

# JURIDISK KANDIDATSPECIALE

- *Hvornår bærer entreprenøren risikoen for at et materiale senere viser sig uegnet?*

*Joachim Stig Christensen (2014-6493)*

*Daniel Ørbæk (2014-4752)*

*Vejleder: Carsten Munk Hansen*

*Antal anslag: 164.526*



**AALBORG UNIVERSITET**

ABSTRACT .....	3
DEL 1 – OM SPECIALET .....	5
1.1. FORMÅL OG PROBLEMFOMULERING .....	6
1.2. AFGRÆNSNING .....	6
1.3. METODISKE OVERVEJELSER OG RETSKILDER .....	7
1.4. SPECIALETS OPBYGINNG .....	9
DEL 2 – ENTREPRENØRENS HÆFTELSE OG ANSVAR .....	11
2.1. ENTREPRENØRENS ERSTATNINGSANSVAR .....	11
2.1.1. ANSVARSGRUNDLAGET .....	11
2.1.2. ENTREPRENØRENS ANSVAR FOR FØLGESKADER .....	12
2.1.3. DELKONKLUSION OM ENTREPRENØRENS ERSTATNINGSANSVAR .....	13
2.2. ENTREPRENØRENS MANGELSHÆFTELSE .....	13
2.2.1. MANGELSBEDØMMELSEN .....	14
2.2.2. UDVIKLINGSSKADER .....	16
2.2.3. BETYDNINGEN AF PARTERNES AFTALE .....	17
2.2.4. ORGANISATIONSFORMENS BETYDNING FOR ENTREPRENØRENS ANSVAR .....	18
2.2.5. DELKONKLUSION OM ENTREPRENØRENS MANGELSHÆFTELSE.....	20
DEL 3 – MATERIALEVALGET .....	22
3.1. MATERIALETS BESKAFFENHED .....	22
3.2. VALG AF MATERIALER .....	23
3.2.1. BYGHERREN HAR FORESKREVET MATERIALET .....	23
3.2.2. BYGHERREN HAR FORESKREVET PRODUCENTEN .....	25
3.2.3. BYGHERREN HAR FORESKREVET ET REFERENCEMATERIALE .....	26
3.2.4. BYGHERRENS EFTERFØLGENDE IMPLEMENTERING, ANVISNING ELLER ÆNDRING .....	27
3.2.5. ENTREPRENØRENS INDSIGELSESPILGT .....	29
3.2.6. ENTREPRENØREN FREMSÆTTER FORSLAG TIL ET MATERIALE .....	31
3.2.7. ENTREPRENØREN HAR FRIT MATERIALEVALG .....	33
3.3. DELKONKLUSION OM MATERIALEVALGET .....	34
DEL 4 - BYGGETIDENS VIDEN.....	36

4.1. RETSPRAKSIS.....	37
4.1.1. TIDLIGERE RETSPRAKSIS .....	37
4.2. NYERE PRAKSIS - BETINGELSER FOR BYGGETIDENS VIDEN .....	38
4.2.1. GÆNGS OG ANERKENDT .....	39
4.2.2. GENNEMPRØVET .....	39
4.2.3. INKONSISTENS PRAKSIS .....	45
4.3. TIDSPUNKT FOR BEDØMMELSEN AF BYGGETIDEN VIDEN .....	46
4.4 FIT FOR PURPOSES-KLAUSULERS BETYDNING I DANSK RET .....	47
4.5. DELKONKLUSION OM BYGGETIDENS VIDEN .....	50
DEL 5 - ENTREPRENØRENS PRODUKTANSVAR .....	52
5.1. INTRODUKTION TIL PRODUKTANSVARERNE.....	52
5.2. UDVIKLINGSSKADER I PRODUKTANSVARERETTEN .....	54
5.2.1. VIDEN .....	55
5.2.2. MULIGT AT OPDAGE .....	56
5.2.3. SAMMENFATNING OM UDVIKLINGSSKADER I PRODUKTANSVARERETTEN .....	56
5.3. FORSKELLE OG SAMMENFALD MELLE MANGELSHÆFTELSEN OG PRODUKTANSVARET .....	57
5.4. PRODUKTANSVAR I ENTREPRISERETTEN .....	58
5.5. SAMMENLIGNING AF UDVIKLINGSSKADER I PRODUKTANSVARERETTEN OG ENTREPRISERETTEN .....	59
5.6. DELKONKLUSION OM ENTREPRENØRENS PRODUKTANSVAR.....	60
DEL 6 - MATERIALEANSVARET I OFFENTLIGE BYGGERIER .....	61
DEL 7 – SAMMENFATNING .....	63
DEL 8 – LITTERATURLISTE .....	66

## ABSTRACT

The purpose of this thesis is to give contractors an overview of their legal position in relation to the use of new materials.

This leads to the following investigation: when does the contractor carry the risk of a material later becoming unsuitable for the intended purpose.

The thesis especially examines the latest MgO rulings and their influence on the assessment of the contractor's responsibility in connection with the use of materials.

According to the concept of the construction time, the developer bears the development risk if the contractor has chosen a material in accordance with the knowledge of the construction period.

To ensure the most accessible structure of the thesis, it has been chosen to follow a build-up, after which initially the basic rules and principles about the contractor's responsibility and liability are described. It is furthermore assessed what significance it has for the placement of responsibility, who chooses the material. Secondly, a number of case law has been analyzed in an attempt to set up specific conditions for when a material is covered by the knowledge of the construction time. In connection to this, it has been assessed whether a fit for purpose clause distorts the responsibility in situations where a material later turns out to be unsuitable.

Next, the contractor's product liability is examined, including a comparison of the development risk in the product liability right and the contract law.

Finally, an assessment has been made as to whether it makes any difference if the developer is a public developer.

It is crucial for responsibility placement who has chosen the defective materials. If the developer has prescribed the material in his project, he bears the development risk himself. If, on the other hand, the contractor has been able to choose freely, he bears the responsibility for ensuring that the material later appears to be suitable. Thus, the contractor has chosen freely, he is not liable for the fitness of the product in case it was in accordance with the construction time.

The condition as to whether a material has been tested can be defined in two separate conditions, including in that the contractor has: "gained such experiences / knowledge" and then "sensibly and soundly".

Furthermore, it is concluded that the timing of the assessment of the construction time's knowledge over the years has moved backwards. According to previous practice, the knowledge of construction time should be assessed at the time of execution. However, in the recent MgO rulings, The Arbitral tribunal has found that it is the time when the decision was made, which is the most relevant and reasonable time for the contractor.

The conditions which is set out in T:BB2018.907VBA have considerably narrowed the scope of the knowledge of construction time, as the conditions set must be considered as restrictive and difficult for the contractor to fulfill. It is thus concluded that the contractor will in the future have more difficulty in becoming exempt from liability according to the knowledge of the construction time.

Product liability is more restrictive when assessing developmental damages. However, the case law developed rules within product liability are more consistent with construction law

## DEL 1 – OM SPECIALET

---

*“Udviklingen af byggeriet nødvendiggør, at den på anvendelsestidspunktet kendte teknologi må kunne anvendes af byggeriets rådgivende og udførende parter uden frygt for at ifalde erstatningsansvar. I modsat fald vil udviklingen i byggeriet blive stærkt hæmmet eller måske helt gå i stå, idet frygten for ansvaret vil motivere byggeriets rådgivende og udførende parter til kun at anvende den teknologiske viden, som har gammel og anvendt tradition bag sig.”<sup>1</sup>*

Sådan skrev Byggeriets Udviklingsråd (BUR) i 1979 i en betænkning afgivet til den daværende danske regering med henblik på og forsøge at afklare ansvarsplaceringen i relation til anvendelsen af nye materialer i bygge- og anlægsprojekter.

Problemstillingen er forsat aktuel og særligt siden slutningen af sidste årti, hvor byggeriets parter begyndte anvendelsen af de såkaldte MgO plader, der på det tidspunkt var nye i dansk byggeri. Pladerne blev hovedsageligt anvendt som vindspærreplader i lette facadekonstruktioner. Anvendelsen blev blandt andet begrundet med både arbejdsmiljøhensyn og tilpasningsmuligheder.

Pladerne er imidlertid ustabile ved høj relativ fugtighed, og indholdet af salte medfører fugtsugning og fugtafgivning, der også medfører ødelæggelse af de omkringliggende bygningsdele. De samlede udbedringsgodtgørelse er estimeret til at være milliard-store.<sup>2</sup>

Også revisionsudvalget har haft problemstillingen for øje i forbindelse med udarbejdelsen af de nye AB-regelsæt. Der er blandt andet blevet vedtaget nye bestemmelser i AB18, herunder § 47, stk. 3, litra, hvorefter entreprenøren er ansvarsfri i relation til materialer, der senere viser sig uegnet, men som var i overensstemmelse med byggetidens viden. Bestemmelsen lader en række spørgsmål stå ubesvaret hen – overordnet spørgsmålet om, hvad der kræves førend et materiale er i overensstemmelse med byggetidens?

Anvendelse af nye materialer kan være ganske gavnlige både i samfunds- og miljømæssig henseende. Bygherren vil kunne spare penge med anvendelsen af nye og billigere materialer. Entreprenøren vil kunne forbedre arbejdsmiljøet igennem anvendelsen af nye og lettere eller lettere håndterbare materialer. Miljøet vil gavnligt af at nye materialer måske kræver mindre at producere og måske endda er lavet af genbrugsmaterialer.

Der kan således være mange fordele forbundet med anvendelsen af nye materialer. I efterhånden flere tilfælde er det entreprenøren, der vælger materialer. Såfremt entreprenørens ansvar for det af ham valgte materiale er særlig restriktiv, sættes innovationen og de hermed forbundede fordele over styr. Det er derfor afgørende for entreprenøren, at kende sin retsstilling i relation til anvendelsen af nye materialer.

---

<sup>1</sup> Betænkning afgivet af Byggeriets Udviklingsråd 1979, side 22

<sup>2</sup> <https://www.ft.dk/samling/20151/almindel/uuu/bilag/11/1554986.pdf>

## 1.1. FORMÅL OG PROBLEMFORMULERING

Det er formålet med nærværende kandidatspeciale, at give entreprenører et overblik over deres retsstilling i relation til anvendelsen af nye materialer. På baggrund heraf opstilles følgende problemformulering:

*Hvornår bærer entreprenøren risikoen for at et materiale senere viser sig uegnet?*

## 1.2. AFGRÆNSNING

Specialet behandler alene entreprenørens anvendelse af nye materialer, herunder entreprenørens ansvar herfor. Det medfører, at rådgiverens projektering af nye materialer og dennes ansvar i forbindelse hermed ikke er medtaget. Det er vores opfattelse, at en behandling af rådgiverens projektering af og ansvar for nye materialer ville medføre et mere komplet speciale. Af pladsmæssige årsager har vi imidlertid valgt at koncentrere specialet til entreprenørens anvendelse af og ansvar for nye materialer, idet der således efter omstændighederne gives plads til detaljeret behandling af entreprenørens ansvar for anvendelsen af nye materialer.

Det medfører samtidigt, at situationer hvori det er udførselsfejl, der medfører at et forhold senere viser sig uegnet som udgangspunkt ikke behandles i specialet. Der kan imidlertid forekomme tilfælde i praksis, hvor førnævnte situation er relevant for fastlæggelsen af entreprenørens ansvar for, at et materiale senere viser sig uegnet. Sådanne tilfælde inddrages naturligvis i specialet.

Et materiale anses i nærværende sammenhæng for nyt i de tilfælde, hvor det ikke tidligere har været anvendt til det respektive formål. Det vil sige, at specialet omfatter nyopfundne materialer såvel som materialer der tidligere har været anvendt blot til et andet formål. Med andre ord omfatter specialet materialer der er nye i relation til formålet, hvortil de anvendes.

Entrepriser organiseres forskelligt alt efter omstændighederne. En entreprise kan overordnet organiseres i følgende former, idet det dog bemærkes, at der kan forekomme individuelt tilpassede organisationsformer: totalentreprise, hovedentreprise og fagentreprise. I de nævnte organisationsformer er der en realkreditor i form af en bygherre, og en eller flere realdebitorer i form af en eller flere entreprenører (og eventuelt underentreprenører) afhængigt af den respektive organisationsform. Hertil kontraherer bygherre sædvanligvis tillige med en (total)rådgiver. Specialet sigter at afdække totalentreprenøren, hovedentreprenøren og fagentreprenørens ansvar for anvendelsen af nye materialer.

En del af de nævnte entreprenørers ydelse er sædvanligvis at indkøbe materialer (enten efter eget valg eller ud fra hvad der er foreskrevet). I forbindelse med entreprenørens materialeindkøb indgår entreprenøren en aftale med materialeleverandøren. Som følge af aftalens relativitet, er eventuelle indsigelser overfor de leverede materialer bygherren

urvedkommende. Der kan imidlertid forekomme situationer, hvor entreprenøren overfor bygherren ifalder ansvar for de anvendte materialer samtidig med entreprenøren har mulighed for at videreføre kravet mod materialeleverandøren. Leverandørens materialeansvar behandles ikke yderligere i specialet.

I tilfælde af at entreprenøren kendes ansvarlig for, at et materiale senere viser sig uegnet, tilkommer der bygherren misligholdelsesbeføjelser. Specialet omhandler alene spørgsmålet om, hvornår entreprenøren er ansvarlig for et nyt materiale, der senere viser sig uegnet.

Problemformuleringen besvares alene igennem en analyse af national dansk ret. Der foretages derfor ikke en komparativ analyse af udenlandsk ret.

### 1.3. METODISKE OVERVEJELSER OG RETSKILDER

Specialet er et juridisk kandidatspeciale omhandlende ansvarslæren og byggetidens viden indenfor entrepriseretten.

