



ML í lögfræði

Svipting hagnaðar

Einkum frá sjónarhorni lausafjárkauparéttar vegna tapaðs hagnaðar

Júní, 2017

Nafn nemanda: Birkir Már Árnason

Kennitala: 020387 – 2389

Leiðbeinandi: Eiríkur Elís Þorláksson

Útdráttur

Ritgerð þessi fjallar í megindráttum um *sviptingu hagnaðar* (e. disgorgement of profits), einkum frá sjónarhorni lausafjárkaupa vegna tapaðs hagnaðar í skilningi 74. gr. sáttmála Sameinuðu þjóðanna um samninga um sölu á vöru milli ríkja (CISG). Rannsóknarspurningar ritgerðarinnar eru eftirfarandi: Fellur svipting hagnaðar í formi reiknireglu undir 74. gr. CISG og þar með 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000? Gætir sambærilegra ákvæða um sviptingu hagnaðar innan þess fjölþjóðlega réttar sem samanburðarrannsókn ritgerðar þessarar tekur til? Er þörf fyrir að innleiða ákvæði um sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun inn í íslenskan rétt? Ef svo er, hvaða fyrirmynd ætti að hafa til hliðsjónar við slíka lagasetningu?

Ritgerðin inniheldur samanburðarrannsókn á réttarreglum, fræðilegum hugtökum, skrifum fræðimanna og beitingu lagagreina er varða hugtakið *sviptingu hagnaðar*, auk umfjöllunar um helstu frumheimildir og önnur fræði sem að því lúta. Tilgangurinn með rannsókninni var að greina hvort og þá með hvaða hætti inntak hugtaksins birtist annars vegar í fjölþjóðlegum samningum og hins vegar í rétti Englands, Þýskalands, Frakklands, Hollands og Noregs.

Helstu niðurstöður voru þær að líkur voru leiddar að því að svipting hagnaðar í formi reiknireglu gildi bæði innan 74. gr. CISG sem og 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000. Þá leiddi athugunin í ljós ákvæði um óréttmæta auðgun innan fjölþjóðlegra samninga. Einnig leiddi athugunin í ljós ákvæði sem ríki hafa beinlínis lögleitt með tilliti til *sviptingar hagnaðar* eða óréttmætrar auðgunar. Með samanburð þennan að leiðarljósi var ályktað að æskilegast væri að regluverk um óréttmæta auðgun fengi sess innan íslenskra skaðabótalaga nr. 50/1993 þar sem tiltekin ákvæði þýsku og hollensku borgaralögbókanna væru höfð að leiðarljósi.

Niðurstöðurnar varpa ljósi á þróun réttarframkvæmdar varðandi inntak hugtakanna og eyða þeirri óvissu sem ríkt hefur varðandi inntakið. Þá veitir ritgerðin yfirlit um reglur um *sviptingu hagnaðar* og óréttmætrar auðgunar sem ekki er fyrir í íslenskum fræðum.

Abstract

In this paper, the concept of “disgorgement of profits” as a calculation method was analysed according to Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Furthermore, the legal status of “disgorgement of profits” and “unjust enrichment” was analysed in two ways. On one hand with regards to international commercial or sales contracts and on the other hand with regards to English, German, French, Dutch, Norwegian and Icelandic law.

The research questions asked were the following: Does Article 74 of the CISG authorize disgorgement of profits as a calculation method? If so, does Article 67 of the Icelandic Act on the sale of goods no. 50/2000 authorize it as well? Are any comparable provisions to the concepts of “disgorgement of profits” and “unjust enrichment” within the English, German, French, Dutch and Norwegian law? Is there any need for disgorgement of profits or unjust enrichment within Icelandic law? If so, which model should the Icelandic legislator take into consideration?

The conclusion of the paper is that both Article 74 CISG and Article 67 of the Icelandic Act on the sale of goods no. 50/2000 do authorize disgorgement of profits as a calculation method. Furthermore, the examination reveals that all of the countries mentioned above do recognise to some extent the concept of disgorgement of profits and/or unjust enrichment. Moreover, Iceland may not need to legislate disgorgement of profits as a calculation method, as the method is already within Icelandic law. However, it is concluded that Iceland should legislate rules about unjust enrichment with the German and Dutch model in mind.

Formáli

Ritgerð þessi er lokaverkefni til meistaraþrófs í lögfræði við Lagadeild Háskólans í Reykjavík og gildir til 30 ECTS eininga. Þá verður að telja ritgerð þessa til samanburðarrannsókna þar sem reglur vegna sviptingu hagnaðar og óréttmætrar auðgunar í fjölþjóðasamningum og rétti fimm mismunandi ríkja var borið saman við íslenskan rétt.

Hugmyndin að ritgerðinni kviknaði við þátttöku höfundar í hinni fjölþjóðlegu málflutningskeppni *Willem C. Vis Moot* sem haldin var í Vínarborg árið 2016. Í keppninni reyndi meðal annars á sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu á sviði alþjóðlegra lausafjárkaupa. Undirbúningur fyrir keppnina sjálfa hófst í ágústmánuði árið 2015. Allt frá þeirri stundu má segja að þetta álitaefni hafi verið hugarfóstur höfundar.

Þegar það kemur að íslenskum fræðiskrifum um óréttmæta auðgun þá virðist ekki vera um auðugan garð að gresja. Enn fremur er engum fræðiskrifum til að dreifa vegna sviptingar hagnaðar. Vegna þessa lá það beinast við að gera sviptingu hagnaðar að meginumfjöllunarefni ritgerðar höfundar til meistaraþrófs. Í því fólst að skoða í kjölinn nýjustu stefnur og strauma vegna sviptingu hagnaðar, einkum frá sjónarhorni lausafjárkaupa vegna tapaðs hagnaðar. Fljótlega kom í ljós við lestur á skrifum fræðimanna að bæði hagnaður og hagnaðarvonin geta verið pólitísk fyrirbæri.

Hagnaðarvonin er öflug og skilvirk kveikja. Hagnaðarvonin drifur hagkerfi okkar áfram. Þess vegna er bæði skynsamlegt og eðlilegt að nýta hana til fulls. Stóra spurningin er hvernig við gerum okkur sem mestan mat úr henni. Lofsöngur sóknar einstaklinga og stórfyrirtækja eftir efnislegum gæðum sjálfum sér til handa getur fríað hina sömu við annarri ábyrgð gagnvart samfélaginu. Þess í stað mætti lofsyngja og umbuna stórfyrirtækjum fyrir traust, samstöðu, heiðarleika og samvinnuvilja. Slíkt fyrirkomulag gæti jafnvel stuðlað að því að einstaklingar eða lögaðilar endursemji fremur en að brjóta gerða samninga. Hér ræðir um færslu frá skammtímahagnaði og yfir í langtímahagnað. Ríkisstyrkir mættu vissulega koma þar til álita.

Höfundur telur að gagnrýnin hugsun ætti að vera undirtónn okkar samfélags. Í því skyni ættum við að leyfa okkur að efast um spilin sem markaðurinn hefur gefið okkur og finna þá leiðir til að stuðla enn betur að velmegandi, réttlátu og stöðugu samfélagi. Í slíkri viðleitni gæti verið heppilegt að ganga ekki að því vísu að fólk fái tjón sitt bætt að fullu.

Þegar riðið er um víðan völl réttarstöðu þeirrar sem gildir um óréttmæta auðgun sér hver knapi fyrir sig hve lausbeisluð hún er. Það er því skoðun höfundar að skoða megi gaumgæflega afbrigði því tengdu með betra regluverki, jafnvel í formi sviptingar hagnaðar sem reiknireglu. Þælum aðeins í því.

Áður en þælingarnar fara á flug þá vil ég sérstaklega þakka unnustu minni, Ástrós Skúladóttur, fyrir veittan stuðning og tillitsemi á meðan skrifum stóð. Einnig vil ég þakka leiðbeinanda mínum, vinnuveitanda mínum og fjölskyldu fyrir alla hjálp- og tillitsemina. Síðast en ekki síst vil ég þakka hundinum mínum, Hnoðra, fyrir góðar stundir og veittan félagsskap.

Reykjavík, 12. maí 2017

Birkir Már Árnason

Efnisyfirlit

Útdráttur	i
Abstract	ii
Formáli	iii
Efnisyfirlit	v
Lagaskrá	viii
Dómaskrá	x
Skrá yfir skammstafanir	xiv
1. Inngangur	1
1.1. Helstu hugtök og orðskýringar	3
1.2. Aðferðafræði, uppbygging og afmörkun efnisins	5
2. Um hlutverk skaðabóta og birtingarmyndir vandans	7
2.1. Um hlutverk og uppruna skaðabóta	7
2.2. Birtingarmynd vandamálsins	12
3. Fjölbjóðlegur réttur	15
3.1. Val á úrtaki	15
3.2. Fjölbjóðlegir samningar	16
3.2.1. 74. gr. CISG	17
3.2.1.1. Skilyrði skaðabóta samkvæmt ákvæðinu	18
3.2.1.2. Sjónarmið sem mæla með sviptingu hagnaðar sem reiknireglu	19
3.2.1.2.1. Réttareining eða réttarsamræming (e. uniformity)	22
3.2.1.2.2. Orðalag ákvæðisins	24
3.2.1.2.3. Tilgangur og markmið ákvæðisins	24
3.2.1.2.4. Góð trú (e. good faith)	26
3.2.1.2.5. Skuldbindingargildi samninga (l. pacta sunt servanda)	27
3.2.1.2.6. Löggjöfnun út frá b-lið 2. mgr. 84. gr. CISG	28
3.2.1.3. Sjónarmið sem mæla gegn sviptingu hagnaðar sem reiknireglu	31
3.2.1.3.1. Orðalag ákvæðisins	31
3.2.1.3.2. Tilgangur og markmið ákvæðisins	32
3.2.1.3.3. Kenningin um hagkvæmt samningsbrot (e. efficient breach)	33
3.2.1.3.4. Refsikenndar skaðabætur (e. punitive damages)	34
3.2.1.4. Ályktun vegna sviptingar hagnaðar sem reiknireglu	35
3.2.2. 7.4.2 gr. UPICC	36

3.2.3.	9:502 gr. PECL	38
3.2.4.	Sjöunda lögbók DCFR	39
3.2.5.	II. og III. hluti CESL.....	43
3.3.	Fordæmisréttur (e. common law).....	43
3.3.1.	Enskur réttur	44
3.3.1.1.	Lög, reglur og lögskýringargögn	44
3.3.1.2.	Dómaframkvæmd.....	45
3.3.1.2.1.	Wrotham Park málið	45
3.3.1.2.2.	Blake málið	46
3.3.1.2.3.	Esso málið.....	47
3.3.1.2.4.	Hendrix málið	48
3.3.1.2.5.	WWF málið	49
3.3.2.	Þýskur réttur	49
3.3.2.1.	Lög, reglur og lögskýringargögn	50
3.3.2.1.1.	2. mgr. 687. gr. þýsku borgaralögbókarinnar.....	50
3.3.2.1.2.	1. mgr. 812. gr. þýsku borgaralögbókarinnar.....	51
3.3.2.2.	Dómaframkvæmd.....	51
3.3.2.2.1.	Dómur Hæstaréttar Þýskalands frá 25. júní 1997	51
3.3.2.2.2.	Dómur Hæstaréttar Þýskalands frá 10. maí 2006.....	52
3.4.	Meginlandsréttur (e. civil law)	53
3.4.1.	Hollenskur réttur.....	53
3.4.1.1.	Lög, reglur og lögskýringargögn	53
3.4.1.1.1.	104. gr. hollensku borgaralögbókarinnar.....	54
3.4.1.1.2.	78. gr. hollensku borgaralögbókarinnar.....	54
3.4.1.1.3.	212. gr. hollensku borgaralögbókarinnar.....	54
3.4.1.2.	Dómaframkvæmd.....	55
3.4.1.2.1.	Dómur Rb's Hertogenbosch frá 2. október 1998.....	55
3.4.1.2.2.	Dómur Hæstaréttar Hollands frá 24. desember 1993	56
3.4.1.2.3.	Dómur Hæstaréttar Hollands frá 8. júní 2010.....	56
3.4.2.	Franskur réttur.....	57
3.4.2.1.	Lög, reglur og lögskýringargögn	57
3.4.2.1.1.	Einkamálalögbókin	58
3.4.2.1.2.	Lög um falsanir nr. 2007-1544	58
3.4.2.1.3.	Lög um nútímavæðingu hagkerfisins nr. 2008-776.....	59
3.4.2.2.	Dómaframkvæmd.....	60

3.4.2.2.1.	Dómur Commercial court of Bobigny frá 26. september 2013.....	60
3.4.3.	Norskur réttur	61
3.4.3.1.	Lög, reglur og lögskýringargögn	61
3.4.3.1.1.	35. og 37d. gr. almennra hegningarlaga.....	62
3.4.3.1.2.	Ákvæði nr. 17-2 laga um verðbréfavíðskipti	62
3.4.3.1.3.	Ákvæði einkaleyfa-, vörumerkja- og hönnunarlaga	62
3.4.3.2.	Dómaframkvæmd	63
3.4.3.2.1.	Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. júní 2000	64
3.4.3.2.2.	Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. nóvember 2005.....	64
3.4.3.2.3.	Dómur Hæstaréttar Noregs frá 16. maí 2007	65
4.	Íslenskur réttur.....	65
4.1.	Lög, reglur og lögskýringargögn.....	65
4.1.1.	Ákvæði 14. kapítula kaupabálks Jónsbókar	66
4.1.2.	67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000.....	66
4.1.3.	67. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991	69
4.1.4.	1. mgr. 78. gr. lögræðislaga nr. 71/1997	70
4.1.5.	74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. tékkalaga nr. 94/1933	71
4.1.6.	1. mgr. 142. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. nr. 21/1991.....	72
4.2.	Dómaframkvæmd	72
4.2.1.	Dómur Hæstaréttar frá 16. desember 1993 í máli nr. 49/1992	73
4.2.2.	Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2001 í máli nr. 154/2001.....	74
4.2.3.	Dómur Hæstaréttar frá 19. júní 2003 í máli nr. 39/2003	75
4.2.4.	Dómur Hæstaréttar frá 15. september 2005 í máli nr. 75/2005.....	76
4.2.5.	Dómur Hæstaréttar frá 10. apríl 2014 í máli nr. 593/2013	76
4.2.6.	Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 372/2016	77
5.	Niðurstöður.....	78
5.1.	Niðurstöður rannsóknarinnar.....	78
5.2.	Lokaorð	79
Viðauki 1:	Þýsk ákvæði	82
Viðauki 2:	Hollensk ákvæði	83
Viðauki 3:	Frönsk ákvæði	84
Viðauki 4:	Norsk ákvæði	85
Viðauki 5:	Fjölþjóðlegir gerðardómar	87
Heimildaskrá		90

Lagaskrá

Fjölpjóðlegir samningar

Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Mannréttindasáttmáli Evrópu (MSE).

Principles of European Contract Law (PECL).

Regulation on a Common European Sales Law (CESL).

Samningur Sameinuðu þjóðanna um sölu á vöru á milli ríkja frá 1980, *United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG).*

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC).

Frönsk lög

Code de procédure civile.

Loi n° de lutte contre la contrefaçon nr. 2007-1544 frá 29. október 2007.

Loi n° de modernisation de l'économie nr. 2008-776 frá 4. ágúst 2008.

Hollensk lög

Burgerlijk Wetboek (BW).

Íslensk lög

Jónsbók.

Lögræðislög nr. 71/1997.

Lög um evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993.

Lög um gjaldþrotaskipti o.fl. nr. 21/1991.

Lög um lausafjárkaup nr. 50/2000.

Lög um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Lög um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936.

Lög um tékka nr. 94/1933.

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Víxillög nr. 93/1933.

Íslensk lögskýringargögn

Alþt. 1996–1997, A-deild, þskj. 121 - 410 mál.

Alþt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál.

Alþt. 2000–2001, A-deild, þskj. 962 - 429 mál.

Norsk lög

Almindelig borgerlig Straffelov (LOV-1902-05-22-10).

Lov om beskyttelse av design (LOV-2003-03-14-15).

Lov om beskyttelse av varemerker (LOV-2010-03-26-8).

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (LOV-2009-01-09-2).

Lov um patenter (LOV-1967-12-15-9).

Lov om verdipapirhandel (LOV-2007-06-29-75).

Þýsk lög

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Dómaskrá

Austurrískir dómur

Dómur *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* frá 15. júní 1994 í máli nr. SCH-4366.

Dómur Hæstaréttar Austurríkis frá 7. september 2000 í máli nr. 8 Ob 22/00v.

Dómur Hæstaréttar Austurríkis frá 14. janúar 2002 í máli nr. 7 Ob 301/01t.

Dómur Hæstaréttar Austurríkis frá 21. júní 2005 í máli nr. 5Ob45/05m.

Ástralskir dómur

Dómur Hæstaréttar Queensland í Ástralíu frá 1982 í máli nr. Qd R 712 381.

Bandarískir dómur

Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna frá 19. febrúar 1980 í máli nr. 78-1871.

Dómur *US District Court - Southern District of New York* frá 30. mars 2010 í máli nr. 09 Civ. 3059 (TPG).

Enskir dómur

Dómur *Chancery Division* frá 1870 í máli nr. [1974] 1 WLR 798 og [1974] 2 All ER 321.

Dómur *The High Court of Justice (Chancery Division)* frá 19. október 1973 í máli nr. [1974] 1 WLR 798 og [1974] 2 All ER 321.

Dómur *The House of Lords* frá 27. júlí 2000 í máli nr. [2001] 1 AC 268.

Dómur *The High Court of Justice (Chancery Division)* frá 22. nóvember 2001 í máli nr. [2001] EWHC 458.

Dómur *The Court of Appeal (Civil Division)* frá 20. mars 2003 í máli nr. [2003] EWCA Civ 323 og [2003] EMLR 25.

Dómur *The Court of Appeal (Civil Division)* frá 2. apríl 2007 í máli nr. [2006] EWHC 184 (Ch) og [2006] FSR 38.

Dómur *The Court of Appeal* frá 4. júlí 2014 í máli nr. [2014] EWCA Civ 908.

Finnskir dómur

Dómur *Helsingin hovioikeus* frá 26. október 2000 í máli nr. S 00/82.

Franskir dómur

Dómur *Appellate Court Grenoble* frá 22. febrúar 1995 í máli nr. 93/3275.

Dómur *Cours d'Appel de Poitiers* frá 26. febrúar 2009 í máli nr. 07/02404.

Dómur *Commercial court of Bobigny* frá 26. september 2013 í máli nr. RG 2013R00400.

Grískir dómur

Dómur *Court of First Instance of Athens* frá 2009 í máli nr. 4505/2009.

Hollenskir dómur

Dómur Hæstaréttar Hollands frá 24. desember 1993 í máli nr. 1995, 421.

Dómur Hæstaréttar Hollands frá 24. desember 8. júní 2010 í máli nr. 2010, 1407.

Dómur *Arrondissementsrechtbank Hertogenbosch* frá 2. október 1998 í máli nr. 9981/HAZA 95-2299.

Íslenskir dómur

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 16. desember 1993 í máli nr. 49/1992.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 20. september 2001 í máli nr. 154/2001.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 24. maí 2002 í máli nr. 218/2002.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 19. júní 2003 í máli nr. 39/2003.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 15. september 2005 í máli nr. 75/2005.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 28. september 2006 í máli nr. 553/2005.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 10. apríl 2014 í máli nr. 593/2013.

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 372/2016.

Írskir dómur

Dómur *High Court of Ireland* frá 14. júlí 1976 í máli nr. 1007P.

Ísraelskir dómur

Dómur Hæstaréttar Ísraels frá 11. febrúar 1988 í máli nr. FH 2082.

Ítalskir dómur

Dómur *Tribunale di Padova* frá 25. febrúar 2004 í máli nr. 40552.

Júgóslavneskir dómur

Dómur *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Yugoslav Chamber of Commerce* frá 9. desember 2002 í máli nr. T-2/00.

Kanadískir dómur

Dómur *The Court of Canada* frá 26. apríl 2002 í máli nr. 2 SCR 601.

Kínverskir dómur

Dómur *Shanghai District People's Court of Shanghai Fengxian* frá 2013 í máli nr. 2190.

Dómur *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)* frá maí 2006 í máli nr. CISG/2006/18.

Mexíkóskir dómur

Dómur *Compromex* frá 30. nóvember 1998 í máli nr. M/115/97.

Norskir dómur

Dómur Hæstaréttar Noregs frá 30. mars 1984 (Rt. 1984, bls. 497).

Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. júní 2000 (Rt. 2000, bls. 1089).

Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. nóvember 2005 (Rt. 2005, bls. 1560).

Dómur Hæstaréttar Noregs frá 16. maí 2007 (Rt. 2007, bls. 817).

Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. júní 2000 (Rt. 2009, bls. 1568).

Pólskir dómur

Dómur Hæstaréttar Póllands frá 11. maí 2007 í máli nr. V CSK 456/06.

Svissneskir dómur

Dómur *Federal Court of Switzerland* frá 28. október 1998 í máli nr. 4C.179/1998/odi.

Dómur *Bundesgerichtshof* frá 18. maí 2009 í máli nr. 4A_68/2009.

Þýskir dómur

Dómur *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* frá 21. júní 1996 (gerðardómur).

Dómur Hæstaréttar Þýskalands frá 25. júní 1997 í máli nr. VIII ZR 300/96.

Dómur *Oberlandesgericht Celle* frá 2. september 1998 í máli nr. 3 U 246/97.

Dómur *Appellate Court Hamburg* frá 26. nóvember 1999 í máli nr. 1 U 31/99.

Dómur *Appellate Court Köln* frá 14. október 2002 í máli nr. 16 U 77/01.

Dómur Hæstaréttar Þýskalands frá 10. maí 2006 í máli nr. XII ZR 124/02.

Skrá yfir skammstafanir

CESL	Common European Sales Law
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) ¹
CISG-AC	CISG Advisory Council ²
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EES	Evrópska efnahagssvæðið
ESB	Evrópusambandið
PECL	Principles of European Contract Law ³
ULIS	Convention Relating to a uniform Law on the International Sale of Goods
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
VIAC	Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber

¹ Þýðist yfir á íslensku sem *Samningur Sameinuðu þjóðanna um sölu á vöru milli ríkja frá 1980* eða *Sáttmáli Sameinuðu þjóðanna um alþjóðlega kaupsamninga (milliríkjakaup)*.

² Þýðist yfir á íslensku sem *CISG-Ráðgjafarnefndin*.

³ Þýðist yfir á íslensku sem *meginreglur evrópsks samningaréttar*.

1. Inngangur

Ritgerð þessi fjallar um sviptingu hagnaðar⁴, einkum frá sjónarhorni lausafjárkauparéttar vegna tapaðs hagnaðar, sem teflt var fram í tengslum við túlkun á töpuðum hagnaði (e. loss of profit) innan 74. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um sölu á vöru á milli ríkja frá 1980, *United Nations Convention for the International Sale of Goods* (CISG).⁵ CISG inniheldur regluverk um milliríkjakaup á vörum eða lausafé og kveður á um skyldur og réttindi vegna samningssambands seljanda og kaupanda. Þegar ritgerð þessi er prentuð eru 85 ríki aðilar að regluverki CISG sem samsvarar meira en 80% af öllum viðskiptum jarðarinnar er varða vöru eða lausafjárkaup.⁶ CISG er því afrakstur málamiðlunar margra ólíkra lagahefða og réttarkerfa en meginmarkmið samningsins er að stuðla að réttareiningu í alþjóðlegum viðskiptum með því að tryggja fyrirsjáanleika og jafnræði á milli aðila.⁷ Þannig eiga fyrirtæki og einstaklingar innan þessara 85 ríkja að geta gengið að því vísu að regluverkið sé hið sama í viðskiptum sín á milli. Á fjölþjóðavettvangi er CISG því afar áhrifamikill samningur á sviði lausafjárkaupa.

CISG öðlaðist gildi á Íslandi í kjölfar ályktunar Alþingis frá 27. mars 2001.⁸ Þá svarar 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 til 74. gr. CISG.⁹ Talið hefur verið að gildissvið 74. gr. CISG nái yfir sviptingu hagnaðar sem reiknireglu sem gerir loforðsmóttakanda kleift að grundvalla skaðabótakröfu sína á hagnaði loforðsgjafa í eftirfarandi þremur tilvikum: (i) Þegar seljandi selur vöru í annað skipti fyrir meiri hagnað en seljandi hefði hlotið samkvæmt samningi við fyrri kaupanda¹⁰; (ii) Þegar seljandi, sem ber samningsbundnar skyldur til að framleiða vöru samkvæmt mannúðlegum og umhverfisvænum skilyrðum, lækkar framleiðslukostnað sinn með því að grípa til framleiðsluáðferða sem brjóta gegn umræddum skilyrðum og eykur þar með hagnað seljandans á vörunni; eða (iii) Þegar erfitt eða ómögulegt er að sanna umfang

⁴ Gjarnan nefnt á ensku „disgorgement of profits“ eða „account of profits“.

⁵ Peter Schlechtriem og Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3. útg., Oxford University Press 2010) 1017.

⁶ Peter Schlechtriem og Ingeborg Schwenzer, (2016) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4. útg., Oxford University Press 2016) 1; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG (Worldwide Edition)* (4. útg., DJØF 2012) 1; UNCITRAL, „Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)“ (*UNCITRAL*) <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> skoðað 11. apríl 2017.

⁷ Páll Sigurðsson, *Kauparéttur* (Bókaútgáfa Orators 1988) 333–335.

⁸ Alþt. 2000–2001, A-deild, þskj. 962 - 429 mál.

⁹ Alþt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál, athugasemdir við 67. gr., 2. mgr.

¹⁰ Gæta ber þess að tileikin vara þarf að hafa verið loforð eða tilætluð samkvæmt samningi á milli aðila til handa hins fyrri kaupanda.

tjóns loforðsmóttakanda með útreikningi.¹¹ Í raun ræðir því hér um sviptingu óréttmætrar auðgunar loforðsgjafa til handa loforðsmóttakanda sökum þess að loforðsgjafi auðgaðist á kostnað loforðsmóttakanda. Þannig virðist umrætt hugtak vera samtvinnað að hluta til reglunni um óréttmæta auðgun.

Engu að síður er tilvist hugtaksins umdeild á meðal fræðimanna þar sem sumir telja reikniregluna í raun vera úlf í sauðargæru, þ.e. að reiknireglan sé í raun ekkert annað en refsikenndar skaðabætur sem bannaðar eru samkvæmt CISG og að jafnaði ekki viðurkenndar í meginlandsrétti. Að því sögðu inniheldur ritgerðin lýsandi greiningu fyrrgreinds hugtaks þar sem skoðaðar eru í kjölinn annars vegar reglur fjölþjóðasamninga og hins vegar reglur í rétti fimm mismunandi ríkja.

Í þessu ljósi eru rannsóknarspurningar ritgerðarinnar eftirfarandi: Fellur svipting hagnaðar í formi reiknireglu undir 74. gr. CISG og þar með 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000? Gætir sambærilegra ákvæða um sviptingu hagnaðar innan þess fjölþjóðlega réttar sem samanburðarrannsókn ritgerðar þessarar tekur til? Er þörf fyrir að innleiða ákvæði um sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun inn í íslenskan rétt? Ef svo er, hvaða fyrirmynd ætti að hafa til hliðsjónar við slíka lagasetningu?

Í því skyni að svara þessum spurningum verður byrjað á því í þessum kafla að útskýra helstu hugtök ritgerðarinnar (**1.1.**). Einnig verður í kafla þessum nánar greint frá aðferðafræði, uppbyggingu og afmörkun á efni ritgerðarinnar (**1.2.**).

Þar næst eða í 2. kafla ritgerðarinnar verður efnið sett í fræðilegt samhengi með því að fjalla um hlutverk og uppruna skaðabóta og þann vanda sem birtist við eftir- og framfylgni hins áætlaða hlutverks. Einnig verður fjallað um meginvanda alþjóðlegra lausafjárkaupa sem stafar frá skorti á heildstæðum og samræmdum réttarreglum og úrlausn þeirra.

Í 3. kafla fer sjálf samanburðarrannsóknin fram þar sem athuguð er réttarstaðan út frá annars vegar ákvæðum fjölþjóðlegra samninga (3.2.) og hins vegar rétti fimm mismunandi ríkja (3.3.-3.4.). Hvað hina fjölþjóðlegu samninga varðar er sérstök áhersla lögð á 74. gr. CISG þar sem

¹¹ Schlechtriem og Schwenger (n. 5) 1017.

athugað er sérstaklega hvort sviptingar hagnaðar gætir innan gildissviðs ákvæðisins í formi reiknireglu.

Í 4. kafla verður farið yfir réttarstöðuna á Íslandi til samanburðar á framangreindum ákvæðum fjölpjóðasamninga og rétti hinna fimm ríkjanna.

Í 5. kafla verða niðurstöður dregnar saman, rætt um þær og fjallað um hvaða máli þær skipta.

1.1. Helstu hugtök og orðskýringar

Meginhugtak þessarar ritgerðar er hugtakið „disgorgement of profits“ eða „account of profits“. Sambærilegu hugtaki er ekki til að dreifa innan íslenskrar lögfræði. Þá er hugtakanotkun í umfjöllun um tapaðan hagnað með ýmsum hætti. Meðal annars af þessum ástæðum þykir vert að skilgreina helstu hugtök sem notuð eru í þessari ritgerð.

Auðgunarkrafa: Krafa um endurgreiðslu ágóða þegar sérstaklega stendur á.¹² Sú kenning hefur verið orðuð þannig að við tiltekna aðstæður verði þeim aðila, sem í heimildarleysi en þó á ósáknæman hátt hefur notað eign annars aðila, og þannig auðgast eða hagnast á hans kostnað, gert að skila hinum andvirði þeirrar auðgunar, og stofnist þá sjálfstæð krafa til þeirrar endurgreiðslu.¹³

Lausafé: Samheiti yfir allar eignir sem ekki falla undir hugtakið fasteign.¹⁴ Getur því verið hvers kyn eignarréttindi en þó algengast í formi vöru eða munar.¹⁵ Að baki lausafjárkaupa er kaupsamningur um lausafé.¹⁶

Óréttmæt auðgun: Aukning fjármuna einstaklings eða lögaðila.¹⁷ Þeim sem hefur auðgast með óréttmætum hætti á kostnað annars manns er almennt skylt að skila því sem hann hefur auðgast um aftur til þess sem fyrir tjóninu varð.¹⁸

¹² Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (ritstj.), *Lögfræðiorðabók með skýringum* (3. útg., Bókaútgáfan Codex 2008) 33.

¹³ sama heimild.

¹⁴ Páll Sigurðsson, *Kauparéttur* (n. 7) 46.

¹⁵ sama heimild.

¹⁶ sama heimild 47; Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 12) 243.

¹⁷ Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 12) 33.

¹⁸ sama heimild; Konrad Zweigert og Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* (Tony Weir þýð., 3. útg., Clarendon Press 1998) 538; David Johnston og Reinhard Zimmermann, *Unjustified Enrichment: Key Issues in*

Refsikenndar skaðabætur: Skaðabætur sem eiga ekki eingöngu að bæta tjón heldur eru hærrí en svo og hafa jafnframt það markmið að refsa hinum skaðabótaskylda.¹⁹

Samningur: Tvíhliða eða marghliða löggerningur sem byggist á gagnkvæmum eða nátengdum viljayfirlýsingum milli tveggja eða fleiri aðila sem ætlað er að binda þá báða eða alla að lögum.²⁰ Samningur getur verið í formi loforðs.²¹

Svipting hagnaðar: Hugtakið „disgorgement of profits“ eða „account of profits“ er notað í mörgum fræðiritum. Engu að síður virðist ekki vera til ein samræmd skilgreining á hugtakinu. Í ritgerð þessari verður hugtakið þýtt yfir á íslensku sem *svipting hagnaðar* í skilningi hagnaðarmiðaðs úrræðis en ekki refsingar.²² Úrræðið gerir tjónþola kleift að krefjast alls þess hagnaðar sem tjónvaldur hlaut vegna ólögætrar eða óréttmætrar auðgunar.²³ Fallist dómur á slíka kröfu er öllum hinum ólögæta eða óréttmæta hagnaði tjónvalds svipt úr hendi hans og sett í hendur tjónþola, í raun óháð fjárhagslegri stöðu tjónþola fyrir og eftir tjónsatburð.²⁴

*Tapaður hagnaður*²⁵ (e. loss of profit): Fjárhagslegt tjón sem leiða má af vanefnd eða hindrun í formi sammingsbrots sem leiðir til aukningar á eign eða fjármunum tjónvalds.²⁶ Tapaður hagnaður telst til beins tjóns og einnig óbeins tjóns þegar tjónið hefur orðið vegna mistaka eða vanrækslu.²⁷ Einnig getur tapaður hagnaður verið umsamin eða áformuð sala til þriðja aðila sem tjónþoli verður af.²⁸ Á Íslandi hefur verið talið að 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 bæti ekki ófjárhagslegt tjón þrátt fyrir meginregluna um að tjónþoli eigi rétt á fullum

Comparative Perspective (Cambridge University Press 2010) 3; Rebecca Williams, *Unjust enrichment and public law: a comparative study of England, France and the EU* (Hart 2010) 7.

¹⁹ Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 12) 336–337; Páll Sigurðsson, *Lagaheimur: greinar um samanburðarlögfræði* (Háskólaútgáfan 2004) 83.

²⁰ Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 12) 367; Páll Sigurðsson, *Samningaréttur: yfirlit um meginreglur íslensks samningaréttar* (Bókaútgáfa Orators 1987) 84.

²¹ Páll Sigurðsson, *Samningaréttur* (n. 20) 74-75 og 84-85.

²² „Disgorgement“ (*Cornell University Law School: Legal Information Institute [LII]*, 7. október 2009) <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>> skoðað 29. janúar 2017.

²³ sama heimild.

²⁴ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (10. útg., Thomson Reuters 2014) 568.

²⁵ Stundum nefndur hagnaðarmissir eða missir hagnaðar en í ritgerð þessari verður stuðst við orðalagið tapaður hagnaður samkvæmt lögum um lausafjárkaup nr. 50/2000.

²⁶ Schlechtriem og Schwenzer (n. 6) 1072; Alpt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál, athugasemdir við 67. gr., 2. mgr.

²⁷ Alpt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál, athugasemdir við 67. gr., 6. mgr.

²⁸ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson, *Kröfuréttur II - Vanefndarúrræði* (Bókaútgáfan Codex 2011) 265.

bótum.²⁹ Sú afstaða stangast á við ályktun *CISG Advisory Council* þar sem talið er að tapaður hagnaður ná yfir ófjárhagslegt tjón sem leiða má af samningsbroti, í þeim tilvikum þar sem hið óáþreifanlega var hluti samningsins eða til dæmis í formi góðvildar (e. loss of goodwill).³⁰ Einnig er þess hvergi getið með beinum orðum, innan lögskýringargagna, að ófjárhagslegt tjón sé ekki bætt samkvæmt 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000.³¹ Aftur á móti er þess getið að tap sem rekja megi til vanefnda skuli bætt að fullu.³²

Yfirverð (e. premium): Þegar verðmæti greiðslu er hærra en nafnverð hlutarins.³³

1.2. Aðferðafræði, uppbygging og afmörkun efnisins

Samanburðarrannsókn ritgerðar þessarar er ætlað að nálgast lausn við meginvandann um samræmingu regluverks í kringum sviptingu hagnaðar sem reiknireglu, sem greint var frá í kaflanum hér að undan. Í því skyni verður til samanburðar við núverandi regluverk íslenskra laga rýnt í ákvæði helstu fjölþjóðlegu samninga og samningsdraga sem fyrir liggja ásamt réttarstöðu þeirri sem birtist í Englandi, Þýskalandi, Hollandi, Frakklandi og Noregi. Inntak sviptingar hagnaðar sem reiknireglu eða óréttmætrar auðgunar vegna tapaðs hagnaðar birtist í fyrrgreindum samningum og rétti með ólíkum hætti. Sú staðreynd er til merkis um óvissu um gildi þeirra á sviði lausafjárkaupa.

Almennt hefur verið talið að meginforsenda vísindagreina sé stöðug endurskilgreining og þróun kenninga samtímis því sem aðrar nýrri spretta upp við hlið þeirra gömlu. Með meginforsendu þessa fyrir sjónum verður leitast við að samræma orðanotkun og skýra í þeim tilgangi hinn afmarkaða „gildandi rétt“ innan lausafjárkaupa og færa þannig merkingu í sviptingu hagnaðar sem reiknireglu og/eða óréttmæta auðgun vegna tapaðs hagnaðar.

