4. U 2007.3061 H

Dommen er allerede omtalt nærmere ovenfor under afsnit 2.1.4, hvorfor der i hovedsagen henvises til det, der anførte. I dommen var GE Capital *nærmest til at bære risikoen* for kontrakten af deres samarbejdspartner og det forhold, at samarbejdspartneren ikke betalte med frigørende virkning til Sharp-Partner. Dommen kan i det perspektiv anses for at være i overensstemmelse med professionsrisikoen, idet GE Capital som professionel aktør havde mulighed for at kvalificere, kvantificere og indregne disse risici.

2.2.5. U 1983.392 H

I dommen U 1983.392 H udtalte flertallet på fem ud af syv dommere: »Ved erhvervsmæssig finansiering af kontrakter, der angår forhandlersalg af genstande med ejendomsforbehold, og hvor långiveren får sikkerhed i sælgerens rettigheder over for køberen, kan långiveren mindske faren for krænkelse af sine rettigheder, dels ved over for køberen klart at tilkende arrangementets virkninger for denne, dels ved at føre løbende kontrol med rettidig betaling af forfaldne ydelser og det samlede engagement med sælgeren. Desuden kan långiveren imødegå tab ved oprettelse af sikringskonto og forsikringsaftaler. Hvor sælgeren får genstanden tilbage fra køberen og derefter videresælger den til en anden køber uden at afregne med långiveren, har den nye køber ligesom andre forbrugere på sin side i almindelighed hverken mulighed for eller anledning til at kontrollere forhandlerens råden. Således som sagen foreligger, og idet appellanten ubestridt var i god tro ved sin erhvervelse af vognen, findes indstævnte herefter nærmest til at bære risikoen for forhandlerens handle-måde.«

Som citatet afspejler, anlægger Højesteret også det synspunkt, at den, der optræder som den professionelle part i forhold til kreditkonsignation, må bære risikoen for, at betingelserne herfor er opfyldt, herunder at der fra dennes side føres løbende kontrol og afrapportering med hensyn til, hvilke genstande der befinder sig hos køber, og hvilke der er videresolgt.

2.2.6. U 1997.994/2 Ø

I sagen engagerede en ægtemand i forbindelse med sin hustrus runde fødselsdag en musikanter til at spille. Hustruen blev indlagt fem dage før sin fødselsdag med en blodprop og fik i forbindelse med sin udskrivning tre dage senere besked på, at hun ikke måtte deltage i det planlagte fødselsdagsarrangement. Ægtemanden forsøgte at afbestille musikanten, men denne stod fast på sit honorar på 2.500 kr. Et flertal i Østre Landsret anfører i præmisserne: »Under hensyn til, at aflysningen skete så sent og skyldtes et forhold, som indstævnte er nærmest til at bære risikoen for, findes indstævnte at måtte erstatte appellants tab ved aflysningen.« Anvendelsen af, at ægtemanden er nærmest til at bære risikoen for denne efterfølgende omstændighed, kan ses som et udtryk for egen forudsætningsrisiko i denne konkrete sag.

Den dissenterende dommer anfører i præmisserne: »Det må have stået appellanten klart, at indstævnets hustrus personlige deltagelse i festen var en væsentlig forudsætning for dens gennemførelse, og at den alvorlige baggrund for hendes fravær måtte bevirke, at arrangementet havde mistet sin betydning. Appellanten, der drev erhverv ved at spille musik bl.a. til lejlighedsfester, havde mulighed for via sine honorarer at indregne risikoen for tab ved sådanne aflysninger, medens indstævnte, for hvem festen var et privat arrangement, ikke havde en tilsvarende mulighed. Under disse omstændigheder finder denne dommer det urimeligt at gøre aftalen gældende over for indstævnte, jf. aftalelovens § 36.«. Dommeren anvender således, uden at udtrykke dette eksplicit, den professionelle mulighed for at sprede sin risiko (diversifikation) til at ville tilsidesætte aftalen i sin helhed (ugyldighed) med

hjemmel i aftalelovens § 36.³³ Flertallet kommer imidlertid, som det fremgår ovenfor, frem til det modstående resultat med støtte i, at ægtemanden er nærmest til at bære risikoen for den efterfølgende omstændighed.³⁴ Dommen kan også fortolkes til støtte for, at en aftale er bindende, selvom der foreligger, hvad der kan betegnes som personlig force majeure eller umulighed.

2.2.7. Øvrige afgørelser

En tilsvarende tilgang, hvor den professionelle risiko har været udslagsgivende, ses ligeledes i dommene U 1981.609/2 Ø, U 1981.646 H, U 1983.392 H, U 1990.218/3 H, U 1994.146 Ø, U 1996.200/2 H, U 2004.898 V, U 2005.1978 H, U 2012.216 H og SH 2013.H-0004-12, som alle placerer professionsrisikoen på den professionelle part.

