

Om naturalopfyldelse og tabsbegrænsningspligt i detailhandlen

Af professor Palle Bo Madsen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Det har traditionelt været et rodfæstet princip i dansk obligationsret, at fordringer, som er stiftet ved gyldigt indgåede aftaler, kan kræves opfyldt efter deres indhold (in natura), hvad enten det drejer sig om fordringer på penge eller på præstation af andre ydelser. I artiklen diskuteres det med særligt henblik på detailhandlen (forbruger køb), dels om dette princip fortsat kan antages at gælde for kundens forpligtelse til at betale den aftalte købesum, dels hvorledes det økonomiske opgør mellem aftalens parter vil være i tilfælde af et benægtende svar.

1. Indledende bemærkninger

Mange detailhandlende vil have oplevet, at en kunde (forbruger) efter at have foretaget et køb i en butik fortryder købet og ønsker at komme ud af handlen. Hvis der er tale om et bestillings- eller tilvirkningskøb, eller varen af andre grunde ikke leveres i umiddelbar forbindelse med købsaftalens indgåelse, kan dette udmønte sig i, at kunden senere afviser at modtage varen og betale købesummen. Hvis varen allerede er afhentet og betalt, vil det være et spørgsmål om kundens eventuelle ret til at returnere varen og få sine penge tilbage.

I den forbindelse rejser der sig først og fremmest følgende spørgsmål:

- Kan en køber (forbruger) ved annullation af en i øvrigt gyldigt indgået købsaftale frigøre sig fra en forpligtelse til naturalopfyldelse (dvs. fra sælgerens krav på købesummen) mod i stedet at betale erstatning?
- Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, i hvilket omfang har den erstatningsberettigede sælger da en tabsbegrænsningspligt?

Relevansen af spørgsmål a) bygger på, at der for køberen (forbrugeren) kan være økonomisk forskel på de to situationer (købesum versus erstatning), hvilket har sammenhæng med den i spørgsmål b) omtalte tabsbegrænsningspligt, som har betydning i erstatningssituationen.

Det underliggende spørgsmål kan siges at være, om forbrugeren har eller bør have mulighed for at vælge erstatningsløsningen i stedet for at betale den aftalte købesum, hvor erstatningsløsningen vil være mere attraktiv for forbrugeren pga. den tabsbegrænsningspligt for sælgeren, som herved udløses.

2. Aftalers bindende virkning

Først skal det bemærkes, at der i dansk ret ikke gælder nogen almindelig fortrydelses- eller afbestillingsret, som giver en aftalepart ret til vilkårligt at frigøre sig fra en gyldigt indgået aftale, herunder et køb. En aftale eller et afgivet løfte er således bindende i medfør af aftalelovens § 1, medmindre der i lov, kutyme eller aftale særligt er hjemlet noget andet.¹ Dette er udgangspunktet for forbrugeraftaler som for aftaler i almindelighed.

En lovhjemlet fortrydelsesret for forbrugere gælder for visse former for aftaleindgåelse, såsom fjernsalg (postordre, nethandel mv.) og aftaler indgået uden for den erhvervsdrivendes faste forretningssted (dørsalg mv.), samt for visse aftaletyper, herunder kreditaftaler, forsikringsaftaler og køb af ejerbolig,² men ellers ikke. Muligvis kan der forekomme kutymebestemt afbestillingsret i visse brancher, særligt ved tjenesteydelser, sml. note 17.

Selv om butikker i den almindelige detailhandel ofte på aftalegrundlag vil have indrømmet kunden en retur- eller bytteret (f.eks. ved at annoncere hermed eller lade det fremgå af en udleveret bon eller kvittering), gælder der her i udgangspunktet ingen sådan ret, endsiige nogen almindelig fortrydelses- eller afbestillingsret.

3. Naturalopfyldelse

Den umiddelbare konsekvens af en aftales bindende virkning synes at måtte være, at *begge* aftaleparter som det principielle udgangspunkt kan kræve naturalopfyldelse, dvs. kræve aftalen opfyldt efter sit indhold.³ Heri ligger, at køberen kan kræve varen leveret (mod betaling af købesummen), og at sælgeren kan kræve købesummen betalt (mod levering af varen). Køberens ret til at fastholde købet, hvor sælgeren ikke leverer til tiden, følger af købelovens § 21, stk. 1, og sælgerens ret til at fastholde købet, hvor køberen ikke kan eller vil betale købesummen, følger af købelovens § 28, stk. 1. Begge de nævnte regler gælder i forbruger køb såvel som i andre køb, jf. købelovens § 1 a, stk. 3 modsætningsvis.

- Jf. f.eks. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og medlemmænd (6. udg. 2012), s. 45-46.
- Jf. forbrugeraftalelovens kapitel 4 samt henholdsvis kreditaftalelovens § 19, forsikringsaftalelovens § 34 i og lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom, kapitel 2 (idet fortrydelse i sidstnævnte tilfælde dog ikke er helt gratis).
- Jf. f.eks. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I (4. udg. 2015), s. 203.

