

# **Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt**

- herunder om erstatning for ren økonomisk skade og  
såkaldte "direkte krav"

**Foredrag i Det Danske Selskab for  
Forsikringsret (AIDA) den 7. maj 2019**

Professor, dr.jur. Torsten Iversen,  
Juridisk Institut, Aarhus Universitet

# Et retshistorisk rids

- Romerretten: Erstatningsretten voksede ud af strafferetten
- Culpareglen (*lex Aquilia*) gjaldt kun for integritetskrænkelser (eksempel fra Digesterne om at drive kvæg i afgrunden vha. høje råb)
- Først senere nåede romerne frem til, at visse former for formueskade skulle erstattes, men kun hvis den var forvoldt ved dolus (culpa var ikke tilstrækkelig)

# Retshistorie og retssammenligning

- Sondringen mellem *obligationes ex contractu* og *obligationes ex delicto* findes allerede i *Gai institutiones*
- Sondringen kendes både i *civil law* (f.eks. fransk og tysk ret) og i *common law* (*the law of contract vs. the law of tort(s)*)

# Ligheden: erstatning som reaktion på/sanktion af uønsket adfærd

Erstatningsbetingelserne er grundlæggende de samme i og uden for kontrakt:

- 1) Ansvarsgrundlag
- 2) Tab
- 3) Årsagsforbindelse mellem (1) og (2)
- 4) Adækvans
- 5) Ikke (erstatningsfortabende/-nedsættende) egen skyld

# Forskelle

## Kontrakt:

HR: Professionsmålestok  
(advokat, læge, ing. m.fl.)

Mange særregler pålægger  
objektivt ansvar

Aftaler om erst.ansvar mulige  
og ikke usædvanlige

Kontraktsinhabile kan ikke  
pådrage sig kontraktsansvar

Typisk skade: formueskade

## Delikt:

HR: *Bonus pater*-målestok

Nogle særregler pålægger  
objektivt ansvar

Aftaler om erst.ansvar oftest  
umulige og meget usædvanlige

Alle (næsten da) kan pådrage sig  
deliktsansvar

Typisk skade: person- og tingssk.

# Den vigtigste forskel: formueskade

- Erstatning for ren økonomisk skade i kontraktsforhold hører til dagens orden
- Men hvad gælder i grunden uden for kontraktsforhold?
- Her er der et problem!
- Det er en del af et større problem: at drage grænser for erstatningsansvaret
- Krav om ansvarsgrundlag, årsag, adækvans, *Schutzzweck* osv. er med til at sætte grænser

# Et eks.: kontrakts- eller deliktsansvar?

- U 1901.292 LOHS: En person, der som vitterlighedsvidne havde bekræftet ægtheden af en selvskyldnerkautionists underskrift på et gælds-brev, hvilken underskrift viste sig at være falsk, fandtes at have udvist »grov Uagtsomhed« og dømtes til at betale kreditor erstatning
- *Gomard*: Erstatningsregler (1958) s. 260: »Formentlig burde vitterlighedsvidnet, uanset om hans brøde i øvrigt betegnes som et delikt, gøres ansvarlig som en selvskyldnerkautionist«
- NEJ, NEJ, NEJ! Ansvar er et ansvar for det kausale tab, sml. AFTL § 25

# ”Erstatningsretten”

- Med ”erstatningsretten” menes erstatning uden for kontrakt
- Der tænkes især på integritetskrænkelser (oprindeligt: fysiske skader på personer og ting, hidført med fysiske midler)
- *Henry Ussing* turde kun hævde culpareglen som den almindelige regel for integritetskrænkelser, IKKE for almindelig formueskade



# Erstatningsreglens virkefelt i dag

Oprindeligt værnede den almindelige erstatningsregel kun goder som liv, helbred, ejendom og visse indtjeningsmuligheder