2.2.8. Opsamling

Som det ses ovenfor, anvendes nærmest til at bære risikoen i retspraksis ved aftalesupplering, hvor professionsrisikoen kan ses som afgørende for, hvem der som følge af parternes indbyrdes funktionelle afgrænsning i økonomisk og juridisk forstand bærer risikoen for den ikke rigtige opfyldelse af kontrakten, der ikke er aftalebetinget. Professionsrisikoen indebærer som følge af den funktionelle afgrænsning af parternes indbyrdes status, at den professionelle part over for en ikke-professionel medkontrahent er nærmest til at bære risikoen. Denne anvendelse er retspraksis, som skitseret ovenfor, i overensstemmelse med professionsrisikoen, dog med undtagelse af flertallet i U 1997.994/2 Ø, hvor den dissenterende dommer dog eksplicit betoner den professionelle mulighed for at sprede sin risiko.

2.3. Forudsætningsrisikoen – nærmest til at bære risikoen for en forudsætnings svigten

En gennemgang af retspraksis på det obligationsretlige område viser, at der foreligger et mindre antal domme, hvor retsfiguren er anvendt i forhold til en urigtig forudsætning. Disse typetilfælde kan under ét udtrykkes som forudsætningsrisikoen. Disse domme og typetilfælde må dog ikke forveksles med forudsætningslæren, idet nærmest til at bære risikoen (forudsætningsrisikoen) anvendes, uanset at forudsætningslæren ikke uden videre ville kunne have fundet tilsvarende anvendelse. Det kan dog ikke afvises, at formuleringen »nærmest til at bære risikoen« ligeledes kan anvendes af domstolene som udtryk for forudsætningslæren, jf. herved eksempelvis U 1990.218/3 H. Se nærmere om forholdet imellem disse i diskussionen under 3.2 nedenfor. Dommen U 1997.994/2 Ø er omtalt nærmere under 2.2.6, men kunne lige såvel være omtalt i

33. Dommen er den eneste i dansk retspraksis, hvor der eksplicit henvises til pulveriseringssynspunktet.

34. I samme retning, se U 2013.1267 V, der er nærmere omtalt af Kim Østergaard, *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv i Rettsøkonomi i nordiske dommer*, 1. udg., s. 153 f., 2014 Skriftserie 197, redigeret af Erling Eide, Henrik Lando og Endre Stavang.

nærværende afsnit, idet det er ægtefællens forudsætning for afholdelsen af festen, der svigter.

2.3.1. U 2005.1978 H

Mindretallet i Højesteret anførte i sine præmisser: »efter det foran anførte om skønsmændenes vurderinger af hensættelsesbehovet og om bankens reelle økonomiske situation, der indelbar, at banken på udbudstidspunktet ikke opfyldte solvenskravet og dermed betingelserne for at drive bankvirksomhed, var grundlaget for de indstævntes indgåelse af aftalerne om tegning eller køb af bankens obligationer behæftet med fundamentale mangler. Vi finder herefter, at de indstævnte som følge af urigtige forudsætninger, som banken er nærmest til at bære risikoen for, ikke er bundet af de aftaler, der blev indgået med banken. Med denne begrundelse, og idet vi er enige med flertallet i det, der er anført om passivitetsspørgsmålet og om anerkendelsen af de indstævntes krav i konkursboet, stemmer også vi for at stadfæste dommen.«

Som citatet afspejler, anvendes forudsætningsrisikoen, idet banken må bære risikoen for de urigtige forudsætningsrisikoen.

2.3.2. U 2005.2601 V

Landsretten anfører i sine præmisser: »Der er efter de oplysninger, der foreligger for landsretten, ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, om Midtdjurs Kommune var opholdskommune (betalingskommune) for K, da beslutningen om at lade hende tage ophold i bofællesskabet i Rougsø Kommune blev truffet. Selvom det lægges til grund, at Midtdjurs Kommune ikke var opholdskommune (betalingskommune) for K, er Midtdjurs Kommune i hvert fald under de ovenfor anførte omstændigheder nærmest til at bære risikoen for, at den forudsætning om, at Midtdjurs Kommune var opholdskommune (betalingskommune), som de to kommuner havde, da K fik ophold i bofællesskabet, viste sig urigtig.«

Som citatet afspejler, var Midtdjurs Kommune nærmest til at bære risikoen for den urigtige forudsætning.

2.3.5. Opsamling

Som ovennævnte domme illustrerer, er der domme, hvor forudsætningsrisikoen anvendes, idet risikoen for en forudsætning placeres med henvisning til retsfiguren. På baggrund af den foreliggende og sparsomme retspraksis er der på dette punkt endnu ikke grundlag for at udlede en egentlig risikoretlig grundsætning.