Købelovens § 28, stk. 1, indeholder efter sin ordlyd ingen begrænsninger i sælgerens ret til at kræve aftalen opfyldt in natura (dvs. kræve købesummen betalt), men ifølge den overvejende opfattelse i juridisk teori og praksis vil denne ret dog alligevel være underkastet visse begrænsninger baseret på almindelige retsgrundsætninger.⁴

Selv om et krav på aftalens opfyldelse efter sit indhold umiddelbart kan forekomme at være en logisk konsekvens af løfters og aftalers bindende virkning – hvis en aftale er bindende indgået, skal den vel også opfyldes? – er dette dog ikke på nogen måde givet eo ipso.

I de lande, som er reguleret af *common law* (UK, USA og andre), har udgangspunktet traditionelt været det modsatte fsv. angår kravet på en aftalt *reality*, således at dette krav, hvis det søges gennemtvunget ved retsordenens hjælp, automatisk konverteres til et pengekrav (erstatning for ikke-opfyldelse), medmindre realkreditor i situationen godtgør, at erstatningsløsningen ikke er »adequate«, dvs. ikke udgør en »satisfactory equivalent«. Det modsvarende krav på *købesummen*, som jo i forvejen er et rent pengekrav, har *common law* i udgangspunktet været mindre tilbøjelig til at ville pille ved, men dette krav antages dog efter omstændighederne at være underlagt en tabsbegrænsningspligt (»duty of mitigation«).⁵

Med de modelregler, som findes i PECL, art. 9:101(2) og 9:102 (2),⁶ og nogenlunde tilsvarende i DCFR, III. – 3:301(2) og 3:302(3) og (5),⁷ er der gjort forsøg på at bygge bro mellem de forskellige udgangspunkter i henholdsvis *common law* og *civil law* (herunder dansk ret), hvis *praktiske* løsninger nok heller ikke er helt så forskellige, som man umiddelbart skulle tro.⁸

I dansk retsteori om almindelig obligationsret synes der at være visse nuancer i holdningen. Nogle forfattere pointerer som det helt klare udgangspunkt, der kun i særlige tilfælde kan fraviges, at sælgeren kan fastholde sit krav på naturalopfyldelse (dvs. kræve betaling af købesummen). Andre tilslutter sig nok principielt dette udgangspunkt, men tenderer i varierende grad mod at lade den konkrete løsning bero på en *afvejning af parternes interesser* i henholdsvis naturalopfyldelse og et rent erstatningsopgør.⁹

Som det skal illustreres nedenfor, er udgangspunktet (dvs. naturalopfyldelse) i hvert fald ikke uden modifikati-

oner i dansk ret. Dette gælder nok ikke mindst sælgerens fastholdelse af sit krav på købesummen i almindelig detailhandel, hvis kunden definitivt erklærer, at han ikke ønsker at modtage varen. Usikkerheden knytter sig til, hvornår og på hvilke betingelser kravet på naturalopfyldelse må vige.

4. Tilbagekaldelse og annullation – samt erstatning

Også i tilfælde, hvor en fortrydelses- eller afbestillingsret ikke er særligt hjemlet i lov, kutyme eller aftale, kan det overvejes, om en køber efter omstændighederne vil kunne begrænse en sælgers mulighed for at gennemføre kravet om naturalopfyldelse (kravet på købesummen) ved at tilbagekalde eller annullere den indgåede købeaftale. Denne problemstilling er ikke forbeholdt forbruger køb, og overvejelserne har derfor fsv. generel karakter, men fremstillingen nedenfor tager først og fremmest sigte på detailhandlen.

En retmæssig *tilbagekaldelse* af et afgivet købstilsagn kan helt undtagelsesvis ske efter aftalelovens § 7, jf. § 39, 2. pkt., selv om aftalen formelt er indgået, og der ikke er hjemlet en fortrydelsesret, *hvis* der foreligger »særlige omstændigheder«, og købstilsagnet samtidig tilbagekaldes forinden, det har »virket bestemmende« for sælgeren (f.eks. ved at han har igangsat opfyldelsesforanstaltninger). Retsvirkningen heraf er i givet fald, at begge parter forpligtelser *helt bortfalder*. Der er dog ikke her tale om nogen vilkårlig afbestillingsret for køberen, heller ikke selv om tilbagekaldelse sker meget hurtigt efter afgivelse af købstilsagnet, idet begge de nævnte betingelser skal være opfyldt, hvilket meget sjældent vil være tilfældet.¹⁰

Mere praktisk relevant er det, at køberen ifølge den overvejende opfattelse i dansk juridisk teori efter omstændighederne indrømmes en adgang til *at annullere købet mod betaling af erstatning*. I det omfang køberens annullation og dermed ikke-opfyldelse af købsaftalen sker uhjemlet (dvs. uden at køberen har ret til at fortryde, afbestille eller hæve købet), vil der foreligge *misligholdelse* fra køberens side, og en sådan annullation bevirker derfor ikke, at aftalen falder bort eller bliver uden retsvirkninger, men resultatet *kan* blive, at aftalen får nogle *andre retsvirkninger* end de aftalte.

I den juridiske teori og praksis ses betingelserne herfor dog ikke at være fastlagt helt entydigt:

Ofte anføres det, at der tilkommer køberen en adgang til (mod at betale erstatning) at annullere købet, dersom sælgerens krav på betaling af købesummen er *uforholdsmæssigt byrdefuld* for køberen sammenlignet med den erstatning, som køberen alternativt kan blive pålagt at betale ved en ikke-opfyldelse af aftalen.¹¹ Dette synspunkt har

4. De begrænsninger i muligheden for gennemtvungelse af henholdsvis pengekrav og andre krav end pengekrav, som måtte følge af de *procesretlige* regler om tvangsfuldbyrdelse, jf. retsplejelovens kap. 46-48, vil ikke blive berørt.