Samanburður sem fram fer í þessari ritgerð telst til samanburðar á einstökum réttarreglum, fræðilegum hugtökum og beitingu lagagreina (e. micro-comparison) sem fellur innan fræðigreinarinnar *samanburðarlögfræði*.³⁴ Þessi aðferðafræði þykir eiga einkum við þegar unnið

²⁹ Þorgeir Örlygsson, „Skaðabótareglur laga um lausafjárkaup“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 3, 32.

³⁰ Schlechtriem og Schwenzler (n. 6) 1073–1074.

³¹ Alpt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál.

³² sama heimild, athugasemdir við 67. gr., 2. mgr.

³³ Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 12) 504.

³⁴ Zweigert og Kötz (n. 18) 4; Davíð Þór Björgvinsson, „Samanburðarlögfræði“ (1991) 41 Tímarit lögfræðinga 280, 207.

er að undirbúningi nýrrar löggjafar³⁵ en það er einskær von höfundar að ritgerð þessi muni reynast sem liður í slíkum undirbúningi. Í þessari aðferðafræði felst samanburður á reglum fimm annarra ríkja sem gegna eiga sama hlutverki og fyrrgreind reikniregla í tengslum við sviptingu hagnaðar vegna óréttmætrar auðgunar. Í þessu samhengi hefur eftirfarandi komið fram:

Þessi meginregla [þ.e. að nauðsynlegt sé að velja til samanburðar reglur sem gegna sama hlutverki] hvílir á þeirri staðreynd að í öllum ríkjum er í aðalatriðum verið að glíma við sömu vandamálin, en lögfræðilegar lausnir á þeim eru afar mismunandi. **Þess vegna er nauðsynlegt að skilgreina úrlausnarefnið án tilvísunar til þeirra lögfræðilegu hugtaka sem notuð eru í eigin rétti.**³⁶ (Innskot og feitletrun höfundar)

Meðal annars af þessari ástæðu ákvað höfundur að skilgreina meginhugtak þessarar ritgerðar „disgorgement of profits“ eða „account of profits“ hér í kaflanum að undan (1.1.). Í þeim tilvikum þar sem heildarákvæði vegna samanburðar var ekki til að dreifa innan þeirra fimm ríkja, sem samanburður ritgerðarinnar nær til, þá var athugað hvort sambærileg ákvæði væri að finna sem gegna svipuðu hlutverki og fyrrgreind reikniregla í formi sviptingar hagnaðar. Þessi leið var farin til þess að gera samanburðinn marktækari.³⁷

Gætt var þess að láta ekki samanburð við lagatextann sjálfan einan duga heldur var einnig litið sérstaklega til tveggja þátta. Annars vegar ígrundað gaumgæfilega með hvaða hætti viðkomandi lagareglur hafa verið túlkaðar í réttarframkvæmdinni og hins vegar var réttarskipun hinna fimm ríkja, sem samanburðurinn náði til, hafður í huga við túlkun og innsýn í lagahugsun þess ríkis.³⁸ Vissulega er ekki fullt samkomulag um það með hvaða hætti beri að skipta ríkjum í réttarkerfi og þá byggist slík skipting óhjákvæmilega á alhæfingum.³⁹ Engu að síður er flokkunin hjálpleg til þess að skýra mynd okkar af flóknum veruleika.⁴⁰ Með þetta fyrir sjónum verða tvö vestræn réttarkerfi lögð til grundvallar í samanburði þessarar ritgerðar. Verður litið annars vegar til meginlandsréttar⁴¹ (e. civil law) og hins vegar fordæmisréttar⁴² (e. common law). Enn fremur verða í ritgerð þessari annars vegar England og Þýskaland sett undir

³⁵ Davíð Þór Björgvinsson, „Samanburðarlögfræði“ (n. 34) 207.

³⁶ sama heimild.

³⁷ sama heimild 208.

³⁸ sama heimild 209.

³⁹ sama heimild 213.

⁴⁰ sama heimild.

⁴¹ Stundum nefndur rómversk-germanskur réttur.

⁴² Stundum nefndur dómvenjuréttur.

hatt fordæmisréttarins og hins vegar Frakkland, Holland, Noregur og Ísland sett undir hatt meginlandsréttarins.⁴³

Við uppsetningu og framsetningu ritgerðarinnar var farið eftir hinu svokallaða *IRAC* (issue, rule, application og conclusion).⁴⁴ Í upphafi þessa kafla voru settar fram rannsóknarspurningar þessarar ritgerðar og þar með álitaeftin (e. issue). Þá er í 2. kafla ritgerðarinnar sett fram vandamál þau sem við blasa vegna framsettra álitaeftna. Í 3. og 4. kafla má síðan finna samanburð fimm ríkja við íslenskan rétt vegna álitaeftnis þess sem skýrt var frá í rannsóknarspurningum ritgerðarinnar. Í því felst að farið er yfir annars vegar réttarreglur þær sem álitaeftnið tekur til (e. discussion of the relevant law on an issue) og hins vegar dómaframkvæmd vegna þessara tilteknu réttarreglna (e. application of the law to the case at hand). Í 5. kafla ritgerðarinnar eru niðurstöður dregnar vegna samanburðarins (e. conclusion).

Þá var eftir atvikum litið til álitaeftna út frá sjónarhorni réttarhagfræðinnar eða atferlisréttarhagfræðinnar.⁴⁵

2. Um hlutverk skaðabóta og birtingarmyndir vandans

Í kafla þessum verður snert annars vegar á hlutverki og uppruna skaðabóta (2.1.) og hins vegar á hvort framkvæmdin í dag samræmist hlutverkinu og þeim meginvanda sem við blasir á sviði alþjóðlegra lausafjárkaupa (2.2.).

2.1. Um hlutverk og uppruna skaðabóta

Í upphafi þessa kafla þykir við hæfi að staldra aðeins við og velta fyrir sér eftirfarandi tveimur spurningum: Hvaða hagsmunum þjónar rétturinn í heild? Hver er tilgangur laga?

⁴³ Zweigert og Kötz (n. 18) 181–182, 132–133 og 277.

⁴⁴ Stacie Strong og Brad Desnoyer, *How to Write Law Exams: IRAC Perfected* (St Paul, MN 2016); Nelson Miller og Bradley J. Charles, *Mastering Legal Analysis: Subsidiary Skills to the IRAC Framework*. (Thomas M Cooley Law School 2009); Terry S. Bingham og Susan L. Majka, *Legal Writing for Legal Professionals* (Pearson Education 2017).

⁴⁵ A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (4. útg., Wolters Kluwer Law & Business 2011); Arnaldur Hjartarson, „Á réttarhagfræði erindi við íslenska lögfræðinga?“ (2014) 64 Tímarit lögfræðinga 37.

Tæmandi svar við spurningum þessum er ekki til. Það er í raun heldur ekki svarið sjálft sem skiptir höfuðmáli heldur leitinn að svarinu. Gagnrýnin hugsun er meginforsenda þess að framfarir eigi sér stað.⁴⁶ Ef við myndum telja okkur trú um að það væri til tæmandi svar við fyrrgreindum spurningum þá væri gagnrýnin hugsun í hættu.⁴⁷

Engu að síður hefur verið talið að meginhlutverk réttarkerfisins sé að standa vörð um réttaröryggi borgaranna og að flokka megi það niður í eftirfarandi þrjá þætti: (i) Lögin þurfa að mæla fyrir um skiptingu samfélagslegra gæða; (ii) Réttarvernd þessara gæða verður að vera tryggð í lögum; (iii) Það á að hvíla sú lagaskylda á borgurunum að þegar neyðin kalli eigi þau að veita hvert öðru aðstoð án þess þó að líf þeirra sé lagt að veði.⁴⁸

Í þessu samhengi hefur einnig verið talið að í samfélaginu sé viðurkennt að efla beri frumkvæði einstaklinganna á sviðum framleiðslu og viðskipta og innan fjármunaréttarins sé það undirliggjandi sjónarmið að standa beri vörð um slíka hagsmuni í þágu réttaröryggis.⁴⁹ Þessi áhersla hefur einnig verið talin koma hvergi skýrar fram en í meginreglum eins og þeim sem fjalla um góða trú, skuldbindingargildi samninga (l. *pacta sunt servanda*) og vernd eignaréttarins sbr. 72. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og 1. viðauki við Mannréttindasáttmála Evrópu.⁵⁰

Enn fremur geta umræddar meginreglur og reglan um óréttmæta auðgun birst sem einhvers konar almenn viðmið í formi raka, markmiða og hugmynda fyrir einstökum réttarreglum, heils réttarsviðs eða jafnvel réttinum í heild.⁵¹ Á móti kemur meginreglan um samningsfrelsi en hún er einnig ein af meginstoðum samningaréttarins.⁵²

⁴⁶ Arnar Þór Jónsson, „Gagnrýnin hugsun á vettvangi laga“ (2015) 9 *Lögfræðingur* 1, 7.

⁴⁷ Páll Skúlason, *Ríkið og rökvísi stjórn mála* (Háskólaútgáfan 2013) 37.

⁴⁸ Anders Vinding Kruse, *Restitutioner: et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret* (Gad 1950) 5. kafli.

⁴⁹ sama heimild 6. kafli.

⁵⁰ Páll Sigurðsson, *Samningaréttur* (n. 20) 23–25; Sigurður Línadal, *Um lög og lögfræði: Grundvöllur laga - réttarheimildir* (2. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2007) 341 og 357.

⁵¹ Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði* (Bókaútgáfa Orators 1988) 252–253; Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Bókaútgáfan Codex 2007) 230; Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (Háskólinn í Reykjavík; JPV útgáfa 2008) 140–141; Garðar Gíslason, „Meginreglur laga“ (1986) 39 *Úlfjótur* 5; Peter Birks, *Unjust Enrichment* (2. útg., Oxford University Press 2005) 268.

⁵² Páll Sigurðsson, *Samningaréttur* (n. 20) 25.

Engu að síður hefur verið talið að tilgangurinn með samningarétti sé að búa þannig um hnúta að brotið haldist hjá þeim sem virðir ekki gerðan samning.⁵³ Segja má að leiðin að því markmiði sé aftur á móti ólík á meðal réttarkerfa þrátt fyrir að verið sé að glíma við sömu vanda málin.⁵⁴ Inntak hefðbundinna skaðabóta, sem gjarnan er kennt við meginlandsrétt, er að sá sem veldur tjóni á hagsmunum annars manns skuli inna af hendi peningagreiðslu, sem nægir til þess að rétta hlut hans og gera hann eins fjárhagslega settan og ef tjónið hefði aldrei orðið.⁵⁵ Aftur á móti er refsikenndum skaðabótum (e. punitive damages), sem gjarnan eru kenndar við fordæmisrétt, ætlað að refsa tjónvaldi þegar háttsemi hans í tengslum við tjónið hefur verið svo óforsvaranleg að talið er að refsing umfram greiðslu skaðabóta sé réttlætanagerleg.⁵⁶ Þannig eru refsikenndar skaðabætur gjarnan taldar ganga á skjön við hina almennu skaðabótareglu sökum hættu á að tjónþoli fái tjón sitt ofbætt, þ.e. að tjónþoli megi ekki vera betur settur fjárhagslega en hann var fyrir tjónsatburð.

Fullyrt hefur verið að refsikenndar skaðabætur hafi ekki tíðkast í norrænni lögfræði og enn fremur talið að óhætt væri að ætla að hugsunin um refsikenndar skaðabætur sé fjarri réttarvitund flestra Norðurlandabúa.⁵⁷ Réttarvitund hefur verið skilgreind sem viðhorf þorra manna til þess hver sé, eða eigi að vera, gildandi réttur í ákveðnu tilviki, þ.e. hugmyndir hvers einstaklings um lög og réttlæti.⁵⁸ Það hvort refsikenndar skaðabætur standi utan réttarvitundar flestra norrænna manna verður ekki skýrt til hlítar nema söguleg vitneskja komi til fulltingis.⁵⁹

Ef litið er til skaðabótaréttar á Íslandi á þjóðveldisöld og einnig samkvæmt Jónsbókarlögum er óumdeilanlegt að ekki hafi verið byggt á núverandi kenningum um að skaðabætur ættu að gera tjónþola eins fjárhagslega settan og hann var fyrir tjónsatburð.⁶⁰ Bætur voru gjarnan staðlaðar þar sem oft og greinilega var fremur horft til hinnar refsikenndu hliðar bótanna

⁵³ Mathias Siems, „Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis“ (2003) 7 *Edinburgh Law Review* 27, 51.

⁵⁴ Davíð Þór Björgvinsson, „Samanburðarlögfræði“ (n. 34) 209.

⁵⁵ Viðar Már Matthíasson, *Skaðabótaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2005) 38.

⁵⁶ Helmut Koziol, Vanessa Wilcox og Bjarte Askeland, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) 1.

⁵⁷ Viðar Már Matthíasson (n. 55) 71.

⁵⁸ Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 12) 346; Sigurður Líndal (n. 50) 72.

⁵⁹ Ármann Snævarr, *Þættir úr réttarsögu* (Reykjavík 1966) 1.

⁶⁰ Páll Sigurðsson, *Lagaheimur* (n. 19) 86.

heldur en eiginlegu bótahlíðarinnar.⁶¹ Svipaða réttarsögu er að segja um bótarétt nágrannabjóða Íslands.⁶² Í Þýskalandi var refsibótum ekki útrýmt fyrr en hin almenna borgaralögbók öðlaðist gildi þann 1. janúar 1990 en þangað til höfðu refsibætur verið ofaná.⁶³ Þessi niðurstaða Þýskalands hafði meðal annars áhrif á hina frönsku borgaralögbók *Code civil* sem og svokallaðan norrænan rétt.⁶⁴ Í því samhengi er vert að gæta þess að skaðabótarétturinn sem Íslendingar búa við er í miklum mæli ættaður frá þýskum háskólum á 19. öld og hingað kominn fyrir milligöngu Kaupmannahafnarháskóla.⁶⁵

Að sama skapi eru efnislegar meginlínur í lagalegri hugsun vesturlanda afrakstur af langri þróun réttarins.⁶⁶ Til að mynda hefur Rómarréttur haft veruleg áhrif í tímans rás á sitthvað í norrænni löggjöf og við lagatúlkun, sbr. öll hin latnesku orð og hugtök.⁶⁷ Þá eru hugmyndirnar og fyrirmyndirnar að baki reglna um skaðabótarétt, endurheimturétt og óréttmæta auðgun sóttar til Rómarréttar.⁶⁸ Í þessu samhengi má nefna Lögbók Jústíníanusar, *Corpus Juris Civilis*, sem tók til allra manna og hafði gríðarleg áhrif á löggjafir allra ríkja sem Rómverjar höfðu hertekið eða átt viðskipti við, þar með talið réttarkerfi Vesturlanda og regluverk CISG þar sem sjá má hinar fornu meginreglur Rómarréttar. Einnig mætti í fyrrgreindu samhengi nefna lög þjóðanna, *Jus gentium*, sem var lagabálgur sem var í samræmi við lög allra þjóða og dugði þess vegna í samskiptum einstaklinga af ólíku þjóðerni.⁶⁹ Þannig má meðal annars í grófum dráttum rekja grunninn í evrópski lagahefð til Rómarréttarins.⁷⁰

Af þessum sökum er vart hægt að segja að rétturinn á Íslandi sé norrænn heldur mætti fremur segja að hann sé með norrænum afbrigðum. Lög eru sjaldnast sérlensk fyrirbæri nema í þeim tilfellum þar sem verið er að leysa sérlensk vandamál. Almennar reglur skaðabóta-, kröfu-,

⁶¹ sama heimild.

⁶² Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht I* (Veit & Comp 1882) 370 og 706; Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht II* (Veit & Comp 1895) 29, 395 og 858.

⁶³ Páll Sigurðsson, *Lagaheimur* (n. 19) 86–87.

⁶⁴ sama heimild 87.

⁶⁵ sama heimild; Zweigert og Kötz (n. 18) 133.

⁶⁶ Zweigert og Kötz (n. 18) 622.

⁶⁷ Páll Línadal, „Stutt samantekt um lagastörf Íslendinga á fyrri tíð, lagafræðslu og aðdraganda að skipulegu laganámi“ (1983) 36 *Úlfjótur* 115, 127.

⁶⁸ James Gordley, „The architecture of the common and civil law of torts: An historical survey“ í Mauro Bussani og Anthony James Sebok (ritstj.), *Comparative tort law: global perspectives* (Edward Elgar Publishing 2015) 199–200; Sigríður Jósefsdóttir, „Endurgreiðsla ofgreidds fjár“ (1988) 41 *Úlfjótur* 135, 137 og 139.

⁶⁹ Hjördís Björk Hákonardóttir, „Um náttúruarétt“ (1995) 45 *Tímarit lögfræðinga* 248, 255.

⁷⁰ Johnston og Zimmermann (n. 18) 8–9; Zweigert og Kötz (n. 18) 49–50; Gordley (n. 68) 173–174 og 199–200.

kaupa- og samningaréttarins falla ekki þar undir.⁷¹ Réttarheimildirnar fléttast með margvíslegum hætti inn í hver aðra.⁷² Reglunum ægir mörgum saman, þær fylgjast margar að.⁷³ Af því má leiða að réttur hvers ríkis fyrir sig sé í megindráttum fjölþjóðlegur þar sem minnst af lögfræði ríkja hefur orðið til við sér aðstæður þess ríkis eins.⁷⁴ Að því virtu mætti ætla að Ísland hafi rætur að rekja til réttarkerfa meginlandsréttar sem og fordæmisréttar.

Að öllu framangreindu virtu þykir höfundi það ekki standast skoðun að annars vegar hafi refsikenndar skaðabætur ekki tíðkast í norrænni lögfræði og hins vegar að telja megi að hugsunin um refsikenndar skaðabætur sé fjarri réttarvitund flestra Norðurlandabúa. Þess í stað mætti fremur telja að beiting úrræða sem svipa til refsikenndra skaðabóta sé Íslendingum framandi nú á tímum.⁷⁵ Að því virtu þykir höfundi löggjafinn ekki eiga að skjóta loku fyrir gaumgæfilega skoðun á sviptingu hagnaðar sem reiknireglu einungis á þeim grundvelli að hugsunin sé okkur framandi. Órannsakað líf er ekki þess virði að lifa fyrir.⁷⁶

Með það fyrir sjónum mætti velta vöngum yfir því hvort slík reikniregla kæmi til með að styrkja varnaðaráhrif skaðabóta gagnvart óréttmætum viðskiptaháttum og stuðla þar með að heilbrigðara viðskiptalífi. Myndi það ef til vill minnka að hluta til álagið á dómskerfinu vegna slíkra ágreininga og spara þannig samfélaginu skattfé? Að sama skapi má spyrja sig hvort það myndi einfalda ákvarðanatöku um að standa við gerða samninga og skapa þar með meira hagræði í viðskiptum?

Megintilgangur þessa kafla var að opna huga lesanda ritgerðar þessarar og færa hann frá þröngsýnni túlkun yfir til hinnar víðsýnu, þ.e. að flokkun hugmynda manna um lög og rétt eftir réttarkerfum ríkja sé ekki svo föst í hendi að hana megi ekki draga í efa. Slík þröngsýni myndi svipta okkur gagnrýninni hugsun sem er ein af meginforsendunum fyrir þróun og framförum, sérstaklega í ljósi þess að hugmyndir okkar um lög og réttlæti eru samtíningur héðan og þaðan

⁷¹ Zweigert og Kötz (n. 18) 622.

⁷² Ármann Snævarr (n. 51) 157–160.

⁷³ Davíð Þór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law: A Theoretical and Practical Analysis* (Edward Elgar Publishing 2015) 19–31; Gunnar Dal, *Einn heimur: fimm heimsmyndir* (Ugla 2007) 121.

⁷⁴ Gordley (n. 68) 200.

⁷⁵ Páll Sigurðsson, *Lagaheimur* (n. 19) 86.

⁷⁶ Platón, *Síðustu dagar Sókratesar* (Sigurður Nordal þýð., 6. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2011) 66.

sem á rætur að rekja til hinna ýmsu réttarkerfa og ríkja. Hugmyndir að baki laga eru án landamæra.

2.2. Birtingarmynd vandamálsins

Sá raunveruleiki sem blasir við okkur er að smærri fyrirtæki innan EES standa höllum fæti gagnvart þeim stærri vegna þess ósamræmis sem einkennir regluverkið í kringum lausafjárkaup á milli ríkja.⁷⁷

Í 1. mgr. 1. gr. laga um evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 segir eftirfarandi:

Markmið þessa samstarfssamnings er að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem nefnist hér á eftir EES. (Feitletrun höfundar)

Í öðrum hluta laganna koma fram reglur vegna frjálsra vöruflutninga milli samningsaðila sbr. c-liður 2. gr. laganna. Um auðveldun viðskipta segir í 3. mgr. 21. gr. laganna:

Samningsaðilar skulu styrkja og auka samvinnu sín í milli með það að markmiði að einfalda framkvæmd vöruviðskipta, einkum að því er varðar áætlanir, verkefni og aðgerðir bandalagsins sem miða að því að greiða fyrir viðskiptum í samræmi við reglurnar í VI. hluta. (Feitletrun höfundar)

Markmið þetta er nánar skilgreint í VI. hluta laganna en í 78. gr. segir meðal annars að í því felst að samningsaðilar skulu efla og auka samvinnu lítilla og meðalstórra fyrirtækja.

Hin sérstaka áhersla á stuðning við lítil og meðalstór fyrirtæki skýtur skökku við þá staðreynd að næstum því 99% af fyrirtækjum innan evrópska efnahagssvæðisins hafa ekki efni á því að stunda viðskipti á milli landamæra þar sem slík sala útheimtir aðlögun sölusamnings að réttarkerfi viðkomandi ríkis.⁷⁸ Kostnaðurinn sem þetta útheimtir er að jafnaði 10.000 evrur fyrir

⁷⁷ Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, „Completing the Single Market: adopting the Regulation on a Common European Sales law“ (Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins) <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/factsheet_sales_law_en.pdf> skoðað 3. mars 2017; Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, „White Paper on the Future of Europe: Reflections and scenarios for the EU27 by 2025“ (Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins 1. mars 2017) <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/white_paper_on_the_future_of_europe_en.pdf> skoðað 3. mars 2017.

⁷⁸ Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, „A Common Sales Law for Europe“ (Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins) <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/sales_law_general_en.pdf> skoðað 3. mars 2017.

hvert ríki sem fyrirtæki ákveður að herja á ásamt um það bil 3.000 evrum þar að auki við heimfærslu og uppfærslu heimasíðu viðkomandi fyrirtækis.⁷⁹

500 milljónir evrópskra neytenda verða ekki einungis af betri kjörum og meira vöruúrvali vegna þessarar staðreyndar heldur eru neytendur einnig óvissir um rétt sinn þegar þeir versla yfir landamæri.⁸⁰ Vegna framangreinds tapast ár hvert, út frá hagfræðilegu sjónarhorni, 26 billjónir evra þar sem fyrirtæki innan EES eru ekki að selja jafn mikið og þau gætu annars gert.⁸¹ Þá er talið að smærri ríki með minni landsmarkaði verði sérstaklega fyrir barðinu vegna þessa.⁸² Í þessu samhengi má leiða líkum að því að fá eða engin íslensk fyrirtæki flokkist sem eitthvað annað en minni eða meðalstór fyrirtæki.

Þetta er meginvandinn á sviði alþjóðlegra lausafjárkaupa og ljóst að samræmingar á regluverki innan EES er virkilega þörf. Af þessari ástæðu verður íslenskur réttur borinn saman við réttarreglur þær sem birtast okkur annars vegar í fjölþjóðlegum samningum og hins vegar í rétti annarra ríkja. Við samanburð og mat á fyrrgreindu regluverki þykir vert að hafa hlutverk skaðabótareglna í huga.⁸³ Hlutverk skaðabóta eru margvísleg en hér verður leitast við að draga fram vandamálin sem staðið er frammi fyrir gagnvart bótahlutverki annars vegar og varnaðarhlutverki skaðabóta hins vegar.

Hvað bótahlutverkið varðar þá á það að veita tjónþola fjárhagslega uppreisn með peningagreiðslu sem eigi að bæta honum tjónið.⁸⁴ Engu að síður hefur verið talið að reglur skaðabótaréttarins bæti einungis lítinn hluta þeirra tjónstilvika sem verða og þannig verði tjónþoli oftast að bera tjón sitt sjálfur.⁸⁵ Enn fremur hefur verið talið að fáir fái skaðabætur og þá veiti reglur skaðabótaréttarins ófullkomna vernd, auk þess sem þær eru flóknar og dýrar í framkvæmd.⁸⁶ Enn fremur hefur verið talið að markmiði hinnar almennu skaðabótareglu sé

⁷⁹ sama heimild.

⁸⁰ sama heimild.

⁸¹ sama heimild.

⁸² sama heimild.

⁸³ Viðar Már Matthíasson (n. 55) 60; Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth 1993) 227–229.

⁸⁴ Viðar Már Matthíasson (n. 55) 60–61.

⁸⁵ Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson, *Bótaréttur I: skaðabótaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2015) 48.

⁸⁶ sama heimild 49.

sjaldan náð þar sem tjónþolinn beri áhættuna af því þegar mat sé lagt á skaðabætur og því sé tjónþolinn með kerfisbundnum hætti skilinn eftir með tjón sitt vanbætt.⁸⁷

Árið 2016 var gerð rannsókn á 386 dómum Hæstaréttar Íslands í einkamálum frá árunum 2013 og 2014. Niðurstaða rannsóknarinnar var meðal annars að sigurhlutfall stefnenda væri 53% í lögaðilamálum en 45% í einstaklingsmálum og að lögaðilar fengu að meðaltali 91% af stefnu- fjárhæð en einungis 63% í tilfellum einstaklinga.⁸⁸ Þá má sjá af hlutfalli málaflokka rannsóknarinnar að í 84% tilfella einstaklinga en í 68,9% tilfella lögaðila var tegund málsins á sviði samninga-, kröfu-, féлага- eða skaðabótaréttar.⁸⁹

Vissulega má gagnrýna aðferðafræði rannsóknarinnar og draga þar með ályktanir hennar í efa. Engu að síður hlýtur niðurstaða hennar að færa okkur örlítið nær þeirri ályktun að tjónþoli sé gjarnan ekki að koma eins fjárhagslega settur frá tjóni og hann var fyrir tjónsatburð. Af þessum ástæðum meðal annars mætti færa rök fyrir því að skaðabótareglur þjóni ekki umræddu hlutverki.⁹⁰

Hvað varnaðarhlutverkið varðar þá skiptist það annars vegar í sérstök varnaðaráhrif og hins vegar í almenn varnaðaráhrif.⁹¹ Með sérstökum varnaðaráhrifum er átt við að sá sem bóta- skyldur er og þarf að greiða skaðabætur muni láta það hafa áhrif á háttsemi sína framvegis þannig að hann forðist í framtíðinni að valda tjóni.⁹² Með öðrum orðum brennt barn forðast eldinn. Með almennum varnaðaráhrifunum er átt við að vitneskja manna um tilvist skaðabótareglna hafi almennt áhrif á háttsemi þeirra.⁹³

Fullyrða má að báðir þættirnir hafi einhver varnaðaráhrif og að þau skipti nokkru um breytni manna.⁹⁴ Aftur á móti er spurning um hvort að áhrifin séu nægjanleg í ljósi þess að sumir

⁸⁷ Ingeborg Schwenzer og Pascal Hachem, „The Scope of the CISG Provision on Damages“ í Djakhongir Saidov og Ralph Cunnington (ritstj.), *Contract damages: domestic and international perspectives* (Hart Publishing 2009) 102; Mauro Bussani og Marta Infantino, „The many cultures of tort liability“ í Mauro Bussani og Anthony James Sebok (ritstj.), *Comparative tort law: global perspectives* (Edward Elgar Publishing 2015) 37–38.

⁸⁸ Víðir Smári Petersen, „Hvenær eiga aðilar að ná sáttum? Réttarhagfræðilegar kenningar um sáttir með hliðsjón á 386 einkamálum fyrir Hæstarétti Íslands“ (2016) 66 Tímarit lögfræðinga 189, 218.

⁸⁹ sama heimild 219–220.

⁹⁰ Viðar Már Matthíasson (n. 55) 60–61; Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson (n. 85) 48.

⁹¹ Viðar Már Matthíasson (n. 55) 63.

⁹² sama heimild.

⁹³ sama heimild 64.

⁹⁴ sama heimild 64–65; Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett* (6. útg., Gyldendal akademisk 2009) 93.

fræðimenn telja, hvað skaðabótarétt varðar, að almennt borgi sig í framkvæmd að viðhafa ólögmeta eða óréttmeta háttsemi.⁹⁵ Í meginráttum má útfæra gagnrýnina á þá vegu að skaðabætur eru ekki taldar hafa nægjanlega varnaðaráhrif til þess að stemma stigu við óréttmætum viðskiptaháttum og þar með óheilbrigðu viðskiptalífi. Í dæmaskyni má nefna að sum fyrirtæki hugsa sér gott til glóðarinnar að brjóta gerða samninga þar sem að brotið leiðir af sér meiri hagnað fyrir viðkomandi þrátt fyrir að dæmdar verði skaðabætur vegna málsins. Af þessum sökum mætti færa rök fyrir því að hvati innan kerfisins sé fremur fyrir því að brjóta gerða samninga í leit að fjárhagslega hagstæðari samning í stað þess að rækta og þróa það samningssamband sem fyrir var.⁹⁶

Með þetta hugfast verður leitast við að svara hvort, hvernig og þá með hvaða hætti æskilegt væri að þróa skaðabótareglur er varða sviptingu hagnaðar sem reiknireglu og/eða óréttmeta auðgun, einkum frá sjónarhorni lausafjárkauparéttar vegna tapaðs hagnaðar.⁹⁷

3. Fjölbjóðlegur réttur

Í kafla þessum verður réttarstaðan hvað varðar sviptingu hagnaðar sem reiknireglu eða óréttmeta auðgun skoðuð út frá fjölbjóðlegu sjónarhorni, einkum á sviði lausafjárkaupa vegna tapaðs hagnaðar en þó einnig á öðrum sviðum í þeim tilvikum þar sem heildarákvæði vegna samanburðar var ekki til að dreifa. Áður en athuguninni verða gerð skil verður tilgreint að hvaða ríkjum athugunin snýr (**3.1.**). Þar næst fer athugunin sjálf fram þar sem litið verður til: Fjölbjóðlegra samninga og samningsdraga (**3.2.**); tveggja ríkja innan fordæmisréttar (**3.3.**); og þriggja ríkja innan meginlandsréttar (**3.4.**).

3.1. Val á úrtaki

Markmið þessa kafla er að athuga hvort og þá með hvaða hætti ákvæði er varða sviptingu hagnaðar eða óréttmeta auðgun, einkum vegna tapaðs hagnaðar á sviði lausafjárkaupa,

⁹⁵ Ewoud Hondius og André Janssen, „Original Questionnaire: Disgorgement of Profits“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015) 4; Hans Erich Brandner, „Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb“ (1980) 82 *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 359, 359–363; M. Lehmann, „Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums“ [2004] *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil* 762, 763.

⁹⁶ Aftur á móti verður í þessu samhengi einnig að líta til þess að auðgunarbrot geta varðað XXVI. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

⁹⁷ Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson (n. 85) 50.

birtist annars vegar í fjölþjóðlegum samningum og hins vegar í rétti Þýskalands, Englands, Hollands, Frakklands og Noregs. Í þeim tilvikum þar sem heildarákvæði var ekki til að dreifa innan þessara fimm ríkja þá var athugað hvort sambærileg ákvæði væri að finna sem gegna svipuðu hlutverki og fyrrgreind reikniregla um sviptingu hagnaðar. Þessi leið var farin til þess að gera samanburðinn marktækari.

Við val á fjölþjóðlegum samningum var litið til fjölmennustu og virtustu samninganna á sviði lausafjárkaupa en þó með sérstakri áherslu á CISG þar sem hann er óumdeilanlega sá fjölþjóðasamningur sem er leiðandi á sviðinu og þar að auki eini samningurinn sem Ísland er aðili að.

Við val á því hvaða ríki væru heppileg til athugunar var ákveðið að taka til samanburðar við Ísland tvö ríki úr svokölluðum fordæmisrétti (e. common law) og þrjú ríki úr svokölluðum meginlandsrétti (e. civil law). Val ríkjanna í úrtakinu markaðist meðal annars af því hvaða ríki hafa verið leiðandi í fræðiskrifum á sviði alþjóðlegra lausafjárkaupa. Einnig kom fljótlega í ljós við yfirferð umræddra fræðiskrifa hvaða ríki þykja hafa að geyma hvað framúrstefnulegustu löggjöfina í tengslum við sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Ræðir hér sérstaklega um Þýskaland og Holland sem leiða af sér einstaklega áhugaverðan samanburð, sérstaklega í ljósi þess að gjarnan er rætt um að ríkin tvö séu af sitthvoru réttarkerfinu.

3.2. Fjölþjóðlegir samningar

Undanfarin ár og áratugi hefur hið alþjóðlega samfélag gert sér grein fyrir vandamáli því sem ósamræmt regluverk í alþjóðlegum lausafjárkaupum veldur. Vegna þessa hefur verið reynt að ná fram lausn með framsetningu fjölþjóðlegra samninga og einnig með drögum að sameiginlegri evrópskri lögbók. Allir þeir samningar eða samningsdrög sem undir eru í kafla þessum eru til marks um þetta. Í kafla þessum verður því rýnt í ákvæði sem þar er að finna er varða sviptingu hagnaðar sem reiknireglu eða óréttmæta auðgun. Í *fyrsta lagi* verður litið til 74. gr. CISG (**3.2.1.**). Í *öðru lagi* verður litið til 7.4.2 gr. UPICC (**3.2.2.**). Í *þriðja lagi* verður litið til 9:502 gr. PECL (**3.2.3.**). Í *fjórða lagi* verður litið til sjöundu lögbókar DCFR (**3.2.4.**) og í *fimmta lagi* verður rétt snert á II. og III. hluta CESL (**3.2.5.**).

3.2.1. 74. gr. CISG

Ef að CISG bregst ekki við nýjustu straumum og stefnum og heldur áfram að leggja áherslu á einstaklingsmiðaða umræðu sérhvers ríkis, líkt og ríkjandi var um 1980, þá stefnir CISG í átt að tilvistarleysi.⁹⁸ Til þess að svo verði ekki þarf áherslan að færast frá þröngri túlkun hvers ríkis yfir á samræmda túlkun aðildarríkja á CISG.⁹⁹

Í 74. gr. CISG segir:

*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. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.*¹⁰⁰ (Leturbreytingar höfundar)

Leiðandi fræðimenn á sviði alþjóðlegra lausafjárkaupa virðast almennt ekki vera alls kostar sammála um það hvort kenningin um sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu rúmist innan ákvæðisins. Sjónarmið fræðimanna virðast vera þrjúþætt: (i) Sviptingar hagnaðar gætir sem úrræðis innan 74. gr. CISG; (ii) Sviptingar hagnaðar gætir sem reiknireglu innan 74. gr. CISG; eða (iii) Sviptingar hagnaðar gætir hvorki sem úrræðis né reiknireglu innan 74. gr. CISG. Almennt verður þó að telja að fræðimenn séu sammála um að sjónarmið (i) eigi ekki við, þó vissulega sé það skoðun einhverra fræðimanna þá er sú skoðun á undanhaldi. Aftur á móti virðist rökræðan fyrst og fremst snúast um sjónarmið (ii) og (iii) og því verða í kafla þessum einungis borin saman þessi tvö andstæðu sjónarmið.

Í leit að svari við álitafni þessu verður við greiningu ákvæðisins í kafla þessum litið til þriggja þátta. Í *fyrsta lagi* til skilyrða ákvæðisins (**3.2.1.1.**). Í *öðru lagi* til sjónarmiða sem styðja við kenninguna um sviptingu hagnaðar sem reiknireglu (**3.2.1.2.**) og í *þriðja lagi* til sjónarmiða sem vinna gegn kenningunni um sviptingu hagnaðar sem reiknireglu (**3.2.1.3.**). Með hliðsjón af þessum sjónarmiðum verður ályktun dregin vegna álitafnisins (**3.2.1.4.**).

⁹⁸ Schwenzer og Hachem (n. 87) 93.

⁹⁹ sama heimild.

¹⁰⁰ United Nations, „United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods“ (Sameinuðu þjóðirnar 1979) UN DOC. A/CONF. 97/5 <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>> skoðað 7. mars 2017.