3. Retsfigurens betydning i forhold til fortolkning og som udtryk for eller i samspil med andre retsfigurer

3.1. Nærmest til at bære risikoen og fortolkningsparadigmerne
Nærmest til at bære risikoen anvendes af domstolene ved anvendelsen af koncipistreglen, og det synes med belæg i den foreliggende retspraksis at være relativt velindarbejdet og åbenlyst rigtigt, at en uklarhed i kontraktens ordlyd skal bæres af den part, der har konciperet kontrakten. Det synes derfor relevant at anvende et begreb som koncipistrisiko, som omtalt under 2.1. Det synes i forlængelse heraf ikke meningsfuldt at overveje, hvorvidt retsfiguren kan være relevant at anvende i forhold til andre fortolk-

ningsparadigmer i dansk ret. Dette understøttes også af, at retsfiguren ikke har været påberåbt og/eller anvendt i den foreliggende retspraksis i forhold til dansk rets øvrige fortolkningsparadigmer.

3.2. Nærmest til at bære risikoen som udtryk for eller i samspil med andre retsfigurer

Hvad enten force majeure påberåbes og/eller anvendes i forbindelse med kontraktfortolkning eller udfyldning, så er force majeure en så væsentlig forskellig velafgrænset retsfigur fra nærmest til at bære risikoen, at retsfiguren og force majeure ikke har noget fælles anvendelsesområde. Derimod synes der at være et vist overlappende anvendelsesområde mellem nærmest til at bære risikoen og henholdsvis AFTL § 36 og forudsætningslæren.

I forhold til AFTL § 36 og nærmest til at bære risikoen antages det, at de har et delvist overlappende indhold, samtidig med at de har et selvstændigt anvendelsesområde. Anvendelsesområdet for AFTL § 36 er bredere, idet at nærmest til at bære risikoen, i konkurrence med AFTL § 36, udelukkende synes anvendt ved udfyldning. AFTL § 36 kan i korthed anvendes til aftalekorrektion med henblik på hel eller delvis lempelse (ugyldighed) eller skærpelse af en forpligtelse.³⁵ Nærmest til at bære risikoen omfatter udfyldning ved en efterfølgende omstændighed, parterne ikke har taget stilling til, i form af en eller flere kontraktbestemmelser, hvor der tilsvarende ved anvendelse af AFTL 36, stk. 2 in fine anvendes formuleringen *senere indtrufne omstændigheder*, hvor bestemmelsen imidlertid kan anvendes såvel ved kontraktfortolkning som ved udfyldning. U 1997.994/2 Ø, som omtalt nærmere oven for i afsnit 2.2.6., illustrerer dette forhold. Det antages, at nærmest til at bære risikoen kan anvendes supplerende på tilfælde, der ikke overstiger den bagatelgrænse, der kan indfortolkes i AFTL § 36. Retsvirkningen ved anvendelse af nærmest til at bære risikoen ved udfyldning er dog forskellig fra AFTL § 36, stk. 1, idet domstolen i den konkrete sag allokere den efterfølgende omstændighed, der gør opfyldelsen mere byrdefuld for den ene af parterne, således at der hverken foreligger hel eller delvis ugyldighed, og det heller ikke giver mening at tale om en skærpelse af en forpligtelse, hvilket tager sit udgangspunkt i en eksisterende kontraktbestemmelse. Dermed bliver nærmest til at bære risikoen en retsfigur, hvor den ene part bærer den økonomiske risiko for den efterfølgende omstændighed i bredeste forstand, som skitseret i de tre hovedkategorier, der bevirker, at opfyldelsen bliver mere byrdefuld, end hvad den bebyrdede part havde forestillet sig på kontraktindgåelsestidspunktet (imperfekt information). Retsfigurens funktion til forskel fra delvist AFTL § 36 (se U 2004.2518 V) og forudsætningslæren bevirker, at kontrakten må anses som gyldig, men med en ikke kendt retsvirkning, herunder omkostning, på kontraktindgåelsestidspunktet.

35. Se nærmere med henvisninger til retspraksis Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg., 2012, s. 217 ff., Karnov Group.

