

Erstatning for mistet fortjeneste ved realkreditors uberettigede ophævelse af entreprisekontrakten – i lyset af nyere voldgiftspraksis fra VBA

Af voldgiftsdommer, advokat & solicitor, dr.jur. Niels Schiersing, FCI Arb

Arbitration Chambers London, Dubai & Singapore

1. udgave, maj 2026

© Niels Schiersing (2026).

Ophavsretten til denne artikel tilkommer forfatteren. Artiklen må frit downloades, deles og anvendes uændret i akademiske og undervisningsmæssige sammenhænge ved korrekt og fuldstændig kildeangivelse. Enhver kommerciel eksemplar fremstilling eller kommerciel videreformidling af artiklen, herunder, men ikke begrænset til, trykt eller digital distribution, optagelse i databaser, brug som del af betalte kursus- eller undervisningsmaterialer samt enhver form for ændring, forkortelse, oversættelse, udarbejdelse af uddrag eller anden bearbejdning kræver forfatterens forudgående skriftlige tilladelse.

Indhold

1.	Indledning	4
2.	Retspraksis	6
	TBB 2012.497 Ø	6
	TBB 2017.147 V	7
3.	Voldgiftspraksis	8
	TBB 2009.208 VBA	8
	TBB 2009.387 VBA	9
	TBB 2009.684 VBA	10
	TBB 2010.273 VBA	11
	TBB 2010.285 VBA	12
	TBB 2015.623 VBA	13
	TBB 2016.834 VBA	14
	TBB 2017.563 VBA	14
	TBB 2018.834 VBA	15
	TBB 2019.320 VBA	17
	TBB 2019.519 VBA	17
	TBB 2020.193 VBA	19
	TBB 2020.644 VBA	20

TBB 2020.659 VBA	21
TBB 2020.838 VBA	22
TBB 2021.559 VBA	23
TBB 2021.761 VBA	24
TBB 2022.155 VBA	25
TBB 2022.313 VBA	26
TBB 2022.1049 VBA	27
TBB 2023.249 VBA	27
TBB 2023.265 VBA	28
TBB 2023.416 VBA	30
TBB 2023.591 VBA	31
TBB 2023.637 VBA	31
TBB 2023.642 VBA	33
TBB 2023.704 VBA	33
TBB 2024.128 VBA	35
TBB 2024.172 VBA	35
TBB 2024.442 VBA	37
TBB 2024.899 VBA	37
TBB 2025.91 VBA	38
TBB 2025.682 VBA	39
TBB 2026.321 VBA	41
4. Analyse – materielretlige principper.....	44
4.1 Indledende bemærkninger.....	44
4.2 Krav for udført arbejde versus erstatning for ikke-udført arbejde	45
4.3 Overordnede principper for erstatning for mistet fortjeneste	46
4.4 Størrelsen af restentreprisesummen.....	49
4.5 Dækningsbidrag som udgangspunktet for erstatningsberegningen.....	49
4.6 Kontrafaktisk opfyldelsesforløb og misligholdelsesrisiko.....	53
4.7 Fordele som følge af ophævelsen – Compensatio Lucri Cum Damno.....	56
4.8 Tabsbegrænsningspligt – alternativ nyttiggørelse af produktionsfaktorerne og andre mulige handlinger ..	59

4.9	Adækvans	61
4.10	Normativt begrundet fradrag.....	62
4.11	Tilbagediskontering	63
4.12	Aftale om erstatning	64
5.	Analyse – bevisretlige principper	65
5.1	De bevisretlige principper.....	65
5.2	Beviskravsmodaliteter	66
5.3	Princippet om ”bedst mulige bevisførelse”	67
6.	Afsluttende bemærkninger	70

1. Indledning

Betingelserne for realkreditors ophævelse af entreprisekontrakten efter AB 18 § 59, stk. 1, er strenge:¹

§ 59. Bygherren kan efter skriftligt påkrav hæve entrepriseaftalen helt eller delvist,

- a) hvis der foreligger en væsentlig ansvarspådragende forsinkelse fra entreprenørens side med hensyn til arbejdets udførelse, og forsinkelsen medfører betydelige ulemper for bygherren,
- b) hvis der i øvrigt foreligger væsentlig forsinkelse fra entreprenørens side med hensyn til forhold af afgørende betydning for bygherren,
- c) hvis det udførte arbejde er af en sådan kvalitet, at bygherren har grund til at antage, at entreprenøren ikke vil være i stand til at fuldføre arbejdet uden væsentlige mangler, eller
- d) hvis der i øvrigt foreligger væsentlig misligholdelse fra entreprenørens side med hensyn til forhold af afgørende betydning for bygherren.

Uberettiget ophævelse af entreprisekontrakter fra realkreditors side (typisk bygherren, men også totalentreprenører, hovedentreprenører eller storentreprenører i forhold til deres underentreprenører) optræder i stigende grad som (en del af) faktumudtrykket i kendelser afsagt af voldgiftsretter nedsat af Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg ("VBA").

Som bekendt konstituerer uberettiget ophævelse af en entreprisekontrakt misligholdelse heraf. Den vigtigste misligholdelsesbeføjelse i sådanne tilfælde er erstatningsbeføjelsen, det vil sige erstatning i kontrakt.

Erstatning er betinget af tilstedeværelse af (1) ansvarsgrundlag, (2) tab, (3) kausalitet og (4) adækvans. I denne artikel fokuseres på spørgsmålet om selve tabsopgørelsen, altså betingelse (2). Som tilkendegivet i artiklens titel forudsættes det med andre ord, at kravet om ansvarsgrundlag er opfyldt, ligesom kausalitetsbetingelsen ikke skal omtales yderligere (bortset fra i sammenhæng med spørgsmålet om tabsbegrænsning, jf. afsnit 4.8 nedenfor).

Udgangspunktet for erstatningsberegningen er som bekendt den positive opfyldelsesinteresse, således at den ikke-misligholdende part gennem den udmålte erstatning økonomisk stilles, som om kontrakten var behørigt opfyldt af den misligholdende part.

¹ Bestemmelsen afløste AB 92 § 40.

Erfaringen og praksis viser, at erstatningsopgørelsen ved uberettiget ophævelse af entreprisekontrakter ofte vil være forbundet med betydelige vanskeligheder, som typisk forøges i takt med projektets omfang og kompleksitet samt dets stade på tidspunktet for ophævelsen.

Ved tabsopgørelsen kan sondres mellem erstatning for afholdte omkostninger og erstatning for mistet fremtidig fortjeneste. I romerretten betegnedes denne sondring "*damnum emergens*" respektive "*lucrum cessans*", idet det bemærkes, at begge tabskategorier er omfattet af den positive opfyldelsesinteresse.²

Fokus for analysen i denne artikel er behandlingen i nyere rets- og voldgiftspraksis af principperne for opgørelsen af det kausale tab knyttet til realdebitors (entreprenørens eller underentreprenørens) manglende adgang til at præstere den på ophævelsetidspunktet endnu ikke leverede realkredit og generere en hertil knyttet "fortjeneste" – altså erstatning for *lucrum cessans*.

I artiklen benyttes betegnelserne "BH" for bygherre, "E" for entreprenør, "TE" for totalentreprenør, "HE" for hovedentreprenør, "SE" for storentreprenør og "UE" for underentreprenør.

Artiklen er opbygget således, at afsnit 2 og 3 gennemgår enkelte retssager samt en række voldgiftskendelser, der omhandler spørgsmålet om realdebitors erstatningskrav ved realkreditors uberettigede ophævelse af entreprisekontrakten. Jeg vil knytte nogle konkrete bemærkninger til de enkelte afgørelser, herunder om deres særlige kendetegn eller ligefrem særpræg. I afsnit 4 og 5 vil jeg derpå foretage en samlet analyse af visse centrale problemstillinger og drage de mere generelle konklusioner, som afgørelserne giver anledning til.

² Sondringen er eksplicit udtrykt i en række landes lovgivning. Her kan som eksempel nævnes den franske Code Civil, Art 1231-2: "Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après." CISG Art 74 omtaler mistet fortjeneste som en del af den samlede erstatning: "Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach." Unidroit Principles Art 7.4.2 opretholder derimod en sondring: "The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it has suffered and any gain of which it was deprived." Det samme er tilfældet i Principles of European Contract Law (PECL), jf. Art 9:502: "The general measure of damages is such a sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived." (Mine understregninger).

Jeg har af hensyn til artiklens omfang og længde fokuseret på rets- og voldgiftsafgørelser offentliggjort i TBB siden 2009. Understregningerne i de enkelte afgørelser er foretaget af mig.

2. Retspraksis

Til en indledning bemærkes, at problemstillingen på udmærket vis illustreres af en ældre dom *UfR 1942.295 H*, hvor UE vedrørende en murerentreprise blev frataget arbejdet af HE. Denne fratagelse konstituerede misligholdelse fra HE's side. Østre Landsrets præmisser om tabsopgørelsen er sålydende:

”I Anledning af den uberettigede Fratagelse af Arbejdet maa Sagsøgeren herefter have Krav paa Udbetaling af Restentreprisensum men med Tillæg af Ekstraregningen, mod hvilken ingen Indsigelse er fremsat, dog saaledes at Sagsøgerens Besparelser ved ikke at have fuldført Arbejdet fragaar i det ham tilkommende Beløb. Disse, der udover det for Materialer fradragne Beløb for en væsentlig Del maa antages at bestaa i Besparelse af Arbejds løn til Medhjælpere, findes skønsmæssigt at kunne ansættes til 500 Kr. Der vil herefter være at tilkende Sagsøgeren Kr. 2059,50.”

Højesteret stadfæstede dommen.

I øvrigt er dansk retspraksis på området meget sparsom, hvilket skyldes, at AB-standardbetingelserne foreskriver tvisteløsning ved voldgift.

Her skal alene nævnes to afgørelser.

TBB 2012.497 Ø

I *TBB 2012.497 Ø* ophævede BH (et ægtepar) en aftale med TE om opførelse af en privatbolig med henvisning til forsinkelse med opnåelse af byggetilladelse. Ophævelsen fandt sted, inden selve byggeriet var påbegyndt. Både byret og landsret fandt, at ophævelsen var uberettiget, og at TE derfor havde krav på erstatning.

TE havde opgjort sin påstand til kr. 1.278.031, hvilket beløb var beregnet som det mistede dækningsbidrag på opgaven. Denne beregning skete på baggrund af en forkalkulation:

”[Opstilling over 19 omkostningselementer]

Samlet kostpris eksklusiv moms kr. 2.805.174

Samlet kostpris inklusiv moms kr. 3.506.468

Faktisk salgspris kr. 4.784.498

DG % inklusiv moms 26,71

DB inklusiv moms kr. 1.278.031”

Byretten anførte om tabet:

”Konsekvensen af den uberettigede ophævelse er, at [BH] skal betale erstatning til [TE] svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Den uberettigede ophævelse medfører således, at [BH] skal betale [TE’s] positivt afholdte omkostninger med i alt 246.281,25 kr. inkl. moms.

Herudover finder retten, at [TE] er berettiget til erstatning for den mistede fortjeneste. Erstatningens størrelse må fastsættes skønsmæssigt under henvisning til blandt andet oplysningerne om karakteren og omfanget af det arbejde, der er udført, og under henvisning til de oplysninger, der foreligger i sagen. Retten har ved denne vurdering særligt lagt vægt på, at [TE] har udført et betydeligt arbejde for [BH], selvom den uberettigede ophævelse er sket inden byggeriets start. Retten finder herefter, at [BH] samlet skal betale 600.000 kr. inkl. moms i erstatning til [TE].”

Landsretten tilsluttede sig byrettens bedømmelse af spørgsmålet om ophævelsens manglende berettigelse og anførte om tabet følgende:

”[BH] har dermed pådraget sig et erstatningsansvar over for [TE] for virksomhedens tab i forbindelse med entreprisekontraktens ophævelse. Idet det lægges til grund, at [BH] forlods har betalt 75.000 kr., som skulle fradrages i 1. byggerate, og at [TE] har afholdt positive udgifter for godt 70.000 kr., fastsætter landsretten skønsmæssigt erstatningen til 500.000 kr.”

Der er hverken af byretten eller landsretten udtrykt nogen tvivl om realismen i eller det bevismæssige grundlag for opgørelsen af den opnåelige fortjeneste, hvilken desuagtet blev reduceret med mere end halvdelen.

Derudover kan byrettens henvisning til, at der var udført ”et betydeligt arbejde” uden nærmere redegørelse for den retlige relevans heraf, give anledning til en mere principiel drøftelse. Udtalelsen fremtræder i sammenhængen, som om det betydelige arbejde skulle påvirke fortjenesten. Her kan, *sed contra*, anføres, at den nævnte omstændighed retligt burde være uden betydning for selve opgørelsen af den tabte fortjeneste. Der skal ved opgørelsen heraf ske et fradrag for de fremtidige udgifter, der må antages at medgå til realisering af en sådan fortjeneste. De faktisk afholdte udgifter på ophævelsestidspunktet vedrører *damnum emergens* og ikke *lucrum cessans*. Denne sondring fremgår – om end implicit – af landsrettens præmisser.

TBB 2017.147 V

I *TBB 2017.147 V* forsøgte BH (et ægtepar) at udnytte en fortrydelsesret i en aftale med TE om opførelse af en privatbolig. Både byret og landsret fandt, at muligheden for at udnytte fortrydelsesretten var udløbet, og at der derfor forelå uberettiget ophævelse (afbestilling) af kontrakten. Denne afbestilling konstituerede misligholdelse fra BH's side.

TE opgjorde sit tab for mistet fortjeneste til kr. 523.000 ekskl. moms. Byretten skønnede tabet til kr. 500.000, hvilket af Vestre Landsret blev nedsat til kr. 400.000. Landsrettens præmisser med hensyn til tabet er sålydende:

”Det lægges efter de fremlagte regnskabstal til grund, at [TE's] bruttoavance pr. hus i 2014 udgjorde omkring 20 procent af enterprisesummen. Herfra skal trækkes et beløb til sparede udgifter til personaleomkostninger mv., men det skal ved vurderingen heraf indgå, at der i februar 2015 allerede var medgået en del tid til projektudarbejdelse mv. Da der er tale om et erstatningskrav opgjort som et avancetab, skal erstatningsbeløbet ikke tillægges moms. Landsretten fastsætter herefter det beløb, som [BH] skal betale i erstatning til [TE], skønsmæssigt til 400.000 kr.”.

Også i denne sag er sontringen mellem *damnum emergens* og *lucrum cessans* ikke klar. Den medgåede tid til projektudarbejdelse kan enten anvendes til at reducere fradraget for personaleomkostninger i lyset af en ”manglende besparelse”. Dette må analytisk indebære en antagelse om, at et personalemæssigt ”merforbrug” i perioden indtil ophævelsen kan tages i betragtning ved en stillingtagen til grundlaget for et fradrag for administrationsudgifter (faste udgifter) i en opgjort erstatning for mistet fortjeneste på den ikke udførte del af entreprisen. Det er efter min opfattelse analytisk korrekt at anse de indtil ophævelsen afholdte personaleudgifter for *damnum emergens* og holde disse ud af beregningen af *lucrum cessans*.

3. Voldgiftspraksis

Den nedenfor gennemgåede voldgiftspraksis omfatter tilfælde, hvor voldgiftsretterne har fundet, at der forelå uberettiget ophævelse fra realkreditors side. I de fleste tilfælde har selve ophævelsens berettigelse udgjort kernen i tvisten, og i disse sager består den overvejende del af kendelserne typisk af en gennemgang og analyse af bevisdata vedrørende ophævelsens berettigelse. Med andre ord er kendelsens *narratio* og præmisserne i overvejende grad rettet mod dette spørgsmål, således at erstatningsberegningen og principperne herfor kun udgør en mindre del af voldgiftskendelsen.

TBB 2009.208 VBA

I *TBB 2009.208* ophævede BH uberettiget to fagentrepriser om byggemodning af et areal. Enterprisesummerne udgjorde i alt ca. 5,4 mio. kr. E standsede arbejdet pga. manglende betalinger. BH ophævede kontrakterne, hvilket var uberettiget og udgjorde misligholdelse.

Langt den væsentligste del af kendelsen angår ekstraarbejder i henhold til diverse aftalesedler. Om E's krav på erstatning for mistet fortjeneste vedrørende restentreprisesummerne anførte voldgiftsretten kort:

”Ad dækningsbidrag af 2 restentreprisesummer:

Indklagede har ikke fremsat indsigelse imod de opgjorte restentreprisesummer vedrørende T1 og T2. Herefter, og da voldgiftsretten kan godkende det af klageren anvendte dækningsbidrag på 15 %, imødekommes de opgjorte beløb på henholdsvis 139.100,91 kr. og 29.556,96 kr.”

Det vil ses, at der i denne sag ikke af voldgiftsretten blev noget fradrag i det opgjorte dækningsbidrag. Som gennemgangen af kendelserne vil vise, er det dog undtagelsen, at voldgiftsretterne lægger realdebitors tabsopgørelse til grund ved sagens afgørelse.

TBB 2009.387 VBA

Sagen i *TBB 2009.387* angik en totalentreprise om opførelse af en domicilejendom i Sverige.

Entreprisesummen var fleksibel og skulle opgøres på ”Cost-Plus” basis som følger:

”Entreprisesummen er regulerbar og fremkommer ved de for entreprisens gennemførelse nødvendige håndværkerudgifter med et tillæg på 6,0 % til dækning af totalentreprenørens bygningsprojekteringsudgifter samt et tillæg på 10,0 % til dækning af totalentreprenørens ledelse og ansvar samt fortjeneste.”

BH annullerede (afbestilte) entreprisen, hvilket ifølge voldgiftsretten udgjorde misligholdelse af parternes aftale.

TE havde i en skrivelse af 25. april 2008 forinden ophævelsen opgjort sit erstatningskrav i tilfælde af annulation som følger:

Projektering 90 %	986.615 DKK
Afsat byggeledelse, ansvar og avance	1.827.066 DKK
- Ej forbrugt tid projektleder 65.000 x 6	- 390.000 DKK
- Ansvar 2 % af håndværkerudgifterne	- 365.415 DKK
...	
Hvilket i alt andrager	2.058.266 DKK

Det vil ses, at TE i opgørelsen havde fratrullet to beløb baseret på frigørelse af ressourcer og på frigørelse af ansvaret for en underentreprenørs arbejde.

”Efter det oplyste forventedes håndværkerpriserne at blive ca. 2 mio. kr. mindre end angivet i budgetkalkulationen, hvilket medfører en forholdsmæssig reduktion af de af klagerens krav, der beregnes som en procentandel af håndværkerpriserne.

Klagerens oplysning om, at der var udført 90 % af bygningsprojekteringen, lægges til grund. Det af klageren foretagne fradrag i anledning af projektlederens frigørelse fra entreprisen tiltrædes, og fradraget på 2 % i anledning af klagerens frigørelse for ansvaret for underentreprenørernes arbejde tiltrædes ligeledes. Voldgiftsretten bemærker, at klagerens avanceprocent herefter kan beregnes til ca. 6. På dette grundlag finder voldgiftsretten, at klagerens krav opgjort i skrivelsen af 25. april 2008 skønsmæssigt kan nedsættes til 1,8 mio. DKK. Kravet indgår dermed i kravsopgørelsen af 24. juli 2008 med 2.251.125 SEK.”

Præmisserne viser, at voldgiftsretten eksplicit tiltrådte de af realdebitor foretagne fradrag, herunder for frigørelse for ansvaret for UE’s ydelse. Det kan ikke af kendelsen udledes, på hvilket grundlag der skete en yderligere reduktion af tabet til 1,8 mio. kr.

TBB 2009.684 VBA

I *TBB 2009.684 VBA* angik tvisten en ophævelse af en hovedentreprisekontrakt vedrørende opførelse af en række andelsboliger for en andelsboligforening som BH. Entreprisensummen var ca. 24,5 mio. kr. Entreprisekontrakten blev ophævet af BH. Ophævelsen var begrundet med dels væsentlig forsinkelse, dels at HE var i betalingsstandsning. HE gik efterfølgende konkurs.

Voldgiftsretten fandt, at ophævelsen havde været uberettiget.

I HE’s opgjorte påstand indgik bl.a. følgende beløb: ”Mistet avance (ekskl. moms) 1.330.325,00 kr.”

Sagen er mest bemærkelsesværdig derved, at HE i sit svarskrift havde afgivet følgende proceserklæring:

”Henset til bevisusikkerheden omkring størrelsen af HE’s tab som følge af den uberettigede ophævelse afstår [HE under konkurs] pr. kulance fra at nedlægge selvstændig påstand om dette modkrav overfor [BH].”

BH gjorde gældende, at denne erklæring var bindende og afskar HE fra at kræve mistet fortjeneste vedrørende restentreprisen. Voldgiftsretten var enig med BH, idet det herom bemærkedes:

”Voldgiftsretten udtaler, at en erklæring som den foreliggende - uanset at den er givet uden vederlag - som udgangspunkt er bindende for afgiveren, men at den må fortolkes snævert efter sin ordlyd. Da erklæringen efter ordlyden alene omfatter ’tab som følge af den uberettigede ophævelse’ afskærer den ikke HE fra at kræve betaling for leverede arbejder ... men den afskærer som udgangspunkt krav vedrørende mistet avance og mistet fortjeneste på ikke udførte ekstraarbejder ...”.

Imidlertid fandt voldgiftsretten anledning til senere i kendelsen at fremkomme med følgende *obiter dictum* om de krav, som voldgiftsretten fandt var udelukket i lyset af proceserklæringen:

”Som anført ovenfor er disse krav afskåret ved den afgivne proceserklæring. Det bemærkes herved, at kravet om mistet avance under alle omstændigheder skulle have været nedsat væsentligt efter skøn, og at kravet om dækning af udgifter til rådgivning i forbindelse med rekonstruktion efter HE's standsning af betalinger og byggearbejder under alle omstændigheder ikke ville kunne kræves dækket af [BH].”³

TBB 2010.273 VBA

I *TBB 2010.273* vedrørte sagen en totalentreprisekontrakt om opførelse af 22 enfamiliehuse og 4 ejerlejligheder. Entrepriessummen androg ca. 38,4 mio. kr. TE standsede under projektets gang arbejderne med henvisning til manglende betalinger fra BH. Derpå skred BH til ophævelse af kontrakten, hvilken ophævelse voldgiftsretten fandt uberettiget.

Det økonomiske opgør mellem parterne omfattede bl.a. TE's krav på erstatning for mistet dækningsbidrag vedrørende restentreprisen. Herom anførte voldgiftsretten i kendelsen følgende:

”Indklagedes dækningsbidrag i alt 1.504.100 kr.:

Indklagede har opgjort sit dækningsbidrag som tabt avance på 16,69 %. Uanset at indklagede har fremlagt en revisorerklæring herom, finder voldgiftsretten det ikke godtgjort, at indklagede har krav på et dækningsbidrag som påstået. Voldgiftsretten har skønnet dækningsbidraget til 8 % af restentreprisen, der ovenfor under afsnit 3.1 er

³ Man kan reflektere over baggrunden for denne udtalelse, som er unødvendig i forhold til kendelsens resultat og sagens udfald og dermed *obiter*. Umiddelbart kan særligt to hensyn komme på tale: Tilkendegivelsen kan skyldes hensynet til et muligt erstatningsansvar for den advokat, der havde formuleret proceserklæringen, således at HE's tab for mistet avance ville have været mindre end det under sagen påståede, dersom dette var blevet påkendt af voldgiftsretten. For det andet kan udtalelsen skyldes et mere generelt ønske om at markere, at det beløb, som voldgiftsretten gennem sin afgørelse havde afskåret, under alle omstændigheder ville være meget lavere end anført i påstanden, således at HE ikke skulle opleve resultatet som for drakonisk.

fastsat til 7,5 mio. kr. Indklagedes krav på dækningsbidrag udgør herefter 600.000 kr., der forrentes fra svarskriftets modtagelse den 21. april 2009.”

Kendelsen omtaler ikke nærmere revisorerklæringen eller dennes indhold (f.eks. analysedybde, forudsætninger, forbehold eller modifikationer), endsige karakteren eller kvaliteten af de indsigelser, som man må formode, at BH havde fremført over for denne erklæring. Det er heller ikke i kendelsen nærmere begrundet, hvorfor den pågældende erklæring ikke fandtes at kunne lægges til grund. Det kan ikke af den offentliggjorte version af kendelsen ses, om revisor afgav forklaring for voldgiftsretten.