Specialet behandler den i afsnit 1.1. anførte problemstilling igennem anvendelse af den retsdogmatiske metode. Det er således hensigten at analysere og beskrive retstilstanden i relation til, hvornår entreprenøren bærer ansvaret for anvendelsen af nye materialer<sup>3</sup>. Som grundlag for beskrivelsen af retstilstanden foretages en analyse af de retskilder, der er relevante for specialets problemstilling.

Entrepriseretten er et sparsomt reguleret retsområde. Foruden byggeloven og de på baggrund heraf udstedte bekendtgørelser er entrepriseretten ikke reguleret ved lov. Tilmed regulerer byggeloven og bekendtgørelser udstedt på baggrund heraf alene den kvalitative udførsel af byggeri og anlæg. Lovregulering af retsforholdet mellem bygherre og entreprenør i øvrigt findes ikke. I mangel af anden aftale herom må udfyldning af parternes aftale således foretages ved hjælp af de entrepriseretlige retsgrundsætninger, der er fremkommet og fremkommer igennem retspraksis, herunder både fra praksis fra domstolene såvel som fra voldgiftsretten. Disse deklaratoriske regler har alle deres udgangspunkt i den traditionelle obligationsret, der således er grundlaget for aftaleudfyldningen.

Byggeri og anlæg er en af de største erhvervssektorer og som følge af opgavernes kompleksitet og grundlæggende ensartethed er der udarbejdet nogle standardvilkår til brug for parterne i en bygge- eller anlægssag. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer har sine rødder tilbage i 1889.<sup>4</sup> Senest er AB blevet revideret i 1951, 1972 og 1992. Ressortministeriet for boliger og byggeri har alle gangene forestået revisionen af AB.

---

<sup>3</sup> Munk Hansen, Retsvidenskabsteori, 2. udg., 2018, side 204 ff.

<sup>4</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018, side 5



Revisionen har foregået ved, at ressortministeriet har nedsat et udvalg til at forestå revisionsarbejdet.

I forbindelse med tilblivelsen af AB18, ABR18 og ABT 18 har et udvalg udpeget af klima-, energi- og bygningsministeren forestået revisionsarbejdet. Revisionsudvalget mødtes første gang medio 2015, og afsluttede deres arbejde medio 2018. Med virkning fra 1. januar 2018 trådte AB18, ABR18 og ABT18 i kraft. Revisionsudvalget bestod af repræsentanter fra byggeriets parter, herunder både fra bygherre side, entreprenør side og fra det offentlige, og AB-regelsættene betegnes således som agreed documents.<sup>5</sup>

AB regelsættene gælder alene såfremt de er vedtaget mellem parterne. Dog anses et overvejende antal af bestemmelserne i AB regelsættene som entrepriseretlige grundsætninger, og aftaleudfylderens må således – uanset om AB regelsættet er aftalt eller ej – falde tilbage på disse deklaratoriske bestemmelser. Endvidere bemærkes, at regelsættene er udarbejdet med henblik på anvendelse mellem professionelle parter og således ikke i tilfælde, hvor bygherre er forbruger.<sup>6</sup>

Som følge af det omfattende arbejde, der ligger bag AB regelsættene og regelsættenes anvendelighed, har de vundet meget stor udbredelse og vedtages formentlig i mere end 90 % af entreprisforhold.<sup>7</sup> Det medfører ifølge Torsten Iversen en situation, hvor at AB92 uden enhver tvivl er en retskilde og ovenikøbet den vigtigste retskilde på det entrepriseretlige område i Danmark.<sup>8</sup> Dette kan tilsluttes, jf. blandt andet TBB.2003.480. Det er der forventeligt ikke ændret på i forbindelse med vedtagelsen af AB18 og ABT18. På baggrund heraf er det udgangspunktet for behandlingen af specialets problemstilling, at enten AB18 eller ABT18 er vedtaget mellem parterne.

Forslag til de reviderede AB regelsæt blev fremsat i betænkning nr. 1570 af juni 2018. Foruden forslag til de konkrete bestemmelser, fremsattes også revisionsudvalgets bemærkninger til de enkelte bestemmelser. Bemærkningerne må i alt væsentlighed anses som lovbemærkninger afgivet af ethvert andet sagkyndigt udvalg.<sup>9</sup> Bemærkningerne fungerer således som støtte til udfyldning af den tavse entrepris kontrakt, og anvendes tillige i specialet til udfyldning af de respektive bestemmelser.

Der forekommer ikke væsentlige materielle ændringer i bestemmelserne relateret til specialets emnefelt i AB18 og ABT18 i forhold til AB92 og ABT93. Derfor lægges domstols- og voldgiftspraksis afsagt i henhold til AB92 og ABT93 også til grund for specialets behandling af de relevante bestemmelser i AB18 og ABT18, medmindre andet udtrykkeligt anføres.

Det skal hertil bemærkes, at en aftale om AB92 og ABT93 medfører at den primære konfliktløsningsmodel er voldgift. Den hyppige anvendelse af AB regelsættene medfører

---

<sup>5</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 247

<sup>6</sup> I disse tilfælde er der udarbejdet et særligt regelsæt, AB-Forbruger

<sup>7</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 51

<sup>8</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 51

<sup>9</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 52

således, at der alene findes relativt få domstolsafgørelser indenfor entrepriseretten. Derimod forekommer der et stort antal voldgiftskendelser.

Voldgiftsretten er kendetegnet ved som udgangspunkt at bestå af tre dommere, hvoraf en som minimum er landsdommer og de to øvrige sædvanligvis fagdommere, jf. VBA voldgiftsregler 2006 § 2. Det medfører således en specialkompetence i forhold til at afgøre tvister indenfor netop bygge- og anlægsbranchen. Imidlertid bør det holdes for øje, at de respektive fagdommeres udgangspunkt er disses professioner. En fagdommer med arkitektbaggrund agerer med udgangspunkt i en anden kontekst end en fagdommer med ingeniørbaggrund. Det kan medføre forskellige resultater under samme faktum.

Som følge af voldgiftsnævnets institutionaliseret virke, herunder ved en gennemreguleret proces og i øvrigt anerkendt professionalismisme, anses voldgiftskendelsers retskildemæssige værdi på niveau med den retskildemæssige værdi af domstolsafgørelser.<sup>10</sup> Det skal dog i forlængelse heraf bemærkes, at der ikke i voldgiftssager findes den samme mulighed som i domstolsregimet for at appellere den afsagte afgørelse. Voldgiftskendelsers endelighed medfører, at der kan være en tendens til at voldgiftsrettens afgørelser i højere grad er et udtryk for rimelighedsbetragtninger end eksempelvis landsretsafgørelser.

Endvidere er voldgift, i modsætning til domstolsafgørelser, underlagt et princip om hemmelighed, således at voldgiftskendelser som udgangspunkt ikke offentliggøres. Der er imidlertid en praksis for at voldgiftskendelser med en bredere interesse offentliggøres i enten *Kendelser for Fast Ejendom* eller *Tidsskrift for Bolig og Byggeri*.

Specialets primære analyser baseres på voldgiftskendelser, og de indgår således i specialet på lige fod med domstolsafgørelser.

Foruden retspraksis støttes specialets undersøgelser tillige på retslitteratur, hvilket imidlertid ikke kan anses som en retskilde.<sup>11</sup> Det må imidlertid anses som almindelig kendt, at retslitteraturen kan præge retsudviklingen – ikke blot inden for entrepriseretten, men indenfor alle retsområder. I specialet inddrages derfor forskellige anerkendte forfatteres bidrag til forståelse af specialets problemstilling.

## 1.4. SPECIALETS OPBYGINNG

Specialet er inddelt i otte dele:

**DEL 1** Specialets første del omfatter indledende betragtninger om, hvilke problemstillinger specialet forholder sig til (og hvilke det ikke gør). Endvidere fremgår, hvordan specialet metodisk og retskildemæssigt arbejder med de respektive problemstillinger.

---

<sup>10</sup> Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udg., side 60

<sup>11</sup> Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udg., side 50

- DEL 2 I specialets anden del gennemgås udstrækningen af entreprenørens erstatningsansvar og mangelshæftelse med henblik på at afklare grundlaget for entreprenørens ansvar for materialer, der senere viser sig uegnet.
- DEL 3 Med udgangspunkt i undersøgelserne i DEL 2, undersøges i specialets tredje del de mere konkrete omstændigheder, der er forbundet med valget af det mangelfulde materiale.
- DEL 4 I specialets fjerde del undersøges hvilke betingelser, der skal være opfyldt førend et materiale er omfattet af byggetidens viden.
- DEL 5 Den opnåede viden om byggetidens viden sammenholdes i specialets femte del med en undersøgelse af udviklingsskadebegrebet i produktansvarsretten.
- DEL 6 Slutteligt foretages en undersøgelse af, om det har indflydelse på entreprenørens ansvar, at bygherre er en offentlig instans.
- DEL 7 I den syvende del sammenfattes behandlingen af specialets problemformulering.
- DEL 8 Litteraturliste.

## DEL 2 – ENTREPRENØRENS HÆFTELSE OG ANSVAR

I specialets del 2 foretages en undersøgelse af entreprenørens erstatningsansvar og mangelshæftelse samt disses overlap.

I afsnit 2.1 undersøges på hvilket grundlag entreprenøren i falder erstatningsansvar samt omfanget heraf.

I del 2.2 foretages en undersøgelse af entreprenørens mangelshæftelse, herunder betydningen af parternes aftale og organisationsformen.

### 2.1. ENTREPRENØRENS ERSTATNINGANSVAR

Entreprenøren kan ifalde ansvar for bygherrens tab forårsaget af entreprenørens culpøse handlinger, herunder tab påført bygherren som følge af et af entreprenøren valgt materiale, der senere viser sig uegnet. Spørgsmålet er imidlertid, hvor langt entreprenørens ansvar rækker, herunder om han kan ifalde ansvar for følgeskader forårsaget af det svigtende materiale.

Førend entreprenøren ifalder ansvar for bygherren kræves, at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Det vil sige, at der skal foreligge et ansvarsgrundlag, bygherren skal have lidt et tab, der skal være årsagsforbindelse mellem den skadegørende handling og tabet såvel som at tabet skal have været en påregnelig følge af den skadegørende handling. Hertil kræves at der ikke foreligger objektive ansvarsfrihedsgrunde for entreprenøren.

Det ligger udover med specialets formål og afgrænsning, at foretage en dybdegående undersøgelse af de nævnte betingelser, jf. afsnit 1.2. Der foretages dog en undersøgelse af ansvarsgrundlaget, idet det herfor er afgørende efter hvilken retsstandard en entreprenør ifalder erstatningsansvar, og i denne vurdering indgår spørgsmålet om byggetidens viden.

#### 2.1.1. ANSVARSGRUNDLAGET

Udgangspunktet for vurderingen af, hvorvidt en skadevolder ifalder ansvar er, hvorvidt denne har handlet culpøst, og culpa betegnes derfor som den almindelige erstatningsregel.<sup>12</sup> Det gør sig tilsvarende gældende i forhold til entreprenørens eventuelle ansvar overfor bygherren i situationer hvor intet andet er aftalt eller bygherren i øvrigt har givet anvisninger herom.

Når en part handler som led i sin profession, er han underlagt et professionsansvar. I litteraturen er professionsansvaret omtalt som et skærpet culpaansvar i form af en

---

<sup>12</sup> Von Eyben, Lærebog i Erstatningsret, 8. udg., 2015, side 85

strengere uagtsomhedsvurdering.<sup>13</sup> Uagtsomhedsbegrebet er et relativt begreb, som fastsættes ud fra den retsstandard, der gør sig gældende indenfor den pågældende profession.<sup>14</sup> Ansvarsvurderingen af professionelle tager udgangspunkt i, om den professionelle handlinger adskiller sig fra et anerkendt handlingsmønster indenfor netop det pågældende fagområde på tidspunktet for handlingens udførelse.<sup>15</sup>

Uagtsomhedsvurderingen er således relativ i forhold til, hvordan en almindelig kyndig indenfor den pågældende profession ville have handlet i en tilsvarende situation (og dermed ikke en bonus pater vurdering). Uagtsomhedsvurderingen beror herefter på objektive kriterier af, hvad der anses for forsvarligt indenfor den pågældende profession – det vil sige en differentieret culpamålestok og således ikke et skærpet culpaansvar. Uagtsomhedsvurderingen kan være svær og afhænger af hvad adfærden skal bedømmes i forhold til.

Det medfører, at en almindelig kyndig entreprenør, der agerer i overensstemmelse med den på byggetiden kendte og tilgængelige viden skal frifindes, selvom et materiale senere viser sig at være uegnet, og som følge heraf påfører bygherren tab.

### 2.1.2. ENTREPRENØRENS ANSVAR FOR FØLGESKADER

Entreprenørens ansvar bygger på efter AB18 på en sondring mellem skadestyperne. Der kan forekomme en mangel ved entreprenørens ydelse. I dette tilfælde hæfter entreprenøren på objektivt grundlag, jf. afsnit 2.2. Herudover kan den pågældende mangel medføre, at der påføres byggeriet eller bygherren følgeskader, som entreprenøren kan gøres ansvarlig for.

I medfør af AB18 § 53, stk. 1, der er uændret i forhold til AB92, er entreprenøren ansvarlig for tab, der er en følge af mangler ved arbejdet, hvis manglerne skyldes fejl eller forsømmelse fra entreprenørens side eller som ifølge aftalen må anses som tilsikret. Der er umiddelbart ikke forekommet praksis, hvor en entreprenør er blevet dømt til at hæfte for mangler, men ikke for følgeskader, hvorved ”ansvarsgrundlaget” i henhold til mangler og følgeskader må anses som ens.<sup>16</sup>

Bygherren må i henhold til bestemmelsens ordlyd have bevisbyrden for at entreprenøren har handlet culpøst. Det faktum, at erstatning for følgeskader er betinget af, at bygherre kan godtgøre, at entreprenøren har handlet culpøst medfører, at bestemmelsen reelt må anses som en begrænsning i entreprenørens ansvar for mangler.

