

ERSTATNINGSBEREGNING VED MISLIGHOLDELSE AF DANSKE OG INTERNATIO- NALE KONTRAKTER

Calculating Damages for Breach of Danish and International
Contracts



Kandidatspeciale
Maj 2019
Cecilie Højvang Christensen

Juridisk kandidatspeciale
Erstatningsberegning ved misligholdelse af danske og internationale kontrakter |
Calculating Damages for Breach of Danish and International Contracts

Cecilie Højvang Christensen

Vejleder:
Thomas Neumann

Juridisk Institut
Aalborg Universitet
Aalborg, 2019

Indholdsfortegnelse

1 INDLEDNING	1
1.1 FORMÅL OG EMNEAFGRÆNSNING	1
1.2 METODE OG RETSKILDER	2
1.2.1 <i>Dansk indenlandsk rets retskilder</i>	3
1.2.2 <i>De internationale retskilder</i>	3
2 ERSTATNING EFTER DANSK INDENLANDSK RET	5
2.1 RETTEN TIL ERSTATNING	5
2.2 ERSTATNINGSBETINGELSERNE	6
2.2.1 <i>Ansvarsgrundlag</i>	6
2.2.2 <i>Tab omfattet af retten til erstatning</i>	7
2.2.3 <i>Årsagsforbindelse</i>	9
2.2.4 <i>Kun adækvate tab</i>	9
2.2.5 <i>Tabsbegrænsningspligt og egen skyld</i>	11
2.3 REGLER FOR BEVISET	13
2.3.1 <i>Bevisbyrdefordelingen</i>	13
2.3.2 <i>Beviset for erstatningsansvaret</i>	14
2.3.3 <i>Beviset for tabet</i>	14
2.4 BEREGNINGEN AF ERSTATNINGEN	15
2.4.1 <i>Den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktsinteresse</i>	15
2.4.2 <i>Tidspunktet for erstatningsberegningen</i>	17
2.4.3 <i>Udmålingen af erstatningen</i>	18
2.4.4 <i>Skønsbaseret erstatningsudmåling og princippet om fuld erstatning</i>	20
3 ERSTATNING EFTER CISG	22
3.1 ERSTATNINGSBETINGELSERNE	22
3.1.1 <i>Kravet om påregnelighed</i>	23
3.1.2 <i>Tabsbegrænsningspligten</i>	23
3.2 TAB OMFATTET AF RETTEN TIL ERSTATNING EFTER CISG	24
3.2.1 <i>Immaterielle tab</i>	25
3.3 REGLERNE FOR BEVISET	28
3.3.1 <i>Bevisbyrde</i>	28
3.3.2 <i>Kravet til bevisets styrke</i>	30
3.3.3 <i>Beviset for tabet</i>	32
3.3.4 <i>Beviset for tabets påregnelighed</i>	33
3.4 BEREGNINGEN AF ERSTATNINGEN	33
3.4.1 <i>Tid og sted for erstatningsberegningen</i>	34
3.4.2 <i>Erstatningsudmålingen</i>	35

4 SAMMENLIGNING AF REGELSÆTTENE OG KONKLUSION.....	39
4.1 ERSTATNINGSBETINGELSERNE.....	39
4.2 BEVISREGLERNE	39
4.3 ERSTATNINGSDUMÅLINGEN.....	40
4.4 DEN SKØNSPRÆGEDE ERSTATNINGSDUMÅLING	40
4.5 SAMMENFATNING	41
4.5.1 <i>Oversigt over ligheder og forskelle i teorien.....</i>	<i>41</i>
5 ABSTRACT	42
6 LITTERATURLISTE	43
6.1 LOVGIVNING OG ANDRE RETSREGLER	43
6.2 FØR- OG EFTERARBEJDER.....	43
6.3 RETSPRAKSIS	43
6.3.1 <i>Indenlandsk retspraksis.....</i>	<i>43</i>
6.3.2 <i>International retspraksis.....</i>	<i>43</i>
6.4 RETSLITTERATUR	45
6.4.1 <i>Bøger.....</i>	<i>45</i>
6.4.2 <i>Artikler.....</i>	<i>48</i>

1 Indledning

1.1 Formål og emneafgrænsning

I forbindelse med at verden som følge af den konstante udvikling af teknologi synes at blive mindre, bliver der indgået flere kontrakter på tværs af landegrænserne. Særligt ved indgåelse af internationale kontrakter er det vigtigt at foretage overvejelser om, hvilke retsvirkninger det ønskes kontrakten har, da baggrundsretten kan være forskellig fra kontrakt til kontrakt og fra jurisdiktion til jurisdiktion. Overvejelserne om lovvalg kan derfor have stor betydning i tilfælde af manglende opfyldelse af eller andet brud på kontrakten.

Når sådanne valg skal træffes, har den gældende retstilstand ofte betydning, da denne er udtryk for retsvirkningerne af de enkelte valgmuligheder. Yderligere er det nødvendigt at have for øje, hvad baggrundsretten vil være, såfremt der ikke træffes bestemmelser i kontrakten om diverse forhold. Hvis ikke udfaldet af baggrundsretten er tilfredsstillende, er det nødvendigt at fravige den ved inkludering af bestemmelser i aftalen hvis muligt. For at udarbejde kontrakter på bedste vis er det vigtigt for parterne, at retstilstanden er forudsigelig, så parterne kan forholde sig til konsekvenserne af de forskellige valgmuligheder såvel som baggrundsretten.

Dette speciale fokuserer specifikt på retstilstanden for erstatningsberegningen i de tilfælde, hvor forpligtelser i kontrakten ikke opfyldes. Således er det i denne fremstilling en forudsætning, at der mellem parterne er indgået en gyldig kontrakt, samt at der ikke i kontrakten er truffet bestemmelser om erstatningen og dennes beregning. Disse forudsætninger medfører, at det er baggrundsretten der vil blive beskrevet. Den beskrevne retstilstand vil således i mange tilfælde kunne reguleres eller fraviges af parterne i deres aftale.

Efter dansk indenlandsk ret er der ret til erstatning for det fulde tab, hvis en kontrakt misligholdes.¹ På trods af dette ses der en tendens til ved erstatningsberegningen at fastlægge erstatningen i den lave ende.² Med henblik på udarbejdelse af kontrakter vil det derfor være interessant at undersøge, om der igennem lovvalg vil være mulighed for som part at sikre sig bedre med hensyn til erstatning for misligholdelse. I denne fremstilling vil denne undersøgelse omhandle erstatning i henhold til to regelsæt: Dansk indenlandsk ret og United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG). Hovedformålet med specalet er således at undersøge, om **erstatningsberegningen er den samme efter dansk indenlandsk ret og CISG i både teori og praksis.**

Undersøgelsen vil bestå i en belysning af reglerne for erstatning og erstatningsberegningen for hvert af de to regelsæt, hvorefter der vil foretages en sammenligning af ligheder og forskelle. En sammenligning mellem disse to regelsæt foretages, da det ønskes belyst, om erstatningsberegningen efter CISG også fastlægges ud fra et skøn, der lander erstatningen i den lave ende af skalaen, eller om en anden tendens ses efter dette regelsæt. I sidste ende vil sammenligningen have til formål at belyse, om det i nogle situationer vil være fordelagtigt at

¹ Gomard: 2. del, s. 173; Iversen: Erstatningsberegning, s. 77; Jørgensen: Kontraktret II, s. 175; Lookofsky og Ulfbeck: Køb, s. 194 og 223; Lærebog i Obligationsret I, s. 259

² Iversen: Erstatningsberegning, s. 869; Lærebog i Obligationsret I, s. 249

tilvælge reglerne efter CISG gennem en lovvalgsbestemmelse i kontrakten med henblik på udmålingen af erstatningen ved kontraktbrud.

For at belyse retstilstanden omkring erstatningsberegningen er det nødvendigt først at klarlægge gældende ret for selve retten til at kræve erstatning. Derfor vil der indledningsvist for hvert af regelsættene blive gennemgået betingelserne for at opnå erstatning. Dette vil indebære en undersøgelse af de enkelte erstatningsbetingelser herunder særligt fokus på tabet og hvilke former for tab, der er omfattet af retten til erstatning. Yderligere vil det blive undersøgt, hvilke regler der gælder for beviset herunder, hvem der har bevisbyrden og hvilke krav, der er til bevisets styrke.

Dette vil blive efterfulgt af en undersøgelse af retstilstanden for selve erstatningsberegningen. For at belyse retstilstanden vil det blive undersøgt på hvilket grundlag den endelige tildeling af erstatning baseres, hvor og hvornår beregningen af erstatningen skal foretages, og hvorvidt der foreligger nogle begrænsninger for størrelsen af erstatningen.

Da der foretages en sammenligning mellem dansk indenlandsk ret og CISG, er der en naturlig afgrænsning af specialets emne, da anvendelsesområdet for CISG er afgrænset til internationale kontrakter om handelskøb af løsøre, jf. CISG art. 1. Derfor vil specialet fokusere på løsørekontrakter i handelskøb for, at sammenligningsgrundlaget mellem regelsættene bliver så ens som muligt. Desuden vil fremstillingen ikke omhandle renter eller øvrige aspekter i erstatningsudmålingen.

1.2 Metode og retskilder

Dette speciale er baseret på den retsdogmatiske metode som den primært anvendte metode til belysning af de enkelte regelsæt. Formålet med denne metode er at analysere, beskrive og systematisere gældende ret på et givent retsområde ved hjælp af relevante retskilder.³ Hvilke retskilder der er relevante, varierer afhængigt af, om undersøgelsen angår dansk indenlandsk ret eller CISG.

Som supplement til den retsdogmatiske metode anvendes komparativ ret, som har til formål at beskrive og sammenligne forskellige regelsæt.⁴ Dette skyldes, at specialets formål er at belyse retstilstanden for to regelsæt og derefter fremhæve ligheder og forskelle herimellem. Til sammenligning af regelsættene benyttes *Länderberichtmetoden*. Efter denne metode holdes regelsættene adskilt og beskrives individuelt.⁵ Denne systematik er valgt for at bevare overblikket over det beskrevne materiale og gøre det klart for læseren hvilket regelsæt, der bliver beskrevet. Således har *Länderberichtmetoden* betydning for specialets opbygning og systematik.

Inden for komparativ ret arbejdes med begreberne *makro-* og *mikrosammenligning*. *Makrosammenligning* er den generelle sammenligning af jurisdiktioners retssystemer og deres opbygning, mens *mikrosammenligning* er en mere konkret sammenligning af retsområder og problemstillinger.⁶ Dette speciale er en sammenligning mellem to dele af det danske regelsæt – de danske indenlandske erstatningsregler og de inkorporerede internationale erstatningsregler i CISG.

³ Retsskilder & retsteorier, s. 56; Retsvidenskabsteori, s. 190, 202-203

⁴ Retsvidenskabsteori, s. 104; Skriftlig jura, s. 69

⁵ Retsvidenskabsteori, s. 105; Skriftlig jura, s. 89

⁶ Komparativ ret, s. 169

Derfor er der ikke tale om en ren anvendelse af den komparative ret, da denne primært har til formål at sammenligne forskellige jurisdiktioner. For at opfylde specialets formål på bedste vis anvendes derfor elementer fra både *makro-* og *mikrosammenligningen*.

1.2.1 Dansk indenlandsk rets retskilder

I dansk indenlandsk ret er de primære retskilder lovgivningen og retspraksis.⁷ Dansk erstatningsret er ikke beskrevet i en nedskrevet lov, men bygger derimod på obligationsretlige principper. Købeloven har en mindre rolle i specialet, da denne har en understøttende funktion i forhold til de omtalte principper. Dette skyldes, at købeloven antages at være udtryk for almindelige retsgrundsætninger, hvorfor det har relevans at inddrage disse i vurderingen af erstatningsansvaret i kontraktforhold.⁸ Obligationsretlige principper findes yderligere udtrykt i både retspraksis og den juridiske litteratur. De obligationsretlige principper vil dog vige for *lex specialis*, hvilket betyder, at speciallovgivning på det erstatningsretlige område vil have forrang for de grundsætninger, som følger af principperne.

Opfyldelse af domstolenes primære opgave med at løse tvister forudsætter, at domstolene fungerer som et lovforklende og retsskabende organ.⁹ Derfor har retspraksis betydning for beskrivelsen af retstilstanden på et givent område. Eftersom erstatningsretten bygger på obligationsretlige principper, som ikke er nedskrevet i lov, finder erstatningsretten primært støtte i retspraksis. I denne fremstilling er retspraksis medtaget til at understøtte og oplyse gældende ret for erstatning og dennes beregning.

Den juridiske litteratur kan som udgangspunkt ikke betragtes som en retskilde, da forfatterne bag ikke har kompetence til at skabe ret.¹⁰ På trods heraf kan referencer til retslitteraturen fortsat være relevant, da litteraturen kan indeholde vigtige argumenter og resultater, som der kan lægges vægt på.¹¹ Særligt for erstatningsretten er litteraturen et anker, da denne beskriver de obligationsretlige principper, hvorpå erstatningsretten bygger, og hvordan disse principper er anerkendt i retspraksis.

1.2.2 De internationale retskilder

Ved undersøgelsen af gældende ret for anvendelsen af CISG er den primære retskilde konventionsteksten selv. CISG findes på mange forskellige sprog i takt med, at lande har tiltrådt konventionen. I konventionsteksten erklæres det imidlertid, at CISG er "*done ... in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.*"¹² Således er CISG anerkendt på seks originalsprog. Først når alle udgaver af konventionsteksten er bearbejdede, er retstilstanden for CISG i teorien belyst, da der i de forskellige versioner kan være sproglige nuancer. Dog begrænses en sådan gennemarbejdning af retstilstanden af utilstrækkelige sprogfærdigheder, hvorfor det er den engelske version af CISG, der er anvendt ved udarbejdelsen af dette speciale.

⁷ Retsskilder & retsteorier, s. 57; Retsvidenskabsteori, s. 192

⁸ Ussing: Almindelig del, s. 132-133

⁹ Retsvidenskabsteori, s. 298

¹⁰ Ret og metode, s. 160; Retsvidenskabsteori, s. 346

¹¹ Retsvidenskabsteori, s. 346

¹² CISG, afsluttende bemærkninger

Ved fortolkning af konventionsteksten skal der tages hensyn til konventionens internationale karakter, behovet for ensrettet anvendelse samt overholdelsen af god tro i internationale handler, jf. CISG art. 7, stk. 1. Ved forhold, der er omfattet af CISG, men ikke udtrykkeligt afklaret i konventionsteksten, foretages fortolkningen ud fra generelle principper, som ligger til grund for CISG, jf. CISG art. 7, stk. 2. Dette betyder, at international retspraksis og internationale principper anerkendes som retskilder, samt at fortolkning gennem national lovgivning og retspraksis er helt udelukket.

Den internationale retspraksis har derfor en betydelig rolle i fortolkningen og anvendelsen af CISG.¹³ I denne fremstilling er der anvendt retspraksis, der understøtter eller nuancerer teorien på området. Imidlertid er der tale om en stor skare af retspraksis, da afgørelserne træffes af nationale domstole eller voldgiftsretter, hvorfor der er risiko for, at relevant retspraksis vil blive overset. Voldgiftsafgørelser er oftest ikke offentligt tilgængelige, og det er svært at finde afgørelser fra 90 forskellige domstolssystemer. Derfor er den anvendte retspraksis et udtryk for det relevante praksis, der er tilgængeligt på de databaser, det er muligt at tilgå.

Anvendelsen af den juridiske litteratur udligner til en vis grad begrænsningen i ikke at kunne gennemarbejde alle originale versioner af CISG. Dette i form af at forfatterne støtter op om synspunkter og fortolkninger af de enkelte bestemmelser i CISG. Derfor har den juridiske litteratur en vigtig rolle som sekundær retskilde ved arbejdet med CISG.¹⁴ Ofte indeholder litteraturen blot synspunkter fra en enkelt forfatter, hvorfor de såkaldte *opinions* fra the CISG Advisory Council er værd at bemærke, da disse er udarbejdet af flere i samråd.¹⁵ The CISG Advisory Council har udgivet en *opinion* omhandlende erstatningsberegningen efter CISG, som vil blive anvendt i belysningen af dette emne. Den juridiske litteratur omfatter også diverse udarbejdede kommentarer til konventionen, som vil blive anvendt. En særlig konventionskommentar er dog *the Secretariat Commentary*, som er kommentarer til udkastet af CISG fra 1978. Således udgør dette en del af de dokumenterede forarbejder for konventionen. Af denne kan det være muligt at finde relevante informationer og eksempler, men *1978 Secretariat Commentary* er ikke et endeligt udtryk for, hvad bestemmelserne i CISG betyder.¹⁶

¹³ Understanding the CISG, s. 32

¹⁴ Understanding the CISG, s. 35

¹⁵ Understanding the CISG, s. 35

¹⁶ Understanding the CISG, s. 31

2 Erstatning efter dansk indenlandsk ret

2.1 Retten til erstatning

I dansk ret skelnes der helt traditionelt mellem erstatning i kontrakt og erstatning udenfor kontrakt.¹⁷ Dette gøres, da de to erstatningsformer på trods af ligheder har vigtige karakteristiske forskelle.¹⁸ En af de markante forskelle er, at der ved erstatning i kontrakt kan opstå erstatningsansvar for undladelser, da parterne har indgået aftale indeholdende gensidige forpligtelser.¹⁹ På trods af forskellene mellem erstatningsreglerne i og udenfor kontrakt er reglerne indhold i store træk de samme, hvorfor det ofte er nødvendigt at søge en mere dybdegående beskrivelse af reglerne i fremstillinger om erstatning udenfor kontrakt.²⁰

Udgangspunktet i dansk erstatningsret er, at skadelidte har krav på fuld erstatning.²¹ Det betyder, at alt det, som skadelidte taber som følge af misligholdelsen, skal erstattes af den misligholdende part, såfremt der foreligger et ansvarsgrundlag, og betingelserne for at pålægge erstatningsansvar er opfyldt. Hvordan dette udgangspunkt om fuld erstatning kommer til udtryk i praksis vil blive gennemgået senere i denne fremstilling.

Ifølge Henry Ussing er hovedhensynet bag erstatningsreglerne et sikkerhedshensyn, hvorefter de erstatningsretlige regler har til formål at ”*skabe Sikkerhed i Kontraktforholdene.*”²² Desuden er de erstatningsretlige regler bygget op omkring to grundlæggende hensyn: et *præventionshensyn* og et *genopretningshensyn*.²³ Således er hovedformålene med erstatning som misligholdelsesbeføjelse både at skabe sikkerhed men også at forebygge misligholdelse og genoprette skaden, når der er sket misligholdelse.

For erstatning i kontrakt er reglerne funktion at skabe et grundlag, hvorved kontrakter ”*bliver det bedst mulige Redskab for Sambandelen.*”²⁴ Reglerne skal altså, så vidt muligt, varetage begge parternes interesser samt fordele risikoen mellem dem.²⁵ Aftalefriheden taler for, at en medkontrahent generelt kan bære et tungt misligholdelsesansvar. Dette skyldes, at det tunge misligholdelsesansvar kan reguleres gennem aftalen ved bl.a. fastsættelsen af vederlaget for den kontraktmæssige ydelse.²⁶ Ifølge Henry Ussing kan der være flere fordele ved et strengt ansvar, da dette øger afsætningen af sælgerens ydelser samtidig med, at det giver sig til udtryk ved et højere vederlag.²⁷ Således vil baggrundsrettens erstatningsansvar kunne reguleres i parternes kontrakt. Denne fremstilling har imidlertid til formål at beskrive baggrundsretten,

¹⁷ Gomard: 2. del, s. 129; Ussing: Erstatningsret, s. 6

¹⁸ Erstatningsretten, s. 26; Jørgensen: Kontraktsret II, s. 133; Ussing: Almindelig del, s. 127; Werlauff: Skyldforhold, s. 70

¹⁹ Erstatningsretten, s. 26; Gomard: 2. del, s. 130; Ussing: Almindelig del, s. 129; Werlauff: Skyldforhold, s. 70

²⁰ Erstatningsretten, s. 26; Ussing: Almindelig del, s. 129; Ussing: Erstatningsret, s. 7

²¹ Gomard: 2. del, s. 173; Iversen: Erstatningsberegning, s. 77; Jørgensen: Kontraktsret II, s. 175; Lookofsky og Ulfbeck: Køb, s. 194 og 223; Lærebog i Obligationsret I, s. 259

²² Ussing: Almindelig del, s. 127

²³ Erstatningsretten, s. 26; Jørgensen: Kontraktsret II, s. 101; Lærebog i Obligationsret I, s. 272; Ussing: Almindelig del, s. 128; Ussing: Erstatningsret, s. 9

²⁴ Ussing: Almindelig del, s. 127

²⁵ Jørgensen: Kontraktsret II, s. 132; Ussing: Almindelig del, s. 127

²⁶ Ussing: Almindelig del, s. 127

²⁷ Ussing: Almindelig del, s. 127

hvorfor aftalebestemte reguleringer af erstatningsansvaret ikke vil blive nærmere gennemgået.