TBB 2010.285 VBA

Kendelsen i *TBB 2010.285* drejede sig om uberettiget ophævelse af en underentreprise vedrørende nogle lejlighedsblokke. Den såkaldt faste entreprisesum udgjorde kr. 6.675.000 ekskl. moms.

TE ophævede uberettiget underentrepriseraftalen.

Parternes anbringender vedrørende spørgsmålet om erstatning for mistet fortjeneste på restentreprisen er sammenfattet således i voldgiftskendelsen:

”[UE] har til støtte for påstanden om erstatning på 347.486,09 kr. for tab ved ophævelsen af entrepriseraftalen bl.a. anført, at [UE] har lidt et tab på 30,55 % af den resterende entreprisesum ved indklagedes uberettigede ophævelse af entrepriseraftalen. [UE] har i denne forbindelse henvist til, at det fremgår af klagerens regnskab for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008, at [UE] havde en nettoomsætning på 14.175.190 kr. og omkostninger til råvarer og hjælpematerialer på i alt 9.844.937 kr., svarende til en omkostningsgrad på 69,45 %.

[TE] har til støtte for påstanden om frifindelse, subsidiært om frifindelse mod betaling af et mindre beløb anført, at [UE] ikke har dokumenteret et tab, og at [UE] ikke har opfyldt tabsbegrænsningspligten. [TE] har herudover bl.a. anført, at [UE] resultat før afskrivning ifølge regnskabet for 2007/2008 var 1.225.278 kr., svarende til 8 % af omsætningen på 14.175.190 kr.”

En projektchef fra TE forklarede ifølge kendelsen ”bl.a., at en bruttoavance på 10 % er almindelig i branchen.”

Om tabsopgørelsen vedrørende restentreprisesummen anførte voldgiftsretten:

”Voldgiftsretten finder, at den resterende entreprisesum som udgangspunkt, som anført af [UE], kan opgøres til 1.137.434 kr. Dette beløb skal imidlertid forhøjes med 119.055 kr., idet Den af [UE] opgjorte resterende

entreprisesum skal endvidere forhøjes med ... Den resterende entreprisesum ved arbejdets standsning kan herefter opgøres til 1.447.112 kr.

[UE] er berettiget til at få erstattet det dækningsbidrag, klageren mistede som følge af [TE] uberettigede ophævelse af entrepriseaftalen. Erstatningen fastsættes skønsmæssigt under hensyn til det oplyste om klagerens dækningsbidrag det pågældende regnskabsår og til det sædvanlige dækningsbidrag i branchen på det tidspunkt, hvor arbejdet blev udført, til 300.000 kr.”

Der blev således tilkendt UE erstatning på grundlag af en dækningsgrad på ca. 20 %, hvilket udgør ca. medianen af den krævede dækningsgrad på ca. 30 % og den oplyste sædvanlige dækningsgrad på 10 %.

Der er ikke i kendelsen oplyst, om det dækningsbidrag i branchen, som voldgiftsretten anså for ”det sædvanlige” på det relevante tidspunkt alene beroede på den afgivne vidneforklaring, eller om voldgiftsretten også inddrog egne erfaringer i denne vurdering. Se nærmere herom afsnit 5.3 nedenfor.

TBB 2015.623 VBA

I *TBB 2015.623* angik tvisten en hovedentreprise⁴ om renovering af 8 lejligheder. Entreprisesummen var på kr. 3.515.667 ekskl. moms.

Efter HE’s standsning af arbejdet ophævede BH entreprisekontrakten. Voldgiftsretten fandt, at ophævelsen var uberettiget.

Om HE’s tabsopgørelse vedrørende restentreprisen bemærkede voldgiftsretten:

”Tabt avance på restentreprisesummen:

HE har fremsat krav om betaling af 345.431,81 kr. i tabt avance på restentreprisesummen. Beløbet er opgjort ved, at der er beregnet en dækningsgrad på 12,49 % af forskellen mellem den oprindelige entreprisesum på 3.515.667 kr. og stادةforretningens opgørelse af værdien af det udførte kontraktarbejde på 750.000 kr., lig med 2.765.667 kr. Voldgiftsretten finder med det kendskab, voldgiftsrettens faglige dommere har til markedet, en dækningsgrad på 12,49 % for absolut rimelig. Den tabte avance skal imidlertid beregnes på baggrund af restentreprisesummen ekskl. dækningsbidrag, og kravet medtages derfor alene med 307.077,79 kr.”

⁴ Spørgsmålet om entrepriseform (totalentreprise eller hovedentreprise) var et tvistepunkt under sagen. Voldgiftsretten fandt, at der forelå hovedentreprise.

Den understregede del af den sidste sætning i citatet er efter min opfattelse ikke korrekt. Dette vil blive uddybet i afsnit 4 nedenfor.

TBB 2016.834 VBA

Sagen i *TBB 2016.834* angik en hovedentreprise om bygningsfornyelse af en ejendom. Den samlede entreprisenum var ca. 8,6 mio. kr.

BH ophævede kontrakten i medfør af AB 92 § 40 med henvisning til dels forsinkelse, dels at det allerede udførte arbejde var af en sådan kvalitet, at BH havde grund til at antage, at HE ikke ville være i stand til at udføre arbejdet uden væsentlige mangler, altså anticiperet væsentlig misligholdelse. Voldgiftsretten anså imidlertid ophævelsen for uberettiget, da ”den foreliggende misligholdelse ikke har været så væsentlig,” at entreprisekontrakten kunne ophæves.

Det økonomiske opgør indeholdt bl.a. krav om erstatning for mistet dækningsbidrag på restentreprisen. Dette var opgjort til 17 % af restentreprisenummen.

Voldgiftsrettens præmisser herom er sålydende:

”Mistet dækningsbidrag 513.191,41 kr.

HE's entreprisekontrakt er uberettiget blevet ophævet, hvorfor han har krav på mistet fortjeneste på restentreprisen. Det findes ikke godtgjort, at den mistede fortjeneste i 2014 udgjorde 17 % af restentreprisenummen for hovedentreprisen, men den mistede fortjeneste findes med voldgiftsrettens kendskab til branchen skønmæssigt at kunne fastsættes til 250.000 kr.”

Voldgiftsretten anvender begrebet ”fortjeneste” uden nærmere angivelse af, om der er tale om dækningsbidrag eller andet økonomisk målepunkt. Henset til, at HE's påstand angår 17% af restentreprisenummen forekommer det forsvarligt at lægge til grund, at der er tale om dækningsgrad og dermed dækningsbidrag.

Der er ikke nærmere oplysninger om den stedfundne bevisførelse vedrørende HE's mistede fortjeneste, men voldgiftsretten erstattede det krævede beløb med et beløb svarende til en ”fortjeneste” (formentlig dækningsgrad) på 8,3 % baseret på voldgiftsrettens egne erfaringer og kendskab til branchen.

TBB 2017.563 VBA

I *TBB 2017.563* ophævedes to underentrepriser vedrørende ventilationsarbejder på forskellige byggerier. Entreprisenummen er ikke oplyst.

Ophævelsen var berettiget i forhold til den ene underentreprise, men ikke den anden, hvorfor UE tilkendtes erstatning for mistet fortjeneste på denne entreprise.

Præmisserne herom er sålydende:

”Da indklagede har hævet aftalen uden begrundelse, har klager krav på betaling for det arbejde, der har været med sagen, eller 88.281,25 kr.

Klager har endvidere krav på godtgørelse vedrørende mistet dækningsbidrag. Ved fastsættelsen af størrelsen heraf må henses til det af A oplyste om dækningsbidraget vedrørende - - og vedrørende de forventede variable og faste omkostninger vedrørende - - boligerne. Det må endvidere lægges til grund, at det krævede dækningsbidrag på 25 % forventeligt ikke ville være intakt efter færdiggørelse af entreprisen med de usikkerhedsmomenter, der er i en entreprise af den pågældende karakter, samt det forhold, at A har oplyst, at en del af projekteringsarbejdet skulle udføres af freelancemedarbejdere. Udgiften til denne medarbejder er dermed en variabel omkostning, som UE ApS ikke skulle afholde, når sagen ikke skulle gennemføres med UE ApS som ventilationsentreprenør. På denne baggrund fastsættes det mistede dækningsbidrag skønsmæssigt til 200.000 kr.”

Vendingen ”godtgørelse” er ikke velvalgt. Der er tale om erstatning i kontrakt.

Henvisningen til usikkerhedsmomenter og disses indflydelse på dækningsbidraget og dermed erstatningen er interessant, da det er første gang i den gennemgaaede praksis, at denne begrundelse ses anvendt. I senere praksis har en række voldgiftsretter med begrundelser om risici knyttet til restentreprisen reduceret den realdebitor tilkommende erstatning. Der henvises til gennemgangen og analysen i afsnit 4.6 – 4.7 nedenfor.

TBB 2018.834 VBA

Sagen i *TBB 2018.834* drejede sig om en hovedentreprise vedrørende renovering af en kælder i en privatbolig for en privatperson som BH. Entreprisensummen var ca. 1,3 mio. kr.

Om den uberettigede ophævelse bemærkede voldgiftsretten indledningsvis:

”BH har derfor ophævet kontrakten uden gyldig grund, hvorfor hun er forpligtet til at erstatte HE's mistede fortjeneste samt det tab, som underentreprenørerne kan kræve betalt af HE. Kravet, som omhandler HE's egen mistede fortjeneste, udgør 377.168,20 kr., og kravet fra underentreprenørerne rejst over for HE udgør 145.570,50 kr.”.

Den første del af tabsopgørelsen udgør *lucrum cessans*, hvorimod det tab, som underentreprenørerne kan kræve erstattet udgør *damnum emergens* for HE.

Voldgiftsretten udtalte om HE's krav på mistet fortjeneste:

”HE har opgjort kravet for egen mistet fortjeneste ved entreprisen således: Af det samlede krav på erstatning for mistet fortjeneste på 377.168,20 kr. udgør 304.918,20 kr. forskellen mellem de priser, som indgår i kontrakten med BH, og priserne, som HE opnåede hos underentreprenørerne. Det fremgår af HE's opgørelse, at der for tømrerarbejdet ville være en fortjeneste på 72.250 kr. i forhold til en underentreprenørs pris. Der er ikke i sagen oplysninger om, at arbejdet er udført af en underentreprenør ud over, at det er anført i et hjælpebilag udarbejdet af HE's advokat. BH har gjort gældende, at HE's krav for mistet dækningsbidrag skal nedsættes på grund af sparede udgifter til gennemførelse af entreprisen, afhjælpning af eventuelle mangler og muligheden for at anvende frigjorte ressourcer til andre opgaver. HE's krav skal endvidere nedsættes på grund af egen skyld, idet HE har optrådt illoyalt og konfliktsøgende ved at fremkomme med opskruede priser og gentagne trusler om standsning af arbejdet. Voldgiftsretten finder efter bevisførelsen, at der ikke er grundlag for at nedsætte HE's krav med henvisning til egen skyld. Efter en samlet bedømmelse af oplysningerne om forløbet af byggeprocessen og navnlig det, som fremgår af den omfattende email korrespondance mellem parterne, er det således voldgiftsrettens opfattelse, at der under byggeriet opstod en række uforudsete omstændigheder, som det var nødvendigt hurtigt at træffe beslutning om, da en manglende afklaring ville standse arbejdet. Den omstændighed, at BH valgte selv at være byggeleder uden fagkyndig bistand til at træffe beslutninger i de anførte situationer, kan ikke komme HE til skade.

BH har i relation til de enkelte poster i HE's krav om erstatning for mistet dækningsbidrag anført, at fortjenesten på malerarbejdet er urimelig høj, idet forskellen mellem HE's pris over for BH og den pris, som HE opnåede hos malerfirmaet, giver en avance på 140 %. Det tilsvarende gør sig gældende for arbejdet i vaskerummet, hvor avancen på murerarbejdet er 1.198 %. Kravene bør nedsættes i medfør af aftalelovens § 36.

Voldgiftsretten lægger til grund, at der er tale om to udvalgte poster i den samlede entreprise, og at BH valgte at indgå kontrakt med HE på baggrund af flere indhentede tilbud, hvor HE var den billigste bydende. Avancen på malerarbejdet ville have været 58,42 % og for murerarbejdet vedrørende vaskerummet 92,30 %. BH, der i forbindelse med kontraktindgåelsen var bistået af en fagkyndig, kan allerede som følge heraf ikke opnå en prisreduktion, idet det ikke er i strid med redelig handlemåde at gøre den aftalte pris gældende. Voldgiftsretten finder, at kravet for mistet fortjeneste på 304.918,20 kr. skal nedsættes på grund af sparede udgifter til gennemførelse af entreprisen og afhjælpning af eventuelle mangler efter byggeriets færdiggørelse til 250.000 kr. I HE's entreprisekontrakt med BH indgår efter tillægs- og fradragspriser tømrerarbejdet med 179.500 kr. Ifølge stadeopgørelsen var der udført arbejder for 47.875 kr., således at de ikke-udførte arbejder har en pris på 131.125 kr. Voldgiftsretten finder, at erstatningen for mistet fortjeneste på det resterende tømrerarbejde ikke er nærmere dokumenteret, og at det derfor skønsmæssigt kan fastsættes til 25.000 kr.”

Det er ikke nærmere forklaret, hvorfor der skal ske fradrag for ”eventuelle mangler,” og præmisserne indikerer ikke, at det hidtidige entrepriseforløb gav voldgiftsretten anledning til at lægge til grund, at der var risiko for

forekomsten af mangler ved en videreførelse af entreprisen ud over den generelle og altid eksisterende abstrakte risiko herfor. Dette behandles nærmere i afsnit 4.5 nedenfor.

TBB 2019.320 VBA

Sagen i *TBB 2019.320* vedrørte en hovedentreprise om renovering af en rampe. Entreprisensummen androg kr. 1.250.000 ekskl. moms. Aftalen blev ophævet af BH, hvilken ophævelse fandtes uberettiget.

”Værdien af det udførte arbejde kan dermed fastsættes til 715.000 kr., hvorefter den resterende entreprisensum ved arbejdets standsning udgør 535.000 kr. HE er berettiget til at få erstattet det dækningsbidrag, som er mistet ved BH's uberettigede ophævelse af kontrakten. Erstatningen fastsættes skønsmæssigt til 100.000 kr.”

Det kan ikke af kendelsen ses, på hvilket grundlag voldgiftsretten nåede frem til et mistet dækningsbidrag på kr. 100.000.

TBB 2019.519 VBA

I *TBB 2019.519* angik sagen en underentreprise vedrørende malerarbejde. Entreprisensummen udgjorde ca. 5 mio. kr. Entrepriseaftalen, som var indgået i maj 2017, blev i august 2017 uberettiget ophævet af HE.

Indledningsvis i præmisserne bemærkede voldgiftsretten:

”Det er ubestridt, at HE den 7. august 2017 uberettiget ophævede entrepriseaftalen, hvorfor UE har krav på dækning af sit tab i form af mistet dækningsbidrag.”

Dette dækningsbidrag var af UE opgjort til således:

”Det fremgår af de af UE fremlagte kalkulationer, som var udarbejdet til brug for tilbudsgivningen, at selskabet havde beregnet et dækningsbidrag på 28,5 % på arbejdet svarende til påstanden på 1.442.980 kr.”

Efter forklaringerne var tilbuddet baseret på ”grundlag af opmålinger og de m2-priser, som anvendes i branchen”. Det kan ikke af afgørelsen ses, om HE havde protesteret over selve grundlaget for beregningen.

Følgende forklaringer fra den mundtlige forhandling skal gengives her:

”...har forklaret bl.a., at han er direktør i UE, der har ca. 150 ansatte. Selskabet byder på alle relevante opgaver. Deres tilbud blev givet på grundlag af opmålinger og de m2-priser, som anvendes i branchen. Efter ophævelsen

fremsendte de deres erstatningskrav, og i oktober 2017 spurgte ... fra HE, om de ville frafalde erstatningskravet, hvis de fik en malerentreprise af samme størrelse. Det var vidnet indstillet på af kommercielle grunde, og de gav et tilbud på opgaven, men fik den ikke. Der var også et møde med ... i oktober 2017, der, efter at han havde købt sig ind i [bygningens] ejerkreds, var interesseret i at fortsætte samarbejdet med underentreprenørerne, men han vendte først tilbage i maj 2018, og da de krævede en anfordringsgaranti, fordi de ikke kendte ham, blev det heller ikke til noget.

... har forklaret, at UE ikke fik den omtalte erstatningsentreprise, da selskabets tilbud var for dyrt.”

Om erstatningsberegningen anførte voldgiftsretten herefter:

”Voldgiftsretten finder, at der ved fastlæggelsen af erstatningens størrelse må tages udgangspunkt i det beregnede dækningsbidrag. Der må dog også tages hensyn til de usikkerheder, som følger af, at der kun var udført en lille del af entreprisen. Muligheden for at begrænse tabet er ligeledes større, når entrepriseforholdet afbrydes på et tidligt tidspunkt. Voldgiftsretten er således enig med indklagede i, at der påhviler en erstatningssøgende en tabsbegrænsningspligt, hvilket også gælder i forhold til tab i form af mistet dækningsbidrag. Hverken oplysningen om erstatningsentreprisen eller...’s henvendelse i maj 2018 kan anses for en tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten. Herefter findes klagerens erstatningskrav at burde fastsættes skønsmæssigt til 750.000 kr.”

Om tabsbegrænsningspligten bemærkes, at det er korrekt, at ophævelse på et tidligt tidspunkt i projektets forløb alt andet lige vil forbedre mulighederne for at nyttiggøre de produktionsfaktorer, som var allokeret til det pågældende projekt. Hertil kommer, at der efter omstændighederne kunne være usikkerheder om realismen i det forudsatte dækningsbidrag i lyset af, at der ”kun var udført en lille del af entreprisen.” Kendelsen indeholder ikke oplysninger om, hvorvidt UE på nogen måde havde forsøgt at underbygge realismen i det beregnede dækningsbidrag udover den generelle henvisning til, at de anvendte m2-priser svarede til branchenormen.

Det er interessant at notere, at voldgiftsretten tilsyneladende anså tabsbegrænsningspligten for tilsidesat, men i kendelsens præmisser fokuseredes alene på to konkrete tilfælde, hvor UE’s adfærd ikke udgjorde en tilsidesættelse heraf. Der er ikke i kendelsen oplysninger om de tiltag, som UE rent faktisk foretog udover de to nævnte forhold.

Endelig er det værd at notere, at voldgiftsretten foretog en skønsmæssig reduktion på næsten 50 % af det opgjorte tab baseret på en de nævnte - meget generelle - overvejelser og uden nærmere konkretisering eller begrundelse for den konkrete skønssudøvelse.

TBB 2020.193 VBA

I TBB 2020.193 angik sagen en hovedentreprise vedrørende opførelse af et større antal andelsboliger. Entrepriessummen udgjorde efter regulering ca. 40,5 mio. kr. Senere i projektførelsen ændrede HE på grundlag af udstedte aftalesedler den samlede entreprisenum til ca. 49,5 mio. kr., hvilket blev afvist af bygherren, som anslog entreprisenummen til ca. 38 mio. kr. HE gjorde senere gældende, at entreprisenummen udgjorde lige under 52 mio. kr.

Uenighederne om entreprisenum og manglende betalinger førte til, at BH ophævede kontrakten med HE, som derpå indledte voldgiftssag og nedlagde påstand om BH's betaling af ca. 7,7 mio. kr.

Voldgiftsretten fandt, at BH's ophævelse af kontrakten var sket med urette.

Fra voldgiftskendelsen skal følgende passus citeres:

"I en sagkyndig beslutning af 14. januar 2014, hvor en af bygherren fremsat anmodning om udbetaling fra garantien med oprindelig 9,1 mio. kr., siden 4.001.937,63 kr., blev imødekommet med 3.678.995,23 kr., opgjorde den sagkyndige værdien af de af HE udførte arbejder. Denne opgørelse har HE bestridt under henvisning til, at opgørelsen er sket under forkerte forudsætninger. Af beslutningen fremgår, at parterne er enige om, at bygherren til HE har betalt i alt 13.075.085 kr. ekskl. moms."

Om tabsopgørelsen vedrørende restentreprisen udtaltes i kendelsen:

HE har nedlagt påstand om erstatning for tabt dækningsbidrag med udgangspunkt i en forventet entreprisenum på 51.957.560,71 kr. ekskl. moms, hvorfra er fratrasket de modtagne betalinger, og - under henvisning til en af selskabets revisor udarbejdet oversigt over regnskabsårene 2006/07-2010/11 - med udgangspunkt i et dækningsbidrag på 10 %.

Efter en samlet vurdering af den oprindelige og reviderede samt den mellem parterne drøftede entreprisenum, og til at HE har sparet administrationsomkostninger, finder voldgiftsretten, at HE skal tillægges erstatning for tabt dækningsbidrag med et beløb, der skønsmæssigt fastsættes til 1,5 mio. kr. ekskl. moms.

På baggrund af forskellen mellem den af HE opgjorte entreprisenum på ca. 52 mio. kr. med fradrag af de stedfundne betalinger på ca. 13 mio. kr. og en dækningsgrad på 10 %, synes det at kunne udledes, at det af HE under voldgiftssagen krævede mistede dækningsbidrag udgjorde ca. 3,8 mio. kr. Dette blev som anført reduceret til 1,5 mio. kr.

Der er i kendelsen kun helt overordnet redegjort for den af voldgiftsretten foretagne reduktion, som synes til dels at bero på en reduktion af restentreprisesummen baseret på en samlet vurdering af den ”oprindelige, reviderede samt ... drøftede entreprisesum,” uden at det relevante beløb eller den relevante beløbsramme dog nærmere angives. Endvidere henviser voldgiftsretten til sparede administrationsomkostninger, hvilke ret beset ikke påvirker dækningsbidraget, men derimod har relevans for det erstatningsretligt værnede tab (som ikke nødvendigvis er det opgjorte dækningsbidrag, jf. herom nærmere nedenfor i afsnit 4).

TBB 2020.644 VBA

I *TBB 2020.644* angik tvisten uberettiget ophævelse af en fagentreprise om E's lægning af tagpap på et antal lejligheder tilhørende BH. Entreprisesummen pr. lejlighed udgjorde kr. 20.800 ekskl. moms.

Entreprisekontrakten blev uberettiget ophævet af BH. Om E's krav på erstatning vedrørende restentreprisesummen bemærkede voldgiftsretten:

”Erstatningskravet må som udgangspunktet fastsættes til den mistede fortjeneste for E ved ikke at kunne udføre det aftalte tagpaparbejde på de resterende 102 lejligheder.

E har opgjort det mistede dækningsbidrag til 10.221,96 kr. ekskl. moms pr. lejlighed.

Ved vurderingen af E's erstatningsopgørelse må det imidlertid indgå, at skønsmanden har anført, at der i tagdækkerbranchen normalt regnes med et dækningsbidrag på 25-30 % af salgsprisen. Det må videre indgå, at skønsmanden har anført, at de 13 timer pr. lejlighed, der er medtaget i E's opgørelse virker lavt, og at et normalt timeforbrug skønnes at være ca. 5-7 timer højere pr. lejlighed. Endelig må der i forhold til E's erstatningsopgørelse fradrages et beløb for udgift til stillads, idet voldgiftsretten ikke anser det for bevist, at aftalen indebar, at E for de resterende 102 lejligheder ikke selv skulle afholde udgift til stillads. Den fremlagte aftale mellem feriecentret og ... A/S (sagens bilag 17) vedrørende de allerede udførte lejligheder kan ikke føre til et andet resultat. Skønsmanden har anslået udgiften til stillads til 3.250 kr. pr. lejlighed.