I dag har erstatningsreglen et langt videre arbejdsområde: bl.a. krænkelse af lovbestemte enerettigheder (ophavsret, patentret, varemærkeret osv.) og overtrædelse af markedsføringsloven og konkurrenceloven

# ”Almindelig formueskade”

- Spørgsmålet: Hvad er ren økonomisk skade (*pure economic loss*)?
- Svaret: En økonomisk skade, der ikke står i sammenhæng med fysiske person- og tingsskader – den er derfor ”ren”
- Også tredjemandsskader kan falde ind under begrebet: Skadelidte lider en fysisk skade, tredjemand lider en ”afledt formueskade”

# Oversigt over dansk retspraksis

1. Fejl i konstaterende erklæringer mv.
2. Blokade, boykot og lign.
3. Afbrydelse af samfærdselsforbindelser mv.
4. Krænkelser af personlighedsværn, renommé mv.
5. Tredjemandsskader (indirekte skadelidte)
6. Bonustab eller præmiestigning ved forsikring
7. Direkte krav (springende regres)
8. Miljøskader
9. Ansvar for advokatfejl i forbindelse med testamentsoprettelse
10. Andre tilfælde (»diverse«)

# Hvad viser oversigten?

- Området er udpræget heterogent
- Der kan ikke opstilles en fælles regel for alle tilfælde
- På enkeltområder kan der opnås større klarhed: prospektansvar, produktansvar, offentlige godkendelsesordninger, afbrydelse af samfærdsel / strømforsyning, advokatansvar for ugyldigt testamente osv.

# Et eks.: ansvar for biltilsyn

- Offentlige godkendelser, belyst ved ansvar pålagt Statens Biltilsyn (SB)
- U 1976.219/2 Ø pålagde SB ansvar in solidum\* med sælgeren af den bil, der aldrig burde have været synet (\* men læs påstandene nøje!)
- Dommen går meget vidt; formålet med ordningen kan ikke begrunde ansvaret; Tyskland og Norge har sagt nej
- Men efter privatiseringen af SB kan andre hensyn måske tale for pålæggelse af ansvar (*private enforcement*)

# Et særligt problem

- Et særligt problem består i, at retsordenen på visse punkter anerkender, at (selv forsætlig) tilføjelse af ren økonomisk skade ikke er erstatningspådragende (f.eks. lovlig udkonkurrering, lovlig fortrængning af andres rettigheder ved retsforfølgning)
- Det kan altså ikke hævdes, at ren økonomisk skade *altid* skal erstattes, hvis skadevolder har handlet forsætligt; end ikke skadeshensigt pådrager *per se* ansvar

# Behov for en "spærreregulering"?

- De normale mekanismer er dog næppe tilstrækkelige, når det gælder ren økonomisk skade
- Er der behov for en "spærreregulering", dvs. for at loven afskærer sådanne erstatningskrav, medmindre skadevolder har begået en strafbar handling (eller der foreligger andre særlige grunde)?
- 1866-straffelovens § 300: Enhver, der har gjort sig skyldig i en forbrydelse, er pligtig at tilsvare skadelidte erstatning

# Komparativt udblik

- Sverige og Finland: "spærregel"
- Danmark og Norge: ingen spærreregulering, men en vis tilbageholdenhed
- Tyskland: en spærreregulering, men modificeret
- England og USA: *intentional torts* (e.g. *deceit, wilful misrepresentation, inducing breach of contract*), men ellers stor tilbageholdenhed
- Tilbageholdenheden har flere grunde, bl.a. *the floodgate argument*



# *The Floodgate Argument*

US Supreme Court Justice Benjamin Cardozos  
berømte ord:

*»... liability in an indeterminate amount for an  
indeterminate time to an indeterminate class ...«*

*Ultramares Corp. v. Touche* (1931) 255 N.Y. 170  
(der afviste revisoransvar over for långiver, der  
havde støttet på låntagers urigtige regnskaber)