Henry Ussing pointerer yderligere, at det er vigtigt ved kontraktforhold at have *”Regler, der er skarpe og let anvendelige, og hvis Virkninger kan beregnes forud.”*²⁸ Dette understøtter vigtigheden af forudsigelighed i retstilstanden. Ussing taler dermed for, at reglerne for erstatning skal være klare for dem, som anvender reglerne, så det allerede ved aftaleindgåelsen er muligt at forudsige retsvirkningerne af de valg, der træffes ved udarbejdelsen af kontrakten.

Den almindelige erstatningsregel i dansk ret er culpa, hvilket også er udgangspunktet for erstatning i kontraktforhold.²⁹ Ifølge Henry Ussing er netop denne regel et udtryk for at varetage begge parter interesser: *”Den virker til at fremkalde rimelig Ombu hos Skyldnerne, men kræver på den anden Side ikke mere, end en normal Skyldner kan præstere.”*³⁰ Efter culpapreglen er der fire betingelser, der skal være opfyldt for, at skadelidte kan tilkendes erstatning. Betingelserne er: 1) Der skal være et ansvarsgrundlag, 2) der skal være lidt et tab, 3) der skal være årsagsforbindelse mellem tabet og den culpøse handling, og 4) tabet skal være adækvat.³¹

Selvom culpa er udgangspunktet for erstatning i kontrakt, er culpapreglen dog en subsidiær retskilde ved erstatningsvurderingen i enkelte situationer.³² Således vil der ikke blive foretaget en culpavurdering i tilfælde, hvor der foreligger lovbestemmelser, sædvaner, kutymmer, retspraksis eller i situationer, hvor parterne har reguleret forholdet i deres aftale.³³ Der vil dermed kunne forekomme tilfælde, hvor erstatningsansvaret er skærpet, hvilket ofte har til formål at øge effektiviteten af erstatningsreglerne på visse områder.³⁴ Også forudsigelighed i retstilstanden kan tale for at fastsætte et strengere ansvar.³⁵ Da sådan et strengere ansvar afhænger af, at der er hjemmel hertil i enten lovgivning, retssædvaner eller kontrakten, vil dette dog ikke bliver yderligere behandlet. I stedet vil fokus være på culpapreglen og dennes betydning som baggrundsretten for erstatningsansvaret.

2.2 Erstatningsbetingelserne

2.2.1 Ansvarsgrundlag

At eksistensen af et ansvarsgrundlag er en betingelse for at opnå erstatning, betyder, at nogle former for misligholdelse ikke medfører en ret til erstatning.³⁶ Vurderingen af, hvorvidt der foreligger et ansvarsgrundlag, hvorved den misligholdende part kan tilregnes misligholdelsen, er således et vigtigt element i, om skadelidte har ret til erstatning. Henry Ussing beskriver i en af sine fremstillinger culpapreglen som: *”Naar en Person ved uforsvarlig Adfærd (Culpa) har krænket en andens ved erstatningsreglen værnede Ret eller Interesse og derigennem paaført ham et Formuetab,*

²⁸ Ussing: Almindelig del, s. 127

²⁹ Erstatningsretten, s. 26; Gomard: 2. del, s. 131 og 147; Gomard: Moderne Erstatningsret, s. 16; Jørgensen: Kontraksret II, s. 149; Lærebog i Obligationsret I, s. 250; Ussing: Erstatningsret, s. 7

³⁰ Ussing: Almindelig del, s. 129

³¹ Gomard: 2. del, s. 25; Lærebog i erstatningsret, s. 25; Werlauff: Skyldforhold, s. 84

³² Gomard: 2. del, s. 133; Jørgensen: Kontraksret II, s. 149-150

³³ Gomard: Moderne Erstatningsret, s. 16; Jørgensen: Kontraksret II, s. 149; Ussing: Almindelig del, s. 126

³⁴ Ussing: Almindelig del, s. 137

³⁵ Ussing: Almindelig del, s. 137

³⁶ Lærebog i Obligationsret I, s. 243; Werlauff: Skyldforhold, s. 69

*kan denne anden kræve Tabet erstattet af skadevolderen.*³⁷ Af denne beskrivelse fremgår det, at ansvarsgrundlaget har en central rolle i vurderingen af, om der kan pålægges et erstatningsansvar.

Om der foreligger et ansvarsgrundlag er en bedømmelse af, om der objektivt set er handlet retsstridigt, og om handlingen subjektivt set kan tilregnes vedkommende som culpøs.³⁸ Når misligholdelsen vurderes til at være forsættelig eller uagtsom, vil der foreligge culpa.³⁹ I kontraktforhold vil selve kontrakten ofte påvirke vurderingen af, hvad der er anset for at være culpøs.⁴⁰

En betingelse for, at der foreligger et ansvarsgrundlag, er således, at der er tale om en misligholdelse.⁴¹ Dette er det objektive moment om, at der skal være handlet retsstridigt – eller i kontraktforhold, at der skal være handlet imod kontrakten. For at der kan være tale om misligholdelse, må den misligholdende part således have handlet på en anden måde end, hvad skadelidte efter kontrakten havde krav på.⁴² Den misligholdende part kan kun være berettiget i at fravige kontrakten, hvis der foreligger særlige undskyldende omstændigheder (fx *force majeure*).⁴³

En anden betingelse er, at misligholdelsen må tilregnes den misligholdende part som værende culpøs. I denne vurdering er der både et objektive og et subjektivt element, da der ved en sådan bedømmelse foretages en sammenligning af, om handlingen eller undladelsen objektivt må anses at være uforsvarlig og dernæst, om den misligholdende part vidste eller burde vide dette.⁴⁴

Når både den objektive og den subjektive bedømmelse fører til, at den misligholdende part har handlet culpøs, foreligger der et ansvarsgrundlag, hvorefter den misligholdende part kan ifalde erstatningsansvar.

2.2.2 Tab omfattet af retten til erstatning

Ansvarsgrundlaget alene er dog ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at den misligholdende part er erstatningspligtig. Yderligere er det påkrævet, at skadelidte har lidt et tab, der er erstatningsberettiget.

Den skadelidte part, der har lidt et tab, kan kræve erstatning enten efter den positive opfyldelsesinteresse eller den negative kontraktinteresse.⁴⁵ Erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse har til formål at stille skadelidte, som om kontrakten var retmæssigt opfyldt⁴⁶,

³⁷ Ussing: Erstatningsret, s. 8

³⁸ Jørgensen: Kontraktret II, s. 149; Ussing: Erstatningsret, s. 18

³⁹ Ussing: Almindelig del, s. 129; Ussing: Erstatningsret, s. 18

⁴⁰ Gomard: 2. del, s. 131-132

⁴¹ Ussing: Almindelig del, s. 129

⁴² Ussing: Almindelig del, s. 129

⁴³ Ussing: Almindelig del, s. 130

⁴⁴ Ussing: Erstatningsret, s. 68-71

⁴⁵ Dansk og international køberet, s. 99; Iversen: Erstatningsberegning, s. 113

⁴⁶ Dansk og international køberet, s. 99; Gomard: 2. del, s. 143; Iversen: Erstatningsberegning, s. 113; Købsretten, s. 31; Lærebog i Obligationsret I, s. 259; Ussing: Almindelig del, s. 162

mens formålet med den negative kontraktsinteresse er at stille skadelidte, som hvis kontrakten aldrig var blevet indgået.⁴⁷

Afhængig af hvilken form for tabsopgørelse skadelidte vælger, vil der være forskellige begrænsninger i, hvilke tab der kan kræves erstatning for. Dette skyldes, at forskellen mellem positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse er, at der efter den positive opfyldelsesinteresse kan kræves erstatning for skadelidtes tabte fortjeneste, mens der efter den negative kontraktsinteresse kan kræves erstatning for afholdte omkostninger i forbindelse med udformningen af kontrakten.⁴⁸ I tilfælde, hvor skadelidte således har valgfrihed mellem de to former for tabsopgørelser, er det op til skadelidte at vurdere efter hvilken tabsopgørelse, der kan opnås størst dækning og derefter kræve erstatning efter denne. Normalt vil der blive krævet erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, når der foreligger en gyldig kontrakt, der er blevet misligholdt.⁴⁹ Således vil det lidte tab svare til opfyldelsesinteressen.⁵⁰

Efter den almindelige erstatningsregel er udgangspunktet, at der kun kan kræves erstatning for formuetab.⁵¹ Ifølge Henry Ussing kan godtgørelse for ikke-økonomiske tab blive relevant, hvis der er særlig hjemmel herfor.⁵² Dette er fx tilfældet ved skuffede forventninger, hvor godtgørelse herfor som udgangspunkt kun gives, hvis der er særlig lovhjemmel.⁵³ Formuetabet kan opdeles i følgende underkategorier: Prisdifferencetab, avancetab, driftstab, kundetab, andre fjernere tab og ”udgiftstab”.⁵⁴

Prisdifferencetabet er altid et direkte tab, som består i det tab, som en part lider, da denne som følge af misligholdelsen nu må søge opfyldelse andet steds.⁵⁵ Prisdifferencetabet er indeholdt i købelovens §§ 25, 30 og 45.⁵⁶ Avancetabet består i det tab af fortjeneste, som en part lider som følge af misligholdelsen – enten fortjeneste, der ville være opnået ved aftalen med den misligholdende part eller ved en aftale med en tredjemand, som varen skulle være overdraget til.⁵⁷ Afhængig af hvilken part skadelidte er, kan avancetabet både være et direkte og et indirekte tab.⁵⁸ Driftstabet er derimod altid et indirekte tab og består af det tab, som følger af, at en part ikke kan anvende modpartens ydelse grundet misligholdelsen.⁵⁹

Tab af goodwill – eller såkaldte kundetab – betragtes som værende et videregående tab end avance- og driftstab.⁶⁰ Tabet kan bestå i, at misligholdelsen medfører tab af en konkret forretningsforbindelse, men også at omdømmet for partens virksomhed skades.⁶¹ Både beviset

⁴⁷ Dansk og international køberet, s. 99; Gomard: 2. del, s. 193-194; Iversen: Erstatningsberegning, s. 113; Købsretten, s. 32; Lærebog i Obligationsret I, s. 277; Ussing: Almindelig del, s. 176

⁴⁸ Dansk og international køberet, s. 100

⁴⁹ Ussing: Almindelig del, s. 125; Werlauff: Skyldforhold, s. 72

⁵⁰ Ussing: Almindelig del, s. 162

⁵¹ Lærebog i Obligationsret I, s. 261; Ussing: Almindelig del, s. 162

⁵² Ussing: Almindelig del, s. 162-163

⁵³ Lærebog i Obligationsret, s. 262; Werlauff: Skyldforhold, s. 83

⁵⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 63

⁵⁵ Iversen: Erstatningsberegning, s. 63 og 67

⁵⁶ Iversen: Erstatningsberegning, s. 63

⁵⁷ Iversen: Erstatningsberegning, s. 67

⁵⁸ Iversen: Erstatningsberegning, s. 70

⁵⁹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 70 og 72

⁶⁰ Iversen: Erstatningsberegning, s. 579

⁶¹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 579

for tabet samt tabets adækvans vil være lettere at føre for tab af en konkret forretningsforbindelse af en konkret vare frem for tabet af omdømme i relation til andre kunder og andre varer.⁶² Yderligere kan det være vanskeligt at opgøre den økonomiske værdi af en tabt forretningsforbindelse eller et skadet omdømme, da dette angår skade på fremtidige forhold. Det er primært disse vanskeligheder ved bevisførelsen for tabets eksistens og opfyldelsen af de øvrige erstatningsbetingelser – herunder at tabet skyldes misligholdelsen og ikke andre faktorer – der gør, at tab af goodwill ofte er afskåret fra at blive erstattet.⁶³ Torsten Iversen konkluderer da også, at *"de få afgørelser og udtalelser, der findes, vidner gennemgående om en meget afvisende holdning over for at tilkende erstatning for et sådant tab."*⁶⁴ Således er udgangspunktet, at der ikke gives erstatning for tab af goodwill, men der kan muligvis opstå enkelte undtagelser hertil.⁶⁵

Sammenfattende kan det konkluderes, at udgangspunktet er, at erstatningsberettigede tab består af formuetab. Den nærmere afgrænsning af tabet afhænger derefter af den pågældende beregning ved tabsopgørelsen.

2.2.3 Årsagsforbindelse

Udgangspunktet om, at den misligholdende part bliver erstatningsansvarlig for det fulde tab, modificeres af kravet om årsagsforbindelse mellem misligholdelsen og tabet.⁶⁶ Selve misligholdelsen skal altså have forårsaget tabet.⁶⁷ Hensynet bag denne betingelse er primært retssikkerhedshensynet, da kravet om årsagsforbindelse er en sikkerhedsforanstaltning mod, at en part, der ikke har misligholdt sine forpligtelser, bliver erstatningsansvarlig.⁶⁸ Yderligere synes det rimeligt, at der ikke skal svares erstatning, hvis der slet ingen sammenhæng er mellem misligholdelsen og det lidte tab.

Omfanget af kravet om årsagsforbindelse er bestemt af retspraksis.⁶⁹ Som følge af kravet om årsagsforbindelse er det kun muligt at pålægge et erstatningsansvar, såfremt misligholdelsen har været årsag til tabet i den forstand, at tabet ikke ville være opstået, hvis der ses bort fra misligholdelsen.⁷⁰ Vurderingen af årsagsforbindelsen sker dermed ved at sammenligne den faktiske situation med en hypotetisk situation: Ville skadelidte have lidt tabet, hvis ikke der forelå misligholdelse fra den misligholdende kontraktpart?⁷¹

2.2.4 Kun adækvate tab

Kravet om adækvans kan betragtes som et underkrav til kravet om årsagsforbindelse.⁷² Adækvanskravet skyldes, at selvom der er årsagsforbindelse mellem misligholdelsen og tabet, så er det ikke ensbetydende med, at den misligholdende part skal erstatte alle mulige tab, som

⁶² Iversen: Erstatningsberegning, s. 579-580

⁶³ Iversen: Erstatningsberegning, s. 586-587

⁶⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 588

⁶⁵ Iversen: Erstatningsberegning, s. 588

⁶⁶ Jørgensen: Kontraktsret II, s. 178; Lærebog i erstatningsret, s. 27 og 297; Lærebog i Obligationsret I, s. 265; Ussing: Almindelig del, s. 162; Ussing: Erstatningsret, s. 142

⁶⁷ Ussing: Erstatningsret, s. 143

⁶⁸ Jørgensen: Kontraktsret II, s. 178

⁶⁹ Lærebog i erstatningsret, s. 298

⁷⁰ Iversen: Erstatningsberegning, s. 84; Ussing: Erstatningsret, s. 143-144

⁷¹ Lærebog i erstatningsret, s. 300

⁷² Jørgensen: Kontraktsret II, s. 179; Lærebog i erstatningsret, s. 298

skadelidte måtte lide.⁷³ Der må trods alt være en grænse for, hvad der skal erstattes. Henry Ussing gør i sin beskrivelse af erstatningsansvaret i kontraktforhold særligt opmærksom på, at det der kan kræves erstattet, kun er *"den økonomiske Skade, der er en adækvat Følge af Misligholdelsen."*⁷⁴ Dette bekræftes ligeledes af den øvrige teori på området.⁷⁵

Reglerne om adækvans er uskrevne, og selve vurderingen af, om et tab er adækvat, foretages skønsmæssigt ud fra de konkrete forhold.⁷⁶ Hvad det nærmere indhold af adækvanskravet er, synes dog at være mindre klart, da selve kravet om en rimelig sammenhæng mellem misligholdelse og tab er meget generelt.⁷⁷ Denne uklarhed bekræftes af Torsten Iversens gennemgang af elleve forskellige adækvansbetragtninger.⁷⁸ Dog er der størst opbakning i litteraturen til at betragte adækvanskravet som et krav om, at det af misligholdelsen forårsagede tab skal have været påregneligt.⁷⁹

En sådan betragtning afføder spørgsmålet: Hvad kan anses for at være påregneligt? Et vigtigt moment i denne vurdering er, om en fornuftig medkontrahent med rimelighed kunne forudse, at misligholdelse ville medføre et tab.⁸⁰ Således er der ikke tale om en subjektiv vurdering af, hvad der var påregneligt for den pågældende part, der har misligholdt aftalen, men en objektiv vurdering af, hvad en fornuftig person ville have kunnet påregne. Ifølge Torsten Iversen er det dog ikke en vurdering af, hvad en fornuftig samfundsborger ville have forudsat, men hvad *"den almindelig fornuftige erhvervsdrivende i den pågældende branche"* ville have forudsat.⁸¹

Det er både tabets art og omfang, der skal være påregneligt.⁸² Imidlertid er der forskellige udfald af de to omstændigheder: Ved manglende påregnelighed om tabets art vil det medføre, at hele tabet falder uden for erstatningsansvaret, mens manglende påregnelighed om omfanget vil medføre, at en del af tabet falder udenfor.⁸³ Således kan manglende adækvans både medføre bortfald eller nedsættelse af erstatningskravet.

Der er imidlertid ikke klarhed i litteraturen omkring, hvilket tidspunkt, der skal tages udgangspunkt i ved adækvansvurderingen.⁸⁴ Problemstillingen omfatter det, at der ikke kan kræves erstatning for, hvad der er upåregneligt *"i det afgørende Øjeblik."*⁸⁵ Men hvad er *det afgørende øjeblik*? Nogle forfattere argumenterer for, at det er, hvad den misligholdende part kunne

⁷³ Jørgensen: Kontraktsret II, s. 179; Ussing: Erstatningsret, s. 148

⁷⁴ Ussing: Almindelig del, s. 162

⁷⁵ Gomard: 2. del, s. 179; Iversen: Erstatningsberegning, s. 88; Lookofsky og Ulfbeck: Køb, s. 39 og 198; Lærebog i Obligationsret I, s. 270; Ussing: Erstatningsret, s. 142 og 149

⁷⁶ Lærebog i Obligationsret I, s. 271

⁷⁷ Ehlers: Om adækvanslæren, s. 42; Iversen: Erstatningsberegning, s. 88

⁷⁸ Iversen: Erstatningsberegning, s. 88-100

⁷⁹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 90 og 107; Jørgensen: Kontraktsret II, s. 179; Ussing: Almindelig del, s. 164; Ussing: Erstatningsret, s. 149;

⁸⁰ Gomard: 2. del, s. 179-180; Iversen: Erstatningsberegning, s. 90; Jørgensen: Kontraktsret II, s. 179; Lærebog i Obligationsret I, s. 271

⁸¹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 108-109

⁸² Iversen: Erstatningsberegning, s. 109

⁸³ Iversen: Erstatningsberegning, s. 109

⁸⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 90 og 110

⁸⁵ Ussing: Erstatningsret, s. 149

forudse på tidspunktet for aftalens indgåelse, der er afgørende.⁸⁶ Andre taler for, at det er handlingstidspunktet, hvilket vil sige tidspunktet for selve misligholdelsen, der er afgørende.⁸⁷ Henry Ussing beskriver det afgørende tidspunkt som værende ”*normalt det Øjeblik, da den ansvarpaadragende Handling blev foretaget.*”⁸⁸ At Ussing bruger formuleringen *normalt* antyder, at der ikke foreligger nogen klar retningslinje for, hvilket tidspunkt der anses for at være *det afgørende øjeblik*, men at dette kan variere afhængigt af de konkrete omstændigheder. At der er forskellige tidspunkter, der er afgørende i forskellige situationer, bekræftes yderligere af Ussings beskrivelse af erstatningsansvaret i kontraktforhold. Her beskriver Ussing nemlig, at det er nødvendigt at skelne mellem erstatningsansvar, hvor ansvarsgrundlaget er culpa og erstatningsansvar, hvor der er ansvar uden culpa. Når der foreligger culpa, er ansvaret afgrænset til at omfatte tab, som var påregnelige på tidspunktet for den misligholdende handling, mens det ved ansvar uden culpa er tidspunktet for aftalens indgåelse, der er afgørende for afgrænsningen af ansvaret.⁸⁹

En sådan opdeling med udgangspunkt i det bagvedliggende ansvarsgrundlag giver logisk mening, da den misligholdende parts ageren vurderes helt frem til tidspunktet for misligholdelsen, når der er tale om et culpaansvar. På den anden side foreligger der ikke en sådan vurdering, hvis der pålægges erstatningsansvar uden culpa – altså på et objektivi grundlag – hvorfor aftaletidspunktet bliver afgørende, da misligholdelse efter aftalens indgåelse således automatisk vil medføre erstatningsansvar.