Som anført ovenfor skal der således foretages nogle væsentlige fradrag i E's opgørelse af det mistede dækningsbidrag. Hertil kommer, at der ved fastsættelse af erstatningen også må tages højde for, at E ved ikke at udføre arbejdet er frigjort fra byggeriets risici, og at E har haft mulighed for at udnytte de frigjorte ressourcer til påtagelse af andre arbejder. Det sidste forhold er i det konkrete tilfælde af særlig betydning, da arbejdet ifølge parternes aftale skulle udføres over en længere tidshorisont, hvilket har forøget mulighederne for at begrænse tabet ved at anvende ressourcerne til andet arbejde. På denne baggrund fastsætter voldgiftsretten skønsmæssigt og efter en samlet vurdering erstatningen til 400.000 kr. Der er ikke grundlag for at forrente erstatningsbeløbet fra et tidligere tidspunkt end tidspunktet for klageskriftets indlevering.”

Første afsnit omfatter en begrundet kritik af selve den beløbsmæssige opgørelse af det mistede dækningsbidrag, men voldgiftsretten redegjorde trods kritikken ikke for det dækningsbidrag, som voldgiftsretten fandt skulle lægges til grund ved faktumerkendelsen.

Endvidere indeholder præmisserne en korrekt og eksplicit sontring mellem det opgjorte dækningsbidrag, som alene udgør det beløbsmæssige udgangspunkt for beregningen af det erstatningsretligt relevante tab, jf. bemærkningen om, at der ”ved fastsættelse af erstatningen også må tages højde for” andre omstændigheder. Disse omstændigheder analyseres i afsnit 4.5 - 4.6 nedenfor.

Præmisserne i denne voldgiftskendelse indeholder en, om end kortfattet, ganske præcis redegørelse for de omstændigheder, der kan indgå i erstatningsfastsættelsen, omend også denne kendelse ultimativt munder ud i et bredt skøn, som det er vanskeligt at forankre beløbsmæssigt i det faktum, som foreligger oplyst i kendelsen.

TBB 2020.659 VBA

I *TBB 2020.659* vedrørte kendelsen en underentreprise om naturvedligeholdelse for to kommuner, herunder grødeskæring. UE opsagde aftalen, som efterfølgende blev ophævet af HE. Denne ophævelse var uberettiget.

UE's revisor havde til brug for sagen udarbejdet en opgørelse over det dækningsbidrag, som UE gjorde gældende, at HE skulle erstatte vedrørende grødeskæring.

Voldgiftsretten gengiver i detaljer UE's revisors forklaring herom:

”H har forklaret, at han er registreret revisor. Han har været revisor for UE gennem mange år. Han har lavet UE's opgørelse over tabt dækningsbidrag. Forudsætningen i opgørelsen vedrørende kontakten med X Kommune er, at der skæres 424 meter pr. time, og at der bruges de anførte maskiner med det angivne brændstofforbrug og antal timer pr. år. Han har derefter beregnet, hvad det koster at grødeskære i en time med de enkeltdele af omkostningerne, der er anført. Timelønnen til maskinføreren er 150 kr. med et tillæg på 40 % for at dække alle sociale udgifter. Maskinerne er vurderet til at blive afskrevet over 10 år. Der er indregnet spildtid for transport mv. Han beregner omkostningen til en skåret meter til 1,24 kr. Han har derefter beregnet antal meter, der skulle udføres, og endelig på baggrund af et tab på mellem 2,42 og 2,62 kr. pr. meter beregnet det samlede tab på kontrakten. Han har herudover beregnet et gennemsnit af de tidligere års ekstraarbejder, og på den baggrund beregnet 8 måneders tabt dækningsbidrag på 40 % på denne del. For så vidt angår kontrakten med Y Kommune har han beregnet et tabt dækningsbidrag på 40 %.

Han ved ikke, hvorfor omsætningen på Y er faldet fra 2016 til 2018. Han har taget et gennemsnit. Det kan kun være et skøn. Det er UE, der har foretaget de skøn, der er anvendt i opgørelsen. Afskrivningen over 10 år på maskinerne, vil han tro, er meget passende. Antallet af meter må være kommet fra det foregående års gps-

oplysninger. Han har ikke gennemgået beregningerne af antal meter. Han er ikke revisor for andre erhvervsdrivende i samme branche, så han har ikke statistik materiale over et sædvanligt dækningsbidrag. Han har ikke tidligere regnet på, hvad UE har tjent på disse kontrakter. UE udfører også andre opgaver. Det er muligt, at et dækningsbidrag på 67 % er højt, men det er, hvad tallene viser.”

Efter at have konkluderet, at HE's ophævelse af kontrakten var uberettiget, bemærkede voldgiftsretten om UE's mistede dækningsbidrag:

”UE er derfor berettiget til at kræve erstatning for det tab, der er lidt ved den uberettigede ophævelse af aftalerne. UE fremlagde med klageskriftet en tabsopgørelse, men har senere med det sammenfattende processkrift af 27. april 2020 fremlagt en revideret opgørelse, som i betydelig grad er baseret på en anden opgørelsesmetode end den oprindelige opgørelse. UE's endelige krav er baseret på opgørelsen af 27. april 2019, som ifølge teksten er udarbejdet af registreret revisor H i samarbejde med UE samt efter foreliggende dokumentation. Af såvel H's forklaring som af selve erklæringen fremgår, at en række af de indeholdte forudsætninger og skøn er oplyst af UE og således ikke udtryk for revisorens selvstændige arbejde. Det fremgår ikke af erklæringen eller den afgivne forklaring, at der er sket en egentlig revisionsmæssig prøvelse af adskillige af disse forudsætninger og skøn. Der er ikke i sagen fremlagt årsrapporter fra UE eller andet regnskabsmateriale, der gør det muligt for voldgiftsretten at efterprøve en række af de forudsætninger og skøn, som indgår i opgørelsen. Der er dog fremlagt en overordnet udskrift fra UE's gps-registreringssystem samt enkelte eksempler på detailudskrifter herfra.

Voldgiftsretten finder anledning til at bemærke, at de dækningsgrader, som UE har beregnet, må anses for høje - for så vidt angår kontraktarbejderne i X Kommune endog meget høje - for arbejde af den pågældende art. Det lidte tab må herefter ansættes skønsmæssigt ud fra sagens samlede oplysninger. ... Voldgiftsretten lægger dog efter de afgivne forklaringer om den betydelige erfaring, UE havde opnået med arbejdet i X Kommune, til grund, at UE kunne præstere dækningsbidrag, der lå højere end sædvanligt i branchen.

På denne baggrund fastsættes det tab, som HE skal erstatte UE i anledning af den uberettigede ophævelse af aftalerne vedrørende grødeskæring i X og Y Kommuner, skønsmæssigt til 500.000 kr.”

Afgørelsen er interessant derved, at den i detaljer redegør dels for realdebitors opgørelse af den krævede mistede fortjeneste og den stedfundne bevisførelse, ligesom kendelsen på udmærket vis redegør for voldgiftsrettens bedømmelse af de førte beviser og de kritikpunkter heroverfor, som voldgiftsretten tillægger særlig betydning.

TBB 2020.838 VBA

Sagen i *TBB 2020.838* omhandlede en hovedentreprise om en række om- og tilbygningsarbejder på BH's ejendom. Entreprisesummen udgjorde ca. 3,5 mio. kr. BH ophævede på et tidspunkt, hvor udførelsen af altaner på ejendommen ikke var udført, entreprisekontrakten med henvisning til væsentlige mangler. Voldgiftsretten fandt, at ophævelsen var uberettiget.

Om HE's erstatningskrav på restentreprisesum udtalte voldgiftsretten:

"Da ophævelsen vedrørende altanerne ikke var berettiget, jf. ovenfor, har HE krav på dækningsbidrag af de 501.023 kr., der vedrørte altandelen. BH har ikke godtgjort, at et dækningsbidrag som krævet af HE er urimeligt, hvorfor HE's fradrag på 361.000 kr. vedrørende det ikke udførte altanarbejde tages til følge."

Det bemærkes, at det af BH krævede fradrag ikke er nærmere omtalt eller forklaret i kendelsen.

Det citerede afsnit rejser et bevismæssigt spørgsmål. Afgørelsen synes at lægge til grund, at BH skal godtgøre, at entreprenørens dækningsbidragskrav er urimeligt, for at kravet kan tilsidesættes. Efter almindelige erstatningsretlige principper er det imidlertid skadelidte - her entreprenøren - der bærer bevisbyrden for tabets eksistens og størrelse. Det havde derfor været rigtigere, om voldgiftsretten eksplicit havde konkluderet, at skadelidte havde ført tilstrækkeligt bevis for det mistede dækningsbidrag, således at dette kunne lægges til grund som en faktisk omstændighed ved sagens afgørelse, og at der ikke var grundlag for at reducere dette baseret på en urimelighedsbedømmelse. Det må antages, at BH havde bestridt det krævede dækningsbidrag som værende urimeligt, men kendelsen indeholder ikke nærmere oplysninger herom. At det påhviler BH at godtgøre en sådan retligt relevant urimelighed kan uden videre tiltrædes. Muligvis hænger udtalelsen sammen med spørgsmålet om det "normale" dækningsbidrag som pejlemærke i en række sager, hvilket diskuteres i afsnit 4.5 nedenfor.

TBB 2021.559 VBA

Kendelsen i *TBB 2021.559* vedrørte et projekt om modernisering og istandsættelse af et kulturcenter. Entreprisesummen androg ca. 21 mio. kr. inkl. moms.

Der var i kendelsen dels tale om en tvist mellem BH og en totalrådgiver ("TR") dels en tvist mellem BH og den efter licitation antagne HE. HE stillede tidligt i forløbet en række afklarende tekniske spørgsmål, hvilke kun delvist blev besvaret af TR, hvorved projektet blev forsinket i ca. 3 måneder.

BH ophævede såvel rådgiveraftalen som entrepriseaftalen. Ophævelsen af aftalen med TR fandtes berettiget som følge af, at TR uberettiget havde standset arbejdet, hvorimod aftalen HE var ophævet med urette, således at BH var erstatningspligtig overfor HE.

BH gjorde i forhold til spørgsmålet om mistet fortjeneste gældende:

”BH har bestridt, at HE har krav på betaling af erstatning for forlænget byggepladsdrift i 250 dage som påstået, ligesom HE ikke har godtgjort at have krav på erstatning for mistet dækningsbidrag.”

Om HE's krav anførtes bl.a.:

”HE har krævet betaling af 8.475.123 kr. til dækning - efter fradrag af den i juni 2017 foretagne foreløbige betaling på 1 mio. kr.- af restbetaling på udførte arbejder, af erstatning for omkostninger ved forlænget byggepladsdrift og mistet dækningsbidrag samt af tilbagebetaling af uberettiget udbetaling under garantien.”

Kravet om mistet dækningsbidrag angik dels forsinkelsesperioden, dels restentreprisen. Om førstnævnte periode bemærkede voldgiftsretten:

”HE har med baggrund i det af R den 23. januar 2017 anslåede dækningsbidrag beregnet som 8 % af entreprisensummen, svarende til 16.850 kr. pr. dag, krævet 4.212.500 kr. i mistet dækningsbidrag i forsinkelsesperioden. Efter en vurdering af de af HE oplyste afholdte udgifter til lønninger og voldgiftsrettens erfaring med hensyn til beregning af dækningsbidrag tillægges HE i erstatning for mistet dækningsbidrag i forsinkelsesperioden et skønsmæssigt fastsat beløb på 3 mio. kr.”

Den nævnte opgørelse af 23. januar 2017 er ikke yderligere refereret i kendelsen.

Vedrørende mistet fortjeneste på restentreprisen udtalte voldgiftsretten:

”Som følge af den uberettigede ophævelse har HE krav på erstatning for tabt dækningsbidrag på restentreprisen med udgangspunkt i restentreprisensummen fratrukket acontobetalinger og et dækningsbidrag på 10 % krævet 1.124.341 kr., som voldgiftsretten efter en samlet vurdering imødekommer med skønsmæssigt 700.000 kr.”

Voldgiftsrettens vurdering af dækningsbidrag vedrørende forsinkelsesperioden var udtrykkeligt baseret på en kombination af de fremkomne oplysninger om lønudgifter og voldgiftsrettens egne erfaringer. Med hensyn til dækningsbidrag for restentreprisen er der ikke oplyst noget nærmere om voldgiftsrettens overvejelser herom, bortset fra ”en samlet vurdering”, men det forekommer nærliggende at antage, at det nævnte erfaringsgrundlag også har haft betydning for fastsættelsen.

TBB 2021.761 VBA

Sagen i *TBB 2021.761* omhandlede en underentreprise (gulv) vedrørende et fængselsbyggeri. Entreprisensummen for underentreprisen var ca. 9,4 mio. kr. Underentreprisen ophævedes af HE med henvisning til forsinkelse, hvilken ophævelse fandtes uberettiget.

Om parternes synspunkter vedrørende kravet på mistet fortjeneste er i kendelsen anført følgende:

”UE har anført navnlig, at man som følge af den uberettigede ophævelse af kontrakten er gået glip af dækningsbidrag for den sidste del af kontraktarbejdet. Kravet er opgjort til 173.396 kr., baseret på en antagelse om et dækningsbidrag på 15 % af kontraktsummen for den ikke udførte del af kontraktarbejderne.

HE har anført navnlig, at betingelserne for ophævelse af kontrakten var opfyldt, og at UE derfor ikke har krav på nogen erstatning i den anledning. Tværtimod har HE krav på erstatning for de merudgifter til færdiggørelse af gulvarbejderne, som var en konsekvens af ophævelsen. I øvrigt er UE's beløbsmæssige opgørelse af sit krav også udokumenteret.

I sine præmisser herom udtalte voldgiftsretten lakonisk:

”Som anført ovenfor ... finder voldgiftsretten HE's ophævelse af kontrakten uberettiget. HE er derfor erstatningsansvarlig for UE's mistede fortjeneste på den sidste del af kontrakten, som UE blev afskåret fra at udføre på grund af denne ophævelse. Voldgiftsretten finder ikke grundlag for kritik af UE's ansættelse af størrelsen af den mistede fortjeneste og tager derfor erstatningskravet på 173.396 kr. til følge.”

Der er således tale om et relativt sjældent eksempel på, at realdebitors erstatningsopgørelse for mistet fortjeneste, skønt bestridt af den misligholdende realkreditor, blev lagt til grund uden en skønsmæssig reduktion. Der er ikke i kendelsen anført noget nærmere om den foranstaltede bevisførelse vedrørende den mistede fortjeneste.

TBB 2022.155 VBA

I *TBB 2022.155* drejede sagen sig om en totalentreprise vedrørende tagboliger. Entreprisensummen var ca. 9,4 mio. kr. ekskl. moms. Tvisten angik for det første, om entreprisen var ophævet eller blot ”standset” af BH. Voldgiftsretten fandt, at der var tale om en uberettiget ophævelse af kontrakten. Vedrørende erstatning for tabt dækningsbidrag opgjorde TE sit krav til ca. kr. 2,2 mio. kr., svarende til 23,9 % af restentreprisensummen. Voldgiftsretten bemærkede herom:

”TE har på baggrund af den fremlagte kalkulation, som er udarbejdet i forbindelse med tilbudsgivningen, beregnet dækningsbidraget ved entreprisen til 23,9 %. Et dækningsbidrag af denne størrelse er med voldgiftsrettens faglige dommeres kendskab til området højt ikke i mindst i lyset af, at der er tale om en totalentreprisekontrakt. Dette gælder, uanset at TE havde en betydelig egenproduktion. Ved vurderingen af kravet vedrørende tabt dækningsbidrag må der endvidere tages højde for, at TE ved ikke at udføre arbejderne er frigjort for byggeriets risici, og at TE har haft mulighed for at udnytte de frigjorte ressourcer til at påtage sig andre opgaver. Ved

vurderingen af sidstnævnte må det ligeledes tillægges betydning, at entreprisekontrakten blev ophævet, inden at entreprisarbejderne i realiteten var opstartet, samt at arbejdet skulle være udført over en længerevarende periode. På denne baggrund fastsættes erstatningen for tabt dækningsbidrag skønsmæssigt til 750.000 kr. ekskl. moms.”

Det vil ses, at præmisserne lægger sig ganske tæt op ad TBB 2020.644 VBA. Det må anses som en positiv udvikling, at voldgiftsretter ved VBA i stigende omfang genanvender ordvalg fra sådanne dele af udvalgte præmisser, som er egnede til at tjene som præjudikatsnormerende for den fremtidige retsudvikling. Med hensyn til bemærkningerne om ”byggeriets risici” og tabsbegrænsningspligt henvises til afsnit 4.6 – 4.8 nedenfor.

TBB 2022.313 VBA

Kendelsen i *TBB 2022.313* vedrørte uberettiget ophævelse af en totalentreprisekontrakt om opførelse af en tagbolig samt opsætning af et antal altaner i en etagebygning. Entreprisensummen var kr. 3.750.000. BH ophævede aftalen, hvilken ophævelse fandtes uberettiget. TE gik efterfølgende konkurs, og TE’s krav var overdraget til en ”litigation funder”, i kendelsen betegnet TE-successor, der videreførte kravet mod BH.

Tvisten omfattede bl.a. erstatning for tabt dækningsbidrag vedrørende restentreprisensummen. Sidstnævnte blev af voldgiftsretten fastsat til kr. 1.406.900 inkl. moms. Kravet om erstatning for mistet fortjeneste på restentreprisen udgjorde ca. 332.000 kr.

Herom bemærkede voldgiftsretten:

”Der resterede på tidspunktet for ophævelsen af kontakten udførelsen af kontraktarbejder for 1.406.900 kr. ekskl. moms. TE-Successor har fremlagt en revisorerklæring af 12. maj 2020, der angiver, at TE havde et gennemsnitlig dækningsbidrag på 23,26 % i 7 afsluttede sager for forskellige selskaber i ’K’-koncernen (tidligere ...). I TE’s oprindelige tilbudskalkulation var dækningsbidraget for BH 23,6 %.

Kravet om erstatning for tabt dækningsbidrag skal fastsættes under hensyntagen til, at totalentreprisekontrakten var forbundet med betydelige risici, som TE blev frigjort fra ved ophævelsen af kontrakten, da der henstod ikke udførte arbejder for et betydeligt beløb. Hverken revisorerklæringen eller den oprindelig kalkulation tager dette i betragtning.

Under hensyntagen til det anførte og det erfaringsmæssigt opnåelige dækningsbidrag i branchen for lignende entrepriser, fastsættes erstatningen til 140.000 kr.

Den omstændighed, at BH muligt kendte til TE’s økonomiske forhold og herunder sædvanlige kalkulationer på projekter opnået ved en due diligence proces, hvor der var drøftelser mellem ... ApS, der udførte administration af BH, og TE om opkøb og overtagelse af TE, kan ikke begrunde en anden vurdering af det forventelige dækningsbidrags størrelse.”

Realdebitor påberåbte sig således realiserede dækningsgrader på en række tidligere projekter og fremlagde en revisorerklæring til støtte herfor. Voldgiftsretten tog ikke direkte stilling til den bevismæssige værdi heraf, bortset fra at voldgiftsretten kritiserede revisorerklæringen, da den ved opgørelsen af det kontrafaktiske dækningsbidrag ikke tog hensyn til de ”betydelige risici,” som den resterende del af entreprisekontrakten efter voldgiftsrettens konkrete vurdering indeholdt, og som TE var frigjort for som følge af ophævelsen. Se nærmere afsnit 4.6 – 4.7 herom.

TBB 2022.1049 VBA

Sagen i *TBB 2022.1049* omhandlede en storentreprise vedrørende opførelsen af et bofællesskab. SE standsede arbejderne på grund af manglende betaling, og HE skred til ophævelse af entreprisekontrakten med henvisning til mangler ved det udførte arbejde. Ophævelsen blev af voldgiftsretten anset for uberettiget.

Om principperne for erstatning vedrørende restentreprisen bemærkede voldgiftsretten:

Hæveopgøret

Da HE's ophævelse af entrepriseforholdet udgjorde en misligholdelse af storentreprisekontrakten, skal opgørelsen af parternes mellemværende ske med udgangspunkt i den aftalte entreprisensum med fradrag af SE's sparede udgifter til ikke-udførte arbejder, og således at SE har ret til at beholde sin fortjeneste vedrørende disse arbejder. Dertil kommer fradrag for udgifter til mangeludbedring mv. og betaling for ekstraarbejde. I det omfang der ikke er enighed om fradragene, er det HE, der har bevisbyrden herfor. Ved bevisvurderingen lægger voldgiftsretten navnlig vægt på skønsmandens oplysninger.

Det kan ikke af præmisserne udledes, om det af voldgiftsretten anførte om, at bevisbyrden for ”fradragene” påhviler realkreditor alene omfatter fradrag for mangelsudbedring eller også sparede udgifter. Hvis der alene er tale om spørgsmålet om fradrag for mangelsudbedring, kan udtalelsen tiltrædes. Derimod påhviler bevisbyrden for realdebitors kontrafaktiske dækningsbidrag på restentreprisensummen realdebitor efter det almindelige erstatningsretlige princip om, at det er op til skadelidte at godtgøre sit tab. Vendingen ”mv.” efterlader tvivl om rækkevidden af udsagnet.

TBB 2023.249 VBA

I *TBB 2023.249* indgik HE underentreprisekontrakt med UE om udførelse af tømrer-/snedkerentreprisen i forbindelse med HE's udvidelse og renovering af en skole for BH. Entreprisensummen var ca. 14,5 mio. kr.

BH ophævede aftalen med HE, som i konsekvens heraf ophævede underentreprisekontrakten med UE. Efterfølgende gik UE konkurs, og UE's fordring mod HE blev siden overdraget til en litigation funder, i kendelsen betegnet UE-Successor, der videreførte voldgiftssagen.

Der var mellem parterne enighed om, at ophævelsen over for UE var uberettiget, ligesom parterne var enige om, at statet for kontraktsarbejder udgjorde 9.263.097 kr. Der var også enighed om visse mangler ved det udførte arbejde. Parternes uenighed angik bl.a. den af UE opgjorte dækningsgrad på 16,3 %. Voldgiftsretten udtalte herom:

”Parterne er enige om, at UE-Successor er berettiget til erstatning for mistet dækningsbidrag for restentreprisesummen og for aftalte, ikke udførte ekstraarbejder, som parterne er enige om at kunne lægge til grund udgør 1.698.474,21 kr. ekskl. moms. Der er mellem parterne ikke enighed om opgørelsen af restentreprisesummen, ligesom der ikke er enighed om, hvilken dækningsgrad der skal lægges til grund for opgørelsen. ... Med hensyn til spørgsmålet om, hvilken dækningsgrad der skal lægges til grund for opgørelsen, har voldgiftsretten ovenfor vurderet, at det af UE-Successor krævede bidrag på 16,3 % ikke er urimeligt eller unormalt for en fagentreprenør. UE-Successors påstand om erstatning for mistet dækningsbidrag for restentreprisesummen med 862.580,18 kr. og for mistet dækningsbidrag for aftalte, men ikke udførte ekstraarbejder med 276.851,29 kr., eller for i alt 1.139.431,47 kr. tages derfor til følge.”

Det fremgår ikke af præmisserne, hvorvidt vendingen ”urimeligt” om den krævede dækningsgrad refererede til en materiel urimelighedsbedømmelse eller snarere udgjorde en integreret del af sandsynlighedsvurderingen, altså i forhold til bevisbedømmelsen. Da spørgsmålet om materiel urimelighed, f.eks. efter aftalelovens § 36, ikke synes at være gjort gældende (og ikke påses af retsanvenderen *ex officio/sua sponte*), forekommer det mest nærliggende, at anse ”urimeligt” anvendt i den sidstnævnte betydning.

TBB 2023.265 VBA

I TBB 2023.265 angik tvisten en underentreprise på tre ejendomme. Entreprisesummen androg ca. 2 mio. kr.

BH ophævede entreprisekontrakten med TE, som i lyset heraf måtte ophæve sine underentreprisekontrakter, herunder med UE. På ophævelsestidspunktet havde UE efter det oplyste udført ca. halvdelen af entreprisen.

Der var ikke tvist om, at TE's ophævelse over for UE var uberettiget og konstituerede misligholdelse.

I sit påstandsdokument opgjorde UE sin mistede fortjeneste som følger:

”Dækningsbidrag (’DB’) for (delvist) ikke udførte opgaver
DB Restsum af kontraktbeløb, jf. entreringsnotat kr. 322.221,82
DB Restsum af optionspriser, jf. entreringsnotat kr. 114.440,90
...”