I henhold til AB18 § 53, stk. 2, der også er uændret i forhold til AB92, er entreprenøren ikke ansvarlig for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab. Det medfører således en retstilstand, hvor det er afgørende under hvilken del af bestemmelsen det respektive tab

---

<sup>13</sup> Von Eyben, Lærebog i Erstatningsret, 8. udg., 2015, side 86

<sup>14</sup> Von Eyben, Lærebog i Erstatningsret, 8. udg., 2015, side 87

<sup>15</sup> Von Eyben, Lærebog i Erstatningsret, 8. udg., 2015, side 88

<sup>16</sup> Hørlyck, Entrepriseret – AB18, 8. udg., 2019, side 545

subsummeres. Det er i praksis såvel som i den øvrige litteratur uafklaret, hvilke tab der kan karakteriseres som følgeskader og hvilke tab, der kan karakteriseres som indirekte tab. I T:BB2011.502H ansås udgifter til ind- og udflytning samt genhusning at udgøre en følgeskade som entreprenøren blev kendt ansvarlig for. Derimod er udgifter som eksempelvis tabte huslejeindtægter at betragte som indirekte tab, som entreprenøren således ikke er ansvarlig for, jf. eksempelvis KFE1985.167VBA.<sup>17</sup>

Det gælder for følgeskader, at entreprenøren bør frikendes såfremt, at entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, idet han herved pr. definition ikke har handlet culpøst.

### 2.1.3. DELKONKLUSION OM ENTREPRENØRENS ERSTATNINGSANSVAR

Det konkluderes, at entreprenøren ifalder ansvar for sine culpøse handlinger på grundlag af en professionsmålestok. Dermed vurderes entreprenørens ansvar i forhold til, hvordan en anden almindelige kyndig entreprenør ville have handlet i den pågældende situation.

Entreprenørens ansvar omfatter endvidere følgeskader, men ikke indirekte tab. Følgeskader omfatter blandt andet ind- og udflytning, genhusning samt opbevaring. Indirekte tab, for hvilke entreprenøren ikke er ansvarlig, omfatter blandt andet tabte huslejeindtægter. Der findes ikke i praksis en skarp linje mellem, hvorvidt der er tale om en følgeskade eller et indirekte tab, men subsumtionen af tabet er afgørende for, hvorvidt entreprenøren bliver erstatningsansvarlig.

Parternes aftale kan begrænse eller forøge omfanget af entreprenørens erstatningspligt, idet en af entreprenøren givet garanti medfører at han uanset hvorvidt han har handlet culpøst ifalder ansvar for det pågældende forhold.

## 2.2. ENTREPRENØRENS MANGELSHÆFTELSE

Som en speciel del af obligationsretten, bygger entrepriserettens fundament på den almindelige obligationsret. Det har blandt andet, men ikke kun, betydning for retskildehierarkiet i forbindelse med udfyldning af parternes aftale. I tråd med den almindelige obligationsret er parternes aftale udgangspunkt for fastlæggelsen af hvilken ydelse entreprenøren skal præstere og på hvilket grundlag han ifalder ansvar.

Såfremt aftalen er tavs, skues til eventuelle sædvaner og kutymen i branchen. Kan aftalen ikke udfyldes med branchesædvaner og kutymen, falder aftaleudfylderens tilbage på de deklaratoriske obligationsretlige regler.

---

<sup>17</sup> Sagen er afgjort på baggrund af AB72, men bestemmelsen vedr. indirekte tab er ikke materielt anderledes end den nuværende.

AB18 gælder, som det er anført ovenfor, alene hvis dette er aftalt mellem parterne. Det er imidlertid almindelig anerkendt, at AB18 i høj grad er en kodificering af almindelige obligationsretlige regler.<sup>18</sup> Det medfører en retsstilling, hvor bestemmelserne om entreprenørens ansvarsbedømmelse i AB18 i høj grad udgør den entrepriseretlige baggrundsret.

### 2.2.1. MANGELSBEDØMMELSEN

Der sondres i den entrepriseretlige litteratur og praksis mellem begreberne svigt og en mangel. Et svigt er en faktisk afvigelse mellem den aftalte ydelse og den af entreprenøren præsterede ydelse.

Et svigt har juridisk betydning for aftaleforholdet, såfremt et sådant giver bygherren misligholdelsesbeføjelser. Opnår bygherren misligholdelsesbeføjelser som følge af, at der foreligger et svigt i entreprenørens ydelse, er der tale om en mangel – dette kaldes også det funktionelle mangelsbegreb.<sup>19</sup>

Det bemærkes, at også i AB sammenhæng anvendes det funktionelle mangelsbegreb, jf. sammenhængen mellem mangelsbegrebet i AB18 § 47 og bygherres misligholdelsesbeføjelser i AB18 §§ 48 ff.

Et forhold ved en entreprise betegnes som mangel i det omfang, at forholdet savner egenskaber i forhold til, hvilke egenskaber forholdet ifølge udfyldende entrepriseretlige grundsætninger burde have, jf. for et eksempel T:BB2004.423V, hvor et givent forhold fandtes at være mangelfuldt som følge af, at det var udført i strid med den almene byggetekniske viden i 1984. Det medfører at vurderingen af, hvorvidt entreprenøren ifalder ansvar for det omtvistede forhold må ske med udgangspunkt i de almindelige krav, der kan stilles til entreprenørens ydelse.<sup>20</sup>

Denne mangelsvurdering er kodificeret i AB18 § 47, stk. 1, hvorefter der foreligger en mangel ved entreprenørens ydelse, hvis ikke arbejdet er udført i overensstemmelse med AB18 § 12, stk. 1 og 2.<sup>21</sup> I medfør heraf skal entreprenørens ydelse være udført i overensstemmelse med aftalen, fagmæssig korrekt og efter bygherrens anvisninger, jf. AB18 § 12, stk. 1. Hertil skal de anvendte materialer være af sædvanlig god kvalitet, jf. AB18 § 12, stk. 2.

Mangelsvurderingen er således en vurdering af, hvorvidt entreprenøren har handlet *fagmæssigt korrekt*, hvilket er et udtryk for professionsstandarden for entreprenørens ydelse. Dette understøttes blandt andet af U.2008.1861H. Heri udtalte Højesteret, at der efter bevisførelsen, herunder særligt syn og skøn, måtte lægges til grund, at det først fra 1994-1995 blev kendt i galvaniseringsbranchen, at zinkaske og flusmiddelrester, som

---

<sup>18</sup> Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udg., 2016, side 55 ff.

<sup>19</sup> Betænkning nr. 1246 af 1993 og Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, 2. udg., side 243

<sup>20</sup> Buch, *Mangler i Entrepriseretten*, 1. udg., 2007, side 23

<sup>21</sup> Det samme følger af ABT18 § 45, stk. 1, der henviser til ABT18 § 12, stk. 1 og 2.

efterlades indvendigt i lukkede spærprofiler, under visse forhold kan give anledning til tæring i et sådant omfang, at det har funktionsmæssig betydning. Højesteret lagde efter bevisførelsen endeligt til grund, at sagsøgte udførte galvaniseringen *i overensstemmelse med almindelig praksis i galvaniseringsbranchen*, og at der herefter ikke var grundlag for at fastslå, at galvaniseringsarbejdet *var fagligt uforsvarligt efter forholdene på udførelsestidspunktet*. Det i forrige punktum kursiverede udtrykker således, at hvorvidt entreprenøren har handlet fagmæssigt korrekt i høj grad er et spørgsmål om, hvorvidt han har handlet uagtsomt, jf. ”uforsvarligt”. Dermed bliver den almindelige erstatningsvurdering indlemmet i den obligations- og entrepriseretlige mangelsvurdering.

Foreligger der en mangel efter AB18 § 47, stk. 1, har bygherren som udgangspunkt ret til afhjælpning jf. AB18 § 48, stk. 1. Foretager entreprenøren ikke afhjælpning efter bestemmelserne i AB18 §§ 48-49, risikerer han, at hans afhjælpningsret bortfalder efter AB18 § 50, stk. 1 med det til følge, at bygherren kan lade manglerne udbedre for entreprenørens regning eller kræve afslag i købesummen (udbedringsgodtgørelse), jf. AB18 § 50, stk. 2 og § 52.

Entreprenørens forpligtigelse i henhold til AB18 skal anses som en resultatforpligtigelse, jf. T:BB2006.337 VBA, hvori voldgiftsretten udtalte: ”*Entreprenøren har påtaget sig at tilvejebringe et bestemt resultat, og det er derfor dennes risiko, hvis tilvejebringelsen af resultatet kræver større omkostninger end forudset...*”. Tilsvarende anfører Vestergaard Buch i *Entrepriseretlige Mangler*.<sup>22</sup> Entreprenøren skal præstere et bestemt resultat og retsfølgen heraf er, at entreprenøren har bevisbyrden for, at han netop har præsteret en rigtig ydelse.

Det faktum at entreprenørens ydelse er en resultatforpligtigelse medfører, at enhver uoverensstemmelse mellem bygherrens berettigede forventninger til arbejdets resultat og det faktisk præsterede arbejde som udgangspunkt udgør en mangel ved entreprenørens ydelse. Med andre ord hæfter entreprenøren for hans ydelses kontraktmæssighed uanset om han har handlet culpøst.<sup>23</sup>

Dette udgangspunkt kan imidlertid ikke opretholdes i enhver situation, idet de mangler som kan henføres til bygherrens forhold ikke udgør et svigt.<sup>24</sup> Tilsvarende gælder der de i AB18 §§ 47, stk. 2, litra a og b samt 47, stk. 3, litra a og b fastsatte undtagelser hertil.

De her nævnte undtagelser og forholdene heromkring behandles yderligere i specialets del 3 og 4.

---

<sup>22</sup> Vestergaard Buch, *Entrepriseretlige Mangler*, 1 udg., 2007, side 44

<sup>23</sup> Vestergaard Buch, U.2004B.64

<sup>24</sup> Ussing, *Enkelte Kontrakter*, 1940, side 398



### 2.2.1.1. TIDSPUNKTET FOR MANGELSBEDØMMELSEN

Mangelsvurderingen skal foretages på afleveringstidspunktet, jf. AB18 § 47, stk. 6. Det er således arbejdets kvalitet på afleveringstidspunktet, der er afgørende for, hvorvidt arbejdet lider af en mangel og om bygherren derved opnår misligholdelsesbeføjelser.

Det medfører imidlertid ikke, at (skjulte) mangler, der først viser sig senere, ikke kan gøres gældende overfor entreprenøren. Det forudsætter dog, at årsagen til den skjulte mangel kan henføres til senest afleveringstidspunktet. I disse tilfælde gælder de almindelige regler om forældelse, passivitet og den øvrige tidsmæssige begrænsning i AB18 § 49, stk. 1, hvorefter entreprenøren alene hæfter for mangler – synlige såvel som skjulte – i en periode på 5 år fra afleveringstidspunktet.

### 2.2.2. UDVIKLINGSSKADER

I de seneste års voldgiftpraksis har begrebet ”udviklingsskade” i højere grad vundet indpas, jf. blandt andet T:BB2017.779, T:BB2018.907, VBA C-14199 og VBA C-14696. Begrebet forekommer imidlertid ikke klart defineret – hverken i praksis eller litteraturen i øvrigt, der på området må anses for temmelig inkonsistens.

Begrebet ses anvendt i situationer, hvor der er tvist om, hvorvidt et svigt kan henføres til afleveringstidspunktet eller om svigtet er opstået som følge af forhold, der ligger efter dette.

Der forekommer to typetilfælde af udviklingsskader. Dels det tilfælde, hvor entreprenøren anvender nye materialer (og udførselsmetoder), som ikke tidligere er gennemprøvet og som viser sig at være uegnet. Dels de tilfælde, hvor entreprenøren anvender et materiale, som på tidspunktet for byggeriet er i overensstemmelse med byggetidens viden – det vil sige den viden som i almindelighed i fagkredse blev anset for forsvarlig og fornuftig – men som senere viser sig uegnet.<sup>25</sup>

Det betyder, at det ofte forekommer, at entreprenørsiden påberåber sig, at der er tale om en udviklingsskade til støtte for, at pålægge bygherren ansvaret for et svigt, hvis årsag ikke kan henføres til afleveringstidspunktet. Omvendt gør bygherren ofte gældende, at forholdet kan henføres til afleveringstidspunktet. Det sås blandt andet i T:BB2017.779VBA.

Kategoriseringen af udviklingsskadetyper er afgørende for, hvem der bærer ansvaret for materialefejlen. Er der tale om, at entreprenøren anvender et materiale, der ikke er gennemprøvet og som senere viser sig uegnet, ifalder entreprenøren ansvar allerede fordi det ikke er gennemprøvet.<sup>26</sup> I den modsatte situation, er der formentlig tale om en bygherrerrisiko. Tilfældene behandles yderligere i del 4.

---

<sup>25</sup> Hørlyck, Entrepriseret – AB18, 8. udg., 2019, side 474

<sup>26</sup> Hørlyck, Entrepriseret – AB18, 8. udg., 2019, side 476 ff.

### 2.2.3. BETYDNINGEN AF PARTERNES AFTALE

Der er som altovervejende udgangspunkt aftalefrihed mellem bygherre og entreprenør. Det medfører, at parternes aftale er afgørende for bedømmelsen af, hvorvidt enten entreprenøren eller bygherrens berettigede forventninger kan anses som indfriet. Med andre ord må mangelsbedømmelsen tage udgangspunkt i aftalens beskrivelse af entreprenørens ydelse.

