

ET.2020.132

Sælgers loyale oplysningspligt og købers undersøgelsespligt – udvalgte problemstillinger i lyset af nyere retspraksis

- ♦ *Med afsæt i ny retspraksis behandler artiklen to problemstillinger inden for emnet sælgers oplysningspligt og købers undersøgelsespligt i form af 1) betydningen af køberens status som professionel ved bedømmelsen af rækkevidden af køberens undersøgelsespligt, og 2) spørgsmålet om en forbrugerkøbers identifikation med sin professionelle rådgiver.*

Af advokat (L) Kasper Kabel Revsbech, Horten

1. Indledning

En købers adgang til at påberåbe sig et forhold over for en sælger kan efter omstændighederne fortabes, såfremt forholdet kunne være opdaget ved en nærmere undersøgelse af det købte, jf. grundsætningen om caveat emptor (“køber skal passe på”) i købelovens § 47.

Denne regel om købers undersøgelses-/påpasselighedspligt baseres på risikobetragninger: Køber skal ikke efterfølgende kunne påberåbe sig et forhold, som køber med rimelighed kunne have opdaget ved en nærmere forudgående undersøgelse af det købte, men som køber på grund af egen uforsigtighed imidlertid ikke i tide blev bekendt med.

Omvendt har en sælger i medfør af culpa-reglen (samt aftalelovens §§ 30, 33 og 36)¹ en oplysningspligt, som indebærer, at sælgeren har pligt til loyalt at oplyse køberen om særlige forhold, som sælgeren kender eller burde kende til, og som sælgeren må gå ud fra kan være af betydning for køberens beslutning om at indgå købsaftalen, og som sælgeren ikke kan forvente, at køberen i forvejen er bekendt med.

Der er et tæt samspil mellem reglerne om køberens undersøgelses-/påpasselighedspligt og reglerne om sælgerens loyale oplysningspligt, idet omfanget af sælgers oplysningspligt bl.a. påvirkes af, hvorvidt køber foretager en undersøgelse af købsgenstanden eller ej.

Den nærmere afgrænsning mellem sælgers oplysningspligt og købers undersøgelsespligt udgør et både grundlæggende og samtidig kompliceret obligationsretligt emne. At emnet er grundlæggende følger bl.a. af, at det opstår i vidt forskellige aftaletyper. At emnet er komplekst skyldes, at det berører vidt forskellige typer af retsregler afhængigt af, hvilke retskrav køber gør gældende, idet betingelserne for at kræve afslag, erstatning, ophævelse eller ugyldighed er vidt forskellige. Hertil kommer, at der for en bestemt aftaletype kan gælde en specifik aftalepraksis, jf. eksempelvis den på M&A-området faste gennemførelse af due diligence-undersøgelser af “target-selskabet”² og udbredte praksis for tegning af W&I-forsikringer.

Formålet med denne artikel er på grund af den nævnte kompleksitet derfor ikke at foretage en samlet gennemgang af emnet, men derimod alene at behandle to udvalgte problemstillinger af generel interesse, som jeg via mit virke som procesadvokat er stødt på i praksis. Således har jeg i de seneste år som et særligt nicheområde beskæftiget mig med tvister i relation til

hestebranchen, hvor diskussioner om købers undersøgelsespligt og sælgers oplysningspligt snarere er reglen end undtagelsen.

De behandlede problemstillinger vil (forhåbentlig) være af almindelig bred interesse, herunder for eksempelvis praktikere inden for M&A, hvor det er en ofte forekommende tvistsituation, at køber “post closing” gør gældende, at sælger har afgivet urigtige oplysninger og/eller fortiet oplysninger om “target-selskabet”, jf. som et markant eksempel den i pressen meget omtalte sag vedrørende kapitalfonden FSN Capital's køb af den Kolding-baserede virksomhed Gram Equipment – en førende producent af maskiner til at producere is - af den svenske kapitalfond Procuritas. Tvister af denne type vil som udgangspunkt skulle afgøres efter almindelige obligationsretlige regler og grundsætninger, herunder købeloven.

I artiklens afsnit 2 behandles tre nye landsretsafgørelser, hvor der i samtlige sager blev lagt betydelig vægt på de respektive købers status som professionelle ved bedømmelsen af rækkevidden af deres undersøgelsespligt.

