

# **BYGHERRENS MULIGHEDER FOR ERSTATNING FOR GLEMTE YDELSER**



**AALBORG UNIVERSITET**

Emil Johansson (20134714) & Marie Munck Kristiansen (20136189)  
Vejleder: Carsten Munk-Hansen  
Anslag: 162.374

<b>ABSTRACT</b>		<b>3</b>
<b>DEL I</b>	<b>INDLEDNING</b>	<b>5</b>
1.	Baggrunden for afhandlingen	5
2.	Formål og problemformulering	6
3.	Afgrænsning	6
4.	Metode og retskilder	7
5.	Fremstillingens opbygning	10
<b>DEL II</b>	<b>YDELSEN OG MANGLEN</b>	<b>11</b>
1.	Ydelsen	11
1.1	Aftalen og ABR 89	11
1.2	DANSKE ARK og FRIs ydelsesbeskrivelser	13
1.3	Resultat- eller indsatsforpligtelse	14
1.4	Udviklingen i dansk byggeri	16
2.	Manglen	16
2.1	Aftalen og ABR 89	16
2.2	Det obligationsretlige mangelsbegreb	17
3.	Delkonklusion	19
<b>DEL III</b>	<b>ERSTATNING</b>	<b>20</b>
1.	Ansvarsgrundlag	21
1.1	Professionsansvar	22
1.2	Totalrådgiverens ansvar for glemte ydelser	25
1.3	Delkonklusion	27
2.	Årsagsforbindelse og adækvans	28
3.	Tabet	29
3.1	Tabstypen	29
3.2	Bevisbyrden	31
3.2.1	Lempelse af bevisbyrden	32
3.2.2	Omlægning af bevisbyrden	33
3.3	Bevismidlet	34
3.4	Praksis på området	35
3.4.1	T:BB: 2008.203VBA	35
3.4.2	T:BB 2008.90VBA	37
3.4.3	T:BB 2010.661VBA	38
3.4.4	Utrykt kendelse af VBA af 8. januar 2016	39
3.5	Delkonklusion	40
4.	Egen skyld	41
5.	Ansvarsbegrænsninger	43
<b>DEL IV</b>	<b>REVISION AF ABR 89</b>	<b>46</b>
1.	Ydelserne	47
2.	Mangler	49
3.	Rådgiverens ansvar	49
<b>DEL V</b>	<b>SAMMENFATNING</b>	<b>51</b>
<b>DEL VI</b>	<b>LITTERATURFORTEGNELSE OG AFGØRELSESREGISTER</b>	<b>54</b>
1.	Bøger	54
2.	Artikler	55

3.	Øvrige kilder	55
4.	Afgørelsesregister	56
4.1	Ugeskrift for Retsvæsen	56
4.2	Kendelser om fast ejendom	56
4.3	Tidsskrift for Bolig- og Byggeret	56
4.4	Forsikrings- og erstatningsretlige domssamling	57
4.5	Diverse	57
<b>SKÆRMPRINT</b>		<b>58</b>

## **ABSTRACT**

According to numerous recent construction articles the full-service consultant's forgotten services are causing practical obstacles for the client. These obstacles do not correspond with the brief and undifferentiated description of the problem in legal representations. The divergence has inspired to this thesis, where the research question will be answered from the client's point of view. Therefore, the purpose of the thesis is to outline the legal position, hence examine the client's possibilities to improve his position, when the full-service consultant forgets his services.

The legal area is primarily governed by the standard term ABR 89, which is currently under revision. Therefore, the thesis will furthermore examine and review the new rules of ABR 18 and assess its impact on the expected future legal position.

The parties' obligations are generally governed by ABR 89 and the description of services: Building and Planning 2012. ABR 89 determines the external framework, whereas a more detailed description of the services is stated in the description of services. Despite these two standard terms, the services are not distinctly described. Therefore, the obligations will often be determined by the underlying law of obligations. According to this the obligation of counseling is categorized as an obligation of commitment, which means that the consultant must do his best determined by trade usages etc.

In absence of agreement, breach of the contract will be decided by the law of obligations as well. If it is found that the forgotten services are a part of the consultant's obligations, it will typically be categorized as a breach of the contract. Forgotten services can occur as either a specific or a general non-conformity.

If there is a breach of the contract and the conditions for damages are fulfilled, the client can claim damages for the forgotten services. In relation to these conditions the most difficult one for the client to meet, is the documentation of the actual loss. Theoretically the client doesn't suffer a loss from the forgotten services, because if the consultant had remembered all his obligations, the project would have been equivalently more expensive.

However, case law shows that the alleged loss is often acknowledged by the court of arbitration. Despite the acknowledge, there has not yet been granted damages because of the probative challenges connected to documenting the loss. In case law, the theoretical starting point has been an ordinary burden of proof. Nevertheless, former case law seems to have laid the groundwork for easing or reversing the burden of proof in relation to the loss. Especially easing the burden of proof is an opportunity for the client to optimize his chances to claim damages.

Furthermore, the client must pay attention to the fact that case law shows an intensified assessment of contributory negligence, which indicates that the client must be aware that the damages can be reduced, if the client is or gets aware of a forgotten service without reacting to it. To reduce this risk, the client should consider taking on an external advisor.

If the parties have agreed upon ABR 89, the client will not be able to claim damages for indirect losses. Categorizing the loss depends on whether the loss can be deduced directly from the breach of the transaction.

The expected provisions of ABR 18 will clarify the obligations of the parties due to the addition of new and clearer obligations, enhanced corporation and better defined phases. In connection to this a

definition of non-conformity has been adopted to facilitate the client's opportunities in the process of claiming damages. In terms of the documentation of loss related to forgotten services, new provisions about liquidated damages have been added. The provisions secure the client a compensation of 5% of the total purchases that have not been exposed to competition. Should the loss exceed 5%, the client still has the possibility to claim damages. Consequently, the relevance of this thesis remains highly relevant.

The legal position of today renders the client limited options to succeed in obtaining damages for the full-service consultant's forgotten services. However, the client's options are expected to be expanded and enhanced with the entry of ABR 18.

To optimize the client's legal position in general, the client must act to hedge and improve his procedural starting point, beginning with the formation of the contract. To minimize uncertainty regarding the obligations of the parties and the potential breach of such, it is convenient to supply and elaborate the terms of the obligations in the contract. Furthermore, the client should implement clauses about the burden of proof regarding the liability and the loss in the contract.

## DEL I INDLEDNING

### 1. Baggrunden for afhandlingen

Nyhedsartikler med overskrifter som *"Projekt mangler er vokset kraftigt de sidste 25 år"*, *"Projekt mangler er bygherrenes største hovedpine"*, *"Hvem har ansvaret for uklarheder i udbudsmaterialet?"* og *"Byggeriets rådgivere skal tage mere ansvar"* har prydet forsiderne på talrige byggerelaterede nyhedsmedier over de sidste par år. Problemstillingerne har bl.a. vist behovet for den længe ventede revision af standardvilkårene og ydelsesbeskrivelserne for byggeri og anlæg, som i skrivende stund er i høring hos brancheorganisationerne.

I forbindelse med revisionsarbejdet tilkendegav Bygherreforeningens medlemmer, hvad de oplevede som det største problem i branchen. Her toppede projekt mangler listen, hvor rådgiveren havde glemt at projektere dele af byggeprojektet, da bygherren endte med at skulle hæfte for rådgiverens mangelfulde projektering.<sup>1</sup>

Glemte ydelser kan defineres som de situationer, hvor totalrådgiveren har glemt at projektere en del af ydelsen i projekt materialet. Efterfølgende bringes materialet i udbud og udføres af den vindende entreprenør med afsæt i det ufuldstændige projekt materiale.<sup>2</sup>

Rådgiverens glemte ydelser er en problemstilling inden for rådgivning i entreprise, der kun er behandlet perifært i den juridiske litteratur. Dette kan undre ovennævnte nyhedsartikler taget i betragtning. I de juridiske fremstillinger synes tilgangen til problemstillingen at være, at entreprenørens tilbud ville have været tilsvarende dyrere, hvis ydelsen ikke var glemt i byggeprojektet. Derfor er der ikke lidt et tab i erstatningsretlig sammenhæng.

Selv om den juridiske litteratur umiddelbart afviser muligheden for erstatning, har spørgsmålet ikke desto mindre været behandlet i flere afgørelser. Her er den seneste afgørelse en utrykt kendelse fra Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed (VBA) fra den 8. januar 2016, hvorfor problemstillingen i den grad er aktuel.<sup>3</sup>

Retsstillingen synes uholdbar, eftersom parternes aftale som udgangspunkt er reguleret af kortfattede standardvilkår, som begge parter brancheforeninger har forhandlet sig frem til - standardvilkår, hvor formålet er, at begge parter er tilgodeset og ligestillet i forhold til rettigheder og forpligtelser. Teknologien og udviklingen synes imidlertid at være løbet fra standardvilkårene, samtidig med at rådgivningsopgaverne bliver større og mere komplekse. Dette har medvirket til utilstrækkeligheder i standardvilkårene, hvor bygherren ikke længere har mulighed for at forudse sin retsstilling i forhold til bl.a. rådgiverens glemte ydelser.

---

<sup>1</sup> Dagens Byggeri, Projekt mangler er vokset kraftigt de sidste 25 år, 29/8-2016. Dagens Byggeri, Projekt mangler er bygherrenes største hovedpine, 16/12-2016. Delacour, Hvem har ansvaret for uklarheder i udbudsmaterialet?, 29/3-2012. KTC, Byggeriets rådgivere skal tage mere ansvar, 23/1-2017.

<sup>2</sup> Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 811.

<sup>3</sup> Bilag 1.

## 2. Formål og problemformulering

Formålet med dette kandidatspeciale er at give et overblik over bygherrens retsstilling og muligheder for erstatning for glemte ydelser i byggeprojektet hos totalrådgiveren.

Modsat den juridiske litteratur vil fremstillingen ikke afskære erstatning som en realitet, men i stedet tage udgangspunkt i bygherrenes opråb om det faktiske problem, som glemte ydelser volder i byggeriet. Fremstillingen tager udgangspunkt i bygherrens perspektiv i et forsøg på at undersøge og klarlægge, hvilke muligheder og udfordringer bygherren har i relation til totalrådgiverens glemte ydelser i byggeprojektet.

Derfor er problemformuleringen, som følger:

*Hvilke muligheder har bygherren for erstatning for glemte ydelser hos totalrådgiveren?*

Specialet vil med udgangspunkt i problemformuleringen undersøge de gældende retsregler, men da standardvilkårene er under revision og forventes endelige i nær fremtid, vil specialet derfor også forsøge at vurdere de forventede nye regler og sammenligne virkningen af de to sæt standardvilkår i forhold til rådgiverens glemte ydelser.

Slutteligt opsamles de to dele - eksisterende og fremtidige retsstilling -, hvorefter der udledes en række konklusioner, der kan fungere som retningslinjer for bygherrens muligheder for at kræve erstatning hos totalrådgiveren både i forhold til det nuværende og det forventede fremtidige regelsæt.

## 3. Afgrænsning

Afhandlingen vil udelukkende belyse situationer, hvor bygherren kontraherer med én rådgiver i form af en totalrådgiver. Derfor vil de øvrige aftalekonstruktioner og aftaleparter også være afgrænset fra fremstillingen. Dette udelukker rådgivningsformer som delt rådgivning, fagrådgivning og alle andre øvrige mellemformer for rådgivning.

Som oftest er totalrådgivning eksplicit aftalt skriftligt mellem parterne. Som en del af dette aftalegrundlag inkorporeres ofte ABR 89 eller dele heraf. ABR 89 er udarbejdet med henblik på teknisk rådgivning, hvilket er omdrejningspunktet for specialet. Derfor vil andre rådgivningstyper såsom erhvervs-mæssig-, ikke-erhvervs-mæssig- og økonomisk/juridisk rådgivning ikke blive behandlet i specialet.<sup>4</sup> Dette er ensbetydende med, at ABR 89 er det eneste af AB-regelsættene, som vil blive behandlet i dette speciale, hvilket samtidig udelukker behandling af AB 92 og ABT 93. Udelukkelsen af ABT 93 udelukker ligeledes behandling af rådgivning under totalentreprise.

Det væsentligste karakteristika for den valgte konstruktionen er således, at bygherren udelukkende kan rette et evt. krav på erstatning for glemte ydelser mod totalrådgiveren. Derfor vil betydningen af flere ansvarlige og eventuelle ansvarsfraskrivelse mellem flere rådgivere være afgrænset fra specialet.

---

<sup>4</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 28.

Specialet vedrører rådgivning inden for entrepriser, og behandler derfor ikke afledte udbudsretlige problemstillinger, som eksempelvis ordregivers ændringsret, detaljeregler om kravsspecifikationer og systemleverancer.

Der kan i et rådgivningsforløb under et byggeri opstå et utal af forskellige misligholdelsessituationer. I relation til rådgiverens ydelse vil rådgivning i forbindelse med projekteringen udelukkende blive behandlet. Dermed vil fagtilsyn, byggeledelse, rådgivning i driftsfasen og rådgivning i forbindelse med inventar og udstyr ikke blive behandlet i afhandlingen.

Projektfejl, budgetoverskridelse, tidsfristoverskridelser, byggestyring, kvalitetssikring og lignende andre misligholdelsestilfælde vil ikke være genstand for behandling i specialet, da disse elementer ikke har relevans for totalrådgiverens glemte ydelser.

Specialet tager udgangspunkt i bygherrens mulighed for at kræve erstatning. Økonomisk godtgørelse i form af afslag i rådgiverens honorar vil grundet specialets omfang være afgrænset. Af samme årsag vil de øvrige misligholdelsesbeføjelser - naturalopfyldelse og ophævelse-, ikke være genstand for behandling.

Muligheden for at blive kompenseret gennem forsikring er desuden for omfattende til at blive behandlet her men er en nævneværdig problemstilling, der med fordel kunne belyses særskilt.

Det forudsættes i indeværende speciale, at bygherren som en betingelse for at anvende sin misligholdelsesbeføjelse har reklameret, og i øvrigt at det eventuelle krav, som bygherren gør gældende, ikke er forældet og dermed ophørt. En yderligere behandling af risikoovergang, reklamation og forældelse er desuden afgrænset fra specialet.

Problemformuleringen anskues udelukkende gennem national dansk ret, hvorfor en komparativ international analyse af udenlandsk ret ikke vil blive behandlet.

#### **4. Metode og retskilder**

Gennemgående vil specialet anvende den retsdogmatiske metode. Derved består disciplinen i at analysere og beskrive den gældende retstilstand.<sup>5</sup> Som en del af den retsdogmatiske behandling vil specialet desuden foretage en sammenligning af virkningen af de allerede eksisterende standardvilkår med de forventede nye standardvilkår.

I Danmark findes der ingen lovgivning, der generelt regulerer forholdet mellem byggeriets parter. Derfor findes der heller ikke lovforarbejder, der kan anvendes ved en fortolkning af lovtekstens ordlyd.<sup>6</sup> Retsområdet er således i mangel af modstående aftale som udgangspunkt reguleret af de almindelige deklatoriske formueretlige lovregler, hvor disse er egnede til at blive anvendt i rådgivning inden for entrepriserforhold. Området vil desuden være reguleret af almindelige formue- og obligationsretlige retsgrundsætninger.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 178.

<sup>6</sup> Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 50.

<sup>7</sup> Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 54-55.



Selvom parternes forhold er konkret, individuelt og aftaleretligt reguleret, er der mange elementer i byggeriets processer, der går igen, uanset hvilket byggeri der er tale om. Dette har resulteret i, at brancheorganisationer har udarbejdet standardvilkår, der er fremkommet ved forhandlinger mellem parternes forskellige interesserepræsentanter.

Standardvilkår opnår som udgangspunkt kun gyldighed, hvis de aftales inter partes, som et såkaldt agreed document. Dets status som agreed document indebærer, at uklarheder ikke skal fortolkes til fordel for en af parterne. Således vil koncipistreglen i relation til ABR 89 være sat ud af spil.

Standardvilkårene kaldes AB 92, ABT 93 og ABR 89. Selvom standardvilkårene ikke har retskildemæssig status som lov, går Torsten Iversen så langt som at sige, at AB 92 "*uden enhver tvivl er en retskilde - og oven i købet den vigtigste retskilde - på det entrepriseretlige område i Danmark.*"<sup>8</sup> Den brede accept gør regelsættene til en vigtig kilde for byggeriets parter.

ABR 89 adskiller sig fra de øvrige regelsæt, da ABR 89 ikke har opnået nær den samme anerkendelse som udfyldende regelsæt, hvis andet ikke er aftalt.<sup>9</sup> Selvom ABR 89 ikke er vedtaget mellem parterne, kan det dog ikke afvises, at domstolene alligevel vil lægge vægt på dem, da standardvilkårene er så udbredte i branchen.

ABR 89 består af en normtekst og tilhørende bemærkninger. Generelt fungerer bemærkninger som en sekundær kilde til at udfylde og fortolke på ordlyden af en given tekst. Ved fortolkning af reglerne i ABR 89 skal fortolkningen af normteksten og bemærkningerne derimod betragtes som en helhed og følgelig også behandles med samme retskildemæssige værdi. Dette fremgår af både forordet til ABR 75 og ABR 89.<sup>10</sup> Det er derfor vigtigt, at der både fokuseres på normteksten og på bemærkningerne under behandlingen heraf.

Det er muligt for parterne at fravige bestemmelserne i ABR 89. Ved sådanne fravigelser indeholder ABR 89 to selvstændige indirekte fortolkningsregler i pkt. 1.0.3. Den ene bestemmelse fastlægger, at der i tilfælde af tvivl om, hvorvidt en individuel tilføjelse til ABR 89 skal læses som en præcisering eller en fravigelse, vil en tilføjelse fortolkes som en præcisering. Den anden bestemmelse fastlægger, at i tilfælde af tvivl om rækkevidden af en fravigelse skal fravigelsen fortolkes på den måde, der ligger tættest på ABR 89s regler. Dette medfører, at der ved enhver tvivl skal vælges en indskrænkende fortolkning ved fravigelser af ABR 89.<sup>11</sup>

I de tilfælde ABR 89 og bemærkningerne er utilstrækkelige til at udfylde en rådgivningsaftale, findes der støtte i Danske Arkitektvirksomheders (DANSKE ARK) og Foreningen af Rådgivende Ingeniørers (FRI) ydelsesbeskrivelser for Byggeri og Planlægning 2012 (ydelsesbeskrivelserne), der er en fælles referenceramme for ydelser og fungerer som supplement til ABR 89. Parterne vil ofte være blevet enige om, at ydelsesbeskrivelserne finder anvendelse i aftalen; men hvor det ikke er aftalt, vil de ligeledes kunne anvendes i forbindelse med fortolkning af rådgiveraftalen, da de er et udtryk for en sædvanemæssig beskrivelse af en rådgivers ydelse.<sup>12</sup>

Antallet af domstolsafgørelser inden for rådgivning i entreprise er begrænset. Derimod er retsområdet i stedet domineret af voldgiftskendelser. Dette skyldes primært, at parternes vedtagelse af ABR 89 indebærer, at tvister løses gennem voldgift, jf. ABR 89 pkt. 9.0.1. Derudover er VBA et særdeles

<sup>8</sup> Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 51.

<sup>9</sup> Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 55.

<sup>10</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, *ABR 89*, s. 15.

<sup>11</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, *ABR 89*, s. 21.

<sup>12</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, *ABR 89*, s. 46-47.

kompetent organ inden for entrepriserettens virkeområde, da voldgiftsretten typisk består af en juridisk dommer og to tekniske meddommere, der har sagkyndig ekspertstatus som arkitekt, ingeniør eller lignende. Det bør dog bemærkes, at de sagkyndige meddommeres vurderinger af begrebet faglig forsvarlighed kan være præget af deres personlige tilknytning til branchen, uden at dette nødvendigvis fremgår klart af kendelserne.<sup>13</sup>

Voldgiftskendelsernes retskildemæssige værdi vurderes at være mindst lige så høj som domspraksis.<sup>14</sup> Det skyldes, at processen er institutionaliseret, således at sammensætningen af dommerkollegiet, nævnets vedtægter og professionelle virke sikrer den samme grad af retssikkerhed som en domstolsafgørelse. Der vil være fokus på kendelserne i specialet, hvor dette findes nødvendigt og er hensigtsmæssigt.

Voldgiftsprocessen er i modsætning til domstolsprocessen som udgangspunkt karakteriseret ved fortrolighed, hvorfor kendelserne ofte ikke bliver offentliggjort. Danmark er imidlertid kendetegnet ved at have en enestående praksis med offentliggørelse af kendelserne gennem tidsskriftet *Kendelser om Fast Ejendom (KFE)*, hvor de fremtræder i anonymiseret form.<sup>15</sup> Desuden offentliggøres en del afgørelser og kendelser i *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret*, som ligeledes vil blive anvendt.

Som udgangspunkt har enhver dom eller voldgiftskendelse kun retskraft mellem de involverede parter. Afgørelserne fremkommer på baggrund af sagens konkrete omstændigheder og de anbringender, parterne har gjort gældende. Derfor kan det være vanskeligt at udlede mere generelle synspunkter af afgørelserne, da enhver dom eller voldgiftskendelse er en afgørelse af den konkrete tvist. Det betyder imidlertid ikke, at afgørelserne er uanvendelige. De er stadig et udtryk for gældende ret og vil blive anvendt i specialet til fortolkning af retstilstanden.

Forholdets natur betragtes som en vigtig retskilde på entrepriserettens område. Det er dog en problematisk retskilde, da dens manglende præcision og autoritet medfører, at den kun virker forbindende i kraft af argumentets styrke. Forholdets natur vil korrigere, moderere eller supplere de øvrige retskilder på alle trin i retskildehierarkiet og vil derfor have en stor betydning, da området primært er karakteriseret af aftalefrihed.

Det indebærer, at overvejelser som reale grunde, bagvedliggende hensyn, konsekvensbetragtninger, hensyn til retssystemet, behovet for konsekvens, systematik, forudberegnelighed, hensigtsmæssighed osv. skal inddrages i vurderingen af problemstillingen.<sup>16</sup>

Retslitteraturen er ikke en retskilde. Der er dog ingen tvivl om, at juridisk litteratur kan udøve indflydelse på domstolens og voldgiftsrettens beslutninger på de områder, hvor forholdet ikke i forvejen er reguleret af andre retskilder eller aftalte standardvilkår.<sup>17</sup> Der er heller ikke nogen tvivl om, at litteraturen kan udøve indflydelse på entrepriserettens udvikling, og derfor vil specialet inddrage holdningerne i de juridiske fremstillinger i relation til problemformuleringen undervejs i specialet.