I de tilfælde, hvor entreprisaftalen ikke udtømmende regulerer byggearbejdet og resultatet heraf, er der behov for aftaleudfyldning. Parternes aftale definerer som regel den ydelse, som entreprenøren skal præstere. Der vil således i de alt overvejende tilfælde være tale om, at parterne i deres aftale som minimum har reguleret det overordnede arbejde således, at det i parternes aftale vil kunne læses, hvorvidt der er tale om at entreprenørens ydelse består af at opføre en udlejningsejendom, et autoværksted eller en svinestald. Mangelsvurderingen må tage sit udgangspunkt i definitionen af parternes ydelse, hvorved netop definitionen af parternes ydelse danner grundlag for mangelsvurderingen.<sup>27</sup>

Man kan stille spørgsmålet, hvorvidt entreprisesummens størrelse har indflydelse på mangelsvurderingen af entreprenørens ydelse, herunder om en høj entreprisesum kan begrunde større krav til entreprenørens ydelse og visa versa. Udgangspunktet er som anført ovenfor, at entreprenørens ydelse skal være fagmæssig korrekt og materialerne af sædvanlig god kvalitet. Netop ”fagmæssig korrekt” og ”sædvanlig god kvalitet” er den deklatoriske regel, såfremt et forhold ikke er reguleret i parternes aftale. Såfremt entreprisesummen er usædvanlig høj kan det indikere, at der hos bygherren er en berettiget forventning om, at entreprenørens ydelse og de anvendte materialer skal være af en højere kvalitet end henholdsvis ”fagmæssig korrekt” og ”sædvanlig god kvalitet”.<sup>28</sup> Tilsvarende gør sig gældende i den omvendte situation. I de tilfælde, hvor entreprenøren måtte gøre gældende, at det er aftalt, at hans ydelse ikke behøves at leve op til det ”fagmæssigt korrekte” og materialerne være af ”sædvanlig god kvalitet”, er det en betingelse at dette er udtrykkeligt aftalt, jf. U1980.1033H.

Parterne aftaler ganske ofte AB regelsættet, der således udgør parternes aftale.<sup>29</sup> Det skal dog bemærkes, at der tillige ofte aftales udvidelser eller indskrænkninger i forhold til parternes rettigheder og forpligtigelser i henhold til de i AB18 nedfældet regler. Disse individuelle vilkår udspringer af parternes forhandling og kan være et alternativ til eksempelvis en justering af den tilbudte pris. Vilklårene tager sig ofte ud som forbehold eller garantier i forskellige afskygninger.

Der kan eksempelvis være tale om, at bygherren reviderer byggetidsplanen uden entreprenørens accept og entreprenøren heroverfor tager forbehold, der i en konkret

---

<sup>27</sup> Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, 2. udg, 2012, side 141

<sup>28</sup> Hørlyck, Entrepriseret – AB18, 8. udg., 2019, side 187

<sup>29</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 55.

situation kan medføre, at entreprenøren ikke holdes ansvarlig for en fristoverskridelse i forhold til den reviderede byggetidsplan. jf. KFE1994.44VBA.

Det ses undertiden også, at entreprenører tager forbehold for anvendelsen af et bestemt produkt eller materiale, der kan virke diskulperende i forhold til et eventuelt senere materialeansvar, jf. eksempelvis KFE1989.65VBA. På den anden side medfører et ikke tilstrækkeligt klart forbehold, at entreprenøren risikerer at ifalde ansvar for det anvendte materiale, jf. TBB2001.603VBA, hvori entreprenøren (delvist) ifaldt ansvar trods han gjorde rådgiveren bekendt med sine overvejelser, idet dette dog ikke skete i en sådan form, at det på nogen måde opfyldte kravene til et egentligt forbehold, der havde været rimeligt under hensyn til entreprenørens kendskab til produktet og til de specielle materialeforekomster på stedet.

Det ses endvidere, at entreprenøren afgiver en garanti (eller tilsikring) overfor egnetheden af det respektive materiale således, at han er ansvarlig på objektive grundlag herfor. Det gjorde sig gældende i U.1994.612H, hvor tagentreprenøren ikke på trods af den for tagpappet afgivet garanti blev frikendt, idet tabet var forårsaget af temperaturbetingede bevægelser i de polystyrenplader, som udgjorde underlaget for tagpappet – og ikke som følge af at tagpappet var uegnet.

Et forbehold kan således, forudsat at dette er afgivet med den fornødne klarhed, virke diskulperende for entreprenørens ansvar, hvorimod en garanti for entreprenøren medfører et objektive ansvar for det garanterede forhold.

#### 2.2.4. ORGANISATIONSFORMENS BETYDNING FOR ENTREPRENØRENS ANSVAR

Foruden fastlæggelsen af entreprenørens ydelse, fungerer parternes aftale også som grundlag for fortolkningen af den aftalte organisationsform. Som anført i specialets afgrænsning i afsnit 1.2, vedrører specialet alene entreprisekontrakter, hvor AB18 eller ABT18 er aftalt. Såfremt parterne har aftalt, at AB18 skal være gældende for aftaleforholdet, vil der være tale om en traditionel entreprise i form af enten en fag- eller hovedentreprise. Modsat gælder det, at såfremt parterne har aftalt, at ABT18 skal være gældende, vil der være tale om en totalentreprise.

Den grundlæggende forskel mellem en traditionel entreprise og totalentreprisen er, at totalentreprenøren foruden at skulle præstere den håndværksmæssige del af entreprisen, også skal forestå den projekterende del af entreprisen. Det medfører selvsagt også en ændret ansvarsplacering.

Reglerne er baseret på en klar fase- og opgavefordeling, hvorefter entreprenørens ydelse udføres på baggrund af et på forhånd udarbejdet projekt, som er tilvejebragt af bygherrens tekniske rådgivere.<sup>30</sup> Denne traditionelle entrepriseform medfører en overskuelig opdeling

---

<sup>30</sup> Hansen, Entrepriseretlige mellemformer: s. 20

af henholdsvis entreprenørens og rådgiveren ydelser, hvorefter en ansvarsplacering ikke vil give anledning til de store udfordringer. Imidlertid har udviklingen medført et pres på den traditionelle entrepriseret.

Der peges her først og fremmest på teknologiseringen, som blandt andet har medført en eksplosiv udvikling indenfor anvendelse af nye materialer og metoder.<sup>31</sup> Ydermere har teknologiseringen indenfor byggebranchen medført, at entreprenørens ydelse er blevet mere kompleks. Ole Hansen anfører i *Entrepriseretlige mellemformer*, at den teknologiske udvikling samt specialisering indenfor byggerierne opstiller et nyt krav om serviceorientering, hvorefter entreprenøren traditionelle håndværksydelser forventes suppleret af en servicerende viden omkring valg af projekttiltag.<sup>32</sup>

Denne udvikling i bygge- og anlægsbranchen har medført, at placeringen af ansvar i forbindelse med svigtende materialer er blevet mere kompliceret end tidligere.<sup>33</sup>

Ovenstående udvikling har som tidligere anført medvirket til et opgør med den traditionelle fase- og opgavefordeling, hvorefter der er givet plads til de entrepriseretlige mellemformer. De entrepriseretlige mellemformer ligger et sted imellem henholdsvis AB og ABT-reglerne. De entrepriseretlige mellemformer kan anses som værende nye aftaleformer, som ikke har til hensigt at overføre den væsentligste del af projekteringen til entreprenøren, hvorfor en vedtagelse af ABT ikke vil være hensigtsmæssig.<sup>34</sup>

Iblandt de mest anvendte mellemformer kan eksempelvis nævnes funktionskrav samt systemleverancer. Ved funktionsudbud angives der i udbuddet nogle krav til ejendommen egenskaber, herunder eksempelvis at et ventilationssystem skal have tilstrækkelig kapacitet til fjernelse af kulilte i en gokarthal, som det var tilfældet i U2010.213H. Systemleverancer er tillige en entrepriseretlig mellemform, idet entreprenørens ydelse forudsætter en form for individuel projektering ved indsættelsen af en præfabrikeret leverance, herunder eksempelvis en entreprenørs tilpasning af et leveret ventilationsanlæg<sup>35</sup>. I disse tilfælde, er der således tale om, at entreprenøren skal udføre hele eller dele af den til arbejdet relaterede projektering.

I forbindelse med vedtagelsen af de nye AB regelsæt, har man som noget nyt reguleret ”entreprenørprojektering”. Begrebet betegner en entreprenørs projektering i form af bidrag til delt projektering, normalt vedrørende arbejde, som den pågældende entreprenør skal udføre.<sup>36</sup> Udtrykket bruges også om en leverandørs udførelse af tilsvarende projektering - eksempelvis en betonleverandørs projektering af betonelementer, som denne skal levere.

---

<sup>31</sup> Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*: s. 25

<sup>32</sup> Hansen, Ole – *Entrepriseretlige mellemformer*: s. 28

<sup>33</sup> T:BB2018.344

<sup>34</sup> Hansen, Ole – *Entrepriseretlige mellemformer*: s. 30

<sup>35</sup> Iversen, Torsten – *Entrepriseretten*: s 429

<sup>36</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018, side 103

Den samfundsmæssige- og teknologiske udvikling har således medført at entreprenørens ydelse i højere grad udgøres af en hel eller delvis sammenblanding af den håndværksmæssige ydelse og den projekteringsmæssige ydelse. Revisionsudvalget har taget konsekvensen heraf, og har i AB18 § 4, stk. 2 bestemt, at entreprenørens ydelse alene indeholder projektering såfremt, at det er angivet i udbudsmaterialet. I sammenhæng med bestemmelsen i AB18 § 17, stk. 1, 1. pkt., hvorefter entreprenøren alene skal projektere hvis det er aftalt, må entreprenørens eventuelle projekteringsforpligtigelse kunne holdes adskilt fra hans håndværksmæssige ydelse. Med andre ord vil det fremgå af entreprisekontrakten, hvorvidt entreprenøren skal foretage projektering. Såfremt entreprenøren ikke skal projektere, kan han alene ifalde ansvar for den håndværksmæssige del af ydelsen. Skal entreprenøren også udføre projektering af arbejdet, kan han naturligvis også ifalde ansvar herfor.

Er der tale om udbud på funktionskrav (og er der indgået aftale herom), er entreprenøren forpligtiget til også at projektere arbejdet, jf. AB18 § 17, stk. 1, 2. pkt. I disse tilfælde hæfter entreprenøren for mangler ved ydelsen uanset om der tale om svigt ved den projekteringsmæssige eller håndværksmæssige del af ydelsen.

Tilsvarende gør sig gældende for totalentreprenøren. I disse tilfælde er totalentreprenøren ansvarlig for projekteringen af arbejdet såvel som den håndværksmæssige del. I tilfælde af et materialesvigt er en følge af fejlagtig projektering, vil bygherren kunne rette et krav mod totalentreprenøren, som er ansvarlig i forhold til bygherren.<sup>37</sup> Totalentreprenøren vil imidlertid ofte have antaget en ekstern teknisk rådgiver til at forestå projekteringen af det pågældende arbejde. Totalentreprenøren vil som udgangspunkt kunne videreføre kravet fra bygherren mod rådgiveren.<sup>38</sup>

Organisationsformens betydning for entreprenørens ansvar for mangler, har således betydning i relation til omfanget af ansvaret. Såfremt det er aftalt at entreprenøren skal projektere kan han ifalde ansvar herfor. Såfremt entreprenøren alene skal udføre den håndværksmæssige del af entreprisen, hæfter han alene for mangler herved, herunder blandt andet for mangler ved de anvendte materialer.

## 2.2.5. DELKONKLUSION OM ENTREPRENØRENS MANGELSHÆFTELSE

Det kan herefter konkluderes, at entreprenøren skal præstere sin ydelse i overensstemmelse med aftalen, efter bygherrens anvisninger og i overensstemmelse med, hvad der er fagmæssigt korrekt, jf. AB18 § 12, stk. 1. Endvidere skal de anvendte materialer være af sædvanlig god kvalitet, jf. AB18 § 12, stk. 2. Det kan konkluderes, at såfremt entreprenøren ikke præsterer sin ydelse i overensstemmelse med aftalen, efter bygherrens

---

<sup>37</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 72

<sup>38</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 73

anvisninger, fagmæssigt korrekt eller med materialer af sædvanlig god kvalitet, foreligger der en mangel ved entreprenørens ydelse, jf. AB18 § 47, stk. 1.

Vurderingen af om entreprenøren har handlet fagmæssigt korrekt, er efter praksis i det væsentligste et spørgsmål om, hvorvidt entreprenøren har handlet ”forsvarligt”. Det svarer til en almindelig uagtsomhedsvurdering, hvorved det almindelige erstatningsansvar anses for indlemmet i mangelsvurderingen.

Entreprenøren hæfter for enhver uoverensstemmelse mellem entreprisekontrakten og det faktisk præsterede resultat. Det kan dermed konkluderes, at entreprenøren som udgangspunkt på objektivt grundlag hæfter for mangler ved arbejdet.

Det konkluderes endvidere, at parternes aftale har betydning for mangelsbedømmelsen i det omfang, at der er aftalt udvidelser eller indskrænkninger i entreprenørens ansvar, herunder kan entreprenøren eksempelvis have taget forbehold for et givent materiale, hvorefter hans ansvar vil være begrænset i overensstemmelse med det taget forbehold.

Hertil konkluderes, at organisationsformen har betydning i relation til omfanget af entreprenørens ansvar. Såfremt det er aftalt at entreprenøren skal projektere kan han ifalde ansvar herfor. Såfremt entreprenøren alene skal udføre den håndværksmæssige del af entreprisen, hæfter han alene for mangler herved, herunder blandt andet for mangler ved de anvendte materialer.

