

DISPUTATS

Forstyrrelseskrav



NIELS SCHIERSING

Forstyrrelseskrav

Retsvidenskabelige studier i de materielretlige og bevisretlige aspekter af økonomiske krav baseret på reduceret produktivitet – med fokus på entreprise og anden værksleje

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Niels Schiersing

Forstyrrelseskrav: Retsvidenskabelige studier i de materielretlige og bevisretlige aspekter af økonomiske krav baseret på reduceret produktivitet – med fokus på entreprise og anden værksleje
Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2024 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. LINO VOGT har været ansvarlig for korrekturlæsning af manuskriptet. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle.

Ex Tuto Publishing er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2024 the author

Printed in Denmark 2024

ISBN 978-87-420-0070-0

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Kapiteloversigt

1	Indledning og problemformulering	1
2	Nogle videnskabsteoretiske overvejelser	41
3	Begrebsdannelse og -afgrænsning	109
4	Länderbericht	157
5	Faktum og faktumudtryk – forstyrrelseskravenes narrativ	211
6	Retsfaktum – forstyrrelseskravenes retsstiftende kendsgerninger	233
7	Nogle bevisretlige problemstillinger og overvejelser	347
8	Måling og kvantificering af forstyrrelseskrav – Retsfølgen	421
9	Udelukkelse og begrænsning af forstyrrelseskrav	565
10	Bortfald/Fortabelse af forstyrrelseskrav	581
11	Sammenfatning, syntese og perspektivering	625
12	Summary in English	667

Indholdsfortegnelse

Forord

xvii

1	Indledning og problemformulering	1
1.1.	Indledning	1
1.2.	Værksleje og entreprise	3
1.2.1.	Begrebsdannelse – visse faktiske og retlige karakteristika	3
1.2.2.	Resultatforpligtelse og ikke indsatsforpligtelse	6
1.2.3.	Realkreditors ændringsret	9
1.3.	Værksmesterens betalingskrav	12
1.3.1.	Ordinære vederlagskrav	12
1.3.2.	Ekstraordinære betalingskrav – taksonomi	12
1.3.2.1.	Forsinkelse – forlængelsesomkostninger	13
1.3.2.2.	Forcering – forceringsomkostninger	23
1.3.2.3.	Pristigninger – indeksregulering	25
1.3.2.4.	Forstyrrelse	27
1.4.	Problemformulering – forstyrrelse	27
1.5.	Afhandlingens teser	35
1.6.	En "Dicey-isk" tilgang?	37
1.7.	Plan for fremstillingen	38
2	Nogle videnskabsteoretiske overvejelser	41
2.1.	Indledning	41
2.2.	Ontologi og epistemologi	42
2.2.1.	Ontologi	42
2.2.2.	Epistemologi	43
2.3.	Metodologi og metode	46
2.3.1.	Indledning	46
2.3.2.	Generelle metodologiske og metodiske overvejelser	47
2.3.3.	Nærmere om den anvendte metode	57
2.3.4.	Den komparative dimension	61
2.3.5.	Valg af komparative jurisdiktioner – praesumptio simultidinis	68

2.4.	Retskildemæssige overvejelser	73
2.4.1.	Indledning	73
2.4.2.	Lovgivning	76
2.4.3.	Retspraksis	77
2.4.4.	Retssædvaner	79
2.4.5.	Forholdets natur	79
2.4.6.	Aftaler	80
2.4.7.	Doktrin	82
2.4.8.	Særligt om entrepriserettens retskilder	86
2.4.8.1.	Lovgivning	86
2.4.8.2.	Aftaler (herunder standardaftaler)	87
2.4.8.3.	Rets- og voldgiftspraksis	92
2.4.8.4.	Doktrin	98
2.5.	Komparativ metode og kilder	98
2.5.1.	Indledende overvejelser	98
2.5.2.	Länderbericht og/eller analytisk metode	100
2.5.3.	Komparativ ret som retskilde	103
2.6.	Konklusion	106
3	Begrebsdannelse og -afgrænsning	109
3.1.	Indledning	109
3.2.	Produktion, produktivitet og effektivitet	111
3.2.1.	Produktion	111
3.2.2.	Produktivitet	112
3.2.3.	Effektivitet	114
3.3.	“Forstyrrelseskrav” – den hidtidige behandling i dansk ret	118
3.3.1.	Standardaftalerne	118
3.3.2.	Praksis	120
3.3.3.	Doktrin	122
3.4.	“Forstyrrelseskrav” – ny begrebsdannelse eller eksplikation?	124
3.5.	Eksplikation	132
3.5.1.	Negativ afgrænsning – hvad er forstyrrelse ikke?	132
3.5.1.1.	Processen og ikke resultatet	132
3.5.1.2.	Forstyrrelse er ikke lig forsinkelse	133
3.5.1.3.	Forstyrrelse er ikke lig forcering	137
3.5.1.4.	Forstyrrelse er ikke lig indeksregulering	140
3.5.2.	Positiv afgrænsning – hvad er forstyrrelse?	140
3.5.2.1.	Norsk ret	140
3.5.2.2.	Svensk ret	144
3.5.2.3.	Amerikansk ret	146
3.5.2.4.	Engelsk ret m.v.	150
3.5.2.5.	Supranationale regelsæt (FIDIC)	152
3.6.	Konklusion og definition af forstyrrelsesbegrebet i dansk ret	152
3.7.	Retsregel	153