Afsnit 3 vedrører problemstillingen om købers identifikation med sin professionelle rådgiver (såkaldt “passiv identifikation”), herunder når køberen er forbruger, idet to nyere landsretsafgørelser har statueret, at en forbrugerkøber skulle tåle passiv identifikation med sin professionelle rådgiver, hvilket fik som konsekvens, at forbrugerkøberen som følge af rådgiverens fejl var afskåret fra at gøre mangelsbeføjelser gældende mod sælgeren.

Afsnit 4 indeholder nogle afsluttende bemærkninger.

2. Betydningen af købers status som professionel for rækkevidden af købers undersøgelsespligt

Det fremgår af købelovens § 47, at køberen afskæres fra at påberåbe sig mangler, som burde være opdaget ved en af køber foretaget undersøgelse. Omfanget af køberens undersøgelsespligt må bero på de konkrete omstændigheder, og det er i den forbindelse almindeligt antaget, at købers status som professionel må tillægges betydelig vægt ved bedømmelsen af rækkevidden af købers undersøgelsespligt.³

Tre nye landsretsafgørelser bekræfter, at købers status som professionel er en omstændighed, som domstolene tillægger meget stor betydning.

¹ Jf. *Torsten Iversen*, *Obligationsret*, 1. del, 6. udg. (2019), s. 287 med yderligere henvisninger.

² Det er i teorien diskuteret, om det i dag må anses for at være kutyme, at køber i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse gennemfører en due diligence-undersøgelse af den virksomhed, der skal overdrages. Med en vis forsigtighed synes den førende litterære fremstilling på området at antage, at dette er tilfældet, jf. *Johannus Egholm Hansen og Christian Lundgren*, *Køb og salg af virksomheder*, 6. udg. (2019), s. 308.

³ Jf. bl.a. *Torsten Iversen*, a. st., s. 300, og *Søren Theilgaard m.fl.*, *Købeloven – med kommentarer*, 4. udg. (2017), s. 891.

2.1. Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019 (utrykt)⁴

I denne sag forelå den usædvanlige problemstilling, om et nystiftet selskab med det formål at indkøbe, uddanne og forædle heste/ponyer til brug i ridesporten berettiget kunne ophæve et køb af en stor pony, som imidlertid viste sig at være en lille hest. Sagens nærmere omstændigheder var følgende:

Køberen, F A/S, var blevet stiftet den 9. oktober 2015 med det formål at opkøbe heste/ponyer og uddanne dem med henblik på salg i alderen 7-10 år samt at udleje kvalitetsheste til talentfulde konkurrenceryttere. F A/S var ejet 50/50 af SR og LR, hvor SR var en investor uden særlig indsigt i heste, mens LR derimod gennem 20 år havde beskæftiget sig professionelt med heste som rytter, underviser og daglig leder af forskellige rideklubber.

Den 14. oktober 2015 - dvs. 5 dage efter stiftelsen - købte F A/S en ca. 11 år gammel pony for 400.000 kr. med det formål at anvende den som "spring pony". Forinden købet var der foretaget 2 besigtigelser, ligesom ponyen – der henset til sin alder var at anse for "færdigudvokset" - havde gennemgået en klinisk handelsundersøgelse hos en dyrlæge.

Sælger, S – en privatperson, som ikke var erhvervsdrivende med køb og salg af heste - havde købt ponyen den 21. september 2014 i Irland for 55.000 euro, efter at ponyen af Dansk Rideforbund var blevet målt ind i Danmark som en pony. Efter købet havde S's datter deltaget i 30 nationale og internationale ridestævner med ponyen, som ikke i forbindelse med disse stævner var blevet udtaget til kontrol.

Efter F A/S's køb i oktober 2015 deltog ponyen i de efterfølgende ca. 10 måneder i en række nationale og internationale ridestævner. Under et stævne i august 2016 blev ponyen af det internationale rideforbund (FEI) udtaget til kontrol og målt som "for høj", hvilket blev bekræftet ved en efterfølgende kontrolmåling. Dette betød efter såvel FEI's som Dansk Rideforbunds regler, at ponyen var at anse for en hest, hvorefter den ikke kunne deltage som pony i hverken nationale eller internationale ridestævner.

Denne omstændighed – at ponyen viste sig at være en lille hest – havde stor negativ betydning for værdien af "ponyen", idet en lille hest ikke kan anvendes i stævnesammenhæng til ponyridning og qua sin størrelse ikke har nogen særlig interesse som ridehest til anvendelse i dressur- og springklasser for heste. Med andre ord betød få centimer en forskel på flere hundredetusinde kroner!