3.2.1.1. Skilyrði skaðabóta samkvæmt ákvæðinu

Samkvæmt 74. gr. CISG getur seljandi eða kaupandi verið skaðabótaskyldur ef hann brýtur samningsskyldur sínar, sbr. b-liður 1. mgr. 45. gr. CISG.¹⁰¹ Enn fremur þarf tjónþola að vera bætt það tjón sem leiða má af samningsbroti tjónvalds. Orsakasamband er talið vera til staðar þegar ekki er hægt að taka samningsbrotið út fyrir hagnaðarmissinn.¹⁰² Þá verður tjónvaldur samkvæmt 74. gr. CISG að geta fyrirséð umfang tjóns þess sem tjónþoli mögulega hlýtur vegna samningsbrots tjónvalds.¹⁰³ Kostnaður sá sem hlýst við að ná fram umræddum rétti þykir einnig vera fyrirsjáanlegur og þar með endurkræfanlegur, að því gefnu að kostnaðurinn hafi verið nauðsynlegur og ekki farið fram úr hófi.¹⁰⁴ Af þessum sökum hefur tjónþoli skyldu til að takmarka tjón sitt samkvæmt 77. gr. CISG.¹⁰⁵ Einnig getur samningsaðili samkvæmt 80. gr. CISG ekki reitt sig á mistök hins samningsaðilans ef rekja má mistökin til háttsemi eða aðgerðarleysis þess aðila sem reiðir sig á mistök hins. Aftur á móti er vert að gefa því gaum að aðgerðarleysi virkjar einungis 80. gr. CISG ef samningsaðili hefur skyldu til bregðast við þeim mistökum sem um ræðir.¹⁰⁶ Af því leiðir að aðgerðarleysi verður að grundvallast á broti á: (i) samningsskyldum; (ii) lögkveðnum skyldum; eða (iii) góðri trú.¹⁰⁷

¹⁰¹ Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 1061; Peter Huber og Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (1. útg., Sellier Europ Law Publ 2007) 270; Magnus Ulrich og Michael Martinek, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (Sellier-de Gruyter 2013) 845–846; Ingo Saenger, „CISG Art. 74“ í Franco Ferrari o.fl. (ritstj.), *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO, CISG, CMR, FactŪ* (2. útg., Verlag CH Beck 2012) 869.

¹⁰² Ingeborg H. Schwenger, Pascal Hachem og Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law* (1. útg., Oxford University Press 2012) 576–648; Nils Schmidt-Ahrendts og Mark André Czarnecki, „Kommentar zum Art. 74 CISG“ í Christoph Brunner (ritstj.), *UN-Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. útg., Stämpfli Verlag 2014) 615–647; Herbert Schönle og Thomas Koller, „Kommentar zum Art. 74 CISG“ í Heinrich Honsell og Christoph Brunner (ritstj.), *UN-Kaufrecht - CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 : unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. útg., Springer 2010) 994–1020.

¹⁰³ Joseph Lookofsky, „Article 74, Damages for Breach“ í Jacques H Herbots og Roger Blanpain (ritstj.), *International Encyclopedia of Laws Contracts* (Kluwer Law International 2000) 151–154; Schönle og Koller (n. 102) 24. mgr.; Dómur Hæstaréttar Austurríkis frá 14. janúar 2002 í máli nr. 7 Ob 301/01t.

¹⁰⁴ Saenger (n. 101) 868–877.

¹⁰⁵ John Felemegas, „An Interpretation of Article 74 CISG by the U. S. Circuit Court of Appeals“ (2003) 15 *Pace International Law Review* 91, 98; Friedrike Schäfer, „Kommentar zum Art. 77 CISG“ í Christoph Brunner (ritstj.), *UN-Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. útg., Stämpfli Verlag 2014) 8. mgr.; Schwenger, Hachem og Kee (n. 102) mgr. 44.257 og áfr.

¹⁰⁶ Huber og Mullis (n. 101) 266; Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 1159–1160.

¹⁰⁷ Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 1156–1162.

Þá eru undantekningar frá skaðabótaskyldu að finna í 79. gr. CISG. Þar kemur fram að undanskilin skaðabótaskyldu séu samningsbrot sem framin eru vegna óviðráðanlegrar hindrunar sem tjónvaldur gat ekki með réttu hafa gert ráð fyrir eða forðast. Í ákvæðinu birtast strangar kröfur þar sem loforðsgjafi er alltaf ábyrgur fyrir þeim hindrunum sem hann gat forðast.¹⁰⁸ Jafnvel í þeim tilvikum þar sem hindrun er ekki fyrirsjáanleg þá verður loforðsgjafi að gera skynsamlegar ráðstafanir til þess að bægja frá eða yfirstíga hindrunina eða orsakir hennar.¹⁰⁹ Túlkun 79. gr. CISG byggir á hlutlægu mati þar sem tjónvaldur ber sönnunarbyrðina fyrir því að hann hafi ekki getað uppfyllt umsaminn samning vegna fyrrgreindra hindrana.

Að framangreindu virtu má sjá að skilyrði skaðabóta samkvæmt 74. gr. CISG eru í grunninn þrjúþætt. Í *fyrsta lagi* þarf samningsaðili að hafa brotið samningsbundnar skyldur sínar sbr. 1. mgr. 45. gr. CISG. Í *öðru lagi* þarf tjónvaldur að hafa getað fyrir séð tjónið vegna samningsbrots síns. Í *þriðja lagi* þarf tjónþoli að hafa takmarkað tjón sitt sbr. 77. gr. CISG. Þó má finna undantekningarreglur í 79. og 80. gr. CISG.

Að því gefnu að skilyrði þessi séu uppfyllt verður nú litið til þess hvort mögulegt sé að reikna tjón á grundvelli sviptingar hagnaðar samkvæmt 74. gr. CISG.

3.2.1.2. *Sjónarmið sem mæla með sviptingu hagnaðar sem reiknireglu*

Sviptingu hagnaðar hefur verið teflt fram sem reiknireglu en ekki refsingu sem gerir loforðsmóttakanda kleift að grundvalla skaðabótakröfu sína á hagnaði loforðsgjafa í þremur eftirfarandi tilvikum: (i) Þegar seljandi selur vöru í annað skipti fyrir meiri hagnað en seljandi hefði hlotið samkvæmt samningi við fyrri kaupanda¹¹⁰; (ii) Þegar seljandi, sem ber samningsbundnar skyldur til að framleiða vöru samkvæmt mannúðlegum og umhverfisvænum skilyrðum, lækkar framleiðslukostnað sinn með því að grípa til framleiðsluaðferða sem brjóta gegn umræddum skilyrðum og eykur þar með hagnað seljandans á vörunni; eða (iii) Þegar erfitt eða ómögulegt er að sanna umfang tjóns loforðsmóttakanda með útreikningi.¹¹¹

¹⁰⁸ sama heimild 1129.

¹⁰⁹ Schlechtriem og Schwenger (n. 6).

¹¹⁰ Gæta ber þess að tilekin vara þarf að hafa verið loforð eða tilætluð samkvæmt samningi á milli aðila til handa hins fyrri kaupanda.

¹¹¹ Schlechtriem og Schwenger (n. 5) 1017; Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 1076; Jan Ramberg o.fl., „Calculation of Damages under CISG Article 74“ (CISG Advisory Council 2006) Opinion no. 6 sjá mgr. 2.9 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>> skoðað 8. febrúar 2017; Ingeborg Schwenger,

Í 2. mgr. 7. gr. CISG kemur fram að séu einhverjar eyður eða ósvaraðar spurningar að finna innan CISG þá beri að svara þessum sömu spurningum í samræmi við almennar meginreglur sem tiltekin ákvæði byggja á. Sé slíkum meginreglum ekki til að dreifa þá ber að túlka ákvæðin í samræmi við reglur alþjóðlegs einkamálaréttar, skv. 2. mgr. 7. gr. CISG. Í 1. málslið 2. mgr. 7. gr. CISG er áskilið að umrædd túlkun sé í samræmi við hina almennu sanngirnireglu (e. the principle of reasonableness) sem er gegnum gangandi undirtónn eða almennt viðmið innan CISG.¹¹² 2. málsliður 2. mgr. 7. gr. CISG beinir okkur í átt að alþjóðlegum reglum einkamálaréttarfars, þar á meðal UPICC og PECL.¹¹³ Í 1. mgr. 7.4.3 gr. UPICC má sjá áskilnað um að sanna þurfi tjón svo það sé hafið yfir skynsamlegan vafa.

Meginreglan er að sóknaraðili máls beri sönnunarbyrðina fyrir því að sanna tjón sitt og umfang þess.¹¹⁴ Aftur á móti er ekkert ákvæði innan CISG, þar á meðal 74. gr., sem áskilur að sóknaraðili sanni eða leiði að því líkur hvaða upphæð tjón hans samsvarar.¹¹⁵ Höfundar CISG tiltóku ekki að umfang tjóns verði að vera sannað með stærðfræðilegri nákvæmni.¹¹⁶ Hvað sem því líður þá bentu höfundar CISG á að sanna þyrfti staðreyndir vegna tjóns þannig að það sé hafið yfir skynsamlegan vafa að tjónið hafi átt sér stað.¹¹⁷

Hagnist aftur á móti tjónvaldur á því að selja vöru sem tjónþoli á samningsbundinn rétt á eða loforð um, þá telst það sem viðeigandi úrræði að reikna tjónþola hagnað þann sem tjónvaldur hlaut.¹¹⁸ Með þessum hætti getur hagnaður tjónvalds á sölu lausafjár endurspeglad upphæð þess hagnaðar sem tjónþoli hefði getað hlotið ef hann hefði haft tækifæri til þess að selja það sjálfur. Ein leiðin til þess að meta slíkt tjón er að líta til gildis þeirrar vöru eða þess lausafjár sem tjónvaldur hefur svipt tjónþola.¹¹⁹ Í slíkum tilfellum þar sem seljandi brýtur gerðan

Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: CISG (6. útg., Verlag CH Beck 2013) 1035–1036; Djahongir Saidov og Pascal Hachem, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments* (Hart Publishing 2009) 34.

¹¹² Michael Joachim Bonell, „Article 7“ í C Massimo Bianca og Jorge Barrera Graf (ritstj.), *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1988) 91–147.

¹¹³ Ramberg o.fl. (n. 111) sjá mgr. 2.7.

¹¹⁴ Ramberg o.fl. (n. 111), sjá mgr. 2.9.

¹¹⁵ sama heimild sjá mgr. 2.1.

¹¹⁶ sama heimild.

¹¹⁷ sama heimild.

¹¹⁸ Nils Schmidt-Ahrendts, „Disgorgement of Profits under the CISG“ í Ingeborg H Schwenzer og Lisa Spagnolo (ritstj.), *State of play: the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG conference* (The Hague, Eleven International Publishing 2012) 98–102; Schlechtriem og Schwenzer (n. 5) 1001 og 1017; Schwenzer og Hachem (n. 87) 101.

¹¹⁹ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 98–99.

samning með því að selja vöru til þriðja aðila þá má ætla að hagnaður tjónþola hefði verið að minnsta kosti jafn hár, þ.e. ef tjónþoli hefði haft tækifæri til þess selja vöruna til hins þriðja aðila sjálfur.¹²⁰ Með öðrum orðum það hagnaðartækifæri sem seljandi sér í samningsbroti ætti að vera metið til sönnunar á raunverulegu verðgildi vörunnar á þessum tiltekna tíma.¹²¹

Þetta er mikilvægt sökum þess að hagnaðurinn sem tjónvaldur hlaut þykir vera skynsamlegt viðmið til þess að meta þann hagnað sem tjónþoli hefur orðið af.¹²² Hagnaður sá sem tjónvaldur hlaut af samningsbroti sínu við tjónþola er til sönnunar á því hvaða hagnaði er hægt að ná út frá þáverandi markaðsaðstæðum.¹²³ Með þessum hætti getur óréttmæt auðgun, sem tjónvaldur hlaut með sölu á samningsbundinni vöru tjónþola til þriðja aðila, þjónað sem viðmið í mati á umfangi tjóns tjónþolans.

Segja má að í slíkum tilvikum samsvari hagnaður tjónvalds mismuninum á milli kaupverðs hins þriðja aðila og kaupverðs tjónþola samkvæmt fyrirbyggjandi samningi hans og tjónvalds. Með öðrum orðum að greitt yfirverð þriðja aðila til handa tjónvaldi sé margfaldað með samningsbundnum vörufjölda tjónþola. Að því virtu myndi reikniregla til útreiknings á sviptingu hagnaðar vegna hinnar óréttmætu auðgun tjónvalds vera eftirfarandi:

$$\text{Óréttmæt auðgun} = \text{umsaminn vörufjöldi} \times (\text{kaupverð þriðja aðila} - \text{kaupverð tjónþola})$$

greitt yfirverð þriðja aðila

Tjónþoli þarf þó að jafnaði að gera grein fyrir hagnaði þeim sem hann hlaut vegna staðgöngu-ráðstafana í tengslum við samningsbrot tjónvalds.¹²⁴ Slíkan hagnað þarf svo að draga frá heildarumfangi tjóns tjónþola vegna samningsbrots tjónvalds.¹²⁵ Aftur á móti gæti því einnig verið haldið fram að tjónþoli þurfi ekki að tiltaka hagnað af staðgönguráðstöfun nema það mæli gegn meginreglunni um að standa við gerða samninga (e. the performance principle).¹²⁶

¹²⁰ sama heimild.

¹²¹ sama heimild 99.

¹²² Schwenzer og Hachem (n. 87) 101.

¹²³ sama heimild.

¹²⁴ Pilar Perales Viscasillas, „Article 7“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011) 999–1000.

¹²⁵ John Y. Gotanda, „Article 77“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011) 1033–1041.

¹²⁶ Schwenzer (n. 111) 1026–1027.

Vegna þess að í umræddri meginreglu felst ekki einungis að aðilar þurfi að standa við gerða samninga heldur felst einnig í henni að sá aðili sem brýtur gegn meginreglunni megi ekki hagnast á eigin broti.¹²⁷ Með öðrum orðum þá á tjónvaldur ekki að auðgast á óréttmætan hátt með því að hagnast á eigin broti gegn umræddri meginreglu. Einnig ber þess að gæta að ef staðgönguráðstöfun tjónþola hefði átt sér stað þrátt fyrir að til samningsbrots tjónvalds hefði ekki komið þá þykir slík ráðstöfun ekki teljast til staðgöngu. Að sama skapi þarf ekki að draga hagnað vegna slíkrar ráðstöfunar frá umfangi tjóns tjónþola.¹²⁸

Til stuðnings því að umrædd reikniregla þessi felist innan 74. gr. CISG hefur að minnsta kosti fimm atriðum verið teflt fram. Í *fyrsta lagi réttareining (3.2.1.2.1.)*. Í *öðru lagi orðalag ákvæðisins (3.2.1.2.2.)*. Í *þriðja lagi tilgangur og markmið ákvæðisins (3.2.1.2.3.)*. Í *fjórða lagi góð trú (3.2.1.2.4.)*. Í *fimmta lagi meginreglan um að samninga beri að halda (3.2.1.2.5.)* og í *sjötta lagi lögjöfnun út frá b-lið 2. mgr. 84. gr. CISG (3.2.1.2.6.)*.

3.2.1.2.1. Réttareining eða réttarsamræming (e. uniformity)

Óumdeilt er að meginmarkmið og tilgangur CISG sé að stuðla að réttareiningu á hinu alþjóðlega sviði lausafjárkaupa, þ.e. að regluverkið í aðildarríkjum sé allstaðar hið sama. Fræðimenn hafa í því samhengi bent á að það standist ekki skoðun að túlka CISG einungis út frá meginlandsrétti og hinni almennu skaðabótareglu.¹²⁹ Þá er vaxandi tilhneiging í réttarkerfum til þess að líta á skaðabætur ekki einungis sem tæki til þess að gera tjónþola eins settan og hann var fyrir tjónið heldur einnig til þess búa til hvata fyrir samningsaðila til þess að virða gerða samninga og samningskyldur sínar þeim samkvæmt.¹³⁰

¹²⁷ sama heimild 1027.

¹²⁸ Eric E. Bergsten o.fl., „Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76“ (CISG Advisory Council 2008) Opinion no. 8 sjá mgr. 3.4 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>> skoðað 8. febrúar 2017; Perales Viscasillas (n. 124) 1006; Djakhongir Saidov, „Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods“ (2002) 14 Pace International Law Review 307.

¹²⁹ Anne-Florence Bock, „Gewinnherausgabeansprüche gemäß CISG“ í Andrea Büchler og Markus Müller-Chen (ritstj.), *Private law: national - global - comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag* (Stämpfli; Intersentia 2011) 187; Schwenzer (n. 111) 16.

¹³⁰ Bock (n. 129) 175; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 96; Schlechtriem og Schwenzer (n. 6) 15–16; Ronald L. Israel og Brian P. O’Neill, „Disgorgement as a viable theory of restitution damages“ [2014] Commercial Damages Reporter 3, 6.

Með þessa fyrirbyggjandi nálgun fyrir sjónum hafa ýmsir innlendir dómstólar ríkja staðfest kröfugerð sem snýr að sviptingu hagnaðar.¹³¹ Þá hafa sumar löggjafir ríkja, líkt og til dæmis í Hollandi, jafnvel gagnert leyft slík úrræði og skaðabætur vegna samningsbrota, sbr. 104. gr. sjöttu bókar innan hinnar hollensku borgaralögbókar. Þessi þróun skiptir vissulega máli við túlkun á CISG¹³² þar sem samtímatúlkun á 7. gr. CISG krefst þess að CISG sé ekki einungis túlkað út frá framkvæmd þess heldur einnig túlkað og þróað til samræmis við þróun og breytingar á innlendu lagaumhverfi aðildarríkja.¹³³ Að öðrum kosti er hætt við því að dómstólar myndu reiða sig á innlenda löggjöf sem staðfesta og heimila sviptingu hagnaðar og grafa þar með undan réttareiningu.¹³⁴

Í dæmaskyni má líta til hins svokallaða máls *Adras gegn Harlow og Jones* frá 1988 þar sem fyrrgreind hætta endurspeglast nokkuð vel.¹³⁵ Málið var dæmt af Hæstarétti Ísraels en í málinu reyndi á tvísölu seljanda á vöru sem kaupandi átti samningsbundinn rétt á. Um málið gildi alþjóðsamningur nefndur ULIS.¹³⁶ Ísraelskur kaupandi, sem starfaði sem stál innflytjandi, kærði þýskan seljanda fyrir að selja hluta af samningsbundinni pöntun kaupandans til þriðja aðila. Dómstóllinn taldi að kaupanda væri heimilt að krefjast skaðabóta vegna þess hagnaðar sem seljandi hlaut af sölunni til þriðja aðila. Aftur á móti viðurkenndi ULIS ekki kröfu grundvallaða á sviptingu hagnaðar og því leit dómstóllinn til innlendra löggjafar þar sem slík krafa var heimilud. Ákvörðun dómstólsins var gagnrýnd fyrir það að grafa undan réttareiningu fjölþjóðasamningsins ULIS.¹³⁷ Í þessu samhengi hefur verið talið að möguleikinn á að krefjast

¹³¹ Sjá dóm *Shanghai District People's Court of Shanghai Fengxian* frá 2013 í máli nr. 2190 (*Loulan gegn Fengxian Property*); dóm *Court of Canada* frá 26. apríl 2002 í máli nr. 2 SCR 601 (*Bank of America gegn Mutual Trust*); dóm *House of Lords* frá 27. júlí 2000 í máli nr. 1 AC 268 (*Attorney General gegn Blake*); dóm Hæstaréttar Ísraels frá 11. febrúar 1988 í máli nr. FH 2082 (*Adras Building Material gegn Harlow & Jones*); dóm Hæstaréttar Queensland í Ástralíu frá 1982 í máli nr. Qd R 712 381 (*Bunny gegn FSW*); dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna frá 19. febrúar 1980 í máli nr. 78-1871 (*Snepp gegn U.S.*); og dóm *High Court of Ireland* frá 14. júlí 1976 í máli nr. 1007P (*Hickey gegn Roches Stores*).

¹³² Bock (n. 129) 184.

¹³³ sama heimild 185.

¹³⁴ Schlechtriem og Schwenzler (n. 6) 1059; Schlechtriem og Schwenzler (n. 5) 1001; Schwenzler og Hachem (n. 87) 102; Felemegas (n. 105) 3. kafli; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 95.

¹³⁵ Mál nr. 20/82, 42(1) PD 221–285; (Civil Appeal) 815/80 (1983) 37(1) PD 225.

¹³⁶ ULIS voru fjölþjóðleg kaupalög þess tíma (e. Convention Relating to a uniform Law on the International Sale of Goods).

¹³⁷ Adar Yehuda, „Israel“ í Larry A DiMatteo (ritstj.), *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press 2014) 523.

sviptingar hagnaðar í formi reiknireglu myndi stuðla að réttareiningu úrlausna innan alþjóðlegra lausafjárkaupa og eyða óvissunni sem um reikniregluna ríkir.¹³⁸

3.2.1.2.2. Orðalag ákvæðisins

Sumir fræðimenn telja að svipting hagnaðar, jafnvel í formi reiknireglu, rúmist ekki innan 74. gr. CISG sökum ákvæðisins orðanna hljóðan og telja að tjón nái einungis til fjárhagstjóns tjónþolans, sérstaklega í ljósi orðalagsins „damages [...] consist of a sum equal to the loss“. Engu að síður hefur hin sérstaka áhersla og tilvísun 74. gr. CISG til tapaðs hagnaðar eða nánar tiltekið „including loss of profit“ verið túlkuð af *CISG Advisory Council* sem frekari styrking fyrir þeirri skoðun að tjónþoli eigi rétt á þeim hagnaði sem tjónvaldur hlaut vegna samningsbrotsins.¹³⁹ Talið hefur verið að hagnaður sem tjónþoli mátti vænta eða ætla (e. anticipated losses) falli einnig innan þessarar sérstöku tilvísunar og áherslu.¹⁴⁰

3.2.1.2.3. Tilgangur og markmið ákvæðisins

Samkvæmt 4. gr. CISG nær gildissvið CISG almennt til úrræða sem skapast vegna vanefnda. Í því samhengi hefur verið talið að jafnvel þó að í 74. gr. CISG sé ekki kveðið með berum orðum á um réttinn til að svipta hagnaði þá sé reiknireglan upprunnin vegna vanefnda og því innan gildissviðs CISG.¹⁴¹

Í formála CISG kemur fram að taka verði tillit til hinna ólíku réttarkerfa. Óhætt er að segja að ríki innan svokallaðs fordæmisréttar túlki gildissvið skaðabóta almennt með víðtækari hætti heldur ríki innan meginlandsréttar. Aftur á móti eru sum hver ríki innan svokallaðs meginlandsréttar að þróa skaðabótarétt sinn í áttina að inleiðingu sviptingar hagnaðar¹⁴², sbr. til dæmis 104. gr. sjöttu bókar hinnar hollensku borgaralögbókar sem greint verður í kafla 3.4.1.1.1. þessarar ritgerðar.

¹³⁸ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 95.

¹³⁹ Ramberg o.fl. (n. 111).

¹⁴⁰ sama heimild sjá 3.19; Schwenger (n. 111) 1024; Dómur CIETAC frá maí 2006 í máli nr. CISG/2006/18.

¹⁴¹ Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 1075–1076; Schlechtriem og Schwenger (n. 5) 1017; Felix Hartmann, „Ersatzherausgabe und Gewinnhaftung beim internationalen Warenkauf – Zugleich ein Beitrag zum Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung eines künftigen europäischen Vertragsrechts“ (2009) 9 Internationales Handelsrecht 190; Heinrich Honsell, „Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht“ (1992) 88 Schweizerische Juristen Zeitung 345, 361; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 95.

¹⁴² Gerhard Wagner, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden: Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag* (Beck 2006) 83–97.

Talið hefur verið að í ljósi þess að ekki sé getið um sviptingu hagnaðar í orðalagi 74. gr. CISG þá eigi að líta til meginreglna CISG.¹⁴³ Þá hefur verið talið að svipting hagnaðar tjónvalds samræmist tilgangi og markmiði 74. gr. CISG hvað varðar meginregluna um fullar bætur (e. full compensation), meginregluna um skuldbindingargildi samninga (l. pacta sunt servanda) og meginregluna um góða trú (e. good faith).¹⁴⁴ Þessar undirliggjandi meginreglur CISG styðja við þá hugmynd að aðila eigi ekki að vera heimilt að halda eftir þeirri óréttmætu auðgun sem sá hinn sami á ekki réttilegan eignarrétt á.¹⁴⁵ Þessu til frekari rökstuðnings hefur verið bent á 84. gr. CISG sem skyldar aðila til þess að skila öllum hagnaði sem viðkomandi hlaut vegna ólög- mætrar notkunar vörunnar bæði í formi fjárhagslegs hagnaðar sem og hags vegna notkunarinnar sjálfrar.¹⁴⁶

Einnig má líta til þess, líkt og einn höfundar CISG útskýrði, að í hinu stóra samhengi er megin- markmið CISG að bæta tjónþola tjón sitt að fullu.¹⁴⁷ Í því samhengi hefur verið talið að tjónþoli beri almennt áhættuna á mati skaðabóta og því sé tjónþoli með kerfisbundnum hætti skilinn eftir með tjón sitt vanbætt.¹⁴⁸

Segja má að þetta sé sviptingu hagnaðar vegna óréttmætrar auðgunar í hag. Því þó að tjónþoli viti eigindleg gildi af hagnaði tjónvalds vegna óréttmætrar auðgunar þá getur tjónþoli vissulega orðið fyrir enn frekari kostnaði ef hann nær ekki að sanna umrætt gildi fyrir dómi. Á sama hátt getur tjónþoli einungis haft grófa hugmynd um hagnað tjónvalds vegna órétt- mætrar auðgunar eða samningsbrotsins en er engu að síður fær um að staðfesta mikilvæga þætti hagnaðarinnar með litlum tilkostnaði.¹⁴⁹

¹⁴³ Bock (n. 129) 18.

¹⁴⁴ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 93–94; Ingeborg Schwenzer og Benjamin K. Leisinger, „Ethical Values and International Sales Contracts“ í Ross Cranston, Jan Ramberg og Jacob Ziegel (ritstj.), *Commercial law challenges in the 21st century: Jan Hellner in memoriam* (Iustus Förlag 2007) 271; Franco Ferrari, „The CISG’s Interpretative Goals, Its Interpretative Method and Its General Principles in Case Law (Part I)“ (2013) 13 *Internationales Handelsrecht* 154.

¹⁴⁵ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 90.

¹⁴⁶ Peter Schlechtriem, *Uniform sales law: the UN-convention on contracts for international sale of goods* (Manzsche 1986) 106.

¹⁴⁷ Phanesh Koneru, „The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles“ (1997) 6 *Minnesota journal of global trade* 105, 128.

¹⁴⁸ Schwenzer og Hachem (n. 87) 102.

¹⁴⁹ Richard R.W. Brooks, „The Efficient Performance Hypothesis“ (2006) 116 *The Yale law journal*. 568.

Að framangreindu virtu gæti því verið haldið fram að með því að leyfa tjónvaldi að hagnast viljandi á samningsbroti sínu gagnvart tjónpola þá sé verið að fara í bága við anda CISG og því veiti svipting hagnaðar í formi reiknireglu eða hagnaðarmiðaðar skaðabætur skynsamlega leið til þess að bæta tjónpola tjón sitt að fullu.¹⁵⁰

3.2.1.2.4. *Góð trú (e. good faith)*

Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. CISG er óumdeilt að taka verði sjónarmiðið um góða trú til álita við túlkun á hinum ýmsu ákvæðum CISG. Aftur á móti er það umdeilanlegt hvort það eigi að veita þyngra heldur en túlkun samkvæmt ákvæðisins orðanna hljóðan. Hvað sem því líður þá er sjónarmiðið um góða trú ekki einungis notað við túlkun á CISG heldur er það viðurkennt sem meginregla innan CISG.¹⁵¹

Meginreglan um góða trú leggur skyldu á herðar aðila í samningssambandi til þess að haga sér á heiðarlegan og sanngjarnan hátt.¹⁵² Nánar tiltekið þarf hver aðili innan samningssambands að virða hagsmuni hins eða hinna samningsaðilanna.¹⁵³ Á grundvelli þessarar meginreglu þá þarf sá sem gerist sekur um samningsbrot að láta af hendi allan þann hagnað sem viðkomandi hlaut af sölu vöru til þriðja aðila og þar með út fyrir fyrirbyggjandi samningssamband til þriðja aðila, þar sem óheimilt er að hagnast á grundvelli samningsbrots fyrri og upphaflegs samnings.¹⁵⁴

Af þessum sökum hvetur meginreglan um góða trú til notkunar á hagnaðarmiðuðum skaðabótum, líkt og sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu, þar sem það fyrirbyggir samningsbrot og býr til hvata fyrir samningsaðila til þess að virða gerða samninga og samningsskyldur sínar þeim samkvæmt.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Saidov og Hachem (n. 111) 34.

¹⁵¹ Lookofsky, „Article 74, Damages for Breach“ (n. 103) 34; Dómur Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Yugoslav Chamber of Commerce frá 9. desember 2002 í máli nr. T-2/00; Dómur Compromex frá 30. nóvember 1998 í máli nr. M/115/97; Dómur Appellate Court Grenoble frá 22. febrúar 1995 í máli nr. 93/3275.

¹⁵² Paul J. Powers, „Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“ (1999) 18 Journal of Law and Commerce 333, 334.

¹⁵³ Perales Viscasillas (n. 124) 121.

¹⁵⁴ Schlechtriem og Schwenzler (n. 6) 1075–1076; Schlechtriem og Schwenzler (n. 5) 1017; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 94.

¹⁵⁵ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 94–95.

Aftur á móti eru mótrökin þau að meginreglan um góða trú innan CISG sé einungis túlkunarregla sem ekki geti gefið af sér nýtt úrræði sem hefur að geyma nýjar skyldur og ný réttindi gagnvart samningsaðilum.¹⁵⁶

3.2.1.2.5. Skuldbindingargildi samninga (*l. pacta sunt servanda*)

CISG byggir einnig á meginreglunni um skuldbindingargildi samninga (*l. pacta sunt servanda*) og því samkvæmt ber að halda samningsbundin loforð (e. contractual promises).¹⁵⁷ Þessi grundvallarmeginregla nýtur stuðnings frá ströngum riftunarreglum vegna samninga.¹⁵⁸ Þar af leiðandi tekur CISG mið af því að hvetja aðila til þess að standa við gerða samninga og samningsbundnar skyldur sínar.¹⁵⁹ Til þess að fullnægja þessu markmiði CISG þá þarf að svipta þann sem gerist sekur um samningsbrot þeim hagnaði sem viðkomandi hlaut af samningsbrotinu þar sem CISG heimilar ekki að samningsaðili hagnist á sínu eigin samningsbroti.¹⁶⁰

Meginregla þessi gerir það að verkum að samningsbrot má ekki leiða til hagræðis loforðsgjafa og óhagræðis loforðsmóttakanda (e. obligee).¹⁶¹ CISG má ekki hvetja aðila til samningsbrota í því skyni að sá sem samninginn braut hljóti af því fjárhagslegan ávinning.¹⁶² Meginreglan gerir ráð fyrir að þegar gengið er í viðskiptasamband liggja fyrir loforð seljanda um að kaupandi hljóti efnahagslegan ávinning vegna viðskiptanna.¹⁶³ Þegar seljandi brýtur gerðan samning við kaupanda þá skuldar seljandi kaupanda þann efnahagslega hagnað sem seljandi hlaut vegna

¹⁵⁶ Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 128; Bruno Zeller, „Good Faith - The Scarlet Pimpernel of the CISG“ (CISG Database 2000) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html#*> skoðað 1. mars 2017.

¹⁵⁷ Schlechtriem og Schwenger (n. 6) 135–137; Morton M. Fogt, „Contract Formation under the CISG: The Need for a Re-form“ í Larry A DiMatteo (ritstj.), *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press 2014) 184; Chengwei Liu, „Changed Contract Circumstances“ (CISG Database 2005) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html>> skoðað 2. mars 2017.

¹⁵⁸ Dómur Appellate Court Köln frá 14. október 2002 í máli nr. 16 U 77/01; Dómur Hæstaréttar Austurríkis frá 7. september 2000 í máli nr. 8 Ob 22/00v; Dómur Federal Court of Switzerland frá 28. október 1998 í máli nr. 4C.179/1998/odi.

¹⁵⁹ Bock (n. 129) 185; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 93.

¹⁶⁰ Katy Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract Theory and Practice* (1. útg., Bloomsbury Publishing (UK) 2012) 107; Bock (n. 129) 183; Pascal Hachem, „Gewinnherausgabensprüche gemäß CISG“ í Andrea Büchler og Markus Müller-Chen (ritstj.), *Private law: national - global - comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenger zum 60. Geburtstag* (1. útg., Stämpfli; Intersentia 2011) 663–664; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 93; Schwenger, Hachem og Kee (n. 102) 581–582; Schwenger (n. 111) 1027; Schwenger og Hachem (n. 87) 101.

¹⁶¹ Bock (n. 129) 186; Schwenger (n. 111) 1027.

¹⁶² Bock (n. 129) 186; Schwenger (n. 111) 1027.

¹⁶³ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 96–97.

samningsbrotsins.¹⁶⁴ Enn fremur á þetta við þegar seljandi brýtur gerðan samning til þess að selja til þriðja aðila fyrir hærra verð heldur en til upprunalegs kaupanda.

Ef að aðilum væri heimilt að hagnast á samningsbrotum þá myndi það ganga á skjön við meginregluna um skuldbindingargildi samninga.¹⁶⁵ Þetta sjónarmið má einnig sjá í tengslum við 30. og 53. gr. CISG.¹⁶⁶ Meðal annars af öllum framangreindum ástæðum hefur verið talið að meginreglan um að standa við gerða samninga (e. performance principle) krefjist sviptingar hagnaðar þess sem orðinn er á grundvelli samningsbrots.¹⁶⁷ Samkvæmt meginreglu þessari er hlutverk skaðabóta talið felast í framfylgd samningsbundinna skyldna.¹⁶⁸

3.2.1.2.6. Lögjöfnun út frá b-lið 2. mgr. 84. gr. CISG

Önnur leið til þess að réttlæta eða heimfæra sviptingu hagnaðar sem reiknireglu undir 74. gr. CISG gæti verið með lögjöfnun út frá b-lið 2. mgr. 84. gr. CISG. Í b-lið 2. mgr. 84. gr. CISG segir:

The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods if it is impossible for him to make restitution of all [...] goods [...], but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.

B-liður 2. mgr. 84. gr. CISG nær einungis til krafna sem rekja má til óréttmætrar auðgunar eftir að samningi hefur verið rift eða hann ógildur (e. avoidance of the contract).¹⁶⁹ Í ljósi þessa má segja að CISG nái til auðgunarkrafna eða óréttmætrar auðgunar sem myndast hefur í heild vegna riftunar eða ógildingar á lausafjársmningi.¹⁷⁰ Það sem er enn mikilvægara er að hið ráðgefandi ráð *CISG Advisory Council* ályktaði þann 22. október 2013 að ákvæðið endurspegli bæði hugmyndina um sviptingu hagnaðar og óréttmæta auðgun.¹⁷¹ Enn fremur telur ráðið að 84. gr. CISG byggji á þessum reglum.¹⁷²

¹⁶⁴ sama heimild.

¹⁶⁵ Schwenzler og Hachem (n. 87) 101; Schwenzler, Hachem og Kee (n. 102) 584.

¹⁶⁶ Magnus Ulrich, „General Principles of UN-Sales Law“ (1995) 59 *Rebels Zeitschrift* 480.

¹⁶⁷ Schlechtriem og Schwenzler (n. 6) 1075–1076; Schlechtriem og Schwenzler (n. 5) 1017.

¹⁶⁸ Ingeborg Schwenzler o.fl., „Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts“ (CISG Advisory Council 2012) Opinion no. 10 sjá mgr. 4.3.4 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html>> skoðað 8. mars 2017.

¹⁶⁹ Franco Ferrari, „CISG Art. 83, 84“ í Eva-Maria Kieninger o.fl. (ritstj.), *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ* (2. útg., Verlag CH Beck 2012) 926; Schwenzler (n. 111) 1149.

¹⁷⁰ Schwenzler (n. 111) 182–183; Dómur Court of First Instance of Athens frá 2009 í máli nr. 4505/2009.