5. Se f.eks. *Treitel: The Law of Contract* (14. udg. 2015 ved *Edwin Peel*), kap. 21.

6. *Ole Lando og Hugh Beale (eds): Principles of European Contract Law, Part I and II* (2000).

7. *Christian von Bar m.fl. (eds): Draft Common Frame of Reference* (2009).

8. Jf. *Joseph Lookofsky: Consequential Damages in Comparative Context* (1989), s. 81-82 og 115-120.

9. Jf. f.eks. *Lars Hedegaard Kristensen m.fl.: Lærebog i dansk og international køberet* (4. udg. 2011), s. 167-168, *Joseph Lookofsky og Vibe Ulfbeck: Køb* (4. udg. 2015), s. 210-211, *Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I*, s. 203-209, og *Bernhard Gomard: Obligationsret 1. del* (4. udg. 2006), s. 20-21.

10. Jf. *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellem-mænd*, s. 41-44. Som et praktisk eksempel på, at tilbagekaldelse af et løfte ikke ubetinget er udelukket, selv hvor det er accepteret af den anden part, nævner *Henry Ussing: Aftaler* (3. udg. 1950), s. 49, »at Kunden ved Butikskøb af kurante Varer med fast Pris paa Stedet afgiver Tilbagekaldelse«.

11. Jf. f.eks. *Lars Hedegaard Kristensen m.fl.: Lærebog i dansk og international køberet*, s. 168.

vistnok almindelig opbakning i dansk juridisk teori, men nogle vil gå videre.

Andre synes at være af den opfattelse, at køberen har noget nær en *almindelig adgang* til at annullere parternes gensidige krav på naturalopfyldelse og derved begrænse aftalens virkninger til et rent erstatningsopgør.¹² I alle tilfælde, hvor en sælger ikke har en selvstændig interesse i at præstere sin egen ydelse *in natura*, antages sælgerens interesse i handlen alene at bestå i at opnå det forventede økonomiske udbytte (fortjenesten), hvilket udmærket kan tilgodeses på denne måde. Dette vil formentlig oftest eller altid være tilfældet i almindelig detailhandel med standardvarer.

Sælgerens ret til at kræve aftalen opfyldt *in natura* vil så i realiteten blive konverteret til et erstatningskrav. *Bernhard Gomard* udtrykker det på den måde, at den, der udnytter en mulighed for at annullere kontrakten, »køber sig fra at skulle opfylde *in natura*«. ¹³ Erstatningen får da karakter af et opfyldelsessurrogat, hvormed man kan sige at have fastholdt aftalens *økonomiske realitet*.

Ovenstående opfattelse af retstilstanden står ikke uantastet i den juridiske teori, hvor navnlig *Torsten Iversen* afviser tanken om en »almindelig« annulationsret og betegner denne opfattelse som »lige så forkert, som den er udbredt«. ¹⁴ I stedet anføres det, at kravet på »lovlig fastholdelse« må gå forud for »ulovlig annullation«, hvilket kan synes indlysende, når det formuleres på denne måde, men det underliggende spørgsmål er, *om og hvornår* annullationen eventuelt kan anerkendes som »lovlig« – *ikke* i den forstand at der så slet ikke foreligger misligholdelse, men derimod i den forstand at kravet på at fastholde købet (sælgerens krav på købesummen) konverteres til et krav på erstatning for ikke-opfyldelse, hvilket vil gøre en tabsopgørelse og dermed tabsbegrænsningspligt relevant. Det skal bemærkes, at også *Torsten Iversen* anerkender, at kravet på naturalopfyldelse må undergives en begrænsning, hvor kravet på opfyldelse er »langt mere byrdefuldt«, end et erstatningskrav vil være (l.c., s. 248).

Uanset hvilke formelle betingelse man vil opstille for at anerkende en adgang til at annullere handlen mod at betale erstatning i stedet, vil det spille afgørende ind i såvel forholdsmæssighedsvurderingen som interesseafvejningen i øvrigt, hvordan erstatningen i givet fald skal beregnes, herunder hvilken forpligtelse sælgeren har til at medvirke til at begrænse tabet.

Andre taler her ligefrem om, at muligheden for at kræve naturalopfyldelse begrænses af den almindelige tabsbe-

grænsningspligt.¹⁵ Dette må antages at referere til, at netop tabsbegrænsningspligten under visse omstændigheder kan bevirke, at en erstatning for ikke-opfyldelse bliver så meget mindre byrdefuld for den misligholdende part, end en opfyldelse af aftalen ville være, at man alene af den grund vælger erstatningsløsningen og nægter den ikke-misligholdende part retten til at fastholde aftalen efter sit indhold.