Under henvisning til, at "ponyen" ikke svarede til den betegnelse, hvorunder den var solgt, ophævede F A/S den 7. december 2016 handlen. S bestred ophævelsen.

Det spørgsmål, der herefter forelå til retlig prøvelse, var, hvem af parterne, der skulle bære risikoen for den for hele købet væsentlige forudsætning - at der var købt en pony - i en situation, hvor sælger ubestridt havde været i god tro, idet S ikke havde grund til at tro andet, end at hun havde solgt en pony, idet den var købt, målt ind og anvendt som en sådan.

Vestre Landsrets flertal fastslog indledningsvis, at det måtte lægges til grund, at "ponyen" ved handlens indgåelse i oktober 2015 havde en højde, der indebar, at den ikke var en pony, men en hest, hvorefter der på tidspunktet for handlens indgåelse forelå en væsentlig mangel. Imidlertid fandt Vestre Landsret, at F A/S som *professionel aktør inden for branchen* måtte forventes at have haft kendskab til de vanskeligheder, der er forbundet med at fastslå, om målene for en pony er overholdt. Under disse omstændigheder burde F A/S have foretaget nærmere undersøgelser af "ponyens" højde. Denne manglende undersøgelse indebar, at F A/S som køber

havde fortabt retten til at påberåbe sig manglen, jf. købelovens § 47.⁵

På grundlag af Vestre Landsrets betoning i præmisserne af F A/S's status som professionel synes det nærliggende at konkludere, at resultatet meget vel kunne have været det modsatte, hvis køber ikke havde været at anse for professionel med køb og salg af heste.

2.2. FED2019.17V

I denne afgørelse var situationen den, at skoventreprenøren F havde købt en ca. 9 år gammel brugt specialindrettet skovtraktor for 500.000 kr. med tillæg af moms hos maskinhandleren H, hvorefter en medarbejder hos F samme dag væltede med skovtraktoren under kørsel på landevej. F gjorde gældende, at skovtraktoren var mangelfuld, og at H var erstatningsansvarlig for F's tab i form af købesummen, udgifter til oprensning af oliespild som følge af ulykken samt driftstab. Til støtte for ansvarsgrundlaget henviste F dels til, at H med angivelsen "*Traktor + kran med knuser testet og funktionsdygtig*" i en ordrebekræftelse havde garanteret, at skovtraktoren var funktionsdygtig på leveringstidspunktet, dels at H havde tilsidesat sin loyale oplysningspligt som sælger, herunder ved ikke i tilstrækkelig grad at have oplyst F om skovtraktorens elektrohydrauliske styresystem og mangler.

Der blev under retssagen indhentet en skønserklæring, hvoraf bl.a. fremgik, at skovtraktoren med stor sandsynlighed ikke var i sikkerhedsmæssig forsvarlig og brugsklar stand på leveringstidspunktet. Skønsmanden oplyste dog, at skovtraktoren uanset de konstaterede fejl og mangler generelt fremstod i en efter årgang og brug forventelig stand.

Af en bestemmelse (§ 5) i parternes købekontrakt var det endvidere anført, at køberen havde undersøgt salgsgenstanden forud for købet, og at sælgeren havde givet køberen mulighed for afprøvning af salgsgenstanden. Ligeledes indeholdt købekontrakten en bestemmelse, som henviste til H's salgs- og leveringsbetingelser (udarbejdet af Dansk Maskinhandlerforening), ligesom bestemmelsen angav, at salgs- og leveringsbetingelserne var trykt på slutsedlen. I betingelserne fremgik det bl.a., at brugte maskiner blev handlet "*som de er og forefindes*". F bestred under sagen at have modtaget slutsedlen indeholdende salgs- og leveringsbetingelserne.

Vestre Landsret lagde til grund, at H's salgs- og leveringsbetingelser udgjorde en del af parternes aftalegrundlag og fandt med henvisning hertil samt købekontraktens § 5, at skovtraktoren ikke led af mangler, som F kunne gøre gældende mod H, idet landsretten udtrykkeligt anførte, at der "*... i betragtning af aftaleforholdets karakter ikke er grundlag for at fastslå, at H Maskiner A/S har tilsidesat sin oplysningspligt i forbindelse med salget af skovtraktoren*". Vestre Landsret tiltrådte i øvrigt de af Retten i Horsens anførte grunde for at frifinde H, herunder at det ikke var bevist, at det mellem parterne var aftalt, at H skulle indestå for mere, end at skovtraktoren samt kran og grenknuser var funktionsdygtig ved sammenkobling, således at skovtraktoren kunne anvendes til skovarbejde.