¹⁷¹ Ingeborg Schwenzler o.fl., „Interest Under Article 78 CISG“ (CISG Advisory Council 2013) Opinion no. 14 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op14.html>> skoðað 4. maí 2017.

¹⁷² sama heimild sjá mgr. 3.4-3.5.

Þá heimilar CISG lögjafnanir til eyðufyllinga þegar þær eru í samræmi við meginreglur CISG eða reglu þá sem umrætt ákvæði byggir á, sbr. 2. mgr. 7. gr. CISG.¹⁷³ Beiting lögjöfnunar áskilur að óviljandi eyða sé varðandi hið tiltekna álitaefni, sem þó fellur innan gildissviðs CISG, og fyrir sé að dreifa eðlisskyldu eða samkynja ákvæði innan CISG sem kveður á um sambærilega hagsmuni.¹⁷⁴ Til nánari útfærslu á slíkri lögjöfnun þyrfti að skoða að minnsta kosti tvö atriði. Annars vegar hvort að löggjafi CISG hafi ekki ætlað sér þessa eyðu innan laganna og hins vegar hvort að hagsmunir um sviptingu hagnaðar í formi fyrrgreindrar reiknireglu samræmist skilyrðum b-liðar 2. mgr. 84. gr. CISG.

Að 2. mgr. 84. gr. CISG undanskilinni þá komu kröfur vegna sviptingar hagnaðar eða óréttmætrar auðgunar ekki til tals við samningu CISG.¹⁷⁵ Engu að síður má segja að hugmyndin að baki b-liðar 2. mgr. 84. gr. CISG krefjist þess að kaupandi láti af hendi allan hagnað sem hann hlaut vegna vörunnar til seljanda.¹⁷⁶ Ákvæðinu er þannig ætlað að endurheimta það efnahagsástand seljanda sem myndi vera til staðar ef að kaupandi hefði ekki rift samningnum.¹⁷⁷ Með öðrum orðum er verið að tala um ástandið sem uppi hefði verið ef kaupandinn hefði með fullu skilað upphaflega keyptri vöru eftir að samningi var rift eða hann ógildur.

B-liður 2. mgr. 84. gr. CISG nær einnig yfir þau tilvik þar sem kaupandi selur keypta vöru til þriðja aðila þvert gegn tilteknum samningi á milli kaupanda og seljanda sem bannar slíka sölu.¹⁷⁸ Þess í stað fær seljandi skaðabætur vegna þess hagnaðar sem kaupandi hlaut með því að selja vöruna til þriðja aðila, sem er þá fyrir utan samningssamband kaupanda og seljanda. B-liður 2. mgr. 84. gr. CISG verndar því auðgunarkröfu aðila eftir að lausafé er komið í hendur kaupanda. Það er vegna þessa sem sumir fræðimenn hafa talið að hið sama hljóti að gilda

¹⁷³ Schwenzer (n. 111) 180; Dómur Hæstaréttar Póllands frá 11. maí 2007 í máli nr. V CSK 456/06.

¹⁷⁴ Peter Huber og Ivo Bach, „Die Schadensmitverursachung im CISG – alles nichts oder?!“ í Magnus Ulrich, Peter Mankowski og Wolfgang Wurmnest (ritstj.), *Festschrift für Ulrich Magnus: zum 70. Geburtstag* (Sellier European Law Publishers 2014) 223.

¹⁷⁵ Hartmann (n. 141) 192.

¹⁷⁶ Schwenzer (n. 111) 1142.

¹⁷⁷ sama heimild.

¹⁷⁸ sama heimild 1152–1153.

innan CISG áður en lausafé er komið í hendur kaupanda, í því ljósi að vernda kröfuna um að samninga skuli halda og að lausafé komist þar með í hendur kaupanda.¹⁷⁹

Af skrifum fræðimanna virtum má ætla að tvö atriði þurfi að skoða í tengslum við umrædda heimfærslu vegna lögjöfnunarinnar. Annars vegar þarf hagnaður seljanda að teljast til ávinnings samkvæmt orðalagi ákvæðisins. Hins vegar þarf kaupandi að hafa átt rétt á því að rífta eða ógilda tiltekinn samning við seljanda samkvæmt 1. mgr. 72. gr. CISG. Hvað ávinn-
inginn varðar hefur hann verið skilgreindur sem auðgun, óháð formi auðgunarinnar.¹⁸⁰

Í 1. mgr. 72. gr. CISG kemur fram að allt fram að afhendingu vöru megi samningsaðili rífta samningi ef fyrirséð er að hinn samningsaðilinn muni vanefna samninginn verulega (e. fundamental breach of contract). Þá telst samningur verulega vanefndur ef vanefndin leiðir til slíks tjóns (e. detriment) samningsaðila að hann er sviptur að verulegu leyti (e. substantially deprived) því sem hann átti samningsbundinn rétt á.¹⁸¹

Þá verður að gæta þess að það þarf að vera fyrirsjáanlegt fyrir seljanda að kaupandi hafi haft réttinn til að ógilda eða rífta samningnum ef til vanefnda kæmi. Hinn góði og gegni maður er notaður við mat á því hvað þykir fyrirsjáanlegt við þessar tilteknu aðstæður.¹⁸²

Aftur á móti eru mótrökin fyrir lögjöfnun ákvæðisins meðal annars þau að ekki sé grundvöllur fyrir lögjöfnuninni þar sem líta eiga til 2. mgr. 7. gr. CISG vegna eyðufyllinga.¹⁸³

Að öllu framangreindu virtu þykir höfundi þó ekki hægt að skjóta loku fyrir möguleikann um lögjöfnun út frá b-lið 2. mgr. 84. gr. CISG, sérstaklega með tilliti til afstöðu *CISG Advisory Council* um að ákvæðið byggi bæði á sviptingu hagnaðar og reglunni um óréttmæta auðgun.

¹⁷⁹ Hartmann (n. 141) 193.

¹⁸⁰ Ferrari (n. 169) 926; Schwenger (n. 111) 1145.

¹⁸¹ Dómur Hæstaréttar Austurríkis frá 21. júní 2005 í máli nr. 5Ob45/05m; Dómur Bundesgerichtshof frá 18. maí 2009 í máli nr. 4A_68/2009.

¹⁸² Andrea Björklund, „Article 25“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011) 340–341; Schwenger (n. 111) 440.

¹⁸³ Hartmann (n. 141) 189; Saenger (n. 101) 1080.

3.2.1.3. Sjónarmið sem mæla gegn sviptingu hagnaðar sem reiknireglu

Hinir ýmsu fræðimenn hafa talið að svipting hagnaðar sé ekki möguleg samkvæmt 74. gr. CISG.¹⁸⁴ Svipting hagnaðar áskilur að tjónvaldur afsali sér hagnaði þeim sem hann hlaut vegna sammingsbrots síns gegn tjónþola.¹⁸⁵ Hagnaðarmiðaður útreikningur á umfangi tjóns heimilar tjónþola að grundvalla kröfu sína á hagnaði þeim sem tjónvaldur hlaut af sölu til þriðja aðila.¹⁸⁶ Svipting hagnaðar byggir á þeirri hugmynd að túlka beri sammingsbrot þeim í óhag sem sammingsbrotið framdi.¹⁸⁷ Á móti kemur að hagnaðarmiðaður útreikningur á að vera til hægðarauka í þeim tilvikum þar sem útreikningur á umfangi tjóns er erfiður eða ómögulegur.¹⁸⁸

Teningar hafa mismunandi hliðar. Sömu rök mætti heimfæra á lagakenningar fræðimanna og er þar umrædd reikniregla vegna sviptingar hagnaðar ekki undanskilin. Í kafla þessum verður litið til þeirra sjónarmiða sem teft hefur verið fram sem mæla gegn því að umrædd reikniregla felist innan 74. gr. CISG. Fjögur sjónarmið virðast einkenna gagnrýni fræðimanna. Í *fyrsta lagi* orðalag ákvæðisins (3.2.1.3.1.). Í *öðru lagi* tilgangur og markmið ákvæðisins (3.2.1.3.2.). Í *þriðja lagi* sammingsfrelsið (3.2.1.3.3.) og í *fjórða lagi* refsikenndar skaðabætur (3.2.1.3.4.).

3.2.1.3.1. Orðalag ákvæðisins

Samkvæmt 74. gr. CISG eru skaðabætur „*a sum equal to the loss [...] suffered by the other party*“ (skáletrun höfundar). Út frá ákvæðisins orðanna hljóðan mætti segja að ákvæðinu sé beint að raunverulegu en ekki hugsanlegu eða mögulegu tapi tjónþolans. Sá skilningur hefur verið lagður í orðalag þetta að þegar skaðabætur eru ákvarðaðar samkvæmt ákvæðinu verði að hafa í huga raunverulegt tap tjónþola, þ.e. hlutlæg túlkun en ekki huglæg. Í því samhengi

¹⁸⁴ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. (Harry M Flechtner ritstj., 4. útg., Kluwer Law International 2009) 571–573; Magnus Ulrich, „Article 74“ í Julius von Staudinger, Magnus Ulrich og Michael Martinek (ritstj.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (16. útg., Sellier - de Gruyter 2013); Peter Mankowski, „Article 74“ í Karsten Schmidt (ritstj.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (3. útg., CH Beck 2013); Honsell (n. 141) 361.

¹⁸⁵ Peter Jaffey, „Restitutory Remedies in the Contractual Context“ (2013) 76 Mod. L. Rev. The Modern Law Review 429, 431.

¹⁸⁶ sama heimild.

¹⁸⁷ Bock (n. 129) 183.

¹⁸⁸ Schwenzer, Hachem og Kee (n. 102) 584.

þykir óviðeigandi að líta til arðbærra afleiðinga eða hagkvæmni tjónvalds vegna samningsbrotsins.¹⁸⁹ Á móti mætti segja að svipting hagnaðar tengist eingöngu hagnaði þeim sem tjónvaldur hlaut, óháð raunverulegu tjóni tjónþolans.¹⁹⁰ Vegna þessa mætti fær rök fyrir því að túlkun út frá 74. gr. CISG orðanna hljóðan heimili ekki sviptingu hagnaðar þar sem ákvæðið banni hagnaðarmiðaða útreikninga á umfangi tjóns.

Ákvæðinu er beint að raunverulegu tapi tjónþolans. Forsendan fyrir því að svipting hagnaðar rúmist innan ákvæðisins í formi reiknireglu er háð því að hagnaður tjónvalds endurspeglar tap tjónþola. Það er einmitt þar sem draga má reikniregluna í efa því jafnvel þó svo að aðilarnir báðir starfi innan sama markaðar þá þarf eiginleiki tjónvalds til hagnaðar ekki að endurspegla samskonar eiginleika tjónþola til jafnmikils hagnaðar, í ljósi þess að árangur fyrirtækja getur til dæmis verið háður reynslu þess, stöðu þess innan markaðar og góðs tengslanets þeirra. Slíkir þættir geta verið mismunandi á milli fyrirtækja þrátt fyrir að nánast megi fullyrða að þeir hafi áhrif á árangur fyrirtækja. Með hliðsjón af framangreindum rökum mætti færa rök fyrir því að fyrrgreind reikniregla vegna sviptingar hagnaðar sé ónákvæm þar sem hagnaður tjónvalds þarf ekki að endurspegla tap tjónþola og af þeim sökum heimili orðalag 74. gr. CISG ekki hagnaðarmiðaðan útreikning tjóns tjónþola, jafnvel þó að útreikningur á tjóni hans sé erfiður eða ómögulegur.

3.2.1.3.2. Tilgangur og markmið ákvæðisins

Talið hefur verið að svipting hagnaðar stangist á við bótahlutverk 74. gr. CISG sem er að gera tjónþola eins fjárhagslega settan og hann var fyrir tjónsatburðinn.¹⁹¹ Samkvæmt hinni almennu skaðabótareglu ætti tjónþoli að vera í sömu stöðu og hann var fyrir samningsbrot tjónvalds.¹⁹² Þá hefur því verið teflt fram að með sviptingu hagnaðar tjónvalds sé sneitt fram hjá þýðingarmiklum skilyrðum skaðabóta líkt og orsakasambandi og sennilegri afleiðingu en engu að síður sé tjónþoli settur í sömu og jafnvel betri stöðu en hann var fyrir tjónsatburð.

¹⁸⁹ Schmidt-Ahrendts (n. 118) 97.

¹⁹⁰ sama heimild.

¹⁹¹ United Nations (n. 100) 59; Ramberg o.fl. (n. 111); Alexander Lüderitz og Michael Dettmeier, „Art. 74“ í Hans Theodor Soergel, Wolfgang Siebert og Ursula Stein (ritstj.), *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)* (13. útg., Kohlhammer 2000); Dómur VIAC frá 15. júní 1994 í máli nr. SCH-4366; Dómur Tribunale di Padova frá 25. febrúar 2004 í máli nr. 40552.

¹⁹² John Y. Gotanda, „Article 74“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011) 991; Dómur Helsingin hovioikeus frá 26. október 2000 í máli nr. S 00/82.

Slík staða stenst ekki hina almennu skaðabótareglu og getur þannig brotið gegn tilgangi og markmiði ákvæðisins.¹⁹³

3.2.1.3.3. *Kenningin um hagkvæmt samningsbrot (e. efficient breach)*

Því gæti verið haldið fram að framangreind samningsbrot ættu að vera heimil samkvæmt kenningunni um hagkvæmt samningsbrot (e. the theory of efficient breach). Samkvæmt kenningu þessari er aðila heimilt að hagnast á samningsbroti sínu svo lengi sem að sá hinn sami greiði skaðabætur sem gera tjónþola eins settan og hann var fyrir brotið.¹⁹⁴

Kenning þessi hvetur aðila til þess að brjóta gerðan samning fyrir meiri hagnað en fyrirbyggjandi samningur gaf sér.¹⁹⁵ Líkt og greindi í kaflanum hér á undan þá þykir sumum fræðimönnum þessi nálgun ganga á skjön við meginregluna um að samninga beri að halda.

Frá hagfræðilegu sjónarhorni væri ekki skynsamlegt fyrir samningsaðila að standa við gerðan samning ef sá hinn sami hlýtur meiri hagnað með því að brjóta samninginn. Í því sambandi velta margir vöngum yfir því hvað veldur því að brotnir séu gerðir samningar. Í raun er talað um að þrjár hagfræðilegar ástæður liggi að baki þess að einstaklingar eða lögaðilar brjóti gerða samninga. Í *fyrsta lagi* er því haldið fram að framkvæmd viðskipta sé kostnaðarsöm sem gerir það að verkum að það er næstum ómögulegt fyrir samningsaðila að taka fram öll möguleg óvænt atvik og leggja þar með drög að óaðfinnanlegum samningi.¹⁹⁶ Í *öðru lagi* er því haldið fram að tækifærissinnuð hegðun valdi því að eftir að samningur er gerður fari samningsaðilar að sneiða hjá eða reyna að komast undan samningsskyldum sínum.¹⁹⁷ Í *þriðja lagi* er því haldið fram að skaðabótakerfið verðleggi samningsbrot og réttlæti þar með siðleysi þess sem viðhefur samningsbrot.¹⁹⁸

¹⁹³ Ernest J. Weinrib, „Punishment and Disgorgement as Contract Remedies“ (2003) 78 Chicago Kent Law Review 55, 55.

¹⁹⁴ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (7. útg., Wolters Kluwer Law & Business 2007) 120; Ian R. Macneil, „Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky“ (1982) 68 Virginia Law Review 947, 948–949.

¹⁹⁵ Daniel Friedmann, „The Efficient Breach Fallacy“ (1989) 18 The Journal of Legal Studies 1, 23.

¹⁹⁶ Wenqing Liao, *Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law* (1. útg., Intersentia 2015) 45–46.

¹⁹⁷ Posner (n. 194) 119; Kenneth H. Wathne og Jan B. Heide, „Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions“ (2000) 64 Journal of marketing 36, 38; Caprice L. Roberts, „Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages“ (2008) 42 Loyola of Los Angeles law review 131, 139.

¹⁹⁸ Oliver Wendell Holmes, „The Path of the Law“ (1879) 10 Harvard law review 457, 462.

Þá hefur verið dregið í efa hvort að kenningin hafi í raun eitthvert gildi innan CISG þar sem hún metur aðstæður einungis frá hagfræðilegu sjónarhorni og þar með ekki frá lögfræðilegu eða samfélagslegu sjónarhorni.¹⁹⁹

Enn fremur hefur verið talið að kenningunni sé hreinlega hafnað af fræðimönnum og dómurum svokallaðs meginlandsréttar og þá séu ekki horfur á því að þar verði breyting á.²⁰⁰ Í þeirri höfnun felst að kenningin samræmist hvorki meginreglu meginlandsréttar um góða trú né meginreglunni um að samninga skuli halda (l. pacta sunt servanda).²⁰¹ Einnig hefur verið talið að kenningin samræmist ekki uppbyggingu og menningu svokallaðs meginlandsréttar.²⁰²

3.2.1.3.4. Refsikenndar skaðabætur (e. punitive damages)

Sumir fræðimenn hafa haldið því fram að svipting hagnaðar svipi til refsikenndra skaðabóta en slíkar bætur leggja fremur áherslu á refsingu aðila vegna svívirðilegrar hegðunar heldur en hinar almennu skaðabætur og séu þar með ekki heimilar undir 74. gr. CISG.²⁰³ Í því skyni hafa fyrst og fremst þrjú sjónarmið verið sett fram.

Í *fyrsta lagi* er gjarnan talað um að tjónþoli eigi ekki að gjalda fyrir sammingsbrot tjónvalds (e. a breach of contract must not pay) þegar verið er að réttlæta sviptingu hagnaðar innan CISG.²⁰⁴ Þetta orðalag minnir á réttlætingu refsikenndra skaðabóta (e. tort shall not pay).²⁰⁵ Jafnvel þó að litið sé til grundvallardóms fyrir réttlætingu á sviptingu hagnaðar eða hins svokallað *Blake* máls²⁰⁶ þá er tiltekið í dóminum að svipting hagnaðar sé í meginatriðum af refsikenndu eðli.²⁰⁷ Með tilliti til þessa gæti verið haldið fram að svipting hagnaðar refsí tjónvaldi

¹⁹⁹ Friedmann (n. 195) 23.

²⁰⁰ Ronald J. Scalise, „Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract“ (2007) 55 *The American Journal of Comparative Law* 721, 763.

²⁰¹ sama heimild.

²⁰² sama heimild.

²⁰³ Ramberg o.fl. (n. 111); Fritz Enderlein og Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary* (Oceana 1992) 298–299; Dómur Cour d’appel de Poitiers frá 26. febrúar 2009 í máli nr. 07/02404.

²⁰⁴ Schlechtriem og Schwenzler (n. 6) 1075–1076; Schlechtriem og Schwenzler (n. 5) 1017; Bock (n. 129) 183.

²⁰⁵ Hondius og Janssen (n. 95) 3.

²⁰⁶ Málið er reifað í kafla 3.3.1.2.2. þessarar ritgerðar.

²⁰⁷ Hondius og Janssen (n. 95) 3.

og svipti þar með til refsikenndra skaðabóta sem eru ósamrýmanlegar hinn almennu skaðabótareglu sem felst innan 74. gr. CISG.

Í *öðru lagi* er nefnt að hætta sé á að svipting hagnaðar undir 74. gr. CISG geti leitt til þess að tjónþoli fái tjón sitt ofbætt en það færi gegn markmiði ákvæðisins um að gera tjónþola eins settann fjárhagslega og hann var fyrir tjónsatburð.²⁰⁸ Í því samhengi mætti halda því fram að svipting hagnaðar sé of sveigjanleg reikniregla þar sem hagnaður seljanda þarf ekki endilega að tengjast tjóni tjónþolans.²⁰⁹

Í *þriðja lagi* er nefnt að kerfisbundin túlkun á CISG mæli gegn hagnaðarmiðuðum útreikningi skaðabóta þar sem einungis er heimilt að miða við markaðsverð samkvæmt 76. gr. CISG þegar samningi er rift (e. avoided).²¹⁰ Í því samhengi er nefnt að 74. gr. CISG útheimti nákvæmari útreikning á umfangi tjóns heldur en svipting hagnaðar veitir.²¹¹

3.2.1.4. Ályktun vegna sviptingar hagnaðar sem reiknireglu

Ef litið er til dómaframkvæmdar þá má sjá að dæmdar skaðabætur samkvæmt CISG hafa áður stuðst við refsikennda þætti (e. punitive elements) og þá hefur verið talið að tjónþolar séu með kerfisbundnum hætti skildir eftir með tjón sitt vanbætt.²¹² Ástæður þess hafa verið taldar stafa frá því að tjónþoli beri almennt hættuna af því þegar mat er lagt á skaðabætur, í ljósi þess að tjónþoli ber almennt sönnunarbyrðina vegna málsins.²¹³ Enn fremur hefur verið útskýrt að allt frá upphafi máls standi tjónþoli höllum fæti gagnvart tjónvaldi og því þurfi að taka með refsikennda þætti til þess að tryggja fullar bætur (e. full compensation) til handa

²⁰⁸ Ramberg o.fl. (n. 111); Bruno Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2. útg., Oxford University Press 2009) 115; Magnus Ulrich, „Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation and Preservation“ í Larry A DiMatteo (ritstj.), *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press 2014) 263; Ulrich, „Article 74“ (n. 184).

²⁰⁹ Simon Wilson, „Ethical standards in international sales contracts: Can the CISG be used to prevent child labour?“ (BA-ritgerð, Victoria University of Wellington 2015) 57 <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4622/thesis.pdf?sequence=2>> skoðað 9. mars 2017.

²¹⁰ Saenger (n. 101) 871; Dómur Appellate Court Hamburg frá 26. nóvember 1999 í máli nr. 1 U 31/99.

²¹¹ Dómur Oberlandesgericht Celle frá 2. september 1998 í máli nr. 3 U 246/97; Dómur Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg frá 21. júní 1996.

²¹² Schwenger (n. 111) 1013; Schwenger og Hachem (n. 87) 103; Dómur Appellate Court Grenoble frá 22. febrúar 1995 í máli nr. 93/3275; Dómur U.S. District Court, Southern District of New York frá 30. mars 2010 í máli nr. 09 Civ. 3059 (TPG).

²¹³ Schwenger og Hachem (n. 87) 102–103; Bock (n. 129) 180.

tjónþola, að minnsta kosti ef að háttsemi tjónvalds er unnin af ásetningi þvert gegn markmiðum CISG.²¹⁴

Þar að auki eru fræðimenn almennt sammála um það að tjónvaldi megi ekki vera heimilt að hagnast á eigin ranglæti (e. wrongdoing). Lögð hefur verið sérstök áhersla á þetta sjónarmið í tengslum við samningsbrot er varða ákvæði CISG.²¹⁵ Í því skyni hefur verið útskýrt að hagnaður sá sem tjónvaldur hlýtur vegna samningsbrots síns eigi að koma til álita við mat á skaðabótum og einmitt þar geti refsikenndir þættir leikið mikilvægt hlutverk, jafnvel þó að refsikenndar skaðabætur séu ekki heimilar samkvæmt CISG.²¹⁶

Að framangreindum skrifum og röksemdum kafla þessa virtum má sjá að færa má rök á báða bóga fyrir því hvort umrædd reikniregla falli innan gildissviðs 74. gr. CISG. Aftur á móti þykir höfundu mótörkin einkennast af því að litið sé að hluta eða öllu leyti á sviptingu hagnaðar sem úrræði en ekki reiknireglu. Meðal annars af þessum ástæðum þykir höfundu meðrökin eiga vinninginn þegar til heildstæðs samanburðar kemur. Í því sambandi verður einnig að taka fram að mótfallnir fræðimenn eru á undanhaldi í ljósi fjölda þeirra sem hlynntir eru sviptingu hagnaðar sem reiknireglu undir 74. gr. CISG. Þegar á hólminn er komið þá þarf að leysa vanda-mál það sem reiknireglunni er ætlað að leysa, þ.e. annars vegar óréttmæt auðgun tjónvalds á kostnað tjónþola og hins vegar erfiður eða ómögulegur útreikningur á umfangi tapaðs hagnaðar. Þennan vanda þarf að leysa og ekki verður betur séð en að umrædd reikniregla geri það á skynsamlegan máta.

3.2.2. 7.4.2 gr. UPICC

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) er endanlegur árangur margra sérfræðinga á sviði samanburðarlögfræði og fjölpjóðlegra vinnuhópa sem gefið var fyrst út árið 1994²¹⁷ og síðan aftur árið 2010²¹⁸. Reglur UPICC eru ekki einungis birtar heldur er einnig að finna athugasemdir um reglurnar á heimasíðu UNIDROIT. Horft hefur verið til

²¹⁴ Schwenzer og Hachem (n. 87) 103.

²¹⁵ Schlechtriem og Schwenzer (n. 6) 1075–1076; Schlechtriem og Schwenzer (n. 5) 1017.

²¹⁶ Schlechtriem og Schwenzer (n. 5) 1001.

²¹⁷ Aðgengilegt á heimasíðu UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>

²¹⁸ Aðgengilegt á heimasíðu UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>

þessara reglna UPICC til þess að ná betur utan um reglur CISG og því hafa reglur UPICC haft svokölluð leiðbeinandi áhrif vegna álitaefna sem ekki eru beinlínis afgreidd innan CISG.²¹⁹ Þess ber þó að gæta að reglur UPICC eiga eingöngu við um alþjóðlega viðskiptagerninga, þ.e. samninga milli tveggja eða fleiri aðila sem báðir eða allir stunda viðskiptastarfsemi.²²⁰

Í 7.4.2 gr. UPICC frá árinu 2010 er kveðið á um, með örlítið nákvæmari hætti heldur en í 74. gr. CISG, hvað felist í því að tjónþoli fá tjón sitt að fullu bætt (e. full compensation). Í ákvæðinu segir:

- (1) 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 suffered and **any gain of which it was deprived**, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.
- (2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress. (Feitletrun höfundar)

Í ákvæði þessu er vikið beinum orðum að því að skaðabætur geti endurspeglað hagnað þann sem tjónþoli var sviptur (e. deprived). Þrátt fyrir orðalag ákvæðisins þá kemur fram í athugasemdum með ákvæðinu að tjónþoli megi þó ekki auðgast vegna skaðabótanna, þ.e. vera í betri fjárhagslegri stöðu eftir tjónsatburðinn en hann var fyrir.

Það sem er öllu mikilvægara er að í 7.4.3 gr. UPICC er mælt fyrir um hvernig meta skuli umfang tjóns og nánar útfært hvernig leysa megi úr málum þegar útreikningur skaðabóta er erfiður. Ákvæðið hljóðar svo:

- (1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.
- (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.
- (3) **Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.** (Feitletrun höfundar)

Vegna 3. mgr. ákvæðisins mætti færa rök fyrir því að tapaður hagnaður geti verið metinn að álitum réttarins sem veitir svigrúm til sanngirnismats við samningu dóms í skaðabótamáli og

²¹⁹ John Yukio Gotanda, „Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG“ í Djakhongir Saidov og Ralph Cunnington (ritstj.), *Contract damages: Domestic and International Perspectives* (1. útg., Hart Publishing 2008) 115–120; Schwenger og Hachem (n. 87) 92–93.

²²⁰ Páll Sigurðsson, „Þróunardrættir í samninga- og kröfurétti, einkum frá fjölþjóðlegu sjónarhorni“ (2003) 56 Úlflióttur 59, 70.

að tekið sé tillit til hagnaðarmiðaðra skaðabóta eða þess hagnaðar sem tjónvaldur hlaut af samningsbroti sínu.²²¹ Verður því ekki betur séð en að skaðabótaákvæði UPICC sé í línu við fyrrgreinda reiknireglu vegna sviptingar hagnaðar.

3.2.3. 9:502 gr. PECL

Evrópusambandið stjórnskipaði nefnd fjölda sérfræðinga árið 1982 til að gera drög að evrópskum samningarréttarreglum framtíðarinnar. Maður að nafni Ole Lando leiddi nefndina²²² sem ber heitið *Commission on European Contract Law*. Afrakstur nefndarinnar var *Principles of European Contract Law* (PECL) en fyrsta uppkastið af reglunum var birt árið 1999 sem uppfært var árið 2002.²²³ Eftir það hefur starf nefndarinnar verið lítið áberandi.²²⁴ Við samningu regluverksins leit nefndin að meginstefnunni til fyrirmyndar í rétti aðildarríkja Evrópusambandsins en þar að auki voru hafðar til hliðsjónar reglur bandarísks réttar á þessu sviði, ákvæði CISG og reglur UPICC.²²⁵ Þá er vert að gæta þess að PECL er ætlað að eiga við um alla samninga og um kröfurétt þeim tengdan og hefur því mun víðtækara gildissvið heldur en UPICC.²²⁶

Í 9:502 gr. PECL er mælt fyrir um hvernig meta skuli umfang tjóns en í ákvæðinu segir:

The general measure of damages is such 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**. (Feitletrun höfundar)

Í ákvæði þessu, líkt og í 7.4.2. gr. UPICC, er vikið beinum orðum að því að skaðabætur geti endurspeglað hagnað þann sem tjónþoli var sviptur (e. deprived).

²²¹ Saidov (n. 128) 370; Djakhongir Saidov, „Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages“ (2006) 22 *Journal of Contract Law* 27, 76; Schmidt-Ahrendts (n. 118) 98.

²²² Stundum hefur nefndin verið kölluð *Lando-nefndin* sökum þessa.

²²³ Commission on European Contract Law, „The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)“ (http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm)

<<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>> skoðað 5. apríl 2017.

²²⁴ Matthías G. Pálsson, „Evrópskur samningaréttur: þróun, staða og framtíð“ (2006) 3 *Tímarit Lögréttu* 121, 130–132.

²²⁵ Páll Sigurðsson, „Þróunardrættir í samninga- og kröfurétti, einkum frá fjölþjóðlegu sjónarhorni“ (n. 220) 64–66.

²²⁶ sama heimild 70.

CISG kveður ekki skýrt á um hvort að upphæð skaðabóta eigi að lækka vegna ávinnings þess sem samningsbrot hafði í för með sér fyrir loforðsmóttakanda.²²⁷ Ef litið er til meginreglunnar um fullar bætur (e. full compensation principle), sem er undirliggjandi meginregla CISG, þá má almennt ætla að dreginn sé frá skaðabótum tjónþola hagnaður sá sem hann hlaut vegna staðgönguráðstafana. Þessi afstaða kemur ekki fram með beinum hætti í orðalagi ákvæðisins, líkt og það gerir í 2. málslið 1. mgr. 7.4.2 gr. UPICC, en þessi afstaða kemur þó skýrt fram í almennum athugasemdum um 9:502 gr. PECL.²²⁸ Um þetta atriði segir:

The aggrieved party must bring into account in reduction of damages any compensating gains which offset its loss; only the balance, the net loss, is recoverable. Similarly, in computing gains of which the aggrieved party has been deprived, the cost it would have incurred in making those gains is a compensating saving which must be deducted to produce a net gain [...].²²⁹

Meðal annars af þessum ástæðum er hægt að styðjast við bæði PECL og UPICC sem sannfærandi heimild til styrkingar á sviptingu hagnaðar sem reiknireglu undir CISG.²³⁰ Verður því ekki betur séð en að skaðabótaákvæði PECL sé einnig í línu við fyrrgreinda reiknireglu vegna sviptingar hagnaðar.

3.2.4. Sjöunda lögbók DCFR

Í kjölfar PECL eða nánar tiltekið árið 2009 lagði hópur fræðimanna²³¹ samningsdrög að því sem virðist framtíðar evrópsk lögbók sem gengur lengra en PECL og sameinar allar viðeigandi Evróputilskipanir.²³² Umræddum samningsdrögum var gefið heitið *Draft Common Frame of*

²²⁷ Wolfgang Witz, „Commentary on Art. 74 CISG“ í Manuel Lorenz, Hans-Christian Salger og Wolfgang Witz (ritstj.), *International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG* (Recht und Wirtschaft 2000) 489–506; Ulrich, „Article 74“ (n. 184).

²²⁸ Pace Law School Institute of International Commercial Law, „Comment and notes: PECL Article 9:502: General Measure of Damages“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp74.html#cnpc>> skoðað 6. mars 2017.

²²⁹ Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law: Parts 1 & II* (Ole Lando og Hugh Beale ritstj., Kluwer Law International 2000) 439.

²³⁰ Schwenger og Hachem (n. 87) 92–93; Friedrich Blase og Philipp Höttler, „Remarks on the Damages Provisions in the CISG (Article 74), Principles of European Contract Law (PECL), and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)“ í John Felemegas (ritstj.), *An international approach to the interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as uniform sales law* (1. útg., Cambridge University Press 2007) 465–475.

²³¹ Nánar tiltekið Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anne Veneziano og Fryderyk Zoll.

²³² Mathias Siems, *Comparative Law* (1. útg., Cambridge University Press 2014) 246.

Reference (DCFR).²³³ Við samningu DCFR var einnig haft til hliðsjónar þýsku og frönsku borgaralögbækurnar²³⁴ ásamt indverskum samningalögum og bandarísku kaupalögbókinni um réttareiningu (e. the US Uniform Commercial Code).²³⁵

Þrátt fyrir göfugt markmið samningsdraganna um eina sameiginlega evrópska lögbók þá hefur Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins talið að samningsdrögin eigi fremur að nota sem verkfæri eða handbók við endurskoðun á núverandi rétti og því til undirbúnings á nýrri löggjöf á sviði samningaréttar.²³⁶ Lögbókinni er skipt niður í tíu bækur og ein þeirra er alfarið tileinkuð óréttmætri auðgun. Ræðir hér um sjöundu bók samningsdraganna sem skiptist einnig niður í sjö kafla.

Í *fyrsta kafla* lögbókarinnar kemur fram grundvallarreglan í 1. mgr. ákvæðis 1:101 en þar segir: „A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment.“

Í *öðrum kafla* lögbókarinnar er skilgreint undir hvaða kringumstæðum auðgun telst óréttmæt, sbr. ákvæði 2:101-2:103 lögbókarinnar.

Í *þriðja kafla* lögbókarinnar er skilgreint hvað felist annars vegar í hugtakinu auðgun (e. enrichment), sbr. ákvæði 3:101, og hins vegar undir hvaða kringumstæðum túlka megi hlutina einhverjum í óhag eða til tjóns (e. disadvantage), sbr. ákvæði 3:102.

Í ákvæðum þessum birtast frekari skilyrði fyrir auðgunarkröfu, sbr. ákvæði 1:101. Áður en að rýnt er í skilyrðin þykir vert að sjá orðalag ákvæðanna tveggja með beinum hætti. Ákvæði 3:101 lögbókarinnar hljóðar svo:

VII. – 3:101: Enrichment

(1) A person is enriched by:

- (a) an increase in assets or a decrease in liabilities;
- (b) receiving a service or having work done; or
- (c) use of another’s assets.

²³³ Christian von Bar o.fl. (ritstj.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Sellier, European Law Publishers 2009).

²³⁴ Gjarnan er hin franska nefnd *Code Civil* en hin þýska nefnd *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

²³⁵ Siems (n. 232) 156–157.

²³⁶ sama heimild 246.

(2) In determining whether and to what extent a person obtains an enrichment, no regard is to be had to any disadvantage which that person sustains in exchange for or after the enrichment.

Þá er ákvæði 3:102 lögbókarinnar eftirfarandi:

VII. – 3:102: Disadvantage

(1) A person is disadvantaged by:

- (a) a decrease in assets or an increase in liabilities;
- (b) rendering a service or doing work; or
- (c) another's use of that person's assets.

(2) In determining whether and to what extent a person sustains a disadvantage, no regard is to be had to any enrichment which that person obtains in exchange for or after the disadvantage.

Í einföldum málum þar sem hin óréttmæta auðgun hlýst með beinum hætti þá eru fyrrgreind tvö ákvæði sitthvor hliðin á sama peningnum.²³⁷ Af þessum sökum þarf að taka bæði ákvæðin til skoðunar þegar auðgunarkröfu er teflt fram.

Af orðalagi ákvæðanna virtu má sjá að ákvæði 3:101 snýr að þeim sem auðgast hefur með óréttmætum hætti en ákvæði 3:102 snýr að þeim sem orðið hefur fyrir óréttmætri auðgun annars aðila. Samkvæmt ákvæðunum getur aðili hlotið eða orðið fyrir barðinu á óréttmætri auðgun ef að: (a) Aukning (sbr. 3:101) eða lækkun (sbr. 3:102) hefur orðið á eignastöðu eða skuldastöðu viðkomandi; (b) Viðkomandi hefur fengið veitta þjónustu (sbr. 3:101) eða veitt þjónustu sjálfur (sbr. 3:102) eða unnið eða látið vinna fyrir sig; eða (c) Viðkomandi hefur notfært sér eign annars (sbr. 3:101) eða að eign viðkomandi hefur verið notfærð af hálfu annars (sbr. 3:102). Eitthvert þessara tilvika þarf að vera uppi svo að skilyrðum ákvæðanna sé mætt.