Præmisserne om erstatning for mistet fortjeneste er interessante og gengives derfor *in extenso*:

”Det er i sagen ubestridt, at TE's ophævelse af underentreprisekontrakten var uberettiget og dermed ansvarspådragende.

Tvisten angår, om UE har lidt et erstatningsberettiget tab i form af mistet dækningsbidrag på 40% af restentreprisesummen for kontraktarbejder. af de i entreringsnotatet nærmere prissatte optionsydelser...

Ansvarsbegrænsningen

TE har principalt gjort gældende, at UE' s erstatningskrav er omfattet af ansvarsbegrænsningen i pkt. 8 i underentrepriseaftalen, hvorefter ’TE ikke kan holdes ansvarlig for indirekte tab af nogen art, herunder driftstab, mistet avance eller lignende.’

Efter voldgiftsrettens opfattelse kan bestemmelsen, som er affattet af TE, og som angiver at indgå ’indirekte tab’, ikke forstås, således at UE ikke over for TE kan rejse et sædvanligt erstatningskrav som det foreliggende om dækning af direkte tab som følge af en uberettiget kontraktophævelse i form af mistet dækningsbidrag og mistet rabat/bonus. Bestemmelsen kan herved heller ikke antages at afskære krav vedrørende mistet dækningsbidrag på optionsydelser, for så vidt som det må anses for bevist, at disse ydelser ville være blevet udført, hvis ikke den uberettigede ophævelse havde fundet sted.

Tabsbegrænsningspligt

TE har endvidere gjort gældende, at UE's mulige erstatningskrav er bortfaldet som følge af manglende overholdelse af firmaets tabsbegrænsningspligt ved at undlade at indgå kontrakt med bygherren om at færdiggøre malerarbejderne.

Korrespondancen efter ophævelsen om UE's eventuelle færdiggørelse af malerentreprisen for bygherren og det herom forklarede af navnlig bygherrens rådgiver, BH-R-V1, giver efter voldgiftsrettens opfattelse ikke grundlag for at anse UE's erstatningskrav for bortfaldet som følge af den manglende indgåelse af en aftale med bygherren om at færdiggøre malerarbejderne. UE, som i sit svar af 7. juni 2021 på bygherrens rådgivers mail af 28. maj 2021 alene tilbød bygherren at færdiggøre arbejderne i regning, kunne imidlertid, når bygherren ikke straks svarede herpå, ikke gå ud fra, at der ville blive indgået en sådan aftale med bygherren, men måtte også på anden måde søge at begrænse sit tab.

Mistet dækningsbidrag

Vedrørende optionsydelserne er det ikke ved den skete bevisførelse godtgjort, at der før ophævelsen var blevet indgået aftale mellem UE og TE om udnyttelse af optionen på farvede vægge, og der var ubestridt ikke indgået aftale vedrørende de øvrige optionsydelser. Efter forklaringen afgivet af BH-R-V1 og det i øvrigt fremkomne lægger voldgiftsretten imidlertid til grund, at bygherren efter ophævelsen har fået udført malerbehandling svarende til optionsydelsen om farvede vægge, og at bygherren tillige har fået udført behandling af vinduer og indvendigt

træværk svarende til optionsydelserne herom i underentrepriseforfikalen. Herefter, efter korrespondancen i marts-april 2021 om optionen på farvede vægge og bevisførelsen i øvrigt, må det antages, at bygherren også ville have ladet sådanne arbejder udføre, hvis ikke bygherren havde ophævet kontrakten med TE, og at TE i fortsættelse heraf ville have udnyttet optionerne vedrørende de pågældende arbejder i underentreprisekontrakten med UE. Ved voldgiftsrettens stillingtagen til kravene vedrørende mistet dækningsbidrag og mistet rabat/bonus skal optionsydelserne således indgå, dog sådan at det ikke kan anses for givet, at der ville være blevet aftalt en pris for ydelsen vedrørende farvede vægge som tilbudt af UE, jf. udkastet til aftaleseddel 645-02.

UE har bevisbyrden for at have lidt tab som påstået, herunder at der var udsigt til et dækningsbidrag på 40 %. Der er ikke i sagen foretaget syn og skøn eller foranstaltet anden uvildig sagkyndig bevisførelse om tabets størrelse og herunder, hvorvidt de af UE påberåbte tilbudsregninger, der blandt andet ikke omfatter udgiften til byggelederen på pladsen, UE-V2, afspejler et reelt forventeligt dækningsbidrag. Der er heller ikke af UE fremlagt nærmere oplysninger og dokumentation vedrørende de faktisk afholdte udgifter vedrørende den del af entreprisen, som blev gennemført inden ophævelsen, som kan belyse det faktiske dækningsbidrag frem til ophævelsen. UE har endvidere ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger, som understøtter det, som UE-V1 og UE-V3 har forklaret om malerfirmaets overskudsgrad i den pågældende periode og sædvanlige dækningsbidrag på de enkelte maleropgaver. Endelig har UE ikke oplyst nærmere om, hvorledes UE søgte at begrænse sit tab ved at skaffe andre arbejdsopgaver og ved eventuelt at afskedige indlejet arbejdskraft, der efter det af UE-V1 forklarede typisk havde 1 uges opsigelsesvarsel. Voldgiftsretten finder i øvrigt, at den omstændighed, at UE ikke ønskede at indgå kontrakt med bygherren på vilkår svarende til, hvad der var aftalt med TE, men alene ønskede at fortsætte opgaven som regningsarbejde, i sig selv taler imod, at der for så vidt angik de resterende arbejder var udsigt til et dækningsbidrag på 40%. På den nævnte baggrund og under hensyn til UE's mulighed for at udnytte de frigjorte ressourcer til andre opgaver og at afskedige indlejet arbejdskraft finder voldgiftsretten, at erstatningen for mistet dækningsbidrag skønsmæssigt kan fastsættes til 100.000 kr.”

Den første del af præmisserne angående erstatningsudelukkelse er interessant og rejser en principiel diskussion om grænsedragningen mellem direkte og indirekte tab. Dette vil være emnet for en særskilt fremtidig analyse, men det er indtil videre værd at notere dels henvisningen til princippet om indskrænkende fortolkning dels fortolkning *contra stipulatorem*. Disse overvejelser kan uden videre tiltrædes.

Vedrørende det af realdebitor lidte tab artikulerer voldgiftsretten i præmisserne udførligt en række relevante overvejelser vedrørende bevisbyrde og – ikke mindst - bevisførelse og noterer konkret, at en sådan bevisførelse ikke har været foranstaltet. Endvidere anfører voldgiftsretten, at UE ikke har redegjort for sine bestræbelser (om nogen) på at begrænse sit tab. På den baggrund reduceredes erstatningen for ”mistet dækningsbidrag” til 100.000 kr. eller lidt over 20% af det rejste krav. Om bevisførelse og -bedømmelse henvises til afsnit 5 nedenfor.

Kendelsen i *TBB 2023.416* angik en underentreprise vedrørende malerarbejde. Entrepriessummen er ikke oplyst.

TE bortviste UE fra pladsen, hvilken bortvisning udgjorde ophævelse. Denne ophævelse ansås for uberettiget.

Voldgiftsretten udtalte om den UE tilkommende erstatning bl.a.:

”UE har udarbejdet en forholdsvis detaljeret opgørelse over økonomien i relation til udestående arbejder og herunder kasserede arbejder, hvor der ikke er medregnet avance. Opgørelsen er udarbejdet med afsæt i delpriser fra tilbudskalkulationen (arbejds løn og materialer) med tillæg benævnt som sociale tillæg på 40 % af arbejds lønnen. Voldgiftsretten finder, at TE ikke har godtgjort, at der er grundlag for at fastsætte et større beløb til fradrag i entrepriessummen end det, der er opgjort af UE. TE skal derfor betale UE restbeløbet i henhold til entrepriseaftalen (faktura 40848) foruden kravene i henhold til aftaleseddel 2 og 3, hvilket samlet udgør det beløb, som UE har påstået sig tilkendt under sagen...”.

Den nævnte opgørelse er ikke gengivet i kendelsen, og det er således ikke muligt nærmere at bedømme den beregnede avance.

TBB 2023.591 VBA

Sagen i *TBB 2023.591* omhandlede en entreprise vedrørende opførelse af et frysehus. Den nærmere karakter af entreprisen kan ikke klart udledes af kendelsen, som den er gengivet. BH ophævede aftalen, hvilken ophævelse voldgiftsretten fandt var uberettiget. Entrepriessummen for underentreprisen er ikke oplyst i kendelsen.

Om erstatning for mistet fortjeneste hedder det i voldgiftskendelsen:

”Det er ubestridt, at E havde en dækningsgrad på 20 %. På baggrund af stadeopgørelsen må det endvidere lægges til grund, at restentrepriessummen, da BH ophævede kontrakten, var på 1.204.432,00 kr. Herefter kan E's erstatningskrav på baggrund af det mistede dækningsbidrag fastsættes til 240.886,40 kr. ekskl. moms.”

Da stadeopgørelsen afdækkede restentrepriessummen, og da dækningsgraden ikke var bestridt, var voldgiftsrettens opgave i henseende til mistet fortjeneste ganske enkel.

TBB 2023.637 VBA

I *TBB 2023.637* vedrørte kendelsen en underentreprise af ikke nærmere oplyst karakter vedrørende nybygning af et ”større bygningskompleks”. Entreprisesummen for underentreprisen er ikke oplyst i kendelsen.

HE ophævede entrepriseaftalen, men gik efterfølgende konkurs. Konkursboet ønskede ikke at indtræde i voldgiftssagen, der således blev videreført af UE uden HE’s medvirken.

Sagen omfattede en række betalingskrav, herunder krav på ”fortjeneste” på det arbejde, som ikke var udført på ophævelsestidspunktet. I klageskriftet havde UE i henhold til kendelsens *narratio* foreløbigt opgjort dette krav med følgende begrundelse:

”UE’s tabte fortjeneste på det resterende arbejde er foreløbigt opgjort til EUR 500.000. I henhold til gældende praksis er dette beløb halveret, hvorfor UE alene påstår betaling af EUR 250.000.”

Sagen blev afgjort på skriftligt grundlag. Fra kendelsens præmisser skal følgende passager citeres.

”UE har hverken i den efterfølgende replik (Rejoinder) eller i processkrift 1 af 25. januar 2023 nærmere redegjort for sine krav. Kravene er således fortsat ’opgjort foreløbigt’.

...

Med hensyn til kravet ’Tab af fortjeneste’ er voldgiftsretten enig i, at en underentreprenør i et tilfælde af en uberettiget ophævelse af underentrepriseaftalen lider et erstatningsberettiget tab af fortjeneste. Voldgiftsretten finder efter en samlet vurdering, herunder af entreprisens størrelse, det krav på EUR 250.000, som UE har opgjort, for berettiget og tager det derfor til følge”.

Det er ikke i kendelsen nærmere uddybet, hvad UE’s henvisning til ”gældende praksis” nærmere bygger på, og det er vel bemærkelsesværdigt, at voldgiftsretten ikke fandt anledning til at kommentere dette synspunkt. En sådan ”praksis” må (bør) klart afvises både som en mulig retlig og som en mulig faktisk modalitet.⁵

⁵ Se dog Johansen: Bygherrens ændringsret (1999), s. 34 f., hvor det om praksis ved VBA anføres, at ”der i praksis er en tendens til fordele sol og vind lige ved eksempelvis at fastlægge omfanget af et erstatningskrav til halvdelen af det påståede beløb uden særlig argumentation, eller blot ved henvisning til sagens konkrete omstændigheder.” Hvis der i den omtalte afgørelse er tale om en tilsvarende erkendelse af voldgiftsretters tendens til at skønne over og i lyset af dette skøn halvere betalingskrav, er det en mindre heldig, om end måske forståelig bemærkning.

Forhandlingsmaksimen, hvorefter retsanvenderen ikke kan tilkende en part mere, end denne har nedlagt påstand om, indebærer, at det ikke kan vurderes, om voldgiftsretten efter omstændighederne ville have tilkendt et større beløb, dersom påstand herom var nedlagt.

TBB 2023.642 VBA

I *TBB 2023.642* var der tale om en totalentreprise om etablering af taglejligheder og renovering af en beboelsesejendom. Entrepriessummen udgjorde 7.698.400 ekskl. moms

Voldgiftsretten lagde ved sagens afgørelse til grund, at entreprisen uberettiget var blevet ophævet af BH.

Under sagen havde TE, så vidt det kan læses ud af kendelsens *narratio*, opgjort sit tabte dækningsbidrag til kr. 1.231.744 kr. beregnet ud fra entrepriessummen og en dækningsgrad på 16 %.

Voldgiftsretten udtalte herom følgende:

TE findes at have krav på erstatning for mistet dækningsbidrag. Kravets størrelse skal fastsættes under hensyntagen til, at totalentreprisekontrakten indebar betydelige risici for TE, som TE blev frigjort fra ved ophævelsen af kontrakten på et tidspunkt, hvor byggeriet reelt ikke var igangsat. Hverken revisorerklæringen eller den kalkulation, som TE-Successor har anført er TE's oprindelige tilbudskalkulation, tager dette hensyn i betragtning. Under hensyntagen til det anførte, og det erfaringsmæssigt opnåelige dækningsbidrag i branchen for lignende entrepriser, fastsættes erstatningen til 550.000 kr.

Det, der er anført om, at det var kendt gennem en due diligence proces i forbindelse med en eventuel overtagelse af TE, at TE arbejdede med høje dækningsbidrag, kan ikke føre til et andet resultat.”

Det vil ses, at præmissernes argumentationsmønster vedrørende frigørelse for risici – også i lyset af tidspunktet for ophævelsen - lægger sig tæt op ad TBB 2022.313 i sin betoning af, at den stedfundne bevisførelse ikke forholdt sig til dette spørgsmål. Derudover inddrog voldgiftsretten sine erfaringer om en normal dækningsgrad i bedømmelsen af tabet. I modsætning til TBB 2022.313 er spørgsmålet om tabsbegrænsning ikke berørt i kendelsen.

Endelig er det ikke nærmere forklaret, hvorfor den stedfundne due diligence, som efter det oplyste netop afdækkede TE's høje dækningsgrader, ikke kunne ”føre til andet resultat”.

TBB 2023.704 VBA

Sagen i *TBB 2023.704* omfattede en storentreprise vedrørende en kommunal svømmehal. Entreprensesummen udgjorde kr. 14.507.915 ekskl. moms.

Storentreprisen blev ophævet med en række begrundelser. Den altovervejende del af voldgiftskendelsen behandler spørgsmålet om ophævelsens berettigelse. Voldgiftsretten fandt ophævelsen uberettiget, hvorfor BH havde misligholdt aftalen med SE.

Voldgiftsretten anførte om dækningsbidrag for restentreprensesum:

”SE har rejst krav om betaling af erstatning som følge af BH’s ophævelse af entrepriseaftalen af tabt dækningsbidrag af restentreprensesummen på 924.194,83 kr. Kravet er beregnet med udgangspunkt i det dækningsbidrag på 13,3 % (6.05 %, hvis udgift til funktionærgager indregnes), der fremgår af SE’s detaljerede tilbudsregning vedrørende entreprisen. SE har tillige henvist til, at SE, jf. årsrapport 1. oktober 2018 - 30. september 2019, i den pågældende periode, havde et dækningsbidrag på 15 %, og havde et tilsvarende dækningsbidrag i 2017 og 2018, jf. årsrapporterne for de forudgående regnskabsår 2017/2018 og 2016/2017.

BH har gjort gældende, at det dækningsbidrag, SE har beregnet ud fra, er urealistisk højt og fører til et erstatningsbeløb, der ikke stemmer med, hvad der i rets- og voldgiftspraksis tilkendes for denne type krav. SE har udover den teoretiske beregning ikke på anden vis søgt at bevise, at selskabet rent faktisk har lidt et tab i den anførte størrelsesorden.

Voldgiftsretten bemærker, at SE har haft pligt til at søge at begrænse sit tab ved at påtage sig andre opgaver. Det er uoplyst, i hvilket omfang SE har gjort dette. Omkring årsskiftet 2018/2019 og i tiden herefter må det henset til de daværende konjunkturer i byggebranchen antages, at det har været muligt for SE at finde andre opgaver uden særskilte vanskeligheder, hvilket bestyrkes af de udtalelser, som selskabets administrerende direktør ... kom med i en artikel i Licitation, ’SE producerer selv og tjener fortsat penge’...

Herefter og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, herunder henset til det relativt sene tidspunkt under entreprisens udførelse, hvor ophævelsen fandt sted, finder voldgiftsretten, at erstatningen for tabt dækningsbidrag skønsmæssigt skal fastsættes til 750.000 kr.”

Det kan ikke af præmisserne direkte ses, om den af SE hævdede dækningsgrad blev accepteret af voldgiftsretten eller ej. Begrundelsen er overvejende fokuseret på spørgsmålet om tabsbegrænsning. Præmisserne omtaler derimod ikke spørgsmål om SE’s frigørelse fra risici ved byggeriet. Endelig noteres, at nedsættelsen af erstatningen med ca. 175.000 kr. – svarende til ca. 19 % - fremtræder relativt beskeden i forhold til den øvrige praksis på området. Dette kan meget vel skyldes det forhold, at ophævelsen skete sent i entrepriseforløbet, således at mulighederne for at begrænse tabet alt andet lige var ringere end ved en ophævelse tidligt under entreprisen. Se herom nærmere afsnit 4.8 nedenfor.

TBB 2024.128 VBA

I *TBB 2024.128* angik sagen en hovedentreprise. Entrepriessummen er ikke oplyst i kendelsen.

Under kontraktsafviklingen overlod bygherren arbejdet til anden entreprenør uden at varsle ophævelse eller formelt ophæve kontrakten med HE endsige indkalde til stedeforretning. Voldgiftsretten nåede ikke overraskende til den konklusion, at der var sket uberettiget ophævelse af entreprisekontrakten.

I voldgiftskendelsen var om kravet om erstatning bl.a. anført:

”I påstanden indgår et krav om betaling af mistet dækningsbidrag for dele af etape 1 opgjort til 140.001,97 kr. I kravet indgår ikke moms. [HE] har anført, at virksomheden pr. 14. oktober 2019 havde afsluttet arbejder til og med rate 6 og modtaget betaling herfor. Herefter udestod der arbejder i relation til rate 7 og 8 (bl.a. resterende 50 % belægning og en samlet aflevering). Opgørelsen over mistet dækningsbidrag for rate 7 og 8 er udarbejdet med afsæt i ordrebekræftelsen af 23. juni 2019 og underentreprisekontrakten. BH har ikke bestridt den størrelsesmæssige opgørelse af dette krav.”

Da beregningen af dækningsbidraget altså ikke var bestridt, blev kravet taget til følge.

TBB 2024.172 VBA

Sagen i *TBB 2024.172* angik en underentreprise vedrørende gulvarbejder i forbindelse med renovering af en bebyggelse omfattende fire ens boligblokke. Entrepriessummen var ca. 5,1 mio. kr. ekskl. moms.

BH ophævede entreprisekontrakten med HE, der refleksophævede over for UE. Det var ubestridt, at denne ophævelse konstituerede misligholdelse af kontrakten.

Under sagen opgjorde UE sit erstatningskrav som sit forventelige dækningsbidrag ved en færdiggørelse af entreprisen som følger:

faktureret og betalt (ekskl. moms)	804.228,09 kr.
afholdte udgifter (ekskl. moms)	539.773,21 kr.
yderligere udgift til projektleder (ekskl. moms)	31.150,00 kr.
avance	233.304,88 kr.
avance i procent 29,01 %	

samlet entreprisenum (ekskl. moms)	5.141.502,00 kr.
faktureret og betalt (ekskl. moms)	804.228,09 kr.
restentreprisenum (ekskl. moms)	4.337.273,91 kr.
avance i procent af restentreprisenum 29,01 %	
tabt avance på restentreprisen	1.258.234,05 kr.

UE gjorde til støtte for påstanden bl.a. gældende:

Der er tale om fire ens boligblokke, og UE's avance kan derfor opgøres ud fra en beregning af avancen på det arbejde, som UE rent faktisk har udført på blok A. UE har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt bl.a. ved at kontakte såvel bygherren som entreprenøren, der færdiggjorde hovedentreprisen efter HE, med henblik på at indgå aftale om færdiggørelse af gulventreprisen, hvilket dog ikke lykkedes.

HE bestred opgørelsen med særligt følgende argumentation:

”UE's beregnede realiserede avance på den del af entreprisen, som blev gennemført, og UE's forventede avance på den resterende del af entreprisen på oprindelig 35 %, der siden er revideret til 29,01 %, er imidlertid meget høj, og det bestrides, at UE havde udsigt til en så høj avance. UE har ikke fremlagt udskrift fra virksomhedens økonomisystem vedrørende opgaven for HE endsize en revisorerklæring vedrørende afholdte omkostninger på den del af entreprisen, som UE rent faktisk har gennemført. Hertil kommer, at UE ved ”annullationen” af underentreprisekontrakten blev frigjort for byggeriets risici og fik mulighed for at anvende de frigjorte ressourcer til andre opgaver.”

Voldgiftsretten anførte om erstatning for mistet fortjeneste:

”HE har erkendt at være erstatningsansvarlig for UE's tab som følge af HE's delvise ophævelse af parternes underentreprisekontrakt. Sagen angår størrelsen af UE's erstatningskrav vedrørende tabt avance. Efter underentreprisekontrakten skulle UE som underentreprenør for HE forestå udførelsen af gulvarbejder i forbindelse med, at HE som hovedentreprenør skulle renovere en boligbebyggelse. Entreprisen var opdelt på fire ens boligblokke, blok A-D, og havde en samlet entreprisenum på ca. 5,1 mio. kr. ekskl. moms. Inden færdiggørelsen af arbejderne i blok A ophævede bygherren den resterende del af hovedentreprisekontrakten med HE, der herefter ophævede den resterende del af underentreprisekontrakten med UE. UE havde ifølge en stædeopgørelse indtil da udført arbejder for i alt 804.228 kr. ekskl. moms og modtaget betaling herfor. UE har opgjort virksomhedens samlede realiserede udgifter i forbindelse med de gennemførte arbejder til 570.923 kr. ekskl. moms og har herefter beregnet virksomhedens avance på underentreprisen til 29 %. UE har til støtte for den tabte avances størrelse endvidere henvist til virksomhedens forudgående tilbudskalkulationer, der viser en avance på ca. 34 %. Voldgiftsretten bemærker, at en procentuel avance af den angivne størrelse er meget høj inden for faget. Hertil

kommer, at UE trods fremlæggelse af udskrifter fra virksomhedens økonomisystem vedrørende opgaver for andre kunder ikke har fremlagt en tilsvarende udskrift fra økonomisystemet vedrørende opgaven for HE, og at UE heller ikke på anden måde, f.eks. ved fremlæggelse af en revisorerklæring, har godtgjort, at de oplyste afholdte udgifter udgør UE's samlede realiserede udgifter i forbindelse med de gennemførte arbejder for HE. De foreliggende tilbudskalkulationer fra UE er uigennemsigtige for så vidt angår omkostninger og indeholder bl.a. ingen poster vedrørende afhjælpning af eventuelle mangler. Herefter, og da UE ved den delvise ophævelse af underentreprisekontrakten er frigjort for diverse risici forbundet med entreprisen, finder voldgiftsretten efter en samlet vurdering, at UE's tabte avance ved HE's delvise ophævelse af underentreprisekontrakten skønsmæssigt kan fastsættes til 700.000 kr. Voldgiftsretten tager herefter UE's påstand til følge med 700.000.”

Det vil ses, at voldgiftsretten indledningsvis noterer, at den dækningsgrad, som ligger til grund for erstatningskravet, er ”meget høj indenfor faget.” Videre begrundes voldgiftsrettens resultat med henvisning til undladt bevisførelse og angiver konkret, hvilken mulig bevisførelse, der kunne have været foranstaltet. Herom henvises til afsnit 5 nedenfor. Dertil kommer den i stigende grad anførte begrundelse om frigørelse fra ”diverse risici” ved entreprisen. Der kan herom henvises til afsnit 4.6 – 4.7 nedenfor.