---

<sup>13</sup> Torsten Iversen, U2013B.351, s. 6.

<sup>14</sup> Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 60.

<sup>15</sup> Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 61.

<sup>16</sup> Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 48.

<sup>17</sup> Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 50.

## 5. Fremstillingens opbygning

I bestræbelse på at yde bygherren det nødvendige overblik over sin retsstilling, er specialet opbygget på baggrund af den almindelige anerkendte obligationsretlige tretrins-model, hvorved det først klarlægges hvilken ydelse, der skal præsteres. Dernæst undersøges det, om realdebitor har misligholdt sin forpligtelse i forhold til aftalen. Endelig afgøres det, hvilke misligholdelsesbeføjelser den konstaterede misligholdelse måtte give anledning til, og om betingelserne for beføjelserne er opfyldt.

Specialet er inddelt i seks forskellige dele:

- DEL I Specialets indledning findes i Del I og indeholder en beskrivelse af de problemstillinger og formål, der behandles i specialet, samt hvilke der ikke behandles. Det fremgår desuden af Del I, hvorledes emnet undersøges metodisk, hvilke retskilder der anvendes og deres værdi i relation til problemstillingen.
- DEL II I Del II undersøges, hvilke ydelser totalrådgiveren skal præstere i henhold til rådgivningsaftalen, ABR 89 og de almindelige obligationsretlige principper. Sideløbende med fastlæggelsen af totalrådgiverens ydelser, undersøges det efter samme metodik, om en glemt ydelse er ensbetydende med en mangel.
- DEL III Opnået viden fra Del II anvendes i Del III, hvor misligholdelsesbeføjelsen; erstatning er genstand for behandling. I Del III gennemgås og analyseres de erstatningsretlige betingelser. Således skitseres indledningsvist de generelle betragtninger for beføjelsens betingelser, hvorefter betingelserne enkeltvist vil anvendes specifikt i forhold til problemformuleringens fokus.
- DEL IV I specialets Del IV analyseres det nye materiale vedrørende revisionen af ABR 89 og sammenholdes derefter med resultaterne af undersøgelserne i Del II og Del III.
- DEL V Afslutningsvist opsamles analysen af specialets problemformulering i en sammenfatning.
- DEL VI Litteraturliste og en liste over afgørelser.

## DEL II YDELSEN OG MANGLEN

Som en indledende del af den almindelige obligationsretlige tretrins-model er det essentielt at fastlægge, hvilke ydelser rådgiveren er forpligtet til at præstere. Så snart der er vished om rådgiverens ydelse, er det muligt for bygherren at vurdere, om der foreligger en mangel ved ydelsen. Den mangelfulde ydelse er forudsætningen for, at bygherren erhverver misligholdelsesbeføjelser. Med andre ord hænger fastlæggelsen af ydelsen og manglen uløseligt sammen og har direkte indflydelse på bygherrens mulighed for at opnå erstatning for totalrådgiverens glemte ydelser.

### 1. Ydelsen

For at klarlægge hvilke ydelser rådgiveren har påtaget sig, er det naturligt først at undersøge parternes aftale. Da ABR 89 og ydelsesbeskrivelserne ofte vedtages som supplement til aftalen, skal bestemmelserne heri ligeledes undersøges for at fastlægge rådgiverens forpligtelser.

Såfremt hverken aftalen, ABR 89 eller ydelsesbeskrivelserne giver en afklaring af rækkevidden for rådgiverens ydelse, skal svaret findes i de almindelige obligationsretlige regler, hvorfor disse afslutningsvist vil undersøges.

#### 1.1 Aftalen og ABR 89

Parternes aftale er oftest defineret ved en totalrådgivningsaftale. Totalrådgivning er en rådgivningsform, som er kendetegnet ved, at én rådgiver eller en gruppe af rådgivere under én aftale med bygherren påtager sig løsningen af den samlede eller mest væsentlige rådgivningsopgave ved et projekt.<sup>18</sup> Før end rådgivningsformen kan defineres som totalrådgivning, er det en forudsætning, at alle rådgivningsopgavens faser overlades til totalrådgiveren. Dette indebærer, at såvel arkitektbistand som ingeniørbistand er samlet under én rådgivningsaftale.

Totalrådgiveren skal præstere teknisk rådgivning, som relaterer sig til skabelse, vedligeholdelse, anvendelse eller reparation af genstande eller objekter. ABR 89 pkt. 1.0.1 beskriver, at bestemmelserne i ABR 89 finder anvendelse på "*teknisk rådgivning, og bistand inden for bygge- og anlægsområdet, herunder arkitektmæssig, ingeniørmæssig, landskabsarkitektmæssig og planlægningsmæssig bistand.*" Hertil fremgår det af bemærkningerne, at bestemmelserne er udarbejdet primært til anvendelse inden for bygge- og anlægsområdet, men bestemmelserne anvendes også bredt i forhold til begrebet teknisk rådgivning. Teknisk rådgivning er ikke defineret yderligere i ABR 89 eller litteraturen.<sup>19</sup>

Den samlede rådgivningsaftale udgør totalrådgiverens hovedydelse. At der er tale om én rådgivningsaftale, indebærer nogle organisatoriske fordele for bygherren. Det er f.eks. nemmere at ansvarsplacere, koordinere arbejdet og budgetstyre. Herudover skal bygherren kun præstere sin hovedydelse, - nemlig betalingen – til én kontraktpart, totalrådgiveren.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 61.

<sup>19</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 30.

<sup>20</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 61.

De ydre rammer for parternes ydelser i henhold til totalrådgivningsaftalen er derfor forholdsvis overskuelige og simple. Rådgiveren skal præstere løsning af den samlede eller mest væsentlige projekteringsopgave. Derimod er forpligtelserne inden for rammen af totalrådgivningsopgaven sjældent defineret i parternes aftale. Den mangelfulde definition af ydelserne skyldes, at ABR 89 og ydelsesbeskrivelserne ofte vedtages som udfyldende regelsæt for parternes rettigheder og forpligtelser. Selve aftalen fremstår derfor ofte implicit og uklar i relation til fastlæggelsen af rådgiverens ydelser, da parterne har tillid til ABR 89 og ydelsesbeskrivelserne som standardvilkår. Årsagen til tilliden og til accepten af standardvilkårene og ydelsesbeskrivelserne kan henføres til deres brede anerkendelse i bygge- og anlægsbranchen. Som et eksempel på udbredelsen og accepten kan nævnes, at Bygge- og Boligstyrelsen allerede i 1990 gjorde ABR 89 obligatorisk ved statslige og statsstøttede bygge- og anlægsprojekter. På samme måde indgik FRI og DANSKE ARK i juni 2007 aftale om nogle fælles standardforbehold, som tog udgangspunkt i, at tilbud på rådgivningsopgaver skal gives i henhold til ABR 89.<sup>21</sup>

Forudsætningen for anvendelsen er naturligvis, at ABR 89 er vedtaget som en del af parternes kontraktgrundlag som udtrykkeligt fastslået af Højesteret med dommen U2002.1431H. Som oftest er det dog ikke vedtagelsen af ABR 89, der volder bygherren udfordringer.<sup>22</sup> Det må antages, at en henvisning til ABR 89 i hovedaftalen sædvanligvis vil være tilstrækkelig.<sup>23</sup>

For at klarlægge hvad rådgiveren skal præstere, er det nærliggende at anskue ABR 89 pkt. 2.1, som bærer overskriften *Rådgivningsaftalen*. Det følger af pkt. 2.1.1, at der i rådgivningsaftalen skal tages stilling til bl.a. rådgivningens omfang og honorar. En yderligere definition af omfanget fremgår ikke i bemærkninger hertil.

I ABR 89 pkt. 2.1.4 oplyses desuden, at rådgiverens ydelser skal fastlægges i rådgivningsaftalen. Punktets ordlyd giver ikke megen vejledning i relation til fastlæggelsen af rådgiverens ydelse.<sup>24</sup>

ABR 89s utilstrækkelighed i relation til, hvad der skal præstere, gør sig ligeledes gældende i forhold til, hvornår rådgiveren skal præstere sine ydelser. Rådgivningen opdeles i fem forskellige faser i ABR 89 pkt. 2.3.1:

1. Programfasen
2. Forslagsfasen
3. Projekteringsfasen
4. Udførelsesfasen
5. Brugsfasen

En glemt ydelse må forudsættes at være en misligholdelse i projekteringsfasen. Det beskrives dog ikke detaljeret, hvornår faserne begynder og ender, og derfor er det vanskeligt at fastsætte et skæringstidspunkt for, hvornår ydelsen definitivt er glemt.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 19.

<sup>22</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 270.

<sup>23</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 16.

<sup>24</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 16.

<sup>25</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 63.

ABR 89 opstiller dermed kun de ydre rammer for rådgiverens forpligtelser. Standardvilkårene bekræfter ikke hvad, hvornår og i hvilken kvalitet, rådgiveren skal præstere sine ydelser. En kvalificeret definition på rådgiverens ydelser skal dermed findes i ydelsesbeskrivelserne eller den bagvedliggende obligationsret.

## 1.2 DANSKE ARK og FRIs ydelsesbeskrivelser

Ydelsesbeskrivelserne er lavet i samarbejde mellem de to brancheorganisationer DANSKE ARK og FRI og skal på samme måde som ABR 89 aftales mellem parterne for at opnå gyldighed. Ydelsesbeskrivelserne har til formål at definere parternes roller og ydelsernes fordeling, og som det gør sig gældende for ABR 89, er ydelsesbeskrivelserne ofte anvendt i totalrådgivningsaftaler. Eksempelvis indgår de som en del af den standard aftaleformular, der er lavet i samarbejde mellem samme to brancheorganisationer og Bygherreforeningen.<sup>26</sup>

Ydelsesbeskrivelserne er udelukkende udarbejdet af rådgivernes organisationer modsat de tidligere gældende specialnormer i byggebranchen, der blev udarbejdet i et samarbejde mellem repræsentanter fra bygherre- og rådgiverorganisationer.<sup>27</sup> Hvilken betydning dette har for den nuværende retsstilling er uvist, men det er en bemærkelsesværdig observation, da ydelsesbeskrivelserne kritiseres for at være for rådgivervenlige.

Rådgiverens opgaver er ofte mangeartede, men som beskrevet i afgrænsningen beskæftiger specielt sig udelukkende med rådgivning i forbindelse med projektering. Rådgivning under projekteringen er beskrevet i ydelsesbeskrivelsernes kapitel 3, som i lighed med ABR 89 inddeler projekteringsrådgivningen i flere forskellige faser. Ydelsesbeskrivelsernes pkt. 3.4 omhandler hovedprojektet og svarer til ABR 89s 3. fase, projektfasen.

Formålet med hovedprojektet er at fastlægge opgaven entydigt og så tilstrækkeligt detaljeret, at det kan danne grundlag for byggetilladelsens betingelser, betingelser for udbud, kontrahering og udførelse. Der findes ikke en klar hjemmel til, at formålet svarer til AB 92 § 2, stk. 2, men det er nærliggende at drage paralleller hertil, hvilket ligeledes gør sig gældende i flere juridiske fremstillinger.<sup>28</sup> AB 92 § 2, stk. 2, fastslår, at materialet, entreprenøren byder på, skal være entydigt udformet for at sikre klarhed over ydelsernes omfang og indhold.

Et tilfredsstillende hovedprojekt indeholder derfor som minimum en dokumentfortegnelse, byggesagsbeskrivelse, arbejdsbeskrivelse, tegninger, tidsplaner og tilbudslister, jf. ydelsesbeskrivelsernes pkt. 3.4.1.

Ifølge pkt. 3.4.2 er rådgiveren derudover ansvarlig for at udarbejde projektdokumentation. Afhængig af opgavens karakter skal rådgiveren udarbejde dokumentation for såvel arkitektens, som ingeniørens og landskabsarkitektens opgaver, såfremt disse deltager. Rådgiveren er desuden forpligtet til at udarbejde planer for tidsforbrug, økonomien, myndighedsinvolvering og kvalitetssikring, jf. ydelsesbeskrivelsen pkt. 3.4.3-3.4.5.

---

<sup>26</sup> Vejledning til aftaleformular for totalrådgiveraftale efter ABR 89, september 2013, pkt. 3.

<sup>27</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 14-16.

<sup>28</sup> Tanja Nielsen & Christian Johansen, T:BB2012.144, s. 1.

Den domfældende myndighed vil ofte være påpasselig med at anvende udvidende fortolkning af ydelsesbeskrivelserne. Som eksempel fra retspraksis på rækkevidden af rådgiverens ydelse kan nævnes T:BB 2004.189VBA. Den entrepriseretlige aftaleform var anderledes end den, der er genstand i denne fremstilling, men ikke desto mindre giver kendelsen et godt billede af voldgiftsrettens anvendelse og vurdering af ydelsesbeskrivelserne. Sagen omhandlede en totalentreprenør, der over for sin rådgiver påberåbte, at vinduespartierne måtte ændres, da bygningsreglementets regler for støjniveau ikke var overholdt. Voldgiftsretten udtalte, at rådgiveren i rådgivningsaftalen havde påtaget sig arkitektfaglig rådgivning som defineret i Praktiserende Arkitekters Råds ydelsesbeskrivelse Byggeri og planlægning 1996. Da gennemførelse af lydmålinger og akustiske beregninger ikke var en arkitektfaglig opgave iht. ydelsesbeskrivelsen, faldt forholdet uden for arkitektens forpligtelser efter rådgivningsaftalen, hvorfor totalentreprenøren ikke kunne rette krav mod arkitekten.

Kendelsen viser, at voldgiftsretten anvender ydelsesbeskrivelsernes ordlyd for at kvalificere, hvorvidt ydelsen er en del af aftalen eller ej.

Det er centralt at pointere, at kendelsen omhandler ydelsesbeskrivelsen fra 1996. Med ydelsesbeskrivelserne fra 2012 er lydmålinger og akustiske beregninger dog stadig ikke en standard arkitektfaglig opgave.

Ydelsesbeskrivelserne fra 2012 giver i modsætning til ABR 89 et bedre overblik over, hvad og hvornår rådgiveren skal præstere sine ydelser dog uden at fastlægge de nærmere betingelser for ydelsernes kvalitet.

Bygherren er derfor nødsaget til at undersøge den bagvedliggende obligationsret for at vurdere, om rådgiveren har præsteret sine ydelser kontraktmæssigt.

### 1.3 Resultat- eller indsatsforpligtelse

I obligationsretten kan rådgivningen traditionelt opdeles i to forskellige kategorier af forpligtelser. Den ene kategori er resultatforpligtelsen, og den anden er indsatsforpligtelsen.

Teorien om resultatforpligtelsen er defineret ved, at rådgiveren forpligter sig til at levere et slutprodukt af en ydelse, uanset hvor kompleks slutproduktet viser sig at være. Indsatsforpligtelsen er derimod kendetegnet ved, at rådgiveren ikke forpligter sig til et bestemt resultat men til at yde en god indsats.<sup>29</sup>

Hvorvidt rådgiveren har påtaget sig en resultatforpligtelse eller en indsatsforpligtelse, får betydning ved vurderingen af, om rådgiveren har leveret den kontraktmæssige ydelse, eller om der foreligger en mangel, som udløser bygherrens misligholdelsesbeføjelser. Sondringen har ligeledes en betydning i relation til bevisbyrden for ydelsens kontraktmæssige stand. Såfremt ydelsen kategoriseres som en resultatforpligtelse, vil udgangspunktet være, at ansvaret i tilfælde af misligholdelse er et præsumptionsansvar. Det vil sige, at det påhviler rådgiveren at bevise, at der ikke er handlet culpøst. Omvendt vil der være tale om en ligefrem bevisbyrde i det tilfælde, forpligtelsen kategoriseres som en indsatsforpligtelse. Her er det således op til bygherren at bevise, at misligholdelsen skyldtes rådgiverens culpøse adfærd.<sup>30</sup>

De to kategorier har givet anledning til diskussion i den entrepriseretlige litteratur. Visse teoretikere betragter rådgiverens ydelse som en resultatforpligtelse, idet rådgiveren er forpligtet til at producere

---

<sup>29</sup> Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, s. 43.

<sup>30</sup> Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, s. 43-47.

et hovedprojekt, som entreprenøren uden videre kan anvende, idet hovedprojektet må skulle leve op til kravene om entydighed og klarhed i den tidligere nævnte AB 92 § 2, stk. 2. Det er her opfattelsen, at der foreligger misligholdelse fra rådgiverens side, såfremt disse krav ikke er opfyldt, uanset om rådgiveren har udvist culpa eller ej.<sup>31</sup>

Gjedde Nielsen og Lykke Hansen er derimod af den opfattelse, at udgangspunktet for rådgiverens ydelse må være en indsatsforpligtelse, idet klienten kun kan forvente en rådgivning, der anvender den tilgængelige viden på området med den fornødne omhu. Skal der ske en fravigelse af udgangspunktet, må det fremgå af aftalen mellem parterne.<sup>32</sup> Det må antages, at opfattelsen til dels bygger på U1973B.322, hvor højesteretsdommer Jørgen Trolle kommenterer, at rådgivere ikke hæfter ud fra et garantisynspunkt (resultatforpligtelse) alene af den grund, at de råder klienten til at anvende et bestemt materiale. Et sådant garantiansvar kræver efter Højesterets opfattelse, at rådgiveren har tilsikret brugbarheden.<sup>33</sup> Til støtte herfor kan fra nyere praksis nævnes U2010.213H, hvor erstatningskravet mod rådgiveren svarede til hvad et anlæg, der kunne sikre fjernelse af kullite og opvarmning, som forudsat ville koste. Da rådgiveren ikke havde påtaget sig at indestå (tilsikret) for et sådant resultat, kunne bygherren ikke få medhold i kravet.

Derimod mener Hansen, at rådgivningsydelsen ikke klart kan placeres i den ene eller den anden kategori. Han mener, at retstilstanden sandsynligvis befinder sig i mellem de to kategorier. Med udgangspunkt i tanken om, at rådgiveren skal præstere et resultat i form af et hovedprojekt, henviser Hansen bl.a. til KFE 2010.61VBA, hvor voldgiftsretten fandt, at projektet ikke var klart og tydeligt beskrevet, og at rådgiveren dermed var ansvarlig for mangelfuld projektering, jf. AB 92 § 2, stk. 2. Hansen tilføjer, at der på trods af de strenge krav til projektets klarhed og entydighed stadig foretages en skyldvurdering. På baggrund af skyldvurderingen vil der således ikke foreligge en ren resultatforpligtelse men netop en blanding af de to.<sup>34</sup>

På trods af ovennævnte diskussioner i litteraturen synes der ikke at være grundlag for at antage, at rådgivning kan betragtes som en resultatforpligtelse med et dertil følgende præsumptionsansvar. Et sådant synspunkt har ikke støtte i praksis, hvorimod der er overvejende medhold i både litteratur og praksis om, at rådgivning i entreprise hovedsageligt må karakteriseres som en indsatsforpligtelse eller en blanding af de to.<sup>35</sup> Her kan bl.a. nævnes T:BB 2009.421Ø, hvor en arkitekt blev tilkendt honorar for sin rådgivning på trods af, at den heri projekterede økonomiske ramme ikke kunne holde, samt T:BB 2009.9V hvor en entreprenørs udfordrende afslibning af et defekt marmorsplitgulv blev honoreret på trods af, at det tilsigtede resultat ikke blev opnået.

Totalrådgiveren er dermed forpligtet til at præstere en god indsats, der kvalitetsmæssigt svarer til, hvad der forventes af en god professionel rådgiver. Hvornår rådgiverens indsats er tilstrækkelig til at opfylde den kontraktmæssige ydelse, er uvist. Som oftest afhænger det af omstændighederne i hvert enkelt konkrete tilfælde og afgøres typisk i forbindelse med ansvarsgrundlagsvurderingen ved en evt. tvist. Som et led i en sådan vurdering vil typisk indgå branchekutymmer og sædvaner.

Ansvarsgrundlaget behandles i Del III, pkt. 1.2.

<sup>31</sup> Tanja Nielsen & Christian Johansen, T.BB 2012.144.

<sup>32</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s.186-187.

<sup>33</sup> Jørgen Trolle, U1973B.322.

<sup>34</sup> Ole Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 109.

<sup>35</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 29. Niels Fenger m.fl., Festskrift til Erik Werlauff, s. 262-265.



## 1.4 Udviklingen i dansk byggeri

Der er gennem en årrække sket en stor udvikling i samfundet, byggeriet og teknologien. Derfor kræves der i dag andre løsningsmodeller end de tidligere anvendte og efterspurgte.<sup>36</sup>

Udviklingen har medført, at de traditionelle beskrivelser og faseinddelinger af ydelserne i ABR 89 og ydelsesbeskrivelserne ikke længere er tidssvarende, hvorfor der i stigende grad aftales entrepriser- og rådgivningsmodeller, der afviger standardvilkårene i AB 92, ABT 93 og ABR 89.

ABR 89 og ydelsesbeskrivelsernes traditionelle faseinddelinger, hvor rådgiverens og entreprenørens roller er klart adskilte, er ikke længere lige så brugbare. I dag anvendes der i stedet ofte entrepriseretlige mellemformer som storentreprise, partnering, udbud på funktionskrav, systemleverancer, konkurrencepræget dialog m.v.<sup>37</sup> En af fællesnævnerne for disse typer kontrakter er bl.a., at entreprenørerne i højere grad involveres i projekteringen. Entreprenørprojektering er således i dag en realitet, hvilket eksempelvis tydeliggøres i ydelsesbeskrivelsernes pkt. 3.4.1. Her fremgår det, at rådgiveren i udbudsgrundlaget fastlægger granskningen og kontrollen af evt. leverandør- og entreprenørprojektering. Dette medfører et skred i standardvilkårenes velkendte faseopdeling, hvor rådgiveren er ansvarlig for projekteringen, og entreprenøren er ansvarlig for udførelsen af byggeriet.<sup>38</sup>

De nye entrepriseretlige mellemformer bevirker, at det bliver vanskeligere for bygherren at konstatere og konkretisere, hvornår rådgiveren har præsteret sin ydelse i rette tid og rette stand, hvis dette ikke på forhånd er klart aftalt i rådgivningsaftalen. At entreprenøren involveres i projekteringen betyder ligeledes at rammerne for totalrådgivningsopgaven, som beskrevet i Del II, pkt. 1.1, i dag er udvikkede. Totalrådgiveren skal præstere et projekt, som entreprenøren kan byde på, men hvis det senere viser sig, at der er glemte ydelser ved entreprenørprojekteringen, er det således uvist om fejlen skal henføres til totalrådgiveren eller den udførende entreprenør.