Efter gældende ret tillægges et "som den er og forefindes"-forbehold (en såkaldt "mangelsfrihedsklausul") sædvanligvis begrænset retlig betydning, idet forbeholdet ofte fortolkes således, at det kun gengiver den deklaratoriske ret, herunder grundsætningen

⁴ V.L. B-1359-17.

⁵ Den dissentierende dommer i Vestre Landsret ville frifinde S med henvisning til, at målinger af ponyer kan variere, og at F A/S dermed ikke havde ført bevis for, at "ponyen" på købstidspunktet ikke opfyldte målene for at være en pony.

om “caveat emptor” i købelovens § 47.⁶ Forbeholdet kan derfor ikke legitimere en forsærlig eller uagtsom forsømmelse af sælgerens oplysningspligt.⁷ Udslagsgivende for Vestre Landsrets afgørelse har således utvivlsomt været, at F i kraft af sin status som professionel måtte anses for at have haft de fornødne forudsætninger for at kunne bedømme skovtraktorens beskaffenhed, hvorefter der som følge heraf ikke kunne stilles strenge krav til H's oplysningspligt som sælger. F's status som professionel spillede således en væsentlig rolle for dommens resultat.

I forhold til spørgsmålet om, hvorvidt H's salgs- og leveringsbetingelser kunne anses for vedtaget for mellem F og H, skal det bemærkes, at der forelå en situation, hvor der i en kontrakt indgik mellem to professionelle parter – som ikke havde et fast samhandelsforhold - var sket henvisning til den ene parts salgs- og leveringsbetingelser, og hvor den anden part bestred at have modtaget disse betingelser (via slutsedlen). I et sådant tilfælde er udgangspunktet, at det er den part, som har “kontrollen” med betingelserne, der har bevisbyrden for, at bestemmelserne er kommet således frem i lyset, at de kan anses for at være en del af parternes aftale. I den forbindelse lagde Vestre Landsret formentlig vægt på en vidneforklaring fra en person med freelance-tilknytning til H, som forklarede, at han havde gennemgået slutsedlen med F under en telefonsamtale i hvilken sammenhæng de nærmere betingelser for handlen blev gennemgået, ligesom han oplyste, at købekontrakten blev udleveret sammen med slutsedlen, hvilket ifølge ham “skete altid”. Endvidere har Vestre Landsret givetvis – under inddragelse af parternes status som professionelle - tillagt det betydning for vedtagelsesspørgsmålet, at H's salgs- og leveringsbetingelser var udarbejdet af Dansk Maskinhandlerforening, og dermed måtte forventes at være udtryk for de sædvanlige handelsvilkår i branchen. Ligeledes forklarede F, at han siden 1968 havde drevet en almindelig maskinstation og siden 1999 skoventrepreneurvirksomhed, at han på tidspunktet for retssagen havde 5-6 traktorer, og at traktorerne blev udskiftet ca. hvert 5. år, dvs. at F relativt jævnligt købte nye maskiner, smh. i den forbindelse U1975.339SH.

2.3. U2020.965V

Denne sag vedrørte en investeringsvirksomheds køb af kapitalandele i et iværksættersekskab, som kort tid efter investeringen gik konkurs. De nærmere omstændigheder var således:

Et selskab, Y, var i år 2015 stiftet som professionel investeringsvirksomhed med det formål at foretage investeringer i virksomheder med en “grøn” profil. Selskabet X var blevet stiftet den 30. juni 2014 og havde som formål at udvikle og kommercialisere materialer, der understøttede genanvendelse af plast. Efter besigtigelse af virksomheden besluttede Y den 8. december 2015 at investere 1 mio. kr. i X svarende til 10 % af selskabet. Beslutningen om investering blev truffet i forbindelse med en ekstraordinær generalforsamling og et efterfølgende bestyrelsesmøde. Forud for beslutningen om investering havde Y fra X efter anmodning fået udleveret X's budget for 2016 (dateret 7. december 2015), forretningsplanen for X samt bestyrelsesmødereferater fra bestyrelsesmøder afholdt i perioden 28. oktober 2014 – 6. oktober 2015. Kort tid efter investeringen, den 29. januar 2016, modtog Y imidlertid et nyt budget for X for 2016, idet forudsætningerne for det oprindelige budget ikke holdt, hvilket primært skyldtes udfordringer med et produktionsanlæg med den konsekvens, at den forventede omsætning ikke kunne realiseres. X blev erklæret konkurs den 17. marts 2016.

