

JENS RAVNKILDE

PASSIVITET

FORLAGET THOMSON

★
GadJura

Jens Ravnkilde

Passivitet

1. udgave/1. oplag

© Forlaget Thomson A/S, København 2002

ISBN 87-619-0305-1

Omslag: Axel Surland, Snostrup

Tryk: P.J. Schmidt Grafisk produktion, Vojens

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse

af denne bog eller dele af den er ikke tilladt

ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Alle rettigheder forbeholdes.

FORORD

TALLØSE er de domme, hvori "sagsøgte under henvisning til, at der hengik 8 måneder fra sagsøgerens sidste rykkerskrivelse til sagsøgeren lod kravet gå til incasso, har gjort gældende, at sagsøgeren har udvist en retsfortabende passivitet ...". Sådanne anbringender, der er hverdagskost for enhver dansk civildommer, forudsætter, at retsfortabende passivitet er en slags ulovbestemt forældelse, der indtræder, når en fordringshaver uden fornuftig grund tøver væsentligt længere end han behøvede med at forfølge sit krav. Tanken er, at gældende ret indeholder en regel, som går ud på, at et krav fortabes, hvis det ikke forfølges inden rimelig tid eller uden ugrundet ophold.

At denne tanke er en vildfarelse, har danske domstole fremhævet gennem mere end hundrede år. Retspraksis gør det klart, at når den forpligtede er i ond tro om rettighedens eksistens, forudsætter fortabelse af indsigelser og uforældede fordringer i ulovbestemte tilfælde andet og mere end det blotte forhold, at tiden går, uden at rettigheden gøres gældende. Spørgsmålet er hvad. Den foreliggende fremstilling er et svar på dette spørgsmål.

Fremstillingen bygger på et empirisk materiale, der omfatter ca. 1.000 danske, 250 norske og 100 svenske afgørelser. De fremstillede retsregler lå i hvert fald i Danmark fast allerede i 1800-tallet, og er senere kun blevet ændret vedrørende enkelte detaljer. Ældre danske domme må derfor som hovedregel tillægges høj præjudikatsværdi.

Fremstillingen tilhører privatretten og indeholder ingen synspunkter om, i hvilken udstrækning de opnåede resultater finder anvendelse inden for offentlig ret. Der kan imidlertid ikke trækkes en fuldstændig skarp grænse mellem de to områder, og i enkelte noter henvises til retsafgørelser inden for offentlig ret. Hvad nærmere angår privatretten, drøfter jeg ikke gaveløfter eller mortis causa dispositioner, ligesom passivitet i forbindelse med regres og vindikation ignoreres.

Fremstillingen er retsdogmatisk og indeholder hverken retshistoriske eller retspolitiske islæt. De fremførte synspunkter angår alle gældende dansk ret. Dette er som oftest blot underforstået i formuleringerne. Norske domstolsafgørelser inddrages kun i illustrativt øjemed. Faktisk svarer retsstillingen i norsk (og i øvrigt også svensk) ret efter min opfattelse på alle punkter af betydning til den her skildrede,

men denne vurdering fremføres kun som en gisning, der kan tjene som arbejdshypotese for andre, der måtte ønske at forfølge spørgsmålet.

Domme, hvortil der henvises i fremstillingen, er for flertallets vedkommende refereret et eller andet sted i bogen. Kun enkelte særligt vigtige eller illustrative afgørelser er refereret i hovedteksten, mens de øvrige er optaget i et tillæg s. 173 ff. I parentes efter en henvisning til en dom er det angivet, hvor i hovedteksten, der findes et referat af dommen. Hvis en sådan angivelse mangler, er referatet placeret i tillægget. De domsnumre, der er sat med ordinær skrift, henviser til afgørelser, som ikke refereres.

I gengivelsen af de citerede domme har jeg, også i forbindelse med direkte citat, uden særskilt angivelse indføjet fremhævelser, anvendt de i referaterne indførte forkortelser for sagens parter, samt ændret på ordstillingen, når den grammatiske sammenhæng gjorde det nødvendigt. Alle oversættelser er foretaget her, og stavningen er moderniseret i citater fra ældre danske retskilder.