## 2. Manglen

Når bygherren har vished om, hvilke ydelser totalrådgiveren skal præstere, skal det dernæst undersøges, om forglemmelser ved ydelserne kan karakteriseres som mangler. Hvorvidt der er tale om en mangel afgøres efter samme metode som ved undersøgelsen af ydelserne. Derfor skal indledningsvist aftalen, ABR 89 og ydelsesbeskrivelserne belyses efterfulgt af en undersøgelse af den bagvedliggende obligationsret.

### 2.1 Aftalen og ABR 89

Som oftest vil parternes aftale være tavs vedrørende misligholdelse. Som det var tilfældet med ydelserne skyldes det, at ABR 89 vedtages som udfyldende regelsæt for parternes rettigheder og forpligtelser.

ABR 89 pkt. 8 bærer overskriften *Misligholdelse*. Punktet indeholder fire underpunkter med tilhørende bemærkninger. Hverken underpunkterne eller bemærkningerne definerer misligholdelse af

---

<sup>36</sup> Ole Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 24-30.

<sup>37</sup> Ole Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, Hansen, s. 24 f. Tanja Nielsen og Christian Johansen, T:BB 2012.144.

<sup>38</sup> Tanja Nielsen og Christian Johansen, T:BB 2012.144, s. 4.

rådgivningsaftalen. Derimod omhandler pkt. 8 bygherrens ret til at hæve aftalen, såfremt en allerede konstateret misligholdelse giver anledning hertil, jf. ABR 89 pkt. 8.1-8.4. På trods af at overskriften omhandler misligholdelse, hjemler bestemmelsen i stedet en misligholdelsesbeføjelse. I det befyndelsen til at hæve aftalen allerede er gældende efter de almindelige obligationsretlige regler, fremstår bestemmelsen i pkt. 8 mere eller mindre uden formål.

Det kan medføre en problematisk retsstilling, at ABR 89 ikke beskriver, hvad der skal til, for at en ydelse er misligholdt, da bygherren tager en standpunktsrisiko ved at gøre brug af sine misligholdelsesbeføjelser, f.eks. til at opnå erstatning. Standpunktsrisikoen kan dermed ikke minimeres ved at søge vejledning i ABR 89 pkt. 8, hvorfor bygherren selv risikerer at hæfte, såfremt misligholdelsen ikke er til stede. Bygherren kan ikke forudse sin retsstilling, inden han træffer sit standpunkt, hvorfor han bør være opmærksom på at risikoafdække sig på forhånd gennem aftalen.

Ydelsesbeskrivelserne yder ingen vejledning ifht. kvalificeringen af, hvornår ydelsen er misligholdt. Dette er dog heller ikke overraskende, da formålet med ydelsesbeskrivelserne er at fastlægge netop parternes roller og ydelser og ikke misligholdelsestilfælde.

Det fremgår således ikke af hverken aftalen, ABR 89 eller ydelsesbeskrivelserne, hvornår rådgiverens ydelse er misligholdt og dermed heller ikke, hvorvidt en glemt ydelse kategoriseres som en mangel.

## 2.2 Det obligationsretlige mangelsbegreb

Ifølge de almindelige obligationsretlige principper skal rådgiverens ydelse præsteres i rette tid, på rette sted og i rette stand. En mangel kan enten foreligge, når ydelsen ikke besidder de egenskaber, som parterne har fastlagt i aftalen, eller når ydelsen ikke tilfredsstiller samtlige de krav, som alle relevante retsregler stiller til den. Et eksempel kan være, at ydelsen ikke er som krævet og forventet i forhold til samtlige omstændigheder, jf. den almindelige mangelsdefinition udtrykt i købelovens § 76, stk. 1, nr. 1-4. Det vil med andre ord sige, at manglen enten kan forekomme som en konkret eller generel mangel. Konkret defineret ved, at den hviler på en individuel aftale, dennes vilkår og de konkrete omstændigheder i relation til aftalen. Manglen er derimod generel, hvis grundlaget er den almindelige retsopfattelse, hvilket vil sige, at rammerne fastlægges på baggrund af den faglige norm på området.

På nogle områder kan sondringen mellem konkret eller generel normfastsættelse være relativ simpel at fastlægge. På andre områder er vurderingen dog mere vanskelig og vil typisk vurderes på baggrund af skønserklæringer, responsa fra brancheorganisationer, voldgiftsafgørelser, m.v.<sup>39</sup>

Det antages, at samme obligationsretlige mangelsdefinitioner kan anvendes direkte på totalrådgiverens ydelser. Mangler ved ydelserne kan derfor enten defineres ved, at bygherren specifikt har karakteriseret realydelsen i rådgivningsaftalen, hvorfor manglen skal bedømmes konkret i forhold til aftalen. Dette kan f.eks. være i et tilfælde, hvor bygherren i totalrådgivningsaftalen instruerer arkitekten i at tegne altaner på samtlige lejligheder i lejlighedskomplekset. Arkitekten glemmer dog at tegne altanerne på byggetegningerne, hvorfor entreprenøren udfører byggeriet uden altaner.

---

<sup>39</sup> Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, s. 53. Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 201.

Manglen kan også betragtes generelt ved et lignende eksempel, hvor arkitekten tegner altaner på byggetegningerne som aftalt men glemmer at tegne rækværk på alle altanerne. Dermed opfyldes de sikkerhedsmæssige krav for opførelse af altaner ikke, og altanerne kan ikke sikkerhedsgodkendes. En sådan forglemmelse vil stride mod den almindelige retsopfattelse, hvorfor der tydeligvis er tale om en mangel af generel karakter.

Ovennævnte er klare eksempler på konkrete og generelle mangler. Udover at være mangler repræsenterer de ligeledes glemte ydelser i relation til rådgiverens realydelse.

Uanset om totalrådgiverens glemte ydelse er en misligholdelse på baggrund af et konkret eller generelt mangelsbegreb, er det ikke givet, at rådgiverens forglemmelser medfører et erstatningsansvar, hvilket vil blive behandlet yderligere i Del III.

Som belyst ved eksemplerne er det teoretisk forholdsvis simpelt at konkludere, hvorvidt en ydelse er glemt og dermed udgør en mangel ved det af rådgiveren udarbejdede projektmateriale. I praksis vil deduktionen dog ikke være lige så enkel. Udfordringen relaterer sig til vanskelighederne ved at fastslå afgrænsningen af ydelsen. Dermed består udfordringen ikke i at konkludere, hvorvidt en ydelse er glemt, men i højere grad at specificere, hvad ydelsen indeholder.

Bygherren må være forberedt på modargumenter, som rådgiveren forventeligt vil fremføre, såfremt tvisten eksempelvis ender i en voldgiftssag. I T:BB 2010.256VBA bestred rådgiveren at være erstatningsansvarlig for bæreevnen på en bygning, idet etagedækket var udført på grundlag af beregninger og tegninger fra leverandøren. Afgørelsen er et eksempel på, at rådgivningsaftalens parter er uenige om, hvem der skal præstere ydelsen, og hvad parternes forpligtelser indeholder. Bygherren var af den opfattelse, at det var totalrådgiverens forpligtelse, hvorimod rådgiveren antog, at beregningen af bæreevnen var entreprenørens forpligtelse. Kendelsen er tillige et godt eksempel på, at grænserne mellem parternes roller, faseinddelinger og ydelser er blevet uklare som følge af byggebranchens udvikling som beskrevet i Del II, pkt. 1.4.

Ved det konkrete mangelsbegreb er det som beskrevet aftalen, der definerer, hvorvidt ydelsen er glemt eller ej. I vurderingen af om ydelsen er glemt i projektmateriale, vil det som udgangspunkt afgøres på baggrund af forslagsfasen, jf. ABR 89 pkt. 2.3, nr. 2, der ligger forud for projekteringsfasen. Den manglende skarpe opdeling af faser afleder nye udfordringer for bygherren, da det vanskeliggør fikseringen af det tidspunkt, hvor ydelsen definitivt kan konkluderes at være glemt og derved sikre, at ydelsen ikke blot er en del af f.eks. et rettelsesblad eller en efterprojektering. Problemstillingen er bl.a. beskrevet i den utrykte kendelse fra VBA af den 8. januar 2016.<sup>40</sup> Her havde bygherren bl.a. rejst krav om erstatning på baggrund af diverse projektændringer. Bygherren gjorde gældende, at totalrådgiveren havde glemt en ydelse, idet ydelsen først kom til i den afsluttende fase i forbindelse med indførelsen af en række rettelsesblade til den endelige entreprenørkontrakt. Voldgiftsretten fandt derimod ikke forholdet ansvarspådragende, og bygherren blev ikke tilkendt erstatning:

*"Voldgiftsretten finder det ikke godtgjort, at det forhold, at rettelserne kom til i den afsluttende fase af projekteringen, må anses for at indebære en ansvarspådragende tilsidesættelse af god projekterings-skik."<sup>41</sup>*

---

<sup>40</sup> Bilag 1.

<sup>41</sup> Bilag 1, s. 16.

Hvorvidt voldgiftsretten finder, at den senere tilstødende projektering, er en mangel på trods af det manglende ansvarsgrundlag, fremgår ikke af kendelsen. Voldgiftsretten synes at lægge vægt på, at rettelserne kom til inden underskrivelsen af entreprisekontrakten og dermed inden påbegyndelsen af udførelsen af byggeriet, hvilket vil sige næste fase efter en traditionel faseopdeling. Hvorvidt voldgiftsretten tillægger tidspunktet for påbegyndelsen af udførelsen betydning som skæringspunkt for glemte ydelser, fremgår ikke klart af kendelsen. Visse aspekter af kendelsen peger dog derpå.

Kendelsen vil blive behandlet yderligere i forbindelse med behandlingen af ansvarsgrundlaget og tabet i Del III.

### 3. Delkonklusion

Det kan konkluderes, at bygherren ofte har vanskeligt ved at konkretisere, hvilke projekteringsydelser der er indeholdt i totalrådgivningsaftalen. Dette skyldes dels, at aftalen og ABR 89 kun overfladisk forholder sig til rådgiverens forpligtelser, og dels udviklingen i dansk byggeri, hvor standardvilkårene ikke længere er tidssvarende.

Dermed fastlægger parterne ydelserne på baggrund af DANSKE ARK og FRI's ydelsesbeskrivelser, som desuden er et udtryk for branchestandarder. Er intet andet aftalt mellem parterne, vil ydelsesbeskrivelserne også ofte anvendes ved fortolkningen af de obligationsretlige forpligtelser.

Selv om ydelsesbeskrivelserne definerer totalrådgiverens forpligtelser, forholder de sig ikke til ydernes kvalitet, der i stedet reguleres af de almindelige obligationsretlige principper, hvor rådgiveren er forpligtet til at yde en god indsats. Hvornår ydelserne har en sådan kvalitet, at der er præsteret kontraktmæssigt, må afgøres efter branchekutymer og sædvaner, som ofte vurderes gennem responsa fra brancheforeninger samt retspraksis.

Teoretisk er glemte ydelser enkle at kvalificere, da de foreligger, når rådgiveren har glemt at projektere en ydelse, som han efter aftalen eller efter den almindelige retsopfattelse er forpligtet til. I praksis volder det derimod problemer at fastslå, hvorvidt det glemte er en del af rådgiverens ydelse eller ej. Problemerne med fastlæggelsen af rådgiverens ydelse afspejles således i vurderingen af, hvorvidt der foreligger en mangel. Hvis det dog konstateres, at rådgiveren har glemt en ydelse, som var en del af hans forpligtelser, vil det betragtes som en mangel.<sup>42</sup>

På grund af standardvilkårene og ydelsesbeskrivelsernes utilstrækkelighed bør bygherren i forbindelse med aftaleindgåelsen være opmærksom på, hvorvidt der skal inddrages supplerende vilkår eller vejledninger, som specificerer, hvordan, hvornår og i hvilken kvalitet, rådgiveren skal præstere sine ydelser kontraktmæssigt. På den måde vil bygherren ikke efterfølgende skulle bruge tid og ressourcer på at fastslå og afklare, hvorvidt rådgiverens ydelse er en del af totalrådgivningsaftalen eller ej, og hvorvidt forglemmelsen er en mangel.

Selvom bygherren godtgør, at rådgiverens forglemmelser udgør mangler, er det stadig en forudsætning for at opnå erstatning, at de erstatningsretlige betingelser er opfyldt. Disse vil blive behandlet i Del III.

---

<sup>42</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 203.

### DEL III ERSTATNING

I dansk ret kan erstatning opdeles i et kontraktsansvar og et deliktansvar forstået som erstatning inden for og uden for kontraktforhold. Kontraktreglerne er udarbejdet for at kunne regulere ansvaret for den frivilligt påtagne forpligtelse til at levere en bestemt ydelse over for en kontraktpart. Deliktreglerne er derimod udviklet for at kunne regulere forhold, hvor der typisk ikke består et aftaleforhold parterne imellem.

Betingelsen for at ifalde ansvar er den samme, uanset om der er tale om et kontraktansvar eller et deliktansvar. Der skal derfor i begge tilfælde anvendes en culpabedømmelse. Culpaansvaret vil dog kunne variere afhængigt af, hvilket regelsæt der anvendes. Eksempelvis kan en ansvarsregulering i kontraktforhold give de kontraherende parter mulighed for at arrangere og regulere ansvaret, så det tilpasses kontrakten. Derimod finder deliktreglerne anvendelse uanset aftale herom. Deliktansvaret kan derfor ikke begrænses eller reguleres.

Tabopgørelsen vil afspejles i det valgte regelsæt. Efter kontraktregelsættet er det bl.a. muligt for den krænkede part at kræve erstatning for positiv opfyldelsesinteresse i tilfælde af misligholdelse af kontrakten. Det betyder således, at parten skal stilles som om, kontrakten var opfyldt efter dens indhold. Ved erstatning uden for kontrakt kan skadelidte udelukkende kræve formueforringelsen erstattet.<sup>43</sup>

Der er ligeledes en forskel i relation til bevisbyrden. Efter kontraktregelsættet gælder ofte omvendt bevisbyrde, mens der vil være en ligefrem bevisbyrde efter de almindelige deliktstatningsregler.<sup>44</sup> Bevisbyrden skal vurderes i relation til udgangspunktet om, at den, der rejser et krav, har bevisbyrden for at bevise, at samtlige elementer i erstatningsvurderingen er opfyldt.<sup>45</sup>

Sondringen mellem hvorvidt rådgivning reguleres efter et kontraktansvar eller deliktansvar har længe været genstand for diskussion i juridisk litteratur. Rådgivningsansvaret kan ikke rubriceres generelt, men vil som oftest være bestemt ud fra professionen. I nogle henseender karakteriseres rådgivningsansvar som et kontraktansvar, mens det i andre tilfælde karakteriseres som en deliktansvar. Det vil dog sjældent være nødvendigt at klassificere ansvaret, da det samme resultat kan nås uanset regelsættet, idet tilbagefaldsreglen er et culpaansvar.<sup>46</sup>

I nyere tid anerkendes derfor også inden for visse aftaleformer en sammensmeltning mellem kontraktansvar og deliktansvar i relation til almindelig formueskade og ikke mindst inden for rådgivning i entrepriseforhold. Rådgivningsaftalen regulerer forholdet mellem parterne, men samtidig vil branchenormer fastlægge standarder for korrekt adfærd på området. Ansvar vil derfor reguleres ved, at regelsættene glider sammen til en integreret standard, således at de udefra givne normer og aftalen parterne imellem vil danne grundlag for vurderingen af ansvarsgrundlaget.<sup>47</sup> Dette behandles yderligere i Del III, pkt. 1.1.

ABR 89 pkt. 6 bærer overskriften *Ansvar*. Punktet er delt op i to underafsnit, hvor pkt. 6.1 omhandler ansvar for tidsfristoverskridelser og pkt. 6.2 ansvar for fejl og forsømmelser. ABR 89 pkt. 6.2.1 fastlægger, at "*rådgiveren er ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler for fejl og forsømmelser ved opgavens løsning.*" Normteksten fastslår dermed ikke, hvilke konkrete handlinger rådgiveren er ansvarlig for.

---

<sup>43</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 15-17.

<sup>44</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 28.

<sup>45</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 129 og s. 303.

<sup>46</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 28.

<sup>47</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 19.

I bemærkningen til pkt. 6.2.1 anføres det, at reglen er formuleret som en retlig standard, hvilket medfører, at det er op til praksis at fastlægge og nuancere culpereglen, som udgør udgangspunktet.<sup>48</sup> Vejledning kan ydermere hentes i Vedtægterne for Arkitektvirksomhed samt Almindelige bestemmelser for Rådgivende Ingeniørvirksomhed. Vedtægterne fastslår bl.a., at rådgiveren er ansvarlig for skader opstået på baggrund af mangel på fornøden dygtighed hos rådgiveren eller dennes folk, at rådgiveren ikke er ansvarlig for hændelige skader eller skader, som kan henføres til bygherren samt rådgiverens uforsvarlige adfærd ved brug af nye materialer. Fælles for vedtægterne og de almindelige bestemmelser er, at de behandler skader og ikke fejl og forsømmelser ved rådgiverens ydelse. Derfor bidrager ABR 89 ikke til en forståelse af, hvorvidt en konkret adfærd er ansvarspådragende.

De fundamentale betingelser for at pålægge et erstatningsansvar er, at der skal være et ansvarsgrundlag, der skal være lidt et konkret tab, der skal være årsagsforbindelse mellem tabet og den ansvarspådragende handling, og tabet skal være en påregnelig følge af den skadevoldende handling.<sup>49</sup>

Derudover er skadelidte forpligtet til at begrænse sit tab mest mulig ved at påse sædvanlig agtpågivenhed og må ikke ved handling eller undladelse selv have medvirket til skadens indtræden og det efterfølgende tab.<sup>50</sup>

Samtlige af disse betingelser vil i det følgende blive gennemgået ud fra det perspektiv, at bygherren ønsker at kræve erstatning for totalrådgiverens glemte ydelser.

## 1. Ansvarsgrundlag

I bedømmelsen af om en person har handlet ansvarspådragende skal dansk rets almindelige erstatningsretlige hovedregel om culpa således vurderes. Såfremt en person handler culpøst, har vedkommende handlet uforsvarligt enten i form af forsæt eller uagtsomhed. Det er ikke den forsætlige tilregnelser, der er udfordrende, men derimod grænsen mellem den uagtsomme og den hændelige adfærd. Tidligere blev vurderingen af ansvarsgrundlaget foretaget ud fra en subjektiv bonus pater målestok, hvorimod uagtsomhedsbedømmelsen, som led i culpavurderingen i dag suppleres af en mere normativ vurdering. Det vil sige, at der nu i stedet vurderes, hvorvidt handlingen afviger fra det adfærdsmønster, der er anerkendt på det tidspunkt, hvor en culpøs handling, der medfører et tab, sker. Dermed er culpavurderingen objektiviseret og relativ, da den dynamisk tilpasses den til området og tiden gældende retsorden.<sup>51</sup>

Uagtsomhedskravets relativitet medfører, at culpereglen kan variere i forhold til eksempelvis børn, ældre og handicappede; men også i professionelle forhold er vurderingen af ansvar anderledes.

Professionsansvaret, som ofte er udtrykt som en strengere eller skærpet ansvarsnorm, vil være et gennemgående omdrejningspunkt, da totalrådgiveren agerer som den professionelle part i sin branche og skal opfylde de normsæt, der gælder for rådgiverdisciplinen i udførelsen af sit hverv.<sup>52</sup>

Derfor vil professionsansvaret i relation til totalrådgivning være genstand for analyse i det følgende.

---

<sup>48</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 172.

<sup>49</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 25ff.

<sup>50</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 27.

<sup>51</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 85ff.

<sup>52</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 119.

## 1.1 Professionsansvar

Der findes mange definitioner på begrebet professionsansvar. Selve begrebet beskriver hverken bevisbyrden eller den ansvarsnorm, der skal anvendes i det konkrete tilfælde.<sup>53</sup> Fortolkes der på ordenes eksplicitte betydning, hersker der ingen tvivl om, at det er rådgiverens professionelle ansvar, der skal beskues. Der synes således at være skabt klarhed over, at der skal anlægges en anden ansvars-vurdering, der rækker ud over det almindelige culpaansvar.

Hvorvidt professionsansvaret generelt skal betragtes som strengere eller mere skærpet end det almindelige culpaansvar, har været til stor diskussion i juridisk litteratur. Gomard beskriver således:

*"I stedet for en almindelig fornuftig person (bonus pater) må der anvendes en fornuftig person med de fornødne kvalifikationer som målestok for, hvad der kan anses for forsvarligt eller uforsvarligt og dermed blandt andet ansvarspådragende efter culpaeglen."*<sup>54</sup>

Formuleringen underbygger, at bonus-pater vurderingen ikke udgør den rette - eller tilstrækkelige - målestok, når professionsansvaret skal vurderes. Vurderingen skal ikke betragtes strengere end den almindelige culpa men derimod som en differentiering af det almindelige ansvar. En betragtning som bakkes op af både Ulfbeck og Langsted.<sup>55</sup>

Bygherren henvender sig til rådgiveren for at få en god og professionel rådgivning, og derfor er professionsansvaret et udtryk for, at målestokken skal være objektiveret og relativt tilpasset den forsvarlige adfærd, der kendetegner forholdene på det specifikke forretningsområde.<sup>56</sup>

I relation til ovenstående kan fra praksis nævnes T:BB 2008.380VBA, hvor en bygherre havde rejst et krav mod den projekterende arkitekt for mangler i form af bl.a. frostsprængning af terrassesten. Arkitekten havde i forbindelse med projekteringen foretaget undersøgelser af stenenes evne til at modstå frost. Stenbruddet og forhandleren havde begge oplyst, at stenene kunne bruges udendørs og var frostsikre. Voldgiftsretten lagde til grund, at det forhold, at rådgiveren ikke havde krævet en garanti for stenenes frostsikkerhed, og at rådgiveren havde stillet sig tilfreds med de samstemmende oplysninger, ikke kunne tilregnes arkitekten som uagtsomt. Rådgiveren blev derfor frifundet for ansvar.

I T:BB 2006.334VBA fandt voldgiftsretten, at de projekterende arkitekter havde udvist betydelig uagtsomhed. Arkitekterne havde kendskab til de relevante SBI-anvisninger og var dermed ansvarlige for fugtskader, der skyldtes mangelfuld ventilering og drænlægning.