Hvað a-liðinn varðar þá þýðir auðgun í raun hvaða gagnlega aðlögun (e. beneficial adjustment) að annaðhvort jákvæðri eða neikvæðri hlið á efnahagsreikningi eða eignastöðu aðila (e. patrimonial balance sheet), þ.e. með nýrri jákvæðri innfærslu eða þar sem fjarlægð er neikvæð innfærsla.²³⁸ Aftur á móti fangar skilgreiningin einungis hlutlæga breytingu og á því ekki við verðgildi tiltekins efnahagslegs gildis (e. value of the assets).²³⁹ Með öðrum orðum það verður að vera aukning eða lækkun á hluta hins hlutlæga en ekki huglægt mat á gildi þess

²³⁷ Bar o.fl. (n. 233) 3803.

²³⁸ Christian von Bar o.fl., „Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)“ (*Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins*) 3804 <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf> skoðað 1. apríl 2017.

²³⁹ sama heimild.

innan markaðarins.²⁴⁰ Eitthvað nýtt efnahagslegt gildi verður að koma inn í eignastöðu aðila eða þá að skuldir fari út.²⁴¹ Hvað skuldirnar varðar þá má í dæmaskyni nefna þegar skuld aðila er felld niður að fullu eða að hluta.²⁴²

Engu að síður getur auðgun sem felur ekki í sér breytingu á eignastöðu aðila átt heima undir c- og þá sérstaklega b-lið ákvæðanna.²⁴³

Hvað b-liðinn varðar ræðir sérstaklega um þau tilvik þegar ákveðin háttsemi skapar markaðslegt gildi þar sem þjónustuveitandi innir af hendi eitthvert verðmæti til handa viðtakanda þjónustunnar.²⁴⁴ Í þeim tilvikum þar sem háttsemin er óumbeðin þá getur það leitt til lækkunar eða undanskildu frá skaðabótaábyrgð sbr. ákvæði 5:102 lögbókarinnar.

Þess ber að gæta að þjónusta í formi einkaneyslu eða til yndisauka er engu að síður auðgun.²⁴⁵ Þannig getur ferðaþjónusta eða þjónusta verktaka við byggingu eða endurbætur á húsi fallið undir b-lið ákvæðisins.²⁴⁶ Það að sérstaklega sé tiltekið innan ákvæðisins *þjónusta eða vinna* er ætlað að fanga tiltekið svið af huglægum hagsbótum (e. intangible benefits).²⁴⁷ Að baki umræddrar þjónustu eða vinnu þarf ekki endilega að vera samningur, þó það sé vissulega algengast.²⁴⁸ Hvað c-liðinn varðar þá ræðir þar í grunninn um allt það sem hefur efnahagslegt gildi og mögulegt er að nota eða notfæra sér.²⁴⁹

Í *fjórða kafla* lögbókarinnar er mögulegum orsakasamböndum gerð skil. Kafliinn inniheldur sjö ákvæði, sbr. 4:101-4:107.

Í *fimmta kafla* lögbókarinnar er fjallað um hvernig tjónvaldur getur bætt fyrir þá auðgun sem hann hefur hlotið á óréttmætan hátt, sbr. ákvæði 5:101-5:104.

²⁴⁰ sama heimild.

²⁴¹ sama heimild 3805.

²⁴² sama heimild 3806.

²⁴³ sama heimild.

²⁴⁴ sama heimild.

²⁴⁵ sama heimild.

²⁴⁶ sama heimild.

²⁴⁷ sama heimild 3807.

²⁴⁸ sama heimild 3807–3808.

²⁴⁹ sama heimild 3809.

Í *sjötta kafli* er talað um undantekningar frá því að skila til baka hinni óréttmætu auðgun (e. disenrichment).

Í *sjöunda kafli* lögbókarinnar er vikið að gildi ákvæða óréttmætrar auðgunar annars vegar gagnvart öðrum reglum landsréttar ríkja og hins vegar gagnvart samningum.

3.2.5. II. og III. hluti CESL

Þann 11. október 2011 gaf Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins út tillögu eða drög að reglugerð um sameiginlega evrópska kaupalöggjöf eða *regulation on a Common European Sales Law* (CESL).²⁵⁰ Reglugerð þessari var ætlað að virka sem valkvæð viðbót við landsrétt aðildarríkja vegna lausafjárkaupa og þjónustu því tengda. Að því leytinu til er CESL ólíkt CISG þar sem CISG gildir umfram landsrétt aðildarríkja (I. lex superior).²⁵¹

Þá gildir CESL einungis þegar seljandi er einstaklingur eða lögaðili sem aðhefst eða hegðar sér með kaup, viðskipti, handiðn eða starfsgrein sína fyrir augum, sbr. 7. gr. CESL.

Ólíkt PECL og DCFR þá kveður CESL á um *ósanngjarna samninga* (e. unfair contract terms) en styðst þar af leiðandi ekki við hugtakið óréttmæta auðgun, sbr. II. og III. hluti CESL og þá sérstaklega 85. gr. CESL. Ekki verður séð að ákvæðin eigi nægjanlega mikið skylt við sviptingu hagnaðar sem reiknireglu eða óréttmæta auðgun og því verður ekki viðhöfð frekari skoðun vegna CESL.

3.3. Fordæmisréttur (e. common law)

Þegar kemur að sviptingu hagnaðar eða óréttmætri auðgun þá standa tvö ríki upp úr innan fordæmisréttar í Evrópu hvað varðar dómaframkvæmd, löggjöf og fræðiskrif. Hér ræðir annars vegar um England (**3.3.1.**) og hins vegar um Þýskaland (**3.3.2.**).

²⁵⁰ Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, „Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law“ (*EUR-Lex*, 11. október 2011) <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>> skoðað 2. apríl 2017.

²⁵¹ Bruno Zeller, „Commodity Sales and the CISG“ í Camilla Baasch Andersen, Ulrich G Schroeter og Albert H Kritzer (ritstj.), *Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the occasion of his eightieth birthday* (Wildy, Simmonds & Hill 2008) 627–639; Elidora Grigorova Ilieva, „The Proposal for a Common European Sales Law: Does the European Union Need This Optional „Common“ Code?“ (BA-ritgerð, University of Groningen 2012) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ilieva.html#*> skoðað 3. apríl 2017.

3.3.1. Enskur réttur

Í kafla þessum verður litið til réttarstöðunnar í Englandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Er það gert til þess að mögulegt sé að draga fram sem skýrastan samanburð við Ísland. Í því ljósi verður annars vegar litið til réttarreglna í Englandi (3.3.1.1.) og hins vegar dómaframkvæmdar þar í landi (3.3.1.2.).

3.3.1.1. Lög, reglur og lögskýringargögn

England er ekki aðili að CISG.²⁵² Engu að síður viðurkennir enskur réttur hagnaðarmiðuð (e. gain-based) úrræði líkt og sviptingu hagnaðar við borgaralegu ranglæti (e. civil wrongdoing) sbr. dómaframkvæmd þá sem rýnt er í næsta kafla þessarar ritgerðar. Enn fremur þegar litið er yfir skrif fræðimanna í enskum rétti þá standa þrjú atriði upp úr.

Í *fyrsta lagi* þá er ekki beinu lagaákvæði til að dreifa í settum rétti. Þess í stað má segja að ensk lög í dag séu afurð þróaðra lagakenninga og ólögfestra meginreglna.²⁵³ Í *öðru lagi* er hugtakið ranglæti innan ensks réttar nokkuð sveigjanlegt hugtak.²⁵⁴ Í *þriðja lagi* er almennt talið á meðal fræðimanna að hagnaðarmiðuð úrræði vegna borgaralegs ranglætis sé ekki hluti af réttarviði óréttmætrar auðgunar, m.ö.o. almennt gætir þess að aðgreint sé á milli svokallaðs „restitution for wrongs“ og „restitution for unjust enrichment“.²⁵⁵ Hvað varðar hið fyrrnefnda hugtak þá má segja að orsök háttseminnar sé álitin sjálf ranglætið.²⁵⁶ Álitafni um hvort, undir hvaða kringumstæðum og að hvaða leyti orsök heyri undir ranglæti fer eftir ákvæðum viðeigandi laga. Hvað varðar hið síðarnefnda hugtak þá má segja að orsök háttseminnar virki hið hagnaðarmiðaða úrræði vegna óréttmætrar auðgunar tjónvalds á kostnað tjónþola.²⁵⁷

Verður nú vikið að dómaframkvæmdinni sem varpar skýrara ljósi á réttarstöðuna í Englandi.

²⁵² UNCITRAL (n. 6).

²⁵³ Stephen Watterson, „Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015) 29.

²⁵⁴ sama heimild 30.

²⁵⁵ Charles Mitchell o.fl., *The Law of Unjust Enrichment* (8. útg., Sweet & Maxwell 2011); Birks (n. 51); Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1. útg., Clarendon Press 2003); Andrew Burrows, *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment* (1. útg., Oxford University Press 2012) <<http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=1113195>> skoðað 13. apríl 2017; Andrew Burrows, *The Law of Restitution* (Oxford University press 2011); Watterson (n. 253) 30.

²⁵⁶ Mitchell o.fl. (n. 255) 9–12.

²⁵⁷ sama heimild.

3.3.1.2. Dómaframkvæmd

Á mörgu er að taka í enskri dómaframkvæmd þegar kemur að sviptingu hagnaðar eða óréttmætri auðgun. Þykir þó við hæfi að hefja þennan kafla á frægri setningu í dómsorði í máli *Jegon gegn Vivian* frá 1870 sem hljóðaði svo: „This Court never allows a man to make profit by a wrong, [...]“.²⁵⁸

Athugun á enskri dómaframkvæmd leiðir í ljós þrjú afbrigði vegna hagnaðarmiðaðra úrræða: (i) Refsikenndar skaðabætur; (ii) Sviptingu alls hagnaðar vegna óréttmætrar auðgunar óháð uppruna hagnaðarins; og (iii) Skaðabætur sem samsvara upphæð hinnar óréttmætu auðgunar.²⁵⁹ Skilin á milli (i) og (ii) hafa verið umdeild á meðal fræðimanna þar sem talið hefur verið að markmið þessara úrræða sé annars vegar hið sama²⁶⁰ og hins vegar á öndverðum meiði²⁶¹.

Hér að neðan verða reifaðir fimm grundvallardómar þessu tengdu í tímaröð, þ.e. byrjað á þeim elsta og endað á þeim yngsta. Í *fyrsta lagi* verður rýnt í mál *Wrotham Park* (3.3.1.2.1.). Í *öðru lagi* verður rýnt í mál *Attorney General gegn Blake* (3.3.1.2.2.). Í *þriðja lagi* verður rýnt í mál *Esso gegn Niad* (3.3.1.2.3.). Í *fjórdða lagi* verður rýnt í mál *Hendrix* (3.3.1.2.4.) og í *fimmta lagi* verður rýnt í mál *WWF* (3.3.1.2.5.).

3.3.1.2.1. Wrotham Park málið

Í kafla þessum verður rýnt í dóm *The High Court of Justice (Chancery Division)* frá 19. október 1973 í máli *Wrotham Park gegn Parkside Holmes*.²⁶²

Wrotham Park var fasteign en í gegnum árin voru hlutar úr landi eignarinnar seldir til frekari þróunar og ræktunar á landinu, sem háð var sérstökum takmörkunum Wrotham Park um að allar framkvæmdir þyrftu að vera annars vegar til hagsbóta fyrir landareignina og hins vegar samræmast deiliskipulagi. Árið 1955 keyptu staðaryfirvöld einn þessara hluta til þróunar og

²⁵⁸ (1871) LR 6 Ch App 742.

²⁵⁹ Watterson (n. 253) 31.

²⁶⁰ James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Hart 2002) 3. kafli <<http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=270723>> skoðað 13. apríl 2017.

²⁶¹ Burrows, *The Law of Restitution* (n. 255) 633–635; Craig Rotherham, „The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs“ (2007) 66 *The Cambridge Law Journal* 172, 172–199.

²⁶² Mál nr. [1974] 1 WLR 798 og [1974] 2 All ER 321.

ræktunar. Árið 1971 settu staðaryfirvöld þennan hluta á almennt uppboð til uppbyggingar á 14 húsum en sú sala var þó háð því að eftir væri að þróa og rækta miðjuhluta landsins svo að skilmálar Wrotham Park væru fyllilega uppfylltir. Parkside keypti landið og byggði hús 14 þrátt fyrir ábendingar Wrotham Park um að það væri verið að brjóta gegn áðurgreindum takmörkunum. Eftir að undirbúningur hófst fór Wrotham Park fram á lögbann vegna framkvæmdanna en Parkside hélt engu að síður áfram með byggingu húsanna 14 og þegar þau voru tilbúin voru öll hús seld, enda var lögbannsbeiðninni hafnað af hálfu dómstóla á grundvelli þess að lögbannsbeiðandi gat ekki sýnt fram á umfang tjóns.

Vegna þessa fór Wrotham Park í skaðabótamál þar sem talið var að lögbannsbeiðninni hefði verið ranglega hafnað. Dómara málsins þótti ekki æskilegt að rífa hús 14 en dæmdi Wrotham Park skaðabætur sem samsvöruðu 5% af hagnaði Parkside af uppbyggingu húsanna, nánar tiltekið 2.500 sterlingspund, þar sem ekki þótti réttlætanlegt að Parkside hagnaðist á eigin ranglæti. Hvað þetta varðar sagði meðal annars eftirfarandi í forsendum dómsins:

If, for social and economic reasons, the court does not see fit in the exercise of its discretion, to order demolition of the 14 houses, is it just that the plaintiffs should receive no compensation and that the defendants should be left in **undisturbed possession of the fruits of their wrongdoing**? Common sense would seem to demand a negative answer to this question [...]

In the present case I am faced with the problem what damages ought to be awarded to the plaintiffs in the place of mandatory injunctions which would have restored the plaintiffs' rights. If the plaintiffs are merely given a nominal sum, or no sum, in substitution for injunctions, it seems to me that justice will manifestly not have been done. (Feitletrun höfundar)

3.3.1.2.2. *Blake málið*

Í kafla þessum verður rýnt í dóm *The House of Lords* frá 27. júlí 2000 í máli *Attorney General* gegn *Blake*.²⁶³

Málið varðaði fyrrverandi njósnara bresku leyniþjónustunnar sem ráðinn var árið 1944 til njósna á Sovétmönnum. Síðar skipti njósnarinn um lið og hóf njósnir fyrir Sovétmenn á breskum stjórnvöldum. Njósnarinn hlaut dóm vegna þessa í Englandi en náði þó einhverju seinna til Sovétríkjanna. Á eldri árum, nánar tiltekið árið 1989, skrifaði njósnarinn ævisögu

²⁶³ Mál nr. [2001] 1 AC 268.

sína er tók á þessari óvenjulegu en í senn áhugaverðu reynslu sem ríkisnjósnum fylgdi. Bókaútgáfa njósnarans féll í grýttan jarðveg hjá breska ríkinu og fékk ríkið lögbanni framgengt við frekari prentun bókarinnar og frekari greiðslum frá breskum útgefanda bókarinnar til handa njósnaranum. Njósnarinn áfrýjaði málinu til *The House of Lords*. Í því máli bar breska ríkið fyrir sig að njósnarinn hefði viðhaft samningsbrot með því að uppljóstra ríkisleyndamálum en njósnarinn hafði undirgengst trúnað með undirskrift ráðningasamnings vegna njósnanna. Tiltekið var í umræddum samningi að trúnað skyldi halda að eilífu, þrátt fyrir að starfsferli lyki, starfsmaður hætti eða yrði sagt upp störfum. Af þessum sökum krafðist breska ríkið skaðabóta eða sviptingar hagnaðar sem næmi öllu því sem njósnarinn hafði hlotið vegna útgáfu og sölu ævisögunnar.

Rétturinn féllst á þessa málsástæðu ríkisins og tiltók að í jafn einstökum málum og þessum myndu hefðbundin skaðabótaúrræði duga skammt. Þannig voru hagsmunir ríkisins við það að halda störfum njósnarans leyndum talið uppfylla skilyrði fyrir sviptingu hagnaðar. Um þetta atriði sagði rétturinn meðal annars eftirfarandi:

When, exceptionally, a just response to a breach of contract so requires, the court should be able to grant the discretionary remedy of requiring a defendant to account to the plaintiff for the benefits he has received from his breach of contract. [...] [T]he plaintiff's interest in performance may make it just and equitable that the defendant should retain no benefit from his breach of contract.

Að framangreindu virtu má leiða að heildarupphæð kröfu á grundvelli sviptingar hagnaðar séu ekki sett mörk í enskum rétti. Þá má einnig draga þá ályktun að brot sem felst í uppljóstrun á mikilvægum trúnaðarupplýsingum eða broti gegn almannaeðli teljist til sanngjarnrar réttlættingar fyrir notkun sviptingar hagnaðar sem úrræðis.

3.3.1.2.3. *Esso málið*

Í kafla þessum verður stuttlega rýnt í dóm *The High Court of Justice (Chancery Division)* frá 22. nóvember 2001 í máli *Esso Petroleum Co Ltd* gegn *Niad Ltd*.²⁶⁴

Mál þetta varðaði bensínsölu sem brotið hafði gerðan samning við olúfyrirtæki með því að draga ekki úr verði á bensíni til viðskiptavina sinna í samræmi við verðlækkanir olú-

²⁶⁴ Mál nr. [2001] EWHC 458.

fyrirtækisins. Talið var að bensínsalan hefði hagnast vegna verðlækkananna sem rukkanir olúfyrirtækisins tóku mið af. Af þessum sökum dæmdi dómstólinn bensínsöluna til sviptingu þess hagnaðar sem það hlaut til handa olúfyrirtækisins. Fjárhæðin var reiknuð með margföldun fjölda á sölum við mismuninn á milli söluverðs bensínsölnunnar og ráðlagðs verðs olúfyrirtækisins. Útreikningurinn var því sama marki brenndur og reiknireglan vegna óréttmætrar auðgunar sem sett var fram í kafla 3.2.1.2. þessarar ritgerðar.

3.3.1.2.4. *Hendrix málið*

Í kafla þessum verður rýnt í dóm *The Court of Appeal (Civil Division)* frá 20. mars 2003 í máli *Experience Hendrix LLC* gegn *PPX Enterprises*.²⁶⁵

Í máli þessu var framið samningsbrot af ásetningi sem leiddi til fjárhagslegs tjóns sem tjónþola reyndist erfitt að reikna til hlítar. Af þessum sökum þótti réttlætanlegt að meta skaðabætur vegna málsins með tilvísun til hagnaðar þess sem tjónvaldur hlaut vegna samningsbrots síns.

Tónlistarmaðurinn Jimi Hendrix dó þann 27. nóvember 1970. Þar áður hafði hann gert fjölda platna í samvinnu við plötuútgáfuna *PPX Enterprises*. Eftir dauðsfall Jimi Hendrix gerðu erfingjar hans undir formerkjum *Experince Hendrix LLC* með sér samning við plötuútgáfuna. Samkvæmt þeim samningi var plötuútgáfunni bannað að nýta sér plötur ákveðins tímabils í lífi Jimi en þó heimilt að nýta sér aðrar frá öðru tímabili. Plötuútgáfan braut þennan samning með því að nýta sér allar plötur Jimi Hendrix. Erfingjar Jimi Hendrix viðurkenndu að þeir hefðu vissulega ekki nýtt sér plöturnar með sama hætti og plötuútgáfan gerði en kröfðust engu að síður sviptingar hagnaðar þess sem plötuútgáfan hlaut vegna samningsbrotsins. Dómurinn féllst á málsástæður erfingja Jimi Hendrix þrátt fyrir þá staðreynd að erfingjarnir gætu ekki fært sönnur fyrir umfangi tjónsins.

Dómurinn gekk því lengra heldur þekkst hafði áður, þ.e. að svipting hagnaðar væri heimil í þeim tilfellum þegar undir væru þjóðarhagsmunir, almannaheill, óvenjulega mikill hagnaður eða vegna samningsbrota fjárvörsluaðila þar sem gagnkvæmt traust og trúnaður einkennir samningssambandið. Í þessu sambandi vitnaði dómurinn til máls *Wrotham Park* og tiltók að sviptingu hagnaðar mætti dæma vegna brota á skilmálum eða takmörkunum samninga. Enn

²⁶⁵ Mál nr. [2003] EWCA Civ 323 og [2003] EMLR 25.

fremur taldi dómurinn að jafnvel þó að mál þetta væri ekki óvenjulegt (e. exceptional) sem réttlæti fulla sviptingu hagnaðar þá ætti plötuútgáfan að greiða sanngjarna en í senn verulega fjárhæð vegna heimildalausrar notkunar hennar á plötunum.

3.3.1.2.5. *WWF málið*

Í kafla þessum verður rýnt í dóm *The Court of Appeal (Civil Division)* frá 2. apríl 2007 í máli *World Wide Fund for Nature* (áður *World Wildlife Fund*) gegn *World Wrestling Federation Entertainment Inc.*²⁶⁶

Ágreiningur reis á milli málsaðila þar sem glímusamtökin *World Wrestling Federation* höfðu nýtt sér vegna starfa sinna skammstöfunina „WWF“ sem lengi hafði verið kennt við náttúruverndarsamtökin *World Wildlife Fund*. Árið 1994 komust málsaðilar að samkomulagi um framtíðarnotkun á skammstöfuninni WWF. Samkomulag þetta innihélt talsverðar takmarkanir fyrir notkun glímusamtakanna á skammstöfuninni. Engu síður endaði málið fyrir dómstólum þar sem náttúruverndarsamtökin kröfðust sviptingar hagnaðar vegna brota á samkomulaginu. Í forsendum fyrir niðurstöðu réttarins var tiltekið að undir réttum aðstæðum væri svipting hagnaðar heimil, líkt og í máli *Wrotham Park*. Það sem þykir hvað athyglisverðast við niðurstöðu réttarins er að rétturinn tiltók að dæmdar skaðabætur í *Wrotham Park* hefðu ekki verið af refsikenndu eðli heldur í raun samkvæmt meginreglunni um fullar bætur (e. full compensation principle).

3.3.2. Þýskur réttur

Í kafla þessum verður litið til réttarstöðunnar í Þýskalandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Er það gert til þess að mögulegt sé að draga fram sem skýrastan samanburð við Ísland. Í því ljósi verður annars vegar litið til réttarreglna í Þýskalandi (**3.3.2.1.**) og hins vegar dómaframkvæmdar (**3.3.2.2.**).

²⁶⁶ Mál nr. [2006] EWHC 184 (Ch) og [2006] FSR 38.

3.3.2.1. Lög, reglur og lögskýringargögn

Þann 1. janúar 1991 fullgilti Þýskaland CISG að heild.²⁶⁷ Þá verður í kafla þessum farið sérstaklega yfir tvö ákvæði hinnar þýsku borgarlögbókar (þ. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Til hægðarauka fyrir lesendur ritgerðarinnar verður fjallað um ákvæðin út frá enskri þýðingu þeirra²⁶⁸ en upprunalega birtingarmynd á móðurmálinu má einnig finna í 1. viðauka ritgerðar þessarar. Ræðir hér annars vegar um 2. mgr. 687. gr. (3.3.2.1.1.) og hins vegar 1. mgr. 812. gr. hinnar þýsku borgarlögbókar (3.3.2.1.2.).

3.3.2.1.1. 2. mgr. 687. gr. þýsku borgarlögbókarinnar

Óréttmæt auðgun vegna tapaðs hagnaðar þar sem tjónþoli getur beinlínis sótt hagnað þann sem tjónvaldur hlaut á samningsbroti kemur skýrt fram í 2. mgr. 687. gr. þýsku borgarlögbókarinnar sbr. 681. og 667. gr. þýsku borgarlögbókarinnar. Í enskri þýðingu 2. mgr. 687. gr. þýsku borgarlögbókarinnar segir:

(2) If a person treats the business of another person as his own although he knows that he is not entitled to do so, then the principal can assert claims resulting from sections 677, 678, 681 and 682. If he asserts them, then he is under a duty to the voluntary agent under section 684 (1).

Samkvæmt framangreindum ákvæðum er hverjum þeim, sem vísvitandi fer með eignir annarra sem sínar eigin, gert að láta eignina af hendi og hagnað þann sem hlaut af háttseminni. Þetta afbrigði af skaðabótaábyrgð er þekkt sem „non-genuine negotiorum gestio“ (þ. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag or Geschäftsanmaßung), þ.e. að hver sá sem gengur á hlut annars manns án heimildar ber skaðabótaábyrgð því samkvæmt.

Hin þýska löggjöf virðist þó ganga skrefi lengra þar sem 2. mgr. 687. gr. þýsku borgarlögbókarinnar á við um tilfelli þau þar sem einhver vísvitandi notfærir sér í eigin þágu lögvarða hagsmuni annars einstaklings eða lögaðila.²⁶⁹

²⁶⁷ Pace Law School Institute of International Commercial Law, „Germany“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Germany.html>> skoðað 27. febrúar 2017.

²⁶⁸ Þýska dómsmálaráðuneytið, „German Civil Code BGB“ (*Þýska dómsmálaráðuneytið (þ. undesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz)*) <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/> skoðað 28. mars 2017.

²⁶⁹ Tobias Helms, „Disgorgement of Profits in German Law“ í EH Hondius og Andre Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015) 220.

3.3.2.1.2. 1. mgr. 812. gr. þýsku borgarlögbókarinnar

26. kafli þýsku borgarlögbókarinnar ber heitið *óréttmæt auðgun* (þ. Ungerechtfertigte Bereicherung). 1. mgr. 812. gr. umrædds kafla gerir tjónþola fært að sækja allan þann hagnað sem tjónvaldur olli viðkomandi vegna óréttmætrar auðgunar. Í enskri þýðingu 812. gr. þýsku borgarlögbókarinnar segir:

(1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

(2) Performance also includes the acknowledgement of the existence or non-existence of an obligation.

3.3.2.2. Dómaframkvæmd

Í ljósi þess að samanburðarrannsókn tekur fyrst og fremst til sviptingar hagnaðar sem reiknireglu undir 74. gr. CISG þá verður í kafla þessum rýnt í áhugaverðan dóm Hæstaréttar Þýskalands því tengdan frá 25. júní 1997 í máli nr. VIII ZR 300/96 (**3.3.2.2.1.**). Þar næst verður rýnt í dóm Hæstaréttar Þýskalands frá 10. maí 2006 er varðaði 2. mgr. 687. gr. þýsku borgarlögbókarinnar (**3.3.2.2.2.**).

3.3.2.2.1. Dómur Hæstaréttar Þýskalands frá 25. júní 1997

Í kafla þessum verður rýnt í dóm Hæstaréttar Þýskalands (þ. Bundesgerichtshof) frá 25. júní 1997 í máli nr. VIII ZR 300/96.

Þýskur seljandi afhenti svissneskum kaupanda ryðfrítt stál. Kaupandinn tilkynnti seljanda um að hann væri ófær um að vinna með ryðfría stálið þar sem það uppfyllti ekki umsamda eiginleika. Vegna þessa sendi kaupandinn stálið aftur til seljanda og greiddi ekki fyrir vöruna. Seljandinn lýsti þá yfir áformum sínum um að fá metið hvort að gæði stálsins væru í samræmi við samning aðila. Þar næst höfðaði seljandinn mál gegn kaupandanum og krafðist ógreidds kaupverðs. Kaupandinn tefldi fram gagnkröfu til skuldajafnaðar vegna kostnaður vegna skemmda sem ryðfría stálið olli á vél kaupanda, sem notuð var til vinnslu stálsins.

Dómurinn féllst ekki á kröfu seljanda í ljósi þess að kaupanda hafi verið heimilt að rifta samningi á milli aðila, sbr. 1. mgr. 81. gr., a-liður 1. mgr. 49. gr. og 1. mgr. 51. gr. CISG. Í raun taldi dómurinn að kaupandinn hefði með réttu rift samningi aðila með því að tilkynna seljanda

um að hann gæti ekki notað ryðfría stálið sökum þess að það uppfyllti ekki umsamda eiginleika. Dómurinn lét það liggja á milli hluta annars vegar hvort að kaupandinn hefði athugað vöruna samkvæmt 38. gr. CISG og hins vegar hvort hann hefði tilkynnt gallann innan hóflegs tíma samkvæmt 39. gr. CISG. Fór dómurinn þessa leið sökum þess að seljandinn hafði fallið frá rétti sínum til þess að mótmæla þar sem hann hafði samþykkt á fyrri stigum að endurgreiða það stál sem ekki uppfyllti umsamda eiginleika.

Talið var að bæði kaupandinn og seljandinn hefðu verið meðvitaðir um að vinna þyrfti ryðfría stálið til þess að átta sig á eiginleikum þess. Enn fremur féllst dómurinn ekki á kröfu kaupandans til skuldajafnaðar vegna skemmda þeirra sem stálið olli á vél kaupandans. Dómurinn taldi að kaupandinn hefði þurft að skila stálinu til seljandans og krefjast skaðabóta á grundvelli b-liðar 1. mgr. 45. gr. og 74. gr. CISG.

3.3.2.2.2. Dómur Hæstaréttar Þýskalands frá 10. maí 2006

Í kafla þessum verður rýnt í dóm Hæstaréttar Þýskalands (þ. Bundesgerichtshof) frá 10. maí 2006 í máli nr. XII ZR 124/02.²⁷⁰ Í málinu var hafnað kröfu á grundvelli 2. mgr. 687. gr. þýsku borgaralögbókarinnar. Málið varðaði landeiganda sem leigði upphaflega út 8.000 fermetra land til notkunar fyrir lagningu bílastæðis en síðar leigði landeigandinn einnig hluta þessara sömu fermetra til þriðja aðila. Þetta gerði landeigandinn án þess að gera þeim sem leigði vegna bílastæðanna viðvart. Engu að síður var kröfu leigjandans, á grundvelli sviptingar hagnaðar, hafnað sökum þess að ekki var talið að leigjandinn hefði sýnt fram á tjón vegna leigu landeigandans til þriðja aðilans, sérstaklega í ljósi þess að ekki var rukkað fyrir lagningu á bílastæðunum og þá hafði sá sem leigði vegna bílastæðanna ekki heimild samkvæmt samningi við landeigandann til þess að leigja sjálfur út hluta bílastæðisins. Af dómi þessum má leiða að sýna verður fram á með hlutlægum hætti einhvers konar fjárhagslegt tjón til þess að virkja 2. mgr. 687. gr. þýsku borgaralögbókarinnar, þó að nákvæm upphæð á útreikningi tjóns sé ekki endilega gerð að skilyrði ákvæðinu samkvæmt.²⁷¹

²⁷⁰ BGH NJW 2006, 2323-26.

²⁷¹ Helms (n. 269) 221.

3.4. Meginlandsréttur (e. civil law)

Þegar kemur að sviptingu hagnaðar eða óréttmætri auðgun þá standa tvö ríki upp úr innan svokallaðs meginlandsréttar í Evrópu hvað varðar dómaframkvæmd, löggjöf og fræðiskrif. Hér ræðir um annars vegar Holland og hins vegar Frakkland. Þá má segja að innan íslenskrar samanburðarlögfræði sé gjarnan litið til nágrannalanda eða Skandinavíu. Í viðleitni við þessa hefð var litið til Noregs. Vegna þessa verður í þessum kafla nánar skoðaður réttur Hollands (3.4.1.), Frakklands (3.4.2.) og Noregs (3.4.3.).

3.4.1. Hollenskur réttur

Í kafla þessum verður litið til réttarstöðunnar í Hollandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Er það gert til þess að mögulegt sé að draga fram sem skýrastan samanburð við Ísland. Í því ljósi verður annars vegar litið til réttarreglna í Hollandi (3.4.1.1.) og hins vegar dómaframkvæmdar (3.4.1.2.).

3.4.1.1. Lög, reglur og lögskýringargögn

Þann 1. janúar 1992 fullgilti Holland CISG að heild.²⁷² Í kafla þessum verður farið sérstaklega yfir tvö ákvæði hinnar hollensku borgaralögbókar (h. Burgerlijk Wetboek). Umrædd borgaralögbók skiptist niður í tíu bækur. Hér kemur til skoðunar sjötta bókin sem gekk einnig í gildi 1. janúar 1992 og fjallar um almennan hluta kröfu- og samningaréttar (h. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht).²⁷³

Í Hollandi eru hugtökin „winstafgifte“²⁷⁴, „winstafdracht“²⁷⁵, eða „winstafoming“²⁷⁶ notuð yfir hugtakið sviptingu hagnaðar. Til hægðarauka fyrir lesendur ritgerðarinnar verður fjallað um ákvæðin út frá enskri þýðingu þeirra en upprunalega birtingarmynd á móðurmálinu má einnig finna í 2. viðauka ritgerðar þessarar. Ræðir hér í *fyrsta lagi* um 104. gr. sjöttu bókar

²⁷² Pace Law School Institute of International Commercial Law, „Netherlands“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Netherla.html>> skoðað 27. febrúar 2017.

²⁷³ Dutch Civil Law, „Book 6 The law of obligations“ (*Dutch Civil Law (DCL)*) <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>> skoðað 2. mars 2017.

²⁷⁴ Van Dam, *Winstafgifte of schadebegroting?* (Kluwer 1992) 184–188.

²⁷⁵ Herman Berend Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (EM Meijers Instituut ; Kluwer 1999) 109–118.

²⁷⁶ W.H. van Boom, „Twee arresten over ‘winstafoming’ ex artikel 6:104 BW“ [2011] *Ars Aequi: juridisch studentenblad* 118, 118–125.

(3.4.1.1.1.). Í öðru lagi um 78. gr. sjöttu bókar (3.4.1.1.2.) og í þriðja lagi 212. gr. sjöttu bókar (3.4.1.1.3.).

3.4.1.1.1. 104. gr. hollensku borgaralögbókarinnar

104. gr. sjöttu bókarinnar hefur verið þýdd yfir á ensku á eftirfarandi hátt:

If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it.

Af orðalagi ákvæðisins virtu minnir það óneitanlega á sviptingu hagnaðar sem úrræðis þar sem skaðabætur virðast metnar út frá hagnaði tjónvalds. Aftur á móti vaknar spurningin um hvort heimilt sé að byggja á ákvæðinu sem úrræði og krefjast þannig sviptingar hagnaðar þess sem tjónvaldur hlaut vegna óréttmætrar auðgunar sinnar. Til þess að nálgast svar við þeirri spurningu þarf að líta til dómaframkvæmdar vegna ákvæðisins, líkt og gert verður í köflum 3.4.1.2.2. og 3.4.1.2.3. þessarar ritgerðar.

3.4.1.1.2. 78. gr. hollensku borgaralögbókarinnar

Í 78. gr. sjöttu bókarinnar er kveðið á um undanþágu frá skaðabótaskyldu vegna óviðráðanlegra ytri aðstæðna (*force majeure*). Ákvæðið hefur verið þýtt yfir á ensku á eftirfarandi hátt:

- 1. As far as the debtor has enjoyed a benefit from a not attributable non-performance, which benefit he would not have enjoyed if he would have performed in conformity with his obligation, he has to undo, in accordance with the rules for an unjustified enrichment, the damage that the creditor has suffered from his non-performance.
- 2. When this benefit is a debt-claim of the debtor against a third party [insurance company or other liable person], then the debtor may comply with the previous paragraph through a transfer of that debt-claim to the creditor.

3.4.1.1.3. 212. gr. hollensku borgaralögbókarinnar

Ákvæðið fjallar með almennum hætti um réttaráhrif óréttmætrar auðgunar. Einnig er sett fram í ákvæðinu skilyrði fyrir beitingu óréttmætrar auðgunar en í ákvæðinu segir í enskri þýðingu:

- 1. A person who has been unjustifiably enriched at the expense of another person, has the obligation towards that other person to repair the damage up to the amount of his enrichment, as far as this is reasonable.
- 2. As far as the enrichment has been decreased as a result of an event which cannot be attributed to the enriched person, this decrease will not be taken into

consideration in determining the size or amount of the enrichment that has to be repaired.

- 3. Where the enrichment has been decreased during a period in which the enriched person reasonably should not have been aware of the existence of an obligation to repair the damage, this decrease is not attributable to him. In determining this decrease the expenditures which the enriched person would not have made if there would not have been an enrichment, are taken into account as well.