## DEL 3 – MATERIALEVALGET

---

Udgangspunktet er, at entreprenøren hæfter for materialesvigt, hvis dette udgør en mangel, jf. AB18 § 47, stk. 1. Det fremgår heraf, at entreprenørens ydelse lider af en mangel, hvis ikke den er i overensstemmelse med AB18 § 12, stk. 1 og 2. I medfør af AB18 § 12, stk. 1, 2. pkt. skal de af entreprenøren leverede materialer være af sædvanlig god kvalitet.

Grundsætningen om, at materialer skal være af sædvanlig god kvalitet efterlader en række ubesvarede spørgsmål, herunder blandt andet betydningen af parternes ageren i forhold til valget af materialet, hvilke krav der kan stilles til entreprenørens undersøgelsespligt og hvornår et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden og om fit for purposes klausuler har indflydelse herpå.

Som udgangspunkt for behandlingen af, hvem der har valgt et materiale, er det afgørende at sondre mellem typerne af materialesvigt. Dette belyses i afsnit 3.1.

Det er herefter afgørende for ansvarsplaceringen, hvem der har valgt det materiale, der senere viser sig uegnet. Denne problemstilling behandles i afsnit 3.2.

### 3.1. MATERIALETS BESKAFFENHED

Materialesvigtet forekommer i to tilfældegrupper. Dels forekommer materialesvigtet som fejlbehæftet, eksempelvis forårsaget af fabrikationsfejl, og dels forekommer materialesvigt som uegnede til det anvendte formål (formålsuegnede).

Fejlbehæftede materialer er materialer, der svigter som følge af, at der er sket en fejl i forbindelse med fabrikationen eller andre omstændigheder. Det kan eksempelvis dreje sig om, at entreprenøren anvender et materiale, der lider af en synlig defekt, der er forårsaget af enten fejl i produktionen eller i forbindelse med transporten eller opbevaringen heraf.

Formålsuegnede materialer kan for et eksempel være vindspærreplader, der viser sig at indeholde magnesiumklorid og magnesiumoxid, der medfører at pladerne opsuger fugt, når disse er udsat for en relativ luftfugtighed på +85 % i mere end 7 sammenhængende dage. Opfugtningen kan medføre korrosion på omkringliggende materialer, og dermed beskadige hele byggeriet. Dette var tilfældet både i T:BB2017.779, T:BB2018.907, VBA C-14696 og VBA C-14199.

Sondringen er afgørende for ansvarsplaceringen. Eksempelvis gælder AB18 § 47, stk. 3, litra b alene formålsuegnede materialer. Materialer der senere viser sig formålsuegnet er pr. definition materialer, der ikke tidligere har været anvendt til det samme formål. Det er derfor denne type materialer, der er afgørende for innovationen i bygge- og anlægsbranchen.

## 3.2. VALG AF MATERIALER

Hovedreglen er, som anført i afsnit 2.2.1, at enhver uoverensstemmelse mellem bygherrens berettigede forventninger til arbejdets resultat og det faktisk præsterede arbejde udgør en mangel.

Når det er konstateret, at et givent materiale er mangelsbehæftet, skal der herefter sondres mellem, hvem der har valgt det materiale der udgør manglen.<sup>39</sup> Er det uheldige valg truffet af bygherren eller kan forholdet i øvrigt henføres til bygherrens egne forhold, udgør materialefejlen ikke en mangel. Er det uheldige valg derimod truffet af entreprenøren, udgør materialefejlen en mangel.<sup>40</sup> Bygherrens egne forhold omfatter i denne forbindelse de valg, bygherren eller dennes fuldmægtige træffer i relation til entreprisens materialer.

Men hvad der mere præcist ligger i, at have truffet et valg, er i litteraturen såvel som i retspraksis ikke fuldt ud afklaret. Det afgørende må ifølge Vestergaard Buch være, hvem der har bragt idéen om den fremgangsmåde, den konstruktion, den materialetype, den materialeleverandør eller lignende, der senere har givet anledning til materialefejl, på banen.<sup>41</sup>

I praksis forekommer det ofte, at en part må træffe et valg i forhold til en ramme udstukket af modparten.<sup>42</sup> Det gælder eksempelvis, når bygherren har foreskrevet anvendelsen af et produkt eller materialetype, og entreprenøren her indenfor skal vælge de materialerne til brug for arbejdet.

De følgende afsnit afdækker de i praksis væsentligste typesituationer således, at afsnit 3.2.1 afdækker retstilstanden i de tilfælde hvor entreprenøren reelt ikke har valgfrihed (den ene yderlighed) og afsnit 3.2.7 afdækker de situationer, hvor entreprenøren har frit materialevalg (den anden yderlighed).

### 3.2.1. BYGHERREN HAR FORESKREVET MATERIALET

I visse tilfælde har bygherren i sit udbud eller ved sine øvrige anvisninger valgt byggematerialet så specifikt, at entreprenørens reelt ikke har valgmuligheder i henseende til, hvilket materiale han ønsker at benytte. Forudsætningen for fastlæggelsen af retstilstanden i denne situation er således, at alene det konkrete af bygherren foreskrevne materiale kan anvendes.

Viser materialet sig senere uegnet i den foreliggende situation må tilfældet subsumeres under AB18 § 47, stk. 3, litra b. Dermed er det uheldige (af bygherren truffet) materialevalg

---

<sup>39</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg. 2016, side 590 ff. og Hørlyck, AB18, 1. udg. 2019, side 321

<sup>40</sup> Betænkning nr. 1246 af 1993, side 125

<sup>41</sup> Vestergaard Buch, U.2004B.64

<sup>42</sup> Eksempelvis i T:BB2017.779VBA og T:BB2018.905VBA



bygherrens risiko. I forbindelse med den seneste revision af AB systemet, var det revisionsudvalgets at kodificere hidtidig praksis i litra b.<sup>43</sup> Hidtidig praksis kan eksempelvis illustreres med kendelsen i T:BB2000.252VBA, hvori voldgiftsretten lagde til grund, at entreprenøren var sat helt udenfor materialevalget og han ikke var bekendt med materialets uegnethed.

Under henvisning til samme begrundelse frifandtes entreprenøren i sag U2002.1619V, der vedrørte svigtende egenskaber ved "Ny Eternit", som var Dansk Eternit-Fabriks lancering af asbestfrie eternittagplader. Landsretten lagde til grund, at "Ny Eternit" tagpladerne havde en enestående position på markedet, og at sagsøgte som professionel tømrermester ikke havde grundlag for at antage, at de nye tagplader ikke ville være af en kvalitet, der svarede til de tidligere anvendte tagplader. Endvidere lagde landsretten til grund, at sagsøgeren foreskrev anvendelsen af eternittagplader B6 i forbindelse med byggeriet, og sagsøgte havde således ingen muligheder for at vælge en anden tagbelægning.

Bestemmelsen i AB18 § 47, stk. 3, litra b gælder alene formålsuede materialer, men i den foreskrevne situation må entreprenørens indskrænkede valgfrihed sidesidestilles med en bygherreleverance, hvorfor bygherren også i denne situation må være nærmest til at bære risikoen for fejlbehæftede materialer.<sup>44</sup> Dette gjorde sig blandt andet gældende i dom BS 5-2295/2014 afsagt af Retten i Koldings dom den 11. juli 2017, som blev stadfæstet af Vestre Landsret i T:BB2018.787.<sup>45</sup> Heri lagde retten til grund, at tilbuddet ikke blev forelagt HE til godkendelse, inden det blev accepteret af R, således at HE ikke uden videre kunne afvise dørene og vinduerne fra L. På denne baggrund lagde retten yderligere til grund, at leveringen af de i sagen omhandlede vinduer og døre var en bygherreleverance, hvorved bygherren var ansvarlig for leveringen skete rettidigt og i den rette kvalitet. Byretten fandt at entreprenøren som følge heraf ikke var ansvarlig for manglerne ved vinduerne og dørene. Vestre Landsret stadfæstede byrettens dom i TBB2018.787VLD under henvisning til de af byretten anførte grunde.

Det skal bemærkes, at der foreligger et enkelt tilfælde i KFE1978.169VBA, hvori entreprenøren ifaldt ansvar for de af bygherren foreskrevne roof-mate tagplader. Kendelsen må dog anses som uden væsentlig præjudikatsværdi som følge af sagens meget konkrete omstændigheder (herunder at entreprenøren var specialiserede og at der var afgivet en garanti). Endvidere anses afgørelsen som underkendt med kendelsen i KFE1985.157VBA, hvori voldgiftsretten slog fast at ingen af de indklagede (rådgiver, entreprenør eller underentreprenør) ifaldt ansvar for de skader, som roof-mate pladerne pådrog ejendommen.

I relation til reglen i AB18 § 47, stk. 2, litra b gælder det, at der ikke foreligger en mangel, når bygherren har krævet anvendelse af et bestemt eller tilsvarende materiale, og entreprenøren godtgør, at muligheden for at fremskaffe dette i kontraktmæssig stand, må

---

<sup>43</sup> Betænkning nr. 1570 af 2018, side 161

<sup>44</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 592 modsætningsvist

<sup>45</sup> Byrettens dom er optrykt sammen med Vestre Landsrets dom.

anses for udelukket ved forhold, som entreprenøren ikke burde have taget i betragtning ved aftalens indgåelse, jf. AB18 § 47, stk. 2, litra b.

Den foreliggende situation vil således også kunne subsummeres under reglen i AB18 § 47, stk. 2, litra b, idet reglen fastlægger at entreprenørens objektive mangelshæftelse må anses som urimelig i de tilfælde, hvor entreprenørens valgt grundlæggende er indskrænket til et minimum, og der foreligger umulighed for så vidt angår de af bygherren foreskrevet materialer.

Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at entreprenøren skal løfte bevisbyrden for, at han var i god tro om umuligheden, jf. eksempelvis KFE2009.279VBA, hvor bygherren havde foreskrevet, at der skulle anvendes nogle mursten svarende til dem, som var anvendt på et referencehus. I denne situation vurderede voldgiftsretten, at bygherren havde valgt materialerne, at entreprenøren havde anvendt disse mursten og at der ikke var godtgjort fabrikationsfejl eller lignende. Entreprenøren blev herefter frifundet for mangelsansvar. Er entreprenøren derimod i ond tro om umuligheden, herunder hvis han selv har været skyld i denne, må entreprenøren være ansvarlig ud fra en culpa betragtning.<sup>46</sup>

AB18 § 47, stk. 2, litra b har imidlertid ikke et modstykke i den almindelige obligationsret, og i en situation hvor AB ikke er aftalt vil bygherrens mangelsbeføjelser således ikke begrænses heraf.<sup>47</sup>

Det gælder imidlertid ikke de tilfælde, hvor entreprenøren åbenbart burde sige fra. Dette behandles i afsnit 3.2.5.

### 3.2.2. BYGHERREN HAR FORESKREVET PRODUCENTEN

Det er ikke usædvanligt, at en bygherre kan have en præference for fra hvilken producent et eller flere materialer skal komme fra, herunder eksempelvis fordi bygherren har en relation til den foreskrevet producent. Afhængig af materialetypen er det sædvanligt, at der indenfor den respektive producent er muligt for at entreprenøren at vælge mellem forskellige konkrete materialer – eksempelvis mellem forskellige mursten fra Randers Tegl. Forudsætningen for fastlæggelsen af retstilstanden i denne situation er således, at entreprenøren kan vælge mellem forskellige materialer begrænset til en bestemt producent.

I forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet om hvem der bærer ansvaret for et senere materialesvigt, må der i nærværende situation sondres mellem typen af materialesvigt.

For så vidt angår et formålsuegnet materiale må retstilstanden følge hovedreglen om, at entreprenøren som udgangspunkt hæfter for manglerne ved de respektive materialer, idet entreprenøren netop har mulighed for at vælge mellem forskellige materialer hos

---

<sup>46</sup> Hørlyck, Entrepriseret – AB18, 8. udg., 2019, side 494

<sup>47</sup> Buch, Mangler i Entrepriseretten, 1. udg., 2007, side 33

pågældende producent. Det må imidlertid ikke gælde, hvor de tilgængelige materialer – uanset mængden heraf – ikke giver entreprenøren mulighed for at vælge et kontraktmæssigt materiale, jf. AB18 § 47, stk. 3, litra b.

For så vidt angår fejlbehæftede materialer, har entreprenøren i den foreliggende situation valgfrihed indenfor de forskellige materialetyper som den foreskrevne producent udbyder. Det må i denne situation være entreprenøren, der er nærmest til at bære risikoen for at et ham valgt (fejlbehæftet) materiale, hvis han indenfor den af bygherren foreskrevne genus havde mulighed for at vælge et fejlfrit materiale.<sup>48</sup>

Uanset typen af materialemanglen, er entreprenøren forpligtiget til at sige fra overfor den af bygherren foreskrevne producent såfremt, at entreprenøren bør forudse at de tilgængelige materialer indenfor den givne producent ikke er anvendelige. Se herom afsnit 3.2.5.

### 3.2.3. BYGHERREN HAR FORESKREVET ET REFERENCEMATERIALE

Der forekommer også tilfælde, hvor bygherren i udbudsmaterialet foreskriver, at et materiale skal være tilsvarende et givent referenceprodukt. Det kan være en fordel for bygherren, idet han har mulighed for at fastsætte et – om end ikke helt specifikt – kvalitetsniveau og samtidig giver entreprenøren mulighed for at vælge et materiale fra den leverandør, hvorfra han kan opnå den bedste pris. Forudsætningen for fastlæggelsen af retstilstanden i denne situation er således, at entreprenøren har frit valg indenfor det af bygherren fastlagte kvalitetsniveau.

Igen må der foretages en sondring mellem, hvorvidt der er tale om et formålsuegnet materiale eller et fejlbehæftet materiale.