TBB 2024.442 VBA

TBB 2024.442 angik en mindre fagentreprise om visse arbejder i forbindelse med renovering af en trappe. BH overlod uberettiget udførelsen af nogle ekstraarbejder til en anden entreprenør, hvilket konstituerede misligholdelse af kontrakten. E havde tilbudt de omhandlede ekstraarbejder udført for kr. 182.000 ekskl. moms. E krævede kr. 50.000 i erstatning for mistet dækningsbidrag.

Voldgiftsretten udtalte herom:

”E har herefter krav på erstatning for mistet dækningsbidrag ved at være frataget den resterende del af arbejdet. E har efter de foreliggende oplysninger ikke bevist, at det mistede dækningsbidrag udgør 50.000 kr. Tabet af dækningsbidrag kan efter en samlet vurdering skønsmæssigt fastsættes til 20.000 kr. uden tillæg af moms.”

Der er ikke oplyst noget nærmere om den stedsfundne bevisførelse eller grundlaget for skønsudøvelsen.

TBB 2024.899 VBA

Sagen i *TBB 2024.899* omhandlede en kontrakt om levering og montering af inventar til et hotel. Entreprisensummen udgjorde ca. 1,5 mio. kr. ekskl. moms.

BH besluttede umiddelbart før påbegyndelse af entreprisen ensidigt at lade montagedelen udgå. Senere standsede E leverancerne pga. manglende betaling. Denne standsning fandtes berettiget, og BH's ophævelse i lyset af standsningen var derfor uberettiget.

Voldgiftsretten bemærkede om mistet avance på montagearbejderne:

”Da montagearbejderne på BH's foranledning udgik af E's ydelse, og da det ikke af BH er godtgjort, at dette skyldtes E's forhold, finder voldgiftsretten, at E har krav på den tabte avance i relation til montagedelen.”

Om det mistede dækningsbidrag for leverancedelen udtalte voldgiftsretten:

”Erstatning for tabt dækningsbidrag

Voldgiftsretten finder med det kendskab, voldgiftsrettens faglige dommere har til markedet for produktionsvirksomheder, en dækningsgrad på 38 % for rimelig. Da det tabte dækningsbidrag imidlertid skal beregnes på baggrund af restsummen med fradrag af dækningsbidraget, og da E på en række punkter havde ydet BH rabatter, medtages kravet alene med skønsmæssigt 100.000 kr.”.

Det vil ses, at voldgiftsretten anvendte eget erfaringsgrundlag til underbygning af sandsynligheden af den hævdede dækningsgrad.

Sætningen om beregningsgrundlaget for det tabte bidrag efter min opfattelse ikke korrekt. Herom henvises til afsnit 4.5 nedenfor.

TBB 2025.91 VBA

I *TBB 2025.91* angik sagen en fagentreprise om vejanlæg og parkeringspladser på en ejendom. Entreprisesummen udgjorde ca. 2,8 mio. kr. ekskl. moms.

FE standsede arbejderne pga. manglende betaling fra BH. BH ophævede kontrakten, hvilken ophævelse voldgiftsretten fandt uberettiget.

UE krævede erstatning for mistet dækningsbidrag i en periode, hvor byggeriet var forsinket som følge af BH's forhold. Her blev dækningsgraden efter bevisførelsen fastsat til 17%. Den samme dækningsgrad blev anvendt ved fastsættelsen af mistet dækningsbidrag for restarbejderne, idet voldgiftsretten bemærkede:

”Mistet dækningsbidrag for kontraktarbejder

Kravet om mistet dækningsbidrag som følge af BH's uberettigede ophævelse af entrepriseaftalen er opgjort ud fra mistede kontraktarbejder svarende til et kontraktbeløb på 528.625 kr. ekskl. moms og et dækningsbidrag på 18 %. Med bemærkning at FE's dækningsbidrag som nævnt skønsmæssigt kan fastsættes til 17 %, godkender voldgiftsretten et krav på skønsmæssigt 90.000 kr.”.

Det eneste bemærkelsesværdige ved kendelsen er reduktionen af den opgjorte dækningsgrad fra 18 % til 17 %, men dette må antages at skyldes, at denne dækningsgrad var lagt til grund vedrørende den anden periode. Hvis dette ikke havde været tilfældet, forekommer det usandsynligt at voldgiftsretten ville foretage en så minimal reduktion af en af realdebitor opgjort dækningsgrad. Det må her erindres, at der er tale om skønsmæssigt opgjorte erstatninger baseret på en antagelse om et kontrafaktisk forløb, og en så marginal reduktion af dækningsgraden vil almindeligvis fremstå som unødigt restriktiv.

TBB 2025.682 VBA

Sagen i *TBB 2025.682* omfattede en hovedentreprise om opførelse af fire boligblokke. Entreprisesummen udgjorde ca. 150 mio. kr. Kort før færdiggørelsen af den første boligblok ophævede BH entreprisen over for HE vedrørende den resterende entreprise. I lyset heraf ophævede HE de indgåede entrepriseaftaler med en række underentreprenører. BH's ophævelse fandtes uberettiget, og BH blev tilpligtet at friholde HE for de erstatninger, som HE skulle betale til underentreprenørerne.

Sagen mellem BH og HE angik nærmere BH's friholdelse af HE i forhold til den ene af disse underentreprenører, betegnet UE1. Der var nære familiemæssige bånd mellem de fysiske personer bag HE og UE1. HE påberåbte sig bl.a. en slutafregning fremsendt fra UE1 til HE, hvilken HE havde godkendt.

Om grundlaget for friholdelsen udtalte voldgiftsretten følgende om grundlaget for fastlæggelsen af den UE1 tilkommende erstatning og den deraf følgende friholdelsesforpligtelse:

”Spørgsmålet er herefter, om UE1 har haft et tab som følge af den uberettigede ophævelse af kontrakten og i givet fald, hvor stort UE1's tab er. Tabet udgør den avance, som UE1 eventuelt er gået glip af som følge af, at UE1 blev afskåret fra at færdiggøre entrepriserne, og som UE1 ikke har kunnet dække ved at påtage sig andre arbejdsopgaver i stedet for de byggeaktiviteter på '[projekt]', som firmaet blev frigjort fra efter ophævelsen. Voldgiftsretten bemærker, at UE1 var tæt på færdiggørelse af sine arbejdsopgaver på Blok A, da HE's opsigelse af underentreprisekontrakterne fandt sted i juli 2020. Det er derfor naturligt at anvende UE1's dækningsbidrag på de udførte arbejder på Blok A som indikation for størrelsen af tabt avance på de mistede arbejder på Blok B-D. Ifølge revisorerklæringen udgør UE1's dækningsbidrag på de udførte arbejder på ophævelsestidspunktet henholdsvis 22,66 % på ventilationsentreprisen og 27,99 % på VVS-entreprisen.

Efter bevisførelsen lægger voldgiftsretten til grund, at der i forbindelse med slutafregningen fra UE1 er sket en voldsom overfakturering, og at det kun er som følge af interessefællesskabet betinget af ejersammenfald og familiære bånd, at HE har godkendt dette. [Udeladt]

Som følge af det anførte om overfakturering fra UE1's side finder voldgiftsretten, at UE1's slutafregning for udført arbejde ikke udgør et troværdigt grundlag for beregning af det dækningsbidrag, der kan anvendes som udgangspunkt for ansættelsen af UE1's tabte avance på restentrepriserne (Blok B-D). Det kan efter omstændighederne ikke føre til andet resultat, at HE uden indsigelse har betalt alle UE1's fakturaer.

Da revisorerklæringen med beregning af UE1's avancetab på restentrepriserne er baseret på UE1's avance på allerede udførte arbejde, beregnet på grundlag af afregning for udført arbejde inden arbejdsstandsningen, finder voldgiftsretten, at denne erklæring er uanvendelig som grundlag for en skønsmæssig ansættelse af det tab, som UE1 er berettiget til at få erstattet som følge af kontraktophævelsen.

Voldgiftsretten bemærker, at hvis der bortses fra den omtalte overfakturering på VVS-entreprisen, synes UE1's dækningsgrad på denne entreprise at have været ganske beskeden for så vidt angår de arbejder på Blok A, der blev udført inden arbejdsstandsningen. Voldgiftsretten bemærker endvidere, at VVS-entreprisen var mere end dobbelt så stor som UE1's ventilationsentreprise. Det betyder dog ikke, at voldgiftsretten finder grundlag for at følge BH's synspunkt om, at UE1 ikke kan antages at have haft udsigt til nogen fortjeneste på de to entrepriser for så vidt angår de arbejder på Blok B-D, som UE1 blev afskåret fra at udføre som følge af BH's uberettigede ophævelse af kontrakten med HE.

Ved den skønsmæssige ansættelse af det tabte dækningsbidrag på restentrepriserne (VVS-arbejderne og ventilationsarbejderne på Blok B-D), som UE1 er berettiget til at få erstattet efter den uberettigede ophævelse af kontrakten, finder voldgiftsretten, at bevisusikkerheden, som den dokumenterede overfakturering har medført, kommer HE til skade under denne voldgiftssag mod BH. Endvidere taler det for et konservativt skøn, at der er tale om arbejder, som skulle have været udført over en flerårig periode, og at UE1 derfor principielt har haft lang tid til at tilpasse sig tabet af entrepriserne og begrænse sit tab ved at skaffe sig andre arbejdsopgaver med henblik på udnyttelse af den frigjorte kapacitet. Voldgiftsretten bemærker herved, at direktør HE-V3's udsigt til snarlig pensionering på grund af alder kan have været medvirkende årsag til, at sådan tabsbegrænsning ikke har fundet sted i videre udstrækning end sket. Efter en samlet afvejning af de ovenfor anførte relevante omstændigheder finder voldgiftsretten, at UE1's erstatningsberettigede tab som følge af kontraktophævelsen skønsmæssigt må ansættes til 500.000 kr., hvilket svarer nogenlunde til et dækningsbidrag på 5 % af restentreprisesummen på de to entrepriser med tillæg af et beløb svarende til den overfakturering, som må antages at have fundet sted. Voldgiftsretten tager herefter HE's betalingspåstand delvis til følge, således at BH skal erstatte HE for UE1's berettigede erstatningskrav med 500.000 kr.”

Af mere generel interesse er voldgiftsrettens tilkendegivelse om, at den realiserede dækningsgrad på den første boligblok kunne udgøre et relevant udgangspunkt for beregning af erstatning for UE1's mistede fortjeneste på

den resterende del af underentreprise. Da overfaktureringen indgik i beregningen af den historiske dækningsgrad, kunne denne konkret ikke tillægges nogen bevisværdi, men det betager ikke udtalelsen dens principielle betydning i henseende til relevansen af realiserede dækningsgrader på sammenlignelige dele af projektet.

Derimod blev overfaktureringen tillagt restentreprisesummen og beløbet indgik således i beregningen af mistet fortjeneste. Dette er selvsagt en helt korrekt analyse.

Også i denne kendelse henviste voldgiftsretten til spørgsmålet om pligten til begrænsning af tab. Der blev derimod ikke henvist til spørgsmålet om frigørelse for byggeriets risici. Dette kan skyldes parternes procesaktivitet.

TBB 2026.321 VBA

Kendelsen i *TBB 2026.321 VBA* omhandlede en underentreprise om bl.a. jord- og betonarbejder ved opførelse af studieboliger. Arbejdet var opdelt i to etaper, og enterprisesummen var i alt kr. 2,5 mio. ekskl. moms. Parterne havde ved forsinkelse aftalt en dagbod på kr. 5.000 pr. arbejdsdag.

På et tidspunkt efter gennemførelsen af første etape ophævede TE parternes aftale. Ophævelsen fandtes uberettiget allerede fordi, der ikke var givet noget påkrav. Der var konstateret mangler ved UE's arbejde på projektets første etape, ligesom voldgiftsretten lagde til grund, at mangelahjælpning ville have medført forsinkelse fra UE's side.

I tilknytning til flere gennemførte syns- og skønforretninger anslog skønsmanden udbedringsomkostningerne til samlet kr. 1,35 mio. ekskl. moms.

Voldgiftsretten udtalte om parternes økonomiske opgør bl.a.:

5.2. Opgørelse af parternes økonomiske mellemværende Som følge af den uberettigede ophævelse af parternes aftale har UE krav på betaling af restentreprisesummen for det udførte arbejde og dækningsbidrag for det ikke udførte arbejde i overensstemmelse med sin påstand herom. Denne påstand er beløbsmæssigt ubestridt af TE.

Spørgsmålet er herefter, om TE's kan gøre sit selvstændige krav på mangelahjælpning, omkostninger til rådgiver og forsinkelsesomkostninger gældende.

5.2.1. Afhjælpning af mangler

Efter skønserklæringen lægges det til grund, at der var behov for udbedring af mangler ved det arbejde, som var udført på etape 1. Henset til at ophævelsen af entrepriseaftalen ikke har været berettiget, havde UE afhjælpningsret, og omkostningerne til afhjælpning af mangler må derfor opgøres til UE's kostpris. TE kan således ikke gøre de afholdte omkostninger til afhjælpning ved tredjemand gældende mod UE. Der foreligger ikke nærmere oplysninger om de omkostninger, som UE skulle have afholdt,

hvis entreprenøren havde fået mulighed for selv at forestå afhjælpning af manglerne. Voldgiftsretten har skønnet disse omkostninger til ca. 650.000 kr. Dette skøn er foretaget på baggrund af voldgiftsrettens samlede viden og erfaring samt oplysningerne i sagen. Det er herved indgået, at den samlede entre prisesum udgjorde 2,5 mio. kr. for etape 1 og 2, at skønsmanden har skønnet, at omkostningerne til en tredjemand ville udgøre ca. 1.150.000-1.500.000 kr., at det ikke var hele etape 1, som skulle omgøres, og at UE allerede var på pladsen og således hurtigt ville kunne allokere ressourcer til opgaven.

...

5.2.3. Forsinkelsesomkostninger

Voldgiftsretten finder det ubetænkeligt at fastslå, at afhjælpning af mangler må have indebåret en forsinkelse. Der er imidlertid ikke fremlagt tidsplaner, som giver det muligt at fastslå længden heraf eller oplysninger om fremdriften på byggepladsen i øvrigt. Det bemærkes herved, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at projektet blev afleveret til tiden, at der var opstået forsinkelser i forbindelse med konstatering af forurening, opgravning af en kælder og understøbning af fundamentet på en af naboejendommene, og at TE ikke har opgjort et krav på forceringsomkostninger. Hertil kommer, at TE's krav er forbundet med stor usikkerhed herunder for så vidt angår lagerleje i forbindelse med opbevaring af betonelementer, hvor der synes at være ydet en stor rabat, som ikke er indregnet i kravet. Voldgiftsretten bemærker videre, at TE ikke kan rejse krav om dagbod efter den uberettigede ophævelse af parternes aftale - et krav som i øvrigt ikke er varslet på noget tidspunkt forud for denne sag. Der er derfor ikke grundlag for at fradrage noget beløb i UE's krav under henvisning til forsinkelse.

5.2.4. Sammenfatning

Voldgiftsretten finder herefter, at der i det beløb på 2.853.524,08 kr., som UE har krav på efter sin påstand, skal fradrages ca. 650.000 kr., således at TE til UE skal betale i alt 2.200.000 kr. med renter som nedenfor bestemt.

Kendelsen er interessant af flere grunde. For det første fastslår den et generelt princip om opgørelsen af modkrav ved konstaterede mangler i tilfælde af uberettiget ophævelse, hvor realdebitor afskæres fra den afhjælpningsret, som tilkommer denne efter AB §§ 48–49. I en sådan situation kan der – i lyset af afhjælpningsrettens funktion – alene ske modregning med det beløb, som det ville have kostet realdebitor selv at afhjælpe manglerne, hvad enten dette opgøres som interne omkostninger eller som udgifter til tredjemands afhjælpning. Dette resultat kan uden videre tiltrædes.

Dernæst er kendelsen interessant ved principielt at afvise anvendelsen af aftalte dagbodsbestemmelser i tilfælde af uberettiget ophævelse, uanset at det lægges til grund, at UE's afhjælpning – hvis den var gennemført – ville have medført forsinkelse, som skulle fradrages ved opgørelsen af realdebitors nettotilgodehavende. Voldgiftsrettens konklusion er formuleret som et retligt princip (retlig modalitet), uden nærmere begrundelse. Der henvises dog tillige til manglende varsling af dagbod som en selvstændig begrundelse for ikke at imødekomme kravet om erstatning for en kontrafaktisk forsinkelse.

Ser man bort fra spørgsmålet om varsling, forekommer den principielle afvisning ikke tvingende, forudsat at det i øvrigt må lægges til grund, at UE i det kontrafaktiske forløb ville have været forsinket. Dagbodsbestemmelser har netop til formål at muliggøre en forudgående fastlæggelse af erstatningen for

forsinkelse og dermed afskære tvist om tabsopgørelsen. De vanskeligheder, som en sådan opgørelse ellers giver anledning til, fremgår da også med betydelig klarhed af præmisserne i sagen.

TBB 2026.546 VBA

Kendelsen i *TBB 2026.546 VBA* omhandlede en underentreprise om malerarbejde, der skulle udføres i tre etaper. TE afbrød samarbejdet med UE efter og lod en anden entreprenør udføre de resterende arbejder. UE anså dette for misligholdelse af aftalen, da der efter UE's opfattelse var indgået aftale om det samlede malerarbejde. Der forelå ikke en underskrevet entrepriseaftale. TE gjorde gældende, at der ikke var indgået aftale vedrørende etape 2 og 3. Voldgiftsretten fandt efter bevisførelsen, at der forelå en aftale om malerentreprisen også for de efterfølgende etaper, og at TE havde misligholdt aftalen ved at overlade arbejdet til anden entreprenør. TE havde derfor pådraget sig erstatningsansvar.

Om erstatning for mistet fortjeneste udtalte voldgiftsretten:

UE har bevisbyrden for at have lidt et tab som påstået, herunder at der ved entreprisen var udsigt til et dækningsbidrag på 32,93%, subsidiært 25 %, i etape 2 og 3.

Der er ikke foretaget syn og skøn eller anden uvildig sagkyndig bevisførelse om tabets størrelse. UE har derimod til støtte for kravet om mistet dækningsbidrag henvist til dels en tilbudsberregning af 8. november 2021, der efter det oplyste er udarbejdet af et eksternt beregnerkontor forud for tilbudsgivningen, dels tre tilbud, som UE efter det oplyste skulle have indhentet fra sine materialeleverandører forud for tilbudsgivningen. Ingen af disse dokumenter understøtter imidlertid i sig selv, at det reelt forventelige dækningsbidrag ved den konkrete entreprise lå på et niveau som påstået af UE.

På tilsvarende vis findes den af UE fremlagte revisorerklæring, hvori det er konkluderet, at der på alle normale sager forventes en dækningsgrad på minimum 25 %, heller ikke at kunne tillægges væsentlig betydning, allerede som følge af, at UE havde ydet TE en betydelig rabat i forbindelse med tilbudsgivningen og den efterfølgende aftaleindgåelse.

På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt og under hensyn til UE's muligheder for at anvende de frigjorte ressourcer til andre opgaver, finder voldgiftsretten, at erstatningen for mistet dækningsbidrag skønsmæssigt skal fastsættes til 500.000 kr. Det bemærkes herved, at der ikke er grundlag for at fastslå, at UE som følge af passivitet har fortabt retten til at fremsætte krav om erstatning for mistet dækningsbidrag.

Det vil ses, at der forelå konkrete grunde til at frakende revisorerklæringen bevismæssig betydning, ligesom spørgsmålet om tabsbegrænsningspligt blev inddraget i den skønsmæssige fastsættelse af det lidte tab, der opgjordes som ”mistet dækningsbidrag”.

4. Analyse – materielretlige principper

4.1 Indledende bemærkninger

Gennemgangen ovenfor i afsnit 3 af voldgiftspraksis om erstatningsberegning for mistet fortjeneste ved realkreditors uberettigede ophævelse af entreprisekontrakter tegner ikke et fuldstændigt klart billede af voldgiftsretternes opfattelse af retstilstanden i forhold til samtlige relevante retsstiftende kendsgerninger, bevisbedømmelsen og retsanvendelsen.⁶

Ikke desto mindre kan der med en vis sikkerhed udledes en række principper og kriterier af kendelserne. Disse principper analyseres og kommenteres i det følgende. Fremstillingen består overvejende af kommentarer til voldgiftspraksis, således som denne kommer til udtryk i de analyserede kendelser, og udgør derfor ikke en udtømmende behandling af samtlige relevante problemstillinger. Analysen vil i senere artikler blive udvidet til andre spørgsmål af betydning for bedømmelsen af *lucrum cessans*.

Den følgende analyse er struktureret således, at opgørelsen af mistet fortjeneste ved uberettiget ophævelse behandles som en flerleddet vurdering. Først tages der stilling til et kontrafaktisk opfyldelsesforløb, hvori realydelsen tænkes præsteret. På dette grundlag fastlægges den fortjeneste, som realdebitor som udgangspunkt ville have realiseret ved kontraktens gennemførelse, typisk med udgangspunkt i dækningsbidraget. Herefter må det vurderes, om og i hvilket omfang kapacitetsomkostninger skal fradrages ved fastlæggelsen af det erstatningsretligt værnede tab. Dernæst undersøges, om dette forløb giver grundlag for yderligere korrektioner, navnlig som følge af antagelser om manglende kontraktsmæssig opfyldelse. Endelig analyseres spørgsmålet om fradrag for økonomiske fordele opnået som følge af ophævelsen samt forhold omfattet af tabsbegrænsningspligten.

⁶ Dette kan for det første til dels skyldes den af parterne udfoldede processuelle aktivitet under sagerne. Dernæst kan anføres, at stort set alle voldgiftskendelserne er udfærdiget uden sagsfremstilling og mange dertil med en ganske summarisk gennemgang af faktum. Voldgiftsretter nedsat af VBA i kraft af AB-systemet har i praksis et *de facto*-monopol på løsning af entrepriseretlige tvister. Dette monopol har en række fordele i forhold til entydighed i retsanvendelsen, men det bør (i sammenhæng med den omstændighed, at kendelser i voldgiftssager for VBA offentliggøres gennem TBB og KFE) anspore til, at voldgiftsretterne udnytter deres funktion som retsudviklende og -præciserende. Der er klare tegn på en udvikling i denne retning, idet voldgiftsretterne i stigende grad i relevante sager fokuserer på at udtrykke præmisser, der kan virke handlingsdirigerende for byggeriet i almindelighed og brugere af AB-systemet i særdeleshed og endvidere kan virke handlingskorregerende derved, at præjudikatsegne vendinger genanvendes i sager med sammenlignelige faktumudtryk.

Det centrale metodiske udgangspunkt er, at *lucrum cessans* ikke kan identificeres med én enkelt beregningsformel. Kravet angår derimod en hypotetisk nettofortjeneste, som realdebitor med tilstrækkelig sandsynlighed ville have opnået ved kontraktens fortsatte og kontraktsmæssige gennemførelse. Opgørelsen må foretages i spændingsfeltet mellem en økonomisk rekonstruktion af det kontrafaktiske forløb og en retlig afgrænsning af det erstatningsretligt værnede tab.

Fra nyere dansk litteratur kan der om realdebitors erstatningskrav for mistet fortjeneste i entrepriserelation især henvises til Iversen: Erstatningsberegning i kontraktforhold (2000) s. 459 ff. ("Erstatningsberegning"), samme: Entrepriseretten (2016) s. 740 ff. ("Entrepriseretten") og Hørlyck: Entreprise – AB18 (9.udg., 2022) s. 665 ff. samt Buch m.fl.: AB 18 (2021) s. 895 ff. ("Buch m.fl.").

4.2 *Krav for udført arbejde versus erstatning for ikke-udført arbejde*

Før de principper, som kan udledes af voldgiftspraksis, analyseres nærmere, er det hensigtsmæssigt at fremhæve den retlige betydning af sondringen mellem entreprenørens krav på (rest)betaling for den præsterede del af entreprisen og kravet på erstatning for mistet fortjeneste vedrørende den ikke udførte del (restentreprisen).