3.4.1.2. *Dómaframkvæmd*

Í kafla þessum verður litið til dómaframkvæmdarinnar í Hollandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Þrjú dómur muna koma til skoðunar. Í *fyrsta lagi* dómur *Arrondissementsrechtbank Hertogenbosch* frá 2. október 1998 er varðar óviðráðanlegar ytri aðstæður samkvæmt 79. gr. CISG (**3.4.1.2.1.**). Í *öðru lagi* dómur Hæstaréttar Hollands frá 24. desember 1993 í máli nr. 1995, 421 (**3.4.1.2.2.**) og í *þriðja lagi* dómur Hæstaréttar Hollands frá 8. júní 2010 í máli nr. 2010, 1407 (**3.4.1.2.3.**).

3.4.1.2.1. *Dómur Rb's Hertogenbosch frá 2. október 1998*

Í Hollandi þann 2. október 1998 dæmdi *Arrondissementsrechtbank Hertogenbosch* í máli nr. 9981/HAZA 95-2299. Málavextir voru þeir að hollenskur seljandi neitað að afhenda samningsbundið mjólkurduft til kaupanda frá Singapore vegna innflutningshafta þar í landi sem kváðu á um að vörur mættu einungis innihalda ákveðna geislun (e. radiation). Kaupandi krafði seljanda um að senda sér engu að síður mjólkurduftið en seljandi neitaði þar sem hann taldi líkur á að mjólkurduftið myndi ekki uppfylla gerðar kröfur vegna geislunar.

Dómstóllinn taldi að við þessar kringumstæður væri seljandinn ekki undanþeginn skaðabótaábyrgð samkvæmt 79. gr. CISG þar sem það var engin hlutlæg hindrun (e. factual obstacle) sem seljandi hefði ekki stjórn á eða sem kom í veg fyrir afhendinguna. Í versta falli hefði mjólkurduftið eyðilagst, þ.e. ef það hefði verið talið brjóta gegn innflutningshöftunum. Af þessum sökum voru kaupanda dæmdar skaðabætur vegna málsins.

3.4.1.2.2. Dómur Hæstaréttar Hollands frá 24. desember 1993

Þann 24. desember 1993 dæmdi Hæstiréttur Hollands í máli nr. 1995, 421²⁷⁷ eða svokölluðu máli *Waeyen–Scheers* gegn *Naus*.

Dómur þessi er athyglisverður fyrir þær sakir að í dóminum er tekin bein afstaða til 104. gr. sjöttu bókar hollensku borgaralögbókarinnar. Sérstaklega var tekið fyrir hvað fælist í ákvæðinu og hvernig því skyldi beitt. Af forsendum fyrir niðurstöðu dómsins virtum má leiða að loforðsmóttakandinn verður að hafa orðið að minnsta kosti fyrir einhverju tapi til þess að virkja 104. gr. sjöttu bókar hollensku borgaralögbókarinnar og þá virðist einungis vera litið á ákvæðið sem leið til útreiknings á skaðabótum en ekki sem sjálfstætt og sérstakt úrræði til sviptingar hagnaðar. Í þessu samhengi hefur verið talið að óréttmæt auðgun væri betri grundvöllur fyrir sviptingu hagnaðar í Hollandi.²⁷⁸

3.4.1.2.3. Dómur Hæstaréttar Hollands frá 8. júní 2010

Þann 8. júní 2010 dæmdi Hæstiréttur Hollands (h. Hoge Raad der Nederlanden) í máli nr. 2010, 1407 eða svokölluðu máli *Doerga* gegn *Stichting Ymere*.²⁷⁹

Mál þetta varðaði framleigu á húsi en krafa sóknaraðila byggðist á 104. gr. sjöttu bókar hollensku borgaralögbókarinnar. Af þeim sökum verður vikið beint að umfjöllun dómsins um skaðbótakröfuna og ákvæðið sjálft.

Segja má að dómstóllinn hafi leitt líkur að því að húseigandinn hefði hlotið eitthvert tjón vegna málsins þar sem það fellur eðli málsins samkvæmt í hlut húseiganda eigna vegna framleigu á húsum þeirra. Í ljósi þess hve erfitt almennt það er að reikna slíkan hagnað taldi dómurinn að 104. gr. sjöttu bókar hollensku borgaralögbókarinnar ætti við. Taldi dómurinn að mat skaðabóta á grundvelli fyrrgreinds ákvæðis byði upp á fljótlega en í senn skilvirka leið gegn ólög-mætum framlegum á húsum. Í þessu sambandi setti Hæstiréttur Hollands fram tvö mikilvæg atriði í tengslum við ákvæðið.

²⁷⁷ HR:1993:ZC1202, NJ 1995, 421, r.o. 3.4.

²⁷⁸ J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking: (Een rechtsvergelijkende beschouwing)* (1. útg., Boom Juridische Uitgevers 2001) 685.

²⁷⁹ HR:2010:BM0893, NJB 2010, 1407, r.o. 3.6.

Í *fyrsta lagi* tók rétturinn skýrlega fram að 104. gr. sjöttu bókar sé hvorki að hluta til né í heild af refsikenndu eðli. Í *öðru lagi* má ráða af dómi réttarins að 104. gr. sjöttu bókar hollensku borgaralögbókarinnar skapi engar gríðarlegar fyrirstöður fyrir notkun ákvæðisins. Enn fremur ákveður rétturinn að umrædd 104. gr. áskilji engar frekari kröfur en gerðar eru til venjulegra krafna vegna tapaðs hagnaðar á grundvelli 74. gr. sjöttu bókar hollensku borgaralögbókarinnar.

3.4.2. Franskur réttur

Í kafla þessum verður litið til réttarstöðunnar í Frakklandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Er það gert til þess að mögulegt sé að draga fram sem skýrastan samanburð við Ísland. Í því ljósi verður annars vegar litið til réttarreglna í Frakklandi (**3.4.2.1.**) og hins vegar dómaframkvæmdar (**3.4.2.2.**).

3.4.2.1. Lög, reglur og lögskýringargögn

Þann 1. janúar 1988 fullgilti Frakkland CISG að heild.²⁸⁰ Þá er á sumum réttarsviðum, líkt og á sviði hugverkaréttar, að finna settan rétt sem kveður skýrt á um að ólögsmætur hagnaður megi renna beint til þess sem sviptur var hagnaðinum. Aftur á móti er ekki að finna almennt ákvæði sem heimilar slíkar skaðabætur. Þessi nálgun hefur verið gagnrýnd í því skyni að færa eigi löggjöfina í kringum úrræðið frá sérsviðum og yfir í almenn eða almennt ákvæði innan hinnar frönsku borgaralögbókar *Code Civil*.²⁸¹

Í kafla þessum verður farið yfir nógildandi lög í Frakklandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Til hægðarauka fyrir lesendur ritgerðarinnar verður fjallað um ákvæðin út frá enskri þýðingu þeirra²⁸² en upprunalega birtingarmynd má finna á móðurmálinu í 3. viðauka ritgerðar þessarar. Fyrst þykir rétt að líta til frönsku einkamálalögbókarinnar (**3.4.2.1.1.**). Þá má segja að til séu að minnsta kosti tvö úrræði í settum frönskum rétti til þess að endurheimta tapaðan hagnað í gegnum skaðabætur. Aftur á móti eiga úrræðin tvö það

²⁸⁰ Pace Law School Institute of International Commercial Law, „France“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-France.html>> skoðað 27. febrúar 2017.

²⁸¹ Michel Séjean, „The Disgorgement of Illicit Profits in French Law“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015) 121.

²⁸² Legifrance, „Legifrance translations“ (*Legifrance*) <<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>> skoðað 6. mars 2017.

sameiginlegt að vera sértæk og því almennt örðugt að lögjafna út frá ákvæðunum. Úrræðin er að finna innan tveggja mismunandi löggjafa. Annars vegar laga um falsanir (3.4.2.1.2.) og hins vegar laga um nútímavæðingu hagkerfisins (3.4.2.1.3.).

3.4.2.1.1. Einkamálalögbókin

Í 1. mgr. 873. gr. frönsku einkamálalögbókarinnar (f. Code de procédure civile) segir:

The presiding judge [of the commercial court] may [...] provide for by way of a summary procedure such protective measures or rehabilitation measures that the case justifies, either to avoid an imminent damage or to abate a manifestly unlawful disturbance.

Þessi völd eru veitt dómstjóra „the commercial court“ en þau tilheyra einnig dómstjóra „the Tribunal de Grande Instance“, sbr. 1. mgr. 809. gr. frönsku einkamálalögbókarinnar þar sem segir í enskri þýðingu ákvæðisins:

The presiding judge [of the Tribunal de Grande Instance] may always, even where confronted with a serious challenge, order in a summary procedure such protective measures or measures to restore (the parties) to (their) previous state as required, either to avoid an imminent damage or to abate a manifestly unlawful disturbance.

3.4.2.1.2. Lög um falsanir nr. 2007-1544

Frönskum lögum um falsanir nr. 2007-1544 frá 29. október 2007 (f. Loi n° de lutte contre la contrefaçon) var ætlað að vinna gegn fölsunum. Lög þessi voru sett fyrir tilstilli evrópsku tilskipunarinnar frá 29. apríl 2004 um hugverkaréttindi.²⁸³

Nokkur ákvæði innan laganna veita tjónþola tvö úrræði, sbr. ákvæði laganna nr. L331-1-3 (hugverk)²⁸⁴, L521-7 (teikningar og líkön), L615-7 (einkaleyfi), L622-7 (svæðislýsingar), L623-38 (plönturéttindi) og L716-14 (vörumerki). Í báðum úrræðunum er annars vegar með beinu orðalagi vikið að ólögsmætum hagnaði sem falsari hlaut og hins vegar gera úrræðin tjónþola

²⁸³ Lög nr. 2007-1544 frá 29. nóvember 2007, Official Journal of the French Republic nr. 252 frá 30. október 2007, 17775; Tilskipun 2004/48/CE frá 29. apríl 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

²⁸⁴ Ákvæði L331-1-3 hinna frönsku hugverkaréttindalaga (e. The Intellectual Property Code) þýtt yfir á ensku: „For assessing damages, the court shall take into account the negative economic consequences – including the loss of profit – sustained by the injured party, the profits made by the infringer of the intellectual property rights and the non-pecuniary damage caused to the owner of the said rights because of the infringement. However, the court may, alternatively and upon request by the injured party, award damages as a lump sum which may not be lower than the amount of the royalties or fees that would have been due if the infringer had requested authorization for the use of the right it has infringed.“

kleift að krefjast fullra bóta eða sviptingar hagnaðar þess sem tjónvaldur hlaut vegna brotsins.²⁸⁵

Sjá má önnur ákvæði innan laganna sem eru sama marki brennd. Í dæmaskyni má taka 4. mgr. ákvæðis nr. L331-1-4 sem vîkur einnig beinum orðum að því að heimilt sé að haldleggja ólög-
mætan hagnað. Þegar ákvæðið er þýtt yfir á ensku þá hljóðar það svo:

The court may also order *the confiscation of all or part of the receipts* obtained by reason of counterfeiting, infringement of a right related to copyright or to the rights of database producers' rights, such confiscated receipts to be handed over to the victim or his successors in title. (Skáletrun höfundar)

Einnig er í 5. kafla laganna að finna úrræði gegn saknæmri háttsemi tjónvalds þar sem beinlínis er heimilt að dæma tjónvald til þess að greiða bætur til tjónþola umfram sannanlegar skaða-
bætur málsins, sbr. ákvæði laganna nr. L335-6 og L335-7. Þegar 3. mgr. ákvæðis nr. L335-6 er þýtt yfir á ensku þá hljóðar það svo:

[The court] may also order, at the cost of the convicted party, the destruction or the restitution to the harmed party of the objects and things withdrawn from trade channels or confiscated, *without prejudice to any damages*. (Innskot og skáletrun höfundar)

3.4.2.1.3. Lög um nútímavæðingu hagkerfisins nr. 2008-776

Samkvæmt frönskum lögum um nútímavæðingu hagkerfisins nr. 2008-776 frá 4. ágúst 2008 (f. Loi n° de modernisation de l'économie) er heimilt að leggja stjórnvaldssektir við samkeppnishamlandi starfsháttum, sbr. ákvæði laganna nr. L. 441-6. Efnahagsráðherra Frakklands og ríkissaksóknara er heimilt samkvæmt lögnum að bera undir dómstóla, vegna ákveðinna mála, hvort heimilt sé að endurheimta óréttmæta auðgun og leggja á sektir. Sektirnar mega þó ekki nema hærri upphæð en tveim milljónum Evra og þá má upphæðin ekki vera meira en þrisvar sinnum hærri heldur en hin óréttmæta auðgun, sbr. ákvæði laganna nr. L. 442-6.

Umræddar sektir eru aðskildar dæmdum skaðabótum og bætast í raun við dæmdar bætur.²⁸⁶ Vegna þessa má segja að sektirnar beri eðli refsinga þar sem reynt er að stemma stigu við óréttmætri auðgun og óréttmætum viðskiptaháttum með þessum tveggja milljón Evra

²⁸⁵ Séjean (n. 281) 125.

²⁸⁶ sama heimild 127.

þröskuldi sekta eða refsinga. Þó ber þess að gæta að refsingar eru almennt ekki ákvarðaðar með tilliti til hagnaðar viðkomandi heldur með tilliti til alvarleika brotsins.²⁸⁷

Það sem meira máli skiptir er að umræddar sektir eru háðar nokkrum meginreglum sakamála-réttarfars, líkt og staðfest var af stjórnlagaráði Frakklands árið 2011.²⁸⁸ Meginreglurnar eru eftirfarandi: (i) lögmætisreglan; (ii) rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi sbr. 1. mgr. 6. gr. MSE; (iii) að hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus uns sekt hans er sönnuð að lögum sbr. 2. mgr. 6. gr. MSE.²⁸⁹

3.4.2.2. Dómaframkvæmd

Hin franska löggjöf virðist vera mjög sértæk þegar kemur að sviptingu hagnaðar eða óréttmætri auðgun. Ákvæði 1. mgr. 873. gr. frönsku einkamálalögbókarinnar (f. Code de procédure civile) virðist vera einna áhugaverðast í þessu samhengi. Af þeim sökum verður einungis rýnt í dóm *Commercial court of Bobigny* frá 26. september 2013 í máli nr. 2003R00400 (**3.4.2.2.1.**).

3.4.2.2.1. Dómur *Commercial court of Bobigny* frá 26. september 2013

Í september 2013 var fjöldi svokallaðra sjálfsafgreiðsluverslana sem vildi hafa opið á sunnudögum, þrátt fyrir þá staðreynd að slík opnun væri ólögmæt þar sem verslanirnar uppfylltu ekki undanþágur laganna vegna opnananna. Einn samkeppnisaðili verslananna, sem fór eftir umræddu sunnudagsbanni, höfðaði mál til þess að stoppa fyrirhugaðar ólögmætar áætlanir verslananna þar sem samkeppnisaðilinn taldi mikið ónæði og ófrið fylgja fyrirhuguðum áætlunum verslananna.

Dómstóllinn kvað upp bráðabirgðaúrskurð og fyrirskipaði verslununum að hafa lokað á sunnudögum og lagði refsingu (f. astreinte) við því á daglegum grundvelli. Með vísan til 1. mgr. 873. gr. hinnar frönsku einkamálalögbókar sagði rétturinn eftirfarandi í enskri þýðingu dómsins:

The judge ruling in interlocutory proceedings must stop a manifestly unlawful disturbance and [...] to do this, *the fine must be set at a level that renders it economically unfeasible to continue with such infractions* [...]; using our discretion,

²⁸⁷ sama heimild.

²⁸⁸ sama heimild.

²⁸⁹ Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* (LGDJ 1995) 206–214.

we hereby set the amount of the provisional fine at EUR 120,000 per store and per day of infringement noted on Sundays.²⁹⁰

Hvað sem þessum bráðabirgðaúrskurði leið þá neituðu verslanirnar að fylgja dóminum. Þann næsta sunnudag frá uppkvaðningu úrskurðarins höfðu yfir tólf verslananna opið þar sem hagnaður sá sem hlaut af hverri sunnudagsopnun var töluvært hærri en fyrrgreind sekt.

3.4.3. Norskur réttur

Í kafla þessum verður litið til réttarstöðunnar í Noregi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun. Er það gert til þess að mögulegt sé að draga fram sem skýrastan samamburð við Ísland. Í því ljósi verður annars vegar litið til réttarreglna í Noregi (3.4.3.1.) og hins vegar dómaframkvæmdar (3.4.3.2.).

3.4.3.1. Lög, reglur og lögskýringargögn

Þann 1. ágúst 1989 tók CISG gildi í Noregi en þó með nokkrum undantekningum samkvæmt 92. og 94. gr. CISG þar sem CISG var aðlagð að norskum kaupalögum.²⁹¹ Þann 14. apríl 2014 féll Noregur frá umræddum undantekningum og fullgilti CISG að heild.²⁹²

Í Noregi er engum settum rétti til dreifa sem kveður á um óréttmæta auðgun. Aftur á móti eru margvíslegar reglur sem slíkar kröfur hafa verið grundvallaðar á. Í dæmaskyni má nefna annars vegar kröfur byggðar á auðgun vegna frádráttar (n. restitusjonskrav) og hins vegar auðgunarkröfur (n. vederlagskrav og vinningsavstaelseskrav). Þrátt fyrir tilvist þessara reglna þá virðist af fræðiskrifum Norðmanna virtum ekki hafa verið lögð mikil áhersla á skilgreiningu hugtakanna *svipting hagnaðar og óréttmæt auðgun*.

Hvað auðgun sem grundvöll fyrir peningakröfum varðar hefur verið greint frá því að krafa um óréttmæta auðgun felist innan gildissviðs almennrar sanngirnisreglu.²⁹³ Aftur á móti fæst ekki séð að Hæstiréttur Noregs hafi enn fallist á þessa greiningu.

²⁹⁰ Séjean (n. 281) 122.

²⁹¹ Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett* (1. útg., Universitetsforlaget 2005) 39.

²⁹² Pace Law School Institute of International Commercial Law, „Norway“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Norway.html>> skoðað 27. febrúar 2017.

²⁹³ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2. útg., Universitetsforlaget 2011) 687.

Nýlega hafa hin norsku lög gengið í gegnum nokkrar breytingar og þróun sem gæti reynst hugsanleg viðurkenning fyrir almennum lagalegum grundvelli fyrir auðgunarkröfu á grundvelli hagnaður þess sem tjónvaldur hlaut vegna samningsbrots síns við tjónþola. Reglur þær sem hér um ræðir birtast í almennum hegningarlögum (3.4.3.1.1.), lögum um verðbréfavíðskipti (3.4.3.1.2.) og einkaleyfa, vörumerkja- og hönnunarlögum (3.4.3.1.3.).

3.4.3.1.1. 35. og 37d. gr. almennra hegningarlaga

Í 35. gr. hinna norsku almennu hegningarlaga (n. Almindelig borgerlig Straffelov²⁹⁴) er kveðið á um það að hagnaður sem leiða má af glæpsamlegri háttsemi megi gera upptækan. Hinn upptæki hagnaður rennur þá til norska ríkisins. Þá er heimild innan 37 d. gr. laganna til að nota hinn upptæka hagnað til niðurgreiðslu málskostnaðar vegna skaðabótakröfu kröfuhafa. Hér vísast til 4. viðauka ritgerðar þessarar þar sem sjá má ákvæðin í fullri birtingarmynd.

3.4.3.1.2. Ákvæði nr. 17-2 laga um verðbréfavíðskipti

Innan norsks stjórnisýsluréttar má finna ákvæði sem gerir ríkinu kleift að taka til sín óréttmætan hagnað sbr. ákvæði nr. 17-2 laga um verðbréfavíðskipti (n. Lov om verdipapirhandel²⁹⁵). Í ákvæðinu er kveðið á um að hagnað sem hlýst frá ólögumætum innherja víðskiptum megi gera upptækan. Ákvæðið má sjá í fullri birtingarmynd í 4. viðauka ritgerðar þessarar.

3.4.3.1.3. Ákvæði einkaleyfa-, vörumerkja- og hönnunarlaga

Innan norsks hugverkaréttar má finna reglur er varða sviptingu á ólögumætum hagnaði. Í þessu samhengi vísast til 58. gr. norsku einkaleyfalaganna (n. Lov um patenter²⁹⁶), 58. gr. norsku vörumerkjalaganna (n. Lov om beskyttelse av varemerker²⁹⁷) og 40. gr. norsku hönnunarlaganna (n. Lov om beskyttelse av design²⁹⁸). Hér vísast til 4. viðauka ritgerðar þessarar þar sem sjá má ákvæðin í fullri birtingarmynd. Einnig nær úrræði þetta til mála þar sem

²⁹⁴ LOV-1902-05-22-10

²⁹⁵ LOV-2007-06-29-75

²⁹⁶ LOV-1967-12-15-9.

²⁹⁷ LOV-2010-03-26-8.

²⁹⁸ LOV-2003-03-14-15.

viðskiptaleyndamál hafa verið misnotuð sbr. 28.-30. gr. norsku markaðssetningarlagna (n. Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.²⁹⁹).

Að framangreindum ákvæðum virtum má sjá að norskur hugverkaréttur nær yfir tilvik þar sem höfundur eða réttshafi getur krafist skaðabóta vegna tjóns, sem rekja má til gáleysis eða ásetnings tjónvalds. Grundvalla má slíka kröfu á tvöföldu endurgjaldi eða því sem gefur hæstu upphæðina, þ.e. hefðbundna kröfu vegna tapaðs hagnaðar eða kröfu sem byggir á hagnaði þeim sem tjónvaldur hlaut vegna háttseminnar.³⁰⁰ Löggjafinn virðist því líta svo á að krafa sem byggir á hagnaði þeim sem tjónvaldur hlaut vegna háttseminnar sé til hægðarauka við útreikning á skaðabótakröfunni.³⁰¹ Nálgun þessi minnir að mörgu leyti á réttlætingu eða heimfærslu sviptingar hagnaðar í formi reiknireglu vegna tapaðs hagnaðar samkvæmt 74. gr. CISG.

3.4.3.2. Dómaframkvæmd

Hæstiréttur Noregs hefur viðurkennt tilvist ólögfestra reglna varðandi óréttmæta auðgun, líkt og á Íslandi. Í því samhengi má til dæmis líta til dóms Hæstaréttar Noregs frá 30. mars 1984³⁰² þar sem finna má beina tilvísun til þessa í niðurstöðu dómsins er sagði óréttmæta auðgun vera almenna meginreglu (n. alminnelige restitusjons og berikelsesprinsipper). Mál þetta varðaði kröfu sambýlismanns um óréttmæta auðgun maka hans vegna sambúðarslita þeirra. Þá er dómur Hæstaréttar Noregs frá 10. desember 2009³⁰³ af svipuðum meiði þar sem dæmdar voru skaðabætur á grundvelli almennra meginreglna laga (n. alminnelige rettsgrunnsetninger).

Í norskum rétti er talað um *vederlagskrav* þegar auðgunarkröfur eiga í hlut. Þá fæst ekki séð að Hæstiréttur Noregs hafi viðurkennt tilvist reglu um að tjónþoli eigi rétt á hagnaði þeim sem tjónvaldur hlaut vegna háttsemi sinnar eða sammingsbrots við tjónþola.

Hér að neðan verða stuttlega reifaðir þrjár grundvallardómar er varða auðgunarkröfur (n. vederlagskrav). Í *fyrsta lagi* verður rýnt í dóm Hæstaréttar Noregs frá 29. júní 2000³⁰⁴

²⁹⁹ LOV-2009-01-09-2.

³⁰⁰ Erik Monsen, „Disgorgement Damages in Norwegian Law“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015) 272–273.

³⁰¹ sama heimild 273.

³⁰² Rt. 1984, bls. 497.

³⁰³ Rt. 2009, bls. 1568.

³⁰⁴ Rt. 2000, bls. 1089.

(3.4.3.2.1.). Í *öðru lagi* verður rýnt í dóm Hæstaréttar Noregs frá 29. nóvember 2005³⁰⁵ (3.4.3.2.2.) og í *þriðja lagi* verður rýnt í dóm Hæstaréttar Noregs frá 16. maí 2007³⁰⁶ (3.4.3.2.3.).

3.4.3.2.1. Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. júní 2000

Málsaðilar þessa máls voru annars vegar eftirlifandi sambýlismaki látins manns og hins vegar dánarbú hins látna. Hinum eftirlifandi sambýlismaka voru dæmdar bætur á grundvelli auðgunarkröfu (n. vederlagskrav) þar sem talið var að dánarbúið hefði auðgast á óréttmætan hátt sökum þeirrar óvenju víðtæku umönnunar og hjúkrunar sem eftirlifandi sambýlismakinn hafi innt af hendi til handa hinum látna yfir langt tímabil. Hvorki sambúðarsamningi eða erfðaskrá var til að dreifa vegna álitaefnisins. Í forsendum dómsins fyrir niðurstöðu sinni er skilmerkilega tekið fram að dæmdar bætur væru grundvallaðar á almennri meginreglu um endurheimt og óréttmæta auðgun (n. alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper).

3.4.3.2.2. Dómur Hæstaréttar Noregs frá 29. nóvember 2005

Sóknaraðili málsins krafðist sviptingar hagnaðar á grundvelli auðgunarkröfu (n. vederlagskrav) vegna hagnaðar sem keppinautur hlaut með gerð eftirlíkingar af hrísgrjónaframleiðslu sóknaraðila. Talið var að eftirlíkingin væri ólögleg, sbr. a-liður 8. gr. laga um markaðssetningu (n. markedsføringsloven).³⁰⁷ Taldi Hæstiréttur að samkvæmt hlutkenndu mati væri ekki grundvöllur fyrir því að auka við dæmda upphæð skaðabóta frá hinum áfrýjaði dómi og staðfesti niðurstöðu hans. Enn fremur taldi Hæstiréttur að hinn óréttmæti hagnaður, sem keppinauturinn hlaut vegna eftirlíkingarinnar, samanstæði einungis frá þeim sölum þar sem kaupendur eftirlíkingarinnar ætluðu sér raunverulega að kaupa vöru sóknaraðilans. Af þeim sökum taldi Hæstiréttur að sóknaraðilinn yrði ekki betur settur með því að fá dæmda sviptingu hagnaðar í stað hefðbundinna skaðabóta.

³⁰⁵ Rt. 2005, bls. 1560.

³⁰⁶ Rt. 2007, bls. 817.

³⁰⁷ LOV-2009-01-09-2.

Þessi niðurstaða dómsins hefur hlotið gagnrýni þar sem talið hefur verið að hún sé beinlínis röng og dómur þessi talinn til marks um þá óvissu sem ríkir í Noregi varðandi sviptingu hagnaðar.³⁰⁸

3.4.3.2.3. Dómur Hæstaréttar Noregs frá 16. maí 2007

Dómur þessi er í raun sama marki brenndur og dómurinn í kaflanum hér að undan. Í máli þessu krafðist sóknaraðilinn sviptingar hagnaðar á grundvelli auðgunarkröfu (n. vederlagskrav) vegna brots á samkeppnisákvæði starfsmanns sem kveðið var á um í ráðningarsamningi starfsmannsins.

Hæstiréttur ýjaði að því að grundvöllur væri í máli þessu fyrir kröfu á grundvelli sviptingar hagnaðar með tilvísun til dóms Hæstaréttar Noregs frá 12. mars 1966.³⁰⁹ Aftur á móti var ekki skýrlega tekið fram hvort slík krafa rúmaðist innan norsks réttar en þó tiltekið að slík krafa þyrfti engu að síður að sýna fram á annaðhvort stórkostlegt gáleysi tjónvalds eða að tjónvaldur hafi viðhaft háttsemina í vondri trú.³¹⁰

4. Íslenskur réttur

Með athugun 3. kafla í huga verður í kafla þessum litið til réttarstöðunnar á Íslandi hvað varðar sviptingu hagnaðar eða óréttmæta auðgun til þess að mögulegt sé að draga fram sem skýrastan samanburð og niðurstöður. Í því skyni verður annars vegar litið til réttarreglna íslensks réttar (4.1.) og hins vegar dómaframkvæmdarinnar (4.2.).

4.1. Lög, reglur og lögskýringargögn

Þegar litið er yfir settan íslenskan rétt þá má fljótt sjá að svipting hagnaðar gætir ekki með beinum hætti innan setts réttar. Aftur á móti verður athugað hvort að svipting hagnaðar gætir sem reiknireglu innan laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 líkt og greint var frá í tengslum við 74. gr. CISG í kafla 3.2.1. þessarar ritgerðar. Þá var í inngangi ritgerðarinnar greint frá tengslum óréttmætrar auðgunar við sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu. Hvað varðar óréttmæta auðgun innan íslensks réttar er í mörg horn að líta en í kafla þessum verður litið til sex löggjafa.

³⁰⁸ Monsen (n. 300) 271.

³⁰⁹ Rt. 1966, bls. 305.

³¹⁰ Monsen (n. 300) 273.

Í *fyrsta lagi* ákvæðis 14. kapítula kaupabálks Jónsbókar (4.1.1.). Í *öðru lagi* 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 (4.1.2.). Í *þriðja lagi* 67. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 (4.1.3.). Í *fjórða lagi* 1. mgr. 78. gr. lögræðislaga nr. 71/1997 (4.1.4.). Í *fimmta lagi* 74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. tékkalaga nr. 94/1933 (4.1.5.) og í *sjötta lagi* 1. mgr. 142. gr. laga um gjaldprotaskipti o.fl. nr. 21/1991 (4.1.6.).

4.1.1. Ákvæði 14. kapítula kaupabálks Jónsbókar

Í ákvæðinu er meðal annars kveðið á um hið svokallaða kaupfox en um það segir í ákvæðinu:

[...] Þat má eigi haldast, ef maðr selr manni þat, er hann hefir öðrum fyrr selt. En ef sá hefir hönd at, er síðarr keypti, þá [...] á sá kaup at hafa, er fyrr keypti, ef honum fullnast vitni [...] þá er þeim kaupfox, er síðarr keypti [...] Þat er kaupfox, ef maðr kaupir þat, er hinn átti ekki í, er seldi, nema at þess ráði væri selt, er átti. Nú skal hann hitta þann, sem honum seldi, ok heimta sitt af honum [...]

Í raun er kaupfox það að óheimilt sé að selja án heimildar lausafé annars manns, sbr. dómur Hæstaréttar frá 16. desember 1993 í máli nr. 49/1992.³¹¹

4.1.2. 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000

Þann 27. mars 2001 öðlaðist CISG gildi á Íslandi í kjölfar ályktunar Alþingis og þann 14. maí 2001 var CISG birtur í heild sinni sem auglýsing af utanríkisráðuneytinu.³¹² Þann 12. mars 2003 telja íslensk stjórnvöld að þau hafi nýtt undanþáguna samkvæmt 94. gr. CISG um að CISG myndi ekki eiga við sölusamninga á milli Íslands, Danmerkur, Finnlands, Noregs og Svíþjóðar. Ísland fór því svipaða leið og Noregur gerði upphaflega en hefur þó ekki að eigin dómi fallið frá undanþágunni og fullgilt samninginn í heild líkt og Noregur gerði árið 2014. Hér á landi var því ákveðið að innleiða CISG með aðlögun að íslenskum ákvæðum, þ.e. að breytt yrði ákvæðum sem stönguðust á við samsvarandi ákvæði CISG og þau ákvæði sem áttu sér ekki hliðstæðu voru þýdd og leidd í lög.³¹³

67. gr. lausafjárkaupalaga tekur meðal annars til skaðabóta vegna tapaðs hagnaðar og svarar til 74. gr. CISG. Þá taka 68.-70. gr. laganna til staðgönguráðstafana og takmarkana á tjóni og svara ákvæðin til 75.-77. gr. CISG. Í 1. mgr. 67. gr. lausafjárkaupalaga segir:

³¹¹ Dómurinn er reifaður í kafla 4.2.1. þessarar ritgerðar.

³¹² Alþt. 2000–2001, A-deild, þskj. 962 - 429 mál.

³¹³ Alþt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál.

Skaðabætur vegna vanefnda af hálfu annars samningsaðila skulu svara til þess tjóns, þ.m.t. vegna útgjalda, verðmunar og **tapaðs hagnaðar**, sem gagnaðili bíður vegna vanefndanna. Þetta gildir þó einungis um það tjón sem aðili gat með sanngirni séð fyrir sem hugsanlega afleiðingu vanefndar. (Feitletrun höfundar)

Talið hefur verið að skaðabætur vegna tapaðs hagnaðar samkvæmt 67. gr. lausafjárkaupalaga geti verið raunhæfar þegar útreikningur á grundvelli verðmunar á ekki við.³¹⁴ Ákvæðið gerir ráð fyrir mati á því hvort eðli tjóns og umfang mátti með sanngirni sjá fyrir sem afleiðingu vanefndanna.³¹⁵ Hvað varðar sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu innan 67. gr. lausafjárkaupalaga er ekki beint svar að finna við því álitaefni innan orðalags ákvæðisins, íslenskrar dómaframkvæmdar eða íslenskra fræðiskrifa. Hvað túlkunina varðar þá gæti verið mikilvægt að gera greinarmun annars vegar út frá milliríkjakaupum og hins vegar innlendum kaupum, þ.e. ef að reiknireglan fellur innan 74. gr. CISG fellur hún þá einnig innan 67. gr. lausafjárkaupalaga í innlendum kaupum?

Í þessu samhengi er vert að líta til þess að skiptar skoðanir eru á meðal fræðimanna um hvort að Ísland hafi í raun gert fyrirvara við II. kafla CISG. Annars vegar hefur verið talið að Ísland hafi ekki gert fyrirvara og þar að auki talið að Ísland sé ekki skandinavískt ríki, heldur sé Ísland norrænt ríki.³¹⁶ Hins vegar hefur verið talið að Ísland, Danmörk, Finnland, Noregur og Svíþjóð hafi verið undanþegið frá II. kafla CISG.³¹⁷ Hvað þetta álitaefni varðar þarf að líta til að minnsta kosti þriggja atriða.

Í *fyrsta lagi* þá gerði Ísland einungis fyrirvara við CISG á grundvelli 94. gr. CISG en ekki 92. gr.³¹⁸ Við þetta má bæta að í framkvæmd virðist meint undanþága ekki ná markmiði sínu þar sem milliríkjavíðskipti skandinavísku landanna og túlkun samninga á milli þeirra fer eftir sem áður eftir reglum II. kafla CISG.³¹⁹

³¹⁴ Áslaug Árnadóttir, *Kauparéttur: skýringar á lögum um lausafjárkaup og lögum um neytendakaup* (Codex 2006) 306; Þorgeir Örlygsson (n. 29) 39; Alpt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál, athugasemdir við 67. gr., 13. mgr.

³¹⁵ Alpt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál, athugasemdir við 67. gr., 18. mgr.

³¹⁶ Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG* (3. útg., DJØF 2008) 48.

³¹⁷ Huber og Mullis (n. 101) 69.

³¹⁸ Jan Kleinenman og Tom Madell, *Avtalsslutande vid internationella köp av varor* (Nordiska ministerrådets förlag 2008) 28.

³¹⁹ sama heimild 25.

Í *öðru lagi* þá þarf að líta til samspils lausafjárkaupalaga við lög um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936. Fyrir liggur að umrædd lög gilda um stofnun löggerninga óháð því hvort um sé að ræða milliríkjakaupsamning eða kaupsamning innan lands. Vegna þessa þarf í hverju tilviki fyrir sig að bera saman reglur um stofnun og gildi samninga samkvæmt meginreglum íslensks réttar annars vegar og samkvæmt II. kafla CISG hins vegar.

Í *þriðja lagi* þarf að líta til orðalags 5. gr. lausafjárkaupalaga en þar segir í 1. mgr.: „Lög þessi gilda um alþjóðleg kaup með þeim sérreglum sem í lögnum felast, sbr. einkum ákvæði XV. kafla.“ Ákvæðið beinir okkur í átt að XV. kafla lausafjárkaupalaganna og þar með talið 88. gr. laganna sem kveður á um hvernig túlka eigi lögin vegna óleystra álitafna. Í 1. og 2. mgr. 88. gr. laganna segir:

Í alþjóðlegum kaupum skal við túlkun á ákvæðum laganna **taka tillit til þess að nauðsynlegt er að samræma beitingu þeirra reglna** sem byggðar eru á samningi Sameinuðu þjóðanna frá 1980 um alþjóðleg lausafjárkaup, svo **og alþjóðlegs eðlis þeirra**. Einnig skal taka tillit til nauðsynjar á **heiðarleika og góðrar trúar í alþjóðlegum viðskiptum**.