2.2.5 Tabsbegrænsningspligt og egen skyld

Kontraktparter har som følge af loyalitetspligten pligt til at tage hensyn til modpartens interesser, men loyalitetspligten medfører som udgangspunkt ikke en pligt til at forebygge modpartens misligholdelse.⁹⁰ Til gengæld er der en pligt til at begrænse tabet i situationer, hvor misligholdelsen er indtrådt.⁹¹ En sådan tabsbegrænsningspligt findes både for erstatning i og udenfor kontrakt.⁹² Ifølge Torsten Iversen er det imidlertid forkert at tale om en tabsbegrænsningspligt. Dette skyldes, at der ikke som sådan påhviler den skadelidte en pligt til at begrænse tabet, men hvis tabet ikke begrænses, betyder det, ”*at han ikke kan få tilkendt erstatning for et tab, han burde have undgået.*”⁹³ Samtidig fremhæver Iversen dog, at det er en terminologi, der er konsekvent anvendt i dansk ret, og som ”*næppe [gør] nogen skade – navnlig ikke når man er opmærksom på, at den ikke er fuldt ud korrekt.*”⁹⁴

⁸⁶ Iversen: Erstatningsberegning, s. 111; Lærebog i Obligationsret I, s. 271

⁸⁷ Jørgensen: Kontraktsret II, s. 179; Ussing: Almindelig del, s. 164

⁸⁸ Ussing: Erstatningsret, s. 149

⁸⁹ Gomard: U1989B, s. 419-420; Iversen: Erstatningsberegning, s. 111; Ussing: Almindelig del, s. 164

⁹⁰ Lærebog i Obligationsret I, s. 266

⁹¹ Lærebog i Obligationsret I, s. 266

⁹² Iversen: Erstatningsberegning, s. 148; Lærebog i erstatningsret, s. 339; Lærebog i Obligationsret I, s. 266; Ørsted: NJA, bind 20, s. 181

⁹³ Iversen: Erstatningsberegning, s. 148-149

⁹⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 149

Tabsbegrænsningspligten indeholder en pligt til at undlade foranstaltninger, der kan forøge tabet, men samtidig også en pligt til at foretage foranstaltninger, som kan forebygge yderligere tab.⁹⁵ Tab, som vil kunne begrænses eller undgås gennem rimelige foranstaltninger foretaget af skadelidte, vil skadelidte ikke kunne opnå erstatning for.⁹⁶ Manglende overholdelse af tabsbegrænsningspligten kan dermed medføre en nedsættelse eller bortfald af erstatningskravet.⁹⁷ Generelt må det antages, at den skadelidte selv vil have interesse i, at tabet begrænses mest muligt. Dette skyldes primært usikkerheden omkring, hvorvidt den misligholdende part vil ifalde erstatningsansvar i kombination med usikkerheden om hvor stor en erstatning, der vil blive tilkendt.⁹⁸

I U2010.3134H rejste sagsøgte påstand om, at sagsøger ikke havde overholdt sin pligt til at begrænse tabet. Sagen angik mangler ved plastiklåg til brug i medicinalindustrien, der forårsagede, at der var problemer med bl.a. at åbne lågene. Sælgeren svarede erstatning for dette overfor køberen (en medicinalvirksomhed). Efterfølgende rettede sælgeren regreskrav mod producenten af plastiklågene. I Sø- og Handelsretten blev producenten frifundet, da retten fandt, at det ikke var bevist, at der forelå en skjult mangel ved lågene. Sælgeren ankede afgørelsen til Højesteret. Her havde producenten en subsidiær påstand om betaling af et mindre beløb end det af sælgeren påståede. Til støtte for denne påstand, gjorde producenten ”*gældende bl.a., at [sælgeren] kunne have begrænset sit tab ved ikke at tilbagekalde alle de beholdere med medicin, der kunne være forsynet med låg med fejl, og i stedet have tilbudt kunderne ombytning af beholdere, der var vanskelige at åbne. Tabet kunne også være reduceret, hvis [sælgeren] og Novo havde sørget for, at [producentens] leverancer af låg fra den nye maskine ikke var blevet blandet sammen med låg fra tidligere leverancer.*”⁹⁹ Højesteret fandt producenten erstatningsansvarlig. Da ”*der var tale om receptpligtig diabetesmedicin, der skal tages på bestemte tidspunkter*”, fandt højesteret det imidlertid ”*ikke godtgjort, at [sælgeren] har tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt, og der er derfor ikke grundlag for at nedsætte erstatningskravet.*”¹⁰⁰

Vurderingen af tabsbegrænsningspligten går på, om tabet burde være undgået af skadelidte, som Iversen også beskriver det ovenfor. Denne vurdering skal foretages ud fra tidspunktet for tabsbegrænsningspligtens indtræden.¹⁰¹ Hvad skadelidte burde have undgået, må imidlertid antages at være en mild vurdering.¹⁰² Det vil sige, at situationen taget i betragtning, skal der forholdsvis meget eller konkrete beviser til, før skadelidte bliver anset for at have tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt.

Af de almindelige erstatningsregler fremgår yderligere, at der sker en nedsættelse eller bortfald af erstatningskravet, såfremt skadelidte har medvirket til den misligholdende parts misligholdelse.¹⁰³ Dette er i erstatningsretten også kendt som skadelidtes egen skyld. Denne regel

⁹⁵ Jørgensen: Kontraktsret II, s. 182; Lærebog i Obligationsret I, s. 267

⁹⁶ Lærebog i Obligationsret I, s. 267

⁹⁷ Lærebog i Obligationsret I, s. 266-267

⁹⁸ Iversen: Erstatningsberegning, s. 150-151

⁹⁹ U2010.3134H, på side 3140-3141

¹⁰⁰ U2010.3134H, på side 3141 og 3146

¹⁰¹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 153

¹⁰² Iversen: Erstatningsberegning, s. 151; Ørsted: NJA, bind 20, s. 183-184

¹⁰³ Gomard: U1958B s. 149; Iversen: Erstatningsberegning, s. 132-134; Lærebog i Obligationsret I, s. 265; Using: Almindelig del, s. 166

bygger på principper om skyldfordeling, hvorefter det fulde tab ikke skal bæres af kun den ene part, hvis begge parter har udvist culpa.¹⁰⁴ Selve nedsættelsen af kravet vil ofte fastsættes efter en proportionalitetsvurdering af de konkrete forhold.¹⁰⁵

Ifølge Henry Ussing anvendes de samme regler for egen skyld både i og udenfor kontraktforhold.¹⁰⁶ Bernhard Gomard har imidlertid kommenteret herpå og er af den opfattelse, at en sådan antagelse må være lidt mere nuanceret.¹⁰⁷ Nuancerne ligger bl.a. i en fortolkning af den misligholdende parts forpligtelse efter kontrakten, således at den part, der kun er forpligtet til at gøre lidt, ikke bliver erstatningsansvarlig for ikke at gøre mere ud over det, hvortil denne er forpligtet.¹⁰⁸

2.3 Regler for beviset

Af litteraturen og retspraksis fremgår det, at beviset har en afgørende betydning for den endelige udmåling af erstatning.¹⁰⁹

2.3.1 Bevisbyrdefordelingen

Det er anført, at der ikke kan opstilles en generelt gældende regel for bevisbyrden i kontraktforhold.¹¹⁰ På trods af dette ses det som den almindelige regel for bevisbyrde i kontraktforhold, at den misligholdende part skal bevise, at denne ikke har handlet culpøs.¹¹¹ Således gælder der omvendt bevisbyrde, hvilket også bekræftes af bl.a. købelovens § 23.¹¹²

At Ussing har udtalt, at der ikke findes nogen generel regel om bevisbyrde, er således blot et udtryk for, at det ikke blot kan antages, at der altid vil være omvendt bevisbyrde i kontraktforhold.¹¹³ Faktisk fraviges udgangspunktet om omvendt bevisbyrde ofte, hvis det faktum, at der foreligger en aftale mellem parterne, ikke øger sandsynligheden for, at misligholdelsen er culpøs.¹¹⁴ At udgangspunktet for bevisbyrde i kontraktforhold kan fraviges, afspejles yderligere i købeloven, hvor bl.a. §§ 24, 30 og 43, stk. 3 pålægger sælgeren erstatningsansvar på et objektivt grundlag.¹¹⁵ Konklusionen er således, at der som det generelle udgangspunkt gælder omvendt bevisbyrde, hvad angår erstatningsansvaret. Der er altså en formodning for, at den misligholdende part har handlet culpøs, medmindre denne beviser det modsatte.

Den omvendte bevisbyrde angår imidlertid kun ansvarsgrundlaget. Skadelidte har nemlig bevisbyrden for tabets eksistens, at der foreligger årsagsforbindelse mellem misligholdelsen og tabet samt tabets størrelse.¹¹⁶

¹⁰⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 132-133; Lærebog i Obligationsret I, s. 265

¹⁰⁵ Lærebog i Obligationsret I, s. 265

¹⁰⁶ Ussing: Almindelig del, s. 166

¹⁰⁷ Gomard: U1958B, s. 172

¹⁰⁸ Gomard: U1958B, s. 172-173

¹⁰⁹ Gomard: 2. del, s. 181; Iversen: Erstatningsberegning, s. 166; U1988.1068S, på side 1074: "*Sagsøgte findes ikke at have godtgjort...*"

¹¹⁰ Ussing: Almindelig del, s. 132

¹¹¹ Gomard: 2. del, s. 132; Jørgensen: Kontraktret II, s. 153; Ussing: Almindelig del, s. 131

¹¹² Gomard: Moderne erstatningsret, s. 16; Jørgensen: Kontraktret II, s. 153-154; Købeloven – med kommentarer, s. 348; Ussing: Almindelig del, s. 132

¹¹³ Ussing: Almindelig del, s. 132

¹¹⁴ Gomard: 2. del, s. 132-133

¹¹⁵ Ussing: Almindelig del, s. 132

¹¹⁶ Gomard: 2. del, s. 144 og 181; Gomard: Moderne Erstatningsret, s. 95

Således er bevisbyrden i en erstatningssag opdelt, så den misligholdende part har bevisbyrden for en del af sagens forhold (erstatningsansvaret), mens den skadelidte har bevisbyrden for den anden del af forholdene (tabet).

2.3.2 Beviset for erstatningsansvaret

Som nævnt ovenfor er det den misligholdende part, der har bevisbyrden for, at denne ikke har handlet culpøst. Dette rejser så spørgsmålet: Med hvilken grad af sikkerhed skal den misligholdende part modvise culpa, for at denne går fri for erstatningsansvar?

I kontraktforhold vil selve konstateringen af, at der foreligger misligholdelse af en aftale være tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger culpa og dermed et erstatningsansvar. Således medfører den omvendte bevisbyrde, at det er op til den misligholdende part at bringe elementer op, der enten beviser, at aftalen ikke er misligholdt, eller at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, der berettiger til, at aftalen fraviges.

Et eksempel på en sådan bevisførelse ses bl.a. i U2004.1490/2H, hvor højesteret på baggrund af sagsøgtes bevisførelse fandt, at der ikke var indgået en aftale om levering af de pågældende varer, og at der derfor ikke var grundlag for sagsøgers erstatningskrav.

Sagen angik en aftale om køb og levering af 3.000 tons rapsolie. Sagsøgers påstand lød på et krav på 1.858.000 kr. som erstatning for den manglende levering af rapsolie. Sagsøgte påstod frifindelse, da der i henhold til denne ikke var tale om misligholdelse af aftalen, da aftalen aldrig var indgået. Parterne havde i 1995-1996 påbegyndt samhandlen, og aftalerne mellem dem blev altid indgået telefonisk, hvor nogle af aftalerne indeholdt FOSFA-vilkår, mens andre ikke gjorde. Den pågældende aftale om levering af 3.000 tons rapsolie blev indgået over telefon efterfulgt af en skriftlig ordrebekræftelse. Da sagsøgte fik ordrebekræftelsen retur var denne vedlagt FOSFA-vilkår. Højesteret fandt, at disse vilkår *"indeholdt bestemmelser, der var så væsentlige for aftalens samlede indhold, at de krævede en udtrykkelig vedtagelse mellem parterne."*¹¹⁷ Således var sagsøgers svar at anse som et nyt tilbud, som sagsøgte ikke ville acceptere. Derfor blev der ikke indgået endelig aftale om køb og levering af rapsolien, og sagsøger havde derved ikke noget grundlag for sit erstatningskrav.

Denne afgørelse illustrerer, hvordan det er den part, der påstås at have misligholdt en aftale, der har bevisbyrden for at modvise dette. Det fremgår dog ikke klart med hvilken grad af sikkerhed ansvarsgrundlaget skal modvises, men det må antages, at der skal være en rimelig grad af sandsynlighed for, at den sagsøgte part ikke har handlet culpøst.

2.3.3 Beviset for tabet

Af teorien fremgår, at skadelidte har bevisbyrden for tabet, og at de øvrige betingelser for at kunne kræve dette erstattet, er opfyldt. Spørgsmålet er så, om det kan klarlægges med hvilken grad af sikkerhed, dette skal bevises.

¹¹⁷ U2004.1490/2H, på side 1495

Der er ikke nogen fast målestok for, hvornår tabet er tilstrækkeligt bevist, da omstændighederne ved den enkelte sag har indflydelse herpå. Fx vil der ske en lempelse af kravene til beviset, hvis den misligholdende parts adfærd har været grov eller åbenlyst culpøs.¹¹⁸

I retspraksis ses forskellige formuleringer i forbindelse med bevisførelsen for tabet såsom ”sandsynliggjort”¹¹⁹, ”overvejende sandsynligt”¹²⁰ og ”findes godtgjort.”¹²¹ Af dette må det antages, at der generelt gælder et krav om, at der skal være en vis grad af sandsynlighed for, at der er lidt et tab, for at der kan tilkendes skadelidte erstatning herfor. Derudover kan det yderligere antages, at hvis tabet i sig selv er bevist, mindskes kravet til beviset for tabets størrelse, som i sidste ende vil kunne fastsættes skønsmæssigt.¹²²

2.4 Beregningen af erstatningen

2.4.1 Den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktsinteresse

Når det kommer til udmålingen af erstatningen er der to former for beregninger: Den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktsinteresse.

Den skadelidte, der ville have opnået en gevinst ved rigtig opfyldelse af et kontraktforhold, vil ofte kræve erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse.¹²³ Udgangspunktet for beregningen af den positive opfyldelsesinteresse er, at skadelidte kan kræve fuld erstatning for ethvert tab, der er en følge af misligholdelsen.¹²⁴ Selvom det ikke er muligt at opstille en endelig beregning for, hvad fuld erstatning er, kan beregningen generelt opdeles i to forskellige situationer.

Den første situation angår tilfælde, hvor misligholdelsen medfører et værditab for skadelidte.¹²⁵ Denne situation omfatter bl.a., hvor skadelidte som følge af misligholdelsen berettiget har ophævet kontrakten og foretaget dækningskøb.¹²⁶ Hvis skadelidte har været nødsaget til at betale en højere pris ved dækningskøbet end den pris, der fremgik af kontrakten, udgør skadelidtes tab differencen mellem den aftalte pris og dækningsprisen.¹²⁷ En sådan erstatningsberegning ved dækningskøb er også beskrevet i købelovens § 25. Det er derudover også muligt at få erstatning for en abstrakt beregnet prisdifference ved et hypotetisk dækningskøb, hvor differencen vil svare til forskellen mellem den aftalte pris og markedsprisen.¹²⁸ Hvor misligholdelsen består i mangler ved det leverede, men hvor varen trods dette beholdes, vil erstatningen svare til differencen mellem kontraktprisen og den leverede mangelfulde vares faktiske pris.¹²⁹ Hvor den kontraktmæssige vare er forsinket, er det skadelidtes økonomiske tab i tiden mellem den aftalte og den faktiske levering (leveringsinteressen), der erstattes.¹³⁰

¹¹⁸ Gomard: 2. del, s. 182

¹¹⁹ U1988.1968S, på side 1073

¹²⁰ Tfl 2011.111

¹²¹ SH2010.H-98-04

¹²² Gomard: 2. del, s. 181; Tfl 2011.111; U1953.5H

¹²³ Lærebog i Obligationsret I, s. 259; Ussing: Almindelig del, s. 125; Werlauff: Skyldforhold, s. 72

¹²⁴ Dansk og international køberet, s. 100; Lærebog i Obligationsret I, s. 259

¹²⁵ Lærebog i Obligationsret I, s. 260

¹²⁶ Lærebog i Obligationsret I, s. 260

¹²⁷ Lærebog i Obligationsret I, s. 260

¹²⁸ Iversen: Erstatningsberegning, s. 218; Købeloven – med kommentarer, s. 471; SH2010.H-98-04

¹²⁹ Lærebog i Obligationsret I, s. 260

¹³⁰ Lærebog i Obligationsret I, s. 260

Den anden situation omfatter tilfælde, hvor skadelidte lider et andet tab end værditab som følge af misligholdelsen.¹³¹ Sådanne tab kunne fx være driftstab som følge af, at skadelidtes virksomhed går helt eller delvist i stå grundet misligholdelsen.¹³² Også disse følgeskader kan erstattes under den positive opfyldelsesinteresse.¹³³

I beregningen af den positive opfyldelsesinteresse skal der i de opgjorte tab ske en fratrækning i erstatningen, hvis ophævelse af kontrakten medfører økonomiske fordele for skadelidte.¹³⁴ Dette vil være tilfældet, hvis ophævelsen medfører sparede udgifter eller andre økonomiske fordele ved misligholdelsen.¹³⁵ Imidlertid skal økonomiske fordele, som skadelidte måske opnår i fremtiden efter misligholdelsen ikke fratrækkes.¹³⁶

Samlet set vil beregningen for den positive opfyldelsesinteresse således generelt kunne udtrykkes ved følgende:

$$”PO\text{-erstatning} = \text{tabt værdi} + \text{andet tab} \div \text{sparede udgifter} \div [\text{økonomiske fordele}]”^{137}$$

Som alternativ til den positive opfyldelsesinteresse kan skadelidte kræve erstatning efter den negative kontraktsinteresse.¹³⁸ Når der er tale om kontraktforhold kan erstatning efter den negative kontraktsinteresse kun blive relevant, når den indgåede aftale ophæves.¹³⁹ Hvor det ved den positive opfyldelsesinteresse er den kontraktpart, der ville have opnået en gevinst ved kontraktens opfyldelse, der vil kræve en sådan erstatning, er det ofte den kontraktpart, der har gjort en dårlig handel, som vil kræve erstatning efter den negative kontraktsinteresse.¹⁴⁰ Således er det nemlig ved den negative kontraktsinteresse muligt at få erstattet omkostningerne, som skadelidte har haft i forbindelse med indgåelse af aftalen og udgifter i forbindelse med opfyldelse af egne forpligtelser i henhold til aftalen.¹⁴¹ Dog skal der også herfra fratrækkes de indtægter, som skadelidte har vundet som følge af aftalen.¹⁴²

Ved valget mellem den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktsinteresse er det de konkrete forhold, der er afgørende for, hvilken beregning, der vil være mest fordelagtig. Som oftest vil en handelskøbsaftale dog medføre en værdiforøgelse for den enkelte part, hvorfor der også som oftest kan opnås en større erstatning, når tabet opgøres efter den positive opfyldelsesinteresse fremfor den negative kontraktsinteresse.¹⁴³

¹³¹ Lærebog i Obligationsret I, s. 261

¹³² Lærebog i Obligationsret I, s. 261

¹³³ Lærebog i Obligationsret I, s. 261

¹³⁴ Lærebog i Obligationsret I, s. 263

¹³⁵ Lærebog i Obligationsret I, s. 263

¹³⁶ Lærebog i Obligationsret I, s. 264

¹³⁷ Lærebog i Obligationsret I, s. 264

¹³⁸ Lærebog i Obligationsret I, s. 276

¹³⁹ Lærebog i Obligationsret I, s. 276

¹⁴⁰ Lærebog i Obligationsret I, s. 277

¹⁴¹ Dansk og international køberet, s. 100; Lærebog i Obligationsret I, s. 277

¹⁴² Lærebog i Obligationsret I, s. 277

¹⁴³ Lærebog i Obligationsret I, s. 277

2.4.2 Tidspunktet for erstatningsberegningen

Hvilket tidspunkt, der er afgørende for opgørelsen af tabet og dermed erstatningsudmålingen, afhænger af hvilken form for tab, der er tale om. Selv inden for de forskellige tabskategorier er der ikke klarhed i teorien om hvilke tidspunkter, der er afgørende for opgørelserne.