For så vidt angår et materialesvigt forårsaget af et formålsuegnet materiale, er det afgørende hvilket materiale entreprenøren vælger. Såfremt entreprenøren vælger det foreskrevne referencemateriale, og dette senere viser sig uegnet, bærer bygherren risikoen herfor.<sup>49</sup> Det følger af AB18 § 47, stk. 3, litra b, hvorefter der ikke foreligger en mangel ved et materiale, der senere viser sig formålsuegnet, som bygherren har foreskrevet og som entreprenøren har anvendt.

Dette kom blandt andet til udtryk i de to første voldgiftskendelser omhandlende MgO vindspærrepladerne i T:BB2017.779VBA og T:BB2018.907VBA.<sup>50</sup> I begge afgørelser udtalte voldgiftsretten, at hvis entreprenøren - uanset at han har frit materialevalg - vælger at anvende et materiale, der er foreskrevet i projektet, har han ikke mangelansvar, selv om materialet viser sig at være uegnet.

---

<sup>48</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 605

<sup>49</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg. 2016, side 597 og U.1981B.339

<sup>50</sup> Kendelserne omtales yderligere i del 3.

Tilsvarende kan illustreres med tidligere retspraksis. I voldgiftsrettens kendelse i T:BB2003.182VBA, lagde voldgiftsretten til grund, at klageren i sit udbudsmateriale havde anført, at stenplastgulvene skulle være ”som type stentæppebelægning E/ST” med angivelse af farve og stenstørrelse, og havde foreskrevet, at et af fire bestemte firmaer skulle udføre arbejdet. Voldgiftsretten udtalte herefter, at disse anvisninger ikke fandtes at indeholde sådanne begrænsninger i indklagedes valgmuligheder, at der var grundlag for at statuere, at det for lave bindemiddelindhold i den af entreprenøren valgte stentæppebelægning ikke var en mangel ved entreprenørens ydelse.

På den anden side gælder det, at såfremt entreprenøren vælger et materiale ”tilsvarende” eller ”som” referencematerialet, som senere viser sig uegnet til det anvendte formål, bærer entreprenøren risikoen herfor, jf. blandt andet KFE1982.47VBA, hvori voldgiftsretten udtalte, at entreprenøren ikke havde godtgjort at de af ham valgte døre kunne anses som i overensstemmelse med de krav, som bygherren havde udbudt ved forskrivelsen af et referenceprodukt.

Dette kom også til udtryk i den første MgO-kendelse i T:BB2017.779. Her var der tale om en situation, hvor der af bygherren (dennes totalrådgiver) var foreskrevet anvendelse af Conchip vindspærreplader. Tillige var det foreskrevet at entreprenøren var berettiget til at vælge andre plader, der var tilsvarende eller ligestillet med den foreskrevne – det vil sige, at der reelt var foreskrevet et referencemateriale. Entreprenøren foreslog anvendelse af Megapan (MgO) plader i stedet. Efter sagens omstændigheder lagde voldgiftsretten til grund, at valget ansås som truffet af bygherren, og udtalte herefter: *”anvendelse af et foreskrevet materiale kan som nævnt ikke konstituere en ansvarspådragende mangel, selvom entreprenøren havde mulighed for at vælge et andet materiale”*.

Et referencemateriale kan have mange forskellige egenskaber, og det kan således være svært for entreprenøren at finde et materiale, der besidder de egenskaber som det af bygherren foreskrevet referencemateriale. I en situation, hvor referencematerialet har en vis kompleksitet, og bygherren ikke har begrænset de egenskaber der refereres til, kan det tænkes, at entreprenøren reelt ingen valgfrihed har. Det vil forventeligt medføre, at materialet anses som foreskrevet af bygherren, og dermed bærer bygherren udviklingsrisikoen.<sup>51</sup>

Såfremt entreprenøren må indse, at materialet er uanvendeligt til det pågældende formål, er han forpligtiget til at gøre indsigelse, hvilket behandles yderligere i afsnit 3.2.5.

### 3.2.4. BYGHERRENS EFTERFØLGENDE IMPLEMENTERING, ANVISNING ELLER ÆNDRING

Bygherrens har mulighed for, at foreskrive et materiale i forbindelse med sit udbud. Herudover kan bygherrens adfærd efterfølgende kontraktindgåelse have indflydelse på,

---

<sup>51</sup> Vestergaard Buch, Entrepriseretlige Mangler, 1. udg., 2007, side 71

hvorvidt materialet anses som foreskrevet af bygherren. Der er en række bestemmelser i AB, der giver bygherren mulighed for blandt andet at implementere et af entreprenøren fremsat forslag, anviser entreprenøren om udførelsen af arbejdet og foretage ændringer i arbejdet. Forudsætningen for fastlæggelsen af retstilstanden i disse tilfælde er således, at bygherren henholdsvis implementerer et af entreprenøren fremsat forslag, anviser entreprenøren om udførelsen af arbejdet eller foretager ændringer i arbejdet.

Såfremt entreprenøren fremsætter et forslag, som bygherren implementerer, indebærer det ikke, at entreprenøren påtager sig projekteringen eller har risiko eller ansvar for forslaget, jf. AB18 § 17, stk. 1, 3. pkt. Det må således forstås, at hvis bygherren implementerer et af entreprenøren foreslået materiale, anses materialet som foreskrevet af bygherren (eller retsvirkningerne er i al fald de samme, nemlig at bygherren bærer risikoen for materialets egnethed).

I medfør af AB18 § 12, stk. 1 og § 22, stk. 1 skal arbejdet udføres i overensstemmelse med bygherrens anvisninger henholdsvis har bygherren mulighed for at fremsætte sådanne. Det kan dog volde praktiske udfordringer at vurdere, om der er tale om en udførelsesanvisning eller en ændringsordre. Herved melder spørgsmålet sig om, hvordan en anvisning defineres og hvorvidt en af bygherren meddelt anvisning om arbejdet skal anses som, at bygherren har foreskrevet dette. Det er der taget stilling til i bemærkningerne til § 22, stk. 1 i betænkning nr. 1570 af juni 2018.

Ifølge revisionsudvalget er formålet med bestemmelsen i AB18 § 22, stk. 1, at bygherren kan give anvisninger om arbejdets udførelse, uanset om entreprenøren har rettet henvendelse om uklarheder efter stk. 2 eller hindringer efter AB 18 § 26, stk. 1.<sup>52</sup>

Det fremgår imidlertid yderligere af bemærkningerne til bestemmelsen, at en anvisning om udførelsen ikke indeholder en ændring af arbejdet. Endvidere at hvis der er tale om en ændring, skal bygherren fremsætte krav efter AB18 § 23. Hvis bygherren forlanger ændringer i allerede valgte løsninger, er der ikke tale om en anvisning efter bestemmelsen i § 22, stk. 1, men om en ændringsordre efter AB18 § 23. Ved at give anvisning efter AB18 § 22 gør bygherren således samtidig gældende, at anvisningen ikke indeholder en ændringsordre efter AB18 § 23.<sup>53</sup>

Det faktum, at der ikke er tale om en anvisning, hvis bygherren forlanger ændringer i de allerede valgte løsninger og der i forbindelse hermed skal fremsættes krav om en ændringsordre efter AB18 § 23, må anses som et udtryk for, at en anvisning ikke kan forrykke retsfaktum (ændre i hvad der allerede er foreskrevet).

I medfør af AB18 § 23, stk. 1, 1. pkt. kan bygherren kræve ændringer i arbejdet, når ændringen har naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. Det afføder spørgsmålet om, hvorvidt en af bygherren foretaget ændring er ensbetydende med, at bygherren har foreskrevet det ændrede (materialevalg). Bestemmelsen fastsætter ydre grænser for

---

<sup>52</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018, side 119

<sup>53</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018, side 119

bygherrens ændringsret, jf. ”naturlig sammenhæng”, og er en videreførsel af AB92 § 14, stk. 1, 1. pkt.

Det faktum, at det er bygherren der kræver en ændring foretaget medfører, at det er bygherren der bringer ændringen på banen såvel som det er bygherren, der har mandat til at kræve denne som en del af parternes kontraktgrundlag. På baggrund af bygherrens ensidige ret hertil, må en ændring, der har en naturlig sammenhæng med de oprindeligt aftalte ydelser, anses som en ændring af hvad der er foreskrevet (og således må ændringen også anses som foreskrevet af bygherren), hvilket blandt andet også kom til udtryk i begge MgO-kendelser. I T:BB2017.779VBA lagde voldgiftsretten på baggrund af det konkrete forløb i sagen til grund at valget af at anvende Megapan pladerne blev truffet af bygherren (totalrådgiveren) som en projektændring, hvorefter de ansås som foreskrevet af bygherren.

Det må anbefales, at der mellem entreprenøren og bygherren aftales en konkret måde hvorpå bygherren skal foretage de respektive ændringer. Bygherren har naturligvis et ønske om, at flest mulige anvisninger/ændringer anses som anvisninger således at denne del af arbejdet ikke skal afregnes som ekstraarbejder.

### 3.2.5. ENTREPRENØRENS INDSIGELSESPLIKT

Næste led i vurderingen, af hvem der ifalder ansvar for det svigtende materiale er, hvorvidt entreprenøren har opfyldt sin indsigelsespligt eller ej.<sup>54</sup>

Entreprenørens indsigelsespligt fastlægges ikke eksplicit i AB18 (det var den ej heller i AB92). Der foreligger imidlertid en række regler om projektgennemgang forud for arbejdets påbegyndelse. I AB92 § 11 var der en valgfri mulighed for parterne for at aftale projektgennemgang. Bestemmelsen er ændret og udvidet i AB18 § 19, stk. 1, hvorefter det er obligatorisk for parterne at gennemføre en projektgennemgang forud projektet såvel som i forbindelse med projektændringer. Det er blandt andet hensigten, at bygherren og entreprenøren skal gennemgå materialevalget med henblik på at afdække eventuelle risici forbundet hermed, jf. AB18 § 19, stk. 2. Det er bygherrens forpligtigelse at forestå projektgennemgangen, herunder at tage initiativ til denne, jf. AB18 § 19, stk. 3. Dog skal entreprenøren forestå at inddrage de relevante underentreprenører, jf. AB18 § 19, stk. 4.

I forbindelse med projektgennemgangen skal bygherren, rådgiveren og entreprenøren (snarest muligt) give meddelelse til hinanden om uhensigtsmæssigheder, uklarheder og utilstrækkeligheder som de afdækker, jf. AB18 § 19, stk. 5, 1. pkt. Tilsvarende gælder for så vidt angår fejl i projektet som de måtte opdage, jf. AB18 § 19, stk. 5, 2. pkt. Disse forpligtigelser tager deres udgangspunkt i den almindelige obligationsretlige loyalitetsforpligtigelse. Denne er i øvrigt også hjemlet i AB18 § 33, 1. pkt., hvoraf det fremgår at parterne skal samarbejde loyalt således, at fejl, forsinkelser og fordyrelser undgås.

---

<sup>54</sup> Iversen, U2013B.351

Revisionsudvalget anfører i bemærkningerne til AB18 § 19, stk. 5, at det er formålet projektgennemgangsreglerne, at parterne skal tilvejebringe en fælles forståelse af projektet således, at entreprenøren får mulighed for at præge byggeprocessen ved at påpege uhensigtsmæssigheder, at afdække risici samt at afdække uklarheder og utilstrækkeligheder. Formålet er ikke at finde projektfejl, og entreprenøren har ikke en almindelig pligt til at undersøge for fejl.

Dette harmonerer med Iversens meget sigende bemærkning i Entrepriseretten, 1. udg., side 173: ”Det er ikke tanken med en projektgennemgang, at entreprenøren skal være bagstopper for eventuelle projektfejl”.

Entreprenøren har imidlertid en almindelig pligt til at sige fra overfor forhold, der kan påføre bygherren en åbenbar omkostning, jf. blandt andet AB18 § 33. En forsømmelse af at reagere kan ifølge bemærkningerne til AB18 § 19, stk. 5 føre til erstatningsansvar.<sup>55</sup>

Det må herefter være spørgsmålet i hvilket omfang entreprenørens forpligtigelse til at sige fra overfor fejl og eventuelle risici ved materialer strækker sig. En entreprenør har en reaktionspligt over for fejl i projektet, som entreprenøren bliver opmærksom på, uanset om det sker i forbindelse med en projektgennemgang eller senere.<sup>56</sup>

I en situation, hvor entreprenøren ifalder ansvar for ikke at sige fra overfor bygherren vedrørende en projektfejl, er der tale om ansvar for en undladelse. Hertil skal bemærkes, at der i disse situationer er en anden hovedansvarlig – nemlig bygherren eller dennes rådgiver. Det gælder naturligvis ikke i en totalentreprise, hvor reglerne om entreprenørens indsigelsespligt ikke har relevans. Entreprenøren kan dog alene gøres ansvarlig for manglende indsigelse, hvis han har handlet culpøst efter en professionsfaglig målestok.<sup>57</sup>

Det er imidlertid ikke afklaret i retspraksis, i hvilket omfang der pålægges entreprenøren ansvar, hvor han ikke er blevet opmærksom på en fejl, men måske burde have set den eller måtte have set den.<sup>58</sup> Dette må forstås således, at det er uafklaret, hvorvidt entreprenøren skal have handlet simpelt uagtsomt eller der alene kan statueres ansvar i de tilfælde hvor entreprenøren har handlet groft uagtsomt. Indsigelsespligten gælder formentlig fejl, der er åbenbare eller indlysende.