5. Erstatning og tabsbegrænsningspligt

I de tilfælde hvor køberen (forbrugeren) på ovennævnte grundlag indrømmes en adgang til at annullere en gyldigt indgået aftale med den virkning, at sælgerens krav på naturalopfyldelse konverteres til et krav på erstatning, bliver det næste spørgsmål, *hvilket* erstatningskrav sælgeren kan rejse. Her er udgangspunktet helt klart: Da der (fortsat) foreligger en bindende aftale, som er misligholdt fra købers side, kan sælgeren kræve at blive *stillet økonomisk, som om* aftalen var blevet behørigt opfyldt fra begge parter side (positiv opfyldelsesinteresse).¹⁶

At blive stillet økonomisk, *som om* aftalen var blevet behørigt opfyldt, indebærer ikke et krav på den aftalte købesum, endsige nødvendigvis et beløb svarende hertil. Derimod har sælgeren mulighed for – afhængigt af omstændighederne – at kræve erstattet et eventuelt *differencetab* svarende til det beløb, som den aftalte købesum måtte overstige markedsprisen for tilsvarende varer, eller et dokumenteret *andet tab*, jf. herved princippet i købelovens § 30. Ved detailhandel med almindelige *standardvarer* (fungible »hyldevarer«) vil der imidlertid typisk – fordi disse netop sælges til markedsprisen – ikke være noget *differencetab*, og sælgeren vil da i stedet kunne kræve erstatning for sit *avancetab* svarende til den fortjeneste (bruttoavance/dækningsbidrag), som en opfyldelse af aftalen ville have indbragt. Sælgeren vil som udgangspunkt kunne opgøre sin bruttoavance som forskellen mellem hans egen indkøbs- eller fremstillingspris og den med kunden aftalte detailpris.

Det er op til den erstatningsøgende part at dokumentere eller i hvert fald sandsynliggøre sit tab. Hvis den erstatningsøgende ikke ønsker at afsløre sin avance eller andre interne forretningsforhold, men dog kan sandsyn-

12. Jf. *Bernhard Gomard*: Obligationsret 1. del, s. 20-21 og 25. På linje hermed anfører *Jacob Nørager-Nielsen* og *Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (3. udg. 2008), s. 583 (jf. s. 586), at »annulationsret kan udøves i ret vidt omfang«.

13. *Bernhard Gomard*: Obligationsret 1. del, s. 25.

14. *Torsten Iversen* Erstatningsberegning i kontraktsforhold (1. udg. 2000), s. 242 (ad køberens ret til at fastholde) og s. 267-268 (ad sælgerens ret til at fastholde), samt i det hele l.c. s. 154-156, 241-248 og 267-274. Bemærkningerne ses ikke at skelne mellem handelsforhold og forbrugerforhold.

15. Jf. *N.J. Clausen, H.H. Edlund og A. Ørngaard*: Købsretten (6. udg. 2015), s. 21 og 134, med henvisning til bl.a. *Bernhard Gomard*: Obligationsret 2 del (4. udg. 2011 ved *Torsten Iversen*), s. 70 ff., ifølge hvem den »sammenhæng«, der er mellem erstatningsopgørelse og naturalopfyldelse samt de grunde, som ligger bag tabsbegrænsningspligten, »i visse tilfældegrupper [kan] anføres til støtte for, at kreditor ikke skal have ret til naturalopfyldelse« (s. 71). Hos *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 268, tages der derimod bastant afstand fra, at tabsbegrænsningspligten overhovedet angår sælgerens (eller køberens, jf. l.c., s. 242) ret til naturalopfyldelse eller kan anføres som begrundelse for at indskrænke denne ret.

16. Dersom aftalen udtrykkeligt tager højde for det økonomiske opgør i tilfælde af køberens uberettigede annullation af handlen, vil en sådan aftalebestemmelse risikere at blive censureret efter aftalelovens § 36, i det omfang den giver den erhvervsdrivende overkompensation, jf. eksempelvis U 2002.706 H.

liggøre at have lidt et vist tab, må erstatningen udmåles skønsmæssigt. Da der foreligger en ansvarspådragende misligholdelse fra køberens side, ville det i enhver henseende være utilfredsstillende – og juridisk ukorrekt – om sælgerens tilbageholdenhed med hensyn til at dokumentere et *bestemt* avancetab skulle bevirke, at han af den grund *ingen* erstatning fik tilkendt.

En anden sag er imidlertid, at der i ethvert aftaleforhold – også i forbindelse med en afvikling af et annulleret aftaleforhold – som nævnt gælder en almindelig kontraktuel loyalitetsforpligtelse, herunder en forpligtelse for den erstatningsberettigede part til i rimeligt omfang at medvirke til at *begrænse sit tab*. Sælgeren vil derfor ikke kunne kræve erstatning for et tab, som han kunne og burde have undgået, eksempelvis ved at foretage dækningssalg eller ved at indstille et aftalt arbejde på genstanden.¹⁷

Det skal understreges, at spørgsmålet om *tabsbegrænsningspligt* knytter sig til størrelsen af et *erstatningskrav* og derfor kun bliver aktuelt, dersom køberen indrømmes en adgang til at annullere købet med den virkning, at sælgeren ikke længere kan fastholde sit krav på naturalopfyldelse og dermed kræve betaling af købesummen, men i stedet må kræve erstatning for ikke-opfyldelse (misligholdelse).