Kravet på betaling for udført arbejde – herunder den fortjeneste, der knytter sig hertil – vedrører realkreditors primære betalingsforpligtelse i henhold til kontrakten. Der er således ikke tale om et erstatningskrav, men om et krav på den kontraktmæssige modydelse for den leverede realydelse. Heroverfor står kravet på erstatning for mistet fortjeneste vedrørende restentreprisen, som udspringer af misligholdelsen og – ligesom i engelsk ret, jf. nedenfor - bør karakteriseres som en sekundær forpligtelse med det formål at stille realdebitor, som om kontrakten var blevet behørigt opfyldt.

Ved realkreditors uberettigede ophævelse efter delvis opfyldelse er entreprenørens krav derfor sammensat: dels et betalingskrav for den kontraktmæssige værdi af det udførte arbejde, dels et erstatningskrav for mistet fortjeneste vedrørende den ikke udførte del.

Betalingskravet omfatter de beløb, der i henhold til kontrakten er forfaldne for arbejde udført indtil ophævelsen, herunder godkendte beløb samt den kontraktmæssige værdi af arbejde, som er udført, men endnu ikke godkendt eller indregnet i en á conto-begæring eller betalingsplan. Fastlæggelsen beror på kontraktens betalings- og værdiansættelsesregler og ikke på en efterfølgende rekonstruktion baseret på omkostninger.

Sondringen har væsentlige retlige implikationer. Erstatningsretlige principper, herunder tabsbegrænsningspligten, finder ikke anvendelse på betalingskravet. Det afgørende er alene værdiansættelsen af den præsterede ydelse efter kontrakten, med den begrænsning, som følger af aftalelovens § 36. Dette adskiller sig grundlæggende fra en reduktion baseret på erstatningsretlige kriterier.

Netop denne sontring er bestemmende for analysen af voldgiftspraksis: hvor praksis angår opgørelsen af betaling for allerede udført arbejde, er udgangspunktet kontraktens pris- og betalingsmekanismer, mens opgørelsen af mistet fortjeneste vedrørende restentreprisen må bedømmes efter erstatningsretlige principper. Manglende sontring mellem disse kravstyper risikerer at føre til metodisk sammenblanding, som muliggør fejlagtige resultater.

Sondringen har også betydning for bevisbedømmelsen. For betalingskravet er spørgsmålet, hvilken del af kontraktsydelsen der faktisk er præsteret, og hvilken kontraktmæssig værdi denne ydelse har. For erstatningskravet vedrørende restentreprisen er spørgsmålet derimod hypotetisk: hvilken fortjeneste ville realdebitor have opnået, hvis ophævelsen ikke var sket, og kontrakten i stedet var blevet gennemført? Det er derfor ikke tilstrækkeligt blot at sammenholde den samlede entreprisens sum med de faktisk afholdte omkostninger. En sådan metode risikerer at sammenblende realiseret indtjening på den udførte del med mistet indtjening på den ikke udførte del.

Set i dette lys svarer sondringen mellem betalingskravet og kravet på mistet fortjeneste til forskellen mellem et *claim in debt* og et *claim in damages* i engelsk ret: førstnævnte angår opfyldelsen af en primær betalingsforpligtelse i overensstemmelse med kontrakten, mens sidstnævnte angår kompensation for de følger, som kontraktsbruddet har for de resterende, ikke realiserede ydelser og indtægter.

Denne sontring er ikke blot terminologisk. Den forhindrer, at realkreditor gennem en uberettiget ophævelse indirekte opnår adgang til at omforhandle prisen for allerede udførte arbejder under dække af erstatningsretlige betragtninger eller quantum meruit-lignende betragtninger. Omvendt forhindrer den også, at realdebitor uden videre kan kræve kontraktens resterende pris som sådan, hvor realydelsen ikke længere skal præsteres.

4.3 Overordnede principper for erstatning for mistet fortjeneste

Jeg vender mig herefter mod principperne for opgørelsen af realdebitors mistede fortjeneste på den ikke udførte del af entreprisen.

Først skal anføres, at realdebitors krav terminologisk bør rubriceres som vedrørende ”erstatning” og ikke det mere upræcise begreb ”godtgørelse,” idet kravene udspringer af realkreditors misligholdelse.⁷

Erstatning af den positive opfyldelsesinteresse indebærer, som anført tidligere, at skadelidte skal stilles, som om kontrakten var opfyldt af parterne.

Det erstatningsretligt værnedes tab ved realkreditors uberettigede ophævelse af entreprisekontrakten er realdebitors konkrete, individuelle tab.⁸ Dette tab omfatter som anført både afholdte omkostninger (*damnum emergens*) og en mistet (kontrafaktisk fastsat) fortjeneste (*lucrum cessans*).

Det følger heraf, at avancetabet ikke retligt er begrænset til et ”sædvanligt” niveau efter en selvstændig ”normaltabslære”, jf. om denne begrebsdannelse f.eks. Lassen: Haandbog i Obligationsretten (3. udg., 1917-1920) (”Lassen”) s. 404 f., Ussing: Obligationsretten (4. udg., 1967) (”Ussing”) s. 145, Iversen: Obligationsret (5. udg., 2019) (”Iversen”) s. 297 f. En sådan lære lader sig ikke forene med grundsætningen om fuld erstatning for det konkrete, individuelle tab

En normaltabslære ville indebære, at realdebitor kun er erstatningsretligt beskyttet indtil et ”sædvanligt” fortjenesteniveau for tilsvarende arbejder, uanset hvad der konkret er aftalt og kalkuleret i den pågældende entreprise. Dette er vanskeligt at forene med udgangspunktet om, at erstatningen skal afspejle den fortjeneste, som entreprenøren faktisk ville have opnået ved kontraktens gennemførelse. En sådan begrænsning kan derfor ikke opretholdes.

Den gennemgåede praksis viser imidlertid, at det som begrundelse for en reduktion af det krævede erstatningsbeløb ikke sjældent anføres, at den af realdebitor opgjorte mistede fortjeneste - typisk opgjort som dækningsbidrag, jf. afsnit 4.5 nedenfor - af den ene eller anden grund er usædvanligt høj eller lignende.

Hertil bemærkes for det første, at det forhold, at fortjenesten fremstår høj, i sig selv er uden retlig betydning, så længe der er tale om det faktisk opgjorte individuelle tab. Kun hvor fortjenesten er urimelig i et sådant omfang, at dette i sig selv kan begrunde en nedsættelse i henhold til aftalelovens § 36 – eller helt undtagelsesvis må anses for inadækvat – kan størrelsen tillægges retlig betydning.

⁷ Se også Betænkning 1570/2018 (”AB18-Betænkningen”) s. 156. Den eneste kendelse, der bruger betegnelsen ”godtgørelse”, er TBB 2017.563 VBA. Dette kan meget vel skyldes parternes procesaktivitet.

⁸ Medmindre særlige lovregler foreskriver eller parternes aftale bestemmer andet. En partsaftale herom vil være undergivet urimelighedscensur efter aftalelovens § 36.

For det andet må det imidlertid fremhæves, at “normale” eller “sædvanlige” fortjenestebetragtninger kan have betydning på det bevismæssige plan. Ved vurderingen af, om der er ført bevis for den af realdebitor hævdede fortjeneste, kan retsanvenderen i tilfælde af bevisusikkerhed tage udgangspunkt i, hvad fortjenesten normalt vil være for den pågældende type opgave, herunder baseret på egne erfaringer eller andet erfaringsgrundlag.⁹

Hvor dokumentationsgrundlaget ikke opfylder det stillede beviskrav, kan en fastsættelse af tabet med udgangspunkt i en “sædvanlig” fortjeneste derfor være berettiget. Det er imidlertid afgørende, at en sådan reduktion ikke udgør en retlig begrænsning af skadelidtes krav, men alene afspejler, at beviskravet for et højere, individuelt dækningsbidrag ikke er opfyldt. Hvis beviskravet i praksis anlægges strengt, kan resultatet funktionelt nærme sig en normaltabslære, men dette vil da bero på en bevismæssig – ikke en retlig – modalitet.

Det afgørende er derfor at holde tre spørgsmål adskilt: For det første, om den hævdede fortjeneste faktisk ville være opnået. For det andet, om fortjenesten, selv om den ville være opnået, er undergivet erstatningsretlige begrænsninger. For det tredje, om der foreligger aftaleretlige eller normative korrektiver, som kan begrunde en reduktion. Kun det første spørgsmål angår beviset for tabets størrelse; de øvrige angår retlige begrænsninger eller korrektiver.

Den kontrafaktiske vurdering af den mistede fortjeneste er ikke spekulativ i fri forstand, men bundet til kontrakten, parternes faktiske præstationer, projektets stade og de økonomiske forudsætninger, som kan udledes af de øvrige relevante faktiske omstændigheder. Det hypotetiske element kan ikke elimineres, men det kan disciplineres gennem krav om konkretisering og bevis.

Fastlæggelsen af erstatningen for mistet fortjeneste forudsætter herefter – afhængigt af sagens konkrete omstændigheder og parternes processuelle aktivitet – en stillingtagen til en række indbyrdes forbundne problemstillinger, navnlig:

- Størrelsen af restentreprisesummen,
- Det fortjeneste, som realdebitor ville have opnået ved kontraktens gennemførelse, herunder dækningsbidrag og fradrag heri
- Eventuelle korrektioner som følge af antagelser om manglende kontraktmæssig opfyldelse,
- Økonomiske fordele for realdebitor som følge af ophævelsen,

⁹ Det anføres i nogle kendelser udtrykkeligt, at der er tale om de fagkyndige medlemmers erfaringer.

- Realdebitors opfyldelse af tabsbegrænsningspligten,
- Inadækvans,
- Aftalte begrænsninger
- Andre relevante omstændigheder.

Disse problemstillinger gennemgås i det følgende.

4.4 *Størrelsen af restentreprisesummen*

Størrelsen af restentreprisesummen er central for opgørelsen af erstatningen. I voldgiftspraksis fastsættes erstatningen med udgangspunkt i det dækningsbidrag, som voldgiftsretten efter bevisførelsen finder grundlag for at lægge til grund for restentreprisen, og dette opgøres ved anvendelse af en hertil svarende dækningsgrad på restentreprisesummen, jf. nærmere afsnit 4.5.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at det dækningsbidrag, der kan lægges til grund for restentreprisen, ikke uden videre kan udledes af den dækningsgrad, der er realiseret for den udførte del af entreprisen.

I praksis fastlægges restentreprisesummen sædvanligvis ved en stedeforretning, hvor realdebitors hidtidige leverance registreres og kvantificeres. Restentreprisen fremkommer herefter ved fradrag af værdien af det udførte arbejde i den samlede entreprisesum. Stedet og værdiansættelsen heraf må bedømmes efter kontraktens priser, jf. *Entrepriseretten*, s. 740, og Buch m.fl., s. 884, hvilket afspejler, at der er tale om et betalingskrav, jf. afsnit 4.2.

Pligten for realkreditor til at indkalde til stedeforretning følger af AB 18 § 63. Undlades dette i tilknytning til ophævelsen, må dette som udgangspunkt komme realkreditor til skade ved fastlæggelsen af omfanget af det udførte arbejde. Dette er i overensstemmelse med almindelige bevis- og risikofordelingsprincipper: den part, der har den bedste mulighed for at sikre et forsvarligt dokumentationsgrundlag, bærer risikoen for de bevismæssige konsekvenser af sin passivitet.

Stedeforretningens betydning som grundlag for fastlæggelsen af restentreprisesummen er fremhævet i en række kendelser, jf. TBB 2015.623, TBB 2018.834 og TBB 2024.172.

4.5 *Dækningsbidrag som udgangspunktet for erstatningsberegningen*

Der tales sædvanligvis om, at erstatningspligten for *lucrum cessans* vedrører mistet ”fortjeneste”¹⁰ eller ”avance”.

”Fortjeneste” og ”avance” anvendes i praksis som økonomiske udtryk for det beløb, der tjenes på en transaktion eller aktivitet, men de er ikke i sig selv lovbundne begreber i årsregnskabsloven. Begreberne fungerer som almindelige fagudtryk i økonomi og regnskabssprog, men uden en selvstændig, normativ definition i loven.¹¹

Gennemgangen af voldgiftskendelserne ovenfor viser klart, at praksis har lagt sig fast på, at der ved beregningen af det relevante tab tages udgangspunkt i det mistede dækningsbidrag på den del af realydelsen (restentreprisen), som udestod på tidspunktet for den uberettigede ophævelse. Således refererer alle de gennemgåede kendelser, bortset fra TBB 2024.172,¹² dækningsbidraget (ofte udtrykt ved dækningsgraden) som udgangspunktet for erstatningsopgørelsen.¹³

Dækningsbidrag¹⁴ opgøres økonomisk som omsætning fratrukket variable omkostninger, idet sidstnævnte omfatter omkostninger, der varierer i forhold til omsætningen. For entreprisevirksomheder er dækningsbidrag forskellen mellem enterprisesummen og de direkte, aktivitetsafhængige omkostninger på den konkrete entreprise, herunder typisk materialer, underentreprenører, maskin- og udstyrsforbrug, forbrugsstoffer samt direkte løn. Lønninger til administration, ledelse, projektafdeling (i det omfang de ikke kan fordeles direkte),

¹⁰ Den romerretlige betegnelse ”*lucrum cessans*” kan ordret oversættes til ”ophørt vinding” eller ”ophørt fortjeneste”.

¹¹ I modsætning hertil står en række centrale økonomiske begreber, der netop er givet et lovmæssigt/terminologisk indhold i årsregnskabsloven, især gennem opstillingsreglerne for resultatopgørelsen og indregnings- og målingsbestemmelserne. Her kan fx nævnes: ”nettoomsætning”, ”andre driftsindtægter”, ”eksterne omkostninger”, ”personaleomkostninger”, ”afskrivninger og nedskrivninger”, ”finansielle indtægter og omkostninger”, ”bruttoresultat” (”bruttofortjeneste/bruttotab”), ”skat af årets resultat” og ”årets resultat”, som alle fremgår af skemabilagene til årsregnskabsloven samt de materielle regler om indregning af indtægter og omkostninger i lovens kapitel om indregning og måling. Disse begreber er dermed lovbundne og fungerer i højere grad som tekniske termer eller terminologisk fastlagte poster, hvorimod fortjeneste og avance kun kan beskrives som overordnede økonomiske fagudtryk, der konceptuelt henviser til overskud, men uden en præcist lovdefineret kontur.

¹² I TBB 2024.172 VBA henvises til ”avance” uden at det kan ses, hvorledes beregning af avancen nærmere er foretaget.

¹³ I en række kendelser tales således om ”fortjeneste” eller ”avance”, men hvor kendelsen i øvrigt viser, at der er tale om dækningsbidrag. Også den indledningsvis nævnte dom i UfR 1942.295 H om mistet ”nettoindtægt” synes at anvende dækningsbidrag som udtryk for tabet.

¹⁴ På engelsk tales om ”contribution margin.”

husleje, forsikringer, IT mv. anses derimod som faste omkostninger, såkaldte kapacitetsomkostninger, der ikke indgår i de variable omkostninger, men skal herefter ”dækkes” af det samlede dækningsbidrag.

Dækningsgraden er dækningsbidraget udtrykt i procent af enterprisesummen¹⁵ og angiver således, hvor stor en del af omsætningen der – efter variable omkostninger – forholdsmæssigt er til rådighed til dækning af faste omkostninger (kapacitetsomkostninger) og overskud. I praksis anvendes dækningsgraden både til vurdering af lønsomheden af den enkelte entreprise og til styring af kapacitetsudnyttelse og risikoniveau i virksomhedens samlede projektportefølje. Dækningsgraden vil derfor variere afhængigt af entreprisens karakter og de konkrete driftsmæssige forudsætninger.

Bemærkelsesværdige i forhold til opgørelsen af dækningsbidraget er afgørelserne TBB 2015.623 og TBB 2024.899, hvor de oplyste dækningsgrader fandtes rimelige, men hvor voldgiftsretterne udtalte, at den ”tabte avance” henholdsvis det ”tabte dækningsbidrag” skulle beregnes på grundlag af restentreprisesummen ”ekskl. dækningsbidrag” respektive ”med fradrag af dækningsbidraget.”

Rationalet bag disse udtalelser er hverken forklaret eller nærmere begrundet i præmisserne og kan efter min opfattelse ikke anses for korrekt. Anvendes dækningsgraden som beregningsgrundlag, er forholdet mellem dækningsbidrag og omsætning allerede indlejret heri. Et yderligere fradrag af dækningsbidraget vil derfor indebære en dobbeltkorrektion og systematisk føre til en for lav opgørelse af det mistede dækningsbidrag.

Kendelserne kan synes at illustrere en mere generel fare ved at anvende regnskabsmæssige størrelser uden at fastholde deres interne logik. Dette kan illustreres simpelt: Hvis dækningsgraden eksempelvis er 20 %, indebærer dette, at en restentreprisesum på 100 giver et dækningsbidrag på 20. Hvis der herefter foretages fradrag af dækningsbidraget i beregningsgrundlaget, reduceres grundlaget til 80, hvorefter 20 % giver 16. Resultatet er en systematisk undervurdering som følge af en dobbeltkorrektion.

Selvom dækningsbidraget således udgør det beregningsmæssige udgangspunkt, skal det understreges – hvilket også afspejles i praksis – at det i erstatningsretlig henseende ikke nødvendigvis svarer til den mistede fortjeneste. Den erstatningsretligt værnede *lucrum cessans* kan derfor ikke uden videre fastsættes som det mistede dækningsbidrag. Dette vil bero på den konkrete sags omstændigheder (og parternes processuelle aktivitet).¹⁶

¹⁵ På engelsk tales om ”contribution ratio.”

¹⁶ Se fra engelsk retspraksis om valget mellem ”gross profit” og ”net profit” Court of Appeal’s afgørelse i *Western Web Offset Printers Ltd v Independent Media Ltd* [1996] C.L.C. 77.

Retligt er det den mistede nettofortjeneste, der udgør det værnede tab ved uberettiget ophævelse. Dækningsbidraget vil imidlertid ofte udgøre den mest anvendelige økonomiske approksimation, da praksis viser, at det på restentreprisesummen typisk er den relevante størrelse, fordi det er forbundet med betydelige vanskeligheder at kvantificere, i hvilket omfang faste kapacitetsomkostninger faktisk ville være blevet reduceret eller kunne være nyttiggjort i andre sammenhænge.

I den forbindelse kan de faste omkostninger enten tænkes reduceret direkte – hvilket i givet fald begrundes et fradrag i forhold til det opgjorte dækningsbidrag – eller indirekte ved, at kapaciteten udnyttes til andre indtægtsgivende aktiviteter, hvilket i givet fald hører under tabsbegrænsningspligten.

Denne sondring mellem dækningsbidrag og nettofortjeneste bør dog ikke føre til, at alle kapacitetsomkostninger automatisk fradrages. Faste omkostninger er netop kendetegnet ved, at de ikke uden videre bortfalder, fordi én entreprise ophører. Hvor virksomheden fortsat må afholde udgifter til administration, ledelse, husleje, IT, forsikringer og anden generel kapacitet, har ophævelsen ikke sparet disse omkostninger. De udgør derfor ikke uden videre en fordel, som skal fradrages i erstatningen.

Det vil navnlig ved tidlig ophævelse af et projekt være velbegrundet at lægge til grund, at realdebitor i et vist omfang vil kunne reducere eller nyttiggøre visse faste kapacitetsomkostninger. Dette indebærer imidlertid ikke, at realdebitor er forpligtet til at gennemføre enhver tænkelig kapacitetsreduktion, f.eks. ved øjeblikkelig afskedigelse af medarbejdere eller afhændelse af udstyr, alene med henblik på at begrænse modpartens erstatningsansvar. Tabsbegrænsningspligten rækker kun så langt, som det kan anses for rimeligt og driftsøkonomisk forsvarligt i lyset af virksomhedens samlede situation og den forventede mulighed for at udnytte kapaciteten på andre projekter. Dette illustreres af TBB 2023.265 hvor den manglende afskedigelse af indlejet arbejdskraft blev tillagt betydning ved erstatningsfastsættelsen. Hvor en sådan reduktion eller omallokering ikke fremstår realistisk eller rimelig, bør der derfor ikke ske skønsmæssige fradrag i den mistede fortjeneste under henvisning til tænkelige besparelser i faste omkostninger.

Fra den gennemgåede praksis kan nævnes TBB 2020.193 og TBB 2023.704, hvor dækningsbidraget blev reduceret med henholdsvis sparede ”administrationsomkostninger” henholdsvis ”funktionærlønninger” – poster, der som nævnt hverken indgår i eller påvirker dækningsbidraget. Den sprogligt og retligt korrekte tilgang havde været at fastslå, at den mistede fortjeneste – dvs. det erstatningsretligt værnede tab – udgøres af dækningsbidraget med fradrag af de nævnte poster. Herved tydeliggøres, at dækningsbidraget alene udgør det beregningsmæssige udgangspunkt.

4.6 Kontrafaktisk opfyldelsesforløb og misligholdelsesrisiko

En retsanvendelse, der tager udgangspunkt i det fulde opnåelige dækningsbidrag – dvs. uden reduktion for misligholdelsesrisiko, jf. nedenfor – forudsætter en implicit antagelse om, at realdebitor ved kontraktens gennemførelse ville levere en kontraktsmæssig ydelse i det kontrafaktiske opfyldelsesforløb.

I entrepriserforhold indebærer dette mere præcist, at realdebitor ville have været i stand til at præstere den resterende del af realydelsen i overensstemmelse med kontrakten, således at restentreprisen forudsættes udført uden mangler og inden for den afleveringsfrist, der ville have været gældende, hvis kontrakten ikke var blevet uberettiget ophævet.

Denne forudsætning kan baseres på en retlig eller en faktisk antagelse (modalitet).

Den retlige modalitet indebærer, at det ved uberettiget ophævelse er uden betydning at undersøge, hvordan kontraktsforholdet faktisk havde udviklet sig forud for ophævelsen. Begrundelsen er, at realkreditor ved sin uberettigede ophævelse selv har valgt at bringe kontrakten til ophør, og dermed har påtaget sig risikoen for, at realdebitor – trods eventuelle hidtidige vanskeligheder – faktisk ville have præsteret kontraktsmæssig ydelse i det kontrafaktiske forløb. Med andre ord afskærer den uberettigede ophævelse realkreditor fra efterfølgende at påberåbe sig, at kontraktsmæssig opfyldelse under alle omstændigheder var usandsynlig.

Den faktiske modalitet hviler derimod på en konkret vurdering af, at det hidtidige kontraktsforløb ikke giver et tilstrækkeligt grundlag for at antage, at realdebitor ville have haft relevante fremtidige problemer med at præstere kontraktsmæssig ydelse.

Omvendt indebærer det næste led i vurderingen, at der må tages stilling til, om det således fastlagte dækningsbidrag skal korrigeres. En sådan reduktion vil forudsætningsvis være baseret på en antagelse om manglende kontraktsmæssig opfyldelse, typisk i form af en kapitaliseret misligholdelsesrisiko vedrørende den resterende del af realydelsen. Denne antagelse eller modalitet kan ligeledes være af retlig eller faktisk karakter (modalitet).

Den retlige modalitet indebærer, at den i ethvert kontraktsforhold iboende risiko for, at der fremadrettet indtræder forhold, for hvilke realdebitor er ansvarlig eller bærer risikoen over for realkreditor, og som kan bevirke, at der ikke præsteres kontraktsmæssig ydelse, kan kapitaliseres som led i fastlæggelsen af det erstatningsretligt værnede tab. Dette gælder navnlig i tilfælde, hvor ophævelsen sker tidligt i forløbet, idet risikoen for manglende kontraktsmæssig præstation alt andet lige vil være større, jo større en del af realydelsen der endnu ikke er præsteret.

Den faktiske modalitet vil derimod være baseret på en bedømmelse af det hidtidige kontraktsforløb, f.eks. hvor realdebitor under dette har præsteret for sent eller mangelfuldt, uden at betingelserne for ophævelse har været opfyldt. En sådan vurdering forudsætter en analyse af, om realdebitor ved kontraktens fortsatte gennemførelse ville have opfyldt restentreprisen kontraktsmæssigt, eller om opfyldelsen heraf ville have været mangelfuld eller forsinket.

Antagelsen om en ”faktisk” misligholdelse i det kontrafaktiske forløb bør baseres på konkrete omstændigheder, herunder navnlig forhold ved realdebitors hidtidige præstation. Generelle og uspecificerede risikobetragtninger kan ikke i sig selv begrunde en reduktion af det opgjorte mistede dækningsbidrag.