# Delkonklusioner (1)

- 1) Ingen almindelig formel kan løse problemet – nej til en ”spærregel”
- 2) Uden for kontrakt er det lettere at opnå erstatning for personskade end for tingsskade, lettere at opnå erstatning for tingsskade end for formueskade osv.
- 3) Det er diskutabelt, om udgangspunktet ved ren økonomisk skade er culpareglen eller en regel om skærpet ansvar

## Delkonklusioner (2)

- 4) Antages der at gælde en culparegel for ren økonomisk skade, må der oftest kræves "noget mere" i andre henseender – og undertiden *må* der kræves mere end blot culpa (simpel uagtsomhed)
- 5) Generelle udsagn om, hvad globaliseringen, informationssamfundet eller EU-retten kræver, må mødes med en vis skepsis

# ”Almindelig formueskade” – et eks.

- U 1953.1028/2 H: En taxichauffør led tab som følge af en skade tilføjet en taxi tilhørende chaufførens arbejdsgiver
- Skaden på taxien var naturligvis en tingsskade (som økonomisk ramte taxiens ejer); ejerens driftstab var forvoldt med fysiske midler (≠ almindelig formueskade)
- Chaufføren gik glip af indtægt, mens taxien skulle repareres – dette var en ”ren økonomisk skade” (eller han var ”indirekte skadelidt”)

# Nogle grænseområder

- Culpa in contrahendo
- Krænkelser af andres kontraktsforhold
- Fuldmægtigens erstatningsansvar (AFTL § 25)
- Dansk rets almindelige erstatningsregel (eller: almindelige erstatningsregler) i kontraktsforhold, belyst ved 2 eksempler

# *Culpa in contrahendo*

Den, der uforsvarligt fremkalder en andens beslutning om at kontrahere, er ansvarlig for dennes negative kontraktsinteresse i tilfælde af ugyldighed eller ophævelse

Et c.i.c.-krav er snarest et deliktskrav

Se f.eks. U 2010.2928 H ("Eksport på kredit til Rusland")

# Eksempler på c.i.c.

- Forhandlinger på skrømt
- Forhandlinger iht. ”hensigtserklæring”, efter at hensigt om at kontrahere er opgivet
- Forhandlinger på svigagtigt grundlag (dolus = forsæt/svig)
- Uagtsom adfærd i forbindelse med kontrahering

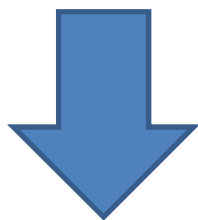
# Krænkelse af andres kontraktsforhold

Engelsk: *the tort of interference with contract (or: inducing a breach of contract)*, cf. **Pennzoil, Co. v. Texaco, Inc.**

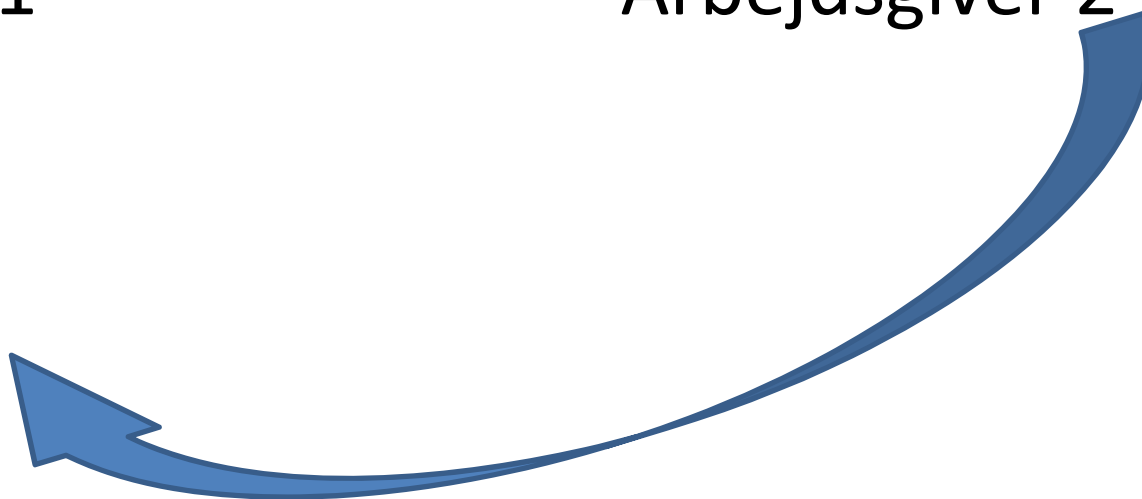
Et andet eksempel:

Arbejdsgiver 1

Arbejdsgiver 2



Arbejdstager





# Fuldmægtigens ansvar for manglende fuldmagt

- AFTL § 25 pålægger fuldmægtigen et indeståelsesansvar (= tilsikring/garanti)
- Fuldmægtigen *oplyser* altså ikke kun, at han er fuldmægtig – han *lover* det (dvs. *garanterer* det)
- Kun denne konstruktion gør det muligt at lade fuldmægtigen være erstatningsansvarlig for tredjemands positive opfyldelsesinteresse i aftalen med den opgivne fuldmagtsgiver

# Undtagelser til AFTL § 25<sup>I</sup>

U1: En umyndig fuldmægtig er kun ansvarlig efter culpareglen (c: ikke noget indeståelsesansvar)

U2: AFTL § 25<sup>II</sup>, 1. pkt. - T i ond tro

U3: AFTL § 25<sup>II</sup>, 2. pkt. - Denne undtagelse til fuldmægtigens indeståelsesansvar vil ikke blive behandlet her

*Gomards* konklusion i disputatsen – at fuldmægtigens ansvar reelt er et culpaansvar – kan ikke tiltrædes

# Nogle udgangspunkter

- Erstatning i kontrakt reguleres af kontraktsregler og aftalen selv (ansvarsgrundlag, tabsopgørelse, reklamationsfrister, aftalte fraskrivelser og begrænsninger)
- Erstatning uden for kontrakt reguleres af almindelige og specielle erstatningsregler (ansvarsgrundlag, tabsopgørelse, evt. lovbestemte begrænsninger)

# Den almindelige erstatningsregel anvendt i kontraktsforhold

- *Jul. Lassens* eksempel om køberens forgæves rejseomkostninger for at hente en solgt, hædeligt ødelagt speciesgenstand hos sælgeren (i dag: loyalitetsprincippet)
- Den loyale oplysningspligt som udbygning – *contra legem* – af reglen i KBL § 42, stk. 2, om speciessælgerens erstatningsansvar ved fysiske mangler. (*Gomards* begrundelse er givetvis helt rigtig: Culpareglen er slået igennem, fordi den opleves som en grundlæggende regel)

# Deliktsreglen som ”bagtæppe”

Den almindelige erstatningsregel kan bl.a. få betydning, hvor

- kontrakten ikke er blevet til noget (*culpa in contrahendo*)
- kontrakten bliver tilsidesat som ugyldig (umyndighed, tvang, svig m.m.)
- kontrakten ikke eksisterer mellem sagens parter, f.eks. mellem A og C i en kontraktskæde (A – B – C)

# Hovedreglen: *Privity of Contract*

Kontrakten har kun virkning mellem parterne, dvs.