Dersom man omvendt måtte anerkende en ret for sælgeren til at *fastholde* købet, ville det skulle overvejes, i hvilket omfang sælgeren – såvel i forbruger køb som i andre køb – i stedet havde pligt til for køberens regning at drage omsorg for varen og eventuelt foretage bortsalg af varen efter reglerne i købelovens §§ 33-36 om fordringshavermora.¹⁸ Hvis køberen definitivt erklærer ikke at ville aftage varen, og der dermed er sket annullation som omtalt ovenfor, kan sælgeren dog ikke omfattes af reglerne om fordringshavermora.

Begrundelsen for en tabsbegrænsningspligt kan ud over den almindelige loyalitetsforpligtelse, som et gensidigt bebyrdende aftaleforhold pålægger begge parter, også findes i en form for »egen skyld« fra sælgerens side, dersom han ved sine handlinger eller sin passivitet bidrager til, at tabet bliver større, end det rimeligvis behøvede at blive.

17. Dommen U 2007.637 V, som ikke vedrørte almindelig detailhandel med varer, men derimod afbestilling af et (aflyst) fødselsdagsarrangement, må forstås således, at der var indgået en bindende aftale, at afbestilling *kunne* have været sket med rimeligt varsel (sml. U 1940.530 Ø), men at afbestillingen konkret skete så sent (5 dage før det planlagte arrangement), at restauratøren ikke med så kort varsel havde mulighed for at få et andet selskab ind og dermed begrænse sit tab. Bestilleren måtte derfor betale erstatning, som i dette tilfælde blev udmålt til 75 % af arrangementsprisen i overensstemmelse med en kutyme inden for hotel- og restaurationsbranchen.

18. Uanset om man går frem efter reglerne om erstatning for ikke-opfyldelse (misligholdelse), eller om sælgeren gives mulighed for at fastholde købsaftalen (kræve købesummen og iagttage reglerne om fordringshavermora), har sælgeren en forpligtelse til at udfolde rimelige og sædvanlige bestræbelser for at sikre, at køberen ikke påføres unødige udgifter eller tab, hvilket i begge tilfælde efter omstændighederne kan aktualisere en pligt for sælgeren til at bortsælge varen til anden side, sml. herved *Preben Lyngsø*: Afbestillingsret (1971), s. 381-390, særligt s. 382 og 388 f.

Tabsbegrænsningspligten gælder imidlertid kun, hvor den kan begrundes i disse hensyn, og den skal derfor administreres under hensyntagen hertil.

Af samme årsag er der i tabsbegrænsningspligten indlagt to vigtige modifikationer, idet pligten kun udstrækkes til, hvad tabet både *kunne* og *burde* have været begrænset til.

For at tage det sidste først: Det vil utvivlsomt være for vidtgående at udstrække tabsbegrænsningspligten til ethvert tab, som *kunne* have været undgået. Den *retlige kvalifikation* af selve forpligtelsen er således indeholdt i ordet »burde«.

Man må her holde sig for øje, at sælgeren som den ikke-misligholdende part ufrivilligt er blevet bragt i en tvangssituation pga. køberens misligholdelse, hvilket i sig selv indikerer, at målestokken for, hvad der kan kræves af sælgeren som den erstatningsberettigede part, må være relativ mild, og at der derfor skal udvises betydelig varsomhed med at fastslå, at den erstatningssøgende sælger har forsømt sin pligt til at begrænse tabet. Udgangspunktet må endvidere være, at det er køberen (den ansvarpligtige part), der har bevisbyrden for, at sælgeren (den erstatningsberettigede part) har forsømt at iagttage sin tabsbegrænsningspligt.¹⁹ Den omstændighed, at der ved detailhandel vil være tale om forbruger køb, og at forbrugeren præsumptivt anses som »den svage part« i forholdet, ses ikke at ændre ved dette.

Tabsbegrænsningspligten kan således kun udstrækkes til, at der må udfoldes *rimelige og sædvanlige* bestræbelser for at begrænse tabet, og pligten vil med andre ord ikke omfatte tabsbegrænsende foranstaltninger, som efter sælgerens forhold fremstår som ekstraordinære.²⁰

I det omfang en pligt til tabsbegrænsning består (dvs. at »burde«-kriteriet er opfyldt), rækker denne pligt naturligvis ikke længere end til afværgelse af de tab, som overhovedet vil *kunne* afværges. For en detailhandlende kan tabsbegrænsningspligten i givet fald tænkes at bestå i *enten* at forsøge at afsætte den pågældende salgsgenstand til anden side og derved afværge eller begrænse det avancetab, som han vil lide ved ikke at kunne gennemføre den annullerede handel, *eller* – hvis der er tale om bestillingskøb eller køb af en vare, som skal tilpasses kundens særlige behov – at afbryde videre forarbejdning eller tilpasning af varen, således at der ikke påløber yderligere omkostninger (og dermed tab).

I detailhandel med *standardvarer*, som forhandleren ikke har svært ved at skaffe flere af, og som er efterspurgt af et bredere publikum, vil en sælger dog i realiteten aldrig kunne undgå eller begrænse sit avancetab ved at sælge

19. Se herved *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 151, samt *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*: Lærebog i Obligationsret I, s. 269-270.