Desuden kan T:BB 2000.86VBA nævnes, hvor rådgiveren fandtes ansvarlig for en fejl i et tunnelprojekt. Rådgiveren havde udarbejdet et projekt med den fejlagtige konstruktion, at jernbanetunnelens højre side var angivet som den nordlige side, mens venstre side var angivet som den sydlige. Det omvendte var imidlertid tilfældet, hvilket skabte problemer, da jordbundstrykkene var forskellige, hvorfor betonelementerne blev placeret, så de ikke passede til det jordtryk, de var konstrueret til. Voldgiftsretten udtalte, at i et "*sådant tilfælde er det utvivlsomt udgangspunktet, at bygherrens projektansvarlige [rådgiveren] hæfter for det tab, der er en følge af fejlen.*" I kendelsen synes det klart for

---

<sup>53</sup> Niels Fenger m.fl., Festskrift til Erik Werlauff, s. 263.

<sup>54</sup> Bernhard Gomard, Moderne erstatningsret, s. 39-40.

<sup>55</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 23ff. Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 171ff.

<sup>56</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 120.

voldgiftsretten, at rådgiveren burde kende til verdenshjørnernes placering og derfor havde handlet uagtsomt.

Voldgiftskendelserne viser, at der anvendes en differentiering af den almindelige culpanorm. Der vurderes specifikt i forhold til den branche, den professionelle optræder i. Var der i stedet anvendt en almindelig culpavurdering, var kendelserne sandsynligvis endt med frifindelser, da almindelige personer ikke forudsættes at kende til eksempelvis SBI-anvisninger og jordbundstryk, mv.

Tidligere blev begrebet professionsansvar udelukkende anvendt om revisorer og advokaters ansvar for levering af tjenesteydelser af intellektuel karakter. I dag anvendes begrebet også på præstation af ydelser af håndværksmæssig karakter og omfatter således læger, tandlæger, ingeniører osv. Fælles for ovennævnte brede kreds af aktører er, at de pågældende i kraft af teoretisk uddannelse inden for et bestemt fag repræsenterer en særlig viden, som kan danne grundlag for rådgivning og eventuel efterfølgende udførelse af særlige arbejdspræstationer.<sup>57</sup> Jørgensen definerer, at begrebet professionsansvar indeholder følgende elementer:

- " 1) en særlig sagkyndig rådgivnings- og/eller arbejdspræstation,*
- 2) en særlig "faglig etos", som går ud over den almindelige moral,*
- 3) medlemskab af en kollektiv organisation, der regulerer tilgangen og fastsætter de "fagetiske normer",*
- 4) en særlig social status, der kan henføres til en særlig lovgivning eller anden offentlig autorisation eller medlemskab af en anden socialt anerkendt faglig forening."<sup>58</sup>*

Punkterne antyder, at begrebet kan anvendes i forhold til en bred skare af aktører. Da totalrådgiveren oftest vil være enten arkitekt eller ingeniør, vil denne opfylde samtlige punkter. Det er derfor i relation til Jørgensens definition uomtvisteligt, at totalrådgiveren vil blive betragtet som en aktør, der vil kunne bedømmes ud fra et professionsansvar.

Totalrådgiveren er ansvarlig efter professionsmålestokken, hvis han ikke løser rådgivningsopgaven med den omhu og faglige dygtighed, som bygherren med rimelighed kan forlange af en professionel teknisk rådgiver på rådgivningstidspunktet.

Foruden den almindelige objektiverede culpavurdering, hvor det relative områdes objektive standard består af en vurdering af ordensforskrifter og sædvaner, vil der i professionsansvarsvurderingen tillige indgå en iagttagelse af branchenormen på området.

Det indledende element i den differentierede culpabedømmelse bliver derfor at fastlægge branchenormen på det specifikke område. Herefter skal det vurderes om handlingen medfører en overtrædelse, der er ansvarspådragende eller ej.

Sammenholdelsen af den objektiverede culpabedømmelse og branchenormerne betragtes af nogle teoretikere som en skærpelse i forhold til det almindelige ansvar.<sup>59</sup>

God-skik regler og etiske regler på det pågældende område vil ofte understøtte vurderingen af branchenormen.

---

<sup>57</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 24. Mads Bryde Andersen, Advokatretten, s. 752.

<sup>58</sup> Stig Jørgensen, Et funktionsbestemt professionsansvar, s. 3.

<sup>59</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 36-37.



Den umiddelbare sproglige forståelse af udtrykkene god skik og etik er, at begreberne dækker over mere end en juridisk forsvarlighedsvurdering. Selv om en handling er forsvarlig i juridisk forstand, udelukker det ikke, at handlingen kan karakteriseres som uetisk eller i uoverensstemmelse med god skik. De etiske regler og god skik regler kan dermed have en længere rækkevidde end de juridisk krav. Begrebsdefinitionen på god skik regler er, at det er et udtryk for en sædvanemæssig fastlæggelse af kravene til en forsvarlig professionsudøvelse, hvor en overtrædelse ofte vil være et indicium for, at der i juridisk forstand er handlet culpøst.<sup>60</sup> Det betinger dog, at reglen er nedskrevet eller anerkendt i en sådan grad, at de professionelle kan iagttage den. God skik regler er soft law, men da god skik regler ofte udtrykkeligt fremgår af lovgivningen eller bliver genstand for domstolsprøvelse, bliver reglerne i stigende grad inddraget i den juridiske forsvarlighedsvurdering.<sup>61</sup>

Derfor vil en tilsidesættelse af en branchenorm som oftest være ansvarspådragende, hvorimod en overholdelse af branchenormen ikke altid sikrer, at der fritages for ansvar.<sup>62</sup>

Som eksempler på anvendelse af god skik regler i culpavurderingen kan nævnes U2011.2059H, hvor en tagkonstruktion i et lægehus måtte udskiftes på grund af råd, svamp og andre mangler. Højesteret fandt arkitektfirmaet og tømrermesteren solidarisk erstatningsansvarlige for skaderne i taget, som skyldtes, at en speciel dampspærrer, også kaldet hygrodioder, var monteret forkert og i strid med god håndværkerskik.

Modsat fandt voldgiftsretten ikke, at totalrådgiveren havde handlet i strid med god rådgiverskik i T:BB 2017.779VBA. Sagen omhandlede brug af MgO-plader i stedet for det oprindelige projekterede materiale. Rådgiveren havde lagt de modtagne produktoplysninger om MgO-pladerne til grund uden selvstændig efterprøvelse, da der ikke var anledning til at betvivle oplysningerne. Voldgiftsretten bemærkede, at totalrådgiveren ikke handlede ansvarspådragende ved ikke at foretage yderligere undersøgelser eller længerevarende forsøg af pladernes egenskaber under høj relativ luftfugtighed gennem en vis tid inden anvendelse i byggeriet.

Derimod forsømte totalrådgiveren sin loyalitetspligt ved ikke at forelægge bygherren oplysningerne, hvorfor han havde tilsidesat sine forpligtelser efter rådgivningsaftalen på ansvarspådragende måde.

Domstolene og voldgiftsretten har ofte ikke indgående kendskab til branchekutymen, branchesædvaner og god skik regler på fagområderne. Ansvarssituationerne er desuden sjældent sammenlignelige, og derfor er det ikke usædvanligt, at der indhentes udtalelser fra den tekniske rådgivers organisation til brug for ansvarsbedømmelsen. Af samme grund blev der også indhentet syn og skøn i ovenstående T:BB 2017.779VBA, hvorfor skønsmændenes besvarelse medførte, at voldgiftsretten fandt, at totalrådgiveren ikke havde handlet i strid med god rådgiverskik.

Domstolene føler sig dog ikke altid forpligtet til at følge disse udtalelser, hvilket kan ses i U1950.658H, hvor Dansk Arkitektforenings retsudvalg udtalte sig konkret i sagen vedrørende branchekutymen i relation til tegninger og beskrivelser af en tagkonstruktions forankring. Højesteret valgte dog ikke at lægge vægt på udtalelsen, da rådgiveren blev pålagt ansvar uanset Dansk Arkitektforenings modsatte udsagn. Højesteretsdommen er af ældre dato, hvorfor retstilstanden i dag kan være ændret.

---

<sup>60</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 120.

<sup>61</sup> Eksempelvis retsplejeloven § 126, stk. 1, som henviser til god skik for advokater. Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 33.

<sup>62</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 120.

Domstolene og voldgiftsretterne har i dag et åbenbart behov dels for sagkyndig oplysning af sagen og dels for bistand til fastlæggelse af branchenormen. Derfor indgår sagkyndige udtalelser og vurderinger ofte til støtte for parternes påstande, ligesom udtalelserne ofte er udslagsgivende i forhold til sagens resultat.

For at fastslå om totalrådgiveren har handlet ansvarspådragende i relation til glemte ydelser, vil det generelle professionsansvar, samt hvilke konkrete omstændigheder der indgår i vurderingen, blive analyseret i det følgende.

## 1.2 Totalrådgiverens ansvar for glemte ydelser

Som beskrevet i Del II, afsnit 1.3 betegnes rådgiverens ydelse som en indsatsforpligtelse, hvilket betyder, at totalrådgiveren er forpligtet til at yde god og professionel rådgivning.

Totalrådgiverens opfyldelse af sin indsatsforpligtelse skal betragtes og vurderes over for både rådgivningsaftalen og den professionsbestemte ansvarsnorm gennem hele totalrådgiverens arbejdsindsats.

Nyeste praksis vedrørende glemte ydelser er en utrykt kendelse fra VBA af 8. januar 2016.<sup>63</sup>

I den afsluttende fase af projekteringen blev en række projektrettelser tilføjet, hvilket medførte, at bygherren rettede krav mod totalrådgiveren om erstatning for glemte ydelser.

Voldgiftsretten bemærkede indledningsvist, at:

*"I det omfang, det herefter på enkelte punkter vurderes, at der er tale om en fejl, må det dernæst vurderes, om fejlen kan tilregnes de projekterende som culpøs og dermed ansvarspådragende."*<sup>64</sup>

Voldgiftsrettens præmis understøtter specialets struktur i forhold til anvendelse af den obligationsretlige tretrins-model til løsning af situationer, hvor rådgiveren har glemt visse ydelser.

Voldgiftsretten bemærker desuden, at hvert enkelt erstatningskrav skal vurderes særskilt og ikke vurderes som summen af de samlede erstatningskrav.

Under voldgiftssagen blev der ikke gennemført syn og skøn om projektets indhold og kvalitet herunder projektets overensstemmelse med aftalen og god projekteringskik. Derimod blev der anvendt en generel overordnet bevisførelse i form af mundtlige parts- og vidneforklaringer. Disse forklaringer var efter voldgiftsrettens opfattelse ikke tilstrækkelige til en generel negativ bedømmelse af projektet, hvorfor bevisvurderingen blev foretaget særskilt for hvert af de enkelte forhold.

Da ikke alle kendelsens erstatningskrav vedrørte glemte ydelser, er de enkelte forglemmelser oplistet særskilt. Derudover fremgår det, hvorvidt forglemmelsen blev vurderet som værende ansvarspådragende eller ej:

- Ikke bevismæssigt godtgjort at god projekteringskik var tilsidesat, da rettelserne kom til i den afsluttende fase af projekteringen.
- Ikke bevismæssigt godtgjort at god projekteringskik var tilsidesat, da fundamentet efterfølgende blev ændret grundet glemte ydelser.

---

<sup>63</sup> Bilag 1.

<sup>64</sup> Bilag 1, s. 14.

- Ikke bevismæssigt godtgjort at god projekteringssskik var tilsidesat, da koterne var angivet forkert.
- Ansvarspådragende fejl ved udetaljeret projektering. Der var dog ikke lidt et tab.
- Ansvarspådragende fejl ved projektering med varmtvandsbeholder, der havde utilstrækkelig kapacitet. Der var dog ikke lidt noget tab.
- Ansvarspådragende fejl ved manglende brandvæg og brandspjæld i projekteringen. Der var dog ikke lidt noget tab.
- Ansvarspådragende fejl ved manglende projektering af trykfast isolering på kælderdek. Der var dog ikke lidt noget tab.

Overordnet kan det af afgørelsens enkelte erstatningskrav udledes, at glemte ydelser generelt er mangler og er ansvarspådragende for totalrådgiveren. Bygherren har dog to udfordringer i forhold til at få medhold i sit erstatningskrav.

For det første skal bygherren bevismæssigt godtgøre, at rådgiveren har handlet ansvarspådragende. Her kan konkluderes, at generelle mundtlige forklaringer og løsrevne citater ofte ikke er tilstrækkelige, som eneste bevismiddel til at godtgøre, at der er handlet ansvarspådragende. Parterne burde derfor fremlægge skønserklæringer for at sikre sig sin retsstilling.

Omend det kan godtgøres, at rådgiveren har handlet ansvarspådragende, er der dog en vis skønsmargin, hvorfor glemte ydelser ikke altid vil være ansvarspådragende. Det udtrykkes af voldgiftsretten således:

*"Heller ikke det forhold, at der under et større og komplekst byggeri som det foreliggende viser sig forhold, som ikke er forudset, og som medfører uddybninger, tilføjelser eller endog ændringer i projektet, er nødvendigvis udtryk for, at projektet er mangelfuldt. Sådanne forhold må undertiden anses for uforudseelige og dermed ikke udtryk for en fejl."*

Det kan ikke udledes af præmisserne, hvor grænserne for ansvarsfrie og ansvarspådragende glemte ydelser går. Voldgiftsretten viser dog en tendens til at anvende udtrykket nødvendige ydelser, hvorfor grænsen kunne gå ved sondringen mellem nødvendige og ubetydelige glemte ydelser og dermed være et udtryk for en bagatel- eller tålegrænse.

For det andet fremgår det, at det oftest ikke er ansvarsgrundlaget, der volder problemer i praksis, men derimod opgørelsen og dokumentationen for tabet, hvilket er genstand for behandling i Del III, pkt. 3.

I KFE 1993.161VBA gjorde bygherren gældende, at der påhvilede arkitekten og den rådgivende ingeniør erstatningsansvar for udgifter til løsning af vandproblemer og vandskader. Skønserklæringerne viste, at problemerne skyldtes vandindtrængning fra overfladevand og de øvre jordlag, der ikke kunne bortledes uden drænlægning grundet jordtypen. Det fremgik desuden i skønserklæringen, at rådgiverne ikke havde taget tilstrækkeligt hensyn i projektet til, at jorden ikke var selvdrænende. Projektet var udarbejdet i samarbejde mellem rådgiverne. Bygningsreglementet af 1982 krævede, at der blev udført omfangsdræn, når jorden ikke var selvdrænende, samtidig med at afstanden fra gulvet til terrænet var under 30 cm. I projektet var der overalt regnet med en afstand på 15 cm fra gulv til terræn, og ved den efterfølgende opmåling blev det flere steder konstateret, at højdeforskellen var mellem 0 og 5 cm. I forhold til arkitektens rolle fandt voldgiftsretten, at projektets indhold i form af beskrivelser og anvisninger på faldet fra bygningen og højden mellem gulvet og terrænet var utilstrækkelig, hvorfor manglerne var ansvarspådragende.

I forhold til ingeniørens rolle fandt voldgiftsretten, at der nødvendigvis måtte anføres omfangsdræn, hvilket både skønserklæringen og Bygningsreglementet af 1982 anførte. Ingeniørens undladelse var således også ansvarspådragende.

I kendelsen vurderer voldgiftsretten rådgiverne individuelt i relation til hvert professionsområde. Det er ikke tilstrækkeligt at foretage culpabedømmelsen samlet, da det er den specifikke professions målestok for kvalifikationer og påpasselighed, der foreligger til påkendelse. Ingeniørens ansvarspådragende adfærd synes mest interessant. Ifølge skønserklæringerne burde ingeniøren have projekteret omfangsdræn, da det fremgik af forskrifter på området. Dette er et udtryk for en mangel af generel karakter. Hvorvidt der er tale om en glemt ydelse eller en projektfejl, afgøres ikke klart i dommen men afhænger af rådgiveraftalen samt omstændighederne i øvrigt. På det foreliggende grundlag er der dog ingen tvivl om, at ydelsen burde have været præsteret - men ikke blev det, hvorfor ingeniøren havde handlet ansvarspådragende.

T:BB 2008.203VBA omhandlede en totalrådgivers frifindelse for erstatningsansvar i relation til glemte ydelser. Totalrådgiveren havde i flere henseender handlet ansvarspådragende men blev frifundet, da tabet ikke blev tilstrækkelig godtgjort.

I relation til totalrådgiverens ansvar fandt voldgiftsretten, at kravet vedrørende ændring af facadeophæng skyldtes en fejl i udbudsmaterialet, da det udbudte projekt indeholdt en for spinkel konstruktion til den valgte facadebeklædning. Rådgiveren havde desuden fejlagtigt glemt at medtage pris for montagebeslag og justeringer af tagstål. Dertil kom målefejl. Voldgiftsretten fandt samtlige disse forhold ansvarspådragende. Tabet kunne dog ikke godtgøres, hvorfor afgørelsen vil blive behandlet yderligere i Del III, pkt. 3.

T:BB 2010.661VBA vedrørte et elanlæg, der skulle installeres på et eksisterende elværk i Burkina Faso. Rådgiveren og bygherren indgik en rådgivningsaftale og vedtog ABR 89 som supplement. Rådgiveren skulle udarbejde projekt- og udbudsmateriale, men materialet indeholdt en række fejl og mangler, hvilket medførte krav på ekstraarbejder fra entreprenøren. Rådgiveren havde bl.a. foreslået bygherren at udskifte det eksisterende styringssystem med et computerstyret system. Efterfølgende viste det sig imidlertid, at rådgiveren havde overset, at den computerstyrede synkronisering krævede anvendelse af et særligt synkroniseringsudstyr, hvorfor ydelsen var glemt i entreprenørens udførelse af projektet. Voldgiftsretten bemærkede desuden, at anvendelse af computeren i elværkets styring indebar en risiko for nedbrud, hvorfor der ved projekteringen burde have været sikret en backup-løsning. Derfor fandt voldgiftsretten, at rådgiveren ikke havde løst opgaven med den omhu, som kunne forventes af en god professionel. Rådgiveren var derfor ansvarlig for disse forglemmelser.

Voldgiftsrettens vurdering viser, at den ansvarsnorm, som rådgiveren bliver bedømt efter, er et professionsansvar. Culpavurderingen er påvirket af, at konsekvensen af rådgiverens forglemmelser indebærer risiko for nedbrud og dermed et ikke funktionsdygtigt elanlæg. Kendelsen illustrerer således den relative og dynamiske professionsansvarsnorm, der vurderes ud fra de konkrete omstændigheder og fagområde i hvert enkelt sags tilfælde.

### **1.3 Delkonklusion**

På rådgivningsområdet gælder professionsansvaret, der er et udtryk for, at målestokken skal være objektiveret og relativt tilpasset den forsvarlige adfærd, der kendetegner forholdene på det specifikke

forretningsområde. Totalrådgiveren er ansvarlig efter professionsmålestokken, hvis ikke rådgivningsopgaven løses med den omhu, påpasselighed og faglige ekspertise inden for det specifikke rådgivningsområde, som bygherren med rimelighed kan forlange af en professionel teknisk rådgiver på rådgivningstidspunktet.

Professionsansvaret differentieres fra den almindelige culpavurdering ved, at rådgiverne skal iagttage branchenormen på forretningsområdet. Dette udtrykkes oftest gennem god skik regler.

Totalrådgiverens professionsansvar for glemte ydelser adskiller sig ikke fra det ansvar, der gælder for andre typer af misligholdelse og skal således vurderes konkret ud fra omstændighederne. I særdeleshed viser praksis, at god skik regler har en overvejende indflydelse på udfaldet af ansvarsvurderingen. Overfor står argumentet, at bygherren må påregne en vis tålegrænse for fejl og mangler ved projektet. I relation til glemte ydelser vil det sagkyndige bevis være det bedst egnede til at bevise rådgiverens culpa. Godtgør bygherren, at rådgiveren har handlet ansvarspådragende, opstår den næste og største udfordring ved opfyldelsen af de erstatningsretlige betingelser – hvorvidt de glemte ydelser har medført et dokumenterbart tab.

## 2. Årsagsforbindelse og adækvans

Rådgiverens ansvarspådragende forglemmelse skal have påført bygherren et tab. Heri ligger implicit, at der skal være årsagsforbindelse mellem den ansvarspådragende adfærd og det opståede tab. Oftest kan bygherren stille sig selv spørgsmålet, om skaden ville være indtrådt uden det ansvarsbegrundede forhold. Hvis det kan godtgøres, at handlingen både var en nødvendig og tilstrækkelig betingelse for tabet, er årsagsbetingelsen som udgangspunkt opfyldt.<sup>65</sup>

Der forekom ikke årsagsforbindelse i TBB 2015.635VBA, hvor en ingeniør var rådgiver på et byggeri, der blandt andet indebar projektering til udgravning til en parkeringskælder. Under byggeriet skete der skade på naboejendommen, hvilket medførte, at bygherrens forsikringsselskab, der havde udbetalt erstatning til naboen, rettede et regreskrav mod rådgiveren for skaden. Voldgiftsretten fandt, at projektet opfyldte betingelserne for god projekteringskik, og at udførslen afveg fra projektet, hvorfor det ikke var projekteringen, men udførslen, der havde forårsaget skaderne.<sup>66</sup>

Tabet skal desuden være en adækvat følge af den ansvarspådragende handling. Det vil sige, at det skal være påregneligt, at handlingen førte til tabet. Dette udelukker atypiske handlinger, hvor det ikke var muligt for den ansvarspådragende at forudsige, at handlingen ville føre til tabet.<sup>67</sup> Voldgiftsretten fandt i TBB 2001.602VBA, at der kun kan tilkendes erstatning for tab, som er direkte, påregnelige og adækvate følger af den ansvarspådragende handling.

Betingelserne for årsagssammenhæng og adækvans vil sjældent have væsentlig betydning i relation til specialets problemformulering. Bygherren og totalrådgiveren har indgået en aftale, hvor betingelserne for rådgiverens ydelse er forsøgt præciseret enten ud fra aftalens ordlyd, ved anvendelse af ydelsesbeskrivelserne eller ved anvendelse af de obligationsretlige principper. Da totalrådgivning er

---

<sup>65</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 297ff.

<sup>66</sup> Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 823.

<sup>67</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 27.

en rådgivningstype, hvor totalrådgiveren ene og alene hæfter for realydelsen, vil årsagssammenhængen mellem glemte ydelser og et efterfølgende tab typisk ikke være hovedproblemstillingen. Derimod vil udfordringen være at bevise et konkret tab, hvilket belyses i det følgende.