4	Länderbericht	157
4.1.	Indledning	157
4.1.1.	Noget om sammenligningsgrundlaget	157
4.1.2.	Lidt om aftalefortolkning	158
4.2.	Engelsk ret	160
4.2.1.	Retskildeuniverset vedrørende forstyrrelseskrav	160
4.2.1.1.	Lovgivning	160
4.2.1.2.	Retspraksis	161
4.2.2.	Standardaftaler	162
4.2.3.	Doktrin	162
4.2.4.	Aftalefortolkning – materielretlige principper	164
4.2.5.	Bevisretlige principper	172
4.2.5.1.	Bevisbyrde	172
4.2.5.2.	Beviskrav	173
4.3.	Amerikansk ret	175
4.3.1.	Retskildeuniverset vedrørende forstyrrelseskrav	175
4.3.1.1.	Lovgivning	175
4.3.1.2.	Retspraksis og nævnspraksis	175
4.3.2.	Standardaftaler	179
4.3.3.	Doktrin	179
4.3.4.	Aftalefortolkning – materielretlige principper	180
4.3.5.	Bevisretlige principper	187
4.3.5.1.	Bevisbyrde	187
4.3.5.2.	Beviskrav	187
4.4.	Norsk ret	188
4.4.1.	Retskildeuniverset vedrørende forstyrrelseskrav	188
4.4.1.1.	Lovgivning	188
4.4.1.2.	Retspraksis	188
4.4.2.	Standardaftaler	189
4.4.3.	Doktrin	190
4.4.4.	Aftalefortolkning – materielretlige principper	191
4.4.5.	Bevisretlige principper	194
4.4.5.1.	Bevisbyrde	194
4.4.5.2.	Beviskrav	194
4.5.	Svensk ret	195
4.5.1.	Retskildeuniverset vedrørende forstyrrelseskrav	195
4.5.1.1.	Lovgivning	195
4.5.1.2.	Retspraksis	195
4.5.2.	Standardaftaler	196
4.5.3.	Doktrin	197
4.5.4.	Aftalefortolkning – materielretlige principper	197
4.5.5.	Bevisretlige principper	202
4.5.5.1.	Bevisbyrde	202
4.5.5.2.	Beviskrav	203
4.6.	Sammenfatning vedrørende de komparative juridisktioner og dansk ret	204