Fremstillingen er tilrettelagt således, at praktikere kan gå direkte til skildringen af gældende ret i kapitel 3. Dette har betinget nogle gentagelser, som jeg håber, at læsere, der læser bogen fra en ende af, vil bære over med.

Advokat Jan Presfeldt, advokat Jesper Müller og advokat Michael S. Wiisbye har kommenteret flere afsnit i detaljer, og Michael Wiisbye, som redigerer Forsikrings- og erstatningsretlig Domssamling, har endvidere forsynet mig med et stort antal utrykte domme.

Fremstillingen er tilegnet mindet om advokat Henrik C. Ketelsen (1956-1993).

Christianshavn, december 2001

Jens Ravnkilde

INDHOLDSOVERSIGT

Forord	5
Indholdsoversigt	7
Indholdsfortegnelse	9
Indledning	13

Første del: Problemet

1	Retsfortabende og pligtstiftende passivitet	21
2	Træk af tidligere nordisk teori	35

Anden del: Gældende ret

3	De reaktionskrævende omstændigheder	59
4	Den passive tager til genmæle	111
5	Retsvirkningerne	153

Tredje del: Ny teori

6	Passivitetsinstituttets aftaleretlige forankring	159
---	--	-----

Domsreferater	173
Domsregister	231
Domsreferater efter retsområde	239
Citeret litteratur	241
Stikordsregister	243

INDHOLDSFORTEGNELSE

Forord	5
Indholdsoversigt	7
Indholdsfortegnelse	9
Indledning	13

Første del: Problemet

1	RETSFORTABENDE OG PLIGTSTIFTENDE PASSIVITET	21
1 . 1	Sondringen forklaret	21
1 . 2	Nærmere om pligtstiftende passivitet	22
1 . 3	Nærmere om retsfortabende passivitet	24
1 . 3 . 1	Foreløbig karakteristik af retspraksis om retsfortabende passivitet	26
1 . 3 . 2	Den aftaleretlige opfattelse af retsfortabende passivitet	27
1 . 3 . 3	Nogle større tilfældegrupper	30
2	TRÆK AF TIDLIGERE NORDISK TEORI	35
2 . 1	<i>Arnholtm 1932</i>	35
2 . 2	<i>Knoph 1939</i>	38
2 . 3	<i>Ussing 1946</i>	42
2 . 4	<i>Carl Bang 1945</i>	42
2 . 5	<i>Cervin 1960 og 1972</i>	44
2 . 6	<i>Arnholtm 1975</i>	45
2 . 7	<i>Gomard 1993</i>	46
2 . 8	Sammenfatning	46

Anden del: Gældende ret

3	DE REAKTIONSKRÆVENDE OMSTÆNDIGHEDER	59
3 . 1	Nogle forhold uden betydning	61
3 . 1 . 1	Den blotte passivitet	61
3 . 1 . 2	Gives der en almindelig passivitetsgrundsætning (<i>lex smøl</i>) i dansk ret?	63
3 . 1 . 3	Erhvervelse af viden om rettigheden	64
3 . 1 . 4	Sporadisk tilbagevenden til rettigheden	65
3 . 2	Almindeligt om reaktionskrævende omstændigheder	67
3 . 3	Tilkendegivelser om parternes retsforhold	68
3 . 3 . 1	Tre forudsætninger for, at den forpligtedes tilkendegivelse er reaktionskrævende	69
3 . 3 . 2	Fortabelse af indsigelsen, at gælden ikke består	73
3 . 3 . 3	Fortabelse af indsigelsen, at man ikke er rette skyldner	76
3 . 3 . 4	Passivitet hos begge	77
3 . 3 . 5	Retsfortabelse sammenlignet med stiltiende aftaleindgåelse	77
3 . 4	Betaling	80
3 . 5	Saldoopgørelser	84
3 . 6	Andre mellemværender	88
3 . 6 . 1	Særligt om fortabelse af arbejdsgiverens bortvisningsadgang	89
3 . 6 . 2	Særligt om stiltiende frafald af forældelses- og reklamationsindsigelsen	92
3 . 7	Parternes veje skilles	95
3 . 8	Den berettigede har tidligere tålt tilsvarende afvigelser fra det aftalte	96
3 . 9	Den forpligtede tilkendegiver, at den berettigede hæfter for en andens betalingsforpligtelse	97
3 . 10	Passivitet i fuldmagtsforhold	98
3 . 10 . 1	Utilsigtet kompetencedelegation	100
3 . 10 . 2	Fuldmægtigen fortaber indsigelsen, at han ikke selv hæfter over for tredjemand	100
3 . 10 . 3	»Hovedmanden« fortaber indsigelsen, at »fuldmægtigen« ikke kan forpligte ham	103
3 . 10 . 4	Fælles bemærkninger om godtrosbetingelsen	105
3 . 11	Betydningen af den berettigedes positive handlinger	106