20. Jf. *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 152. Se i samme retning *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*: Lærebog i Obligationsret I, s. 267, som vil udstrække tabsbegrænsningspligten til, hvad der *kunne* være undgået ved en *rimelig* foranstaltning (forfatterens egne kursiveringer), samt ligeledes *Lookofsky* og *Ulfbeck*: Køb, s. 40.

genstanden til anden side i stedet. Dette skyldes, at sælgeren under disse omstændigheder – hvor hans indkøbsmuligheder så at sige overstiger hans afsætningsmuligheder – reelt altid vil gå glip af et salg på den ene eller den anden måde, idet det gensalg, som sælgeren måtte kunne foretage af varen, da blot vil træde i stedet for et andet salg, som sælgeren ellers kunne have foretaget til den pågældende nye køber.²¹ Kun hvor sælgeren har solgt et unikum eller en anden vare, som er vanskelig at skaffe, vil han reelt kunne undgå eller begrænse et tab ved at sælge genstanden til anden side uden derved at miste en anden handel.²²

I det omfang sælgeren måtte have haft udgifter til opfyldelsen af sin tabsbegrænsningspligt, skal disse udgifter naturligvis betragtes som en del af det lidte tab.

6. Særligt om tabsbegrænsningspligt ved bestillings- og tilvirkningskøb

Er der tale om køb af *en vare, som skal tilpasses* efter køberens anvisninger og behov, vil *udgifterne til forarbejdning* af varen efter omstændighederne kunne undgås eller begrænses ved at undlade at færdiggøre arbejdet på varen, og sælgeren vil da jævnlige have en forpligtelse hertil, hvor køberen definitivt erklærer ikke at ville aftage varen.²³ Dette forudsætter dog nok, at forarbejdningen kan standses, inden der er igangsat så meget arbejde, at det samlet set (værdimæssigt) bedre kan betale sig at færdiggøre fabrikationen end at stå med en halvfærdig vare, som er væsentligt mindre værd.

Undertiden kan en vare være tilpasset køberens helt særlige behov i en sådan grad, at varen meget vanskeligt kan afsættes til anden side, eftersom det kan være vanskeligt at finde en anden køber med helt samme ønsker og behov. I en sådan situation kan det normalt *ikke* kræves af sælgeren, at han som led i sin tabsbegrænsningspligt skal foretage en *yderligere* forarbejdning af genstanden med henblik på at gøre den lettere omsættelig, ligesom sælgeren normalt ikke kan pålægges at føre varen helt eller delvis tilbage til dens oprindelige skikkelse for derved at lette et gensalg til anden side.

21. Dette synes man ikke at have øje for i kommentaren til PECL art. 9:101(2), jf. kommentarens »Illustration 1«.

22. Jf. *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 371-390 og især s. 696-697.

23. Selv om også bestillingskøb formelt er køb i købelovens forstand, jf. købelovens § 2, stk. 1, så er det ikke givet, at sælgerens principielle ret til at fastholde købet efter købelovens § 28, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse på sådanne bestillingskøb, og tendensen er helt klart gået i retning af, at køberen i disse tilfælde har en videregående ret til at annullere – med den følge, at der (i stedet) indtræder erstatningspligt for køberen og modsvarende tabsbegrænsningspligt for sælgeren – jf. *Bernhard Gomard*: Obligationsret 2. del (4. udg. 2011 ved *Torsten Iversen*), s. 73-74. Sml. herved *Betænkning nr. 1133/1988*, s. 130-131 og 133, om forbrugers adgang til at træde tilbage fra en aftale om udførelse af en tjenesteydelse versus et almindeligt køb og et bestillingskøb. Det bemærkes, at købelovens § 2, stk. 1, i dag også – når det gælder forbrugerkøb – omfatter elementer af værksleje (bearbejdnings- eller tjenesteydelsesaftaler til frembringelse af et bestemt arbejdsresultat).

En forpligtelse af sidstnævnte karakter vil ikke kunne indlægges i ovennævnte »burde«-kriterium, medmindre der er tale om en indsats, som i både tid og penge vurderes at være minimal i forhold til det tab, der kan undgås herved.

Under alle omstændigheder, dvs. såvel ved almindelig detailhandel med færdigvarer som ved bestillings- og tilvirkningskøb, gælder det i øvrigt, at sælgeren (som den ikke-misligholdende part) hverken kan eller bør pålægges at skulle bære nogen nævneværdig *forretningsmæssig risiko* for, om det vil være muligt at gennemføre et tabsbegrænsende gensalg.

7. Et konkret eksempel

Hvis eksempelvis en kunde henvender sig til en brillebutik (en optiker) og indgår aftale om køb/bestilling af et par briller isat glas, som passer til kundens behov, men kunden efterfølgende annullerer handlen uden nogen juridisk gyldig grund, vil kundens annulation meget vel kunne bevirke, at butikkens krav på købesummen konverteres til et erstatningskrav.²⁴ Som nævnt vil erstatningen i form af positiv opfyldelsesinteresse da typisk skulle udmåles til et beløb svarende til butikkens mistede bruttoavance/dækningsbidrag, idet dog såvel udgangspunktet for beregningen heraf (sælgerens egen indkøbs- eller fremstillingspris) som den kalkulerede avance skal fastlægges under hensyn til sælgerens tabsbegrænsningspligt.