### 3. Tabet

Som nævnt i Del I, pkt. 1 oplever bygherrerne, at glemte ydelser udgør store gener med ekstraomkostninger til følge. Ud fra en pragmatisk synsvinkel er frustrationen forståelig, da det efter en gængs ikke-juridisk opfattelse synes urimeligt, at bygherren skal betale fuld pris for en mangelfuld rådgivning. I de juridiske fremstillinger er opfattelsen, at glemte ydelser ikke i sig selv udgør erstatningsberettigede tab, da der efter dansk ret ikke erstattes for skuffede forventninger.<sup>68</sup>

Som eksempel anfører Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen, at rådgiveren, der har handlet ansvarspådragende ved at have glemt en ydelse, ikke påfører bygherren et konstaterbart tab. Det oprindelige tilbud fra entreprenøren ville have været tilsvarende højere, hvis de glemte ydelser havde været en del af det oprindelige projekt.<sup>69</sup> Iversen har samme opfattelse.<sup>70</sup> Opfattelsen er et udtryk for, at bygherren får det han har betalt for. Med andre ord får bygherren "mursten for pengene" og lider derved ikke et tab. I modsat fald ville bygherren opnå en ubegrundet berigelse, hvilket vil stride mod de erstatningsretlige principper.

Divergensen mellem de to modsatrettede opfattelser foranlediger en undersøgelse af navnlig tre spørgsmål. For det første, hvilken type af tab bygherren lider på baggrund af totalrådgiverens glemte ydelser. For det andet, hvem der bærer bevisbyrden for tabet, og for det tredje hvilket bevismiddel, der er tilstrækkeligt til at dokumentere tabet.

Forud for besvarelse af ovennævnte spørgsmål gennemgås den relevante erstatningsretlige teori. Hernæst følger en analyse af afgørelserne T:BB 2008.203VBA, T:BB 2008.90VBA, T:BB 2010.661VBA og VBA af 8. januar 2016 med afsæt i de tre spørgsmål.

#### 3.1 Tabstypen

Hovedreglen om, at det fulde tab skal erstattes, gælder uanset retsområdet - rådgivning er ingen undtagelse. Et eksempel på, at der også inden for rådgivning i entreprise ydes fuld erstatning, findes i U2010.213H, hvor en rådgiver havde ydet bistand til opførelsen af et halanlæg med en gokartbane. Efter ibrugtagningen viste der sig imidlertid at være problemer med CO<sub>2</sub>-koncentrationen. Da det var ubestridt, at rådgiveren havde handlet ansvarspådragende, skulle bygherren stilles økonomisk, som hvis rådgivningen havde været kontraktmæssig.

Praksis viser, at det fulde erstatningsberettigede tab kan optræde som flere forskellige typer. Bygherrerne har navnlig påberåbt sig følgende tabstyper for rådgiverens glemte ydelser:

- Mistet konkurrencefordel: Tabet opstår, når totalrådgiveren glemmer at projektere en eller flere ydelser, hvorefter disse ydelser skal tilkøbes som ekstraarbejder. Mistet konkurrencefordel er

<sup>68</sup> Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 51.

<sup>69</sup> Michael Gjedde Nielsen & Hans Lykke-Hansen, ABR 89, s. 195.

<sup>70</sup> Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 811.

defineret ved, at bygherren kunne have fået flere "mursten for pengene", og at ydelserne havde været billigere, såfremt de havde været konkurrenceudsat fra begyndelsen.

- Disruption: Tabet kan opstå som følge af byggerytmens forstyrrelse. Opdages det først senere i udførelsesfasen, at der er glemt en eller flere ydelser, kan det f.eks. medføre, at allerede opført byggeri skal laves om, flere forskellige entrepriser skal genkoordineres, og tidsplaner og tegninger skal tilpasses, hvorved byggeriets driftsomkostninger øges.
- Hovedentreprenørtillæg og mængdeforhold: Den tredje type af tab er bygherrenes krav på erstatning for ekstra dækningsbidrag/hovedentreprenørbidrag. Herudover anføres det i praksis, at det er billigere at købe flere ydelser samlet, end enkelte ydelser spredt over hele byggeperioden.

Ovenstående tabstyper kan opdeles i to kategorier af tab, som har betydning for beregningen af tabene. Disse er differencetab og udgiftstab.

Mistet konkurrencefordel kan kategoriseres som et differencetab, hvorimod disruption, hovedentreprenørtillæg og mængdeforhold henhører under kategorien udgiftstab.<sup>71</sup> Opdelingen af tabstyperne får betydning senere i afsnittet.

Uanset kategorien af tab er der ved erstatning inden for kontrakt to forskellige måder at opgøre erstatningskravet på.

Tabsopgørelsen kan for det første ske efter den negative kontraktsinteresse, hvilket vil sige, at bygherren stilles, som var kontrakten aldrig indgået. Den negative kontraktsinteresse er relevant i de situationer, hvor bygherren har lidt et tab ved at handle i tillid til kontrakten.

Den anden måde at opgøre kravet på er efter den positive opfyldelsesinteresse, hvilket betyder, at bygherren skal stilles, som om kontrakten var opfyldt efter sit indhold.<sup>72</sup> Den positive opfyldelsesinteresse anvendes i de situationer, hvor bygherren har lidt et tab, fordi kontrakten ikke er opfyldt efter dens indhold. Førnævnte afgørelse U2010.213H er et eksempel på, at erstatning for rådgiverens misligholdelse opgøres efter den positive opfyldelsesinteresse. Da specialet netop omhandler rådgiverens ikke-kontraktmæssige opfyldelse, vil den positive opfyldelsesinteresse udelukkende blive behandlet.

Når vendingen "*bygherren skal stilles, som om...*" anvendes i forhold til den positive opfyldelsesinteresse, indikeres det, at tabet skal opgøres på baggrund af en sammenligning mellem et hypotetisk hændelsesforløb og det faktuelle hændelsesforløb.<sup>73</sup> Tabet opgøres på baggrund af den prisdifférence, der opstår ved at sammenligne bygherrens udgifter i den misligholdte kontrakt med udgifterne i en ikke-misligholdt kontrakt.

Teoretisk kan prisdifférence fremdrages konkret eller abstrakt. Konkret ved at sammenholde entreprisens sum i den misligholdte kontrakt med entreprisens sum i en dækningsentreprisekontrakt. Fremdrages tabet derimod abstrakt, sammenholdes entreprisens sum i den misligholdte kontrakt med markedsprisen i en tilsvarende aftale.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 339 ff. og s. 595 ff.

<sup>72</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 113.

<sup>73</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 114-115.

<sup>74</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 340.

Når bygherren lider et differencetab i form af mistet konkurrencefordel, vil bygherren være tvunget til at opgøre tabet på baggrund af et hypotetisk abstrakt hændelsesforløb. Det skyldes, at bygherren alene er bekendt med den faktiske pris for de ekstraarbejder, de glemte ydelser har medført og ikke ved, hvad prisen ville have været, hvis det udførte ekstraarbejde havde været prissat som led i entreprenørens oprindelige tilbudsafgivelse.<sup>75</sup> Bygherren har således ikke mulighed for konkret at sammenholde prisen i to kontrakter, da den kontrakt, der skal sammenholdes med, ikke findes og vanskeligt kan konstrueres. Bygherren må derfor opgøre sit tab abstrakt og sammenligne prisen i den misligholdte kontrakt med en markedspris.

Det er en forudsætning for at anvende den abstrakte prisdifference, at der kan udledes en konstaterbar markedspris. For visse retsområder er det enklere at fastlægge en markedspris end på andre retsområder. Forudsætningen er f.eks. ofte opfyldt ved køb og salg af genudløst, hvorimod det er mere vanskeligt at konstatere en markedspris indenfor entrepris.<sup>76</sup> Dette skyldes i høj grad, at hvert byggeri er unikt, og at prisen for opførelsen kan variere i langt højere grad end ved køb af eksempelvis genudløst. Ikke desto mindre vil bygherren være efterladt med forsøget på at frembringe et så retvisende abstrakt hypotetisk hændelsesforløb som muligt. Bygherrens succes hermed afhænger i høj grad af bygherrens kendskab til de konkrete prissætningsmodeller og forretningsmæssige overvejelser, der lå til grund for tilbudsgivernes udarbejdelse af det oprindelige tilbud. Desto mere bevidst bygherren er om de omstændigheder, der lå til grund for afgivelsen af det konkrete tilbud, desto stærkere er beviset for tabet.<sup>77</sup>

Udgiftstab, som følge af f.eks. disruption, hovedentreprenørtillæg og mængdeforhold, skal ligeledes opgøres på baggrund af et hypotetisk hændelsesforløb og som positiv opfyldelsesinteresse. Udgiftstabet defineres som udgifter, bygherren ikke ville have været påført, hvis aftalen var blevet opfyldt efter dens indhold. Hvor differencetabet kan opgøres både konkret og abstrakt, kan udgiftstabet kun opgøres konkret. Tabsopgørelsen udregnes således konkret på baggrund af en beregning af, hvilke udgifter der er afholdt som en direkte følge af misligholdelsen – de glemte ydelser.<sup>78</sup>

### 3.2 Bevisbyrden

Ifølge dansk ret gælder der et udgangspunkt om ligefrem bevisbyrde i relation til at bevise og godtgøre, at de erstatningsretlige betingelser er opfyldt.<sup>79</sup> I overensstemmelse med de civilprocessuelle retningslinjer er det således bygherren, som skal bevise og dokumentere, at rådgiveren er erstatningsansvarlig, når der anlægges sag om krav på erstatning.<sup>80</sup> Formår bygherren ikke at løfte sin bevisbyrde, kommer det bygherren selv til skade.

Udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde kan ifølge teori såvel som praksis fraviges og endog veksle mellem skadelidte og skadevolder undervejs i sagsprocessen.<sup>81</sup> U2006.386Ø kan nævnes som

---

<sup>75</sup> Nicolaus Falk, T:BB 2017.321, s. 1

<sup>76</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 341.

<sup>77</sup> Nicolaus Falk, T:BB 2017.321, s. 2.

<sup>78</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 595 ff.

<sup>79</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 167.

<sup>80</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 439.

<sup>81</sup> Bo von Eyben & Helle Isager, Lærebog i Erstatningsret, s. 176. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i Kontraktforhold, s. 166.



eksempel på, at bevisbyrden kan skifte mellem parterne. I sagen skabte skadelidte tvivl om en trampolins forsvarlige indretning ved at fremlægge et foto af trampolinens slidte og ukorrekt monterede gummistropper. Det blev herefter skadevolders opgave at bevise, at trampolinen var forsvarlig.

Bygherrens bevisbyrde i forhold til totalrådgiverens erstatningsansvar kan inddeles i undergrupperne:

- Ydelsens afgrænsning
- Culpøse adfærd
- Tabet
- Årsagssammenhængen

Tendensen i inddelingen af bevisundergrupperne viser, at udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde undtagelsesfrit opretholdes i relation til culpavurderingen, men at domstolene i relation til de øvrige undergrupper har en større frihed til at modificere bevisbyrden. Denne modifikation kan ske enten ved at lempe bevisbyrden eller at vende bevisbyrden om.

Især i relation til rådgiveransvarsområdet antages det, at det netop er et område, hvor bevisbyrden i relation til tabet og årsagssammenhængen vendes om eller lempes betragteligt, når bygherren først lykkes med at godtgøre rådgiverens culpa.<sup>82</sup> De to typer af modifikationer vil blive behandlet i det følgende, da praksis viser, at bygherrens muligheder for at løfte sin bevisbyrde ofte er udslagsgivende i forhold til at få medhold i sit krav om erstatning.

### 3.2.1 Lempelse af bevisbyrden

Bevisbyrden for bygherren kan lempes ved, at kravene til bevisets styrke mindskes således, at bygherren ikke behøver at dokumentere sit tab men derimod blot sandsynliggøre, godtgøre eller antageliggøre tabet.<sup>83</sup>

En lempelse af bevisbyrden vedrørende tabet vil f.eks. være relevant i de situationer, hvor det vil være urimeligt vanskeligt for skadelidte at opgøre sit tab.<sup>84</sup> Et eksempel herpå er KFE 1981.4VBA, hvor voldgiftsretten anerkendte, at en entreprenørs dokumentation for stigning af vægtafgift og benzinpris ville have været forbundet med urimeligt besvær. Entreprenøren havde efter voldgiftsrettens opfattelse foretaget en beregning efter rimelige beregningsmetoder, og beregningen dannede herefter grundlag for voldgiftsrettens skønsmæssige fastsættelse af kravet.<sup>85</sup>

Kendelsen viser således, at de konkrete omstændigheder kan medføre en lempelse af de krav, der i øvrigt stilles til dokumentationen for det lidte tab.

Lempelsen af bevisbyrden kan ligeledes anvendes, når omkostningerne ved at anskaffe den fornødne dokumentation for tabet vil være uforholdsmæssigt dyr.<sup>86</sup> En sådan situation forelå i KFE 1977.34VBA, hvor en bygherre krævede afslag, idet der var konstateret revnedannelser i nogle kloakledninger, som en entreprenør havde nedlagt. En eksakt konstatering af revnedannelsernes

---

<sup>82</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 454.

<sup>83</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 166.

<sup>84</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 167.

<sup>85</sup> KFE 1981.4VBA, s. 7.

<sup>86</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 167.

omfang kunne kun ske ved en urimelig kostbar opgravning, hvilket medførte, at afslaget blev fastsat skønsmæssigt.<sup>87</sup>

Særligt i relation til bevisbyrden for tabet og årsagssammenhængen synes der at være en tendens til, at bevisbyrdekravet lempes i takt med, at rådgiverens ansvarspådragende adfærd stiger i grovhed.<sup>88</sup> Tendensen fastslog Højesteret i U2000.521H vedrørende en revisors mangelfulde rådgivning. Det blev direkte udtalt, at "*Højesteret finder, at grovheden af [revisors] fejl begrundet en lempelse af beviskravene med hensyn til tabets størrelse.*" Tendensen ses senest gengivet i U2017.753V, der medførte en bevislempelse grundet et lignede forhold, hvorfor retstilstanden er uændret.

I de tilfælde hvor skadelidte anerkender uagtsomhed, kan der efter praksis ligeledes ske en lempelse af beviskravene til tabet. Dette var f.eks. tilfældet i U1994.656V, som omhandlede en sælgers uberettigede ophævelse af en aftale om køb af fast ejendom. Det fremgår af Vestre Landsrets præmisser, at der ikke burde stilles yderligere krav til købers bevis for det lidte tab. Landsretten begrundede det med, at sælger havde anerkendt aftalebrud og mulighed for salg til gunstigere forhold.

En domstols eller voldgiftsrets lempelse af bygherrens bevisbyrde i relation til tabet eller ansvarsgrundlaget er ikke en usandsynlig følge, såfremt en af ovenstående betingelser kan sandsynliggøres og fremføres i forbindelse med sagens førelse. Derfor er lempelsen af beviskravet de facto et argument, som bygherren bør føre i forbindelse med sit krav mod totalrådgiveren for glemte ydelser.

### 3.2.2 Omlægning af bevisbyrden

Bevisbyrden kan foruden at blive lempet derudover blive genstand for en omlægning. En omlægning vil medføre, at udgangspunktet om, at det er bygherren, der skal bevise, at samtlige erstatningsbetingelser er opfyldt, omlægges, hvorved bevisbyrden pålægges rådgiveren. Omlægning af bevisbyrden i relation til ansvarsgrundlaget er en velkendt konstruktion i praksis og kaldes et præsumptionsansvar. Et eksempel herpå er transport- og opbevaringsforhold, hvor bevisbyrden ofte vendes, da det kan være uforholdsmæssigt vanskeligt for skadelidte at bevise skadevolderens culpa. I eksempelvis FED 2003.2138Ø blev bevisbyrden vedrørende ansvarsgrundlaget omlagt. Det påhvilede således det professionelle flyttefirma at bevise, at det opbevarede gods ikke var blevet beskadiget i deres varetægt. Da flyttefirmaet ikke kunne føre det fornødne bevis, blev de dømt til at betale erstatning for skaderne.

Bevisbyrden kan omlægges vedrørende ansvarsgrundlaget og kan ligeledes omlægges i forhold til de øvrige erstatningsretlige betingelser herunder tabet.<sup>89</sup>

I FED 1997.331Ø havde en advokat handlet ansvarspådragende ved ikke at have ført forsvarligt tilsyn ved en betalingsstandsning. Advokatens manglende tilsyn havde ikke blot bevirket, at boets kreditorer havde lidt et tab, men forsømmelsen var derudover årsag til, at størrelsen af kreditorernes tab var forbundet med bevisusikkerhed. Landsretten udtalte i den forbindelse, at: "*Bevisbyrden for, at summen af ikke betalte indkøb og andre omkostninger, som er løbet på i tilsynsperioden, svarer til det tab, kreditorerne har lidt, må påhvile sagsøgte [advokaten]. Et sådant modbevis er ikke ført.*"

<sup>87</sup> KFE 1977.34VBA, s. 36.

<sup>88</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 439 ff. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 78 ff. og 173 ff.

<sup>89</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 440.

Afgørelsen viser, at bevisbyrden for tabet kan omlægges i de tilfælde, hvor det er skadevolderens forsømmelser, der har unddraget skadelidte fra præcist at kunne dokumentere sit tab.

Det er ikke en betingelse for at kunne vende bevisbyrden, at der er en sammenhæng mellem uagtsomheden og bevisvanskelighederne vedrørende tabsopgørelsen.

Praksis viser, at grovere forsømmelse ligeledes kan medføre, at bevisbyrden for tabets størrelse vendes. I U1990.532V havde en sælger oplyst sin ejendomsmægler, at der var mangler ved ejendommens vandforsyning. Ejendomsmægleren havde ikke sikret sig tilstrækkeligt bevis for, at oplysningen var blevet meddelt køberen af ejendommen, og køberen fik som følge af forsømmelsen afslag i købesummen. Da det var uvist, om oplysningen ville have medført, at køberen ville have købt ejendommen for en lavere pris, udtalte landsretten, at denne usikkerhed måtte komme mægleren til skade pga. *"beskaffenheden af de begåede faglige fejl."*

Formuleringen *"beskaffenheden af de begåede fejlige fejl"* blev også brugt i FED 1998.587 V. En advokat havde foretaget for sen annoncering af en selskabsomdannelse i Statstidende, da advokaten ikke var bekendt med aktieselskabslovens regel om, at offentliggørelsestidspunktet var det afgørende for omdannelsen. Skadelidte skulle derfor betale aktieafgift, hvilket ville have været undgået, hvis annonceringen var sket i tide, og hvilket var formålet med selskabsomdannelsen fra begyndelsen. Landsretten udtalte i den forbindelse, at: *"... under hensyn til beskaffenheden af den af appellanten (advokaten) begåede faglige fejl findes bevisbyrden for, at indstævnte ikke kunne have undgået betalingen af aktieafgiften, at måtte påhvile appellanten."*

Omlægningen af bevisbyrden kan som nævnt ske, såfremt en af ovennævnte situationer er aktuel. Bygherren befinder sig ofte i en bevismæssig vanskelig situation på grund af rådgiverens misligholdelse. Dette skyldes bl.a. vanskelighederne ved at fiksere en konkret og relevant markedspris på de tilkøbte ekstraydelser. Derfor bør omlægningen af bevisbyrden være en argumentation, bygherren anvender, når rådgiveren har glemt en ydelse, i særdeleshed hvis rådgiveren har handlet groft uagtsomt.

### 3.3 Bevismidlet

I den danske civilproces er det frie bevis den altovervejende hovedregel.<sup>90</sup> Som følge deraf har bygherren i teorien frit valg, når han skal vælge, hvilket bevismiddel der vurderes at være bedst egnet til at dokumentere tabet. Voldgiftsretten er ikke bundet af retsplejelovens regler og dermed heller ikke reglerne om fri bevisførelse og fri bevisbedømmelse. Dog har VBA visse institutionelle regler, som sikrer, at parterne skal have fuld lejlighed til at fremføre deres sag jf. VBA-voldgiftsregler 2006 § 7. Bestemmelsen sikrer, at VBA er påpasselig med at afskære bevisførelse men forholder sig ikke til, hvorvidt bevisbedømmelsen er fri. Ikke desto mindre foregår voldgiftsprocessen i dag i høj grad efter retsplejelovens principper, og i Dansk Forening for Voldgifts regler om bevisoptagelse i voldgiftssager findes der også regler, som bestemmer, at det er op til voldgiftsretten at afgøre, hvilke beviser der kan føres, og hvilke faktiske omstændigheder, der lægges til grund, såfremt parterne ikke har aftalt andet.<sup>91</sup>

Det må derfor antages, at der som udgangspunkt ligeledes gælder et princip om fri bevisførelse og fri bevisbedømmelse inden for voldgiftspraksis, såfremt parterne ikke har aftalt andet.

<sup>90</sup> Retsplejeloven § 341 og § 344. Mette Mortensen, Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje, s. 44ff.

<sup>91</sup> Dansk Forening for Voldgifts regler om bevisoptagelse i voldgiftssager, pkt. 8, bevisbedømmelse.

Ikke desto mindre er ikke alle bevistyper lige egnede til at dokumentere et givet faktum. Bygherren skal derfor gøre sig nogle bevismæssige overvejelser og vurdere, hvorvidt et vurderende berettende, mundtligt berettende, et vurderende synbart, et dispositivt bevis m.v., vil være det mest egnede til at dokumentere tabet.<sup>92</sup> Derudover skal bygherren være opmærksom på, at voldgiftsretten synes at tilføje visse beviser højere vægt end andre. Det ses f.eks. i T:BB 2016.557VBA, hvor voldgiftsretten vurderede, at det sagkyndige bevis var det tilstrækkelige til at dokumentere tabet. Voldgiftsretten fandt, at rådgiveren havde handlet ansvarspådragende ved ikke at oplyse bygherren om en projektændring, men på grund af manglende sagkyndige udtalelser fandtes det ikke godtgjort, at bygherren havde lidt et tab som følge af rådgiverens fejl. Tendensen til at anvende det sagkyndige bevis som det rette bevis ses også gengivet i f.eks. VBAs kendelse af 8. januar 2016.<sup>93</sup>

Det kan imidlertid ikke afvises, at tabet kan bevises og dokumenteres på andre måder end ved sagkyndigt bevis. Efter nyere voldgiftspraksis må det dog antages, at der skal kunne fremføres et stærkt og veldokumenteret bevis, førend voldgiftsretten vil tillægge det tilstrækkeligt vægt i bygherrens favør.