4	DEN PASSIVE TAGER TIL GENMÆLE	111
4 . 1	Godtrosrekvisitten, 1: Den forpligtede opfattede ikke passiviteten dispositivt	112
4 . 2	Godtrosrekvisitten, 2: Den forpligtede havde ikke føje til at opfatte passiviteten dispositivt	115
4 . 3	Godtrosrekvisitten, 3: Den berettigede har taget forbehold	124
4 . 3 . 1	Kravene til forbeholdets klarhed	127
4 . 3 . 2	Retsfortabende passivitet efter forbeholdet er taget	128
4 . 4	Ondtrosrekvisitten: Passiviteten skyldes, at den berettigede svævede i utilregnelig ukendskab til sin ret	130
4 . 4 . 1	Faktiske vildfarelser	132
4 . 4 . 2	Retsvildfarelser	135
4 . 5	To særlige tilfældegrupper	138
4 . 6	Passivitetsfristen er overholdt	139
4 . 7	Den passives meddelelse er gået tabt under forsvarlig forsendelse	140
4 . 8	Det stiltiende løfte er ikke kommet til kundskab, er tilbagekaldt eller ikke accepteret	141
4 . 9	Det utilsigtede løfte er ugyldigt	143
4 . 9 . 1	Motivvildfarelser	144
4 . 9 . 2	Det utilsigtede løfte strider mod præceptiv ret	145
4 . 10	Der er indgået aftale om »suspension af passivitet«	149
4 . 11	Passivitetsindsigelsen er stiltiende frafaldet	150
4 . 12	Passiviteten er irrelevant grundet den passives identitet	151

5	RETSVIRKNINGERNE	153
----------	-------------------------	------------

Tredje del: Ny teori

6	PASSIVITETSINSTITUTTETS AFTALERETLIGE FORANKRING	159
6 . 1	Forventningsteorien formuleret	159
6 . 2	Nærmere om godtrosrekvisitten	163
6 . 3	Nærmere om ondros- og passivitetsrekvisitterne	168

Domsreferater	173
Domsregister	231
Domsreferater efter retsområde	239
Citeret litteratur	241
Stikordsregister	243

INDLEDNING

Da jeg i sin tid begyndte at arbejde som advokat, blev jeg hurtigt slået af, hvor hyppigt det sker, at en sagsøger lider skuffelse ved domstolene, fordi retten finder, at han har mistet sin fordring ved at fremføre den for sent, selvom fordringen ikke er forældet. På samme måde noterede jeg, hvor ofte sagsøgte anses for ved passivitet at have fortabt en indsigelse, f.eks. om mangler, uagtet indsigelsen blev fremført første gang før udløb af en eventuel reklama-tionsfrist.