5	Faktum og faktumudtryk – forstyrrelseskravenes narrativ	211
5.1.	Indledning	211
5.2.	Faktumudtryk vedrørende forstyrrelseskrav	214
5.3.	Kumulative og individuelle krav	223
6	Retsfaktum – forstyrrelseskravenes retsstiftende kendsgerninger	233
6.1.	Indledning	233
6.2.	Produktivitetsrisiko – funktions- og risikoallokering	234
6.3.	Retsgrundlag: Forstyrrelseskravets første retsstiftende kendsgerning	237
6.3.1.	Indledende bemærkninger	237
6.3.2.	Aftale	239
6.3.2.1.	Norsk ret	240
6.3.2.1.1.	NS 8405:2008 pkt. 25 og NS 8407:2011 pkt. 34.	240
6.3.2.2.	Svensk ret	241
6.3.2.2.1.	AB 04 § 6:5	242
6.3.2.2.2.	AB 04 § 5:4	246
6.3.2.3.	Dansk ret	247
6.3.2.3.1.	AB 18 § 43	247
6.3.2.3.2.	AB 18 § 26	250
6.3.3.	Lovbestemt aftalerevision og forudsætningslæren	253
6.3.3.1.	Forudsætningslæren	253
6.3.3.2.	Aftalelovens § 36	259
6.3.4.	Generelle risikoovervejelser?	263
6.3.5.	Erstatning	269
6.3.5.1.	Ansvarsgrundlag	269
6.3.5.2.	Tab	277
6.3.5.3.	Kausalitet	278
6.4.	Økonomisk konsekvens: Forstyrrelseskravets anden retsstiftende kendsgerning	278
6.4.1.	De minimis som retlig modalitet?	279
6.5.	Årsagskravet: Forstyrrelseskravets tredje retsstiftende kendsgerning	285
6.5.1.	Indledning	285
6.5.2.	Årsagssammenhæng – de to tilknytningspunkter	290
6.5.3.	Betingelsel læren – (“but-for” eller “sine qua non”)	293
6.5.4.	Generel modifikation af betingelsel læren – “effective cause” – “proximate cause” – “dominant cause”	297
6.5.5.	Specifik modifikation af betingelsel læren – kompositte og alternative årsagsbedømmelser	300
6.5.6.	Standard for bedømmelsen af årsagssammenhæng – “common sense”	304
6.5.7.	Komplekse årsagsbedømmelser ved forstyrrelseskrav	308
6.5.7.1.	Indledende bemærkninger	308
6.5.7.2.	Global Claim – begrebsdannelse	313
6.5.7.3.	Global Claim – betingelser for anvendelse	317
6.6.	Påregnelighed: Forstyrrelseskravets fjerde retsstiftende kendsgerning (?)	328
6.7.	Nogle processuelle overvejelser – jura novit curia møder forhandlings-/dispositionsmaksimen	333

6.8.	Konklusion	340
6.8.1.	Retsgrundlag	340
6.8.2.	Negativ økonomisk påvirkning	342
6.8.3.	Kausalitet	343
6.8.4.	Adækvans	343
6.8.5.	Konklusion vedrørende retsreglen	344
6.9.	Retsregel	345
7	Nogle bevisretlige problemstillinger og overvejelser	347
7.1.	Indledning	347
7.2.	Bevisretten og den materielle ret	352
7.3.	Romerretlig inspiration – factum probandum og factum probans	354
7.4.	Generelt om retsanvenderens faktumerkendelse	354
7.4.1.	Bevisdata – relevanskriteriet	354
7.4.2.	Erkendelsen – objektiv og subjektiv notoritet	356
7.4.3.	Bevisbedømmelsens frihed	359
7.5.	Bevisbyrde	364
7.5.1.	Bevisbyrde	364
7.5.2.	Bevisbyrde – retsfaktum	365
7.5.3.	Falsk eller subjektiv bevisbyrde – modbevis	368
7.5.4.	Dokumentationsbyrde – faktum	371
7.5.5.	Bevisbyrdeprincipper	372
7.5.5.1.	Bevisanledningens hensyn – anledning til at sikre bevis	373
7.5.5.2.	Bevissikringshensyn – mulighed for bevissikring	374
7.5.6.	Aftaler om bevisbyrde	375
7.5.7.	Bevisbyrde vedrørende forstyrrelseskrav	376
7.6.	Beviskrav og beviskravsmodaliteter	376
7.6.1.	Udgangspunkt	376
7.6.2.	En dobbelt sandsynlighedsstandard?	382
7.6.3.	Beviskravsmodaliteter	389
7.6.3.1.	Praktisk begrundede modaliteter	391
7.6.3.2.	Proportionalitetsbegrundede modaliteter	395
7.6.3.3.	Refleksivt begrundede modaliteter	397
7.6.3.4.	Erfaringsbegrundede modaliteter	400
7.6.3.5.	Retsfølgerelaterede modaliteter	403
7.6.4.	Aftaler om beviskrav	403
7.7.	Bevisformer	404
7.7.1.	Generelt	404
7.7.2.	Standardbevis	406
7.7.3.	Ekspertbevis	408
7.8.	Aftaler om bevisformer herunder bevisudelukkelse	414
7.9.	Sammenfatning om bevisretlige overvejelser vedrørende forstyrrelseskrav	416
7.10.	Retsregel	420