Der gælder ikke en generel pligt for en entreprenør til at granske et projekt for fejl forud for udførelsen.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018 side 114

<sup>56</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018 side 114

<sup>57</sup> Iversen, U2013B.353

<sup>58</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018 side 115

<sup>59</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018 side 115

### 3.2.6. ENTREPRENØREN FREMSÆTTER FORSLAG TIL ET MATERIALE

Et hyppigt forekommende tilfælde er, at entreprenøren enten på opfordring eller af egen drift foreslår bygherren anvendelse af et bestemt materiale. Entreprenør kan i en sådan situation grundlæggende frit vælge, hvilket materiale han foreslår bygherren.

Forudsætningen for fastlæggelsen af retstilstanden i denne situation er således, at entreprenøren af egen drift foreslår bygherren anvendelsen af et materiale uden begrænsninger i valget heraf.

I forbindelse med vedtagelsen af AB18, er der kommet en ny central bestemmelse til i relation til fastlæggelsen af retstilstanden i den foreskrevne situation.

Det gælder AB18 § 17, stk. 1, 3. pkt., hvoraf det fremgår, at entreprenøren hverken bærer risikoen eller er ansvarlig for forslag, som han fremsætter og som bygherren implementerer. Baggrunden herfor er, at projektering af et sådan forslag i praksis sædvanligvis udføres af den, der har udført projektering af den del af projektet, som forslaget vedrører.<sup>60</sup> Det skal derimod i nærværende situation være bygherren, der påtager sig risikoen for det anvendte materiale.<sup>61</sup> Det må derfor som udgangspunkt være bygherren eller dennes rådgiver, der skal forestå den egentlige projektering af det forslag som entreprenøren fremsætter.

Der må dog være visse grænser for hvilke forslag entreprenøren kan fremsætte uden at bære ansvaret eller risikoen herfor. Grænserne herfor må drages ud fra en culpa betragtning. Må det af entreprenøren fremsatte forslag anses som uforsvarligt eller culpøs i øvrigt, må entreprenøren egenhændigt være ansvarlig herfor, jf. udtrykkeligt voldgiftsrettens begrundelse i T:BB2017.779VBA.

Det forekommer også, at entreprenøren involveres i undersøgelserne forud for projekteringen, herunder i forhold til eksempelvis at indhente oplysninger om det materiale eller den metode, entreprenøren har foreslået. Indhentelse af oplysninger indebærer ansvar for entreprenøren for, at oplysningerne viderebringes fuldstændigt og rigtigt, men indebærer ikke risiko eller ansvar for forslaget.<sup>62</sup> I praksis er dette dog en balancegang, idet entreprenøren i tilfælde af, at han afgiver en indeståelse for rigtigheden af de videregivne oplysninger, forventeligt vil ifalde ansvar herfor.<sup>63</sup>

Det ovenfor anførte gør sig ikke gældende i de tilfælde, hvor det er aftalt, at entreprenøren skal projektere og i forbindelse hermed fremsætter et forslag til valg af et materiale eller en metode.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Betænkning 1570 af juni 2018 side 105

<sup>61</sup> Betænkning 1570 af juni 2018 side 105

<sup>62</sup> Betænkning 1570 af juni 2018 side 105, der må anses som et udslag af voldgiftsrettens begrundelse i T:BB2018.907VBA

<sup>63</sup> T:BB2017.779VBA

<sup>64</sup> Betænkning 1570 af juni 2018 side 105



I begge førømtalte MgO-sager var det omtvistet hvorvidt bygherrerne (eller disses rådgivere) havde godkendt det af entreprenøren foreslået materiale. En godkendelse skal i denne sammenhæng anses som en projektændring foretaget af den godkendende part. Retsvirkningen af en (af bygherren foretaget) projektændring er, at ansvaret overgår til bygherren for det foreslået materiale, jf. ovenfor i afsnit 3.2.4. I hidtidig retspraksis og litteratur er hovedreglen, at entreprenøren er ansvarlig for anvendeligheden af de materialer, som han bringer i forslag.<sup>65</sup> Denne retstilstand må den nye regel i AB18 § 17, stk. 1, 3. pkt. gøre op med således, at entreprenørens fornuftige forslag i forbindelse med en entreprise, hvori AB18 er vedtaget, vil være ansvars- og risiko frit i forhold til at det foreslåede materiale senere måtte vise sig uegnet.

Det er en betingelse, at entreprenøren på loyal vis videregiver oplysninger om materialet, som han kender eller burde kende, herunder eksempelvis oplysninger som fremgår af leverandørers datablade, jf. T:BB2018.907VBA, hvori voldgiftsretten pålagde entreprenøren ansvar blandt andet under henvisning til, at entreprenøren ikke havde løftet bevisbyrden for, at han havde oplyst bygherren om de anvendte MgO-plader var nye.

Bevisbyrdereglen er afgørende for entreprenøren i praksis. Bevisbyrden for at det anvendte materiale alene er et forslag og ikke et valg truffet af entreprenøren påhviler entreprenøren. I praksis gør entreprenøren derfor klogt i, at sikre sig skriftligt bevis for, at der netop er tale om et forslag – eksempelvis ved at fremsætte dette i en e-mail. Endvidere bør entreprenøren sikre sig, at han kan dokumentere, at han loyalt har videregivet samtlige informationer han ligger inde med om forslaget.

### 3.2.6.1. ENTREPRENØRENS TILBUD

Når entreprenøren fremsætter tilbud, indeholder dette til tider konkret angivet materialer. Det er således spørgsmålet, hvorvidt disse materialeangivelser i entreprenørens tilbud skal anses som valg af materialer. Det har voldgiftsretten afklaret i MgO kendelsen, VBA nr. C-14199. Heri udtalte voldgiftsretten følgende:

*”I den foreliggende sag afgav TE den 2. december 2013 tilbud på totalentreprisen. I det materiale, der indgik i tilbuddet (projektbeskrivelsen) var bl.a. en oplysning på en snittegning om anvendelse af ”8 mm Powerboard M vindspærre kl. 1”. Voldgiftsretten finder ikke grundlag for at antage, at denne oplysning var udtryk for andet end en foreløbig materialeangivelse, og hverken udbudsgrundlaget eller sagens øvrige omstændigheder... kan føre til, at TE blev afskåret fra at ændre på det foreløbige materialevalg.”*

Bygherre (rådgiver) havde i sagen projekteret, at der skulle anvendes Powerboard M vindspærreplader. Disse plader indeholder blandt andet magnesiumklorid og magnesium oxid, og hører således under kategorien MgO plader. Voldgiftsretten fandt i sagen, at

---

<sup>65</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 599 og T:BB2017.779VBA

materialeangivelsen i tilbuddet alene var foreløbig, og at totalentreprenøren – der i øvrigt i henhold til udbudsmaterialet havde frit materialevalg – efterfølgende havde mulighed for at vælge en anden plade.

Dermed kan en entreprenørs tilbud indeholdende et konkret materiale ikke anses som et endeligt materialevalg. Det medfører blandt andet, at de krav der stilles til entreprenørens undersøgelse af nye materialer ikke er aktuelle for entreprenøren allerede når han afgiver et tilbud.

### 3.2.7. ENTREPRENØREN HAR FRIT MATERIALEVALG

Det forekommer ikke sjældent, at bygherren projekterer en entreprise uden et (eller flere) steder at tage stilling til hvilke materialer, der skal anvendes. I disse tilfælde kan det være eksplicit foreskrevet, at entreprenøren frit kan vælge hvilket materiale han ønsker at anvende. Fremgår det ikke eksplicit i udbudsmaterialet må det i sagens natur indgå implicit i entrepriseaftalen. Forudsætningen for fastlæggelsen af retstilstanden i nærværende situation er således, at entreprenøren i sit valg af materiale alene er begrænset ved, at materialerne skal være af sædvanlig god kvalitet.

Retstilstanden må her – både for så vidt angår formålsuegnet og fejlbehæftede materialer - følge af udgangspunktet. Entreprenøren har valgt materialet, og han bærer derfor som hovedregel ansvaret og risikoen for, at materialet senere måtte vise sig uegnet.<sup>66</sup>

Såfremt at entreprenøren godtgør, at der foreligger umulighed eller force majeure omstændigheder, er han dog ansvarsfri, jf. AB18 § 47, stk. 2, litra a. Reglen har efter forfatterens oplysninger aldrig været anvendt i praksis. Reglen svarer i øvrigt til købelovens § 43, der tilsvarende pålægger en genussælger objektivt ansvar for eventuelle mangler ved de leverede genstande. Et tænkt eksempel på reglen kan være, at entreprenøren har frit materialevalg, men som følge af at det er umuligt at indkøbe materialer til brug for formålet, er entreprenøren – såfremt at han kan løfte bevisbyrden for at der foreligger artsumulighed – ansvarsfri.<sup>67</sup>

Tilsvarende gælder det at udgangspunktet ikke kan opretholdes, hvis materialet ikke er egnet til det formål, som det er anvendt til, når entreprenøren i tilfælde af frit materialevalg godtgør, at materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet, jf. AB18 § 47, stk. 3, litra a.

Bestemmelsen må anses som en kodificering af tidligere praksis, hvorefter bygherren bærer udviklingsrisikoen eller nærmere risikoen for, at et materiale senere viser sig uegnet i de tilfælde, hvor der intet er at bebrejde entreprenøren, jf. eksempelvis T:BB1999.405Ø, hvori bygherre og entreprenør var enige om, at forvitring af og begyndende kraterdannelse i eternitplader, som ville medføre en væsentlig afkorting af tagets levetid, skyldtes

---

<sup>66</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 601

<sup>67</sup> Betænkning nr. 1246 af 1993, side 126

udviklingssvigt. Landsretten kom herefter frem til, at tagpladerne ikke var behæftet med mangler.

Tilsvarende blev entreprenøren frikendt i T:BB2018.781V under henvisning til, at den omstændighed, at underentreprenøren valgte stålpladen fra leverandøren ikke indebar ansvar for underentreprenøren, da stålpladen på daværende tidspunkt ikke blev anset for uegnet til formålet.

Undtagelsesreglen i AB18 § 47, stk. 3, litra a efterlader imidlertid flere ubesvarede spørgsmål, herunder hvilke betingelser der skal være opfyldt før et materiale kan anses som værende i overensstemmelse med byggetidens viden. Dette behandles nærmere i del 4.

### 3.3. DELKONKLUSION OM MATERIALEVALGET

Det er først og fremmest afgørende for ansvarsplaceringen, hvem der valgt det mangelfulde materiale. Såfremt bygherren anses at have foreskrevet materialet, bærer han selv ansvaret for materialevalget. Anses entreprenøren derimod at have valgt materialet, bærer han ansvaret for materialevalget.

Der sondres imellem to yderligheder, herunder dels den situation hvor bygherren har foreskrevet materialet og dels den situation, hvor entreprenøren har frit materialevalg. Herimellem forekommer en række forskellige praktiske typetilfælde, hvor det er vanskeligt at afgøre, hvem der har truffet valget og dermed påtaget sig ansvaret.

Det afgørende i disse tilfælde er, hvorvidt bygherren i entreprisekontrakten eller ved sine øvrige anvisninger har indsnævret entreprenørens valgfrihed i en sådan grad, at entreprenøren reelt ikke har en valgfrihed. Eksempelvis kan der i entreprisekontrakten være angivet et referencemateriale, hvorved entreprenøren som udgangspunkt har valgfrihed. Imidlertid kan referencematerialet være så specifikt, at det reelt ikke efterlader nogen valgmulighed for entreprenøren. I sidstnævnte tilfælde bærer bygherren risikoen for materialevalget.

På anden side forekommer ofte i praksis, at en entreprenør, i tilfælde hvor der er fastsat et referencemateriale, foreslår anvendelsen af et alternativt materiale. Såfremt bygherren vælger at implementere dette i byggeriet, bærer bygherren også risikoen herfor efter den nye regel i AB18 § 17, stk. 1, 3. pkt.

Såfremt bygherren har indsnævret entreprenørens valgfrihed i en sådan grad, at bygherren anses for at have valgt materialet, kan entreprenøren alligevel ifalde ansvar for anvendelsen af materialet. Dette gælder, hvis entreprenøren åbenbart burde have sagt fra overfor det valgte materiale. Entreprenørens indsigelsespligt er imidlertid ikke ubetinget, og som anført af Torsten Iversen, skal entreprenøren ikke være bagstopper for projektfejl.

Uanset ovenstående kan den entreprenør, der har frit materialevalg blive ansvarsfri såfremt, at han har ageret i overensstemmelse med byggetidens viden. Dette behandles i yderligere i del 4.

## DEL 4 - BYGGETIDENS VIDEN

I det følgende afsnit skal det undersøges hvad der ligger i begrebet byggetidens viden samt hvilken betydning denne har indenfor entrepriseretten.

Det entrepriseretlige mangelsbegreb udspringer af AB18 § 47, stk. 1., hvorefter et arbejde er mangelfuldt såfremt dette ikke er udført i overensstemmelse med AB18 § 12, stk. 1. og 2. Materialer skal, såfremt disses beskaffenhed ikke er præciseret, være af sædvanlig god kvalitet, jf. AB18 § 12, stk. 1, 2. pkt.

Såfremt entreprenøren gør brug af et materiale, som ifølge byggetidens viden må anses for værende forsvarligt samt fornuftigt til formålet, anses denne – som udgangspunkt - ikke at hæfte for mangler ved det anvendte materiale såfremt, at de på et senere tidspunkt viser sig at være uegnede til formålet. Dermed har entreprenøren – formodes det – handlet i overensstemmelse med almindelig byggeskik på tidspunktet for anvendelsen af materialet, hvorefter bygherren bærer (udviklings)risikoen for at et materiale senere viser sig formålsuegnet.<sup>68</sup>

Begrebet byggetidens viden er først med den seneste ændring af AB-regelsættet indskrevet heri. Det fremgår direkte af AB18 § 47, stk. 3, litra a, at hvis materialet ikke er egnet til det formål, det er anvendt til, foreligger der dog ikke en mangel, når entreprenøren i tilfælde af frit materialevalg godtgør, at materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet.