### 3.4 Praksis på området

For at undersøge bygherrers retstilling i relation til tabet for glemte ydelser vil praksis gennemgås i det følgende med afsæt i de i Del III, pkt. 3 nævnte spørgsmål, som følger:

1. Tabstypen
2. Bevisbyrden
3. Bevismidlet

#### 3.4.1 T:BB: 2008.203VBA

Bygherren og rådgiveren indgik en totalrådgivningsaftale om en større renovering af et museum, hvor ABR 89 var vedtaget mellem parterne. Der opstod tvist, hvorefter bygherren indleverede klageskrift til VBA med påstand om erstatning for bl.a. glemte og utilstrækkeligt beskrevne ydelser. Parterne blev enige om at udskille en del af de omtvistede krav til forlods prøvelse, så voldgiftsrettens afgørelse kunne danne grundlag for forlig om de resterende krav.

Bygherren gjorde gældende, at totalrådgiverens glemte ydelser havde medført et tab, idet bygherren som følge deraf havde måttet købe ekstraydelser hos den vindende entreprenør, uden at disse ydelser havde været konkurrenceudsat. Den mistede konkurrencefordel udgjorde et differencetab for bygherren. Bygherren gjorde gældende, at den mistede konkurrencefordel kunne opgøres til 35% af hvert enkelt ekstrakrav. Ifølge bygherren var det ikke betænkeligt at fastsætte procentsatsen til 35%, da det var den besparelse, der opnåedes ved indhentning af priser på et marked med konkurrence sammenlignet med indhentning af priser på et marked uden konkurrence. Som støtte herfor gjorde bygherren gældende, at der måtte gælde en forhåndsformodning om, at ydelser købt hos den vindende entreprenør var dyrere, da entreprenøren indtog en monopolstilling, jf. AB 92 § 14. Bestemmelsen

---

<sup>92</sup> Mette Mortensen, Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje, s. 53 ff.

<sup>93</sup> Bilag 1.

hjemler en ændringsret for entreprenøren samt en ret til at udføre ændringsarbejde som regningsarbejde medmindre andet er aftalt.

På baggrund heraf anførte bygherren, at bevisbyrden skulle vendes således, at det måtte påhvile totalrådgiveren at påvise, at bygherren ikke havde betalt overpris for ekstraydelserne.

Totalrådgiveren gjorde til gengæld gældende, at bevisbyrden skulle fastholdes som ligefrem, idet erstatning for tab som følge af manglende konkurrenceudsættelse var et nyt retligt krav inden for voldgiftspraksis. Derfor anførte totalrådgiveren, at der måtte føres konkret dokumentation for bygherrens fastsættelse af tabet til 35%. Samtidigt hermed bestred rådgiveren, at der bestod en forhåndsformodning om, at der betaltes overpris for ekstraydelser i medfør af AB 92 § 14.

Voldgiftsretten tilsluttede, at der ikke kunne opstilles en forhåndsformodning om, at ekstraarbejder var dyrere med en henvisning udelukkende til AB 92 § 14. Som en følge heraf anførte rådgiveren, at der måtte føres konkret dokumentation for bygherrens fastsættelse af tabet til 35%. Bygherrens anbringende blev således ikke taget til følge, og den ligefremme bevisbyrde blev fastholdt.

Voldgiftsretten kunne ikke være nået til andet resultat, da bygherrens argumentation for at vende bevisbyrden ikke gav voldgiftsretten mulighed herfor. Som gennemgået i Del III, pkt. 3.2.2 vendes bevisbyrden ifølge praksis i de tilfælde, hvor skadevolderen har udvist grovere forsømmelser, eller i de tilfælde hvor skadevolderen er årsag til, at skadelidte har bevisvanskeligheder ved opgørelsen af tabet. Selvom disse argumenter fra tidligere praksis muligvis kunne have været relevante, anvender bygherren dem ikke. I stedet støtter bygherren anbringendet om omvendt bevisbyrde på en forhåndsformodning om en tilstand, hvor ekstraarbejder er dyrere end tilbudsarbejder. At der skulle bestå en sådan formodning, var ikke støttet af andet end selve påstanden herom. Bygherrens erstatningskrav var således efterladt udokumenteret.

Årsagen hertil er muligvis, at det netop er vanskeligt for bygherren at opgøre tabet og tillige opstille et tilstrækkeligt hypotetisk, konkret eller abstrakt hændelsesforløb, der kan godtgøre prisdifferencetabet. På grund af vanskelighederne med netop at dokumentere og opgøre tabet, ville det have været nærliggende for bygherren at forsøge at lempe bevisbyrden, da betingelserne for dette synes at have været til stede, jf. Del III, pkt. 3.2.1.

Bygherren førte imidlertid ikke denne argumentation, hvorfor afgørelsen efterlader en retstilstand, hvor bevisbyrden er ligefrem.

På trods af at voldgiftsretten fastholdt, at bevisbyrden skulle være ligefrem, synes voldgiftsretten dog at anerkende tabstypen mistet konkurrencefordel, idet følgende fremgår af præmisserne:

*"Dette udelukker imidlertid ikke, at en bygherre kan få erstatning for tab af mistet konkurrencefordel, hvis bygherren kan føre det fornødne bevis herfor."*

Selvom voldgiftsretten med præmissen ikke udelukker, at der kan opnås erstatning for mistet konkurrencefordel, er det uklart, hvordan bygherren i så fald skal føre dette fornødne bevis.

Det fremgår ikke af kendelsen, i hvilket omfang eller hvordan bygherren har ført bevis for tabet, og det må derfor antages, at tabet ikke er forsøgt godtgjort med andet end anbringenderne. På baggrund

heraf må det udledes, at bygherren skal føre en eller anden form for bevis, såfremt bygherren skal lykkes med at dokumentere sit tab.

Det er uvist, om årsagen til den manglende bevisførelse kan henføres til det faktum, at der var tale om prøvesager, som skulle danne grundlag for forligsforhandlinger. Det synes ikke utænkeligt, at det af ressourcemæssige årsager kan have spillet en rolle, da tabstypen på det tidspunkt var uprøvet i voldgiftspraksis, hvorfor parterne alene behøvede en tilkendegivelse og en retning fra voldgiftsretten om spørgsmålet til at forlige de øvrige krav.

### **3.4.2 T:BB 2008.90VBA**

I pågældende sag havde totalrådgiveren glemt at projektere en række ydelser. Bygherren krævede derfor erstatning hos totalrådgiveren for tab for mistet konkurrenceudsættelse af ydelserne. Under sagen fremlagde bygherren en skønserklæring, der generelt udtalte, at der var mulighed for at opnå besparelser på 10% eller mere, hvis ydelserne havde været konkurrenceudsat med de øvrige ydelser. Voldgiftsretten fandt dog ikke argumentationen tilstrækkelig til at vende bevisbyrden og fandt i øvrigt ikke, at bygherren havde godtgjort, at der var lidt et tab, eller at rådgiveren havde handlet ansvarspådragende.

Det kan ikke udledes af kendelsen, hvorvidt voldgiftsretten anerkender mistet konkurrencefordel som tabstype. Voldgiftsretten afviser dog heller ikke tabstypens eksistens men fastslår nærmere, at tabet – uanset type – ikke er godtgjort.

Det fremgår af sagen, at bygherren med baggrund i skønsmandens generelle udtalelse har forsøgt at vende bevisbyrden. Som med TBB 2008.203VBA støttes anbringendet om omvendt bevisbyrde ikke af eksempler og situationer fra tidligere praksis, som allerede beskrevet i Del III, pkt. 3.2.2. Idet voldgiftsretten ikke fandt, at bygherren i tilstrækkeligt omfang havde bevist totalrådgiverens culpa, kunne bygherrens argumentation om omvendt bevisbyrde i relation til tabet derfor ikke tages til følge.<sup>94</sup> Som det fremgår af TBB 2008.203VBA kan det også her diskuteres, hvorvidt bygherren ville være stillet anderledes, såfremt han i stedet havde forsøgt at lempe bevisbyrden.

Kendelsen T:BB 2008.203VBA beskriver ikke, hvilken type bevis, der skal anvendes til at dokumentere tabet. T:BB 2008.90VBA kommer dog spørgsmålet om bevismidlet nærmere, idet voldgiftsretten ikke tillægger skønsmandens vurdering betydning, eftersom den bygger på generelle udtalelser. Sammenholdes voldgiftsrettens præmisser med teorien bag differencetabet i Del III, pkt. 3.1 fremgår det, at differencetabet kunne opgøres konkret hypotetisk eller generelt hypotetisk. Det forekommer nærliggende at deducere, at voldgiftsretten ville tillægge en skønsmands hypotetisk konkrete sammenligning større vægt end i dette tilfælde, hvor resultatet er fundet generelt hypotetisk.

Desværre er der ikke klare indikationer, som støtter en sådan subsumption, og det kan dermed kun klart fastslås, at tab konstateret generelt hypotetisk ikke er tilstrækkeligt til at dokumentere tabet.

---

<sup>94</sup> Erstatningsberegning i kontraktsforhold, Iversen, s. 168.

### 3.4.3 T:BB 2010.661VBA

I denne tvist havde bygherren antaget en rådgiver til at udarbejde projekt- og udbudsmateriale til installation af et elanlæg i Burkina Faso. Efter færdiggørelsen viste det sig, at elanlægget ikke fungerede, da rådgiverens projekt dels var behæftet med fejl, og dels fordi rådgiveren havde glemt flere nødvendige ydelser. De glemte ydelser udgjorde et særligt synkroniseringsudstyr og et back-up system, som entreprenøren måtte installere efter afleveringen. Efterfølgende krævede bygherren erstatning hos rådgiveren for de meromkostninger, forglemmelsen i det oprindelige projekt havde medført. Derudover udgjorde påstanden krav om erstatning for de meromkostninger, der var påløbet ved den efterfølgende stilstandsperiode og mangeludbedring. Voldgiftsretten fandt, at rådgiveren havde handlet ansvarspådragende og tilkendte efterfølgende bygherren erstatning for de omkostninger, der var blevet afholdt til stilstandsperioden samt omkostninger til byggeplads, designændringer og forsikring. Endelig fastsatte voldgiftsretten en skønsmæssig erstatning på 400.000kr. for hver af de ydelser, som rådgiveren ikke havde medtaget i det oprindelige projekt. Erstatningen svarede til ca. 40% af det krævede beløb.

I sagen havde bygherren, modsat de to øvrige gennemgåede afgørelser, rejst krav om erstatning for meromkostninger som følge af disruption. Selvom ordet disruption ikke eksplicit anvendes, kan erstatningskravet for stilstandsomkostninger og omkostninger ved mangeludbedring ikke desto mindre henføres som disruption. Eftersom voldgiftsretten tilkender bygherren erstatning efter påstanden, synes voldgiftsretten at anerkende udgiftstab som en tabstype, der er erstatningsberettigende ved rådgiverens forglemmelse af ydelser.

Det kan ikke udledes af kendelsen, om bygherren har gjort gældende, at bevisbyrden skulle modificeres. Alligevel tyder det på, at voldgiftsretten har lempet kravene til bygherrens bevisbyrde for tabet, idet entreprenørens omkostningsafgørelse umiddelbart lægges til grund som dokumentation for tabsopgørelsen. Det synbare dokument er således det eneste bevismiddel for udgiftstab og var i denne situation tilstrækkeligt.

Det forekommer muligt, at årsagen til den lempede bevisbyrde er, at opgørelsen af udgiftstabene var fastlagt på baggrund af forhandlinger med entreprenøren med deltagelse af rådgiveren. Rådgiveren har derved, som minimum, med sin adfærd anerkendt størrelsen på de omkostninger, bygherren har måttet afholde som følge af mangelfuld rådgivning.

I forhold til de øvrige gennemgåede kendelser lykkedes det i denne tvist bygherren at få erstatning som resultat af, at de glemte ydelser ikke var medtaget i det oprindelige projekt. Selvom ordet mistet konkurrencefordel ikke udtrykkeligt anvendes af hverken parterne eller voldgiftsretten, må det antages, at tabet kan kategoriseres som mistet konkurrencefordel og er et prisdifferencetab. Dermed anerkender voldgiftsretten i denne kendelse tabstypen mistet konkurrencefordel.

Heller ikke i forhold til differencetabet gør bygherren gældende, at bevisbyrden skal lempes eller vendes. Det tyder dog på, at voldgiftsretten i dette tilfælde lempet bevisbyrden, idet entreprenørens omkostningsafgørelse umiddelbart lægges til grund for vurderingen af den skønsmæssige fastsættelse af erstatningen. Af præmisserne fremgår det, at:

*"Omkostningerne ved reetableringen af telesignaler og etablering på backup indgår i entreprenørens omkostningsopgørelse med henholdsvis godt 914.000 kr. og 866.000 kr. Voldgiftsretten tiltræder, at den efterfølgende etablering har medført omkostninger, som ikke ville være påløbne, såfremt telesignaler og backup havde været indarbejdet i det oprindelige projekt."*

Hvor det i forhold til disruption fremgår af præmisserne, at rådgiveren ved sin adfærd havde anerkendt kravets størrelse, synes dette ikke at være tilfældet med differencetabet. Det kan dermed ikke klart udledes, hvad der ligger til grund for voldgiftsrettens lempelse af bevisbyrden og den skønsmæssigt fastsatte erstatning for de glemte ydelser.

Efter kendelsen synes retstilstanden at være, at udgiftstab som følge af disruption og prisdifferencetab på baggrund af mistet konkurrencefordel anerkendes. Det er uklart, hvilket bevismiddel bygherren skal anvende til dokumentationen af sit tab. Det kan udledes, at voldgiftsretten kan lempe bevisbyrden, hvis omstændighederne er de rette, og at voldgiftsretten tillige kan udmåle en skønsmæssig erstatning, såfremt tabet er tilstrækkeligt sandsynliggjort, godtgjort eller antageliggjort.

#### **3.4.4 Utrykt kendelse af VBA af 8. januar 2016<sup>95</sup>**

Sagen omhandlede opførelsen af et plejecenter kombineret med ældreboligbebyggelse. Bygherren og rådgiveren indgik aftale om totalrådgivning. Rådgiveren skulle præstere et færdigt hovedprojekt til EU-udbud. Forinden det færdige projekt blev sendt i udbud, skulle rådgiveren have gransket projektet. Granskningen fandt dog ikke sted før efter EU-udbuddets igangsættelse. Kort tid efter byggeriets opstart opstod der problemer, som udmøntede sig i, at den vindende entreprenør bl.a. fremsatte krav om ekstrabetalinger. Entreprenørens krav på ekstraarbejder resulterede i 234 aftalesedler, hvilket medførte, at der blev indgået en allonge til hovedentreprenørkontrakten. Der skulle således betales en merkontraktsum på 65 mio. kr. ud over den oprindelige kontraktsum på 181,4 mio. kr. Efterfølgende indleverede bygherren klageskrift til voldgiftsretten og nedlagde påstand om bl.a. erstatning for fejl og glemte ydelser ved projekteringen.

I relation til erstatningskravet for de glemte ydelser indleder voldgiftsretten med følgende udtalelse:

*”Såfremt et forhold indebærer en nødvendig merydelse i forhold til projektet, fordi ydelsen var glemt i projektet, vil merbetalingen ofte ikke kunne anses for et erstatningsberettiget tab. Det skyldes, at udgiften skulle have været afholdt, selvom der ikke havde foreligget fejl; ydelsen ville være taget i betragtning ved beregningen af entreprenørens tilbud og ville dermed være indgået i entreprisensummen.”<sup>96</sup>*

Det tyder dermed på, at voldgiftsretten ikke umiddelbart anerkender, at de glemte ydelser medfører tab i form af mistet konkurrencefordel. Afgørelsen lægger sig derfor op ad T:BB 2008.203VBA, som ligeledes fastslog, at der ikke kan opstilles en forhåndsformodning for, at ekstraarbejder er dyrere. Som en følge heraf var det op til bygherren ved ligefrem bevisbyrde at godtgøre, at de glemte ydelser havde medført en fordyrelse.

I sagen fremførte bygherren navnlig tre årsager til fordyrelsen. Disse var, som følger:

- 1) Hovedentreprenørtillæg/dækningsbidrag
- 2) Manglende konkurrenceudsættelse.
- 3) Merpris for små mængder.

---

<sup>95</sup> Bilag 1.

<sup>96</sup> Bilag 1, s. 15.



Fælles for de tre årsager er, at bygherren ikke gjorde gældende, at bevisbyrden skulle modificeres. Udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde blev dermed opretholdt.

Bygherren forsøgte at bevise fordyrelsen ved hovedsageligt at anvende generelle parts- og vidneforklaringer om 1) og 2). Bygherren har med andre ord alene benyttet sig af mundtligt berettende beviser. I relation til 1) Hovedentreprenørtillæg/dækningsbidrag fandt voldgiftsretten ikke bevismidlet tilstrækkeligt og udtalte, at forklaringerne manglede støtte i form af konkrete beregninger på denne eller lignede entrepriser samt, at der i øvrigt manglede skriftlig dokumentation.

I relation til 2) Manglende konkurrenceudsættelse fremgår det ligeledes af voldgiftsrettens præmisser, at forklaringerne hverken var nærmere kvalificerede eller kvantificerede. Dertil kom manglende afholdelse af syn og skøn.<sup>97</sup> På baggrund heraf fandt voldgiftsretten ikke grundlag for at følge bygherrens skønsmæssige fastsættelse af fordyrelsen på 20% af regningen for ekstraarbejder.

Det kan således konstateres, at voldgiftsretten muligvis kunne have tilkendt bygherren erstatning for glemte ydelser med begrundelse i 1) og 2), såfremt voldgiftsrettens efterspurgte bevismidler havde været fremført.

*"Voldgiftsretten finder, at der ikke med denne bevisførelse er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå en fordyrelse af et givet arbejde, som kræves erstattet ensidige størrelsen af en sådan fordyrelse."<sup>98</sup>*

Idet voldgiftsretten anvender ordene "denne bevisførelse" antages det, at voldgiftsretten ikke afviser selve tabstypen, og at der kan forekomme fordyrelser ved indkøb af merydelser, der ikke er medtaget i det oprindelige projekt. Et mundtligt berettende bevis vil dog ikke være tilstrækkeligt. Følges voldgiftsrettens udtalelser, må fordyrelsen i stedet skulle vurderes ud fra synbare dokumentbeviser og helst som vurderende beviser.

I forhold til pkt. 3) Mængdeforhold fandt voldgiftsretten ikke fordyrelsen bevist med henvisning til, at der ikke var ført syn og skøn. Dog fandt voldgiftsretten, at oplysninger om mængder i entreprisen eller tillægsarbejdet gav dem tilstrækkeligt grundlag for udøvelsen af et begrundet skøn.

Såfremt voldgiftsretten har konkrete tal og oplysninger, vil de dermed kunne tilkende en skønsmæssigt udmålt erstatning. Samme tilgang ses anvendt i T:BB 2010.661 VBA, hvor entreprenørens omkostningsafgørelse lagdes til grund for den skønsmæssige erstatning.

Udslagsgivende for at voldgiftsretten tilkendte bygherren erstatning efter pkt. 3 og ikke efter punkt 1 og 2 må således være de konkrete konstaterbare oplysninger og tal.

### 3.5 Delkonklusion

Kendelserne tegner et tydeligt billede af en retstilstand, hvor voldgiftsretten synes at være åben overfor at anerkende mistet konkurrencefordel som et tab, der er en adækvat følge af rådgiverens glemte ydelser. Det samme gør sig gældende, når de glemte ydelser udmønter sig i disruption med meromkostninger til følge. Hvorvidt hovedentreprenørtillæg og mængdeforhold er tab, der generelt kan

---

<sup>97</sup> Bilag 1, s. 16.

<sup>98</sup> Bilag 1, s. 16.

anerkendes af voldgiftsretten, er uafklaret og synes i højere grad at bero på de konkrete omstændigheder.

I samtlige af de gennemgåede kendelser har voldgiftsretten fastholdt den ligefremme bevisbyrde og afvist, at der er grundlag for en omvendt bevisbyrde. Voldgiftsretten synes imidlertid at være imødekommende over for muligheden for at lempe bevisbyrden, såfremt konkrete omstændigheder tilsiger det. Dette ses særligt i T:BB 2010.661VBA.

Det synes uafklaret, hvilke bevismidler, der er nødvendige, for at bygherren enten kan bevise sit tab ved en ligefrem bevisbyrde, eller hvilke bevismidler der er anvendelige for en lempet bevisbyrde. Den gennemgåede praksis peger dog i retningen af, at berettende mundtlige beviser ikke er tilstrækkelige, og at voldgiftsretten som hovedregel vægter sagkyndige beviser højere.

Retstillingen viser således, at de forskellige typer af tab, som glemte ydelser medfører, anerkendes. Dette er dog ikke ensbetydende med, at bygherren kan opnå erstatning herfor, da det i praksis endnu ikke er lykkedes at bevise og konkret opgøre disse tab. Hvorvidt retsstillingen afspejler et balanceret forhold mellem bygherrens og rådgiverens interesser, kan således diskuteres.

Lykkes det bygherren at dokumentere sit tab, er det af væsentlig betydning for muligheden for at opnå erstatning, at bygherren ikke har udvist egen skyld og medvirket i en grad, der kan påvirke erstatningsudmålingen.

#### 4. Egen skyld

Rådgiverens ansvar kan efter omstændighederne begrænses på grund af bygherrens rolle i relation til ansvaret. Egen skyld er primært et deliktuel udtryk, som betyder, at skadelidtes erstatning nedsættes, fordi egne handlinger eller undladelser har medvirket til skadens opståen. Der har i ældre juridisk litteratur hersket tvivl om, hvorvidt begrebet kunne overføres direkte til misligholdelsessituationer i aftaleforhold, der ikke kunne sidestilles med deliktuelle integritetskrænkelser.<sup>99</sup> Tvivlen hersker imidlertid ikke længere. Torsten Iversen udtrykker muligheden for at anvende begrebet i kontraktuelle forhold således:

*"Har kreditor ved uforsvarlig adfærd medvirket til den skade, han har lidt som følge af et kontraktsbrud, nedsættes hans erstatningskrav efter den almindelige erstatningsretlige regel om nedsættelse af ansvaret efter culpereglen på grund af egen skyld efter skyldgraden."<sup>100</sup>*

Anvendelsen af begrebet i kontraktuelle forhold kan betragtes som en form for aftaleudfyldning i de tilfælde, hvor der ikke er taget stilling til risikofordelingen i kontrakten parterne i mellem. Begrebet anses derfor som et udslag af den obligationsretlige loyalitetspligt, parterne har over for hinanden, og i hvilken de har en pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesser.