Úr álitafnum vegna atvika, sem samningur Sameinuðu þjóðanna fjallar um en hann leysir ekki úr með afgerandi hætti, skal leysa í samræmi við **meginreglur samningsins og að öðru leyti í samræmi við þau landslög** sem beita ber samkvæmt reglum alþjóðlegs einkamálaréttar. (Feitletrun höfundar)

Í almennum athugasemdum með greinargerð er síðar urðu að lögum um lausafjárkaup nr. 50/2000 er tiltekið að 1. og 2. mgr. 88. gr. laganna endursegi efni 1. og 2. mgr. 7. gr. CISG.³²⁰ Í þessu samhengi vísast aftur til þeirra sjónarmiða sem gerð var greinargóð skil í kafla 3.2.1. þessarar ritgerðar. Einnig verður að ætla að Ísland þurfi að mæta þeim þjóðaréttarlegu skuldbindingum sem fullgilding alþjóðlegra sáttmála skapar og túlka lögin þannig að þau samræmist þjóðaréttarlegum skuldbindingum.³²¹

Enn fremur má ráða af almennum athugasemdum með greinargerð er síðar urðu að lögum um lausafjárkaup nr. 50/2000 að lausafjárkaupalögin byggja að meginstefnunni til á CISG. Í umræddum athugasemdum segir meðal annars:

Nýja kaupalagafrumvarpið hefur fimm meginmarkmið að leiðarljósi, þ.e. í fyrsta lagi að aðlaga íslenska viðskiptalöggjöf breyttum viðskiptaháttum og breytttri þjóðfélagsumgjörð, enda bráðum 80 ár frá lögfestingu gildandi kaupalaga, í öðru lagi að efla réttarstöðu neytenda, í þriðja lagi að tryggja norræna réttareiningu á

³²⁰ Alþt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál, athugasemdir við 88. gr., 1. og 2. mgr.

³²¹ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (n. 51) 82.

sviði kauparéttar og í fjórða lagi að leiða í lög hér á landi efnisákvæði samnings Sameinuðu þjóðanna um sölu á vöru milli ríkja frá 1980, United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG). Æskilegt er að sem mest samræmi sé á milli þjóðlegra og alþjóðlegra reglna á sviði lausafjárkaupa. Ástæðan er m.a. sú að þeir sem viðskipti stunda geta þá fremur reitt sig á að svipaðar reglur gildi í meginráttum um sömu réttaratriðin, hvort sem kaupin gerast á innlendum eða erlendum vettvangi. Er hinu nýja frumvarpi ætlað að tryggja þetta. Í fimmta lagi hefur við undirbúning frumvarpsins verið litið til tilskipunar 99/44/EB um tilteknar hliðar á sölu vöru til neytenda og ábyrgðaryfirlýsingar í því sambandi, frá 25. maí 1999.³²² (Leturbreytingar höfundar)

Að öllu framangreindu virtu má segja að orðalag 5. gr. lausafjárkaupalaga skjóti skökku við meinta aðlögun Íslands að CISG þar sem færa má sannfærandi rök fyrir því að í því felist beinlínis bein lögleiðing CISG. Þá er einnig gert að skilyrði í 2. mgr. 88. gr. að leysa skuli úr álitafninu í samræmi við þau landslög sem beita ber samkvæmt reglum alþjóðlegs einkamálaréttar. Hvað þetta varðar sér höfundur einkum fyrir sér að leiða þurfi í ljós að auðgunarkröfur séu leyfðar á Íslandi og að heimilt sé að tefla fram hagnaðarmiðuðum skaðabótakröfum, til að mögulegt sé að heimfæra sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu undir 67. gr. lausafjárkaupalaga vegna bæði milliríkja og innlendra kaupa. Sérstaklega af þessum ástæðum verður litið til laga þessu tengdra hér í næstu köflum þessarar ritgerðar (4.1.4.-4.1.6.).

Að því gefnu að sú sé reyndin eru blikur á lofti um að svipting hagnaðar sem reikniregla heyrir undir 67. gr. lausafjárkaupalaga óháð því hvort um sé að ræða milliríkjakaup eða innlend kaup, þó ekki sé hægt að slá því föstu sökum þess að álitafnið hefur ekki ennþá ratað inn á borð íslenskra dómstóla. Því jafnvel þó að litið verði svo á að meintur fyrirvari Íslands frá II. hluta CISG gildi þá ætti það ekki að hafa áhrif á úrlausn álitafnis þessa þar sem II. hluti CISG fjallar um tilurð samninga en umrætt álitafni heyrir undir túlkun á töpuðum hagnaði sem er undir III. hluta CISG.

4.1.3. 67. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991

Viðbúið er að krafa um sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu kæmi til með að haldast í hendur við áskorun um framlagningu gagna samkvæmt 67. gr. laga um meðferð einkamála nr.

³²² Alþt. 1999–2000, A-deild, þskj. 119 - 110 mál.

91/1991. Stafar það af því að krafa um sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu getur verið háð því að sýnt sé fram á yfirverð (e. premium) það sem þriðji aðili greiddi fyrir lausafé, sbr. umfjöllun í kafla 3.2.1.2. þessarar ritgerðar.

Fyrir liggur að ef trúverðugt verður talið að skjalið sé í raun til og gagnaðilinn bregst ekki við áskoruninni með því að leggja það fram verður gengið út frá því við úrlausn málsins að skjalið sé þess efnis sem aðilinn hefur fullyrt.³²³

Í þessu samhengi þykir vert að taka fram að í sumum tilvikum er slakað á sönnunarkröfum um tjónið vegna tapaðs hagnaðar ef sýnt þykir að bótaskylda sé fyrir hendi og að tjón hafi orðið, þó fjárhæðinni verði ekki slegið fastri með nákvæmum hætti.³²⁴ Ljóst er að sönnun á fjárhæð tapaðs hagnaðar er að jafnaði erfið, sbr. til dæmis orðalag í forsendum fyrir dómi Hæstaréttar frá 28. september 2006 í máli nr. 553/2005:

„Þótt **erfiðleikum kunnri vera bundið að færa nákvæmar sönnur á fjárhæð** tjóns gagnáfrýjanda var honum í lófa lagið að leggja fram sundurliðuð gögn varðandi nýtingu einstakra bifreiða sem og gögn úr bókhaldi sínu, sem hefðu getað orðið viðhlítandi grunnur mats á fjártjóni hans.“ (Feitletrun höfundar)

Meðal annars af þessari ástæðu hafa verið dæmdar bætur að álitum.³²⁵ Að framangreindu virtu verður að ætla að seljandi sem selur tilætlaða vöru upprunalegs kaupanda hennar á hærra verði til handa þriðja aðila geti vart borið fyrir sig tilvistarleysi gagna sem sýna fram á söluverð vörunnar. Einnig verður að ætla að í slíkum tilvikum sé eðlilegt og í raun nauðsynlegt fyrir tjónþola að setja fram áskorun um framlagningu gagna, sérstaklega í ljósi þess hve erfið sönnunarfærslan á töpuðum hagnaði að jafnaði er.

4.1.4. 1. mgr. 78. gr. lögræðis laga nr. 71/1997

Í 1. mgr. 78. gr. kemur eftirfarandi fram:

Nú veldur lögræðisskortur ógildingu samnings og skal þá hvor aðili skila aftur þeim verðmætum sem hann hefur veitt viðtöku. Ef ekki er unnt að skila hlut aftur skal aðili greiða verð hans eftir því sem hér segir:

a. Samningsaðili hins ólögráða manns skal greiða fullt verð hlutarins. Honum ber þó eigi að bæta hlut sem hann átti að skila aftur samkvæmt samningi aðila ef

³²³ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar* (3. útg., Úlfliótur 2013) 232; Dómur Hæstaréttar Íslands frá 24. maí 2002 í máli nr. 218/2002.

³²⁴ Eiríkur Elís Þorláksson, „Tjón vegna missis hagnaðar við verkfrákvæmdir. Um dóm Hæstaréttar 20. september 2012 í máli nr. 416/2011“ (2013) 9 Tímarit Lögréttu 33, 39.

³²⁵ Viðar Már Matthíasson (n. 55) 603.

rýrnun eða eyðilegging hlutarins stafar af eiginleikum hans sem fyrir hendi voru þegar hann var afhentur. Hafi aðili fengið hlutinn eða verðmætið að gjöf eða til geymslu frá hinum ólögráða manni má færa niður bætur úr hendi hans eftir því sem sanngjarnt þykir.

b. Hinn ólögráða maður skal greiða féggjald að því leyti sem verðmætin hafa **orðið honum að notum.** (Feitletrun höfundar)

Umrætt ákvæði fjallar um réttaráhrif þess að samningur er ógildur vegna lögræðisskorts annars samningsaðilans.

Athygli vekur að í almennum athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því er síðar varð að lögunum segir meðal annars um ákvæðið að um sé „að ræða nokkurs konar auðgunar-kröfu“.³²⁶ Tilvitnuð ummæli benda til þess að umrætt ákvæði sé ekki reist á reglum um skaðabætur og sé því auðgunarregla þar sem auðgunarmælikvarðinn er lagður til grundvallar útreikningi á umfangi bótaskyldu en ekki vegna þeirra röksemda sem að baki ákvæðisins búa.

4.1.5. 74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. tékkalaga nr. 94/1933

Í 74. gr. víxillaga segir:

Nú hefir víxilkrafa fyrnst eða víxilréttur glatast fyrir vangeymslu, og er eiganda víxils rétt að sækja víxilskuldara um þá fjárhæð, er hann mundi **vinna honum úr hendi**, ef fjárheimtan félli niður, sem um hverja aðra skuld. (Feitletrun höfundar)

Í 57. gr. tékkalaga segir:

Nú hefir fullnustukrafa fyrnst eða glatast fyrir vangeymslu, og er þá tékkahafa rétt að sækja tékkaskuldara um þá fjárhæð, er hann mundi **vinna honum úr hendi**, ef fjárheimtan félli niður, sem um hverja aðra skuld. Sé eigi annað gert sennilegt, skal telja, að útgefandi vinni tékkafjárhæðina tékkahafa úr hendi. (Feitletrun höfundar)

Í forsendum dóms Hæstaréttar Íslands frá 19. júní 2003 í máli nr. 39/2003 kom meðal annars fram að fyrrgreind lagaákvæði væru reist á sjónarmiðum um óréttmæta auðgun. Hvað þetta varðar segir í forsendum dómsins:

Í löggjöf má finna dæmi þess að byggt sé á viðhorfum um óréttmæta auðgun, sbr. t.d. 74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. laga nr. 94/1933 um tékka. Þótt ekki verði talið að almenn auðgunarregla gildi í íslenskum rétti verður að fallast á að réttmætt geti verið að beita auðgunarreglu við sérstakar aðstæður, þótt ekki sé til þess bein heimild í settum rétti. **Verður þá að meta kröfu af þessum toga eftir eðli máls í einstökum tilvikum með hliðsjón af öllum atvikum.** (Feitletrun höfundar)

³²⁶ Alþt. 1996–1997, A-deild, þskj. 121 - 410 mál, athugasemdir við 78. gr., 3. mgr.

Af orðum dómsins virtum er örðugt að slá því föstu hvort að úrslit málsins ráðist á grundvelli réttarheimildarinnar sem meginreglu eða eðli máls þar sem dómurinn í raun vitnar til beggja þátta. Engu að síður má sjá að reglunnar um óréttmæta auðgun gætir innan íslensks réttar þrátt fyrir að henni sé ekki til dreifa með beinum hætti í settum rétti.

4.1.6. 1. mgr. 142. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. nr. 21/1991

Í 1. mgr. 142. gr. laganna segir:

Ef riftun fer fram með stoð í 131.-138. gr. skal sá sem hafði hag af riftanlegri ráðstöfun eða fullnustugerð greiða þrotabúinu fé sem svarar til þess sem greiðsla þrotamannsins hefur **orðið honum að notum**, þó ekki hærrí fjárhæð en sem nemur tjóni þrotabúsins. Hafi hann fengið peninga greidda eða hafi greiðsla þrotamannsins verið seld og greiðsla fengist fyrir hana í peningum skiptir notkun peninganna engu um kröfu þrotabúsins. Ef ljóst er að viðsemjanda var kunnugt um riftanleika ráðstöfunarinnar skal þó dæma hann til greiðslu tjónsbóta. (Feitletrun höfundar)

Hinar hlutlægu riftunarreglur í 131.-138. gr. gjaldþrotaskiptalaga byggja almennt á viðhorfi. Í því felst „að líkindi séu til þess að ráðstafanir sem fram fara á þeim tíma, sem riftunarreglurnar taka til, séu framkvæmdar vegna vitneskju eða gruns skuldarans og þess sem ráðstöfunar nýtur, um að fjárhagslegt skipbrot skuldarans sé yfirvofandi.“³²⁷

Ekki verður séð með óyggjandi hætti að auðgunarkrafa í skilningi 1. mgr. 142. gr. gjaldþrotaskiptalaga eigi mikið skylt við óréttmæta auðgun.

4.2. Dómaframkvæmd

Þegar litið er yfir íslenska dómaframkvæmd þá má sjá að ekki hefur ennþá reynt á 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 í tengslum við sviptingu hagnaðar sem reiknireglu, sbr. 74. gr. CISG. Í inngangi ritgerðar þessarar var greint frá tengslum óréttmætrar auðgunar við umrædda reiknireglu. Með það fyrir sjónum verður því í kafla þessum rýnt í sex dóma þar sem aðalsóknarkrafa málsins laut að auðgunarkröfu byggðri á hinni ólögfestu reglu kröfuréttar um óréttmæta auðgun.

³²⁷ Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Endurheimt verðmæta við gjaldþrot: skýringarrit við reglur XX. kafla laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl.* (Bókaútgáfan Codex 2000) 193.

Í *fyrsta lagi* dómur Hæstaréttar frá 16. desember 1993 í máli nr. 49/1992 er varðaði meðal annars brigðarétt vegna lausafjárkaupa (**4.2.1.**). Í *öðru lagi* dómur Hæstaréttar frá 20. september 2001 í máli nr. 154/2000 sem reyndist upphafið af *Kvennaathvarfsmálinu* (**4.2.2.**). Í *þriðja lagi* dómur Hæstaréttar frá 19. júní 2003 í máli nr. 39/2003 eða hið svokallaða *Kvennaathvarfsmál* (**4.2.3.**). Í *fjórdða lagi* dómur Hæstaréttar frá 15. september 2005 í máli nr. 75/2005 er varðaði einnig auðgunarkröfu vegna fasteignakaupa (**4.2.4.**). Í *fimmta lagi* dómur Hæstaréttar frá 10. apríl 2014 í máli nr. 593/2013 (**4.2.5.**) og í *sjötta lagi* dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 372/2016 (**4.2.6.**).

4.2.1. Dómur Hæstaréttar frá 16. desember 1993 í máli nr. 49/1992

Atvik málsins voru þau að fyrirtæki í Hafnarfirði seldi í desember 1989 manni norður í landi krana á 900 þúsund krónur. Maðurinn geymdi kranann hjá fyrirtækinu fram á árið 1990 þar sem svo gæti farið að hann keypti af því nýjan krana. Í janúar 1990 tilkynnti hann fyrirtækinu að hann væri hættur við frekari kaup. Þegar hann kom til Hafnarfjarðar um mánaðamótin í byrjun marsmánaðar 1990 kom í ljós að hann hafði verið seldur þriðja aðila. Maðurinn kvaðst ekki hafa komist fyrir að sækja kranann sökum anna og vegna ófærðar.

Maðurinn höfðaði mál gegn þeim sem síðar var seldur kraninn og krafðist þess að viðurkennt yrði með dómi að hann gæti krafist kranans sem réttmætrar eignar sinnar. Hann taldi stöðu sína svipaða og ef krananum hefði verið stolið og seldur grandlausum aðila.

Sá sem stefnt var krafðist sýknu og taldi að hann hefði mátt treysta því að verða réttur og löglegur eigandi kranans sem hann keypti í góðri trú af fyrrgreindu fyrirtæki.

Þrátt fyrir framburð sölumanna fyrirtækisins, sem þá var gjaldþrota, um að fyrri eigandinn hefði veitt leyfi til sölunnar og að seinni eigandanum hefði verið kunnugt um þann fyrri var lagt til grundvallar í dómi að fyrirtækið hefði ekki haft umboð til sölunnar og að seinni eigandinn hefði verið grandlaus um rétt hins fyrri þegar hann keypti kranann.

Niðurstaða málsins var sú að viðurkenndur var eignaréttur hins norðlenska manns á krananum. Í forsendum héraðsdóms fyrir niðurstöðunni segir meðal annars eftirfarandi:

Þótt ákvæði þetta [ákvæði 14. kapítula kaupabálks Jónsbókar] hafi aldrei gengið úr gildi, hefur það sætt takmörkunum og breytilegri túlkun á ýmsum tímum. Vegna áhrifa Rómar[r]éttar var lengi talið, að fyrri kaupandi hefði ekki öðlast eignarétt,

ef hann hafði ekki tekið hinn keypta hlut í vörslur sínar. Þetta er ekki regla gildandi íslensks réttar, og verður að leggja til grundvallar, að stefnandi hafi verið orðinn eigandi kranans, þegar stefndi keypti hann.

Reglur Jónsbókar munu nú einkum geta sætt takmörkunum af traustfangsreglum, mótuðum með tilliti til öryggis í viðskiptum. Ekki verður talið, að stefnandi hafi sýnt af sér slíkt gáleysi með því að láta dragast að sækja kranann, að hann hafi fyrirgert brigðarétti. Framtak hf. var aðallega heildsölufyrirtæki, sem flutti inn og seldi nýja krana, auk þess sem það rak viðgerðaverkstæði.

Í undantekningartilvikum tók það notaða krana til endursölu upp í nýja krana. Félagið hafði ekki opna sölubúð, þar sem kraninn hefði getað verið á boðstólum, heldur var hann geymdur á verkstæðinu. Samkvæmt þessu verða ekki talin efni til að víkja frá skýrum reglum Jónsbókar vegna þarfa viðskiptalífsins. (Innskot höfundar)

Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu hins áfrýjaða dóms og tiltók eftirfarandi í forsendum sínum fyrir þeirri niðurstöðu:

Í íslenskum rétti nýtur ekki annarra settra reglna um álitafni hliðstæð því, sem til úrlausnar er í máli þessu, en ákvæða 14. kapitula kaupabálks Jónsbókar, sem rakin eru í héraðsdómi, og við héraðsdómvenju er ekki að styðjast í þessu efni. Verður að telja, að enn megi á þessari fornu réttarheimild byggja, þegar ágreiningsefni og tilefni þess er eins háttáð og hér.

4.2.2. Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2001 í máli nr. 154/2001

Með kaupsamningi 8. nóvember 2000 keyptu Samtök um kvennaathvarf (hér eftir: *Kvennaathvarfið*) fasteignina að Bárugötu 2, 101 Reykjavík, af St. Jósefssysturum. Við kaupin var ekki gætt forkaupsréttar Auðar Einarsdóttur og systkina hennar, sem kveðið hafði verið á um í afsali þeirra til St. Jósefssystra 15. janúar 1981. Við gerð fyrrgreinds kaupsamnings lá frammi veðbókarvottorð, dagsett 1. nóvember 2000, þar sem forkaupsréttarins var ekki getið en vísað til þinglýsingarnúmers fyrrnefnds afsals. Í ljós var leitt að við þinglýsingu afsalsins var athugasemd um forkaupsréttinn ekki færð í þinglýsingabók.

Af hálfu systkinanna var þess krafist að viðurkenndur yrði forkaupsréttur þeirra og að St. Jósefssysturum yrði gert skylt að selja og afsala fasteigninni til þeirra gegn greiðslu með sömu kjörum og skilmálum og greindi í kaupsamningi St. Jósefssystra við Kvennaathvarfið. Við úrlausn málsins var til þess litið að St. Jósefssystur voru við söluna til Kvennaathvarfsins meðvitaðar um þinglýstan forkaupsrétt systkinanna og að þau höfðu ekki átt þess kost að neyta þess réttar síns þar sem eignin var ekki auglýst. Tekið var fram að það heyrði til vandaðra háttá við fasteignakaup og væri almennt nauðsynlegt, að auk veðbókarvottorðs lægju fyrir þýðingarmikil skjöl um viðkomandi eign, þar á meðal eignarheimild seljanda. Þá hefði

Kvennaathvarfið haft nokkurt svigrúm til að leita annarra úrræða eftir að þeim barst tilkynning forkaupsréttarhafa um að þau vildu neyta þess réttar. Með hliðsjón af þessu var ekki talið rétt að víkja hinum eldri þinglýsta rétti til hliðar á grundvelli 18. gr. þinglýsingalaga nr. 39/1978 vegna kaupsamnings St. Jósefssystra og Kvennaathvarfsins. Var því fallist á kröfur Auðar Einarsdóttur og systkina hennar.

4.2.3. Dómur Hæstaréttar frá 19. júní 2003 í máli nr. 39/2003

Kvennaathvarfið undi ekki niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 154/2001, sem gert var skil hér í kaflanum að undan, og höfðaði mál á hendur Auði Einarsdóttur þar sem krafist var greiðslu á kr. 4.500.000. Upphæð þessi var reiknaður munur hins umsamda kaupverðs og markaðsvirðis fasteignarinnar Bárugötu 2 samkvæmt mati dómskvaddra matsmanna frá hinu fyrra máli. Kvennaathvarfið reisti kröfu sína á því að með því að ganga inn í kaupin með sömu kjörum hefði Auði Einarsdóttur áhlotnast ávinningur sem St. Jósefssystur ætluðu Kvennaathvarfinu að njóta til stuðnings við mannúðarstarfsemi St. Jósefssystra. Um lagarök var vísað til ólögfesta reglna kröfuréttar um auðgunarkröfur, sbr. 74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. tékkalaga nr. 94/1933. Um lagarök þessi sagði Hæstiréttur:

Í löggjöf má finna dæmi þess að byggt sé á viðhorfum um óréttmæta auðgun, sbr. t.d. 74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. laga nr. 94/1933 um tékka. Þótt ekki verði talið að almenn auðgunarregla gildi í íslenskum rétti verður að fallast á að réttmætt geti verið að beita auðgunarreglu við sérstakar aðstæður, þótt ekki sé til þess bein heimild í settum rétti. Verður þá að meta kröfu af þessum toga eftir eðli máls í einstökum tilvikum með hliðsjón af öllum atvikum.

Af orðum Hæstaréttar virtum mætti ætla að Hæstiréttur hafi verið að færa rök fyrir aðild Kvennaathvarfsins en í héraðsdómi hafði sýknukrafa Auðar Einarsdóttur verið tekin til greina á grundvelli aðildarskorts Kvennaathvarfsins, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Auður Einarsdóttir byggði á því í málalíbúnaði sínum að Hæstiréttur hefði í hinu fyrra máli staðfest að Kvennaathvarfið hefði ekki unnið neinn rétt samkvæmt kaupsamningnum frá 8. nóvember 2000 og í annan stað orkaði það tvímælis að eigna Kvennaathvarfinu fjárkröfu á hendur sér, þegar forkaupsréttur hennar og inntak hans nytu verndar 72. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Væri því engu réttarsambandi til að dreifa milli aðila málsins og enginn grundvöllur fyrir kröfu Kvennaathvarfsins. Um þetta atriði segir í forsendum Hæstaréttar fyrir niðurstöðunni:

Samkvæmt áðurgreindu seldu St. Jósefssystur húsið undir markaðsverði til að styðja mannúðarstarfsemi áfrýjanda. Vegna þeirrar ákvörðunar forkaupsréttarhafa að ganga inn í kaupin beið áfrýjandi tjón, sem nam áður nefndum verðmismun, en stefnda hagnaðist að sama skapi á hans kostnað. **Sú auðgun var óréttmæt**, enda hafði eigandinn enga ákvörðun tekið um að styrkja stefndu fjárhagslega. Þá er hafið yfir vafa að áfrýjanda var við kaupin ókunnugt um forkaupsréttinn og veðbókarvottorð bar vegna mistaka ekki með sér að honum væri til að dreifa. (Feitletrun höfundar)

Af þessum ástæðum taldi Hæstiréttur að uppfyllt væru skilyrði vegna auðgunarkröfu og tók því til greina kröfu Kvennaathvarfsins.

4.2.4. Dómur Hæstaréttar frá 15. september 2005 í máli nr. 75/2005

Málavextir voru í megindráttum þeir að Húsasmiðjan hf., sem hafði leigt húsnæði í eigu Stáliðjunnar ehf., ákvað að nýta sér forkaupsrétt í fasteigninni samkvæmt leigusamningi aðila. Hélt Húsasmiðjan því fram að Stáliðjan hefði auðgast á óréttmætan hátt þar sem kaupverðið var hærra en áætlað markaðsverði hennar að mati dómkvaddra matsmanna. Talið var að Húsasmiðjan hefði ekki sýnt fram á það að Stáliðjan hefði auðgast á sinn kostnað og var því Stáliðjan sýknuð.

Hæstiréttur staðfesti fyrirbyggjandi héraðsdóm en í forsendum fyrir niðurstöðu héraðsdóms segir:

Í íslenskri löggjöf má finna dæmi þess að byggt sé á viðhorfum um óréttmæta auðgun en dæmi um það má finna í 74. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 57. gr. laga nr. 94/1933 um tékka. Ekki hefur verið talið að almenn auðgunarregla gildi í íslenskum rétti en þó getur verið réttmætt að beita auðgunarreglu við sérstakar aðstæður enda þótt ekki sé til þess bein heimild í settum rétti. **Verður þá að meta kröfu af þessum toga eftir eðli máls í einstökum tilvikum með hliðsjón af öllum atvikum.** (Feitletrun höfundar)

Hér virðist sem óréttmæt auðgun sé sett undir hatt réttarheimildarinnar eðli máls.

4.2.5. Dómur Hæstaréttar frá 10. apríl 2014 í máli nr. 593/2013

Í máli þessu var fyrrverandi bankastjóri Kaupþings hf. sýknaður af ásökunum bankans um að hann hafi valdið bankanum tjóni með sagnæmum og ólögum hætti. Ein af þeim málsástæðum bankans sem var hafnað var grundvölluð á óréttmætri auðgun en um þá málsástæðu sagði Hæstiréttur í forsendum fyrir niðurstöðu sinni:

Með vísan til forsendna hins áfrýjaða dóms er fallist á þá niðurstöðu hans að hafna kröfu aðaláfrýjanda sem byggð er á málsástæðum er lúta að **ólögfestri meginreglu kröfuréttar um óréttmæta auðgun**. Á sama hátt er staðfest sú niðurstaða héraðs-dóms að ákvæði 1. mgr. 76. gr. laga nr. 2/1995 eigi ekki við í málinu. (Feitletrun höfundar)

Af orðum dómsins virtum má sjá að horfið er frá afstöðu þeirri sem sett var fram í máli *Kvennaathvarfsins* og máli *Húsasmiðjunnar* og einungis tiltekið að óréttmæt auðgun sé ólög-
fest meginregla kröfuréttar. Samkvæmt dómi þessum má álykta að reglunni um óréttmæta auðgun gæti innan íslensks réttar á grundvelli réttarheimildarinnar meginreglu.

4.2.6. Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 372/2016

Málavextir voru þeir að Borun og sprenging ehf. (BS) tók yfir samning um fjármögnunarleigu sem leigutaki á borvagni árið 2008. Lýsing hf. rifti samningnum vegna ætlaðra vanskila BS í október 2012 og krafðist skila á leigumuninum. Borverk ehf. keypti BS í desember 2012 í þeim tilgangi að koma vagninum í notkun. Var Lýsingu hf. veitt heimild í júlí 2014 til að taka borvagninn úr vörslum BS með beinni aðfarargerð. Höfðaði Borverk mál þetta til heimtu greiðslu fyrir endurbætur og viðgerð á fyrrgreindum borvagni, þar sem Borverk taldi að virði vagnsins hefði í kjölfar þeirra aukist. Í dómi Hæstaréttar kom fram að þótt Lýsing hf. hefði auðgast svo einhverju næmi þá hefði Borverki mátt vera ljóst að hann hefði aðeins getað beint kröfu vegna viðgerðarkostnaðar á hendur BS sem hefði óskað eftir að verkið væri unnið. Var talið með vísan til þess og atvika málsins í heild sinni væru ekki skilyrði til þess að beita ólögfestri reglu kröfuréttar um óréttmæta auðgun. Var Lýsing hf. því sýknað af kröfu Borverks.

Í forsendum Hæstaréttar fyrir niðurstöðunni eru tilteknir meðal annars þeir þættir sem líta verður til við mat á auðgunarkröfu:

Við mat á því hvort reglunni um óréttmæta auðgun verði beitt verður að horfa til þess hvort stefndi hafi án réttmætrar ástæðu öðlast verðmæti sem tilheyrðu áfrýjanda og þannig auðgast á hans kostnað, en einnig verður að meta kröfu áfrýjanda eftir eðli máls og með hliðsjón af öllum atvikum. (Feitletrun höfundar)

Þá má af orðalagi Hæstaréttar sjá í raun enn eina útfærslu eða öllu heldur heimfærslu óréttmætrar auðgunar í íslenskan rétt. Þá virðist Hæstiréttur hér falla aftur til afstöðu sinnar í máli *Kvennaathvarfsins* og máli *Húsasmiðjunnar* um að flokka beri regluna um óréttmæta auðgun

undir réttarheimildina eðli máls. Hvað sem misvísandi orðalagi Hæstaréttar líður þá er óumdeilt að hinnar ólögfestu reglu óréttmætrar auðgunar gætir innan íslensks réttar annaðhvort í formi réttarheimildarinnar eðli máls eða meginreglu.

5. Niðurstöður

Í þessum lokakafla ritgerðarinnar verður annars vegar tekið saman yfirlit vegna samanburðarannsóknarinnar sjálfar (5.1.) og hins vegar niðurstöður dregnar vegna samanburðarins (5.2.)

5.1. Niðurstöður rannsóknarinnar

Í 1. kafla voru rannsóknarspurningar ritgerðarinnar settar fram, helstu hugtök skilgreind (1.1.) og skýrt nánar frá aðferðafræði, uppbyggingu og afmörkun ritgerðarefnisins (1.2.)

Í 2. kafla var efnið sett í fræðilegt samhengi með því að fjalla um hlutverk og uppruna skaðabóta og þeim vanda sem birtist við eftir- og framfylgni hins áætlaða hlutverks skaðabóta. Einnig var fjallað um meginvanda alþjóðlegra lausafjárkaupa sem stafar frá skorti á heildstæðum og samræmdum réttarreglum.

Í 3. kafla var athugunin sjálf sett fram. Athugunin var í raun tvíþætt. Annars vegar athugun á fjölþjóðlegum samningum og samningsdrögum (3.2) og hins vegar athugun á rétti fimm ríkja í samanburði við íslenskan rétt (3.4. og 3.5.).

Í kafla 3.2.1. var leitað svara við fyrri hluta fyrstu rannsóknarspurningarinnar: Fellur svipting hagnaðar í formi reiknireglu undir 74. gr. CISG? Fjallað var um álitaefnið með tilliti til bæði meðraka og mótraka. Í kafla 3.2.1.4. var ályktun dregin vegna álitaefnisins þar sem talið var að svipting hagnaðar í formi reiknireglu falli innan gildissviðs 74. gr. CISG.

Í köflum 3.2.2.-3.2.5. var litið til sambærilegra ákvæða 74. gr. CISG út frá fjórum öðrum fjölþjóðlegum samningum eða samningsdrögum. Kom þar í ljós að UPICC, PECL, DCFR og CESL leggja öll mikla áherslu á það hvernig vernda skuli vonir loforðsmóttaka vegna samnings. Þessi áhersla er sérstaklega áberandi í tilviki CESL þar sem samningurinn tekur að meginstefnunni til neytendasamninga ásamt þó samningum sem lítil eða meðalstór fyrirtæki eru hluti af. UPICC, PECL, DCFR og CESL veita tjónpola fimm úrræði við samningsbrotum tjónvalds: (i) halda vörunni (e. withholding performance); (ii) riftun samnings; (iii) halda fast við efni samnings (e.

specific performance); (iv) krefjast afsláttar (e. price reduction); eða (v) skaðabætur í formi peningagreiðslu. Aftur á móti þarf tjónþoli samkvæmt PECL og DCFR að takmarka tjón sitt, þegar það er mögulegt, með því að kaupa staðgönguvöru án verulegrar fyrirhafnar eða kostnaðar. Af UPICC, PECL, DCFR og CESL má draga þá ályktun að hugtakið tap sé túlkað rúmt og nái einnig yfir ófjárhagsleg tjón. Þá eru CESL og DCFR valkvæð verkfæri sem eru einungis gild þegar kveðið er á um það með beinum hætti í samningi á milli aðila.

Í kafla 3.4. og 3.5. var leitað svara við annarri rannsóknarspurningu ritgerðar þessarar um hvort sambærilegra ákvæða gætti um sviptingu óréttmætrar auðgunar innan þess fjölbjóðlega réttar sem samanburðarrannsókn ritgerðar þessarar tók til. Athugun höfundar leiddi í ljós jákvætt svar við umræddri spurningu. Niðurstöður athugunarinnar sýna fram á að úrræði sem eru af eðli sviptingar hagnaðar vegna óréttmætrar auðgunar má finna innan réttar hvers ríkis fyrir sig, annaðhvort í formi lögfestrar eða ólögfestrar heimildar.

Í 4. kafla var athugun 3. kafla borin saman við íslenskan rétt með sérstakri áherslu á 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000. Í því skyni var í kafla 4.1.2. leitað svara við seinni hluta fyrstu rannsóknarspurningar ritgerðar þessarar, þ.e. hvort svipting hagnaðar í formi reiknireglu samkvæmt 74. gr. CISG falli undir 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000. Reyndi þar einkum á túlkun ákvæðisins út frá annars vegar milliríkjakaupum og hins vegar innlendum kaupum. Niðurstaða athugunarinnar leiddi líkum að því að sviptingar hagnaðar sem reiknireglu gæti innan 67. gr. lausafjárkaupalaga jafnt í milliríkjakaupum sem og innlendum kaupum.

Síðustu rannsóknarspurningar ritgerðar þessarar voru: „Er þörf fyrir að innleiða ákvæði um sviptingu hagnaðar eða óréttmætra auðgun inn í íslenskan rétt? Ef svo er, hvaða fyrirmynd ætti að hafa til hliðsjónar við slíka lagasetningu?“ Þessum spurningum verður svarað í lokaorðunum hér næst (5.2.) en niðurstaða sú byggir á gerðum samanburði í köflum 3.4. og 3.5. þessarar ritgerðar.

5.2. Lokaorð

Þegar litið á heildarniðurstöður rannsóknarinnar þykir höfundu tveir þættir vera sérstaklega athyglisverðir. Annars vegar ákvæði DCFR um óréttmætra auðgun og hins vegar þau ákvæði sem ríki hafa beinlínis lögleitt með tilliti til sviptingar hagnaðar eða óréttmætrar auðgunar.

Þetta styður framangreind fræðiskrif um að ríki séu að farin að huga meira að regluverki í kringum sviptingu hagnaðar og óréttmæta auðgun.

Horfur eru á að sviptingar hagnaðar sem reiknireglu gæti nú þegar innan 67. gr. lausafjárkaupalaga nr. 50/2000, þrátt fyrir að ekki sé hægt að slá því föstu þar sem ekki hefur reynt á reikniregluna fyrir íslenskum dómstólum. Því jafnvel þó að litið verði svo á að meintur fyrirvari Íslands við II. hluta CISG gildi þá ætti það ekki að hafa áhrif á úrlausn álitæfnis þessa þar sem II. hluti CISG fjallar um tilurð samninga en umrætt álitæfni heyrir undir túlkun á töpuðum hagnaði sem er undir III. hluta CISG. Hæstiréttur Íslands hefur þó staðfest að óréttmæt auðgun sé ólögfest regla innan íslensks kröfuréttar sem byggir annaðhvort á réttarheimildinni eðli máls eða meginreglu.