Dette er efter min opfattelse et centralt punkt. Enhver entreprise rummer risiko for forsinkelse, mangler, koordineringsproblemer, vejrlig, underentreprenørsvigt og ændrede udførelsesforudsætninger. Hvis sådanne almindelige risici uden nærmere konkretisering kunne kapitaliseres som fradrag i realdebitors mistede fortjeneste, ville udgangspunktet om fuld erstatning systematisk blive udhulet. En sådan tilgang ville reelt indføre en generel risikorabat til fordel for den part, der uberettiget har ophævet kontrakten.

Bevisbyrden for, at der foreligger sådanne forhold, må påhvile den misligholdende realkreditor. Den afspejler, at realkreditor ved den uberettigede ophævelse har afbrudt det forløb, som ellers kunne have vist, om realdebitor ville have opfyldt kontrakten korrekt. Dette gælder desto mere, fordi realkreditor ved ophævelsen selv har afbrudt det forløb, som ellers kunne have belyst realdebitors fortsatte opfyldelsesevne.

En reduktion kan principielt ske på to forskellige grundlag: enten som led i fastlæggelsen af den erstatningsretligt værnede fortjeneste, hvor det lægges til grund, at den opgjorte fortjeneste ikke ville være blevet realiseret fuldt ud, eller som fradrag i et allerede fastlagt tab under hensyn til en fordel opnået ved ophævelsen. Analytisk må der sondres mellem disse situationer.

I praksis udtrykkes denne sondring ikke eksplicit. Voldgiftsretter begrunder i stigende grad reduktioner i erstatningen med, at realdebitor er blevet frigjort for risici vedrørende restentreprisen. En sådan begrundelse kan således i praksis dække over begge disse forhold. Spørgsmålet om fradrag for en realiseret fordel behandles i afsnit 4.7 nedenfor.

Fra praksis kan nævnes TBB 2017.563, hvor erstatningen blev reduceret under henvisning til ”usikkerhedsmomenter” og TBB 2018.834, som begrundede en reduktion med henvisning til ”eventuelle mangler”. I begge disse tilfælde fremstår reduktionen ikke som begrundet i en konkret fordel opnået som følge af ophævelsen, men snarere som en antagelse om størrelsen af den opgjorte fortjeneste ved gennemførelse af kontrakten.

Fælles for disse afgørelser er imidlertid, at begrundelsen ikke er forankret i konkrete forhold ved det hidtidige kontraktsforløb. Reduktionerne fremstår derfor snarere som baseret på generelle og abstrakte risikobetragtninger, og det og det er efter min opfattelse tvivlsomt, om sådanne betragtninger kan begrunde en reduktion af den opgjorte fortjeneste uden yderligere konkretisering

Afgørelsen i TBB 2026.321 illustrerer derimod, at en sådan kontrafaktisk vurdering efter omstændighederne kan være velbegrundet. Voldgiftsretten lagde her til grund, at der forelå mangler ved den udførte del af entreprisen, og at afhjælpning heraf måtte antages at medføre forsinkelse med den restentreprise, som realdebitor som følge af ophævelsen ikke skulle levere. Vurderingen hvilede i denne sag således på konstaterede forhold ved den hidtidige kontraktsafvikling og ikke på generelle risikobetragtninger.

Kendelsen kan derfor forstås som et eksempel på en retligt relevant konkretisering af misligholdelsesrisikoen. Den principielle pointe er ikke, at enhver konstateret mangel før ophævelsen skal føre til reduktion, men at konstaterede forhold kan være relevante, hvis de giver et forsvarligt grundlag for at vurdere det sandsynlige videre forløb. Reduktionen må i så fald knyttes til den konkrete økonomiske virkning af den antagne misligholdelse, ikke til en generel antagelse om, at entreprisen var risikobehæftet.

Som anført i TBB 2026.321 kan konstaterede mangler hidrørende fra perioden forud for ophævelsen efter omstændighederne indebære en antagelse om forsinkelse i det kontrafaktiske forløb. Dette vil indebære, at dækningsbidraget for restentreprisen skal reduceres med den erstatning, som en sådan forsinkelse ville have udløst. Kendelsen viser dog samtidig, at selv hvor det lægges til grund, at der ville være indtrådt misligholdelse fra realdebitors side i det videre kontraktsforløb, forudsætter en reduktion af erstatningen et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at kvantificere virkningerne heraf. Hvor dette grundlag ikke foreligger, må udgangspunktet være, at det opgjorte mistede dækningsbidrag ikke reduceres.

I TBB 2026.321 udtaltes endvidere, at en aftalt konventionalbod er uanvendelig som grundlag for erstatningsopgørelsen i tilfælde af uberettiget ophævelse fra realkreditors side. Rigtigheden heraf er tvivlsom. Der er således efter min opfattelse ikke noget principielt til hinder for, at en aftale om konventionalbod ved

forsinkelse anvendes ved beregning af en erstatning for forsinkelse i et kontrafaktisk forløb. Dette vil netop stille realdebitor, som om kontrakten var blevet gennemført i henhold til aftalegrundlaget.

Afslutningsvis bemærkes, at fradrag ved modregning for udgifter til mangelfhjælpning af en allerede præsteret ydelse i den realdebitor tilkommende erstatning udgør en selvstændig problemstilling, idet modkravet ikke vedrører den mistede fortjeneste for restentreprisen, men derimod reducerer det realiserede dækningsbidrag for den faktisk præsterede del af realydelsen. I TBB 2026.321 og TBB 2026.514 er det i denne forbindelse fastslået, at realkreditors krav på dækning af mangelfhjælpsomkostninger i tilfælde af uberettiget ophævelse er begrænset til realdebitors kostpris. Dette resultat kan tiltrædes.

4.7 Fordele som følge af ophævelsen – *Compensatio Lucri Cum Damno*

Når det kontrafaktiske opfyldelsesforløb er fastlagt, opstår det særskilte spørgsmål, om der ved erstatningsudmålingen skal ske fradrag for fordele, som realdebitor har opnået som følge af ophævelsen.

Den foreliggende voldgiftspraksis viser, at voldgiftsretter i stigende omfang foretager fradrag i erstatningen baseret på overvejelser om, at realdebitor gennem ophævelsen har opnået visse fordele som følge af en ændret ansvars- og risikoallokering.

Selvom denne begrebsdannelse ikke fremgår eksplicit, er der retligt tale om anvendelse af det fra romerretten hentede begreb ”*compensatio lucri cum damno*” (”*compensatio*”). Fradrag efter princippet om *compensatio* har karakter af en korrektiv regel i erstatningsudmålingen med henblik på at undgå overkompensation i lyset af de fordele, som ophævelsen har indebåret for realdebitor.

Hos Iversen s. 285 sammenfattes denne begrebsdannelse som følger:

”Grundsætningen om *compensatio lucri cum damno* går ud på, at der ved erstatningsudmålingen skal tages højde for, at skadelidte ikke blot er blevet på skade (*damnum*), men også kan have opnået en fordel (*lucrum*), som i så fald skal bringes i modregning (*compensatio*) ved opgørelse af den samlede skade. Der er ikke tale om modregning i egentlig forstand, men om at fratrække en fordel i det lidte tab.”

Fra dansk litteratur kan herudover henvises til den udførlige behandling i *Erstatningsberegning* s. 733 ff. Herudover kan fra ældre litteratur bl.a. henvises til de kortere udtalelser i *Lassen* s. 345 samt *Ussing* s. 157.

Fra retspraksis kan henvises til den i *Erstatningsberegning* s. 782 og s. 787 nævnte dom i UfR 1951.417(2) SH om et certeparti vedrørende transport af russiske krigsfanger, krigsmateriale og soldater fra Rønne til

Kolberg i Polen i 1945. Her var fragtraten fastsat under hensyntagen til en konkret og specificeret risiko for rederen, nemlig forekomsten af miner på ruten i Østersøen. Certepartiet blev af befragteren annulleret med henvisning til minefaren, hvilken annulation fandtes uberettiget. Erstatningen for rederens mistede "nettoindtægt" blev imidlertid reduceret med henvisning til, at rederen som følge af annullationen var frigjort for den pågældende risiko, hvilken risiko rederen var særskilt vederlagt for gennem en forhøjet fragtrate.¹⁷

Det skal understreges, at det ikke er enhver abstrakt lettelse for realdebitor, der udgør en fradragsberettiget fordel. Fordelen må være økonomisk identificerbar, kausalt forbundet med ophævelsen og af en sådan karakter, at en manglende reduktion ville medføre overkompensation. En generel frigørelse fra at skulle gennemføre entreprisen udgør ikke i sig selv en økonomisk relevant fordel.

I *Erstatningsberegning* s. 786 ff. argumenterer Iversen - efter min opfattelse overbevisende - for, at der bør være tale om en risiko udover en "normalrisiko", førend det kommer på tale at anvende *compensatio* som grundlag for reduktion af erstatningen. Sådanne relevante risici betegnes i den pågældende fremstilling som "specialrisiko." Det konkluderes s. 788:

"Sammenfattende bliver resultatet således, at ... avancetab ikke skal reduceres under hensyn til en undgået "normalrisiko", men kun under hensyn til undgået "specialrisiko."

Sondringen mellem normalrisiko og specialrisiko er her bærende. Normalrisikoen er allerede indbygget i entreprenørens kalkulation og i den almindelige prisdannelse. Den kan ikke efterfølgende trækkes ud som en selvstændig fordel for bygherren, når bygherren uberettiget ophæver kontrakten. Specialrisikoen adskiller sig ved, at den er konkret, særlig og identificerbar, og ofte ved at entreprenøren har opnået særskilt vederlag for netop at påtage sig den.

Gennemgangen af voldgiftskendelserne ovenfor viser imidlertid, at voldgiftsretter i praksis anlægger en noget lempeligere tilgang til spørgsmålet om fradrag i erstatningen for sparet risiko.

Den første afgørelse, som behandler problemstillingen, er TBB 2009.387, hvor TE selv foretog et fradrag på 2 % baseret på en frigørelse for ansvaret for underentreprenørernes arbejde, hvilket fradrag blev tiltrådt af voldgiftsretten. Dette er klart et eksempel på *compensatio*.

¹⁷ I *Erstatningsberegning* s. 783 betegnes afgørelsen som "utvivlsomt rigtig." Dette er jeg enig i.

Dernæst kan nævnes TBB 2017.563 vedrørende en underentreprise, hvor voldgiftsretten lagde til grund, at det "krævede dækningsbidrag på 25 % forventeligt ikke ville være intakt efter færdiggørelse af entreprisen med de usikkerhedsmomenter, der er i en entreprise af den pågældende karakter..." Der var tale om entrepriser vedrørende ventilationsarbejder. Vendingen "usikkerhedsmomenter" er ikke klar, men det forekommer nærliggende at antage, at der var tale om en mere generel risikobedømmelse, uden at det er nærmere præciseret, hvilke risici ved de pågældende ventilationsarbejder, som voldgiftsretten havde i tankerne. Kendelsen giver imidlertid ikke grundlag for at fastslå, om reduktionen er begrundet i en konkret fordel opnået ved ophævelsen eller i mere generelle risikobetragtninger eller i konkrete antagelser om det kontrafaktiske forløb, jf. herom afsnit 4.6 ovenfor.

I senere praksis har formuleringen af sådanne overvejelser antaget en mere homogen karakter. Her kan henvises til TBB 2020.644 (E) ("frigjort fra byggeriets risici"), TBB 2022.155 (TE) ("frigjort for byggeriets risici"), TBB 2022.313 (TE) ("totalentreprisekontrakten var forbundet med betydelige risici"), TBB 2023.642 (TE) ("totalentreprisekontrakten indebar betydelige risici") og TBB 2024.172 (UE) ("frigjort for diverse risici forbundet med entreprisen").

Det kan ikke af kendelserne nærmere ses eller udledes, hvorledes den antagne fordel er kvantificeret, idet alle afgørelserne blot henviser til den opnåede fordel som et moment ved den samlede erstatningsopgørelse.

Der er i tre tilfælde (TBB 2022.155, TBB 2023.313 og TBB 2023.642) tale om totalentrepriser, hvor den af realdebitor påtagne risiko klart er størst som følge af ansvar for både projektering og underentreprenører. I TBB 2020.644 angik sagen en fagentreprise og i TBB 2024.172 angik sagen en underentreprise.

Ordvalget i tre af de gennemgåede voldgiftskendelser indikerer, at der foretages en reduktion baseret på helt generelle risikoovervejelser, jf. det generiske ordvalg "byggeriets risici", og der er ikke henvist til nogen konkret risiko. Det er værd at bemærke, at der var tale om tilfælde involverende henholdsvis en fagentreprenør, en totalentreprenør og en underentreprenør, således at voldgiftsretter forekommer indstillede på at lade almindelige risikoovervejelser få indflydelse på opgørelsen af det samlede tab og dermed erstatningen. Der er ikke noget i sagernes (beskedne) *narratio*, der indikerer særlige, konkrete problemer for de pågældende entreprenører, og præmisserne redegør ikke for det faktiske grundlag for disse risikobetragtninger. Det forekommer derfor mest nærliggende at karakterisere udtalelserne som værende baseret på en retlig modalitet snarere end en faktisk antagelse.

I to tilfælde indebar voldgiftsrettens bedømmelse, at der var tale om ”betydelige risici” uden at der dog nærmere er redegjort for den nærmere karakter af disse risici. Der var i begge tilfælde tale om totalentrepriser. Her synes det, som om den faktiske bedømmelse af den konkrete entreprise spillede en rolle ved afgørelsen.

På grund af præmissernes ordknaphed er det imidlertid vanskeligt at udsondre mere generelle principper for voldgiftsretternes imødekommenhed over for sådanne risikobetragtninger, men de forekommer som nævnt i stigende omfang som en del af argumentationen vedrørende tabsopgørelsen.¹⁸

Jeg mener, at den korrekte retsstilling bør være, at fradrag efter princippet om compensatio forudsætter, at der foreligger det, som Iversen i *Erstatningsberegning* betegner en ”specialrisiko”, hvilken går ud over den sædvanlige risiko ved en entreprise som den pågældende. Et fradrag bør således forudsætte, at realkreditor identificerer den risiko, som realdebitor som følge af ophævelsen ikke længere bærer, begrundet dens karakter af specialrisiko og sandsynliggør dens økonomiske betydning.

På denne baggrund bør retsanvendere udvise tilbageholdenhed med at lade generelle og uspecificerede risikobetragtninger danne grundlag for fradrag i erstatningen og kun indrømme fradrag for ”frigjorte risici”, når de nævnte betingelser er opfyldt.

4.8 *Tabsbegrænsningspligt – alternativ nyttiggørelse af produktionsfaktorerne og andre mulige handlinger*

Det er en velkendt erstatningsretlig grundsætning, at skadelidte har pligt til at søge at begrænse sit tab.

Se herom f.eks. *Entrepriseretten* s. 124:

”De grundlæggende principper for erstatningsberegning er ..., ... at den erstatningsberettigede ikke må opnå nogen berigelse, og at han har pligt til at begrænse sit tab. Disse principper fører navnlig til, at der må spørges, i hvilket omfang bygherren kan få medhold i et synspunkt om, at entreprenøren – i hvert fald over tid – kan nyttiggøre sine ressourcer ved at skaffe sig indtægter ved udførelse af andre entrepriseopgaver, og i hvilket omfang entreprenøren kan komme igennem med synspunktet, at disse opgaver kunne han have påtaget sig under alle omstændigheder.”

¹⁸ Det er nærliggende at antage, at den øgede forekomst af dette synspunkt i voldgiftspraksis skyldes, at parternes (det vil sige realkreditorens) advokater i stigende grad er opmærksomme på problemstillingen og inddrager fremsætter anbringender herom i sagerne.

Der er i retlig forstand ikke tale om en ”pligt” i traditionel forstand, hvis tilsidesættelse udgør misligholdelse. Pligten er snarere knyttet til kausalitetsbetingelsen, således at en tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten medfører, at (en del af) tabet ikke anses for en kausal følge af misligholdelsen, altså her den uberettigede ophævelse af entreprisekontrakten.

Tabsbegrænsningspligten indebærer ikke en pligt til faktisk at reducere tabet, men til at foretage rimelige bestræbelser herpå; hvor sådanne muligheder ikke foreligger, er pligten opfyldt. I den foreliggende kontekst består realdebitors tabsbegrænsningspligt derfor navnlig i en pligt til i rimeligt omfang at søge at anvende det produktionsapparat, der var allokeret til levering af den resterende realydelse, på andre indtægtsgivende projekter og opgaver. Dette er eksplicit eller implicit lagt til grund i flere af de gennemgåede kendelser, nemlig TBB 2018.834, TBB 2020.644, TBB 2022.155, TBB 2022.313, TBB 2023.265, TBB 2023.704, TBB 2025.682 og TBB 2026.546.

Man vil af kendelserne se, at der ligesom ved *compensatio* i vidt omfang sker gentagelse af formuleringen ”mulighed for at anvende de frigjorte ressourcer til andre opgaver.” Det er samtidig karakteristisk, at tabsbegrænsning som begrundelse for reduktion af erstatningen i en række kendelser optræder i samme faktumudtryk som overvejelser om *compensatio*, jf. ovenfor, uden at der sondres klart mellem disse grundlag. Tabsbegrænsning adskiller sig imidlertid fra *compensatio* ved, at vurderingen angår realdebitors muligheder for faktisk at reducere sit tab gennem alternative dispositioner, og ikke fordele, som ophævelsen i sig selv har medført.

Det må ved bedømmelse af spørgsmålet om tabsbegrænsning også tages i betragtning, at kapacitet, mandskab og ledelsesressourcer ikke uden videre kan flyttes friktionsløst fra ét projekt til et andet. Mobilisering, faglige kompetencer, geografisk placering, kontraktuelle bindinger og markedssituation kan begrænse mulighederne for alternativ nyttiggørelse. En antagelse om sparede eller genanvendte ressourcer bør derfor ikke uden videre hvile på en abstrakt forestilling om, at frigjort kapacitet altid har en alternativ indtjeningsværdi.

Tabsbegrænsning forudsætter, at de frigjorte produktionsfaktorer reelt kan anvendes i konkrete alternative indtægtsgivende aktiviteter. Jo mere specialiserede ressourcerne er, desto vanskeligere vil det normalt være at påvise en reel tabsbegrænsningsmulighed. Omvendt vil standardiserede ydelser, almindeligt mandskab og fleksibelt materiel lettere kunne indsættes på andre opgaver.

Det er derudover ukontroversielt, at jo tidligere i entrepriseforløbet ophævelsen sker, desto bedre er mulighederne for at realdebitor kan indsætte og nyttiggøre de produktionsfaktorer (eller dele heraf), som ellers

ville være medgået til udførelse af restentreprisen. Der kan her henvises til TBB 2015.519 (tidligt) og TBB 2023.704 (sent).

Særlig interessant er TBB 2023.704, idet voldgiftsretten her foretog en mere granulær og principdrevet analyse af mulighederne for indtjening af dækningsbidrag ved anvendelse af produktionsfaktorerne (ressourcerne) på andre opgaver. De af voldgiftsretten anførte kriterier fremstår velbegrundede.

Der synes ikke i den foreliggende voldgiftspraksis at være eksempler på, at realdebitor selv har foranstaltet nærmere overvejelser eller økonomisk kvantificering af de bestående muligheder for at nyttiggøre produktionsapparatet i den periode, hvor restentreprisen skulle udføres. Der er imidlertid intet til hinder for, at realdebitor som led i sin bevisførelse foretager en egen vurdering og kapitalisering af sine muligheder (og mangel herpå) for nyttiggørelse af de relevante produktionsfaktorer i den periode, hvor den resterende del af entreprisen skulle have været udført. Hvis denne redegørelse enten ikke bestrides af realkreditor eller i øvrigt fremstår relevant og rimelig, kan retsanvenderen lægge den til grund ved sagens afgørelse. Hverken principperne for bevisbedømmelse eller retsanvendelse tilsiger, at en sådan opgørelse nødvendigvis skal undergives en yderligere reduktion.

Det er videre kendetegnende, at voldgiftsretterne i de gennemgåede kendelser ikke synes at have allokeret en specifik økonomisk værdi til muligheden for at begrænse tabet. De tilfælde, hvor voldgiftsretten eksplicit har ladet sine antagelser om sådanne muligheder bevirke en reduktion i det værnedes tab, indeholder således alene helt overordnede tilkendegivelser herom, og tabet er fastsat som et samlet beløb gennem et bredt skøn herover.

4.9 Adækvans

Der er ikke i de gennemgåede kendelser eksempler på en reduktion af den realdebitor tilkommende erstatning baseret på manglende adækvans.

Det er vanskeligt at forestille sig et praktisk eksempel på, at et i øvrigt dokumenteret kausalt tab baseret på mistet fortjeneste på restentreprisesummen skulle være inadækvat. Mistet fortjeneste ligger typisk inden for den type tab, som misligholdelse af en entreprisekontrakt netop er egnet til at forvolde, og som modparten må påregne. Når restentreprisesummen repræsenterer den omsætning, entreprenøren kontraktligt havde udsigt til, vil fortjenesten herpå normalt være både kausalt forbundet og adækvat, hvis beviset for størrelsen anses for ført.

Man kan dog ikke udelukke, at der i helt særlige tilfælde med ekstraordinære eller spekulative avanceforventninger kan argumenteres for en reduktion af fortjeneste elementet baseret på manglende påregnelighed.

4.10 Normativt begrundet fradrag

Det er velkendt, at normative overvejelser kan få betydning i en række henseender. Der kan herom henvises til *Erstatningsberegning* s. 176.

Som eksempel kan nævnes, at beviskravene til en ”senere” retsstiftende kendsgerning kan tilpasses (typisk sænkes) i lyset af kritisabel adfærd eller en meget klar opfyldelse af betingelsen om retsgrundlag.¹⁹

I den foreliggende sammenhæng – opgørelsen af det erstatningsretligt værnede tab i form af mistet fortjeneste på restentreprisen – bør sådanne normative overvejelser efter min opfattelse som udgangspunkt ikke påvirke selve tabsopgørelsen.

Det værnede tab må fastlægges med udgangspunkt i det dækningsbidrag, realdebitor ville have opnået ved korrekt opfyldelse af entreprisekontrakten, men under hensyntagen til de ovenfor behandlede forhold, herunder navnlig usikkerhed knyttet til opfyldelsesforløbet, realdebitors tabsbegrænsningspligt samt eventuelle fordele opnået som følge af ophævelsen (*compensatio*).

Normative betragtninger om parternes adfærd bør derfor kun tillægges vægt, i det omfang de manifesterer sig i forhold, der i sig selv påvirker tabets størrelse, eksempelvis ved at have indflydelse på realdebitors faktiske fordele, omkostninger eller muligheder for tabsbegrænsning, eller hvor der foreligger bevishindring, som kan begrunde en modifikation af beviskravene.

De gennemgåede kendelser indeholder ikke eksempler på, at voldgiftsretterne udtrykkeligt har ladet sådanne overvejelser påvirke fastsættelsen af erstatningen for mistet fortjeneste på restentreprisen. I TBB 2018.834 gjorde BH dog gældende, at tabsopgørelsen skulle reduceres under henvisning til egen skyld og illoyal adfærd, men voldgiftsretten afviste, at der var grundlag for nedsættelse på dette grundlag.

¹⁹ Her kan nævnes sænkning af kravene til bevis for årsagssammenhæng eller tab. Se fra den allernyeste praksis fra Højesteret den meget omtalte sag om advokatundersøgelsen vedrørende en kendt journalist (BS-17375/2025-HJR). Her udtalte Højesteret, at det i lyset af bl.a. ”den grove karakter” af de begåede fejl påhvilede skadevolder at ”påvise, at der ikke er årsagsforbindelse mellem de begåede fejl og As tab.” Her vendtes bevisbyrden om efter rent normative overvejelser.

Samme kendelse illustrerer endvidere, at aftalelovens § 36 ikke uden videre anvendes til at korrigere en aftalt pris med henvisning til generelle rimelighedsbetragtninger. Voldgiftsretten lagde vægt på, at BH havde haft fagkyndig rådgivning ved aftaleindgåelsen, og udtalte, at BH ”allerede som følge” heraf ikke kunne opnå medhold i et anbringende om, at det var i strid med redelig handlemåde at gøre den aftalte pris gældende.