Egen-skyld vurderingen finder derfor anvendelse i alle kontraktuelle forhold og på tværs af alle misligholdesestilfælde. Dermed er vurderingen også relevant for glemte ydelser.

<sup>99</sup> Bernhard Gomard, U1958B.149, s. 172.

<sup>100</sup> Bernhard Gomard (Iversen), Obligationsret, 2. del, s. 243.

Vurderingen af egen skyld indebærer en sammenligning af parternes adfærd. Problemet opstår særligt i relationen mellem bygherren og rådgiveren, da rådgiveren er underlagt et skærpet professionsansvar, mens bygherren, med mindre han har særlig branchekendskab, er underlagt et almindeligt culpaansvar.

Modtageren af rådgivning kan indeles som enten ressourcestærk eller ressourcsvg. Ressourcestærke personer modtager rådgivning inden for deres eget fagområde eller er i økonomisk fordelagtige positioner. Det kan eksempelvis være ingeniører, der rådgiver uddannede ingeniører i forbindelse med et byggeprojekt, eller erhvervsmæssige transaktioner hvor den ene part kan købe sig til yderligere kvalificeret bistand. Ressourcsvgage personer savner klar indsigt i det område, der ydes rådgivning inden for.

Vurderingen af modtagerens ressourcer indgår som en integreret del af culpabedømmelsen i egen skyld vurderingen og medfører, at voldgiftsretten stiller strengere krav til den ressourcestærke modtager i forhold til eksempelvis dokumentation af tabet. Der er desuden en tendens til at skærpe kravene til rådgiveren i relation til formidlings- og forklaringssevne og modsvarende en tendens til at nedtone kravene til den ressourcsvgage modtager. Det medfører således, at egen skyld sjældent statueres ved ressourcsvgage personer, da kravene til rådgiveren er højere.<sup>101</sup>

I sådanne tilfælde vil formentlig kun helt åbenlyse fejl fra rådgiverens side sammenholdt med manglende reaktion fra bygherrens side give anledning til nedsættelse af rådgiverens ansvar som følge af bygherrens egen skyld.<sup>102</sup>

Fra praksis kan nævnes KFE 2010.241VBA, hvor en rådgiver havde projekteret et kommunalt slambehandlingsanlæg for en bygherre. Efter en tid stoppede anlægget med at fungere grundet overbelastning. Rådgiveren havde bemærket i projektmaterialet, at anlægget ikke måtte overbelastes men havde ikke orienteret bygherren om, hvad der skulle til, før anlæggets kapacitet var overbelastet. Voldgiftsretten udtalte, at:

*"I en sådan situation må det, uanset hvad der måtte fremgå af projektmaterialet, helt naturligt påhvile rådgiveren at udstyre klienten med en driftsvejledning, som er helt nødvendig for at kunne betjene et sådant anlæg på optimal måde."*

Voldgiftsretten bemærkede dog desuden, at:

*"På den anden side finder voldgiftsretten, at der foreligger en vis grad af egen skyld hos kommunen[bygherren], der ikke synes overhovedet at have efterlyst en driftsvejledning."*

Grundet bygherrens egen skyld blev rådgiverens erstatningsansvar derfor nedsat med 25%.

I KFE 2000.172VBA besluttede rådgiveren uden at inddrage bygherren i beslutningen at udskifte det foreskrevne undertag med et andet produkt, som han hverken havde undersøgt eller havde erfaringer med. Voldgiftsretten fandt rådgiveren ansvarlig for, at undertaget efterfølgende viste sig at være uegnet, dog skulle bygherren bære 1/3 af ansvaret.

Dette blev begrundet med, at:

---

<sup>101</sup> Lars Bo Langsted, Rådgivning I, s. 32-33.

<sup>102</sup> Malcolm Costigan, T:BB 2011.653, s. 1-2.

*"[bygherren] var bekendt med, at [rådgiveren] i stedet for det foreskrevne [produkt] havde bestemt, at der skulle oplægges undertage af [et andet produkt]".*

Samtidig udtalte voldgiftsretten, at bygherren, der var erfaren og havde stor faglig ekspertise:

*"må antages at have været bekendt med tidens problemer med oplægning af undertage, [og burde] have reageret i anledningen af oplysningen om det ændrede materialevalg."*

Bygherren burde dermed i egen interesse have afkrævet rådgiveren nærmere oplysninger om materialet og om grunden til ændringen. Denne undladelse medvirkede til en nedsættelse af ansvaret.

Egen-skyld bedømmelsen er dermed et udtryk for, at voldgiftsretten foretager en rimelighedsvurdering af ansvarets fordeling, selvom det til tider kan virke byrdefuldt for bygherren, da han efter praksis har en udvidet pligt til at reagere over for fejl, som han er eller bør være opmærksom på. Dette gælder også uanset det til tider nærmest kan stride imod ordlyden af parternes aftale. Bygherren kan dog forsøge at minimere risikoen for at blive tilkendt egen skyld ved at antage en ekstern uafhængig rådgiver til at kvalitetssikre den første rådgivers projekt. Ekstern rådgivning kan mindske fejl i projektet og sikrer et bevis for, at bygherren har beskyttet egne interesser og dermed opfyldt sin loyalitetspligt.<sup>103</sup>

## 5. Ansvarsbegrænsninger

Som led i besvarelsen af problemformuleringen er det ligeledes relevant for bygherren at afdække, hvilke begrænsninger han kan møde i relation til at opnå erstatning hos totalrådgiveren.

Såfremt begge parter har underskrevet en aftale, der fastlægger ABR 89 som en del af aftalegrundlaget, finder ABR 89s bestemmelser selvsagt anvendelse og dermed også ansvarsbegrænsningsklausulerne. Dette gjorde sig ikke gældende i T:BB 2002.289V, hvor ABR 89 ikke var vedtaget, hvorfor rådgiveren blev erstatningsansvarlig for bl.a. huslejetab og advokatudgifter. Havde ABR 89 derimod været vedtaget, ville rådgiverens ansvar for disse tab have været afskåret.

Hvis ABR 89 og de erstatningsretlige principper om ansvar og ansvarsbegrænsninger skal modificeres, skal det udtrykkeligt være reguleret i rådgivningsaftalen, da det ved uenighed om betydningen og rækkevidden af ansvarsreguleringsklausulerne ellers vil komme rådgiveren til last. Det er rådgiverens bevisbyrde, at ansvarsreguleringerne skal finde anvendelse, da det er rådgiveren, der ønsker at ændre status quo.<sup>104s</sup>

Det fremgår af ABR 89 pkt. 6.2.2, at rådgiveren og bygherren har mulighed for at aftale omfanget og størrelsen af ansvaret. Derfor kræver det en særskilt behandling og vedtagelse i forhold til hver enkelte og konkrete ansvarsreguleringstilfælde, for at bestemmelsen skal få retsvirkning. Ifølge bemærkningerne til bestemmelsen er der udelukkende tænkt på en beløbsmæssig begrænsning af rådgiverens ansvar.<sup>105</sup> Begrænsningen kan ofte være velbegrundet, hvor der ikke er en rimelig sammenhæng mellem det erstatningsansvar, som rådgiveren kan blive pålagt sammenholdt med det vederlag, han

<sup>103</sup> Malcolm Costigan, T:BB 2011.653, s. 3.

<sup>104</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 270.

<sup>105</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 283.

modtager for sin ydelse. Det kan dog ud fra et professionelt synspunkt være uhensigtsmæssigt med for vidtgående begrænsninger, da bygherren i så fald ikke kan kræve rimelig kompensation hos den misligholdende rådgiver, som oven i købet har mistet incitamentet til at gøre sig umage med opgaveløsningen. Formålet med en beløbsmæssig begrænsning af ansvaret vil derfor også ofte være at begrænse ansvaret til rådgiverens ansvarsforsikrings maksimum.<sup>106</sup>

ABR 89 indeholder i pkt. 6.2.3-6.2.6 en række begrænsninger af rådgiverens ansvar tidsmæssigt, kvalitativt, kvantitativt og hæftelsesmæssigt. Aftalekonstellationen med én totalrådgiver, der hæfter for det samlede rådgivningsansvar medfører, at pkt. 6.2.6 om flere ansvarlige ikke er relevant at diskutere. Ophør af ansvar og tilsynsansvar vil desuden ikke blive behandlet i specialet, hvorfor bestemmelserne pkt. 6.2.3 og 6.2.5 ikke behandles.

I relation til bygherres muligheder for at rette et krav mod totalrådgiveren om erstatning for glemte ydelser er det derimod centralt at være opmærksom på pkt. 6.2.4 om indirekte tab. I en situation hvor totalrådgiveren glemmer at projektere en del af ydelsen, lider bygherren et tab. Dette tab skal derefter opgøres og rubriceres som enten direkte eller indirekte tab. Da totalrådgiveren har ansvarsfraskrevet sig indirekte tab, kan bygherren kun kræve erstatning for det direkte tab.

ABR 89 pkt. 6.2.4 begrænser rådgiverens ansvar for alle typer af indirekte tab, herunder driftstab og avancetab. Bestemmelsens anvendelsesområde er formentlig meget bred, da tabet kun skal holde sig inden for grænserne af årsagssammenhæng herunder påregnelighed og adækvans. Driftstab og avancetab medfører ikke væsentlige definitions-mæssige problemstillinger. ABR 89 indeholder dog ingen vejledning til fastlæggelsen af bestemmelsens rækkevidde, og derfor bliver den generelle udfordring at afgrænse det direkte tab over for det indirekte tab. Ved vurderingen af hvorvidt tabet er direkte eller indirekte, er det derfor ikke tilstrækkeligt at vurdere tabets påregnelighed. Det skal tillige vurderes, hvorvidt tabet er så fjernt forbundet med det ansvarspådragende forhold, at der er tale om et indirekte tab.<sup>107</sup>

Afgrænsningen mellem de to tabstyper henføres til transaktionstab, dvs. hvilken transaktion tabet udspringer af. Hvis tabet udspringer af den transaktion, der er misligholdt, er tabet direkte. Det vil sige, at tabet er en umiddelbar følge af den mangel, som har ramt byggeriet.<sup>108</sup> Hvis tabet derimod udspringer af en transaktion, der skulle have været gennemført på baggrund af den misligholdte transaktion, er det et indirekte tab.<sup>109</sup> Det vil sige tab, bygherren lider som en følge af ikke at kunne benytte bygningen på den påregnelige måde, eller tab som opstår, fordi bygherren ikke kan opfylde sine forpligtelser over for tredjemand.<sup>110</sup>

Tabene kan ikke defineres i en standardiseret oversigt over, hvad der kan henregnes til det ene eller det andet, da rådgiverens mangeartede og konkretiserede opgaver varierer fra problemkreds til

---

<sup>106</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 283-292.

<sup>107</sup> Mikkel Isager-Sally, T:BB 2010.296, s. 1.

<sup>108</sup> Jørgen Hansen, m.fl. Ansvar og moderniseret byggeproces, s. 100.

<sup>109</sup> Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 595. Anders Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s. 251.

<sup>110</sup> Jørgen Hansen, m.fl. Ansvar og moderniseret byggeproces, s. 100.

problemkreds. Et tab skal således defineres konkret og specifikt i hver enkelt situation og ud fra de givne omstændigheder.<sup>111</sup>

Praksis er rig på domme og voldgiftskendelser, der kan tjene til inspiration i forhold til afgrænsningen mellem direkte og indirekte tab. Heraf kan bl.a. nævnes T:BB 2005.88VBA om finansieringsomkostninger, T:BB 1999.158VBA om rentetab og KFE 1989.57 om udgifter til byggelån; alle kendelser vurderet som indirekte tab. Modsat karakteriseres varmetab i T:BB 1999.306VBA og udgifter til flytning og genhusning i U 2011.2059H som direkte tab.

Det kan konkluderes, at bygherren skal være opmærksom på ABR 89 pkt. 6.2.4, og sondringen mellem direkte og indirekte tab, herunder driftstab og avancetab, da sidstnævnte tabstype ikke kan kræves erstattet hos totalrådgiveren. Det bemærkes desuden, at bygherren og rådgiveren har mulighed for at aftale ansvarsbegrænsningsklausuler uden for ABR89, som kan have afgørende indvirkning på bygherrers muligheder for at kræve erstatning hos totalrådgiveren for glemte ydelser.

---

<sup>111</sup> Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen, ABR 89, s. 308-309.

## DEL IV REVISION AF ABR 89

På baggrund af et kommissorium påbegyndte et ministerudpeget udvalg i marts 2015 udarbejdelsen af det reviderede AB-system. Fremover vil AB-systemet bestå af standardvilkårene AB 18, ABT 18 og ABR 18. Udvalgets medlemmer består af byggeriets centrale parter, som repræsenterer såvel offentlige som private organisationer.

Formålet med revisionsarbejdet er at frembringe et aftalegrundlag, som er bedre rustet til den udvikling, der finder sted inden for byggeriet såvel teknisk som proces- og kompetencefordelingsmæssigt. Hensigten er endvidere, at det nye AB-system fremadrettet skal kunne håndtere en fortsat udvikling og være mere gennemsigtig end de i dag gældende standardvilkår.<sup>112</sup> Revisionsarbejdet imødekommer således kritikken af de eksisterende og forældede regler i relation til samtiden.

Udvalget har valgt at harmonisere de tre grunddokumenter - AB, ABT og ABR - hvorved dokumenterne er bygget op om samme skabelon, der sikrer optimal kontinuitet og genkendelighed.<sup>113</sup> Opbygningen i den nye ABR er dermed ændret markant, og indeholder for fremtiden paragraffer i stedet for punkter og bemærkninger.

Udvalget har ved revisionen af AB-systemerne taget udgangspunkt i en tematiseret tilgang til AB, ABT og ABR. På baggrund af indledende undersøgelser har kommissionen udvalgt 10 temaer som platform for revisionsarbejdet.<sup>114</sup>

De mest relevante temaer for dette speciale er temaerne *ydelses-*, *ansvars-* og *risikofordeling* samt *mangler og ansvarsbegrænsninger*.

FRI og DANSKE ARK har ligeledes udarbejdet et udkast til nye ydelsesbeskrivelser (YBL18) i forbindelse med AB-revisionen. På samme måde som med AB-revisionen har YBL taget afsæt i en række temaer, hvoraf navnlig kan nævnes vedtagelsen af et nyt bygningsreglement 2018, tilpasning til ABR 18 samt behovet for at optimere reglerne om entreprenør- og digital projektering.

I det følgende vurderes det, hvilken betydning revisionen af ydelsesbeskrivelserne og ABRs regler for ydelses-, ansvars- og risikofordelingen får for byggeriets parter i fremtiden. Herudover vil det undersøges, hvorvidt udvalgets revisionsarbejde i forhold til glemte ydelser ændrer retsstillingen for bygherren i det tilfælde, at standardvilkårene vedtages, som de i skrivende stund foreligger.

ABR 18 har været sendt i offentlig høring, og udvalget bearbejder i øjeblikket høringsforslagene og implementerer de forslag, der kan tilsluttes. Udvalget forventer at udgive en betænkning i juni 2018.

---

<sup>112</sup> Høringsudkast til Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB18) og til Almindelige Betingelser for rådgivning og bistand inden for bygge- og anlægsvirksomhed, bilag 4, Notat om udvalgets arbejde, s. 1-2.

<sup>113</sup> Høringsudkast til Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB18) og til Almindelige Betingelser for rådgivning og bistand inden for bygge- og anlægsvirksomhed bilag 3, Notat om AB-udvalgets overordnede overvejelser, s. 5.

<sup>114</sup> Høringsudkast til Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB18) og til Almindelige Betingelser for rådgivning og bistand inden for bygge- og anlægsvirksomhed, bilag 4, s. 3.

## 1. Ydelserne

Med ABR 18 har udvalget i højere grad end tidligere forsøgt at tydeliggøre indholdet af rådgiverens ydelser. I ABR 18 § 9, stk. 1, findes nu den overordnede ramme for rådgiverens ydelser. Rammen fastslår, at rådgivningen skal ske i overensstemmelse med aftalen, god rådgivningssskik og bygherrens anvisninger. Derudover har rådgiveren pligt til at kvalitetssikre sine egne ydelser.

Rådgiverens overordnede forpligtelser er således ikke markant anderledes end ved det gældende regelsæt med supplement fra de almindelige obligationsretlige regler.

De mest signifikante ændringer i relation til ydelserne er muligheden for at kunne vedtage andre faseopdelinger end de traditionelt anerkendte. Faseopdelingen, som den kendes fra ABR 89, er opretholdt i ABR 18 § 11, stk. 1, som et muligt tilvalg for parterne. Det er således op til parterne at beslutte, hvorvidt de vil anvende de traditionelle faser fra ABR eller selv aftale en faseopdeling, der passer bedre til opgaven. Uanset hvilken faseopdeling parterne vælger, er der i tilknytning til bestemmelsen indført en række forpligtelser for rådgiveren. Formålet med disse forpligtelser har været at fremme gennemførelsen af en effektiv planlægning og gøre det mere enkelt at kvalificere, hvilken fase i rådgivningsforløbet kontrakten aktuelt befinder sig i.

En af disse forpligtelser er rådgiverens pligt til skriftligt at færdigmelde hver enkel fase med henblik på bygherrens godkendelse, jf. ABR 18 § 11, stk. 3. Inden rådgiveren kan færdigmelde en fase, skal han have foretaget en granskning af sit eget projekt, jf. ABR 18 § 11, stk. 2. Derved vil tvivlen om, hvorvidt en ydelse er glemt eller blot efterprojekteret, kunne reduceres væsentligt. Samtidig er det formålet, at mængden af såvel glemte ydelser som fejl ved rådgivningen i de forskellige faser vil reduceres væsentligt.<sup>115</sup>

Modsat ABR 18 er de klassiske faser ændret i YBL 18. Betydningen af de klassiske og foreslåede faser i ABR 18, § 11, stk. 1 må således forventes at få begrænset betydning i de tilfælde, parterne aftaler YBL 18.

Det, som tidligere efter ydelsesbeskrivelserne var hovedprojektfasen, er med YBL 18 delt op i to forskellige faser. Én fase kaldet udbudsprojekt og én fase kaldet udførelsesprojekt. Formålet med opsplitning af hovedprojektfasen er at klarlægge de projekteringsaktiviteter, der foregår efter udbuddet samt indgåelse af aftaler med entreprenørerne. Opsplitningen er dermed foretaget med særligt henblik på at optimere de situationer, hvor rådgiveren og entreprenøren har behov for at færdigprojektere og koordinere leverandørprojektering. Dette er f.eks. relevant ved funktionsudbud og systemleverancer.

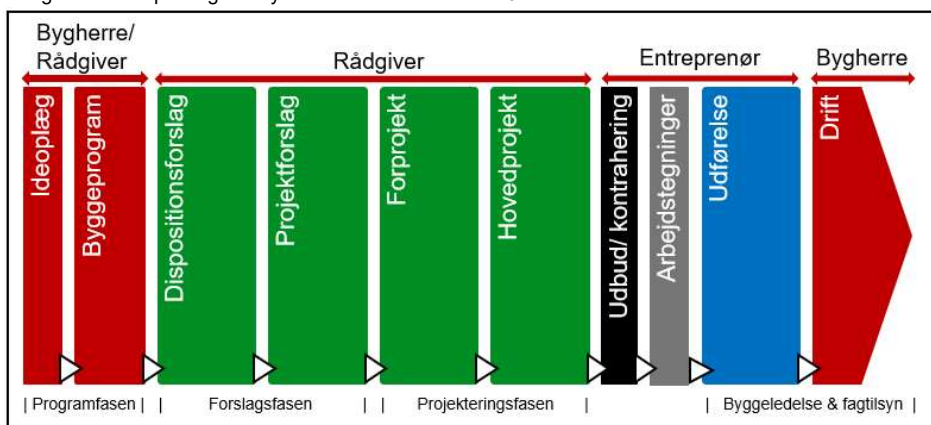
Forskellen på faserne kan tydeliggøres ved følgende to figurer. Den første figur viser faserne efter ydelsesbeskrivelser fra 2012. Her er en skarp opdeling mellem hovedprojektfasen, udbudsfasen og udførelsesfasen. Hovedprojektet skal danne grundlag for både udbud og udførelse. Den nugældende model tager ikke hensyn til behovet for inddragelse af entreprenør- og leverandørprojektering samt viden, som er kendetegnende for det industrialiserede byggeri.

---

<sup>115</sup> Høringsudkast til Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB18) og til Almindelige Betingelser for rådgivning og bistand inden for bygge- og anlægsvirksomhed, bilag 3, Notat om AB-udvalgets overordnede overvejelser, s.6.

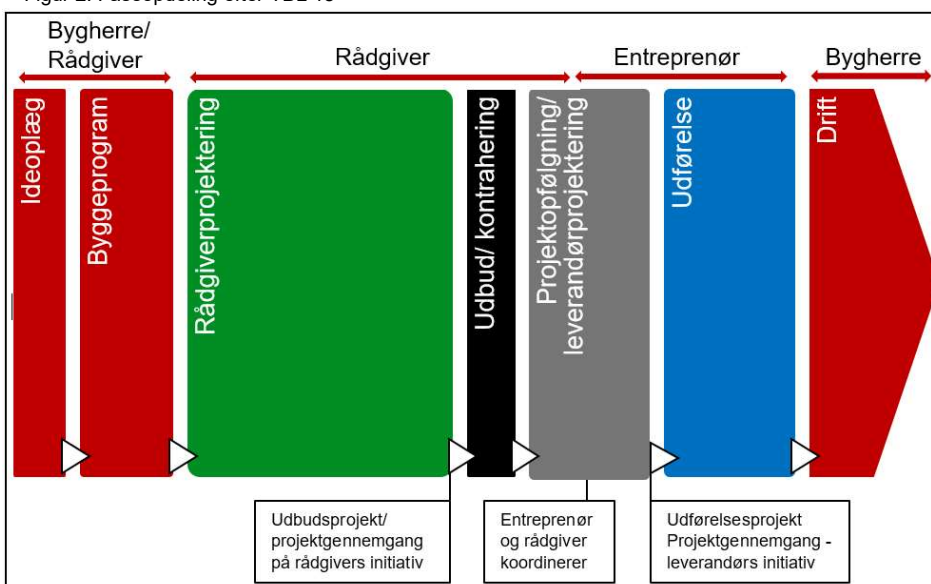


Figur 1: Faseopdeling efter ydelsesbeskrivelserne af 2012



Ved den forventelige kommende model er der i højere grad taget højde for funktionsudbud og systemleverancer, idet der foreligger et udbudsprojekt og et udførelsesprojekt. Det er således hensigten, at der efter udbuddet skal ske projektopfølgning og endelig koordinering af projektet, inden udførelsen påbegyndes.