Dette passivitetsudløste retstab fandt jeg noget foruroligende. Dets blotte udbredelse efterlod indtrykket, at der ikke skal meget til for at udløse det. Men betingelserne, der skal være til stede, forstod jeg ikke, ligesom jeg var usikker på, hvad man kan gøre for at bevare sin ret. Man kan naturligvis blokere for et passivitetsudløst retstab ved at forholde sig aktivt, dvs. fremføre sin ret, eventuelt i form af et forbehold. Men detaljerne var behæftet med usikkerhed, herunder, hvor hurtigt rettigheden skal gøres gældende. Det fremgår af retspraksis, at en ret undertiden fortabes ved få dages passivitet, mens den andre gange er i behold på trods af passivitet udfoldet gennem flere år. Ejheller forstod jeg, hvorfor et forbehold undertiden ikke er påkrævet for at holde rettigheden i live, men andre gange skal både tages og gentages.

Jeg kom hurtigt til den opfattelse, at en advokat ikke kan forlade sig på at kunne manøvrere sine klienter rundt om det passivitetsbe-grundede retstab, medmindre han en gang for alle forstår, hvad der ud-løser det. På denne baggrund besluttede jeg at forsøge at formulere den retsregel, der fastslår, hvad der i medfør af gældende dansk ret er nød-vendigt og tilstrækkeligt til at udløse en passivitetsbegrundet fortabelse af uforældede fordringer og rettidigt fremførte indsigelser.

To træk ved affattelsen af præmisserne i den talstærke retspraksis faldt i øjnene. Det ene er, at der aldrig angives nogen lovhjemmel for resultatet; det andet, at domstolene næsten altid affatter præmisserne under anvendelse af aftaleretlig terminologi. Der tales meget om, at den part, som anses for at have udvist retsfortabende passivitet, har "frafaldet", eller "må antages at have frafaldet", sin ret eller at han gi-vet den anden part "grund til at tro", at han frafaldt den. Andre gange tales i stedet om opgivelse, affindelse, eftergivelse, og lign. Da man

Sagsøger lider ofte skuffelse ved domstolene, fordi retten finder, at han har mistet sin fordring ved at fremføre den for sent, selvom fordringen ikke er forældet. På samme måde anses en procespart ofte for at have fortabt en indsigelse, f.eks. om mangler, fordi han er for længe om at gøre den gældende. Dette kan ske, selvom indsigelsen første gang fremføres før udløb af en eventuel reklamationsfrist.

Denne *retsfortabende passivitet* har frembudt problemer for den juridiske teori. Den har været opfattet som udtryk for en slags ulovbestemt forældelse eller for et krav om loyalitet over for den forpligtede. I denne fremstilling påvises, at retstabet bygger på tanken, at den berettigede har afgivet et utilsigtet stiltiende løfte om ikke at gøre brug af rettigheden. Løftet udløses, fordi den berettigede undlader at forfølge sin ret under omstændigheder, der gør, at han må sige sig selv, at passiviteten med god grund kan opfattes som en viljeserklæring, som går ud på at frafalde, opgive eller eftergive rettigheden.

Bogen redegør først for de omstændigheder, som gør det nødvendigt for den berettigede at fremføre sin ret, medmindre undladelsen skal udløse et utilsigtet løfte om ikke-brug. Dernæst gennemgås de forhold, som den berettigede kan påberåbe sig til støtte for et anbringende om, at rettigheden overlever på trods af passiviteten. Endelig redegøres nærmere for de almindelige betingelser for at afgive utilsigtede løfter.

Drøftelsen illustreres løbende med referater af flere hundrede af de vigtigste afgørelser.

JENS RAVNKILDE, advokat (H), Dr.phil. Født 1947. Studieophold ved Oxford Universitet 1973-78 og University of California at Berkeley 1978-79. Forskningsstipendiat ved University of St. Andrews 1982. Har modtaget en række danske og udenlandske stipendier og legater, herunder kandidat- og seniorstipendium fra Københavns Universitet. Arbejder for tiden som advokat i København. Tidligere udkom *Betalingskorrektioner* (2001).

FORLAGET THOMSON

★
GadJura

ISBN 87-619-0305-1



9 788761 903051