8	Måling og kvantificering af forstyrrelseskrav – Retsfølgen	421
8.1.	Indledning	421
8.2.	Kvantificeringsmetoder – nogle terminologiske overvejelser	425
8.3.	Generelt om kvantificering af den negative økonomiske påvirkning	427
8.4.	Direkte målinger	428
8.4.1.	Measured Mile	428
8.4.1.1.	Udgangspunktet	428
8.4.1.2.	Variant – normalproduktivitet	440
8.4.2.	Earned Value	444
8.4.3.	Comparable Productivity	446
8.4.4.	Ibbs-kurver mv.	448
8.4.5.	Questionnaire-modeller	449
8.5.	Indirekte målinger	450
8.5.1.	Indledende overvejelser	450
8.5.2.	Total Cost	452
8.5.2.1.	Indledning	452
8.5.2.2.	Generel skepsis i føderal amerikansk ret – og andre retssystemer	453
8.5.2.3.	Betingelser for anvendelse af Total Cost-metoden	456
8.5.2.3.1.	Betingelse 1 – Umuligheden af at føre beviset på anden måde	460
8.5.2.3.2.	Betingelse 2 – Realismen i den aftalte kontraktssum	462
8.5.2.3.3.	Betingelse 3 – Rimeligheden af de faktisk afholdte omkostninger,	464
8.5.2.3.4.	Betingelse 4 – Forstyrrelsen ikke værkmesterens ansvar eller risiko	464
8.5.3.	Modified Total Cost	464
8.6.	“Jury Verdict” – det brede skøn	468
8.6.1.	Indledning	468
8.6.2.	Begrebsdannelse	470
8.6.2.1.	Betingelser	475
8.6.2.2.	Klart bevis for “injury”	477
8.6.2.3.	Bevisvanskeligheder	478
8.6.2.4.	Beviskrav og retsanvenderens skøn	479
8.6.3.	Sammenfatning om Jury Verdict	484
8.7.	Konfrontation med skandinavisk praksis og doktrin	484
8.7.1.	Dansk ret	485
8.7.2.	Svensk ret	494
8.7.3.	Norsk ret	500
8.7.3.1.	Indledning	500
8.7.3.2.	Før Høyesteretts dom i HR-2019-1225-A	502
8.7.3.3.	Høyesteretts dom i HR-2019-1225-A – HAB-dommen	505
8.7.3.4.	Efter Høyesteretts dom i HR-2019-1225-A	514
8.7.3.5.	Nogle udtalelser i doktrinen efter Høyesteretts dom i HR-2019-1225-A	535
8.8.	Aftaler om opgørelse af forstyrrelseskrav – konventionalbod	539
8.9.	Tabsbegrænsning	540
8.10.	Fortjeneste	541

8.11.	Sammenfattende overvejelser	542
8.11.1.	Indledende bemærkninger	542
8.11.2.	Bevisbyrdespørgsmål	543
8.11.3.	Bevisførelse, beviskrav og beviskravsmodaliteter	544
8.11.3.1.	Generelle bemærkninger	544
8.11.3.2.	Beviskravsmodaliteter	548
8.11.3.3.	Direkte produktivitetmålinger – Measured Mile, normalproduktivitet og Earned Value	550
8.11.3.4.	Comparable Productivity m.v.	552
8.11.3.5.	Indirekte produktivitetmålinger – Total Cost og Modified Total Cost	553
8.11.3.6.	Jury Verdict	556
8.11.4.	Særligt om Global Claim i dansk ret	557
8.11.5.	Nogle (yderligere) bemærkninger om de minimis og pligt til at begrænse den negative økonomiske påvirkning	559
8.11.6.	Konklusion	560
8.12.	Retsregel	561
9	Udelukkelse og begrænsning af forstyrrelseskrav	565
9.1.	Indledning	565
9.1.1.	Udgangspunkt: Gyldighed med modifikation	566
9.1.2.	Modifikation: Generel uanvendelighed	566
9.1.3.	Nogle relevante sondringer	568
9.2.	Vedtagelse	569
9.3.	Forudgående udelukkelse eller begrænsning af forstyrrelseskrav	570
9.3.1.	Udelukkelse baseret på kravskategori	570
9.3.2.	Udelukkelse baseret på påvirkningskategori	575
9.4.	Efterfølgende udelukkelse eller begrænsning af forstyrrelseskrav	576
9.5.	Beløbsbegrænsning	578
9.6.	Retsregel	579
10	Bortfald/Fortabelse af forstyrrelseskrav	581
10.1.	Indledning	581
10.2.	Reaktionspligt (varsling eller reklamation)	585
10.2.1.	Generelt om reaktionspligt	585
10.2.2.	Reaktionspligtens indtræden	587
10.2.2.1.	Generelle bemærkninger	587
10.2.2.2.	Virkningen af manglende overholdelse af reaktionspligten	591
10.2.2.3.	Betydningen af værksherrens viden	593
10.2.2.4.	Betydningen af værksherrens adfærd	595
10.2.3.	Reaktionspligtens indhold	596
10.2.3.1.	Generelle bemærkninger	596
10.2.3.2.	Betydningen af forbehold	598
10.2.4.	Reaktionspligtens længde	602
10.3.	Opfølgingspligt	605
10.3.1.	Generelle bemærkninger	605
10.3.2.	Bortfald af adgangen til at påberåbe sen reaktion	607