Forudsætningslærens anvendelse hviler på, at tre kumulative betingelser er opfyldt, for at løftegiver ikke er forpligtet i overensstemmelse med løftet indhold. De tre kumulative betingelser kan kort opridses således, at forudsætningen har været bestemmende for løftegiverens afgivelse af løftet, at det har været kendeligt for løftemodtageren, at forudsætningen har haft afgørende betydning for løftegiveren, samt at det er relevant, idet der herved sigtes til, at risikoen herfor bør påhvile løftemodtageren.³⁶ Forholdet mellem *nærmest til at bære risikoen* og *forudsætningslæren* må anskues således, at retsfiguren efter omstændighederne kan være relevant i situationer, hvor de øvrige betingelser for bristede forudsætninger i henhold til forudsætningslæren ikke er opfyldt. *Nærmest til at bære risikoen* bygger dog ikke på tilsvarende kumulative betingelser, men kan, for at anvende forudsætningslærens begrebsdannelsesapparat, anses for at være et udtryk for den relevansvurdering, der foretages i relation hertil. *Nærmest til at bære risikoen* kan således anses for at være et udtryk for en relevansvurdering i lighed med den, der foretages efter forudsætningslæren, idet der i begge tilfælde er tale om allokering af en given risiko, der ikke er kommet til udtryk i en kontraktbestemmelse.

Endvidere må der i relationen mellem de to retsfigurer påpeges en forskel i forhold til deres respektive anvendelsesområde, idet forudsætningslæren har sit udgangspunkt i en forudsætning, der lå til grund for løftegivers løfte og dermed i forbindelse med kontraktens indgåelse, hvorimod *nærmest til at bære risikoen* i denne sammenhæng vedrører udfyldning af kontrakten i forbindelse med en efterfølgende omstændighed, der ikke blev eller kunne være forudset af parterne ved kontraktens indgåelse, men hvor opfyldelsen af kontrakten bliver mere byrdefuld.

Retsvirkningerne knyttet til de to retsfigurer er også forskellige, idet anvendelsen af forudsætningslæren indebærer ugyldighed og erstatning op til den negative kontraktinteresse, hvorimod anvendelsen af retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* indebærer en opretholdelse af den gyldigt indgåede kontrakt med henblik på at allokere risikoen for den efterfølgende omstændighed, som omtalt nærmere ovenfor.

4. Sammenfatning og perspektivering

Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten har hidtil været en relativt overset retsfigur i den retsvidenskabelige litteratur, men den i retspraksis udviklede retsfigur har såvel i forhold til anvendelsen af fortolkningsparadigmet koncipistreglen som ved aftalesupplering og i sit samspil med særligt AFTL § 36 og forudsætningslæren en ikke ubetydelig rolle. Med andre ord fungerer *nærmest til at bære risikoen* således både som integreret led i kendte retsfigurer, men står også efter omstændighederne alene. Retsfiguren har derfor såvel i det praktiske retsliv som i den obligationsretlige litteratur en selvstændig berettigelse, der rækker ud over det åbenlyse og selvfølgelig forhold, at denne ofte inddrages og anvendes af domstolene. Sammenholdt med forudsætningslæren, som også er udviklet i retspraksis, må der være en forventning om, at retsfiguren endnu er på et udviklingstrin, hvor dens dynamiske og relative natur imidlertid bevirker, at retsfiguren har et mindre velafgrænset og dermed bredere anvendelsesområde end forudsætningslæren. I skrivende stund er dette ekspliciteret i forhold til aftalesupplering ved professionsrisikoen og risikoen for en urigtig forudsætning. Som behandlet i nærværende artikel er retsfiguren anvendt i en omfattende række af domme. Endvidere er der ikke i den omfattende retspraksis sket en eksplicit afvisning af *nærmest til at bære risikoen* i en eller flere kontrakttyper. Dette trækker i retning af, at der kan argumenteres for, at *nærmest til at bære risikoen* må anses for at være en obligationsretlig grundsætning i dansk ret.

Den øvrige retspraksis, hvor *nærmest til at bære risikoen* har fundet anvendelse, taler i retning af, at øvrige kriterier for anvendelse af retsfiguren i den fremtidige retspraksis ligeledes har en selvstændig berettigelse, der således endnu ikke er så ekspliciteret som de øvrige typetilfælde, hvor retsfiguren hidtil har fundet anvendelse. Der må således være en formodning om, at nye kriterier og andre typetilfælde vil opstå over tid, således at retsfiguren i lighed med den obligationsretlige loyalitetsgrundsætning og aftalelovens § 36 får et mere klart defineret indhold og anvendelsesområde.

Retsfigurens relevans og indplacering inden for andre retsområder kunne med fordel underkastes yderligere retsvidenskabelig forskning.

36. Jf. Henry Ussing, *Bristede forudsætninger*, 1. udg., 1918, s. 88 og 115, Gads Forlag, Henry Ussing, *Aftaler på formuerettens område*, 3. udg., 1950, Juristforbundets Forlag, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. udg., 2012, s. 191 ff., Karnov Group og Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard, *Almindelig kontraktret*, 4. udg., 2011, s. 229 ff., DJØF Forlag.