Ved opgørelsen af prisdifferencetab, har det almindeligt været antaget, at leveringstidspunktet er det afgørende.¹⁴⁴ Imidlertid er der også flere andre tidspunkter, der er i spil i teoriens diskussioner om dette: misligholdelsestidspunktet, beføjelsestidspunktet, ophævelsestidspunktet og tidspunktet for dækningskøbsfristens udløb.¹⁴⁵ Hvilket tidspunkt, der er afgørende, må derfor til dels fastlægges ud fra de konkrete omstændigheder under hensyn til, ”at køberen så vidt muligt får dækning for sit fulde tab, men så vidt muligt ikke får mulighed for at spekulere på sælgerens bekostning.”¹⁴⁶ Det afgørende tidspunkt varierer afhængigt af om sælger fastholder eller ophæver kontrakten.¹⁴⁷ Dette kan opdeles i fem forskellige situationer¹⁴⁸, som ikke vil blive nærmere gennemgået.

Ved avancetab skelnes mellem sælgers og købers avancetab. Ved opgørelsen af sælgers avancetab antages det, at det afgørende tidspunkt er tidspunktet for sælgerens ophævelse.¹⁴⁹ For købers avancetab er det afgørende tidspunkt, når det er klart for køberen, at sælgeren ikke leverer varen.¹⁵⁰

Hvilket tidsrum, der er afgørende for opgørelsen af driftstab, kræver fastlæggelsen af et begyndelses- og et sluttidspunkt. Begyndelsestidspunktet er oftest tidspunktet, hvor driften ville have været igangsat, hvis ikke der var sket misligholdelse.¹⁵¹ Sluttidspunktet formuleres ofte som tidspunktet, hvor driften igen vil være almindelig, hvis skadelidte har handlet fornuftigt.¹⁵² Altså kan tabsbegrænsningspligten anvendes til fastlæggelse af dette tidspunkt. Hvis ikke det er muligt at fastlægge sluttidspunktet ved hjælp af tabsbegrænsningspligten, vil det absolutte sluttidspunkt være kontraktgenstandens levetid.¹⁵³ Ofte vil hensynet til, at tabet skal være adækvat dog føre til, at sluttidspunktet fastsættes tidligere end dette.¹⁵⁴

Det må konkluderes, at der ikke kan fastsættes et generelt tidspunkt, som er afgørende for erstatningsudmålingen. De konkrete omstændigheder i den konkrete sag har stor indflydelse på, hvilket tidspunkt, der tages udgangspunkt i ved erstatningsudmålingen. Der er således blot givet nogle retningslinjer for, hvordan tidspunktet bestemmes, og så er den endelige fastlæggelse af det afgørende tidspunkt overladt til dommerne på den konkrete sag.

¹⁴⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 277

¹⁴⁵ Iversen: Erstatningsberegning, s. 278

¹⁴⁶ Iversen: Erstatningsberegning, s. 278

¹⁴⁷ Iversen: Erstatningsberegning, s. 261

¹⁴⁸ Se Iversen: Erstatningsberegning, s. 261 ff.

¹⁴⁹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 388

¹⁵⁰ Iversen: Erstatningsberegning, s. 401

¹⁵¹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 539

¹⁵² Iversen: Erstatningsberegning, s. 539

¹⁵³ Iversen: Erstatningsberegning, s. 540

¹⁵⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 540

2.4.3 Udmålingen af erstatningen

I erstatningsudmålingen indgår bevisbedømmelsen som et centralt element og har stor betydning.¹⁵⁵ Imidlertid er udmålingen af erstatning ved domstolene trods dette meget skønspræget, hvilket vil blive belyst i det følgende.

I bevisbedømmelsen spiller forhandlingsprincippet ind, da forhold, som parterne er enige om, ikke indgår i bedømmelsen, men blot kan lægges til grund af dommerne.¹⁵⁶ Forhandlingsprincippet medfører, at der ikke gøres forskel på situationerne, hvor parterne erklærer sig enige, og situationer, hvor en part undlader at bestride den anden parts anbringender.¹⁵⁷ Dette betyder, at den misligholdende part må bestride skadelidtes anbringender, hvis det ikke ønskes, at dommerne skal lægge dem til grund for afgørelsen.¹⁵⁸ Selvom dette er teorien omkring forhandlingsprincippet, følges dette ikke altid i praksis.¹⁵⁹

Et eksempel herpå er U1966.429H, som omhandlede mangler ved leverede korntørringsanlæg. Landsretten fandt, at korntørringsanlæggene havde væsentlige mangler, og for dette fastsattes erstatningen skønsmæssigt til 45.000 kr. Da sagen blev anket til Højesteret, fandt flertallet, at *"erstatningen, da der ikke i sagen foreligger oplysninger om værdien af de leverede mangelfulde maskiner, ikke bør sættes højere end 30.000 kr."*¹⁶⁰ Mindretallet stemte dog for at stadfæste dommen, da *"appellanten for Højesteret alene har procederet på, at de leverede maskiner var mangelfri, og intet har anført om, at erstatningen, for så vidt de ved skønnet konstaterede mangler antages at have foreligget, bør ansættes til et lavere beløb end det af landsretten fastsatte."*¹⁶¹ Således blev erstatningen nedsat, selvom sælgeren ikke havde bestridt erstatningens størrelse.

Ud over at fastslå, at beviset har stor betydning for den endelige erstatningsudmåling, er det svært at opstille nærmere kriterier til bevisbyrden og bevisets styrke, fordi retspraksis er fattig på præcise udtalelser om bevisbedømmelsen.¹⁶² Således må der generelt kræves, at der fremlægges en tabsopgørelse vedlagt den efter omstændighederne passende dokumentation.¹⁶³ Som en del af vurderingen af hvad der er passende efter omstændighederne, skal der tages hensyn til, at det er vanskeligt og omkostningsfuldt af fremskaffe bevis.¹⁶⁴ Yderligere må indholdet af modpartens indvendinger mod erstatningskravet vurderes, hvorvidt de er generelle eller konkrete, og dermed hvilke indvendinger dommerne kan lægge til grund.¹⁶⁵

Som en del af erstatningsudmålingen skal også erstatningsbegrænsende forhold tages i betragtning. Sådanne forhold er bl.a. skadelidtes egen skyld eller forsømmelse af tabsbegrænsningspligten, der ved opgørelsen af tabet kan føre til en reduktion i (eller fuldstændigt bortfald af) erstatningskravets størrelse.¹⁶⁶

¹⁵⁵ Gomard: 2. del, s. 181; Iversen: Erstatningsberegning, s. 166

¹⁵⁶ Iversen: Erstatningsberegning, s. 164-165

¹⁵⁷ Iversen: Erstatningsberegning, s. 165

¹⁵⁸ Iversen: Erstatningsberegning, s. 165

¹⁵⁹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 165

¹⁶⁰ U1966.429H, på s. 436

¹⁶¹ U1966.429H, på s. 436

¹⁶² Iversen: Erstatningsberegning, s. 166

¹⁶³ Iversen: Erstatningsberegning, s. 167

¹⁶⁴ Iversen: Erstatningsberegning, s. 167; Gomard: Moderne erstatningsret, s. 95

¹⁶⁵ Iversen: Erstatningsberegning, s. 168

¹⁶⁶ Ussing: Almindelig del, s. 166-168; Werlauff: Skyldforhold, s. 74

Mange gange vil det ikke være muligt at beregne erstatningen med nogen grad af sikkerhed eller føre bevis herfor, og i sådanne situationer er det nødvendigt, at erstatningen fastsættes skønsmæssigt.¹⁶⁷ Allerede tilbage i 1832 udtalte Anders Ørsted sig om udmålingen af erstatning, og hvordan denne er skønsbaseret:

”[V]ed Bestemmelsen af Erstatningen skal tages Hensyn til Umuligheden af altid at skaffe strenge Beviser for dennes Størrelse, og herved i Særdeleshed følges for, at den bevistlige Forurettede ikke lider under denne Umulighed. Der gives endog Tilfælde, hvor det ikke ganske kan bringes i det Rene, om den retstridige Handling virkeligen har havt nogen skadende Følge, men hvor der dog er en saadan Sandsynlighed for at den maa have foraarsaget Skade, at Erstatning ikke ganske kan nægtes, men Dommeren eller de uwillige Mænd, som udnævnes til at bestemme Skadens Størrelse, ofte vilkaarligen maae ansætte Skaden til en vis Sum, uden at noget Regnskab derfor kan gjøres.”¹⁶⁸

Ifølge Torsten Iversen har denne udtalelse på trods af alderen heraf, stadig betydning i den erstatningsretlige teori.¹⁶⁹

Torsten Iversens fjerde hovedtese i sin afhandling om erstatningsberegning fra 2000 angår netop den skønsmæssige udmåling. I sin konklusion bekræfter Iversen sin tese ved at fastslå, at ”der er fremdraget en lang række rets[af]gørelser, der viser, at erstatningen (1) fastsættes efter et ret frit skøn, (2) uden tilstrækkelig redegørelse for skønsgrundlaget, (3) nedsættes i forhold til det krævede uden (overbevisende) grund og (4) fastsættes i underkanten af, hvad der er passende.”¹⁷⁰ Det må således accepteres, at der ikke følger en detaljeret begrundelse med skønnet, eller som Ørsted beskriver det, at erstatningen fastsættes skønsmæssigt ”uden at noget Regnskab derfor kan gjøres.”¹⁷¹ Iversen mener imidlertid ikke, at det bør accepteres, ”at der ikke gives en så vidt muligt oplysende begrundelse for, hvorledes beløbet er fremkommet,” hvilket Iversen ikke er alene om at mene.¹⁷² Således synes det nødvendigt, at der skal stilles visse betingelser til skønnet, da det synes uundgåeligt at fastsætte erstatningen uden et skøn.

Diskussionen om den skønsbaserede erstatningsudmåling kan lede til spørgsmålet, hvor grænsen mellem manglende bevis og den skønsmæssige vurdering går. Som det allerede fremgår af det ovenstående, er der tale om en balance og dermed et overlap af flere elementer. Konsekvenserne af manglende bevis er dog klare. Hvis ikke tabet, en del af tabet eller et andet forhold omkring erstatningens beregning er tilstrækkeligt bevist, kan dette forhold ikke lægges til grund for erstatningsudmålingen. Det kan imidlertid være svært at fastslå, hvornår et forhold ikke er tilstrækkeligt bevist, og hvornår der efter omstændighederne ikke kan kræves yderligere dokumentation, og resten således er overladt til dommerens skøn.

Af retspraksis synes dog at fremgå, at domstolene er villige til at fastsætte erstatningen skønsmæssigt, hvor det er fastlagt, at der foreligger et erstatningsansvar, og at skadelidte har lidt et tab, men tabsopgørelsen ikke kan lægges til grund. Denne tendens ses bl.a. i U1953.5H, hvor retten, efter at have fastslået sagsøgtets retsstridige adfærd, som havde ført til sagsøgers tab,

¹⁶⁷ Gomard: 2. del, s. 180; Iversen: Erstatningsberegning, s. 169; Gomard: Moderne erstatningsret, s. 95

¹⁶⁸ Ørsted: Haandbog, bind 5, s. 58-59

¹⁶⁹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 159

¹⁷⁰ Iversen: Erstatningsberegning, s. 869

¹⁷¹ Iversen: Erstatningsberegning, s. 169; Ørsted: Haandbog, bind 5, s. 59

¹⁷² Iversen: Erstatningsberegning, s. 169; Gomard: Moderne erstatningsret, s. 95

udtalte: *"Hvad endvidere angår den af sagsøgerne ved revisor foretagne opgørelse af tabet, findes denne ikke at kunne lægges til grund. I henhold til det anførte finder retten, at den sagsøgerne tilkommende erstatning passende kan fastsættes til 35.000 kr."*¹⁷³ Det samme gjorde Vestre Landsret i TfL 2011.111, hvor landsretten fandt det *"overvejende sandsynligt"*, at den udførte rådgivning/det leverede foder havde ført til sagsøgers lidte tab i form af nedsat mælkeydelse hos sagsøgtets besætning. Imidlertid kunne det ikke udelukkes, at også andre faktorer havde haft en væsentlig indflydelse på mælkeydelsen. Retten fandt derfor, at sagsøgers tabsopgørelse ikke kunne lægges til grund, men *"erstatningen for disse mangler må i mangel af nærmere dokumentation udmåles skønsmæssigt."*¹⁷⁴

Konklusion må herefter blive, at der ikke er nogen klar grænse for, hvornår det handler om manglende bevis, og hvornår det er op til dommernes skøn at vurdere erstatningens størrelse. Også dette må derfor være overladt til dommerne, så de i den konkrete sag må vurdere, om der er ført tilstrækkeligt bevis eller ej.

2.4.4 Skønsbaseret erstatningsudmåling og princippet om fuld erstatning

Efter at have konkluderet at erstatningsudmålingen i store træk er baseret på et skøn, opstår spørgsmålet, om den skønsbaserede erstatningsudmåling er i strid med princippet om fuld erstatning. Og i teorien må dette spørgsmål besvares bekræftende. Hele fundamentet for erstatningsberegningen bunder i den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktsinteresse, som begge har til formål at erstatte det lidte tab fuldt ud. Således er det i strid med erstatningsreglernes fundament, at erstatningen i praksis fastsættes skønsmæssigt. Dette bekræftes blot yderligere af, at undersøgelser viser, at den skønsmæssige udmåling medfører, at erstatningen *"fastsættes i underkanten af, hvad der er passende."*¹⁷⁵

Imidlertid gælder der et princip om, at skadelidte som følge af misligholdelsen ikke skal opnå en økonomisk gevinst gennem erstatning. Som Henry Ussing formulerer det: *"Ansvarret kan aldrig gaa ud over Skadens Størrelse."*¹⁷⁶ Således skal erstatningsudmålingen i princippet ende ud med at dække skadelidtes tab fuldt ud samtidig med, at skadelidte ikke får en krone mere, end hvad der er tabt. Som det tidligere er bemærket, er det svært at klarlægge præcist, hvornår og hvordan et tab erstattes fuldt ud. Derfor vil det ligeledes være svært at fastlægge, hvornår grænsen for fuld erstatning er overtrådt, og skadelidte opnår en fortjeneste via erstatningen. Derfor må der være tale om en balance mellem fuld erstatning, og at skadelidte samtidig ikke må stilles økonomisk bedre som følge af misligholdelsen. En sådan balance kan være svært at finde, når der ikke er klare retningslinjer for, hvornår der er opnået fuld erstatning, og hvornår erstatningen overgår det lidte tab.

Når der henses til vanskelighederne omkring fremskaffelsen af bevis for et lidt tab og den deraf følgende udfordring med at føre bevis for samtlige aspekter af et lidt tab, vil det være svært for domstolene at retfærdiggøre, at skadelidte blot får erstatning for det påståede tab, såfremt der er en smule bevis herfor. Dette skyldes, at der vil være en øget risiko for, at

¹⁷³ U1953.5H, på side 10

¹⁷⁴ TfL 2011.111

¹⁷⁵ Iversen: Erstatningsberegning, s. 869

¹⁷⁶ Ussing: Almindelig del, s. 165

skadelidte vil opnå en økonomisk gevinst, hvis ikke domstolene skal bedømme tabet og dettes bevis yderligere.

Den skønsbaserede erstatningsudmåling synes således at være et nødvendigt kompromis mellem princippet om fuld erstatning og princippet om, at skadelidte ikke må "tjene" på misligholdelsen. I teorien er skønnet i strid med princippet om fuld erstatning, men i praksis er det svært at opfylde kravet fuldstændigt grundet de mange usikre faktorer.

3 Erstatning efter CISG

3.1 Erstatningsbetingelserne

Et af hovedformålene bag de internationale regler om erstatning er genopretning af den skete skade men også den præventive effekt af et erstatningssystem.¹⁷⁷ Med tiden er der imidlertid sket et skift fra at betragte erstatning i kontrakt matematisk ud fra de økonomiske fordele til nu at have fokus på fordringshaverens interesse i, at kontrakten opfyldes (et såkaldt *opfyldelsesprincip*).¹⁷⁸

Erstatning efter CISG bygger på princippet om erstatning for det fulde tab.¹⁷⁹ I CISG er erstatningsbeføjelsen reguleret i artiklerne 74-77, hvor artikel 74 er den centrale og generelle bestemmelse. Selve retten til at kræve erstatning er hjemlet i artiklerne 45 og 61, hvorimod artiklerne 74-77 regulerer erstatningens størrelse.¹⁸⁰

Artiklerne 75 og 76 regulerer erstatningsberegningen i de specifikke situationer, hvor aftalen er ophævet. Således fungerer CISG artikel 74 som hjemmel for erstatningsberegningen, når forhold ikke er omfattet af artiklerne 75-76.¹⁸¹

CISG artikel 74 giver hjemmel til domstolens fastsættelse af skadelidtes tab, men bestemmelsen indeholder ikke klare retningslinjer for selve erstatningsberegningen.¹⁸² Som John Honnold formulerer det, fastsætter artikel 74 erstatningsstandard på en "*brief but powerful*" måde.¹⁸³ At bestemmelsen er formuleret kort kan måske forklare, hvorfor netop erstatning har været en omdiskuteret problemstilling i forbindelse med CISG. Det er blevet beskrevet, at årsagen til, at CISG artikel 74 ikke indeholder konkrete regler for erstatningsberegningen, skyldes, at bestemmelsen dækker erstatningskrav for både køber og sælger, og at kravene således kan opstå på mange forskellige måder.¹⁸⁴ På trods af bestemmelsens kortfattedhed mener Honnold, at bestemmelsen stadig har kraft i sig. Det kraftfulde i bestemmelsen kan imidlertid være truet af, at anvendelsen af bestemmelsen afhænger af de enkelte domstoles fortolkning. Som Bruno Zeller beskriver det, kan CISG ikke "*be read Article by Article; it must be read within the four corners, as general principles will lead the interpreter to a conclusion.*"¹⁸⁵ Det er således nødvendigt at vurdere bestemmelsens omfang gennem fortolkning, som skal være i overensstemmelse med CISG artikel 7.