4.11 Tilbagediskontering

Der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt erstatning for mistet fremtidig indtjening ved uberettiget ophævelse bør tilbagediskonteres til nutidsværdi. Problemstillingen opstår, fordi det tabte dækningsbidrag ved kontraktens gennemførelse ville være realiseret løbende eller først ved entreprisens afslutning, mens det i erstatningsopgørelsen tilkendes som et samlet beløb på ophævelsestidspunktet og forrentes fra dette tidspunkt. Dette indebærer en risiko for overkompensation, idet realdebitor herved opnår en tidsmæssig fordel, som ikke ville foreligge ved korrekt kontraktopfyldelse.

Den gennemgåede praksis indeholder ikke eksempler på, at voldgiftsretterne udtrykkeligt har foretaget en sådan tilbagediskontering, og anbringender herom synes heller ikke at have været gjort gældende i sagerne. Den manglende behandling kan således skyldes parternes procesførelse.

Ud fra en konsekvent kompensatorisk betragtning taler vægtige hensyn for, at erstatningen principielt bør tilbagediskonteres i længerevarende entrepriseforhold, når det mistede dækningsbidrag vedrører perioden efter ophævelsen, og erstatningen fastsættes som et samlet beløb, der forrentes fra et tidligt tidspunkt. Uden tilbagediskontering stilles realdebitor bedre end ved korrekt kontraktopfyldelse.

Tilbagediskontering til nutidsværdi på ophævelsestidspunktet udgør et middel til at neutralisere dels, at indtjeningen i det hypotetiske opfyldelsesforløb ville være opnået gradvist, dels at realdebitor ikke ville have haft rådighed over det samlede beløb fra dette tidspunkt.

I denne forstand kan tilbagediskontering anses som et selvstændigt korrektiv: hvor compensatio korrigerer for de økonomiske fordele, der følger af ophævelsen som sådan (herunder sparede omkostninger og frigørelse for visse risici), tager tilbagediskontering sigte på at neutralisere den tidsmæssige fordel ved, at erstatningen modtages tidligere end forudsat i kontrakten.

På den baggrund må tilbagediskontering anses for et naturligt og konsistent redskab ved opgørelsen af erstatning for mistet fremtidigt dækningsbidrag i længerevarende projekter.

Tilbagediskontering bør ikke uden videre bringes i anvendelse, men må bero på en vurdering af entreprisens resterende varighed, indtjeningens tidsmæssige forløb, tidspunktet for rentetilskrivning og karakteren af den mistede indtjening, herunder i hvilket omfang realdebitor ved erstatningens udbetaling opnår en likviditetsmæssig fordel i forhold til det kontrafaktiske opfyldelsesforløb. Ved korte restforløb vil spørgsmålet derfor ofte være uden nævneværdig praktisk betydning. Ved flerårige projekter kan det derimod være nødvendigt for at undgå, at erstatningen overstiger nutidsværdien af den fortjeneste, realdebitor faktisk er blevet afskåret fra at realisere.

På den baggrund må tilbagediskontering anses for et naturligt og konsistent redskab ved opgørelsen af erstatning for mistet fremtidigt dækningsbidrag i længerevarende projekter, hvor indtjeningens tidsmæssige forløb og projektets resterende varighed indebærer en reel – og ikke blot teoretisk – likviditetsmæssig fordel.

4.12 Aftale om erstatning

Der er ikke noget til hinder for, at parterne træffer aftale om principperne for opgørelse af den realdebitor tilkommende erstatning ved uberettiget ophævelse, herunder aftale om erstatningsudelukkelse.

Sådanne aftaler fortolkes indskrænkende, ligesom en aftale herom efter omstændighederne kan tilsidesættes eller modificeres efter en urimelighedsbedømmelse med hjemmel i aftalelovens § 36. Det samme gælder en aftale om udelukkelse af erstatning for mistet fortjeneste.

I TBB 2023.265 fandt voldgiftsretten, at en bestemmelse i en underentreprisekontrakt, hvorefter ”TE ikke kan holdes ansvarlig for indirekte tab af nogen art, herunder driftstab, mistet avance eller lignende”, ikke udelukkede erstatning for ”et sædvanligt erstatningskrav som det foreliggende om dækning af direkte tab som følge af en uberettiget kontraktsophævelse i form af mistet dækningsbidrag...”. Voldgiftsrettens kvalifikation af kravet på mistet dækningsbidrag som et sædvanligt krav på dækning af direkte tab som følge af en uberettiget kontraktsophævelse ligger nært på den i common law indeholdte sontring mellem *direct loss* og *consequential loss*.²⁰

For så vidt angår aftale om opgørelse af den tilkommende erstatning vil det bero på en fortolkning af aftalen, om denne som en konventionalbod udtømmende gør op med erstatningsbeføjelsen, eller om der alene er tale

²⁰ Forholdet mellem dansk rets sontring mellem direkte og indirekte tab og common law-sontringen mellem *direct loss* og *consequential loss* og den nærmere forståelse heraf, særligt i forhold til aftaler om udelukkelse af tab, vil blive analyseret i en senere artikel.

om fiksering af en post i en erstatningsopgørelse. Se som et eksempel på en blanding af en aftale og negativ kontraktinteresse TBB 2003.403 V.²¹

5. Analyse – bevisretlige principper

5.1 De bevisretlige principper

Det er velkendt, at bevisbyrden for tabet og dets størrelse påhviler skadelidte. I denne artikels faktumudtryk vil bevisbyrden derfor påhvile realdebitor i entreprisforholdet. Beviskravet er baseret på en sandsynlighedsstandard, hvilken i civile retsforhold udgøres af princippet om overvægtsbevis.²²

Som nævnt indebærer den grundlæggende retsregel om erstatning i kontrakt bl.a., at skadelidte skal dokumentere et kausalt økonomisk tab. En kvantificering af selve tabet sker ved fremlæggelse af sådanne relevante bevisdata, der sætter retsanvenderen i stand til gennem bevisbedømmelsen at anse bevisbyrden for løftet. Hvis dokumentationen anses for utilstrækkelig, således at beviskravet ikke er opfyldt, ville konsekvensen i princippet være, at erstatning nægtes, alternativt at erstatningen fastsættes (nedsættes) til et beløb, som i lyset af de fremlagte bevisdata – eventuelt i sammenhæng med en beviskravsmodalitet - kan anses for dokumenteret.

I praksis vælges den alternative løsning stort set undtagelsesfrit. Begrundelsen herfor kan siges at være som anført af Gomard i *Moderne erstatningsret* (2002) s. 95:

”På områder hvor tab er lidt, men vanskeligt kan opgøres med sikkerhed som... afhænger effektiviteten af en erstatningsregel af domstolens villighed til i mangel af et egentligt sikkert bevis for størrelsen af det lidt tab at give en skønsmæssigt fastsat erstatning... En skønsmæssigt fastsat erstatning er på sin plads, hvor det er givet, at der er lidt et tab af en vis størrelse, som dog ikke eller kun vanskeligt kan dokumenteres.”

²¹ Præmisserne om erstatningsopgørelsen er sålydende: ”Appellanten har herefter krav på at modtage 50.000 kr. i henhold til parternes aftale af 29. september 1999 samt erstatning for sine udgifter som følge af indstævntes uberettigede ophævelse. Da det er bevist, at appellanten har afholdt 52.000 kr. til ingeniørbistand, tager landsretten appellants påstand til følge.” Dommens narratio og præmisser er så kortfattede, at det ikke er muligt at danne sig noget indtryk af den nærmere retlige begrundelse for resultatet.

²² I engelsk ret tales sædvanligvis om ”balance of probabilities”, mens amerikansk terminologi typisk anvender ”preponderance of the evidence”. I dansk ret er overvægtsbeviset med forbilledlig tydelighed udtrykt i U2024.5019 V: ”Idet der som anført ikke er bevisovervægt for den ene mulige brandårsag frem for den anden, har ... ikke løftet bevisbyrden for, at branden opstod som følge af en defekt.”

I voldgiftspraksis er tendensen altså klart i overensstemmelse hermed, således at de manglende eller mangelfulde bevisdata indebærer, at voldgiftsretten fastsætter erstatningen ved et - efter omstændighederne bredt - skøn og i den forbindelse typisk foretager en - efter omstændighederne betydelig - reduktion af det fremsatte økonomiske krav. Denne tilgang er dog ikke begrænset til tilfælde, hvor der er henvist til vanskeligheder ved tabsopgørelsen.

Der kan endvidere henvises til Iversen i UfR 2012 B.271 og de deri indeholdte henvisninger.

5.2 Beviskravsmodaliteter

I Forstyrrelseskrav, kapitel 7.6.3 opstiller og gennemgår jeg en række såkaldte beviskravsmodaliteter, som af retsanvendere bringes i anvendelse ved bevisbedømmelsen - typisk for at modificere anvendelsen af det almindelige beviskrav.

Jeg sondrer således mellem:

1. modaliteter baseret på praktiske overvejelser om muligheden for at foranstalte bevisførelse ("praktisk betingede modaliteter")
2. modaliteter baseret på overvejelser om proportionalitet mellem bevisførelse og det rejste krav ("proportionalitetsbetingede modaliteter")
3. modaliteter baseret på beviset for en anden retsstiftende kendsgerning i retsfaktum, herunder normative overvejelser desangående ("refleksivt betingede modaliteter")
4. modaliteter baseret på retsanvenderens egne generelle erfaringer ("erfaringsbetingede modaliteter")
5. modaliteter baseret på retsanvenderens overvejelser om retsfølgen ("retsfølgebetingede modaliteter").²³

Beviskravsmodaliteter er således de måder, hvorpå retsanvenderen i praksis modificerer det almindelige beviskrav, når særlige praktiske, proportionalitetsmæssige, refleksive (herunder normative) eller erfaringsbaserede hensyn taler herfor.

De af Gomard i Moderne erstatningsret anførte vanskeligheder ved at føre bevis for det konkrete tab falder ind under kategorien praktisk betingede modaliteter og skal ses i lyset af og sammenhæng med den almindelige

²³ Forstyrrelseskrav s. 390

grundsætning, hvorefter beviskravet ikke kan sættes så højt, at det bliver urimeligt tyngende eller reelt bliver umuligt at føre beviset.²⁴

5.3 *Princippet om "bedst mulige bevisførelse"*

I Forstyrrelseskrav argumenterer jeg videre for, at retsanvenderen ved bevisbedømmelsen bør tage udgangspunkt i princippet om den "bedst mulige bevisførelse."²⁵

På det abstrakte plan kan princippet om bedst mulige bevisførelse formuleres sådan, at det består i den bevisførelse, der bedst sætter retsanvenderen (voldgiftsretten) i stand til at fastlægge faktum, dvs. de faktiske omstændigheder, som er relevante i forhold til det påberåbte retsfaktum. Dette betegnes bevisbedømmelsen.

Det fastlagte faktum sammenholdes dernæst med de retsstiftende kendsgerninger, der indgår i det påberåbte retsfaktum, med henblik på retsanvenderens stillingtagen til, om faktum kan subsummeres under retsreglens retsfaktum, hvilket i næste led fører retsanvenderen frem til retsfølgen.

Dette vil blive yderligere analyseret nedenfor.

Bevisbedømmelsen er som bekendt fri efter dansk ret, og der er ikke nogen formkrav til bevisførelsen. Men visse bevisformer vil have en større bevismæssig værdi for retsanvenderen ved dennes fastlæggelse af det for sagen relevant faktum.

Som anført indeholder stort set alle de gennemgåede voldgiftskendelser en tilkendegivelse om, at det beregningsmæssige udgangspunkt for den relevante tabsopgørelse er baseret på dækningsbidraget for den resterende del af entreprisen. Dette er jeg som nævnt enig i.

Da kravet om erstatning beregningsmæssigt tager udgangspunkt i det økonomiske begreb dækningsbidrag, bør den bedst mulige bevisførelse derfor omfatte sådanne beviser, der bedst og sikrest tjener til eftervisning af det dækningsbidrag, som realdebitor ville have indtjent på restentreprisesummen i et kontrafaktisk forløb, hvor restentreprisen udførtes af realdebitor. En bevisførelse, der ikke på relevant vis søger at afdække dette dækningsbidrag, må som udgangspunkt være irrelevant eller alene kunne tillægges en beskedent bevisvægt.

²⁴ Se Forstyrrelseskrav s. 381 ff. Fra svensk retspraksis kan f.eks. henvises til NJA 1982.421 og fra norsk ret kan henvises til afgørelsen i HR-2019-1225-A.

²⁵ Se herom Forstyrrelseskrav, kapitel 8.11.3.

Dækningsbidraget vedrørende restentreprisesummen i et kontrafaktisk forløb kan søges dokumenteret på flere måder, f.eks.:

1. Dækningsbidrag på den hidtidige del af entreprisen (relevant ved identiske eller sammenlignelige realydelser)
2. Budgetteret dækningsbidrag for den samlede eller berørte realydelse (enten oprindeligt budget eller opdateret forecast)
3. Dækningsgrad ved levering af tilsvarende ydelser på andre sammenlignelige projekter
4. Realdebitors dækningsbidrag (dækningsgrad) i henhold til seneste årsrapport eller andre perioderegnskaber
5. Erfaringsdata fra tilsvarende realydelser (datblade, rapporter m.v.) udgivet af relevante organisationer.

De i 1 – 4 nævnte fremgangsmåder kan søges underbygget ved erklæringer afgivet af realdebitors egen revisor eller (mere) uvildige eksperter. Den bevismæssige vægt heraf må afgøres konkret.

Revisorerklæringer var fremlagt i TBB 2010.273, TBB 2020.193, TBB 2020.659, TBB 2022.313, TBB 2023.642 og TBB 2026.546. Det er svært at bedømme, hvilken bevismæssig vægt, som voldgiftsretten konkret tillagde erklæringerne. I TBB 2022.313 og TBB 2023.642 kritiserede voldgiftsretten revisorerklæringerne, idet disse ikke tog i betragtning, at entreprenøren var frigjort for visse risici ved byggeriet. I TBB 2020.659 blev erklæringen kritiseret for at bero på UE's skøn uden selvstændig efterprøvelse fra revisors side. I den seneste kendelse fra TBB 2026.546 blev revisorerklæringen om den normale dækningsgrad på 25 % konkret ikke tillagt betydning i lyset af oplysninger om, at der var ydet TE en betydelig rabat.

At fraværet af revisorerklæringer meget vel kan have bevismæssig betydning illustreres af TBB 2024.172, hvor den manglende revisorerklæring – med rette – fremhævedes som en mulig mangel ved bevisførelsen.

Begrundelsen i TBB 2010.273 forekommer derimod mindre tilfredsstillende. Her anførte voldgiftsretten blot, at "uanset at indklagede har fremlagt en revisorerklæring herom, finder voldgiftsretten det ikke godtgjort, at indklagede har krav på et dækningsbidrag som påstået." Voldgiftsretten redegjorde således ikke nærmere for eventuelle mangler ved erklæringen, dennes forudsætninger eller metode. Kendelsen indeholder ikke nogen begrundelse for voldgiftsrettens (muligvis fuldt korrekte) vurdering af, at revisorerklæringen ikke kunne lægges til grund eller indgå i faktumerkendelsen.

Korrektigheden af realdebitors efterkalkulationer kan (og bør typisk) søges underbygget gennem erklæringer fra realdebitors egen revisor eller en uafhængig revisor eller kvantificeringsekspert (disse betegnes på engelsk "quantity surveyors" og optræder rutinemæssigt i internationale enterprisevoldgiftssager, hvor kvantificeringsspørgsmål er omtvistede). I den analyserede praksis er der ikke eksempler på tilfælde, hvor kvantificeringseksperter har været inddraget.

Det synes klart, at den opnåede (og tilstrækkeligt dokumenterede) dækningsgrad på den fuldførte del af entreprisen – altså før ophævelsen – er særlig relevant, hvis der er tale om den samme eller lignende realydelser på den allerede udførte og den resterende del af entreprisen.

Hvis retsanvenderen finder, at beviset er ført, er der ikke noget, som i sig selv tilsiger, at det af realdebitor foretagne skøn over kravets størrelse nødvendigvis bør reduceres. Der findes da også i den gennemgåede voldgiftspraksis adskillige eksempler på, at voldgiftsretten har lagt realdebitors opgørelse til grund uden skønsmæssig reduktion,

Det vil ses, at begrundelserne varierer fra den rent processuelle (at den misligholdende realkreditor ikke har haft indsigelser mod opgørelsen, som af den grund er lagt til grund ved faktumerkendelsen) til den materielle verifikation, altså at voldgiftsretten efter en nøjere prøvelse finder, at opgørelsen afspejler det kontrafaktiske dækningsbidrag for restentreprisens summen. Om den førstnævnte kategori kan nævnes TBB 2023.591 ("Det er ubestridt, at E havde en dækningsgrad på 20 %.") og TBB 2024.128 ("BH har ikke bestridt den størrelsesmæssige opgørelse af dette krav"). I den anden kategori kan nævnes TBB 2009.208 ("voldgiftsretten kan godkende det af klageren anvendte dækningsbidrag på 15 %") og TBB 2015.623 ("absolut rimelig").

Hvis kravene til bedst mulige bevisførelse ikke er opfyldt gennem den foranstaltede bevisførelse, bør retsanvenderen derpå tage stilling til, om den manglende eller mangelfulde bevisførelse på relevant vis kan begrundes, således at anvendelsen af en beviskravsmodalitet kan komme på tale.

Gennemgangen af voldgiftspraksis ovenfor viser imidlertid, at alene den erfaringsbetingede modalitet har været artikulert i voldgiftspraksis. Om den praktisk begrundede modalitet eller den proportionalitetsbetingede modalitet har været bragt i anvendelse kan ikke udelukkes, men der er ikke i voldgiftskendelsernes præmisser udtrykt eller indikeret noget herom.

I forhold til den erfaringsbetingede modalitet erindres om, at voldgiftsretter udpeget af VBA typisk består af to sagkyndige dommere fra bygge- og anlægsindustrien. Derfor er der et betydeligt praktisk erfaringsgrundlag

til stede hos retsanvenderen, og gennemgangen ovenfor viser, at voldgiftsretterne i en række sager har ladet sådan erfaring og kendskab indgå i præmisserne ved fastlæggelsen af det relevante dækningsbidrag.

Voldgiftsrettens erfaringsgrundlag er udtrykkelig nævnt i TBB 2015.623 ("det kendskab, voldgiftsrettens faglige dommere har til markedet"), TBB 2016.834 ("med voldgiftsrettens kendskab til branchen"), TBB 2021.559 ("voldgiftsrettens erfaring med hensyn til beregning af dækningsbidrag") TBB 2022.155 ("med voldgiftsrettens faglige dommeres kendskab til området"), TBB 2022.313 ("det erfaringsmæssigt opnåelige dækningsbidrag i branchen for lignende virksomheder"), TBB 2023.642 VBA ("det erfaringsmæssigt opnåelige dækningsbidrag") og TBB 2024.899 ("det kendskab, voldgiftsrettens faglige dommere har til markedet").

I nogle tilfælde er det ikke direkte udtrykt, om der benyttes en erfaringsbaseret beviskravsmodalitet eller blot refereres til en bevisførelse, som voldgiftskendelsen ikke nærmere gengiver eller berører, jf. f.eks. TBB 2010.273 ("voldgiftsretten har skønnet dækningsbidraget") og TBB 2024.172 ("en procentuel avance af den angivne størrelse er meget høj inden for faget"). Endvidere er det efter udtalelsen i TBB 2010.285 ("erstatningen fastsættes skønsmæssigt under hensyn til ... det sædvanlige dækningsbidrag i branchen"), ikke klart, om bevisbedømmelsen baserede sig på voldgiftsrettens egne erfaringer eller forklaringen afgivet af den omtalte projektchef, eller en kombination heraf.

Typisk nævnes voldgiftsrettens erfaringsgrundlag som rationale for at reducere det af realdebitor hævdede dækningsbidrag, men den gennemgåede praksis indeholder også enkelte eksempler på, at samme erfaringsgrundlag anvendes til verifikation af realdebitors dækningsbidrag, jf. TBB 2015.623 ("absolut rimelig") og TBB 2024.899 ("rimelig").²⁶

6. Afsluttende bemærkninger

Konkluderende kan følgende principper efter min opfattelse opstilles som vejledende for parterne i deres processuelle aktivitet og retsanvenderne i deres bedømmelse af tvister af den i artiklen behandlede karakter.

Den ikke-misligholdende realdebitor (TE, HE, SE, UE eller FE) har krav på erstatning for *damnum emergens* og *lucrum cessans* med henblik på at stille realdebitor økonomisk, som hvis kontrakten var blevet opfyldt, dvs. som om entreprisekontrakten var blevet gennemført i overensstemmelse med det aftalte.

²⁶ I TBB 2024.899 blev dækningsbidraget dog reelt reduceret som følge af voldgiftsrettens ikke nærmere begrundede antagelse om, at dækningsbidraget skulle beregnes på grundlag af omsætningen "ekskl. dækningsbidrag."

I forhold til erstatning for *lucrum cessans* skal det beregningsmæssige udgangspunkt tages i det dækningsbidrag, som realdebitor ville have realiseret ved gennemførelse af entreprisen, altså levering af sin reayldelse (værkslejen) mod betaling af entreprisensummen. Første led i erstatningsopgørelsen er derfor en forsvarlig fastlæggelse af dette dækningsbidrag.

Erstatningsopgørelsen må i den forbindelse forstås som en flerleddet proces, hvor det således opgjorte dækningsbidrag efterfølgende justeres under hensyntagen til de nedenfor anførte forhold.

For det første kan der ske reduktion som følge af forhold ved det hypotetiske opfyldelsesforløb, herunder hvor det må lægges til grund, at kontraktmæssig opfyldelse ikke ville være sket uden mangler eller forsinkelse.

For det andet skal der ske fradrag for konkrete fordele, som realdebitor opnår som følge af ophævelsen, jf. princippet om *compensatio lucri cum damno*. Disse fordele kan involvere en frigørelse fra sådanne risici, som realdebitor ikke længere bærer i forhold til realkreditor. Sådanne risici kan imidlertid kun begrunde fradrag, hvis de er konkret identificerbare og ikke blot udtryk for generelle eller uspecificerede risikobetragtninger.

Efter min opfattelse bør der i denne forbindelse sondres mellem almindelig kontraktsrisiko og sådanne særlige risici, der kan begrunde fradrag, jf. ovenfor om “specialrisiko”.

Den opgjorte erstatning skal i henhold til princippet om tabsbegrænsningspligt efter omstændighederne endvidere reduceres med et beløb svarende til en rimelig udnyttelse af det af ophævelsen påvirkede produktionsapparat til andre indtægtsgivende aktiviteter i den periode, som restentreprisen var planlagt at løbe. Det er i denne forbindelse afgørende at sondre mellem reduktioner, der angår fastlæggelsen af det hypotetiske opfyldelsesforløb, og fradrag, der angår fordele opnået som følge af ophævelsen. Henvisninger til, at realdebitor er “frigjort for risici”, kan således ikke i sig selv bære en reduktion, medmindre det præciseres, om der er tale om det ene eller det andet.

Endelig kan der – navnlig i længerevarende entreprisforhold – være grundlag for at foretage tilbagediskontering af det fremtidige dækningsbidrag til nutidsværdi med henblik på at undgå tidsmæssig overkompensation.

Bevismæssigt bør princippet om bedst mulige bevisførelse i kombination med overvejelser vedrørende de identificerede beviskravsmodaliteter drive såvel parternes procesaktivitet som bevisbedømmelsen.

Jeg planlægger løbende at opdatere denne artikel med nye afgørelser fra praksis, og jeg er altid interesseret i at modtage information om ny relevant praksis eller litteratur (fra Danmark eller andre jurisdiktioner). Sådanne henvendelser kan fremsendes til mig på niels.schiersing@arbchambers.com.

Orientering om nye udgaver vil blive kommunikeret på LinkedIn, og de yderligere artikler om erstatning for mistet fortjeneste vil blive uploadet på min hjemmeside, www.schiersing.com.

© Niels Schiersing (2026)