Dersom brillebutikken i eksemplet har nået at afgive en bindende ordre på *glassene* til sin leverandør, vil kundens uhjemlede annulation ikke *kunne* afføde en besparelse på denne del af butikkens direkte udgifter til aftalens opfyldelse, eftersom butikken er forpligtet til at betale sin leverandør.²⁵ Samtidig er glassene tilpasset kundens personlige behov og vil derfor i praksis ikke kunne gensælges til anden side. Dersom butikken har nået at få glassene hjem og har sat dem i brillestellet, er det tvivlsomt, om den tabsbegrænsning, som butikken kan siges at *burde* iværksætte, kan udstrækkes til en afmontering af glassene med henblik på gensalg af *stellet*.

Selv om man antog, at butikken i princippet havde en sådan forpligtelse til at afmontere glassene igen (eller at glassene endnu ikke var blevet sat i), er butikkens tabsbegrænsningspligt under alle omstændigheder begrænset til, hvad butikken ville *kunne* begrænse tabet til. I det omfang, brillestellet har karakter af en almindelig standardvare, som butikken let kan bestille flere hjem af, og som der er efterspørgsel efter, vil butikken ikke *kunne* begrænse sit tab ved at sælge det pågældende brillestel til anden side i stedet, idet butikken da stadig kun får én handel ud af, hvad der kunne og burde have været to! Et gensalg til en anden kunde af en almindelig standardvare (in casu et fungibelt brillestel, blot med andre glas) vil således i praksis altid træde i stedet for et andet salg.

24. Samtidig med at sælgeren frigøres fra sin leveringsforpligtelse.

25. Medmindre butikken efter omstændighederne antages at kunne annullere *sin* bestilling hos leverandøren med tabsbegrænsning i dette omsætningsled til følge.

I et sådant tilfælde bør sælgeren derfor kunne kræve erstatning hos kunden for et beløb svarende til den kalkulerede bruttofortjeneste og derpå opnå den samme avance endnu engang ved gensalg til anden side af det samme brillestel.

8. Fra praksis

Flere afgørelser fra Forbrugerklagenævnet behandler spørgsmålet om sælgerens tabsbegrænsningspligt. Nogle gange sker det på en måde, som ikke er i overensstemmelse med mine (og andres) betragtninger som gengivet ovenfor, idet de pålægger den erhvervsdrivende sælger en videregående tabsbegrænsningspligt, herunder en forretningsmæssig risiko forbundet med den praktiske gennemførelse heraf.

Se eksempelvis en afgørelse af 5.10.2005 (sagsnummer 2005-612/7-695) om annullation af et bestillings- eller tilvirkningskøb af en brudekjole (refereret i Forbrugerjura 2005, s. 120): Køberens annullation af handlen skete 16 dage efter købsaftalens indgåelse, og efter at fremstillingen af kjolen var sat i gang. Uagtet at annullationen skete med rimelig god grund (køberen og kæresten var gået fra hinanden), antog nævnet med rette, at annullationen var uberettiget, og at sælgeren derfor havde krav på erstatning i form af *positiv opfyldelsesinteresse*.

Derefter anføres det i nævnets afgørelse, at der påhviler sælgeren »en pligt til at begrænse sit tab mest muligt«. Dette udsagn er alt for vidtgående og dermed isoleret set ukorrekt, men i den efterfølgende sætning modificeres udsagnet da også til, at en kontraktpart kun kan kræve erstatning for tab, »som ikke kunne have været undgået ved rimelige bestræbelser på at kontrahere til anden side«. Tabsbegrænsningspligten knyttes dermed (helt korrekt) til såvel et *kunne*-kriterium som et *burde*-kriterium (det sidste formuleret som *rimelige bestræbelser*). Så langt så godt.

Ved fastsættelsen af sælgerens *tab* (og dermed erstatningens størrelse) lagde nævnet derefter vægt på, at sælgeren *ikke havde forsøgt* at sælge kjolen til anden side for at begrænse sit tab. Hertil skal bemærkes, at kjolen var str. 46 og i forbindelse med et gensalg efter alt at dømmes skulle syes om for at kunne passe en ny køber, hvilket ifølge butikken ville koste 2-3.000 kr. – uden at resultatet ville blive perfekt! Bl.a. på baggrund heraf antog nævnet, at »det må anses for tvivlsomt, om kjolen vil kunne sælges til anden side«. At nævnet under disse omstændigheder *alligevel* nedsætter butikkens erstatningskrav med henvisning til en tabsbegrænsningspligt, som vil forudsætte en ekstra udgift, og som tillige vil pålægge butikken den økonomisk og forretningsmæssig risiko for, at et tabsbegrænsende gensalg rent faktisk vil vise sig at være muligt, forekommer meget for vidtgående.²⁶

26. I samme retning kan også nævnes Forbrugerklagenævnets afgørelse af 20.6.2005 (sagsnummer 2004-612/7-573), hvor kunden annullerede købet af (ligeledes) en brudekjole, fordi hun i mellemtiden havde fundet en anden brudekjole, som hun syntes bedre om, i en anden butik. Nævnets *rèsonnement* er det samme her.