Retten til erstatning er formuleret som følger: "*If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may: claim damages as provided in articles 74-77*", jf. CISG art. 45, stk. 1, litra b (for sælgers ret til erstatning se CISG artikel 61, stk. 1, litra b).

¹⁷⁷ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1059, 6

¹⁷⁸ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1059, 6

¹⁷⁹ CISG-AC Opinion No. 6, 1 ff.; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1058, 3; Schwenzer og Hachem, s. 92; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 8; UNCITRAL Digest, s. 44, 21

¹⁸⁰ Damages under the CISG, s. 76, 5.02; Honnold: Uniform Law, s. 573; Understanding the CISG, s. 137

¹⁸¹ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 2

¹⁸² CISG-AC Opinion No. 6, 1.1; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 4

¹⁸³ Honnold: Uniform Law, s. 571

¹⁸⁴ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 4

¹⁸⁵ Damages under the CISG, s. 76; 5.04

Som det fremgår af ordlyden, er det ikke en betingelse for retten til erstatning, at der foreligger skyld.¹⁸⁶ Selve misligholdelsen af kontrakten er grundlag nok for erstatningsretten.¹⁸⁷ Således pålægges der efter CISG erstatningsansvar på et objektivt grundlag uden hensyntagen til en forudgående skyldvurdering. Denne vide regel for erstatningsansvar er dog ikke uden begrænsninger. Erstatningskrav er nemlig begrænset af et krav om påregnelighed, jf. CISG art. 74, 2. pkt., samt en tabsbegrænsningspligt for skadelidte, jf. CISG art. 77.¹⁸⁸

3.1.1 Kravet om påregnelighed

Efter CISG artikel 74, 2. pkt. er det kun tab, som den misligholdende part på tidspunktet for aftaleindgåelsen forudså eller burde have forudset, som der kan opnås erstatning for.¹⁸⁹ Denne betingelse for at opnå erstatning udligner det faktum, at parterne kan ifalde erstatningsansvar på et objektivt grundlag.¹⁹⁰ Dette er således en vigtig begrænsning af retten til fuld erstatning.¹⁹¹ En vurdering af tabets påregnelighed foretages også, selvom den misligholdende part forsætligt har misligholdt aftalen.¹⁹²

Påregneligheden angår konsekvenserne af misligholdelsen, og ikke hvorvidt selve misligholdelsen eller en bestemt type misligholdelse vil finde sted.¹⁹³ Det er heller ikke et krav, at de specifikke detaljer og det præcise beløb for tabet er påregnelige på dette tidspunkt.¹⁹⁴ I 1978-kommentaren er opstillet nogle typeeksempler for udmålingen af erstatningen.¹⁹⁵ Af disse typeeksempler kan udledes, at tabt fortjeneste og omkostninger afholdt med henblik på opfyldelse af kontrakten må være påregnelige, hvis kontrakten misligholdes inden der sker levering. Yderligere må udbedringsomkostninger og differencen ved dækningskøb også være påregnelige, hvis misligholdelsen består af mangler ved det leverede.

Da påregnelighedskravet spiller en central rolle i vurderingen af retten til erstatning, må det formodes, at der sættes krav til beviset heraf. Dette vil blive nærmere behandlet i afsnittet nedenfor om det erstatningsretlige bevis.

3.1.2 Tabsbegrænsningspligten

Efter tabsbegrænsningspligten i CISG artikel 77 har den skadelidte pligt til at foretage alle fornuftige handlinger for at begrænse tabets omfang.¹⁹⁶ Dette betyder dog ikke, at skadelidte skal foretage ekstraordinære og omkostningsfulde dispositioner.¹⁹⁷ Faktisk er skadelidte ikke som sådan forpligtet til at begrænse tabet, men som følge af CISG artikel 77 kan der ikke

¹⁸⁶ Honnold: Uniform Law, s. 405 og 592; Understanding the CISG, s. 138

¹⁸⁷ Understanding the CISG, s. 138

¹⁸⁸ CISG-AC Opinion No. 6, 1.1; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 8; CLOUT Case No. 1710

¹⁸⁹ Damages under the CISG, s. 102, 6.30; Honnold: Uniform Law, s. 576; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1078, 49

¹⁹⁰ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1059, 4

¹⁹¹ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 8

¹⁹² Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1077, 47; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 9

¹⁹³ CLOUT Case No. 541 (se fulde domstekst, s. 8); Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1079, 52; UNCITRAL Digest, s. 337, 33

¹⁹⁴ CLOUT Case No. 541 (se fulde domstekst, s. 8); UNCITRAL Digest, s. 337, 33

¹⁹⁵ Se Secretariat Commentary, Art. 70, kommentarerne 5-7

¹⁹⁶ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1107, 7; Secretariat Commentary, Art. 73, kommentar 2

¹⁹⁷ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1107, 7

opnås erstatning for tab, som kunne være undgået ved skadelidtes rimelige foranstaltninger.¹⁹⁸ Hvilke handlinger, der er omfattet af tabsbegrænsningspligten bedømmes ud fra, hvad der er praksis mellem parterne eller internationalt, jf. CISG art. 9, og ultimativt af, hvad en fornuftig person i samme situation som skadelidte ville have gjort, jf. CISG art. 8, stk. 2.¹⁹⁹

Tabsbegrænsningspligten indtræder allerede inden der er lidt et faktisk tab.²⁰⁰ Således er den kontraktpart, som bemærker, at der er risiko for, at der kan lides et tab, forpligtet til at agere herpå og gøre, hvad der er muligt for at begrænse tabets omfang. Såfremt den skadelidte misligholder tabsbegrænsningspligten, har den misligholdende part krav på, at erstatningskravet reduceres i forhold til den manglende tabsbegrænsning.²⁰¹

Tabsbegrænsningspligten kan ende med at have en betydelig rolle i forbindelse med erstatningen, da den kan modificere de rettigheder, der opnås gennem CISG artikel 74. Det er således vigtigt, at skadelidte ikke blot læner sig tilbage og afventer erstatning, men at skadelidte handler i overensstemmelse med sin pligt over for modparten til at begrænse tabet.

3.2 Tab omfattet af retten til erstatning efter CISG

Ifølge CISG omfatter retten til erstatning ”*a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach*”, jf. CISG art. 74, 1. pkt. Bestemmelsen beskriver således, at alle tab, der er forårsaget af misligholdelsen, i teorien kan erstattes.²⁰² Imidlertid indeholder CISG ikke en præcis definition af hvilke former for tab, der er omfattet af retten til erstatning.²⁰³ Nogle former for tab falder naturligt uden for erstatningsansvaret efter CISG. Dette er tilfældet for sælgers ansvar for dødsfald eller personskader forårsaget af de(n) solgte vare(r), som ikke er omfattet af CISG, jf. CISG art. 5.

Formålet med artikel 74 er at sætte den skadelidte i samme position, som denne ville have været i, hvis kontrakten var blevet retmæssigt opfyldt.²⁰⁴ Derfor er uberettiget berigelse udelukket.²⁰⁵ Udstrækningen af hvilke tab, der kan erstattes, må bestemmes ud fra det overordnede princip i CISG om fuld erstatning sammenholdt med formålet med den pågældende kontrakt.²⁰⁶ Ved bestemmelsen af omfattede tab må fokus primært være på *opfyldelsesprincippet*.²⁰⁷

Erstatningsberettigede tab kan generelt kategoriseres i tre grupper: 1) Tab, som følger af den manglende opfyldelse, 2) indirekte tab og 3) følgeskader.²⁰⁸ Kategoriseringen af de forskellige

¹⁹⁸ Secretariat Commentary, Art. 73, kommentar 2; Understanding the CISG, s. 145

¹⁹⁹ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1107, 7

²⁰⁰ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1105, 3; Secretariat Commentary, Art. 73, kommentar 4; Understanding the CISG, s. 146

²⁰¹ Secretariat Commentary, Art. 73, kommentarer 2-3

²⁰² Damages under the CISG, s. 83, 5.26

²⁰³ Damages under the CISG, s. 76, 5.06 og 82, 5.23; Remedies for Non-performance, 13.3; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1063, 18

²⁰⁴ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 1.1; Damages under the CISG, s. 141-142, 8.03; Honnold: Uniform Law, s. 571; Schwenzer og Hachem, s. 92; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 3

²⁰⁵ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 9; Damages under the CISG, s. 77, 5.06

²⁰⁶ Methods of Limiting Damages, I.2.; Remedies for Non-performance, 13.3; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1063, 18

²⁰⁷ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1063, 18

²⁰⁸ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1064, 21

former er primært af formel karakter, og fordi det kan være praktisk, men det vigtige at holde sig for øje er princippet om fuld erstatning, og at der skal være en sammenhæng mellem det lidte tab og misligholdelsen.²⁰⁹

3.2.1 Immaterielle tab

Det er omdiskuteret, hvorvidt immaterielle tab er omfattet af retten til erstatning. Immaterielle tab kan defineres som tab, der bundes i skade på immaterielle værdier.²¹⁰ Immaterielle værdier er værdier, som ikke har et økonomisk indhold og som ikke kan adskilles fra personligheden af den, der har sådanne værdier.²¹¹

Et tænkt eksempel på et immaterielt tab kunne være:

Der er indgået kontrakt mellem S og K1 om køb og levering af kakaobønner. I kontrakten er det aftalt, at bønnerne ikke må være høstet af børnearbejdere. S leverer kakaobønnerne, men på trods af det aftalte er disse bønner høstet af børnearbejdere. Dette strider imod politikkerne i K1's virksomhed. De leverede bønner krænker således virksomheden. K1 har desuden allerede solgt kakaobønnerne videre til K2, men som følge af S' misligholdelse kan K1 ikke opfylde sine forpligtelser over for K2. S' misligholdelse kan dermed føre til, at K2 – og eventuelt andre af K1's kunder – ikke længere vil samarbejde med K1. Således lider K1 et tab på sit omdømme (goodwill).

Spørgsmålet om immaterielle tab må endeligt bundes i, hvad omfanget af CISG artikel 74 er. Ordlyden af bestemmelsen, *"a sum equal to the loss"*, taler for, at kun økonomiske tab er omfattet af retten til erstatning efter CISG, da tabet skal kunne opgøres som *"a sum"*.²¹² I den yderligere fortolkning af bestemmelsen, må CISG artikel 7 tages i betragtning.

Den dominerende holdning blandt juridiske forfattere er, at immaterielle tab ikke er omfattet af CISG artikel 74.²¹³ Denne holdning er også bekræftet af CISG Advisory Council.²¹⁴ En minoritet argumenterer dog for, at der er en undtagelse hertil, så immaterielle tab skal kunne erstattes, hvis det har været klart aftalt mellem parterne, at der er et immaterielt formål med kontrakten.²¹⁵ Ifølge Bruno Zeller kan kontraktens formål fungere som en rettesnor for domstolens vurderinger af, om det enkelte tab er omfattet af retten til erstatning efter CISG.²¹⁶ *"If the contract is purely a commercial one, damages of a nonmaterial nature ought not to be considered."*²¹⁷

Et argument for at fravige det dominerende synspunkt og tillade erstatning efter CISG for immaterielle tab ville være tilfredsstillelsen hos skadelidte ved, at den misligholdende parts handling af domstolene vurderes at være forkert, og at skadelidte kompenseres med et – om end symbolsk – beløb herfor.²¹⁸ Imidlertid synes et sådant synspunkt ikke at være i overensstemmelse med CISG artikel 74, der kun giver ret til erstatning for *"a sum equal to the loss, ...*

²⁰⁹ Damages under the CISG, s. 156, 8.52

²¹⁰ Methods of Limiting Damages, I.2.(d)

²¹¹ Methods of Limiting Damages, I.2.(d)

²¹² CISG art. 74, 1. pkt.; se også Non-Material Damages, s. 91

²¹³ Methods of Limiting Damages, I.2.(d); Non-Material Damages, s. 90-91

²¹⁴ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 7.1

²¹⁵ Non-Material Damages, s. 91

²¹⁶ Damages under the CISG, s. 82-83, 5.23

²¹⁷ Damages under the CISG, s. 83, 5.23

²¹⁸ Non-Material Damages, s. 93

*suffered by the other party as a consequence of the breach.*²¹⁹ Altså er det allerede af bestemmelsens ordlyd udelukket at pålægge erstatning alene for at straffe den misligholdende part.²²⁰ At skadelidte faktisk har lidt et tab, er således en afgørende betingelse for erstatning. Ingeborg Schwenzer og Pascal Hachem har dog lagt op til en revurdering af en sådan straffende erstatning. Ifølge dem bør det haves for øje, at princippet om fuld erstatning sjældent opnås i praksis, og at straffende erstatning kan fungere som et middel for, at skadelidte opnår fuld erstatning, når misligholdelsen har været forsætlig og i ond tro.²²¹ Altså lægger Schwenzer og Hachem op til, at skadelidte skal kunne kompenseres økonomisk i grove tilfælde udelukkende på baggrund af misligholdelsens grovhed. Dermed er en straffende erstatning udelukket efter CISG, men den straffende effekt kan have en betydning ved vurderingen af tabet.²²²

Både UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) og The Principles of European Contract Law (PECL) indeholder bestemmelser, der taler for, at også immaterielle tab skal erstattes.²²³ Spørgsmålet er så, om disse reguleringer er udtryk for *”general principles on which [the CISG] is based.”*²²⁴ Dette vil nemlig være det afgørende kriterium for, hvorvidt PICC og PECL kan anvendes som fortolkningsinstrumenter ved fortolkningen af CISG. I teorien er der uenighed herom. Af præambelen til PICC fremgår, at bestemmelserne i PICC *”may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.”*²²⁵ Således er et af formålene bag PICC, ifølge forfatterne selv, at fungere som fortolkningsinstrument for ensformig retsanvendelse. Ingeborg Schwenzer og Pascal Hachem argumenterer derimod for, at disse projekter, som har til formål at skabe ensartethed, ikke selvstændigt kan danne grundlag for fortolkning af CISG, da disse regler ikke er *”principles on which [the CISG] is based”*.²²⁶ Sådanne projekter kan derfor kun anvendes som supplerende argumentation for en løsning ved udfyldning af reglerne i CISG.²²⁷ Selvom PICC og PECL på nogle områder har rod i samme principper som CISG, går de også ud over anvendelsesområdet for CISG.²²⁸ Peter Schlechtriem fremhæver, at *”there are limits to the creative development of a Convention, for it might not only be contrary to the drafters’ views and policies, but also – and in some instances more importantly – contrary to the intentions of national legislators who have ratified the Convention.”*²²⁹ Bruno Zeller er dog af den holdning, at *”using the principles to assist in interpretation of the CISG is preferable to any other form of assistance.”*²³⁰ Dette begrundes i, at begge sæt af principper har relation til CISG og har anvendt CISG som fundament.²³¹ Der er altså ikke enighed om, hvorvidt PICC og PECL kan anvendes som udfyldende regler, når forhold ikke er klare i CISG. Det synes dog mest rigtigt at følge argumentet, hvorefter disse principper ikke selvstændigt kan danne

²¹⁹ CISG art. 74, 1. pkt.

²²⁰ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 9.5; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1064, 20

²²¹ Schwenzer og Hachem, s. 103

²²² Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1064, 20

²²³ PICC art. 7.4.2; PECL art. 9:501; se også Non-Material Damages, s. 91

²²⁴ CISG art. 7, stk. 2

²²⁵ PICC, præambel, 5. pkt.

²²⁶ Schwenzer/Hachem i Schwenzer: Commentary, s. 137-138, 36

²²⁷ Schwenzer/Hachem i Schwenzer: Commentary, s. 138, 36

²²⁸ Schwenzer og Hachem, s. 92

²²⁹ Non-Material Damages, s. 89

²³⁰ Damages under the CISG, s. 293, 15.23

²³¹ Damages under the CISG, s. 292, 15.21

grundlag for fortolkningen af CISG. Dette betyder imidlertid ikke, at både PICC og PECL ikke kan anvendes som inspirationskilder og understøtte fortolkning.

Yderligere skal det huskes, at PICC og PECL er udarbejdet efter CISG. Hvis formålet med erstatningsbestemmelserne i CISG oprindeligt har været, at immaterielle tab ikke skulle være omfattet, vil det derfor ikke have nogen betydning, at senere udarbejdede projekter tillader det. I dette tilfælde vil PICC og PECL dermed ikke kunne understøtte fortolkningen af CISG, da de når til en anden konklusion, end den rene fortolkning af CISG gør. Hvis CISG selv er klar eller giver en løsning, så skal PICC og PECL ikke inddrages, hvilket følger af CISG artikel 7.²³²

CISG Advisory Council tillader dog erstatning efter CISG artikel 74 for én form for immaterielt tab, nemlig tab af goodwill.²³³ Dette synes også accepteret i den juridiske litteratur og retspraksis.²³⁴ Netop goodwill adskiller sig fra andre immaterielle værdier, da skade på en virksomheds omdømme kan have en direkte sammenhæng med et efterfølgende dyk i økonomien. Således må anerkendelse af goodwill som et erstatningsberettiget tab være rimeligt ud fra betragtningen om, at immaterielle værdier ikke har økonomisk indhold. Synspunktet understøttes desuden af PICC artikel 7.4.2, stk. 2 og PECL artikel 9:501, stk. 2, litra a.²³⁵ At tab af goodwill er et erstatningsberettiget tab, følger ultimativt af princippet om fuld erstatning.²³⁶ Tab af goodwill giver imidlertid nogle bevismæssige problemer, som vil blive behandlet nærmere i det følgende afsnit om det erstatningsretlige bevis.

En anden nuance af spørgsmålet om, hvorvidt immaterielle tab skal erstattes, er, om det vil være i strid med princippet om fuld erstatning, hvis ikke skadelidte sættes i samme position, inklusivt immaterielle tab, som hvis kontrakten var blevet opfyldt.

Fortolkningen af CISG har rod i konventionens formål om ensartet behandling af ensartede sager, jf. CISG art. 7, stk. 1. Hvis immaterielle tab omfattes af retten til erstatning, vil dette kunne indebære en risiko for forskellige måder at anvende CISG på og dermed forskellige afgørelser. Denne risiko vil opstå, da det vil være svært at trække en skarp linje for, hvor grænsen for retten til erstatning skal gå til. Derudover vil mange af de tab, som traditionelt ville blive anset for at være immaterielle tab, i realiteten blive anset for at være materielle tab, når *opfyldelsesprincippet* anvendes.²³⁷ Dette betyder, at den gruppe af tab, som fortsat klassificeres som immaterielle tab, primært angår tab for svige og smerte, psykisk lidelse og tab af bekvemmelighed.²³⁸ Mange af disse tab falder uden for CISG, da der er tale om personskader, jf. CISG art. 5. Selv for tab, som ikke måtte karakteriseres som personskader, vil sådanne

²³² Damages under the CISG, s. 292, 15.22

²³³ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 7

²³⁴ CLOUT Case No. 331; Damages under the CISG, s. 143, 8.09; Methods of Limiting Damages, I.2.(d); Non-Material Damages, s. 94-96; Plastic carpets case; Remedies for Non-performance, 13.4; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1073-1074, 41; UNCITRAL Digest, s. 335, 19

²³⁵ Damages under the CISG, s. 143, 8.09

²³⁶ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 7.2; Damages under the CISG, s. 143, 8.09; Schwenzer og Hachem, s. 98

²³⁷ Schwenzer og Hachem, s. 100

²³⁸ Schwenzer og Hachem, s. 100

psykiske eller følelsesmæssige skader være sammenlignelige med personskader, da de må udgøre en psykologisk skade, og dermed også falde udenfor anvendelsesområdet for CISG.²³⁹ Når parter indgår internationale handelsaftaler, "[they] *do not contract and pay for the enjoyment and the amenities of life.*"²⁴⁰ Det primære formål med handelskontrakter er at opnå et udbytte. Desuden vil formålet, hvorefter skadelidte skal stilles, som hvis aftalen var opfyldt, blive bøjet, hvis tab, som ikke angår økonomiske værdier, erstattes økonomisk. Hvis dette var tilfældet, ville skadelidte fortsat ikke være stillet, som hvis aftalen var retmæssigt opfyldt, da det immaterielle tab er erstattet med noget materielt.