Efter konkursen rejste Y erstatningskrav mod X's tidligere ledelse for den tabte investering på 1 mio. kr. Til støtte herfor gjorde Y gældende, at det første budget af 7. december 2015 ikke havde været retvisende, hvilket X's tidligere ledelse havde eller burde have vidst, og at X's tidligere ledelse dermed havde tilsidesat deres

loyale oplysningspligt ved ikke at oplyse Y om X's reelle økonomiske situation på investeringstidspunktet.

X's tidligere ledelse bestred at have handlet ansvarspådragende. I første række blev det gjort gældende, at der ikke forelå et ansvarsgrundlag, idet der ikke var holdt oplysninger skjult for Y, og at det første budget af 7. december 2015 var blevet vedtaget i god tro baseret på de oplysninger, som på dette tidspunkt forelå. I anden række gjorde X's tidligere ledelse gældende, at Y som professionel investeringsvirksomhed måtte have været klar over, at X var en iværksættervirksomhed i opstartsfasen, og at dette indebar en ikke ubetydelig risiko for en investor, hvorfor det ikke nu kunne lastes X's tidligere ledelse, at Y ikke havde foretaget grundigere undersøgelser forud for investeringen.

I de udleverede bestyrelsesmødereferater fra september og oktober 2015 havde der været omtale af tidligere tekniske problemer med produktionsanlægget. På bestyrelsesmødet den 8. december 2015 havde et ledelsesmedlem i X oplyst, at der pr. 8. december 2015 var debitorer for “max. 100.000 kr.”, hvilket imidlertid viste sig at være forkert.

Vestre Landsret frifandt X's tidligere ledelse for det rejste erstatningskrav med en udførlig begrundelse, hvor Vestre Landsret bl.a. lagde vægt på, at X på investeringstidspunktet måtte anses for en iværksættervirksomhed, at dette måtte have stået Y klart som professionel investeringsvirksomhed, at Y på denne baggrund og ud fra det udleverede materiale måtte have vidst, at det var forbundet med en ikke-ubetydelig risiko at investere i X, at de problemer med produktionsanlægget, som førte til nedskrivning af budgettet for 2016, indtrådte efter, at Y havde besluttet sig for at investere i X, at Y dermed ikke havde ført bevis for, at X's ledelse havde handlet ansvarspådragende over for Y ved ikke loyalt at oplyse om X's økonomiske situation, eller at ledelsen på anden måde har handlet culpøst over for Y i forbindelse med investeringen i X, at den urigtige information om debitorer for “max. 100.000 kr.” ikke i sig selv kunne føre et andet resultat, og at Y selv valgte at investere i X på det grundlag, som forelå den 8. december 2015.

Vestre Landsrets afgørelse forekommer rigtig, idet Y “med åbne øjne” foretog en investering, som pr. definition er forbundet med betydelig risiko - budgetter holder sjældent i iværksættervirksomheder. Domspræmissen vedrørende fejlinformationen om debitorer for max. 100.000 kr. – der kunne siges at give Y indtryk af, at der havde været omsætning i X i måneden op til beslutningen om investering – må forstås således, at vel var dette en relevant oplysning, men at det ikke i sig selv kunne antages at have spillet ind på Y's beslutning om at investere eller vilkårene for investeringen i øvrigt. Dette synes helt korrekt.

Vestre Landsrets afgørelse i U2020.965V er på linje med U1994.698H. I denne sag havde en række investorer indskudt 33 mio. kr. i en virksomhed, som ca. 1 ½ år senere gik konkurs. Investorerne fik ikke medhold i et erstatningskrav, selvom de udleverede budgetter, som investorerne havde undersøgt, viste sig at være forkerte. Højesteret lagde i sine præmisser til grund, at der i det materiale, som investorerne havde fået udleveret, var klare advarselssignaler, som investorerne burde have været opmærksom på, og som ved blot mindre undersøgelser ville have givet investorerne grundlag til at fastslå, at det foreliggende budgetmateriale ikke alene kunne danne grundlag for beslutning om virksomhedskøbet. Dommen fastslår således i realiteten, at investorerne skulle have foretaget yderligere og mere dybdegående

⁶ Jf. Joseph Lookofsky & Vibe Ulfbeck, *Køb – Dansk indenlandsk købsret*, 5. udg. (2020), s. 93f.