I en anden sag afgjort af Forbrugerklagenævnet den 31.1.2011 (sagsnummer 10/01284) havde køberen annulleret købet af en bil. Uanset at køberen annullerede allerede dagen efter købsaftalens indgåelse, var annullationen uberettiget, og køberen fandtes korrekt at måtte erstatte sælgeren dennes tab ved, at kontrakten ikke var blevet dennes tab ved, at kontrakten ikke var blevet rigtig opfyldt.²⁷ Det blev i denne sag lagt til grund, at den erhvervsdrivende ved hurtigst muligt at videresælge bilen til anden side havde begrænset sit tab så meget, som han på nogen måde kunne og burde. Derimod følger det ikke af afgørelsen, at et sådant videresalg er, hvad der *altid* skal til.

Nok så interessant er en dom afsagt af Højesteret og trykt som U 2002.706 H – også vedrørende en forbrugers uberettigede annullation af et bilkøb – der berører spørgsmålet om, hvilke bestræbelser sælgeren bør udfolde for at sælge varen (bilen) på ny for derigennem at begrænse sit tab. I sagen fandt Højesteret det ikke tilstrækkeligt bevist, at sælgeren havde lidt et tab ved køberens annullation af handlen, *idet* sælgeren vedrørende opgørelsen af tabet alene havde fremlagt købekontrakt vedrørende salg af bilen ca. et halvt år efter købers annullation, men hverken havde dokumenteret bilens markedsværdi på annullationstidspunktet eller oplyst, hvilke bestræbelser han havde udfoldet for at sælge bilen til anden side. Selv om sagen primært blev afgjort på bevisets stilling, ligger der utvivlsomt i sidstnævnte bemærkning fra Højesterets side en tilkendegivelse om, at sælgeren *i princippet havde både pligt til og mulighed* for at begrænse sit tab ved at prøve at sælge bilen på ny.

Her er det imidlertid af afgørende vigtighed at være opmærksom på, at der i denne sag var tale om handel med en *brugt* bil, dvs. *ikke en fungibel standardvare* som sælgeren problemfrit kunne bestille flere hjem af, og hvor andre potentielle købere måtte antages at være indifferente over for, om de fik det ene eller det andet tilsvarende eksemplar af varen. Højesteret bemærker således eksplicit i sine præmisser, at sagen vedrører køb af en *brugt* bil, og at det i tilfælde af et sådant køb normalt vil henstå som usikkert, om sælgeren lider et tab ud fra difference- eller avancetabssynspunkter. Under de foreliggende omstændigheder fandtes det ikke tilstrækkeligt bevist, om sælgeren ville have lidt et tab som følge af den første handels annullation, dersom han havde gjort sig anstrengelser for hurtigt at sælge bilen til anden side i stedet.

27. Tabet blev i dette tilfælde ikke beregnet som et avancetab ud fra sælgerens mistede avance ved den første handel, men blev derimod opgjort som et *differencetab*, nemlig som differencen mellem den aftalte salgspris (den annullerende kundes købspris) og den lavere salgspris, som sælgeren senere opnåede ved at sælge bilen til anden side, sml. princippet (og formodningsreglen) i købelovens § 30 samt ovenfor i afsnit 5. Det fremgår ikke eksplicit af sagsreferatet på www.kfst.dk, hvorvidt der var tale om en *brugt* bil, hvilket man dog nok kan tillade sig at formode. Sml. bemærkningerne i teksten til U 2002.706 H.

Netop fordi ingen *brugte* biler nogensinde er *helt* ens (uanset om de måtte være af samme mærke, årgang mv.) og derfor i realiteten må betragtes som unika,²⁸ er det endvidere *mere usikkert* end ved salg af en fabriksny bil, om sælgeren ved et eventuelt gensalg af den brugte bil vil gå glip af et *andet* bilsalg, eftersom det ikke er til at vide, om den nye køber af den pågældende brugte bil i givet fald ville have købt en anden brugt bil hos den samme forhandler.

9. Konklusion

Det er tvivlsomt, i hvilket omfang det krav på *naturalopfyldelse*, som er den teoretiske hovedregel i dansk købe- og obligationsret, også i praksis kan siges at være hovedreglen i almindelig detailhandel. Hvor sælgerens interesse her alligevel ikke består i andet end penge, synes den foreliggende juridiske teori og praksis at tyde på, at køberen ved (uberettiget) at annullere handlen og nægte at med-

virke til opfyldelse *in natura* vil kunne konvertere sælgerens krav på købesummen til et *erstatningskrav* (på positiv opfyldelsesinteresse = den kalkulerede bruttoavance minus eventuelle besparelser).

Ved opgørelsen af tabet skal der tages hensyn til, at sælgeren har en *tabsbegrænsningspligt*, i det omfang tabet *burde og kunne* være undgået eller formindsket. Burdekriteriet er opfyldt, hvor der er tale om at udfolde *rimelige og sædvanlige* bestræbelser. Kunne-kriteriet relaterer sig til det praktisk *mulige*. I sidstnævnte henseende må det antages, at det ikke vil være muligt for sælgeren at begrænse sin avancetab ved at sælge/gensælge den samme vare til anden side, hvis der er tale om fungible varer, herunder særligt fabriksnye standardvarer, idet et sådant gensalg i praksis altid vil træde i stedet for et andet salg, som sælgeren uafhængigt af den første kundes annulation kan foretage.

28. Køberetligt må handel med brugte varer af samme grund kvalificeres som specieskøb og ikke genuskøb.