Det må således ikke være i strid med princippet om fuld erstatning, at immaterielle tab ikke erstattes, da beskyttelsesinteressen for sådanne tab ved internationale handler ikke er stor. Dette kommer til udtryk ved både parternes almindelige hensigt med aftalen og beskrivelsen af anvendelsesområdet for CISG. Konklusionen bliver derfor, på trods af uenigheder, at CISG artikel 74 kun omfatter økonomiske tab, herunder også tab af goodwill.

3.3 Reglerne for beviset

3.3.1 Bevisbyrde

Der er uklarhed om, hvorvidt reglerne for bevisbyrde er omfattet af reglerne i CISG, eller om dette angår processuelle regler og dermed er udenfor anvendelsesområdet i CISG.²⁴¹ På trods af uklarheden herom, synes det dominerende – og i dag generelt accepterede – synspunkt at være, at bevisbyrden er omfattet af CISG.²⁴²

Årsagen til uklarheden skyldes, at ordlyden af CISG ikke direkte forholder sig hertil. Af CISG fremgår det, at "*this Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract*", jf. CISG art. 4, 1. pkt. Dette efterfølges af en uddybning af, hvad der ikke er omfattet af CISG, hvilket er spørgsmål om aftalens gyldighed samt aftalens virkning på ejendomsretten, jf. CISG art. 4, 2. pkt. Således kan det synes som en logisk slutning, at spørgsmålet om bevisbyrde ikke er omfattet af CISG. Denne konklusion anvendes bl.a. af dommerne i en schweizisk afgørelse, hvor de udtaler: "[A]s the CISG does not contain rules on the burden of proof, it is necessary to rely on the rules of private international law of the forum, ... (article 7(2) CISG)."²⁴³ De opremsede eksempler for anvendelsesområdet er dog ikke udtømmende.²⁴⁴ Det vil sige, at spørgsmålet om bevisbyrde hverken er direkte inkluderet eller direkte udelukket af CISG.²⁴⁵

Selvom eksemplerne for anvendelsesområdet af CISG er konkrete, åbner ordlyden af CISG op for, at der kan være spørgsmål, der er omfattet af men ikke taget konkret stilling til i CISG. Sådanne spørgsmål skal dog som udgangspunkt afgøres ud fra de principper, som ligger til grund for CISG, jf. CISG art. 7, stk. 2. Kun som sidste udvej anvendes den lov, der vil finde

²³⁹ Schwenger og Hachem, s. 100

²⁴⁰ Schwenger og Hachem, s. 100

²⁴¹ Understanding the CISG, s. 39; Schwenger/Hachem i Schwenger: Commentary, s. 84, 25; Schwenger og Hachem, s. 98

²⁴² Damages under the CISG, s. 86, 5.37; Ferrari: Burden of Proof; Schwenger/Hachem i Schwenger: Commentary, s. 84, 25; Schwenger og Hachem, s. 98; The Duty to Cooperate, s. 174; UNCITRAL Digest, s. 44, 20

²⁴³ CLOUT Case No. 261

²⁴⁴ Schwenger/Hachem i Schwenger: Commentary, s. 74, 2-3

²⁴⁵ The Duty to Cooperate, s. 173

anvendelse efter international privatret, jf. CISG art. 7, stk. 2. Således er det som om, at dommerne i den schweiziske afgørelse²⁴⁶ i deres ræsonnement sprang leddet med fortolkning i henhold til generelle principper over og straks vendte sig mod de gældende regler efter international privatret.

En af de gennemgående argumenter for, at spørgsmålet om bevisbyrde er omfattet af CISG, er, at enkelte bestemmelser i CISG indeholder regler for bevisbyrden – enten direkte (artikel 79) eller indirekte (artikel 2, litra a).²⁴⁷ Til grund for denne argumentation ligger, at fortolkningen af CISG skal have rod i konventionens internationale karakter samt principperne, som ligger til grund for CISG, jf. art. 7. Formålet om ensartet anvendelse af CISG vil være truet, hvis reglerne for beviset skulle dækkes af nationale regler, da regler herfor er forskellige fra jurisdiktion til jurisdiktion.²⁴⁸

Generelt støtter retspraksis også op om, at bevisbyrdespørgsmålet er omfattet af CISG.²⁴⁹ I en afgørelse af den schweiziske højesteret fra 15 september 2000²⁵⁰ tager retten bl.a. stilling til bevisbyrden, og hvorvidt dette er omfattet af CISG. En del af tvisten angår, hvorvidt K har bevist sit tab tilstrækkeligt. S mener, at forholdet er omfattet af schweizisk lovgivning, men til dette udtaler den schweiziske højesteret: ”*That legal rule is not applicable even though CISG does not contain direct rules on the burden of proof and all procedural questions are outside its scope of application. When the judge examines this question, he should keep in mind the content of the material law applicable ... which, in this case, is the CISG.*”²⁵¹ Således finder højesteret i denne sag, at CISG indirekte omfatter spørgsmålet om bevisbyrde, da dette har nær tilknytning til den materielle del af sagen.

Dette leder til et andet argument for, at CISG finder anvendelse på spørgsmål om bevisbyrde. Her argumenteres der for, at spørgsmålet om bevisbyrde har en så tæt sammenhæng til de materielle regler i CISG, at reglerne for bevisbyrde ligeledes bør udledes af CISG.²⁵² Dette skal dog gøres med respekt for lovens afgrænsning af anvendelsesområdet i artikel 4, hvilket bekræftes af den tyske højesteret: ”*[T]he burden of proof rules of the CISG cannot go farther than the scope of its substantive applicability.*”²⁵³

Ud fra de beskrevne argumenter, synes det rimeligt at antage, at spørgsmålet om bevisbyrde indirekte er omfattet af CISG, såfremt den materielle del af sagen også er omfattet. Dette vil føre til, at bevisbyrden ligger hos den part, der kræver ret efter en bestemmelse i CISG, og dermed skal denne part bevise, at de pågældende betingelser for at opnå denne ret er opfyldt.²⁵⁴

²⁴⁶ CLOUT Case No. 261

²⁴⁷ Damages under the CISG, s. 87, 5.39; Ferrari: Burden of Proof; Schwenzer/Hachem i Schwenzer: Commentary, s. 84, 25

²⁴⁸ Schwenzer/Hachem i Schwenzer: Commentary, s. 84, 25

²⁴⁹ Damages under the CISG, s. 86, 5.37; UNCITRAL Digest, s. 44, 20

²⁵⁰ Switzerland, 15 September 2000

²⁵¹ Switzerland, 15 September 2000

²⁵² Ferrari: Burden of Proof; Switzerland, 15 September 2000

²⁵³ Powdered Milk Case

²⁵⁴ Switzerland, 15 September 2000; UNCITRAL Digest, s. 44, 20

3.3.2 Kravet til bevisets styrke

Efter at have fastslået, at spørgsmålet om bevisbyrde indirekte er omfattet af CISG, opstår spørgsmålet, med hvilken styrke de enkelte forhold skal bevises, for at de anses for tilstrækkeligt bevist. Hvorvidt vurderingen af beviset er omfattet af CISG eller ej, er der også uklarhed omkring, da dette forhold heller ikke behandles direkte af ordlyden.²⁵⁵ Hvis reglerne for bevisvurderingen ikke er omfattet af CISG, har det den konsekvens, at domstolene er nødt til at vende sig mod nationale regler ved vurderingen af, om et forhold er tilstrækkeligt bevist. At støtte sig på et synspunkt, hvorefter bedømmelsen af beviset er et processuelt anliggende, der skal bedømmes efter nationale regler, vil arbejde imod formålet med CISG om ensartet behandling af ensartede situationer.²⁵⁶ Tilladelsen af forskellige nationale regler for bevisstyrken vil udgøre en risiko for både den ensartede fortolkning af CISG såvel som det centrale princip om fuld erstatning.²⁵⁷ I den senere tid er anerkendelsen af, at CISG også omfatter bedømmelsen af beviset, dog blevet mere populær, især når det angår bestemmelser, hvor den påkrævede bevisstyrke har betydning for opnåelse af bestemmelsens formål.²⁵⁸

Selvom teorien synes at tale for, at bevisstyrken er omfattet af CISG, giver retspraksis på området et andet billede. I en amerikansk afgørelse fra 1994, blev der tildelt erstatning, da køber *"in conformity with common law and the law of New York"* kunne fremvise *"sufficient evidence [for the court] to estimate the amount of damages with reasonable certainty."*²⁵⁹ I den schweiziske højsteretsafgørelse fra 2000 bliver beviserne bedømt ud fra schweizisk lovgivning.²⁶⁰ Også dette på trods af, at det i samme afgørelse fastslås, at spørgsmålet om bevisbyrde er omfattet af CISG. Dommerne udtaler om bevisets styrke: *"As CISG does not contain rules directing the judge how to reach its own opinion, there is no obstacle, which does not allow the use of the jurisprudence of article 8 of the Swiss Civil Code."*²⁶¹ En tysk højesteret har i 2013 ligeledes adresseret spørgsmålet om, hvorvidt bevisstyrken er et nationalt anliggende eller et anliggende for CISG.²⁶² Selvom højesteretten har den teoretiske diskussion om spørgsmålet, efterlades spørgsmålet åbent, da udfaldet i den konkrete sag ikke har afgørende betydning.²⁶³ Dog synes det som om, at også denne afgørelse sympatiserer med national ret som den gældende ret på området.²⁶⁴ I praksis er der således en tendens til at anse bevisbedømmelsen som værende et processuelt spørgsmål, der skal bedømmes i henhold til nationale regler.²⁶⁵

Denne tendens i retspraksis til at vende sig mod national lovgivning, når der er et hul i bestemmelserne i CISG kan kritiseres. Dette skyldes, at de forskellige nationale regler afviger

²⁵⁵ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 2.1; Gotanda: Awarding Damages, s. 108-109

²⁵⁶ CISG-AC Opinion No. 6, kommentarer 2.1-2.3; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1085, 67

²⁵⁷ Schwenzer og Hachem, s. 99

²⁵⁸ Schwenzer/Hachem i Schwenzer: Commentary, s. 85, 26

²⁵⁹ CLOUT Case No. 85

²⁶⁰ Switzerland, 15 September 2000

²⁶¹ Switzerland, 15 September 2000

²⁶² BGH 16 July 2013

²⁶³ BGH 16 July 2013, s. 9, afsnit 14; UNCITRAL Digest, s. 338, 37

²⁶⁴ UNCITRAL Digest, s. 338, 37

²⁶⁵ CLOUT Case No. 85; Switzerland, 15 September 2000; UNCITRAL Digest, s. 337, 37

både med hensyn til hvilken bevisstyrke, der kræves ved tildeling af erstatning, samt spørgsmålet om, hvorvidt dette er et materielt eller et processuelt spørgsmål.²⁶⁶ Dette fører til en risiko for, at ensartede situationer behandles forskelligt, hvilket er i strid med hele formålet bag CISG. For at undgå disse problemer har professor John Gotanda foreslået, at der ikke skal tages udgangspunkt i en sontring af, hvorvidt et forhold anses for at være materielt eller processuelt.²⁶⁷ I stedet foreslår Gotanda følgende fremgangsmåde:

*"[A] court or tribunal should first decide whether the issue can be decided according to the literal text or the plain and natural reading of the applicable article. If the result is not formally imposed by the relevant article, then it must be determined whether the issue was one that was deliberately left to national laws. If the issue was not deliberately left to national laws, according to article 7(2), a court or tribunal must then attempt to resolve the issue »in conformity with the general principles on which [the Convention] is based«."*²⁶⁸

Således foreslås det, at denne uklarhed løses gennem retmæssig fortolkning af CISG i stedet for at anvende nationale definitioner og regler. Kun i tilfælde hvor tvisten ikke kan løses gennem en sådan fortolkningsmåde, skal national lovgivning anvendes.²⁶⁹ Når denne fortolkende fremgangsmåde anvendes, er spørgsmålet om bevisstyrken et hul i konventionsteksten, der skal udfyldes i overensstemmelse med CISG artikel 7, stk. 2. I den omtalte retspraksis er det igen som om, at der springes et led over ved fortolkningen af CISG. Domstolene vender sig direkte til national ret fremfor at fortolke CISG i henhold til dens internationale karakter, formålet om en ensartet anvendelse og generelle principper, jf. CISG art. 7. Det er imidlertid nødvendigt at undersøge, om der er generelle principper, der kan anvendes ved afklaringen af, hvornår et forhold er tilstrækkeligt bevist.

Det er at foretrække, at disse generelle principper udledes af selve konventionsteksten.²⁷⁰ Sådanne generelle principper udledes ved at se på gennemgående træk (principper) i konventionens forskellige bestemmelser, hvorefter disse konkrete bestemmelser kan danne grundlag for et generelt princip, der gælder overordnet for CISG.²⁷¹ Også CISG's internationale rolle og behovet for ensartet anvendelse heraf kan tages i betragtning ved udledningen af generelle principper.²⁷²

Flere gange i CISG henvises der til standarden *reasonable* i forskellige sammenhænge (se bl.a. artiklerne 8, 18, 25, 35 og 79).²⁷³ At dette er standarden i forskellige aspekter understøtter, at

²⁶⁶ Gotanda: Awarding Damages, s. 109

²⁶⁷ Gotanda: Awarding Damages, s. 121

²⁶⁸ Gotanda: Awarding Damages, s. 121

²⁶⁹ Gotanda: Awarding Damages, s. 121

²⁷⁰ Gotanda: Awarding Damages, s. 123

²⁷¹ Bonell: Article 7, s. 80; Enderlein/Maskow: Commentary, s. 59; Gotanda: Awarding Damages, s. 123

²⁷² CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 2.6; Gotanda: Awarding Damages, s. 123

²⁷³ Bonell: Article 7, s. 80-81; Enderlein/Maskow: Commentary, s. 59; Gotanda: Awarding Damages, s. 127; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1085-1086, 67; The Need for Uniformity, s. 401

en *reasonable*-standard er et generelt kriterie, der er i overensstemmelse med CISG som helhed.²⁷⁴ Dette generelle princip om rimelighed foreslås derfor også at blive fulgt ved bedømmelsen af, om et forhold er tilstrækkeligt bevist.²⁷⁵ Det ville desuden være imod princippet om fuld erstatning, hvis forhold krævedes bevist med præcision fremfor rimelig sikkerhed, da dette ville pålægge skadelidte en uforholdsmæssig bevisbyrde, som ville afholde skadelidte fra at opnå erstatning for det fulde tab.²⁷⁶ Således kræves det, at erstatningsretlige forhold bevises med rimelig sikkerhed, før disse kan lægges til grund.²⁷⁷

3.3.3 Beviset for tabet

Det er tidligere fastlagt, at bevisbyrden ligger hos den part, der fremsætter kravet.²⁷⁸ Således skal skadelidte bevise, at der er lidt et tab såvel som omfanget af tabet.²⁷⁹ Når det handler om det erstatningsretlige bevis, kræver dette ikke matematisk præcision, men derimod blot at skadelidte giver et rimeligt grundlag, på hvilket dommerne kan fastsætte den endelige erstatning.²⁸⁰

Med hensyn til tab af goodwill er det svært at beregne, hvad det egentlige lidt tab er.²⁸¹ Dette skyldes bl.a., at der ikke er nogen klar og ensrettet definition af goodwill.²⁸² At det er svært at opgøre det konkrete tab af goodwill, kan synes at føre til, at der skal være strenge krav til bevisstyrken heraf, men CISG Advisory Council er imidlertid af den modsatte holdning. Begrundelsen for denne betragtning er, at et krav om en præcis beregning af tabet af goodwill ville *"place an unsurmountable burden on the aggrieved party and would thwart Article 74's principle of full compensation."*²⁸³

Sammenfattende er det således påkrævet, at skadelidte beviser tabet med rimelig sikkerhed, så dommerne har et grundlag for den endelige afgørelse. Imidlertid kan graden af, hvad der betragtes som bevist med rimelig sikkerhed, variere afhængigt af de konkrete omstændigheder. Derfor er det ikke muligt at fastsætte endelige krav til tabets bevis, men blot enkelte retningslinjer, som dommerne efterfølgende kan anvende i kombination med sagens konkrete forhold. Rettesnoren for bevisbedømmelsen må således være, at beviskravene til tabet bør stemme overens med de konkrete omstændigheder.

²⁷⁴ Bonell: Article 7, s. 81; CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 2.6; Enderlein/Maskow: Commentary, s. 59

²⁷⁵ CISG-AC Opinion No. 6, kommentarer 2.6-2.9; Schwenger i Schwenger: Commentary, s. 1085, 67; Schwenger og Hachem, s. 99

²⁷⁶ Gotanda: Awarding Damages, s. 127

²⁷⁷ CISG-AC Opinion No. 6, kommentarer 2.6-2.9; Schwenger i Schwenger: Commentary, s. 1086, 67; Schwenger og Hachem, s. 99; The Need for Uniformity, s. 401

²⁷⁸ Swizerland, 15 September 2000; UNCITRAL Digest, s. 337, 36

²⁷⁹ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 2; Schwenger og Hachem, s. 99

²⁸⁰ CISG-AC Opinion No. 6, kommentarer 2.9; Schwenger og Hachem, s. 99

²⁸¹ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 7.3

²⁸² CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 7.3

²⁸³ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 7.3

3.3.4 Beviset for tabets påregnelighed

Skadelidte skal som en del af beviset for tabet også bevise, at tabet var påregneligt for den misligholdende part. Det afgørende tidspunkt for bedømmelsen af påregneligheden er tidspunktet for aftaleindgåelsen.²⁸⁴ Bedømmelsen af, hvorvidt et tab var påregneligt på tidspunktet for indgåelsen af aftalen, er objektiv.²⁸⁵

Den almindelige fortolkningsregel i CISG artikel 8 består af både en subjektiv og en objektiv fortolkning af kontrakter. Ved den subjektive fortolkning er fokus på, hvad parternes hensigt med kontrakten har været, jf. CISG art. 8, stk. 1.²⁸⁶ Imidlertid er det den objektive fortolkning, der spiller den dominerende rolle ved kontraktfortolkning efter CISG.²⁸⁷ Efter denne fortolkes kontrakten i forhold til den objektive forståelse af en fornuftig person i samme position, jf. CISG art. 8, stk. 2.²⁸⁸ Vurderingen går således på, hvad en fornuftig person i den misligholdende parts sted ville have forudset.²⁸⁹ Selvom bedømmelsen som udgangspunkt skal være objektiv, kan påregnelighedskravet blive udvidet gennem et subjektivt element, hvis nu den misligholdende part fx gøres opmærksom på et forhold, der objektivt set ikke ville være påregneligt.²⁹⁰

Det er således op til skadelidte at påpege de elementer i kontraktforholdet frem til tidspunktet for aftalens indgåelse, som beviser, at den misligholdende part i hvert fald burde vide, at misligholdelse af aftalen kunne føre til det pågældende tab.

3.4 Beregningen af erstatningen

Da det af CISG fremgår, at erstatningen skal svare til summen af det tab, som der er lidt som følge af misligholdelsen, jf. CISG art. 74, 1. pkt., består erstatningsberegningen i teorien af opgørelsen af det lidt tab. Yderligere skal beregningen af erstatningen gerne opfylde princippet om, at skadelidte erstattes fuldt ud.

Formålet med tabsopgørelsen – og dermed også erstatningsudmålingen – er at stille skadelidte i samme position, som hvis aftalen havde været kontraktmæssigt opfyldt.²⁹¹ På den anden side må skadelidte dog ikke stilles bedre, end hvis kontrakten havde været rigtigt opfyldt.²⁹² Ved beregningen af erstatningen er der således tale om en balance mellem at genoprette misligholdelsen gennem erstatning, og at skadelidte ikke må opnå en fortjeneste ved erstatningen.