10.4.	Forældelse	610
10.4.1.	Generelle bemærkninger	610
10.4.2.	Særligt om forstyrrelseskrav	612
10.5.	Aftalebestemt retsfortabelse (prækclusion)	614
10.5.1.	Generelle bemærkninger	614
10.5.2.	Særligt om "slutopgørelse"	617
10.5.2.1.	Generelle bemærkninger	617
10.5.2.2.	Slutopgørelsens præklusive virkning	618
10.5.2.3.	Forbehold og opfølgning	619
10.6.	Retsregel	622
11	Sammenfatning, syntese og perspektivering	625
11.1.	Indledning	625
11.2.	Et kort resumé af afhandlingen og dens konklusioner	626
11.2.1.	Kapitel 1 – Indledning og problemformulering	626
11.2.2.	Kapitel 2 – Nogle videnskabsteoretiske overvejelser	628
11.2.3.	Kapitel 3 – Forstyrrelsesbegrebet	630
11.2.4.	Kapitel 4 – Länderbericht – de komparative jurisdiktioner	632
11.2.5.	Kapitel 5 – Faktum og faktumudtryk	632
11.2.6.	Kapitel 6 – Retsfaktum	633
11.2.7.	Kapitel 7 – Bevisretlige problemstillinger	634
11.2.8.	Kapitel 8 – Måling og kvantificering – retsfølge	636
11.2.9.	Kapitel 9 – Udelukkelse og begrænsning af forstyrrelseskrav	641
11.2.10.	Kapitel 10 – Bortfald/fortabelse af forstyrrelseskrav	641
11.3.	Retsreglen om forstyrrelseskrav	642
11.3.1.	Den hidtidige retsregel om forstyrrelseskrav i dansk ret	642
11.3.2.	Afhandlingens retsregel om forstyrrelseskrav	643
11.4.	Test af den opstillede retsregel vedrørende forstyrrelseskrav i dansk ret	650
11.4.1.	Indledning	650
11.4.2.	Konsistens og kohærens	651
11.4.3.	Klarhed og tilgængelighed	651
11.4.4.	Forudberegnelighed – retssikkerhed	652
11.4.5.	Praktikabilitet	652
11.4.6.	Normativ begrundelse	653
11.4.7.	Retstekniske overvejelser	653
11.4.8.	Virkningsmæssige overvejelser	653
11.4.9.	Systembetragtninger	654
11.4.10.	Forholdet til det obligationsretlige konsistensaksiom	654
11.4.11.	Konklusion	654
11.5.	Verifikation af de 6 teser	655

11.6. Perspektivering	657
11.6.1. Indledende bemærkninger	657
11.6.2. Perspektivering	658
11.6.2.1. Retsanvendere	658
11.6.2.2. Offentlige myndigheder og interesseorganisationer m.v.	660
11.6.2.3. Øvrige aktører og interessenter	661
11.6.2.4. Retsvidenskabelig forskning	663
11.6.2.5. Udland	663
11.7. Afslutning	663
<i>Summary in English</i>	667
<i>Afgørelser</i>	681
<i>Forkortelser</i>	693