Figur 2: Faseopdeling efter YBL 18



For yderligere at styrke parternes fælles forståelse af projektet bliver der med ABR 18 desuden indført en ydelsesplan, jf. ABR 18 § 12, stk. 1. Rådgiveren får med ydelsesplanen til opgave at udarbejde en tidsplan for rådgiverens og bygherrens ydelser. Dette vil medføre, at der opnås større klarhed over, hvem der skal præstere hvad og hvornår og dermed modvirke konflikter om ydelsen.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> Høringsudkast til Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB18) og til Almindelige Betingelser for rådgivning og bistand inden for bygge- og anlægsvirksomhed, bilag 3, Notat om AB-udvalgets overordnede overvejelser, s.6.

## 2. Mangler

Den nye systematik i opbygningen af ABR 18 har bl.a. medført indførelsen af ABR 18 § 42 vedrørende mangler. Bestemmelsen er en nyskabelse i ABR 18 og fremgår ikke af ABR 89.

Bestemmelsen definerer en mangel, idet den fastslår, at der foreligger en mangel, hvis opgaven ikke er udført i overensstemmelse med ABR 18 § 9, stk. 1, som nævnt i Del IV, pkt. 1. Definitionen betyder, at rådgiverens ydelse er mangelfuld, hvis ikke opgaven er udført i overensstemmelse med aftalen, god rådgivningsskik og bygherrens anvisninger. Der vil ligeledes foreligge en mangel, hvis rådgiveren undlader at kvalitetssikre sine egne ydelser. Bygherren undgår derved en række bevismæssige problemstillinger, der evt. kan opstå ved fastlæggelsen af, om kvalitetssikring var en del af parternes aftale eller god rådgivningsskik i øvrigt.

Reglen synes således ikke at yde megen vejledning ud over at være en manifestation af de allerede eksisterende obligationsretlige regler. Dog bekræfter bestemmelsen i ABR 18 § 42, jf. ABR 18 § 9, stk. 1, at der kan foreligge en mangel ud fra såvel et konkret som et generelt mangelsbegreb.

## 3. Rådgiverens ansvar

I relation til fastlæggelsen af rammerne for rådgiverens ansvar ses der ikke væsentlige ændringer fra ABR 89 til ABR 18. Som det var tilfældet med ABR 18 § 42 vedrørende mangler, konfirmerer ABR 18 § 49, stk. 1, hvad der i forvejen er gældende efter de almindelige obligationsretlige grundsætninger. Det vil sige, at dansk rets erstatningsregler finder anvendelse, såfremt andet ikke er aftalt som eksempelvis ved en ansvarsbegrænsning.

Har parterne vedtaget ABR 18 uden forbehold, vil ABR 18s ansvarsbegrænsninger ligeledes være vedtaget. Erstatningsansvaret vil således være begrænset af ABR 18, § 49, stk. 1., jf. ABR 18 § 50, som fritager rådgiveren for ansvar for bl.a. driftstab, avancetab eller andet indirekte tab. Hvad angår direkte tab forbliver retsstillingen dermed den samme.

ABR 18 medfører dog en særdeles interessant bestemmelse i relation til glemte ydelser set med bygherrens øjne. Her er tale om indførelsen af en bodsbestemmelse i ABR 18 § 49, stk. 2:

*"I tilfælde af bygherrens tilkøb af en merydelse hos entreprenøren som følge af, at rådgiveren ved en fejl ikke har medtaget ydelsen i projektet, skal rådgiveren betale bygherren en konventionalbod på 5 % af den del af prisen for samtlige sådanne tilkøb, for hvilke der ikke er fastsat enhedspriser.*

*Hvis samtlige tilkøb efter 1. pkt. udgør mindre end 2 % af den samlede entreprisensum for bygge- eller anlægsarbejdet, skal rådgiveren ikke betale konventionalbod.*

*Rådgiverens samlede betaling af konventionalbod ifølge 1. pkt. kan højst udgøre 10 % af rådgiverens honorar.*

*Hvis bygherren kan godtgøre, at bygherrens tab som følge af manglende konkurrenceudsættelse er større end konventionalboden, eller hvis rådgiveren kan godtgøre, at dette tab er mindre end konventionalboden, er bygherren berettiget til at kræve erstatning i stedet for konventionalbod, og rådgiveren kun forpligtet til at betale erstatning."*

Selvom bodsstørrelsen alene lyder på 5%, er der med bestemmelsen for det første indlagt større incitament til, at rådgiveren har fokus på at levere et fuldstændigt projekt, hvor alle relevante ydelser indgår. For det andet - og mest banebrydende, medfører bestemmelsen, at mistet konkurrencefordel direkte anerkendes som tabstype, samt at bygherrens bevismæssige udfordringer indledningsvist elimineres. Bestemmelsen fastsætter desuden, at der dermed er en forhåndsformodning om, at tilkøb af ekstraarbejde som følge af glemte ydelser, er dyrere, end hvis ydelserne havde været indkøbt som en del af udbuddet.

Det må forventes, at bodsbestemmelsen vil blive kærkomment modtaget af specielt bygherrerne. Dog kan der stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt bodens størrelse på 5% af samtlige tilkøb reelt afspejler bygherrenes tab. Opmærksomheden skal her henledes på afgørelserne T:BB 2008.203VBA, T:BB 2008.90VBA og T:BB 2010.661VBA samt VBAs kendelse af 8. januar 2016,<sup>117</sup> hvor bygherrerne mente sig berettigede til en erstatning svarende til mellem 10-40% af de ekstra tilkøbte ydelser. Det vil sige en væsentlige højere procentsats, end der lægges op til med den nye bestemmelse i ABR 18.

Udvalget har dog med bestemmelsens sidste punktum åbnet mulighed for, at bygherren i stedet for konventionalboden kan kræve erstatning, hvis tabet af samtlige tilkøb er større end 5%. I sådanne tilfælde vil betragtningerne i dette speciales Del III fortsat være særdeles relevante, omend ABR 18 vil være det gældende aftalegrundlag. Det er endnu for tidligt at vurdere, hvorvidt bygherrenes bevismæssige udfordringer i relation til tabet vil reduceres i kraft af, at der nu foreligger en formodning om, at ekstraarbejder vil udgøre en fordyrelse.

Hvis tilkøbene samlet udgør mindre end 2% af den samlede enterprisesum, skal der ikke betales konventionalbod. Bestemmelsen synes at være et udtryk for den bagatelgrænse, der formentlig også eksisterer i byggerierne i dag. Tanken bag manifestationen af en sådan bagatelgrænse afspejler også det faktum, at bygherren ikke kan forvente et fuldstændigt fejlfrit projekt, når der er tale om byggerier af blot en vis størrelse, som også bekræftet i den utrykte kendelse af 8. januar 2016.<sup>118</sup>

Bagatelgrænsen fastsætter den nedre ramme for bodens størrelse, men bestemmelsen medfører tillige en øvre ramme. Boden kan maksimalt udgøre 10% af rådgiverens honorar for at sikre, at rådgiveren ikke hæfter for en uforholdsmæssig stor regning i forhold til sit honorar. Dog fremgår det ikke af 3. pkt., hvilket honorar bodsloftet beregnes af, og der tages derfor ikke højde for evt. ekstrahonorar og procenthonorar af den glemte ydelse.

Endnu et uafklaret spørgsmål er, hvilken betydning bestemmelsen vil få for de andre typer af tab udover mistet konkurrencefordel, som glemte ydelser også kan medføre. Eksempelvis kan nævnes erstatningskrav for forgæves afholdte udgifter som følge af f.eks. disruption, som det var tilfældet i T:BB 2010.661VBA. Eftersom ABR 18 § 49, stk. 2, udelukkende omhandler differencetabet, er det ikke usandsynligt, at den hidtidige praksis om erstatning for eksempel disruption fortsat kan fungere sideløbende og uafhængigt af de nye regler om bod for glemte ydelser. Dermed bliver den faktiske retstilstand muligvis, at glemte ydelser kan medføre situationer, hvor der både kræves bod og erstatning.

---

<sup>117</sup> Bilag 1.

<sup>118</sup> Bilag 1.

## DEL V SAMMENFATNING

På baggrund af analysen kan det konkluderes, at bygherren er nødsaget til at foretage aktive handlinger for at sikre sine interesser bedst muligt samt øge chancerne for at få medhold i sit erstatningskrav ved domstolene eller voldgiftsretten. Som retstilstanden er i dag, indtager bygherren en svag position over for totalrådgiveren. Dette er en problemstilling, som bygherren skal være opmærksom på under hele rådgivningsforløbet - lige fra aftaleindgåelsen til en evt. tvist skal løses.

Ved aftaleindgåelsen vil parternes ydelser ofte være bestemt af ABR 89 med en henvisning til DANSKE ARK og FRIs ydelsesbeskrivelser. Ydelsesbeskrivelserne definerer rådgiverens forpligtelser, men forholder sig ikke til ydelsernes kvalitet, som i stedet reguleres af de almindelige obligationsretlige regler. Rådgiveren er forpligtet til at yde en god indsats, der kvalitetsmæssigt lever op til de krav, der kan udledes af branchekutymer og sædvaner på ydelsestidspunktet. En sådan retsstilling kan for bygherren undertiden være forbundet med usikkerhed, da branchekutymer og sædvaner er dynamiske.

Undersøgelsen i specialet har vist, at der teoretisk foreligger en mangel, hvis rådgiveren har glemt at projektere en ydelse, som han efter aftalen eller den almindelige retsopfattelse, var forpligtet til at præstere. Hvorvidt, der er tale om en mangel, afgøres således efter det almindelige obligationsretlige mangelsbegreb og kan forekomme som både en konkret og en generel mangel.

I praksis er kvalificeringen af, hvorvidt den glemte ydelse betragtes som en mangel dog vanskelig. Udfordringen består i afgrænsningen af, hvorvidt den glemte ydelse var en del af rådgiverens forpligtelser eller ej og skyldes ofte den kortfattede rådgivningsaftale og de utidssvarende standardvilkår. Konstateres det imidlertid, at den glemte ydelse hører til rådgiverens forpligtelser, vil der som oftest foreligge misligholdelse, der åbner op for bygherrens muligheder for at kræve erstatning.

Bygherren bør derfor allerede ved aftaleindgåelsen sørge for, at beskrivelsen af parternes forpligtelser er mere fyldestgørende end den, ABR 89 og ydelsesbeskrivelserne bidrager med.

Udfordringerne er forsøgt imødegået med ABR 18 og YBL 18, som forventes at medføre bestemmelser om mere fyldestgørende projektdokumentation, granskningspligt for rådgiveren, færdigmelding af rådgiverens faser samt bygherrens godkendelse af projektet. Vedtages bestemmelserne, som de foreligger i skrivende stund, må det på baggrund af undersøgelsen forventes at blive nemmere for bygherren at kvalificere rådgiverens mangelfulde ydelser.

For at bygherren kan kræve erstatning skal erstatningsbetingelserne være opfyldt. Del III viser, at ansvarsgrundlaget, tabet og bevismæssige udfordringer knyttet hertil volder problemer i praksis og har betydelig indflydelse på bygherrens muligheder for erstatning.

Totalrådgiveren er underlagt et professionsansvar og skal løse rådgivningsopgaven med den omhu, påpasselighed og faglige dygtighed, som en god rådgiver ville yde inden for det specifikke rådgivningsområde. Det er som udgangspunkt bygherren, som bærer bevisbyrden for, at totalrådgiveren har handlet ansvarspådragende, hvilket ofte sikres bedst gennem syn og skøn eller sagkyndige erklæringer.

Praksis viser, at totalrådgiveren oftest findes ansvarlig for de glemte ydelser, hvis bygherren kan godtgøre, at de glemte ydelser var en del af totalrådgiverens projekteringsforpligtelse.

Bevisbyrden er i praksis, for så vidt angår ansvarsgrundlaget, fastholdt som en ligefrem bevisbyrde. Bygherren bør derfor forsøge at indføre klausuler i parternes kontrakt om bevisbyrden for omfanget af rådgiverens ydelse samt ansvaret for evt. mangelfulde ydelser. Dette vil mindske de bevismæssige udfordringer, som efter praksis er problematiske for bygherren.

Tabet er den erstatningsbetingelse, som volder bygherrerne størst problemer.

Bygherrerne har navnlig krævet erstatning for tabstyperne mistet konkurrencefordel, disruption samt øvrige adækvate meromkostninger. På baggrund af undersøgelsen kan det konkluderes, at praksis tegner et klart billede af en retstilstand, hvor tabstyperne mistet konkurrencefordel samt disruption som udgangspunkt anerkendes. Voldgiftsretten er heller ikke afvisende over for erstatning for adækvate meromkostninger, som f.eks. giver sig udslag i mængdeforhold og hovedentreprenørtillæg. De sidste to tabstyper vil dog i højere grad være afhængig af de konkrete omstændigheder end mistet konkurrencefordel og disruption.

I forhold til bevisbyrden viser analysen af de gennemgåede kendelser, at voldgiftsretten som udgangspunkt fastholder, at der gælder en ligefrem bevisbyrde i relation til tabet. Voldgiftsretten har ikke fundet anledning til at anlægge en omvendt bevisbyrde men synes dog at være imødekommende over for muligheden for en lempet bevisbyrde, såfremt de konkrete omstændigheder tillader det.

Betragtes bevismidlerne, viser der sig en tendens hos voldgiftsretten til, at berettende mundtlige beviser ikke er tilstrækkelige til for det første at dokumentere tabet og for det andet at vende eller lempe bevisbyrden. Derimod synes voldgiftsretterne at tillægge sagkyndige beviser større vægt.

På trods af at tabstyperne anerkendes, er det i praksis endnu ikke lykkedes at få erstatning hos totalrådgiveren for glemte ydelser, da bygherrerne ikke har formået at løfte bevisbyrden for tabet.

Efter den nuværende retstilstand er bygherrernes mulighed for at få erstatning hos totalrådgiveren for glemte ydelser dermed begrænset.

Bygherrens bedste mulighed for at løfte sin bevisbyrde og opnå erstatning er at forsøge at overbevise domstolene eller voldgiftsretten om at lempe bevisbyrden i relation til tabet. Sammenholdes tidligere praksis og situationer, hvor rådgiveren har glemt en ydelse, burde lempelsen være en realistisk mulighed for bygherren.

Når ABR 18 træder i kraft, vil retsstillingen, hvor bygherren har en begrænset mulighed for at opnå erstatning, ændres markant. Dette skyldes primært bestemmelsen om glemte ydelser i ABR 18 § 49, som pålægger rådgiveren en bod på 5% for de samlede forglemmelser. I tilfælde af at bygherren skønner tabet større end 5% og kræver erstatning, vil betragtningerne om ydelserne, erstatningsbetingelserne og bevisproblematikkerne fortsat være gældende.

Bygherrens muligheder for erstatning kan begrænses af egen skyld. Specialets Del III, pkt. 4 har vist, at bygherren har en udvidet pligt til at reagere over for fejl og forglemmelser, som han har eller burde have opdaget. For at minimere risikoen for at erstatningsansvaret nedsættes, kan det være hensigtsmæssigt for bygherren at antage en ekstern uafhængig rådgiver, der kan kvalitetssikre projektet.

Begrænsninger i bygherrens erstatningsmuligheder kan desuden følge af aftaleretlige ansvarsbegrænsninger. Er ABR 89 vedtaget mellem parterne vil ABR 89 pkt. 6.2.4 om rådgiverens ansvarsfrigørelse for indirekte tab automatisk være gældende. En retstilstand som ikke forventes ændret med ABR 18. Der kan dog ikke udledes nogen entydig definition på, hvornår et tab er direkte, og hvornår det er indirekte, da afgrænsningen i høj grad afhænger af de konkrete omstændigheder.

Samlet set viser undersøgelsen, at bygherrens muligheder for at opnå erstatning hos totalrådgiveren efter den nuværende retsstilling er begrænset. Skal bygherren optimere sine muligheder for erstatning, skal bygherren aktivt være forudseende i aftaleindgåelsen ved at konkretisere ydelserne og sikre sig en bevismæssig fordel i relation til ansvarsgrundlaget og tabet.

Retstilstanden i relation til erstatning for glemte ydelser forventes dog at ændres markant med ABR 18 og YBL 18. For fremtiden vil parternes således have et agreed document, der efter hensigten gør det enklere for parterne at identificere deres forpligtelser, undgå fejl og mangler og ikke mindst få erstatning for glemte ydelser. Det vil dog stadig være uundgåeligt, at der kan opstå tvivl om eksempelvis tabets størrelse og parternes bevismæssige position, hvorfor overvejelserne i analysen af bygherrens muligheder for at optimere sin retsstilling fortsat vil være relevante.

## DEL VI LITTERATURFORTEGNELSE OG AFGØRELSESREGISTER

### 1. Bøger

*Andersen, Mads Bryde*, Advokatretten, udgivet i samarbejde med Advokaternes Serviceselskab, 2005.

*Andersen, Mads Bryde & Joseph Lookofsky*, Lærebog i obligationsret I, 4. udgave, Karnov Group, 2015.

*Buch, Anders Vestergaard*, Entrepriseretlige mangler, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2007.

*Fenger, Niels, Mads Bryde Andersen, Lars Bo Langsted & Lars Lindencrone Pedersen(red)*, Festskrift til Erik Werlauff, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012.

*Gjedde-Nielsen, Michael & Hans Lykke Hansen*, ABR 89, 3. udgave, Karnov Group, 2013.

*Gomard, Bernhard*, Moderne erstatningsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.

*Gomard, Bernhard*, Obligationsret, 2. del, 4. udgave ved Torsten Iversen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

*Hansen, Jørgen, Henrik Viltoft & Per Walsøe*, Ansvar og moderniseret byggeproces, Praktiserende Arkitekters Råd og Foreningen af Rådgivende Ingeniører i kommission hos Gyldendal, 1970.

*Hansen, Ole*, Entrepriseretlige mellemformer, 1. Udgave, 2013.

*Iversen, Torsten*, Entrepriseretten, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.

*Iversen, Torsten*, Erstatningsberegning i kontraktforhold, 1. udgave, Forlaget Thomson A/S, 2000.

*Langsted, Lars Bo*, Rådgivning I - det professionelle erstatningsansvar, 1. udgave, Forlaget Thompson A/S, 2004.

*Mortensen, Mette*, Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje, PH.D. afhandling, 2016.

*Munk-Hansen, Carsten*, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.

*Ulfbeck, Vibe*, Erstatningsretlige grænseområder, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

*Von Eyben, Bo & Helle Isager*, Lærebog i Erstatningsret, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.

## 2. Artikler

*Costigan, Malcolm*, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og for-sømmelser, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, 2011, s. 653.

*Falk, Nicolaus*, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, 2017, s. 321.

*Gomard, Bernhard*, Egen skyld, Ugeskrift for Retsvæsen, 1958B, s. 149.

*Gregersen, Lars*, Hvem har ansvaret for uklarheder i udbudsmaterialet?, Delacour, 29/3-2012.

*Isager-Sally, Mikkel*, Indirekte tab, jf. AB 92 § 35, stk. 2. Bygherrens udgifter til genhusning og flytning/opbevaring af inventar, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, 2010, s. 296.

*Iversen, Torsten*, Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler, Ugeskrift for Retsvæsen, 2013B, s. 351.

*Jørgensen, Stig*, Et funktionsbestemt professionsansvar, Retsvidenskabelig tidsskrift, 2001.

*Nielsen, Tanja & Christian Johansen*, Rådgiverens ansvar for kvaliteten af bygherrens udbudsmateriale, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, 2012, s. 144.

*Rudfeld, Henrik & Eske Groes*, Byggeriets rådgivere skal tage mere ansvar, KTC, 23/1-2017.

*Troelsen, Kristian*, Projektmangler er vokset kraftigt de sidste 25 år, Dagens Byggeri, 29/8-2016.

*Troelsen, Kristian*, Projektmangler er bygherrernes største hovedpine, Dagens Byggeri, 16/12-2016.

*Trolle, Jørgen*, Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden januar-juni 1973, Ugeskrift for Retsvæsen, 1973B, s. 322.

## 3. Øvrige kilder

ABR 89, Almindelige Bestemmelser for Teknisk Rådgivning og bistand, oktober 1989.

Dansk Forening for Voldgift, Regler om bevisoptagelse voldgiftssager, 2010.

DANSKE ARK & FRI, Ydelsesbeskrivelser for Byggeri og Planlægning, 2012.

DANSKE ARK, FRI & Bygherreforeningen, Vejledning til aftaleformular for totalrådgiveraftale efter ABR 89, september 2013.

LBK nr. 1101 af 22/09/2017, Bekendtgørelse af lov om rettens pleje (Retsplejeloven).



## **4. Afgørelsesregister**

### **4.1 Ugeskrift for Retsvæsen**

U1950.658H  
U1990.532H  
U1994.656V  
U2000.521H  
U2006.386Ø  
U2010.213H  
U2011.2059H  
U2017.753V

### **4.2 Kendelser om fast ejendom**

KFE 1977.34VBA  
KFE 1981.4VBA  
KFE 1989.57VBA  
KFE 1993.161VBA  
KFE 2000.172VBA  
KFE 2008.418VBA  
KFE 2010.241VBA  
KFE 2010.61VBA

### **4.3 Tidsskrift for Bolig- og Byggeret**

T:BB 1999.158VBA  
T:BB 1999.306VBA  
T:BB 2000.86VBA  
T:BB 2001.602VBA  
T:BB 2002.289V  
T:BB 2005.88VBA  
T:BB 2006.334VBA  
T:BB 2006.334VBA  
T:BB 2007.548VBA  
T:BB 2008.203VBA  
T:BB 2008.380VBA  
T:BB 2008.90 VBA  
T:BB 2009.421Ø  
T:BB 2009.9V  
T:BB 2010.256VBA  
T:BB 2010.661VBA  
T:BB 2015.635VBA  
T:BB 2016.557VBA  
T:BB 2017.779VBA

#### **4.4 Forsikrings- og erstatningsretlige domssamling**

FED 1997.331Ø  
FED 1998.587V  
FED 2003.2138Ø  
FED 2003.46Ø

#### **4.5 Diverse**

Utrykt kendelse afsagt af VBA den 8. januar 2016.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Bilag 1.

**SKÆRMPRINT**