Generelt bør erstatningen opgøres konkret, da det kun er det faktiske tab forårsaget af misligholdelsen, der kan erstattes.²⁹³ Ifølge Bruno Zeller kan dette konkluderes, selvom CISG

²⁸⁴ Damages under the CISG, s. 107-108, 6.49; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1078, 49; Understanding the CISG, s. 140; UNCITRAL Digest, s. 337, 33

²⁸⁵ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1078, 51; UNCITRAL Digest, s. 337, 33

²⁸⁶ Schmidt-Kessel i Schwenzer: Commentary, s. 149, 11

²⁸⁷ Schmidt-Kessel i Schwenzer: Commentary, s. 149, 11

²⁸⁸ Schmidt-Kessel i Schwenzer: Commentary, s. 149, 11

²⁸⁹ CLOUT Case No. 541 (se fulde domstekst, s. 8)

²⁹⁰ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1079, 51

²⁹¹ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 1.1; Damages under the CISG, s. 141-142, 8.03; Honnold: Uniform Law, s. 571; Schwenzer og Hachem, s. 92; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 3

²⁹² CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 9.(A); Damages under the CISG, s. 143, 8.08

²⁹³ Damages under the CISG, s. 142, 8.04; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1074, 43

artikel 74 ikke direkte nævner konkret beregning og derfor heller ikke udelukker abstrakt beregning.²⁹⁴ Zeller argumenterer for dette med, at erstatningsberegning ikke må baseres på spekulationer, og hvis erstatningspåstande bunder i spekulationer, bør de afvises.²⁹⁵ Den eneste undtagelse til konkret erstatningsberegning er udtrykt i CISG artikel 76, hvor det er tilladt at foretage en abstrakt beregning i tilfælde, hvor der er foretaget dækningskøb i forbindelse med ophævelse af kontrakten.²⁹⁶ På trods heraf må det dog anerkendes, at ikke alle former for tab kan beregnes ud fra faktiske omstændigheder.²⁹⁷ Yderligere ses det i retspraksis, at domstolene har en tendens til at være villige til at fastlægge erstatningens størrelse ud fra et skøn.²⁹⁸ Altså er ønsket om, at erstatningen opgøres konkret, ikke uden undtagelser.

Dette er for eksempel tilfældet med goodwill, som det tidligere er blevet konkluderet er et erstatningsberettiget tab i henhold til CISG, selvom det ikke kan opgøres præcist. Når der er tale om sådanne ikke-kvantificerbare tab, er det dog vigtigt, at domstolene er særligt opmærksomme på, at bevisbyrden er rimelig i forhold til omstændighederne.²⁹⁹ Dette betyder imidlertid ikke, at der ikke skal føres et bevis for eksempelvis tabt goodwill. En schweizisk handelsdomstol har i en sag afvist erstatning af goodwill med følgende begrundelse: *”While the »good-will-damage« suggested by the [buyer] can certainly be compensated under the CISG, it also needs to be substantiated and explained concretely. ... Following these considerations, the [buyer]’s set-off claim is to be dismissed.”*³⁰⁰ Således kræves det fortsat, at der føres bevis for eksistensen af tabet, selvom det ikke er muligt at bevise den faktiske udstrækning heraf. I tilfælde, hvor det er bevist, at der er lidt et tab, men hvor det ikke er muligt at fastsætte størrelsen heraf, er det op til domstolene at fastsætte dette.³⁰¹

3.4.1 Tid og sted for erstatningsberegningen

I forbindelse med opgørelsen af tabet og erstatningsberegningen er det relevant at fastlægge hvilket tidspunkt og hvilket sted, der er afgørende herfor. Dette er imidlertid ikke specificeret i CISG artikel 74.³⁰² I en fodnote til 1978-kommentaren er den eneste hjælp til at bestemme tid og sted følgende:

*“Presumably it should be at the place the seller delivered the goods and at an appropriate point of time, such as the moment the goods were delivered, the moment the buyer learned of the non-conformity of the goods or the moment that it became clear that the non-conformity would not be remedied by the seller under article 35, 42, 43 or 44, as the case may be.”*³⁰³

²⁹⁴ Damages under the CISG, s. 142, 8.05

²⁹⁵ Damages under the CISG, s. 142, 8.05

²⁹⁶ Damages under the CISG, s. 142, 8.04; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1074, 43

²⁹⁷ Damages under the CISG, s. 143, 8.09

²⁹⁸ Damages under the CISG, s. 144, 8.13

²⁹⁹ Damages under the CISG, s. 143, 8.09

³⁰⁰ CLOUT Case No. 331

³⁰¹ Damages under the CISG, s. 143, 8.10

³⁰² Damages under the CISG, s. 89, 5.44; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 7, n2; Sutton: Measuring Damages, III.B.1.

³⁰³ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 7, n2; se også: Damages under the CISG, s. 89, 5.44 og Sutton: Measuring Damages, III.B.1.

Tidspunktet for erstatningsberegningen er begrænset af kontraktens indgåelse som begyndelsestidspunkt og kontraktbruddets løsning som sluttidspunkt.³⁰⁴ Generelt er det nemmest at opgøre tabet så sent som muligt, da dette giver mulighed for at få det fulde billede af konsekvenserne af misligholdelsen og dermed erstatning af det fulde tab.³⁰⁵

Ved opgørelsen af tabets størrelse varierer det afgørende tidspunkt dog afhængigt af, om der er tale om en konkret eller en abstrakt opgørelse. Hvis tabet opgøres efter princippet om konkret beregning, vil det relevante tidspunkt være tidspunktet for rettens afgørelse i erstatnings sagen.³⁰⁶ I tilfælde hvor tabsopgørelsen bundes i en abstrakt beregning af tabet som følge af for eksempel forsinkelse, er det afgørende tidspunkt for opgørelsen tidspunktet, hvor kontrakten skulle have været opfyldt.³⁰⁷ Hvis der er tale om abstrakt beregning som følge af manglende opfyldelse af kontrakten, er det afgørende tidspunkt for opgørelsen af tabet tidspunktet for aftalens ophævelse, jf. CISG art. 76, stk. 1.³⁰⁸

Da priser kan være forskellige fra land til land, har det også betydning at afgøre hvilket sted, der skal danne grundlag for erstatningsberegningen.³⁰⁹ De generelle regler i tilfælde af lovkonflikt taler for, at sælgers sted har den tætteste tilknytning til kontrakten.³¹⁰ Men principperne i CISG taler for den logiske konklusion, at erstatningen må beregnes på det sted, hvor dækningskøb er foretaget, eller hvor varen burde være.³¹¹ Således er det parternes aftale, der er afgørende for, på hvilket sted erstatningen beregnes.

3.4.2 Erstatningsudmålingen

Ved erstatningsudmålingen er det vigtigt at have for øje, at formålet med erstatningen er, at skadelidte stilles i samme position, som hvis aftalen havde været kontraktmæssigt opfyldt. Yderligere er det vigtigt at huske, at reglerne om erstatning bygger på princippet om fuld kompensation. Derfor er det nødvendigt at forholde sig til de konkrete omstændigheder; hvad har misligholdelsen medført af tabt værdi på kontraktvaren, og hvilke yderligere omkostninger har misligholdelsen eventuelt medført for skadelidte?

Erstatningsudmålingen påbegyndes med en undersøgelse af om betingelserne i CISG artikel 74 – herunder særligt påregnelighedskravet – er opfyldt. Dette er bl.a. bekræftet i sagen *Hydroelectric Plant Station*³¹², hvor voldgiftsdommerne forud for vurderingen gjorde klart, hvilke omstændigheder, der skulle undersøges:

“On the basis of the provisions of articles 74 and 77 of the Convention ... it was necessary to establish all of the following legal facts, which would result in the defendant’s liability for damages:
(1) The defendant had not fulfilled its contractual obligations;
(2) There was a causal link between the inappropriate actions (inaction) of the defendant and the violation of the plaintiff’s rights;

³⁰⁴ Damages under the CISG, s. 89, 5.45

³⁰⁵ Damages under the CISG, s. 90, 5.45

³⁰⁶ Damages under the CISG, s. 90, 5.48; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1076, 46

³⁰⁷ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1077, 46

³⁰⁸ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1077, 46 og 1100, 10

³⁰⁹ Damages under the CISG, s. 89, 5.44

³¹⁰ Damages under the CISG, s. 89, 5.44

³¹¹ Damages under the CISG, s. 89, 5.44

³¹² CLOUT Case No. 1710

- (3) *The defendant could have foreseen, at the time the contract was concluded, the loss suffered by the plaintiff as a consequence of breach of contract by the defendant in the light of the facts and matters of which it then knew or ought to have known;*
- (4) *It would have been possible for the plaintiff to receive the claimed income in the normal course of business;*
- (5) *Necessary measures had been taken and appropriate preparations made for income generation;*
- (6) *Actions had been taken by the plaintiff to reduce the amount of profit lost;*
- (7) *The amount of profit lost had been established.*³¹³

Udover opfyldelsen af de påkrævede betingelser, der er en forudsætning for, at skadelidte overhovedet opnår ret til erstatning, er der også yderligere forhold, der skal tages i betragtning. Samlet for disse forhold er, at det må vurderes, om de har nogen indvirkning på udmålingen af den endelige erstatning. Et sådant erstatningsbegrænsende forhold kunne bl.a. være iagttagelsen af tabsbegrænsningspligten, som det også er nævnt i *Hydroelectric Plant Station*. Hvis tabsbegrænsningspligten er tilsidesat vil dette forårsage en reduktion i erstatningens størrelse.³¹⁴ Hvor meget erstatningen skal reduceres med i sådanne tilfælde, må afhænge af de konkrete omstændigheder. Således er dette også en vurdering, der er overladt til domstolene.

Erstatningsudmålingen er yderligere begrænset af, at skadelidte ikke må stilles bedre, end hvis aftalen ikke var misligholdt.³¹⁵ Dette betyder, at det – som teorien også foreskriver – er nødvendigt, at eksistensen såvel som størrelsen af tabet bevises med rimelig sikkerhed. Som led i vurderingsprocessen af, hvordan erstatningen skal udmåles, opstår spørgsmålet, om fordele, som skadelidte opnår som følge af misligholdelsen, skal fratrækkes.³¹⁶ At dette er uafklaret skyldes primært, at holdningen hertil varierer fra jurisdiktion til jurisdiktion.³¹⁷ Dog må konklusionen formentlig blive, at hvis skadelidte skulle opnå økonomiske fordele som følge af misligholdelsen, skal disse fratrækkes under udmålingen af erstatningen, så længe dette ikke strider mod opfyldelsesprincippet, og at skadelidte fortsat kompenseres fuldt ud for tabet.³¹⁸

CISG artikel 74, 1. pkt. fastsætter, at erstatningen opgøres som den positive opfyldelsesinteresse.³¹⁹ Nogle gange er det ikke muligt for skadelidte at påvise det faktiske tab. I sådanne tilfælde bør tabet som minimum opgøres til at svare til de udgifter, som skadelidte har afholdt med henblik på opfyldelse af kontrakten (såkaldte *frustrated expenses*).³²⁰ Disse *frustrated expenses* kan kræves erstattet med hjemmel i CISG artikel 74 som alternativ til erstatning for tabt fortjeneste.³²¹ Ofte vil tabet omfatte mere end blot afholdte udgifter, og derfor vil erstatning efter opfyldelsesinteressen være den hyppigst anvendte metode, såfremt det kan bevises, at der er lidt et tab.

³¹³ CLOUT Case No. 1710

³¹⁴ CLOUT Case No. 1710; Sutton: Measuring Damages, III.B.5.

³¹⁵ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 9.(A); Damages under the CISG, s. 143, 8.08

³¹⁶ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1075, 44

³¹⁷ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1075, 44

³¹⁸ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 9.1; Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1075, 44

³¹⁹ Dansk og international køberet, s. 299

³²⁰ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1073, 40; Schwenzer og Hachem, s. 99

³²¹ Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1073, 40

I en kinesisk voldgiftssag³²² fik en kinesisk køber tilkendt erstatning for udgifter, der var afholdt i tillid til kontraktens opfyldelse. Køberens erstatningskrav omfattede bl.a.: "(1) *foreign exchange procedure fee of RMB 428.62; (2) L/C procedure fee of RMB 532.09; (3) remittance fee of RMB 1,631.99; (2) import agency fee of RMB 1,000; (5) loss of anticipated profits of RMB 54,614. The total amount of the above five is RMB 58,206.70.*" Retten tildelte erstatning for fire af de fem poster, med begrundelsen, "*that the fees listed in the above items (1)-(4) were really incurred, and the [Buyer] also submitted the relevant evidence.*" Den sidste post blev imidlertid afvist, da der var tale om et formodet fremtidigt tab, som køberen ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for.

I 1978-kommentaren til CISG er der givet forslag til beregningen af erstatningen i to hyppigt opstående situationer. Den første situation omfatter tilfælde, hvor køber afviser kontrakten, inden der er sket levering, og inden sælger har fremstillet varen. I sådanne situationer vil sælgerens tab bestå af den tabte fortjeneste, der ville være opnået gennem kontrakten, samt omkostninger, som sælgeren har afholdt i arbejdet mod at opfylde kontrakten.³²³ Den anden situation omfatter tilfælde, hvor sælger leverer mangelfulde varer. I disse situationer er der forskellige måder, hvorpå erstatningen kan beregnes, afhængigt af de konkrete omstændigheder.³²⁴ Hvis køber kan udbedre manglen, vil tabet ofte svare til omkostningerne til udbedringen samt et eventuelt tab som følge af, at købers produktion har været nedsat i perioden, hvor den leverede vare ikke har kunne anvendes.³²⁵ Hvis misligholdelsen medfører, at varen har en lavere værdi end den aftalte, vil købers tab svare til forskellen mellem varens faktiske værdi og kontraktprisen.³²⁶ Derudover kan der i tillæg til tabet komme de omkostninger, som køber har haft som følge af misligholdelsen.³²⁷

Som tidligere nævnt omfatter CISG artiklerne 75-76 tilfælde, hvor aftalen som følge af misligholdelsen er ophævet. Dækningskøb kan imidlertid også forekomme i situationer, hvor aftalen ikke ophæves, men hvor dækningskøb foretages som en del af skadelidtes pligt til at begrænse tabet.³²⁸ Hvis et sådant dækningskøb er foretaget, og det anses for at være rimeligt, vil dette kunne erstattes efter CISG artikel 74 som forskellen mellem kontraktprisen og dækningskøbet.³²⁹ Således kan beregningen fra CISG artikel 75 anvendes analogt under artikel 74 i tilfælde, hvor aftalen ikke ophæves forud for dækningskøbet.³³⁰

Da CISG artikel 74 ikke indeholder konkrete bestemmelser for selve erstatningsberegningen, er det overladt til domstolene at beregne erstatningen på en måde, der er passende i den konkrete situation.³³¹ Eksempelvis nedsatte en tysk domstol skønsmæssigt et af køber beregnet erstatningskrav med omkring EUR 6.500 ud fra de konkrete omstændigheder.³³² At det

³²² CIETAC, 31 October 2005

³²³ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 5

³²⁴ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 6

³²⁵ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 6

³²⁶ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 7

³²⁷ Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 7

³²⁸ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 8.1

³²⁹ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 8.1

³³⁰ CISG-AC Opinion No. 6, kommentar 8.1

³³¹ Damages under the CISG, s. 78, 5.09; Gotanda: Awarding Damages, s. 100; Secretariat Commentary, Art. 70, kommentar 4

³³² CLOUT Case No. 1233

er overladt til den enkelte domstol at anvende og fortolke CISG indebærer en vis risiko for, at dennes anvendelse og fortolkning kan blive præget af national lovgivning.³³³ Denne risiko bekræftes af allerede afgjorte sager, hvor det ses, at domstole anvender nationale regler til at udfylde huller i konventionen på trods af reguleringen heraf i CISG artikel 7.³³⁴ Konkrete eksempler herpå er bl.a. de tidligere nævnte afgørelse, hvor dommerne anvender national ret til at bedømme beviserne fremfor at fortolke CISG i et internationalt perspektiv.³³⁵

At der ikke er oprettet en international domstol til at afgøre internationale kontraktuelle tvister, viser en tillid til de nationale domstoles anvendelse af de internationale regler.³³⁶ Således er det overladt fuldstændigt til nationale domstole at anvende de internationale regler i bl.a. CISG og dermed opfylde formålet om ensartet anvendelse.³³⁷ At dette er tilfældet, gør det derfor afgørende, at domstolene er nænsomme med at følge de anvisninger, der er i konventionen, hvorefter anvendelsen kræver, at domstolene er opmærksomme på *"its international character and ... the need to promote uniformity in its application."*³³⁸ I en beskrivelse af betydningen af CISG i England har Michael Bridge om dette skrevet: *"[I]n interpreting Article 74, English courts should in the spirit of uniformity be prepared to start afresh and cast aside lengthy discussions in the authorities on the precise meaning of different words of probability."*³³⁹ Selvom dette er direkte henvendt til de engelske jurister og specifikt angår påregnelighedskravet, så er det generelt gældende ved fortolkning af CISG. Ifølge Bridge er formålet om ensartet anvendelse det primære, og domstolene skal derfor arbejde med dette formål for øje i beslutningsprocessen. Reglerne i CISG skal således læses i et internationalt perspektiv, hvilket indebærer, at der inddrages international retspraksis og andre internationale instrumenter ved bedømmelsen.³⁴⁰ Det er især det, at tage udenlandsk retspraksis i betragtning, der synes at være svært for de nationale domstole. Enten anvendes udenlandsk retspraksis slet ikke eller også anvendes det uregelmæssigt.³⁴¹ De nationale domstoles internationale anvendelse af CISG er således en problematik, som også skinner igennem ved udmålingen af erstatning.

Sammenfattende kan det konkluderes, at det er svært at opstille præcise retningslinjer for erstatningsudmålingen, da dette varierer meget afhængigt af de konkrete omstændigheder. Måske er netop dette også årsagen til, at erstatningsbestemmelsen i CISG artikel 74 er så kortfattet. Dog synes bedømmelsen generelt at være præget af en standard af rimelighed. I teorien er hensigten, at erstatningen skal kompensere skadelidte fuldt ud for det faktiske lidte tab. I praksis anerkendes det dog, at det for nogle tab kan være svært at opgøre de reelle økonomiske følger præcist, og det accepteres, at tabets størrelse fastsættes skønmæssigt. Alt dette skal dog gøres ud fra en rimelighedsbetragtning af samtlige af sagens omstændigheder og konventionens principper.

³³³ Sutton: Measuring Damages, II.C.

³³⁴ Gotanda: Awarding Damages, s. 96; The Need for Uniformity, s. 393

³³⁵ CLOUT Case No. 85; Switzerland, 15 September 2000

³³⁶ Neumann: How Courts May Shape, s. 187; Sutton: Measuring Damages, II.C.

³³⁷ Neumann: How Courts May Shape, s. 187 og 192

³³⁸ CISG, art. 7, stk. 1

³³⁹ Bridge: Law and Practice, s. 103, 3.52

³⁴⁰ Neumann: How Courts May Shape, s. 191

³⁴¹ Neumann: How Courts May Shape, s. 194

4 Sammenligning af regelsættene og konklusion

Formålet med dette speciale har været at klarlægge gældende ret for erstatningsberegningen ved misligholdelse af danske og internationale kontrakter. Dette er sket gennem en beskrivelse af reglerne efter dansk indenlandsk ret og reglerne i CISG.

I store træk er de to regelsæt for erstatning ens og indeholder sammenlignelige betingelser og vurderingselementer. Begge regelsæt tager udgangspunkt i princippet om fuld erstatning og har opfyldelsesinteressen som det primære fokus. Imidlertid er der også interessante nuancer, som er værd at bemærke.

4.1 Erstatningsbetingelserne

En tydelig forskel mellem de to regelsæt er kravet til ansvarsgrundlaget. Efter dansk indenlandsk ret kræves det, at der er udvist culpa for, at den misligholdende part kan blive erstatningsansvarlig. I CISG er der imidlertid tale om et objektive erstatningsansvar, hvor den misligholdende part er erstatningsansvarlig allerede fordi, der er sket misligholdelse af en mellem parterne eksisterende aftale.