- hovedreglen er, at tredjemand (C) ikke har noget direkte krav mod hjemmelsmanden (A)
- C kan ikke påberåbe sig kontrakten mellem A og B – eller kontrakten mellem B og C selv – som grundlag for et erstatningskrav mod A
- C er ikke bundet af ansvarsbegrænsninger aftalt i kontrakten mellem A og B

# Hovedreglens sikre grundlag

## Bevis: *a fortiori* + 2 undtagelser

- KMSL § 56: Tredjemand har kun et krav – f.eks. et mangelskrav – mod kommissionæren, ikke mod kommittenten
- Produktansvar (tidl.: ansvar for salgsgenstandens farlige egenskaber), hvor almindelige erstatningsregler kan "slå igennem" uden kontrakt eller imod en kontrakt (KBL § 54)
- Springende regres ved veksler og checks

# Fremmed ret

- Der er en udbredt skepsis mod direkte krav i f.eks. engelsk og tysk ret
- Derimod anerkendes *action directe* i fransk ret, men det er aldrig lykkedes franskmændene at opstille en sammenhængende teori, og praksis følger ingen klar linje, men flagrer frem og tilbage mellem en "streng" og en "løsagtig" linje



# Direkte krav

- "Springende regres" er en anden betegnelse
- Grundlæggende forskel på køb og entrepris  
 $S \rightarrow K1 \rightarrow K2$  ctr.  $B \rightarrow HE \rightarrow UE$
- Grundlæggende forskel på et *afløst* (og *begrænset*) krav og et *selvstændigt* (og *ubegrænset*) krav

# Grundlag for direkte krav fra A mod C

- 1) A har givet C et løfte (f.eks. en garanti)
- 2) B har givet C transport på sit krav mod A
- 3) C foretager udlæg i B's fordring mod A
- 4) A har pådraget sig deliktsansvar over for C
- 5) C indrømmes et cessionskrav imod A
- 6) C indrømmes et berigelseskrav imod A
- 7) C indrømmes et krav mod A begrundet i synspunkter om "netværkskontrakt"

# 3 mulige grundlag for direkte krav

## Mulige synspunkter:

- Retsbrud: Erstatningsansvar efter deliktsregler direkte over for den skadelidte – *(delikts)erstatningskrav*
- Cession: Stiltiende medoverdragelse af mangelskrav – *afledet krav*
- Berigelse: Den egentlige ansvarlige ville tjene på det, såfremt kravet ikke kunne føres tilbage – *berigelseskrav*

# Argumentationen for et direkte krav

- UE har begået et retsbrud over for BH
- Det er retsstridigt, hvis UE udfører arbejde, der er i strid med f.eks. bygningsreglementet eller stærkstrømsbekendtgørelsen
- Det kan der være noget om, men der er intet problem ved at begrænse sådanne krav til tilfælde, hvor der enten foreligger ”produktansvar” (en person får stød, en bygning brænder) eller grov uagtsomhed
- Hvordan/hvornår opdages forholdet?

# Argumentationen for et afledet krav

- Dette kan HE kun være glad for – og UE ikke have noget imod
- UE kan gøre alle de indsigelser og modkrav gældende, som han havde imod HE
- HE's konkursbo ville alligevel ikke kunne videreføre et fuldt krav mod UE, hvis boet kun udbetaler en dividende til BH i anledning af manglen