Niðurstöður rannsóknarinnar skipta máli. Þær draga skýrt fram hvernig beita ætti sviptingu hagnaðar sem reiknireglu á grundvelli 74. gr. CISG og 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000. Að mati höfundar er hið samræmda regluverk nú þegar til staðar í hinu fjölþjóðlega regluverki CISG sem 85 ríki eru aðilar að.³²⁸ Aftur á móti horfir samræmingarvandinn við höfundi fremur út frá túlkun aðildarríkja á regluverki CISG. Með þann meginvanda fyrir sjónum sér höfundur fyrir sér að minnsta kosti tvennt.

Annars vegar telur höfundur að Ísland ætti að falla frá meintum fyrirvara um II. hluta CISG, líkt og Noregur gerði árið 2014, með fullgildingunni CISG og taka þar með öll tvímæli af vegna gildis II. hluta CISG hér á landi. Hins vegar fellur í hlut dómstóla landsins að túlka 67. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 til samræmis við það sjónarmið, um að heimila sviptingu hagnaðar í formi reiknireglu. Ekki verður betur séð en að slík túlkun sé í samræmi við skoðanir leiðandi fræðimanna á sviði alþjóðlegra lausafjárkaupa. Með þessu móti telur höfundur að Ísland væri að leggja sitt af mörkum við lausn á samræmingarvanda þeim sem horfir við alþjóðlegum lausafjárkaupum.

Einnig verður ekki betur séð en að í umræddri reiknireglu fælist réttarbót í að minnsta kosti tveimur málaflokkum. Annars vegar í þeim málum þar sem það liggur fyrir bæði fjárhagslegt og ófjárhagslegt tjón sem leiðir af vanefnd. Hins vegar í málum er varða tapaðan hagnað og

³²⁸ UNCITRAL (n. 6).

þá til útreiknings á annaðhvort óréttmætri auðgun eða umfangi tjóns sem erfitt eða ómögulegt er að reikna.

Að endingu draga niðurstöður ritgerðar þessarar skýrt fram hvernig ríki, sem Ísland getur borið sig saman við, hafa lögsett ákvæði um sviptingu hagnaðar og/eða óréttmæta auðgun. Aftur á móti er svarið ekki mjög einfalt þegar það kemur að lagasetningu regluverks í kringum óréttmæta auðgun í því skyni að ná fram meiri skýrleika, fyrirsjáanleika, stöðugleika og réttaröryggi fyrir tjónþola.

Í því sambandi tekur höfundur þó undir athugasemdir franskra fræðimanna um að færa eigi löggjöfina í kringum úrræðið frá sérsviðum og yfir í almenn eða almennt ákvæði innan skaðabótalaga. Með það í huga er það mat höfundar að æskilegast væri að regluverk um óréttmæta auðgun fengi sess innan íslenskra skaðabótalaga nr. 50/1993 þar sem ákvæði hinnar þýsku og hollensku borgaralögbóka væru höfð að leiðarljósi, sbr. 104. og 212. gr. í sjöttu bók hollensku borgaralögbókarinnar og 2. mgr. 687. gr. og 1. mgr. 812. gr. þýsku borgaralögbókarinnar. Einnig þykir höfundi æskilegt að sjöunda lögbók DCFR yrði höfð til hliðsjónar. Þá þyrfti að gæta þess að gildissvið skaðabótalaga nr. 50/1993 næði hvað þessi ákvæði varðar jafnt til skaðabóta utan samninga sem innan.

Viðauki 1: Þýsk ákvæði

Hér að neðan má sjá upprunalega birtingarmynd 687. gr. og 1. mgr. 812. gr. hinnar þýsku borgaralögbókar (þ. Bürgerliches Gesetzbuch):

§ 687 BGB Unechte Geschäftsführung

(1) Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei.

(2) Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet.

[...]

§ 812 BGB Herausgabeanspruch

(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

(2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses

Viðauki 2: Hollensk ákvæði

Hér að neðan má sjá upprunalega birtingarmynd 78., 104. og 212. gr. sjöttu bókar hinnar hollensku borgarlögbókar (h. Burgerlijk Wetboek):

Artikel 78

1. Indien een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, heeft de schuldeiser met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel.
2. Bestaat dit voordeel uit een vordering op een derde, dan kan de schuldenaar aan het vorige lid voldoen door overdracht van die vordering.

[...]

Artikel 104

Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.

[...]

Artikel 212

1. Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.
2. Voor zover de verrijking is verminderd als gevolg van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend, blijft zij buiten beschouwing.
3. Is de verrijking verminderd in de periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding van de schade geen rekening behoeft te houden, dan wordt hem dit niet toegerekend. Bij de vaststelling van deze vermindering wordt mede rekening gehouden met uitgaven die zonder de verrijking zouden zijn uitgebleven.

Viðauki 3: Frönsk ákvæði

Hér að neðan má sjá upprunalega birtingarmynd 809. og 873. gr. frönsku einkamála-lögbókarinnar (f. Code de procédure civile) segir:

Article 809

1. Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.
2. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

[...]

Article 873

1. Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.
2. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

Hér má sjá 4. mgr. ákvæðis nr. L331-1-4 og 3. mgr. ákvæðis nr. L335-6 frönsku laganna um falsanir nr. 2007-1544 frá 29. október 2007 (f. Loi n° de lutte contre la contrefaçon):

Art. L. 331-1-4

[...]

4. La juridiction peut également ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, l'atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de bases de données, qui seront remises à la partie lésée ou à ses ayants droit.

Art. L. 335-6

[...]

3. Elle peut ordonner la destruction, aux frais du condamné, ou la remise à la partie lésée des objets et choses retirés des circuits commerciaux ou confisqués, sans préjudice de tous dommages et intérêts.

Viðauki 4: Norsk ákvæði

Í 35. gr. hinna norsku almennu hegningarlaga (n. Almindelig borgerlig Straffelov³²⁹) segir:

§ 35. Ting som er frambrakt ved eller har vært gjenstand for en straffbar handling, kan inndras såframt det finnes påkrevd av hensyn til formålet med den bestemmelse som setter straff for handlingen. Som ting regnes også rettigheter og fordringer. Regelen i § 34 første ledd tredje punktum gjelder tilsvarende.

Det samme gjelder ting som har vært brukt eller bestemt til å brukes ved en straffbar handling.

Istedenfor tingen kan inndras et beløp som svarer til dens verdi eller en del av verdien. Det kan bestemmes i dommen at tingen hefter til sikkerhet for inndragningsbeløp.

Istedenfor å inndra tingen kan retten treffe bestemmelse om tiltak for å forebygge at tingen blir brukt til nye lovovertrædelser.

37 d. gr. sömu laga hljóðar svo:

§ 37 d. Inndragning skjer til fordel for statskassen når ikke annet er bestemt.

I dommen eller ved en senere kjennelse av den tingrett som avgjorde spørsmålet om inndragning, kan retten bestemme at det inndratte skal anvendes til dekning av erstatningskrav fra den skadelidte.

Departementet kan bestemme at det inndratte skal deles mellom den norske stat og en eller flere andre stater. Ved avgjørelsen skal det blant annet legges vekt på hvilke utgifter som har påløpt i statene, og i hvilke land skadevirkninger har oppstått og utbytte er oppnådd. Deling etter leddet her kan ikke føre til at dekning av den skadelidtes erstatningskrav etter annet ledd reduseres.

Når utbytte er inndratt etter § 34, og domfelte eller noen som er ansvarlig for skaden, etter pådømmelsestiden har betalt erstatning til fornærmede, kan retten etter krav fra domfelte bestemme at inndragningsbeløpet blir å nedsette tilsvarende. Det samme gjelder dersom domfelte betaler skatt eller avgift som tilsvarer inndragningen. Krav etter leddet her må framsettes for retten senest ett år etter at avgjørelsen om inndragning ble rettskraftig.

Ákvæði nr. 17-2 laga um verðbréfavíðskipti (n. Lov om verdipapirhandel³³⁰) hljóðar svo:

§ 17-2. *Vinningsavståelse*

(1) Dersom det er oppnådd vinning ved en uaktsom eller forsettlig overtredelse av §§ 3-3 første ledd, 3-4, 3-6 første og annet ledd, 3-7, 3-8, 3-9, 3-10, 8-2 til 8-6, 9-5, 10-2, 10-3, 10-8 første ledd, 10-11, eller shortsalgforordningen artiklene 12 til 15 som gjennomført i § 3-14 eller forskrifter gitt til utfylling av disse bestemmelsene, kan den som vinningen er tilfalt, pålegges helt eller delvis å avstå denne. Dette gjelder også når den som vinningen tilfaller, er en annen enn

³²⁹ LOV-1902-05-22-10.

³³⁰ LOV-2007-06-29-75.

lovovertrederen. Kan størrelsen av vinningen ikke godtgjøres, fastsettes beløpet skjønnsmessig.

(2) Dersom vinningen er tilfalt et selskap som inngår i et konsern, hefter selskapets morselskap og morselskapet i det konsern selskapet er en del av, subsidiært for beløpet.

(3) Finanstilsynet kan beslutte vinningsavståelse etter denne paragraf. Beslutning om vinningsavståelse anses ikke som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Vinningsavståelsen skal ha frist for vedtakelse på inntil to måneder. Vedtatt vinningsavståelse er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom vinningsavståelsen ikke vedtas, kan Finanstilsynet innen tre måneder etter utløpet av vedtaksfristen reise sak mot vedkommende i den rettskrets der vedkommende kan saksøkes. Saken følger lov om rettergangsmåten for tvistemål.¹ Megling i forlikrådet er ikke nødvendig.

(4) Det skal gjøres fradrag i kravet om vinningsavståelse for beløp som den ansvarlige ved dom blir tilpliktet å betale tilbake til den skadelidte. Det samme gjelder hvis vedkommende på forhånd har foretatt slik tilbakebetaling og godtgjør at tilbakebetaling har funnet sted. Dersom dom som nevnt i første punktum avsies etter at vinning er avstått, og den ansvarlige ikke har midler til å dekke kravet, skal den avståtte vinning tilbakeføres til skadelidte i den grad det er nødvendig for å betale det i dommen fastsatte beløp.

(5) Kravet om vinningsavståelse foreldes etter ti år. For øvrig får reglene i lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer anvendelse så langt de passer.

(6) Dersom overtredelsen behandles av påtalemyndigheten eller retten etter lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, skal eventuelt krav om vinningsavståelse tas med som inndragningskrav etter straffeloven § 67.

Viðauki 5: Fjölpjóðlegir gerðardómar

Samanburðarrannsókn ritgerðar þessarar leiddi meðal annars í ljós þrjá áhugaverða fjölpjóðlega gerðardóma annars vegar frá *The Swedish Chamber of Commerce Arbitration* (1) og hins vegar frá *Centro de Arbitraje de México* (CAM) (2).

1. The Swedish Chamber of Commerce Arbitration

Hér verður rýnt í tvo áhugaverða gerðardóma varðandi CISG. Annars vegar hið svokallaða *Þrýstingsskynjaramál* (1.1.) og hins vegar hið svokallaða *Stálmál* (1.2.).

1.1. Þrýstingsskynjaramálið

Í kafla þessum kemur til skoðunar dómur sænska verslunargerðardómstólsins í Stokkhólmi (e. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration) frá 5. apríl 2007 í hinu svokallaða *Þrýstingsskynjaramáli* (e. pressure sensor case).³³¹

Málavextir voru þeir að kínverskur kaupandi á þrýstingsskynjaratækni braut trúnaðarákvæði samnings við brasilíska seljanda með því að afrita kóða hjá seljanda, sbr. 168. mgr. dómsins. Þetta samningsbrot kaupanda leiddi til forskots hans á markaði fyrir þrýstingsskynjara.

Aftur á móti gat seljandi ekki leitt í ljós umfang tjóns síns þar sem að skaðabótaútreikningur málsins var flókinn og erfiður. Með hliðsjón af sanngirnismati og til hægðarauka dæmdi dómstóllinn seljandanum skaðabætur sem samsvöruðu þeim hagnaði sem kaupandinn hlaut vegna samningsbrots hans, nánar tiltekið 648.111 bandaríkjadollarar í skaðabætur ásamt 325.133 bandaríkjadollurum vegna málskostnaðar og kostnaðar sem hlaut af því að fara með málið fyrir gerðardóm.

Málið er sérstaklega athyglisvert fyrir þær sakir að gerðardómstóllinn viðurkenndi að áskorun um framlagningu gagna væri nauðsynleg við málsmeðferð málsins til þess að ná fram jafnræði á milli aðila, sbr. 177. mgr. dómsins.

³³¹ Aðgengilegur á: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>

1.2. Stálmálið

Í kafla þessum kemur til skoðunar dómur sænska verslunargerðardómstólsins í Stokkhólmi frá árinu 1998 í máli nr. 107/1997.³³²

Málið varðaði rússneskan seljanda og þýskan kaupanda sem gerðu með sér samning um kaup og sölu á stálstöngum. Tvær afhendingar fóru fram en ágreiningur reis vegna gæða stálsins þegar viðskiptavinur kaupanda skilaði umræddu stáli til hans og kaupandinn hafnaði af þeim sökum að greiða fyrir þessa seinni sendingu seljanda af stálstöngunum. Eftir þó nokkrar deilur greiddi kaupandinn helming útistandi skuldar. Seljandinn fór þá með málið fyrir gerðardóm og krafðist hins helmingsins. Tefldi þá kaupandinn fram gagnkröfu og fór fram á skaðabætur vegna meints ósamkvæmis stálsins.

Gerðardómurinn taldi að stálið hefði ekki verið í samræmi við útlistun í samningi og að féllst á skaðabótakröfu kaupanda á grundvelli 74. gr. CISG. Tiltók gerðardómurinn að undir ákvæði 74. gr. CISG væri þó ekki hægt að dæma bætur nema að því marki sem tjónvaldur mátti hafi vita eða getað fyrir séð sem möguleg orsök vegna sammingsbrots. Undir hið fyrirsjáanlega tjón setti gerðardómurinn kostnað vegna vöruflutninga, skyldna seljanda, geymslu vörunnar, skoðun sérfróðs aðila á vörunni og þá voru reiknaðir vextir vegna kostnaðarins. Athygli vekur þó að ekki var tekið til hefðbundins fyrirsjáanlegs tjóns líkt og málskostnaðar.

2. Centro de Arbitraje de México (CAM)

Hér verður rýnt í hið svokallaða *Mexíkóska graskers- og agúrkumál (2.1.)* er varðaði skaðabætur á grundvelli UPICC.

2.1. Mexíkóska graskers- og agúrkumálið

Í kafla þessum verður skoðaður dómur mexíkóska gerðardómsins *Centro de Arbitraje de México (CAM)* frá 30. nóvember 2006 í hinu svokallaða *graskers- og agúrkumáli*.³³³

Varnaraðili málsins var mexíkóskur ræktandi og sóknaraðili málsins var bandarískt dreifingar-fyrirtæki en aðilar málsins höfðu gert með sér eins árs samning í september 2004 þar sem

³³² Aðgengilegur á: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>

³³³ Aðgengilegt á: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1149&step=FullText>

varnaraðili undirgekkst skyldur til þess að framleiða tiltekinn fjölda af graskeri og agúrkum. Einnig þurfti varnaraðilinn að sjá sóknaraðila fyrir tilteknum fjölda á tilteknum tímum. Á hinn bóginn þurfti sóknaraðilinn, gegn ákveðinni þóknun, að sjá um dreifingu vörunnar á Kaliforníumarkaði.

Í samningum var til að dreifa gerðardómsákvæði og þá var skýrlega kveðið á um að ágreining milli aðila ætti leysa á grundvelli UPICC.

Sóknaraðili málsins fór fram á bætur þar sem hann taldi varnaraðila ekki hafa uppfyllt fyrrgreindan samning. Í raun var óumdeilt að varnaraðili málsins braut samninginn en hann bar fyrir sig óviðráðanlegar ytri aðstæður (force majeure) vegna flóðs og mikils rigningartímabils sem eyðilagt hafi uppskeruna er stormur að nafni „El Nino“ dundi yfir akra varnaraðila, sbr. 1. mgr. ákvæðis 7.1.7 UPICC. Dómurinn féllst þó ekki á þá málsástæðu varnaraðila.

Aftur á móti sneri eitt meginálitaefni málsins að því hvort varnaraðili hafi mátt vita eða fyrirsjá tjón sóknaraðila í ljósi þess að ekkert fordæmi lá fyrir um dreifingu sóknaraðila á vörunni. Varnaraðili vildi því meina að ekki hefði skapast nægileg sölusaga og þar með ekki komin næg reynsla á samningssambandið til að varnaraðili gæti fyrirséð tjón sóknaraðila vegna málsins. Að sama skapi taldi varnaraðili málsins að umfang tjóns væri þar með ósannað. Dómurinn féllst ekki á þessa vörn varnaraðila og dæmdi bætur vegna málsins til handa sóknaraðila á grundvelli 3. mgr. 7.4.3. gr. UPICC sbr. 7.4.2. og 7.4.4. gr. UPICC. Með öðrum orðum dæmdar bætur voru metnar að álitum dómsins.

Af framangreindum má ráða að í þeim tilvikum þar sem sóknaraðili máls (e. claimant) hefur sölusögu vegna tiltekinnar vöru þá sé engin ástæða til þess að draga það í efa að þeim hinum sama væri ekki fært að selja vöruna, sbr. 171. mgr. dómsins.

Heimildaskrá

Amira, K von, *Nordgermanisches Obligationenrecht I* (Veit & Comp 1882)

—, *Nordgermanisches Obligationenrecht II* (Veit & Comp 1895)

Arnaldur Hjartarson, „Á réttarhagfræði erindi við íslenska lögfræðinga?“ (2014) 64 Tímarit lögfræðinga 37

Arnar Þór Jónsson, „Gagnrýnin hugsun á vettvangi laga“ (2015) 9 Lögfræðingur 1

Ármann Snævarr, *Þættir úr réttarsögu* (Reykjavík 1966)

—, *Almenn lögfræði* (Bókaútgáfa Orators 1988)

Áslaug Árnadóttir, *Kauparéttur: skýringar á lögum um lausafjárkaup og lögum um neytenda-kaup* (Codex 2006)

Bar, C von o.fl. (ritstj.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Sellier, European Law Publishers 2009)

Barnett, K, *Accounting for Profit for Breach of Contract Theory and Practice* (1. útg., Bloomsbury Publishing (UK) 2012)

Bergsten, E E o.fl., „Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76“ (CISG Advisory Council 2008) Opinion no. 8 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>> skoðað 8. febrúar 2017

Bingham, T S og Majka, S L, *Legal Writing for Legal Professionals* (Pearson Education 2017)

Birks, P, *An Introduction to the Law of Restitution* (1. útg., Clarendon Press 2003)

—, *Unjust Enrichment* (2. útg., Oxford University Press 2005)

Björklund, A, „Article 25“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011)

Blase, F og Höttler, P, „Remarks on the Damages Provisions in the CISG (Article 74), Principles of European Contract Law (PECL), and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)“ í John Felemegas (ritstj.), *An international approach to the interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as uniform sales law* (1. útg., Cambridge University Press 2007)

Bock, A-F, „Gewinnherausgabeansprüche gemäß CISG“ í Andrea Büchler og Markus Müller-Chen (ritstj.), *Private law: national - global - comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag* (Stämpfli; Intersentia 2011)

Bonell, M J, „Article 7“ í C Massimo Bianca og Jorge Barrera Graf (ritstj.), *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1988)

Brandner, H E, „Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb“ (1980) 82 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 359

Brooks, R R W, „The Efficient Performance Hypothesis“ (2006) 116 The Yale law journal. 568

Burrows, A, *The Law of Restitution* (Oxford University press 2011)

—, *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment* (1. útg., Oxford University Press 2012) <<http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=1113195>> skoðað 13. apríl 2017

Bussani, M og Infantino, M, „The many cultures of tort liability“ í Mauro Bussani og Anthony James Sebok (ritstj.), *Comparative tort law: global perspectives* (Edward Elgar Publishing 2015)

Carval, S, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* (LGDJ 1995)

Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law: Parts 1 & II* (Ole Lando og Hugh Beale ritstj., Kluwer Law International 2000)

—, „The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)“ (http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm)

<<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>> skoðað 5. apríl 2017

Dam, V, *Winstafgifte of schadebegroting?* (Kluwer 1992)

Davíð Þór Björgvinsson, „Samanburðarlögfræði“ (1991) 41 Tímarit lögfræðinga 280

—, *Lögskýringar* (Háskólinn í Reykjavík; JPV útgáfa 2008)

—, *The Intersection of International Law and Domestic Law: A Theoretical and Practical Analysis* (Edward Elgar Publishing 2015)

„Disgorgement“ (*Cornell University Law School: Legal Information Institute [LII]*, 7. október 2009) <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>> skoðað 29. janúar 2017

Dutch Civil Law, „Book 6 The law of obligations“ (*Dutch Civil Law (DCL)*) <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>> skoðað 2. mars 2017

Edelman, J, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Hart 2002) <<http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=270723>> skoðað 13. apríl 2017

Eiríkur Elís Þorláksson, „Tjón vegna missis hagnaðar við verkframkvæmdir. Um dóm Hæstaréttar 20. september 2012 í máli nr. 416/2011“ (2013) 9 Tímarit Lögréttu 33

Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson, *Bótaréttur I: skaðabótaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2015)

Enderlein, F og Maskow, D, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : Commentary* (Oceana 1992)

England, I, *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth 1993)

Felemegas, J, „An Interpretation of Article 74 CISG by the U. S. Circuit Court of Appeals“ (2003) 15 *Pace International Law Review* 91

Ferrari, F, „CISG Art. 83, 84“ í Eva-Maria Kieninger o.fl. (ritstj.), *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ* (2. útg., Verlag CH Beck 2012)

—, „The CISG’s Interpretative Goals, Its Interpretative Method and Its General Principles in Case Law (Part I)“ (2013) 13 *Internationales Handelsrecht*

Fogt, M M, „Contract Formation under the CISG: The Need for a Re-form“ í Larry A DiMatteo (ritstj.), *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press 2014)

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, „Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law“ (*EUR-Lex*, 11. október 2011) <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>> skoðað 2. apríl 2017

—, „White Paper on the Future of Europe: Reflections and scenarios for the EU27 by 2025“ (Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins 1. mars 2017) <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/white_paper_on_the_future_of_europe_en.pdf> skoðað 3. mars 2017

—, „A Common Sales Law for Europe“ (Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins) <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/sales_law_general_en.pdf> skoðað 3. mars 2017

—, „Completing the Single Market: adopting the Regulation on a Common European Sales law“ (Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins) <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/factsheet_sales_law_en.pdf> skoðað 3. mars 2017

Friedmann, D, „The Efficient Breach Fallacy“ (1989) 18 *The Journal of Legal Studies* 1

Garðar Gíslason, „Meginreglur laga“ (1986) 39 *Úlfliótur* 5

Garner, B A, *Black’s Law Dictionary* (10. útg., Thomson Reuters 2014)

Gordley, J, „The architecture of the common and civil law of torts: An historical survey“ í Mauro Bussani og Anthony James Sebok (ritstj.), *Comparative tort law: global perspectives* (Edward Elgar Publishing 2015)

Gotanda, J Y, „Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG“ í Djakhongir Saidov og Ralph Cunnington (ritstj.), *Contract damages: Domestic and International Perspectives* (1. útg., Hart Publishing 2008)

Gotanda, J Y, „Article 74“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011)

—, „Article 77“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011)

Gunnar Dal, *Einn heimur: fimm heimsmyndir* (Ugla 2007)

Hachem, P, „Gewinnherausgabeansprüche gemäß CISG“ í Andrea Büchler og Markus Müller-Chen (ritstj.), *Private law: national - global - comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag* (1. útg., Stämpfli; Intersentia 2011)

Hagstrøm, V, *Kjøpsrett* (1. útg., Universitetsforlaget 2005)

—, *Obligasjonsrett* (2. útg., Universitetsforlaget 2011)

Hartmann, F, „Ersatzherausgabe und Gewinnhaftung beim internationalen Warenkauf – Zugleich ein Beitrag zum Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung eines künftigen europäischen Vertragsrechts“ (2009) 9 Internationales Handelsrecht

Helms, T, „Disgorgement of Profits in German Law“ í EH Hondius og Andre Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015)

Hjördís Björk Hákonardóttir, „Um náttúrurétt“ (1995) 45 Tímarit lögfræðinga 248

Holmes, O W, „The Path of the Law“ (1879) 10 Harvard law review 457

Hondius, E og Janssen, A, „Original Questionnaire: Disgorgement of Profits“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015)

Honnold, J O, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. (Harry M Flechtner ritstj., 4. útg., Kluwer Law International 2009)

Honsell, H, „Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht“ (1992) 88 Schweizerische Juristen Zeitung 345

Huber, P og Bach, I, „Die Schadensmitverursachung im CISG – alles nichts oder?!“ í Magnus Ulrich, Peter Mankowski og Wolfgang Wurmnest (ritstj.), *Festschrift für Ulrich Magnus: zum 70. Geburtstag* (Sellier European Law Publishers 2014)

Huber, P og Mullis, A, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (1. útg., Sellier Europ Law Publ 2007)

Ilieva, E G, „The Proposal for a Common European Sales Law: Does the European Union Need This Optional „Common“ Code?“ (BA-ritgerð, University of Groningen 2012) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ilieva.html#*> skoðað 3. apríl 2017

Israel, R L og O'Neill, B P, „Disgorgement as a viable theory of restitution damages“ [2014] Commercial Damages Reporter 3

Jaffey, P, „Restitutionary Remedies in the Contractual Context“ (2013) 76 Mod. L. Rev. The Modern Law Review 429

Johnston, D og Zimmermann, R, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2010)

Kleinenman, J og Madell, T, *Avtalsslutande vid internationella köp av varor* (Nordiska ministerrådets förlag 2008)

Koneru, P, „The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles“ (1997) 6 Minnesota journal of global trade 105

Koziol, H, Wilcox, V og Askeland, B, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009)

Krans, H B, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (EM Meijers Instituut ; Kluwer 1999)

Kruse, A V, *Restitutioner: et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret* (Gad 1950)

Legifrance, „Legifrance translations“ (Legifrance) <<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>> skoðað 6. mars 2017

Lehmann, M, „Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums“ [2004] Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil 762

Liao, W, *Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law* (1. útg., Intersentia 2015)

Linsen, J G A, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking: (Een rechtsvergelijkende beschouwing)* (1. útg., Boom Juridische Uitgevers 2001)

Liu, C, „Changed Contract Circumstances“ (CISG Database 2005) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html>> skoðað 2. mars 2017

Lookofsky, J, „Article 74, Damages for Breach“ í Jacques H Herbots og Roger Blanpain (ritstj.), *International Encyclopedia of Laws Contracts* (Kluwer Law International 2000)

—, *Understanding the CISG* (3. útg., DJØF 2008)

—, *Understanding the CISG (Worldwide Edition)* (4. útg., DJØF 2012)

Lüderitz, A og Dettmeier, M, „Art. 74“ í Hans Theodor Soergel, Wolfgang Siebert og Ursula Stein (ritstj.), *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)* (13. útg., Kohlhammer 2000)

Lødrup, P, *Lærebok i erstatningsrett* (6. útg., Gyldendal akademisk 2009)

Macneil, I R, „Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky“ (1982) 68 *Virginia Law Review* 947

Mankowski, P, „Article 74“ í Karsten Schmidt (ritstj.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (3. útg., CH Beck 2013)

Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar* (3. útg., Úlfljóttur 2013)

Matthías G. Pálsson, „Evrópskur samningaréttur: þróun, staða og framtíð“ (2006) 3 *Tímarit Lögréttu* 121

Miller, N og Charles, B J, *Mastering Legal Analysis: Subsidiary Skills to the IRAC Framework*. (Thomas M Cooley Law School 2009)

Mitchell, C o.fl., *The Law of Unjust Enrichment* (8. útg., Sweet & Maxwell 2011)

Monsen, E, „Disgorgement Damages in Norwegian Law“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015)

Pace Law School Institute of International Commercial Law, „Comment and notes: PECL Article 9:502: General Measure of Damages“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp74.html#cnpc>> skoðað 6. mars 2017

—, „France“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-France.html>> skoðað 27. febrúar 2017

—, „Germany“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Germany.html>> skoðað 27. febrúar 2017

—, „Netherlands“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Netherla.html>> skoðað 27. febrúar 2017

—, „Norway“ (*Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Norway.html>> skoðað 27. febrúar 2017

Páll Líndal, „Stutt samantekt um lagastörf Íslendinga á fyrri tíð, lagafræðslu og aðdraganda að skipulegu laganámi“ (1983) 36 *Úlfljóttur* 115

Páll Sigurðsson, *Samningaréttur: yfirlit um meginreglur íslensks samningaréttar* (Bókaútgáfa Orators 1987)

—, *Kauparéttur* (Bókaútgáfa Orators 1988)

—, „Próunardrættir í samninga- og kröfurétti, einkum frá fjölþjóðlegu sjónarhorni“ (2003) 56 *Úlfjótur* 59

—, *Lagaheimur: greinar um samanburðarlögfræði* (Háskólaútgáfan 2004)

Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (ritstj.), *Lögfræðiorðabók með skýringum* (3. útg., Bókaútgáfan Codex 2008)

Páll Skúlason, *Ríkið og rökvísi stjórn mála* (Háskólaútgáfan 2013)

Perales Viscasillas, P, „Article 7“ í Stefan Kröll, Loukas Mistelis og Pilar Perales Viscasillas (ritstj.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (CH Beck - Hart - Nomos 2011)

Platón, *Síðustu dagar Sókratesar* (Sigurður Nordal þýð., 6. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2011)

Polinsky, A M, *An Introduction to Law and Economics* (4. útg., Wolters Kluwer Law & Business 2011)

Posner, R A, *Economic Analysis of Law* (7. útg., Wolters Kluwer Law & Business 2007)

Powers, P J, „Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“ (1999) 18 *Journal of Law and Commerce* 333

Ramberg, J o.fl., „Calculation of Damages under CISG Article 74“ (CISG Advisory Council 2006) Opinion no. 6 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>> skoðað 8. febrúar 2017

Roberts, C L, „Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages“ (2008) 42 *Loyola of Los Angeles law review* 131

Rotherham, C, „The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs“ (2007) 66 *The Cambridge Law Journal* 172

Róbert Ragnar Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Bókaútgáfan Codex 2007)

Saenger, I, „CISG Art. 74“ í Franco Ferrari o.fl. (ritstj.), *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ* (2. útg., Verlag CH Beck 2012)

Saidov, D, „Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods“ (2002) 14 *Pace International Law Review* 307

—, „Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages“ (2006) 22 *Journal of Contract Law* 27

Saidov, D og Hachem, P, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments* (Hart Publishing 2009)

Scalise, R J, „Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract“ (2007) 55 *The American Journal of Comparative Law* 721

Schlechtriem, P, *Uniform sales law: the UN-convention on contracts for international sale of goods* (Manzsche 1986)

Schlechtriem, P og Schwenzer, I, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3. útg., Oxford University Press 2010)

—, (2016) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4. útg., Oxford University Press 2016)

Schmidt-Ahrendts, N, „Disgorgement of Profits under the CISG“ í Ingeborg H Schwenzer og Lisa Spagnolo (ritstj.), *State of play: the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG conference* (The Hague, Eleven International Publishing 2012)

Schmidt-Ahrendts, N og Czarnecki, M A, „Kommentar zum Art. 74 CISG“ í Christoph Brunner (ritstj.), *UN-Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. útg., Stämpfli Verlag 2014)

Schwenzer, I, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: CISG* (6. útg., Verlag CH Beck 2013)

—, „Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts“ (CISG Advisory Council 2012) Opinion no. 10 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html>> skoðað 8. mars 2017

—, „Interest Under Article 78 CISG“ (CISG Advisory Council 2013) Opinion no. 14 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op14.html>> skoðað 4. maí 2017

Schwenzer, I og Hachem, P, „The Scope of the CISG Provision on Damages“ í Djakhongir Saidov og Ralph Cunnington (ritstj.), *Contract damages: domestic and international perspectives* (Hart Publishing 2009)

Schwenzer, I og Leisinger, B K, „Ethical Values and International Sales Contracts“ í Ross Cranston, Jan Ramberg og Jacob Ziegel (ritstj.), *Commercial law challenges in the 21st century: Jan Hellner in memoriam* (Iustus Förlag 2007)

Schwenzer, I H, Hachem, P og Kee, C, *Global Sales and Contract Law* (1. útg., Oxford University Press 2012)

Schäfer, F, „Kommentar zum Art. 77 CISG“ í Christoph Brunner (ritstj.), *UN-Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. útg., Stämpfli Verlag 2014)

Schönle, H og Koller, T, „Kommentar zum Art. 74 CISG“ í Heinrich Honsell og Christoph Brunner (ritstj.), *UN-Kaufrecht - CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980: unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. útg., Springer 2010)

Séjean, M, „The Disgorgement of Illicit Profits in French Law“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015)

Siems, M, „Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis“ (2003) 7 *Edinburgh Law Review* 27

—, *Comparative Law* (1. útg., Cambridge University Press 2014)

Sigríður Jósefisdóttir, „Endurgreiðsla ofgreidds fjár“ (1988) 41 *Úlfjótur* 135

Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði: Grundvöllur laga - réttarheimildir* (2. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2007)

Strong, S og Desnoyer, B, *How to Write Law Exams: IRAC Perfected* (St Paul, MN 2016)

Ulrich, M, „General Principles of UN-Sales Law“ (1995) 59 *Rabels Zeitschrift*

—, „Article 74“ í Julius von Staudinger, Magnus Ulrich og Michael Martinek (ritstj.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (16. útg., Sellier - de Gruyter 2013)

—, „Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation and Preservation“ í Larry A DiMatteo (ritstj.), *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press 2014)

Ulrich, M og Martinek, M, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (Sellier-de Gruyter 2013)

UNCITRAL, „Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)“ (UNCITRAL) <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> skoðað 11. apríl 2017

United Nations, „United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods“ (Sameinuðu þjóðirnar 1979) UN DOC. A/CONF. 97/5 <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>> skoðað 7. mars 2017

van Boom, W H, „Twee arresten over ‘winstafoming’ ex artikel 6:104 BW“ [2011] *Ars Aequi: juridisch studentenblad* 118

Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Endurheimt verðmæta við gjaldþrot: skýringarrit við reglur XX. kafli laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl.* (Bókaútgáfan Codex 2000)

—, *Skaðabótaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2005)

Víðir Smári Petersen, „Hvenær eiga aðilar að ná sáttum? Réttarhagfræðilegar kenningar um sáttir með hliðsjón á 386 einkamálum fyrir Hæstarétti Íslands“ (2016) 66 Tímarit lögfræðinga 189

von Bar, C o.fl., „Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)“ (*Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins*) <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf> skoðað 1. apríl 2017

Wagner, G, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden: Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag* (Beck 2006)

Wathne, K H og Heide, J B, „Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions“ (2000) 64 *Journal of marketing* 36

Watterson, S, „Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales“ í Ewoud Hondius og André Janssen (ritstj.), *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world* (1. útg., Springer 2015)

Weinrib, E J, „Punishment and Disgorgement as Contract Remedies“ (2003) 78 *Chicago Kent Law Review* 55

Williams, R, *Unjust enrichment and public law: a comparative study of England, France and the EU* (Hart 2010)

Wilson, S, „Ethical standards in international sales contracts: Can the CISG be used to prevent child labour?“ (BA-ritgerð, Victoria University of Wellington 2015) <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4622/thesis.pdf?sequence=2>> skoðað 9. mars 2017

Witz, W, „Commentary on Art. 74 CISG“ í Manuel Lorenz, Hans-Christian Salger og Wolfgang Witz (ritstj.), *International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG* (Recht und Wirtschaft 2000)

Yehuda, A, „Israel“ í Larry A DiMatteo (ritstj.), *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press 2014)

Zeller, B, „Good Faith - The Scarlet Pimpernel of the CISG“ (CISG Database 2000) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html#*> skoðað 1. mars 2017

—, „Commodity Sales and the CISG“ í Camilla Baasch Andersen, Ulrich G Schroeter og Albert H Kritzer (ritstj.), *Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the occasion of his eightieth birthday* (Wildy, Simmonds & Hill 2008)

—, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2. útg., Oxford University Press 2009)

Zweigert, K og Kötz, H, *Introduction to Comparative Law* (Tony Weir þýð., 3. útg., Clarendon Press 1998)

Þorgeir Örlygsson, „Skaðabótareglur laga um lausafjárkaup“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 3

Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson, *Kröfuréttur II - Vanefndarúrræði* (Bókaútgáfan Codex 2011)

Þýska dómsmálaráðuneytið, „German Civil Code BGB“ (*Þýska dómsmálaráðuneytið (þ. undesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz)*) <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/> skoðað 28. mars 2017