⁷ jf. *Torsten Iversen*, a. st., s. 294, med henvisning til afgørelserne U1971.392Ø og U1998.1257Ø.

undersøgelser før virksomhedskøbet.⁸ I Østre Landsrets præmisser i den nævnte sag (U1994.698H) blev det fremhævet, at der var tale om professionelle investorer, som ifølge det oplyste havde betydelig erfaring med større investeringer.

2.4. Nogle bemærkninger om forholdet mellem købers undersøgelsespligt og sælgers oplysningspligt

Den ovenfor gengivne retspraksis bekræfter, at domstolene ved bedømmelsen af rækkevidden af købers undersøgelsespligt anlægger en relativt streng bedømmelse over for en køber med status som professionel.

Imidlertid må det dog stadigvæk holdes for øje, at såfremt køber kan dokumentere en forsømmelse, der kan bebrejdes sælger som culpøs i form af enten forsætlig eller uagtsom fortielse af viden om et forhold, kan sælgeren ikke påberåbe sig, at køberen har forsømt sin undersøgelsespligt - den svigagtige sælger skal ikke kunne "ånde lettet op".⁹ Hvis sælger er bekendt med forhold af væsentlig betydning for køber, er han således forpligtet til at gøre køber opmærksom herpå, jf. hertil eksempelvis U2010.556H, hvor en sælger i 2002 havde solgt en ejendom, hvorpå sælgeren havde drevet grafisk virksomhed, til en køber, der ville opføre boliger på ejendommen. Både køber og sælger måtte på den baggrund anses for at have status som professionelle. I 2003 blev det konstateret, at der var jordforurening på ejendommen. Udbudsmaterialet indeholdt ikke oplysninger om en eventuel forurening af ejendommen, herunder om en afgørelse fra amtet fra 2001 om, at ejendommen muligvis var forurenede – en afgørelse som sælger i sin tid havde fået tilsendt. Højesteret fandt i lighed med landsretten, at sælgeren klart havde tilsidesat sin oplysningspligt vedrørende et forhold af væsentlig betydning, og at der heroverfor ikke kunne lægges vægt på, at køberen, på trods af kendskab til, at ejendommen havde været anvendt til grafisk virksomhed, undlod at foretage nærmere undersøgelser vedrørende ejendommens forureningsforhold. Der kan endvidere henvises til T:BB2020.306Ø vedrørende overdragelse af en udlejningsejendom. I denne sag havde sælgeren i købsaftalen afgivet følgende erklæring: "*Sælger oplyser, at der ikke er gjort indsigelse imod eller verserer sager om lejen.*" Imidlertid verserede der på tidspunktet for overdragelsen en sag for huslejenævnet om lejen i ét af ejendommens lejemål, som den pågældende lejer efterfølgende fik medhold i, hvorved lejen i dette lejemål blev nedsat. Østre Landsret fandt på den baggrund, at køberen var berettiget til afslag i købesummen, da sælgerens oplysning om, at der ikke var verserende lejesager, efter sit indhold udgjorde en garanti, og at forholdet ikke kunne anses for omfattet af køberens undersøgelsespligt (der var gennemført due diligence-undersøgelse).

Dommens resultat er rigtigt, men kunne muligvis også være begrundet med, at der med sælgers manglende opmærksomhed om huslejenævnsagen forelå uagtsom forsømmelse af sælgers loyale oplysningspligt, smh. U2010.1003V, hvor Vestre Landsret ikke anså sælgers oplysninger om boligarealet i BBR for en tilsikring, men pålagde sælger erstatningsansvar for grov uagtsomhed i forbindelse med de forkerte oplysninger.

3. Købers identifikation med sin professionelle rådgiver, herunder når køber er forbruger

I forbindelse med et køb vil en køber ofte rekvirere en professionel rådgiver til at bistå med undersøgelser af købsgenstanden.

I tilfælde af, at den af køber rekvirerede rådgiver begår fejl i forbindelse med disse undersøgelser, er retsstillingen den, at køber ud fra betragtninger om passiv identifikation som udgangspunkt er afskåret fra at gøre mangelsbeføjelser gældende mod sælger, jf. eksempelvis U1986.644H, hvor en køber ikke over for en sælger kunne påberåbe sig, at en 52 år gammel lystbåd var ødelagt af rådangreb, idet dette burde være konstateret ved en sædvanlig besigtigelse af en sagkyndig som repræsentant for køber.