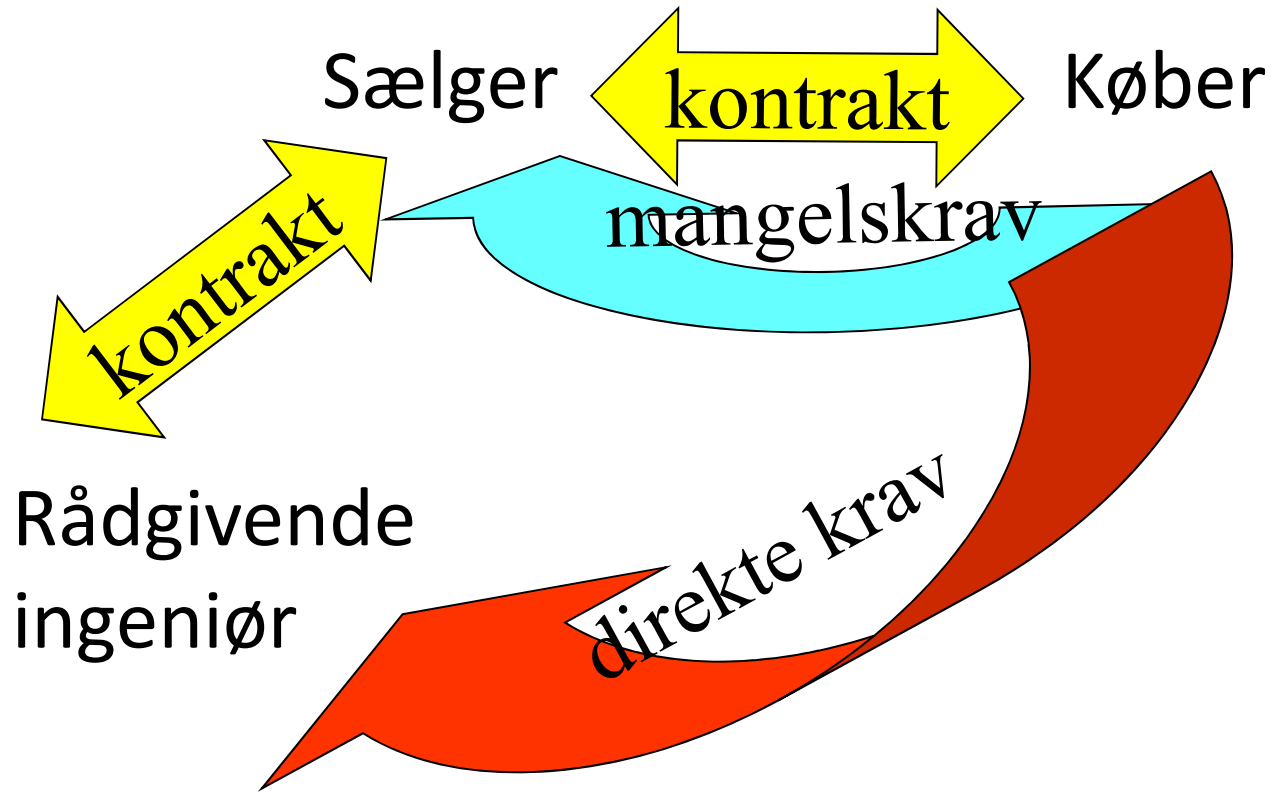
# Baggrunden: hypostasering

- Manglen har fået sit helt eget liv – det er ”den samme mangel”
- Men det er jo ALDRIG den samme mangel, for om ydelsen er mangelfuld, afhænger jo af aftalen
- Ved forsinkelse ville vi næppe komme på at indrømme direkte krav
- Vi vil heller ikke indrømme direkte krav mod arbejdstagere (der faktisk har begået fejlen) og kun yderst sjældent mod selskabsejere (ansvarsgennembrud)

# Selvstændigt krav fra B mod UE

- Et egentligt direkte krav fra B mod UE
- Et deliktskrav
- Almindelig formueskade
- Culpa er næppe nok – der kræves mere end simpel uagtsomhed, men ikke decidereret grov uagtsomhed ("klar, professionel fejl vedr. væsentlige egenskaber ved [ydelsen]")

U 1995.484 H  
"J.K. Lings-sagen"





# T:BB 2014.531 VBA

## Bubbledeck-afgørelsen:

BH – TR1

– TR2

– PR2 – UR ("tilfældigvis" = TR2)

2 sæt ansvarsbegrænsninger:

- Mellem BH og PR2 (1 mio. kr.)

- Mellem PR2 og UR (80.000 kr.)

UR blev ansvarlig for et tab på >65 mio. kr.!