De øvrige betingelser – at der skal være lidt et tab og kravet om årsagssammenhæng og adækvans/påregnelighed – eksisterer imidlertid for begge regelsæt. Selvom betingelserne svarer til hinanden, er der dog også her nuancer i de to regelsæt.

En nuance er omfanget af erstatningsberettigede tab. Begge regelsæt tillader kun erstatning af formuetab. Immaterielle tab kan kun erstattes, hvis der er særlig hjemmel herfor enten i lov eller aftale. Tab af goodwill er et tab, der til en vis grad er placeret mellem kategorierne formuetab og immaterielt tab, da der er tale om tab af omdømme, der kan have økonomiske konsekvenser for skadelidte. Efter dansk indenlandsk ret er udgangspunktet imidlertid, at der ikke gives erstatning for tab af goodwill, mens goodwill generelt anerkendt som et erstatningsberettiget tab efter CISG. Imidlertid er det svært at bevise udstrækningen af tab af goodwill. Dette er også den primære årsag til, at tab af goodwill som udgangspunkt ikke anerkendes som erstatningsberettiget efter dansk indenlandsk ret, da det ville indebære for mange usikkerheder. Efter CISG håndteres de bevismæssige problematikker ud fra en balancebetragtning, hvor kravene til beviset skal stemme overens med de konkrete omstændigheder. Således vil de endelige krav til beviset afspejle en anerkendelse af, at et forhold skal kunne erstattes fuldt ud på trods af de praktiske besværligheder med at føre et fuldstændigt bevis herfor.

En anden nuance er, at vurderingen af tabets påregnelighed foretages på forskellige tidspunkter. Efter CISG er tidspunktet for påregnelighedsvurderingen tidspunktet for aftalens indgåelse. Efter dansk indenlandsk ret er det imidlertid nødvendigt at foretage en sontring mellem erstatningsansvar med culpa og erstatningsansvar uden culpa. Når ansvarsgrundlaget er culpa, foretages vurderingen af tabets adækvans på tidspunktet for den ansvarspådragende handling. Derimod er tidspunktet for aftalens indgåelse udgangspunktet for vurderingen af adækvans, såfremt der pålægges erstatningsansvar uden culpa.

4.2 Bevisreglerne

Bevismæssigt vil der efter CISG være elementer, som ikke indgår som forhold, der skal belyses gennem bevisførelse – herunder særligt ansvarsgrundlaget. Bevisbyrden kan således for

nogle forhold synes lettere ved erstatning efter reglerne i CISG i forhold til erstatning efter dansk indenlandsk ret. På den anden side er bevisbyrden efter dansk indenlandsk ret for netop ansvarsgrundlaget vendt om, så der er en formodning for, at der forligger et ansvarsgrundlag, medmindre den misligholdende part beviser det modsatte. Dette betyder, at hvad angår ansvarsgrundlaget er bevisbyrden for skadelidte ikke tungere. Imidlertid er der risiko for, at erstatningsansvaret modvises af den misligholdende part, og at skadelidte dermed ikke opnår erstatning. Den samme risiko eksisterer således ikke efter reglerne i CISG, da den misligholdende part bliver ansvarlig på objektivi grundlag.

En anden risikobetragtning i forbindelse med beviset, der skal foretages i valget mellem de to regelsæt, er, hvilke regler der finder anvendelse på beviset og bedømmelsen heraf. Selvom størstedelen af teoretikerne efterhånden er enige om, at CISG omfatter både spørgsmålet om bevisbyrde og bevisets styrke, er der fortsat risiko for, at domstolene ved anvendelsen af CISG anvender nationale regler i bedømmelsen af beviser. Såfremt det antages, at reglerne i CISG anvendes ved bevisbedømmelsen, er kravene til bevisets styrke forholdsvis ens for de to regelsæt. Af dansk retspraksis fremgår, at det kræves, at forholdene bevises med en vis grad af sandsynlighed, mens standarden efter CISG synes at kræve rimelig sikkerhed.

4.3 Erstatningsudmålingen

Efter dansk indenlandsk ret kan skadelidte have valget mellem den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktsinteresse, mens der primært er fokus på den positive opfyldelsesinteresse efter CISG. Valgfriheden mellem positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse gør det muligt for skadelidte efter dansk indenlandsk ret at vælge dækning af det tab, som har været mest omkostningsfuldt for denne. Efter CISG synes der dog at være en åbning for, at der muligvis kan tildeles erstatning efter en betragtning svarende til den negative kontraktsinteresse. Ingeborg Schwenzer har i hvert fald lagt op til, at der som alternativ til tabt fortjeneste kan kræves *frustrated expenses*.³⁴² Der er også retspraksis, hvor der gives erstatning svarende til de i forbindelse med kontrakten afholdte udgifter.³⁴³

Dog kan der ikke fuldstændigt sættes lighedstegn mellem dansk rets negative kontraktsinteresse og *frustrated expenses*. I dansk indenlandsk ret omfatter den negative kontraktsinteresse primært kontraheringsomkostningerne, mens *frustrated expenses* svarer til de omkostninger, som skadelidte har haft frem til misligholdelsen i forbindelse med at opfylde egne forpligtelser i henhold til kontrakten. Det er således usikkert, om udstrækningen af *frustrated expenses* helt svarer til den negative kontraktsinteresse. Hvis kontraheringsomkostningerne overgår kontraktens udbytte, og det er muligt for den skadelidte part at hæve kontrakten, vil den skadelidte part i en vis grad stå stærkere, hvis lovvalget i kontrakten er dansk indenlandsk ret.

4.4 Den skønspregede erstatningsudmåling

I teorien skal udmålingen af erstatningen tage udgangspunkt i princippet om fuld erstatning og de øvrige formål bag erstatningsreglerne. For både dansk indenlandsk ret og CISG gælder imidlertid, at de beskrevne principper for erstatningsberegningen blot er generelle retningslinjer, hvorved den konkrete udmåling er overladt til dommernes skøn. For begge regelsæt

³⁴² Schwenzer i Schwenzer: Commentary, s. 1073, 40

³⁴³ Se fx CIETAC, 31 October 2005

spiller retspraksis og dommeres anvendelse af erstatningsreglerne derfor en stor rolle for forståelsen og den fremtidige anvendelse af erstatningsreglerne. Retspraksis i såvel dansk indenlandsk ret som CISG lider imidlertid af, at dette skøn sjældent begrundes yderligere i den endelige afgørelse. Dette betyder, at det er svært for den enkelte at forudsige udfaldet af en konkret tvist. Uforudsigeligheden ved anvendelsen af CISG gør, at parter kan have en tendens til at fravælge anvendelsen af CISG.³⁴⁴ Til en vis grad er erstatningsberegningen efter dansk indenlandsk ret imidlertid også uforudsigelig, da denne i sidste ende også baseres på et skøn. Årsagen til, at danske parter kan have tendens til på trods heraf at vælge de danske regler, kan være, at det for nogle trods alt synes mere forudsigeligt, da udenlandske principper og retspraksis dermed ikke skal tages i betragtning.

4.5 Sammenfatning

Sammenfattende kan det konkluderes, at de to regelsæt i store træk er ens, jf. oversigt over teoriens ligheder og forskelle nedenfor. Dog skal man holde for øje, at der er forskellige nuancer og karakteristiske forskelle, som kan have betydning for den enkelte part eller i forhold til den konkrete kontrakt.

Både dansk indenlandsk ret og CISG tildeler erstatning ud fra princippet om fuld erstatning. Eller dette er i hvert fald teorien bag erstatningsberegningen. I praksis er erstatningsudmålingen nemlig præget af, at domstolene er overladt et vist skøn, da det bevismæssigt kan være svært for skadelidte at bevise det faktisk lidte tab. I sidste ende er der dog for begge regelsæt tale om en balance mellem, at skadelidte kompenseres fuldt ud, men heller ikke mere end hvad der beviseligt er tabt.

4.5.1 Oversigt over ligheder og forskelle i teorien

	Dansk indenlandsk ret	CISG
Ansvarsgrundlag	Culpaansvar	Objektivt ansvar
Krav om tab	✓	✓
<i>Erstattes goodwill?</i>	÷	✓
Krav om årsagsforbindelse	✓	✓
Krav om adækvans	✓	✓
Tabsbegrænsningspligt	✓	✓
Regler om bevisbyrde	✓	✓
Regler om bevisstyrken	✓	✓
Bevisudmålingen		
<i>Positiv opfyldelsesinteresse</i>	✓	✓
<i>Negativ kontraktsinteresse</i>	✓	?
<i>Erstatningsretligt skøn</i>	✓	✓

³⁴⁴ Gotanda: Awarding Damages, s. 96-97; The Need for Uniformity, s. 393

5 Abstract

This thesis contains an examination of the rules on measuring damages when a contract has been breached. The examination deals with two sets of rules: The Danish domestic law and the Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). The main purpose of the examination has been to examine if the calculation of damages is the same under the two sets of rules in accordance with both the theory behind as well as case law.

To examine the rules of measuring damages the present thesis has been divided into five chapters:

Chapter 1 contains the introduction and describes the methods used in this thesis.

Chapter 2 deals with damages and their calculation according to Danish domestic law.

Chapter 3 deals with damages and their calculation according to the CISG.

Chapter 4 contains a comparison of the two sets of rules outlining similarities and differences as well as the conclusion.

Chapter 5 contains this English summary of the main parts and results of the thesis.

Both the Danish domestic law and the CISG deal with the principle of full compensation as well as a performance principle as the main principles for the right to claim damages. Furthermore, both sets of rules contain similar requirements that need to be fulfilled to claim damages. Thereby it is required that a loss has been suffered, that the loss is a consequence of the breach, and that the loss is foreseeable for the breaching party. However, the CISG deals with a no-fault liability while fault is required according to Danish domestic law. Even though both sets of rules contains similar requirements, the content of these requirements may differ. For example, loss of goodwill is recognised as a financial loss that can be compensated under CISG Article 74. According to Danish domestic law the starting point is that loss of goodwill will not be compensated.

Another issue is whether the rules on burden as well as the standard of proof are covered by the CISG or not. Both literature and case law express different opinions on this. However, the prevailing opinion today seems to be that the rules on both the burden and standard of proof must be derived from the CISG.

The rules on damages and their calculation are brief in their formulation. Therefore, case law has an important role in the interpretation and application of both the Danish and the CISG rules. This means that sometimes case law will deviate from the theoretical opinions.

In conclusion, the rules of the Danish domestic law and the CISG on damages and their calculation are overall similar. They do, however, contain different nuances that can have impact on the final choice of law depending on the parties, the specific contract, and other circumstances.

6 Litteraturliste

6.1 Lovgivning og andre retsregler

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (den engelske version)
Købeloven	LBK nr. 140 af 17/02/2014
PECL	The Principles of European Contract Law, European Union (EU), 2002
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2016

6.2 For- og efterarbejder

CISG-AC Opinion No. 6	CISG Advisory Council Opinion No. 6: Calculation of Damages under CISG Article 74, ordfører: Professor John Y. Gotanda, tilgængelig på http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html
Secretariat Commentary	Secretariat Commentary on the 1978 UNCITRAL Draft Convention, A/CONF. 97/5, tilgængelig på: http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644

6.3 Retspraksis

6.3.1 Indenlandsk retspraksis

Højesteret:	U1953.5H U1966.429H U2004.1490/2H U2010.3134H
Sø- og Handelsretten:	SH2010.H-98-04 U1988.1068S
Vestre Landsret:	TfL 2011.111

6.3.2 International retspraksis

Finland:

<i>Plastic carpets case</i>	Finland, 26 October 2000, Helsinki Court of Appeals, tilgængelig på: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001026f5.html
-----------------------------	--

Hviderusland:

CLOUT Case No. 1710

Belarus, 22 October 2015, International Court of Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of the Republic Of Belarus, CLOUT Case No. 1710, tilgængelig på: https://www.un-cit-ral.org/clout/clout/data/blr/clout_case_1710_221015.html

Kina:

CIETAC, 31 October 2005

China, 31 October 2005, CIETAC Arbitration proceeding, tilgængelig på: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051031c1.html>

Schweiz:

CLOUT Case No. 261

Switzerland, 20 February 1997, Bezirksgericht der Saane (Zivilgericht), CLOUT Case No. 261, tilgængelig på: https://www.un-cit-ral.org/clout/clout/data/che/clout_case_261_legal1484.html

CLOUT Case No. 331

Switzerland, 10 February 1999, Handelsgericht Zürich, CLOUT Case No. 331, tilgængelig på: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>

Switzerland, 15 September 2000

Switzerland, 15 September 2000, Bundesgericht, tilgængelig på: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s2.html>

Tyskland:

BGH 16 July 2013

Germany, 16 July 2013, Bundesgerichtshof, CISG-online No. 2466, tilgængelig på: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2466>

CLOUT Case No. 1233

Germany, 5 March 2008, Oberlandesgericht München, CLOUT Case No. 1233, tilgængelig på: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080305g1.html>

Powdered Milk Case

Germany, 9 January 2002, Bundesgerichtshof, tilgængelig på: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>

USA:

CLOUT Case No. 85

United States of America, U.S. District Court for the Northern District of New York, 9 September 1994, CLOUT Case No. 85, tilgængelig på:

https://www.un-citral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_85_leg-1288.html

Østrig:

CLOUT Case No. 541

Austria, 14 January 2002, Oberster Gerichtshof, CLOUT Case No. 541, tilgængelig på:

https://www.un-citral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_541_leg-1423.html

6.4 Retslitteratur

6.4.1 Bøger

Bridge: Law and Practice

Michael Bridge: *The International Sale of Goods – Law and Practice*, 1. udgave, Oxford University Press, 1999

Damages under the CISG

Bruno Zeller: *Damages under the Convention on Contracts for the International sale of Goods*, 3. udgave, Oxford University Press, 2018

Dansk og international køberet

Lars Hedegaard Kristensen, Anne-Dorte Bruun Nielsen og Torsten Iversen.: *Lærebog i dansk og international køberet*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

Ehlers: Om adækvanslæren

Andreas Bloch Ehlers: *Om adækvanslæren i erstatningsretten*, 1. udgave, Karnov Group, 2011

Enderlein/Maskow: Commentary

Fritz Enderlein og Dietrich Maskow: *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992

Erstatningsretten

A. Vinding Kruse: *Erstatningsretten*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989

Gomard: 2. del

Bernhard Gomard: *Obligationsret 2. del*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Gomard: Moderne Erstatningsret	Bernhard Gomard: Moderne Erstatningsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002
Honnold: Uniform Law	John O. Honnold: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4. udgave ved Harry M. Flechtner, Kluwer Law International, 2009
Iversen: Erstatningsberegning	Torsten Iversen: Erstatningsberegning i kontraktforhold, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2000
Jørgensen: Kontraktsret II	Stig Jørgensen: Kontraktsret II, Juristforbundets Forlag, 1972, tilgængelig på https://jura.ku.dk/jura-bog/pdf/juridiske-monografier/joergensen_kontraktsret_bind_2_1972.pdf
Komparativ ret	Ole Lando: Kort indføring i komparativ ret, 2. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006
Købeloven – med kommentarer	Søren Theilgaard, Aqbal Amiri og Theis Jacobsen: Købeloven – med kommentarer, 4. udgave, Karnov Group, 2017
Købsretten	Nis Jul Clausen, Hans Henrik Edlund og Anders Ørgaard: Købsretten, 6. Udgave, Karnov Group, 2015
Lookofsky og Ulfbeck: Køb	Joseph Lookofsky og Vibe Ulfbeck: Køb – Dansk indenlandsk købsret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015
Lærebog i erstatningsret	Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015
Lærebog i Obligationsret I	Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I – Ydelsen Beføjelser, 4. udgave, Karnov Group, 2015
Ret og metode	Mads Bryde Andersen: Ret og metode, 1. udgave, Gads Forlag, 2002
Retskilder & retsteorier	Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retskilder & retsteorier, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

- Retsvidenskabsteori** Carsten Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014
- Schwenzer: Commentary** Peter Schlechtriem og Ingeborg Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4. udgave ved Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, 2016
- Skriftlig jura** Thomas Riis og Jan Trzaskowski (red.): Skriftlig jura – den juridiske fremstilling, 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2013
- The Duty to Cooperate** Thomas Neumann: The Duty to Cooperate in International Sales – The Scope and Role of Article 80 CISG, sellier european law publishers, 2012
- Understanding the CISG** Joseph Lookofsky: Understanding the CISG, 5. udgave, DJØF Publishing, 2017
- Ussing: Almindelig Del** Henry Ussing: Dansk Obligationsret – Almindelig del, 3. udgave, G. E. C. Gads Forlag – København, 1946, tilgængelig på https://jura.ku.dk/jurabog/juridiske-monografier/henry_ussing/
- Ussing: Erstatningsret** Henry Ussing: Erstatningsret, 6. oplag, Juristforbundets Forlag, 1962, tilgængelig på https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/ussing_erstatningsret_1962.pdf
- Werlauff: Skyldforhold** Erik Werlauff: Skyldforhold – Obligationsrettens grundbegreber, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011
- Ørsted: Haandbog, bind 5** Anders Sandøe Ørsted: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, med stadigt hensyn til afdøde Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog, Femte Bind, Forlagt af Boghandler A Soldin, København, 1832, tilgængelig på http://www.kb.dk/e-mat/dod/130022043294_bw.pdf

Ørsted: NJA, bind 20

Anders Sandøe Ørsted: Nyt Juridisk Arkiv, bind 20, trykt hos og forlagt af Andreas Seidelin, København, 1818, tilgængelig på https://books.google.dk/books?id=FN0vAQAA-MAAJ&printsec=frontcover&hl=da&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

6.4.2 Artikler

Bonell: Article 7

Michael Joachim Bonell: Article 7, i: *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan, 1987, s. 65- 94*, tilgængelig på <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html>

Ferrari: Burden of Proof

Franco Ferrari: Burden of Proof under the CISG, sidst opdateret 5. november 2002, tilgængelig på <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html>

Gomard: U1958B

Bernhard Gomard: Egenskyld, i U1958B. s. 149-180

Gomard: U1989B

Bernhard Gomard: Hadley v. Baxendale og adækvans – Joseph M. Lookofsky: Consequential Damages in Comparative Context, 1989, i U1989B s. 417-421

Gotanda: Awarding Damages

John Y. Gotanda: Awarding Damages under the United Nations Convention on the International sale of Goods: A Matter of Interpretation, i: *Georgetown Journal of International Law*, årg. 37, 1-10-2005, s. 95-140, tilgængelig på: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda3.html>

Methods of Limiting Damages

Djakhongir Saidov: Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2001, tilgængelig på <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>

- Neumann: How Courts May Shape** Kommende, Thomas Neumann: How domestic courts may shape international commercial law norms, i: *Bettina Lemann Kristiansen, Lauren Neumann, Louise Munkholm, Cécile Pelandeix 'Transnationalisation and legal actors: legitimacy in question'* Routledge, 2019
- Non-Material Damages** Peter Schlechtriem: Non-Material Damages – Recovery under the CISG?, 19 Pace Int'l L. Rev. 89, 2007, tilgængelig på <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/6>
- Remedies for Non-performance** Liu Chengwei: Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, 2003, tilgængelig på <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>
- Schwenzer og Hachem** Ingeborg Schwenzer og Pascal Hachem: The Scope of the CISG Provisions on Damages, i: *Cunnington/Saidov (red.): Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford, 2008, s. 91-105, tilgængelig på <https://www.ingeborgschwenzer.com/contract-commercial-arbitration>
- Sutton: Measuring Damages** Jeffrey S. Sutton: Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 1989, i: *50 Ohio State Law Journal*, s. 737-752, tilgængelig på <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html>
- The Need for Uniformity** Djakhongir Saidov: Damages: The Needs for Uniformity, i: *The Journal of Law and Commerce*, årg. 25, 01-10-2005, s. 393-403, tilgængelig på: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov4.html>
- UNCITRAL Digest** UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: 2016 Edition, United Nations, 2016