Ud fra betragtninger om passiv identifikation mellem en køber og dennes rådgiver er køber i medfør af købelovens § 47 således afskåret fra at påberåbe sig en mangel over for sælger, som rådgiveren burde have opdaget, dvs. at køber i forholdet mellem køber og sælger må bære risikoen for rådgiverens fejl. Dette udgangspunkt om, at en køber i forhold til en sælger bærer risikoen for den sagkyndiges mangelfulde rådgivning, fraviges imidlertid, hvis sælgeren har handlet svigagtigt, eksempelvis ved at have tilsidesat sin loyale oplysningspligt.

I tvister vedrørende køb og salg af heste er det en ofte forekommende problemstilling, at sælger fremsætter den indsigelse, at køber må identificeres med sin handelsundersøgende dyrlæge, dvs. at dyrlægens fejl begået i forbindelse med handelsundersøgelsen af hesten forud for købet må komme køber til skade i retsforholdet til sælger.¹⁰ Dette er, jf. ovenfor, retsstillingen i et civil- eller handelskøb, hvor købelovens § 47 finder anvendelse. I tilfælde af statuering af identifikation mellem køber og dyrlæge må køber "nøjes" med at fremsætte erstatningskrav mod dyrlægen for mangelfuld rådgivning.

Imidlertid finder købelovens § 47 ikke anvendelse i forbrugerkøb, jf. købelovens § 1a, stk. 3. Her gælder købelovens § 77b, hvorefter køberen ikke kan påberåbe sig en mangel, som den pågældende var eller måtte være bekendt med ved indgåelsen af aftalen.

Købelovens § 77b afskærer således som udgangspunkt kun forhold, som køberen har faktisk viden om. For at imødekomme de vanskeligheder, som er forbundet med at bevise et positivt kendskab hos køberen, blev bestemmelsen udvidet til også at omfatte forhold, som forbrugeren "måtte være bekendt med". Der sigtes hermed til forhold, som det efter omstændighederne forekommer helt usandsynligt, at forbrugeren ikke har haft kendskab til. Bestemmelsen omfatter dermed også købers formodede viden. Som det fremgår, er formuleringen i købelovens § 77b om "måtte være bekendt med" dermed ikke den samme som den klassiske "burde viden", der afskærer en købers mangelsindsigelser efter købelovens § 47.

Købelovens § 77b er således en lempeligere regel end købelovens § 47, idet købelovens § 77b ikke afskærer en forbrugerkøber fra at påberåbe sig en mangel, som burde være opdaget ved en undersøgelse af det købte.¹¹ Købelovens § 77b er baseret på direktiv 1999/44EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed ("Forbrugerkøbsdirektivet"), og det

⁸ Jf. Jørgen Lillelund Olsen, "Købers pligt at gennemføre due diligence ved virksomhedsoverdragelse", Revision & Regnskabsvæsen 2006, nr. 11, s. 40ff.

⁹ Jf. Nis Juul Clausen m.fl., Købsretten, 7. udg. (2018), s. 199.

¹⁰ I disse situationer vil køber ofte rejse krav mod både sælger og handelsundersøgende dyrlæge. Købers krav vil her udspringe af to forskellige grundlag, hhv. en kontraktuel forpligtelse, som er uafhængig af et ansvar, og en erstatningsretlig forpligtelse, som forudsætter et ansvarsgrundlag. Uagtet, at sælger og handelsundersøgende dyrlæge dermed hæfter på forskelligt grundlag, er det i retspraksis fastslået, at deres hæftelse over for køber er solidarisk, jf. U2016.415V.

¹¹ Søren Theilgaard m.fl., a. st., s. 1279.

fremgår klart af bestemmelsens forarbejder, at formålet har været i forbrugerkøb at afskaffe den afskæring af en købers mangelsindsigelser på grund af “burde viden”, der følger af købelovens § 47.

I Bet. 1403/2001 om revision af forbrugerkøbsbestemmelserne på baggrund af direktiv 1999/44 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed, anføres således følgende på s. 11:

“Arbejdsgruppen foreslår, at købelovens såkaldte caveat emptor-regel begrænses i forbrugerkøb, således at forbrugeren som udgangspunkt kun afskæres fra at påberåbe sig en mangel, som han kendte eller måtte kende til ved indgåelsen af købsaftalen, jf. den foreslåede § 77b. Bestemmelsen, der er en følge af direktivets gennemførelse, indebærer, at der ikke kan lægges vægt på, om forbrugeren burde have kendt til den pågældende mangel.”