# Nyere domme om entreprise (1)

- U 2004.114 H (Direkte krav mod UE ved »sådanne håndværksmæssige fejl«, trods manglende reklamation fra HE's side)
- T:BB 2005.79/2 Ø (Ikke direkte krav mod installatør af varmeanlæg)
- U 2010.365 V (BH kunne ikke rejse direkte krav mod UE efter HE's konkurs)
- U 2013.2490 Ø (Forsikringssselskab kunne rejse krav mod sælgers entreprenør for mangelfuld indvendig kloakering)

# Nyere domme om entreprise (2)

- T:BB 2003.302 V: Springende regres begrundet i indtrædelse, men ikke selvstændigt (direkte) krav
- T:BB 2010.681 VBA: Ejerforening kunne indtale de enkelte ejerlejlighedsejeres mangelskrav

# Nyere domme om andet

- U 2006.3150 H (Køb og salg af fast ejendom: K2 kunne rette direkte krav mod S på et forholdsmæssigt afslag!)
- U 2012.2255 H (Køber af vindmølle kunne rette direkte krav mod producenten, der havde lavet en fejlagtig produktionsberegning (antal kWh ved middelårsproduktion med fradrag af usikkerhedsfaktor))

# AB 92 og AB 18

- AB 92 § 5, stk. 5, skal læses i et historisk lys. Meningen har ikke været at begrænse B's mulighed for at "springe over" HE og rejse et (afledet) krav mod UE – tværtimod
- AB 18 § 8, stk. 5, "lovfæster" BH's afledede kontraktskrav mod UE (ansvarsbegrænsninger)
- AB 18 § 8, stk. 5, afskærer til gengæld BH's deliktskrav mod UE, medmindre der foreligger forsæt eller grov uagtsomhed

# Den norske køpsloven § 84

- Et legalt cessions-/subrogationskrav: Loven fastslår, at i tilfælde af mangler kan C gøre det krav, B har imod A, gældende direkte mod A
- En fornuftig regel eller ...?
- Reglen er præceptiv i den norske forbrugerkøbslov. Her er direkte krav (formentlig) ok
- Men ellers? Lidt polemisk kan man spørge: Hvorfor er det i grunden så vigtigt, at C kan rejse et mangelskrav mod A? Hvorfor er det ikke bare C's eget problem, at han har indgået en dårlig aftale med en usolid modpart (B)?

# Et alternativ til læren om direkte mangelskrav (1)

- Den norske køpslov fastslår et legalt subrogationskrav: I tilfælde af mangler kan C gøre det krav, B har imod A, gældende direkte mod A
- En fornuftig regel eller ...?
- Forbruger køb: Her er direkte krav ok
- Men ellers? Lidt polemisk kan man spørge: Hvorfor er det i grunden så vigtigt, at C kan rejse et mangelskrav mod A? Hvorfor er det ikke bare C's eget problem, at han har indgået en dårlig aftale med en usolid modpart (B)?

# Et alternativ til læren om direkte mangelskrav (2)

- Mangelskrav = C har betalt B for meget
- Hovedregel: Ingen direkte krav fra C mod A, medmindre A har handlet groft uagtsomt
- Med “mangelskrav” sigtes her kun til almindelig formueskade; ved personskade ifalder A ansvar også ved blot simpel uagtsomhed
- Ansvarsfraskrivelser i forholdet A–B og i forholdet B–C er her normalt uden virkning
- Problem: Hvad gælder ved tingsskader? Uden for forbrugerkøb er der næppe noget stort behov



# Eksempler på problemer ved direkte mangelskrav (1)

- A har oplyst om ”manglen” over for B, men B oplyser intet over for C
- A har solgt til B ved (tvangs)auktion el. lign., og C vil nu rette et krav mod A
- A har allerede betalt B et beløb i anledning af manglen, men nu vil C rejse et direkte krav mod A (sml. entreprise, hvor HE da sagtens kan rejse krav mod UE, selv om HE endnu ikke har betalt BH)

# Eksempler på problemer ved direkte mangelskrav (2)

- C har først rejst kravet direkte mod A, men finder nu ud af, at A's økonomi er endnu ringere end B's – Kan C "sadle om", eller kan han "spille på to heste"?
- B vil kræve et afslag af A; C vil kræve erstatning direkte af A – Konkurrence eller prioritet? Hvad gælder om anmeldelsesret i konkurs?