I lovforslagets almindelige bemærkninger fremgår tilsvarende følgende:¹²

“Der foreslås en ny bestemmelse om køberens undersøgelsespligt i forbrugerkøb. Efter denne bestemmelse afskæres forbrugeren alene fra at påberåbe sig mangler m.v. som forbrugeren kendte eller måtte kende til, men der ikke kan lægges vægt på, om forbrugeren burde have været bekendt med det pågældende forhold.”

I lovforslagets specielle bemærkninger anføres tillige følgende:¹³

“Med henblik på at opfylde direktivet foreslås der således en ny bestemmelse om køberens undersøgelsespligt i forbrugerkøb. Efter denne bestemmelse afskæres forbrugeren alene fra at påberåbe sig en fejl mv., som forbrugeren måtte kende til, mens der ikke kan lægges vægt på, om forbrugeren burde have været bekendt med det pågældende forhold.”

På baggrund af det ovenfor anførte forekommer det derfor ikke oplagt, når Østre Landsret og Vestre Landsret i hhv. dom af 13. marts 2014 (utrykt)¹⁴ og dom af 11. september 2019 (gengivet i TfL2020.4V) har stateret, at en forbrugerkøber skulle bære risikoen for en handelsundersøgende dyrlæges fejlvurderinger af røntgenbilleder, dvs. ud et synspunkt om “burde viden” hos forbrugerkøberens rådgiver afskar forbrugerkøberen fra i hestehandler med købesummer på hhv. 1 mio. SEK og 150.000 kr. at gøre mangelsbeføjelser gældende mod sælger.

I “Købeloven – med kommentarer” synes det under omtalen af købelovens § 47 at blive lagt til grund, at en forbrugerkøber i henhold til almindelige retsgrundsætninger om betydningen af fuldmægtigens onde tro må tåle passiv identifikation med sin professionelle rådgiver.¹⁵

For så vidt er forarbejderne til købelovens §§ 77b “tavse” om den situation, hvor en forbruger i forbindelse med et køb har været bistået af en professionel rådgiver, herunder betydningen af eventuelle fejl begået af den professionelle rådgiver. Af ordlyden af købelovens § 77b samt bestemmelsens forarbejder, jf. ovenfor, fremgår dog klart, at købelovens § 77b har til formål at beskytte forbrugeren.

Statuering af passiv identifikation mellem en forbrugerkøber og dennes professionelle rådgiver synes således at udgøre en udvidende fortolkning af købelovens §77b, der ikke har konkret støtte i bestemmelsens ordlyd, forarbejder eller formålet med bestemmelsen. Ud fra beskyttelsesformålet med købelovens § 77b forekommer en mere nærliggende fortolkning derfor at være, at synspunkter om passiv identifikation må tillægges et snævert anvendelsesområde (hvis noget overhovedet) ved et forbrugerkøb.¹⁶

Der foreligger mig bekendt ikke yderligere afgørelser om spørgsmålet end de ovenfor nævnte. Problemstillingen med dens indbyggede dilemmaer må anses for principiel og forhåbentlig vil spørgsmålet på et tidspunkt blive forelagt Højesteret til prøvelse.

4. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

Den behandlede problemstilling i afsnit 2 illustrerer, at der ved stillingtagen til rækkevidden af køberens undersøgelsespligt over for sælgerens oplysningspligt ofte vil være tale om relativt vanskelige konkrete vurderinger. Domstolene synes i den forbindelse at tillægge købers status som professionel betydelig vægt, hvorfor en køber med denne status må udvise væsentlig agtpågivenhed i forbindelse med et køb og derfor bør foretage dybtgående og grundige undersøgelser af købsgenstanden og således ikke blot forlade sig på sælgers oplysningspligt.

Den i afsnit 3 behandlede problemstilling vedrørende en forbrugerkøbers identifikation med sin professionelle rådgiver fører frem til, at de foreliggende domme om spørgsmålet må anses for diskutabile, hvorefter der består et behov for afklaring af denne principielle problemstilling ved Højesteret.

¹² FT 2001-02, 2. samling, tillæg A, L 9, s. 5.

¹³ FT 2001-02, 2. samling, tillæg A, L 9, s. 18.

¹⁴ Ø.L. B-320-13.

¹⁵ Jf. Søren Theilgaard m.fl., a. st., s. 892. Se også Torsten Iversen, a. st., s. 301f.

¹⁶ På linje hermed Marie-Louise Holle, “Passiv identifikation i lyset af professionsansvaret”, U2014B.327 (334).