# Eksempler på problemer ved direkte mangelskrav (3)

- A har solgt billigt og med en ansvarsbegrænsning til B; B videresælger dyrt og uden ansvarsbegrænsning; C vil rette et direkte krav mod A
- A har solgt en genstand til B, der giver den som gave til C – C har *intet* krav mod B, og den norske løsning falder til jorden
- Hvorfor i alverden skal C have 2 debitorer? Det har man ellers ALDRIG uden god grund

# Eksempler på problemer ved direkte mangelskrav (3)

- Hvis det er så rimeligt, at BH har et direkte krav mod UE, når der foreligger mangler, hvorfor er det så ikke tilsvarende rimeligt, at UE kan rette sit betalingskrav mod BH, hvis HE ikke kan eller vil betale?
- Hvilket delikt er det i grunden, at UE begår, når han udfører dårligt arbejde? UE har jo ikke påtaget sig at udføre noget arbejde overhovedet over for andre end HE
- Hvis C så at sige "automatisk" har et krav mod A, hvad har B så at handle med, når han skal forlige et krav fra C? Det er praktisk, at B kan give transport på sit krav

# Eksempler på problemer ved direkte mangelskrav (4)

- Hele formålet med den formueretlige ordning og konkurslovgivningen går fløjten, hvis C kan rette et direkte krav mod A, når B ikke kan betale
- C skal da netop bære insolvensrisikoen ved at vælge B som kontraktspart – det er *meningen* med det hele!
- Det er alt for primitivt at antage, at der kun kan være erstatningskrav i A–B–C-kæden – B kan da kræve et *forholdsmæssigt afslag* af A; hertil fordres ikke, at B har ”lidt et tab”, blot at B ”har betalt for meget” pga. en mangel, A hæfter for

# Hvad er fordelene ved direkte mangelskrav?

- ”Man undgår et sagsanlæg – det er meget lettere, hvis C går direkte løs på A”
- B skal nu altså i sagens natur inddrages under alle omstændigheder: Overdragelsesaftalen mellem B og C kan da være nok så interessant (pris, oplysning, ansvarsfraskrivelse eller -begrænsning?)
- Vil man virkelig give B status som vidne i en sådan sag, hvis han utvivlsomt gør fælles sag med C mod A?
- Det er meget svært at få øje på disse fordele
- Sagen er og bliver kompleks, men vi har altså regler om kumulation og ad citation

# Konklusion om direkte krav

- I forbrugerforhold må man leve med direkte krav
- Uden for forbrugerforhold er en helt grundlæggende skepsis derimod på sin plads:
  - Direkte krav skal kun indrømmes, hvor der er særlig grund hertil; retspolitisk bør man normalt kræve grov uagtsomhed
  - U 1995.484 H var et "vildskud" baseret på rimelighed, og afgørelsens følger har været temmelig katastrofale
  - Enhver kan se, at C, hvis han køber (meget billigt) af (den måske usolide) B, ikke skal kunne komme rendende med direkte krav mod A, men retsområdet skal ikke være et "rimeligheds-freakshow"
  - Den klare hovedregel må være "NEJ! NEJ! NEJ"

# Litteratur

Forhandlingerne ved Det 40. Nordiske Juristmøde (2014): "Erstatning for rene økonomiske skader"

Forhandlingerne ved Det 41. Nordiske Juristmøde (2017): "Forholdet mellem kontrakts- og deliktsansvar"

Tilgængeligt på [www.nordiskjurist.org](http://www.nordiskjurist.org)