Bestemmelsen giver anledning til, at stille spørgsmålet: Hvilke betingelser gælder førend at byggetidens viden fritager entreprenøren for et eventuelt ansvar?

I betænkningen til de nye AB18 regler, herunder nærmere om § 47, stk. 3, litra a, fremgår det *”Efter bestemmelsen foreligger der ikke en mangel, hvis entreprenøren godtgør, at materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet til formålet”*<sup>69</sup>... Endvidere fremgår det, at *”Bestemmelsen kodificerer retspraksis”*.<sup>70</sup>

Ud fra ovenstående passus må betingelserne for, at byggetidens viden er ansvarsfritagende, udledes ud af en nærmere analyse af relevant retspraksis. Dette behandles i afsnit 4.1 og 4.2.

I afsnit 4.3. afklares tidspunktet for, hvornår bedømmelsen af byggetidens viden skal foretages.

Herefter vurderes fit for purpose klausulers betydning for ansvaret i afsnit 4.4.

---

<sup>68</sup> Iversen, Torsten: Entrepriseretten, 1. udg. side 585 (KAN MÅSKE SKRIVES BEDRE - ? CITAT?)

<sup>69</sup> Betænkning nr. 1570, 2018: side 161

<sup>70</sup> Betænkning nr. 1570, 2018: side 161

## 4.1. RETSPRAKSIS

### 4.1.1. TIDLIGERE RETSPRAKSIS

I nærværende del vil relevant historisk praksis gennemgås, med henblik på at udlede relevante betingelser for, at et materiale er omfattet af byggetidens viden og dermed ansvarsfritagende for entreprenøren. Byggetidens viden er et nyere begreb indenfor entrepriseretten. De typiske aktører i en entrepriseretlig tvist er henholdsvis bygherre, rådgiver samt entreprenør. I de afgørelser, der indbefatter byggetidens viden, er den grundlæggende tvist, hvem der skal bære udviklingsrisikoen.

Specialet er afgrænset til at omfatte entreprenørens ansvar, og dermed vil afgørelser vedrørende rådgiverens ansvar i relation til byggetidens viden ikke inddrages. Imidlertid er både entreprenør og rådgiver involveret på solidarisk vis, hvorfor rådgiverens ansvar her inddrages i det omfang, at det har relevans for vurderingen af entreprenørens ansvar.

Udtrykket ”byggetidens viden” strækker sig tilbage til starten af 1980’erne, hvor en række voldgiftssager omhandlede problemer med flade tagpaptage. I en længere årrække anså man det for fagligt korrekt, at der lå vand ovenpå disse flade tage. Imidlertid viste det sig, at vandet ved frysetemperature medvirkede til bevægelser i tagpappen, som på sigt resulterede i fugt i tagpappen.<sup>71</sup> Nærværende praksis skal undersøge hvilke begrundelser voldgiftsretten tidligere har anvendt i sager omhandlende spørgsmålet om, hvem der skal bære udviklingsrisikoen.

I KFE1983.318 VBA viste der sig, efterfølgende et byggeris færdiggørelse, problemer med taget. Årsagen hertil var hovedsageligt, at man havde valgt et fladt tag i kombination med, at de anvendte materialer ikke var egnet til at modstå de fugtbevægelser som opstod ved frysetemperature. Voldgiftsretten frifandt entreprenøren med den korte begrundelse, at de af entreprenøren foreslåede samt anvendte materiale på udførelsestidspunktet var almindeligt kendt og anvendt.

I KFE1985.157 VBA var et skolebyggeris tagpapdækning tillige udført på et fladt tag uden hældning. Valget af det flade tag i kombination med de formålsuenede materialer, herunder roof-mate plader, resulterede i uhensigtsmæssige fugtbevægelser ved frysetemperature. Voldgiftsretten fandt, at det på tidspunktet for udførelsen havde været sædvanligt anvendt og i overensstemmelse med almindelig byggeskik, hvorefter retten tog entreprenørens frifindelsespåstand til følge.

I KFE1986.165 VBA var problemstillingen tilsvarende de to ovenstående kendelser. Her fandt voldgiftsretten tillige, at opbygningen med et fladt tag belagt med formålsuegnet tagbeklædning var i overensstemmelse med almindelig byggeskik og ikke usædvanlig på udførelsestidspunktet.

---

<sup>71</sup> Artikel af Erik Hørlyck (TBB.2017.647) om MgO-kendelsen og materialeansvaret

I KFE1987.178 VBA fandt retten i endnu en tilsvarende sag om et fladt tag, at udførelsen samt materialet var overensstemmende med dagældende praksis, som på udførelsestidspunktet var almindelig praksis.

Det skal konkluderes, at voldgiftsretten er forholdsvist kortfattede i deres begrundelser, om hvorvidt et materiale var i overensstemmelse med byggetidens viden. Voldgiftsretten anvendte ikke ordet ”byggetidens viden”, men behandlede de faktuelle omstændigheder ud fra det begreb som vi i dag kender som byggetidens viden. I kendelserne lægges det navnlig til grund, at det anvendte materiale var: almindelig kendt og anvendt, almindelig byggeskik, ikke usædvanlig, sædvanligt anvendt samt almindelig praksis på udførelsestidspunktet.

#### 4.2. NYERE PRAKSIS - BETINGELSER FOR BYGGETIDENS VIDEN

Spørgsmålet om hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at et materiale er omfattet af byggetidens viden og dermed ansvarsfritagende for entreprenøren må understreges, at være aktuelt på nuværende tidspunkt. I de seneste år har de omstridte MgO-pladesager fået meget omtale, og givet anledning til en lang række meninger og tilkendegivelser hos både teoretikere, advokater samt andre aktører indenfor det entrepriseretlige område.

På nuværende tidspunkt er der afsagt de ovenfor nævnte fire kendelser. Det skal i det følgende undersøges med afsæt voldgiftsrettens præmisser, hvorvidt der foreligger konkrete betingelser for at anse et materiale i overensstemmelse med byggetidens viden.

I TBB.2018.907 udtalte voldgiftsretten sig for første gang udtrykkeligt om hvilke krav der stilles til, at et materiale er omfattet af byggetidens viden og dermed ansvarsfritagende for entreprenøren.

*”For så vidt angår anvendelsen var MgO-plader således blevet et gængs og anerkendt produkt”... ”For at byggetidens viden og udviklingsrisiko kan virke ansvarsfritagende for en entreprenørs mangelsansvar med den virkning, at bygherren bærer den objektive risiko for mangler, finder voldgiftsretten imidlertid, at det tillige må være et krav, at der efter anvendelsen af det pågældende produkt er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, og at det kan anses for sådan gennemprøvet, at der kan siges at foreligge en viden, hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet” (vores understregninger).<sup>72</sup>*

For det første skal et materiale således være gængs og anerkendt. For det andet skal materialet være ”gennemprøvet”, jf. ”at det tillige må være et krav...”, herunder skal der være indhøstet sådanne erfaringer, at der kan siges at foreligge en viden, hvorefter materialet anses som fornuftigt og forsvarligt til det anvendte formål.

---

<sup>72</sup> Uddrag af Voldgiftsrettens bemærkninger og resultat i TBB.2018.907: side 21

I det følgende behandles de to betingelser hver for sig. ”Gængs og anerkendt” behandles i afsnit 4.2.1 mens ”gennemprøvet” betingelsen behandles i afsnit 4.2.2.

#### 4.2.1. GÆNGS OG ANERKENDT

I TBB.2017.779, som er den første MgO-kendelse, fandt voldgiftsretten ikke at der på tidspunktet for materialevalget i 2010 forelå tilstrækkelige erfaringer med MgO-pladen som vindspærreplade.

I den pågældende sag foreslog entreprenøren i 2010 at anvende MgO-pladen. Anvendelsen af MgO-plader som vindspærreplader begyndte i Danmark i 2010. Voldgiftsretten lagde til grund, at MgO-plader var så nye på det danske marked i 2010, at materialet ikke på daværende tidspunkt ansås for at være i overensstemmelse med byggetidens viden.

Dermed var MgO-pladen så ny på markedet i 2010, at den på daværende tidspunkt, endnu ikke, kunne anses for gængs og anerkendt.

I TBB.2018.907, som er den anden MgO-kendelse, lægger voldgiftsretten direkte til grund: *”at det i 2013 var blevet almindeligt blandt entreprenører at anvende MgO-plader. For så vidt angår anvendelsen var MgO-plader således blevet et gængs og anerkendt produkt”*.

Det kan ud fra en tidsmæssig fortolkning heraf udledes, at et produkt skal have været i markedet i minimum 3 år førend, at det kan siges at være gængs og anerkendt. Endvidere må det have betydning, at pladerne udgjorde omkring 75-100 % af markedet for vindspærreplader i årene 2012-2014, idet Voldgiftsretten tillige lægger nærværende informationer til grund ved konstateringen ingen af, at MgO-plader i 2013 var blevet et gængs og anerkendt produkt.

På baggrund af ovenstående kan det konstateres, at et produkt anses som gængs og anerkendt, når det har været på markedet i ca. 3 år og samtidig udgør en ikke uvæsentlig del af markedet.

#### 4.2.2. GENNEMPRØVET

I de følgende afsnit 4.2.2.1 og 4.2.2.2 undersøges hvilke betingelser der stilles til, at et materiale anses som gennemprøvet.

##### 4.2.2.1. INDHØSTET SÅDANNE ERFARINGER/VIDEN

Foruden at et materiale skal være gængs og anerkendt, skal der være indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, at det kan anses for sådan gennemprøvet, at der kan siges at foreligge en viden hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet. Med andre ord skal der foretages undersøgelser, der



konstituerer en viden om, at det respektive materiale er formålsegnet. Nærværende afsnit afdækker, hvilke erfaringer der skal indhøstes såvel som hvilken viden der skal foreligge.

I TBB.2017.779 lagde voldgiftsretten til grund, at der i 2010 ikke var *sådanne erfaringer* med anvendelsen af MgO-plader, at der på tidspunktet for anvendelsen heraf forelå en konkret viden om, at MgO-pladerne kunne anses som *forsvarlige og fornuftige til formålet*. Voldgiftsrettens begrundelse i TBB.2017.799 giver anledning til at spørge om, hvilke erfaringer man indhøstede i de efterfølgende år fra 2010 og frem, idet Voldgiftsretten i deres seneste MgO-kendelse fra 7. maj nr. C-14199 finder:

*”at der ved offentliggørelsen af BYG-ERFA-erfaringsblad (21) 131227 den 27. december 2013 må siges at være indhøstet sådanne erfaringer med MgO-pladernes egenskaber og egnethed...”.<sup>73</sup>*

Voldgiftsretten understreger i deres seneste afgørelse, at anvendelsen af MgO-pladerne fra 27. december 2013 og frem mod advarslen i maj 2015, var i fuld overensstemmelse med byggetidens viden.

Dette giver anledning til at undersøge hvilken betydning BYG-ERFA-erfaringsblad har og om der findes andre relevante kilder, som kan give entreprenøren indikationer om, at der er indhøstet sådanne erfaringer med et produkt, at det er i overensstemmelse med byggetidens viden.

BYG-ERFA er en uafhængig og selvstændig organisation, som hvis arbejde udspringer af de retningslinjer som primært sættes af: Molio, Byggeskadefonden, Byggeskadefonden vedrørende bygningsfornyelse, Erhvervs- og Byggestyrelsen, Forsikring & Pension, Statens Byggeforskningsinstitut samt Teknologisk Institut. Organisationens arbejde består i at indhøste byggetekniske erfaringer og i denne forbindelse, at formidle disse erfaringer ud til byggebranchen professionelle aktører. Organisationen anvender eksterne eksperter med specialviden indenfor forskellige felter i forbindelse med udarbejdelsen af erfaringsbladene. Formålet med BYG-ERFA-erfaringsblade er at formidle den størst mulige ekspertise på tidspunktet for deres publikationer.<sup>74</sup>

BYG-ERFA-bladene er i høj grad med til at forme begrebet ”alment teknisk fælleseje”, der grundlæggende er en samlebetegnelse for den tilgængelige tekniske viden.<sup>75</sup> Parterne i en entrepriseaftale er pligtige til at vide hvad der indholdsmæssigt fremgår af alment teknisk fælleseje. BYG-ERFA-erfaringsblade er eksempelvis med til at danne rammen for alment teknisk fælleseje. Endvidere nævnes publikationer fra Træinformation samt anvisninger fra SBi (statens byggeforskningsinstitut), at være indeholdt i nærværende begreb. Det indebærer en risiko såfremt en part i en entrepriseaftale anvender et materiale som ikke er

---

<sup>73</sup> VBA nr. C-14199

<sup>74</sup> [www.byg-erfa.dk/bygerfa](http://www.byg-erfa.dk/bygerfa)

<sup>75</sup> [www.byg-erfa.dk/bygerfa](http://www.byg-erfa.dk/bygerfa)

en del af alment teknisk fælles, og der forventes her en særlig bevisbyrde for den vælgende part.<sup>76</sup>

Det kan understreges at der ligger stærke kræfter bag organisationen BYG-ERFA. Organisationens erfaringsblade må ud fra retskildemæssige betragtninger have stor betydning for entrepriseretten, idet voldgiftsretten afgørende lægger til grund, at organisationens udgivelse blåstempler anvendelsen af MgO-plader, hvorefter de respektive MgO-plader anses for at være i overensstemmelse med byggetidens viden.

Betingelsen giver tillige anledning til at spørge, hvorvidt entreprenøren har en undersøgelsespligt og i bekræftende fald, hvad er rækkevidden af denne, herunder blandt andet hvorvidt entreprenøren aktivt skal undersøge materialets egnethed. I tilføjelse hertil kan der også spørges om, fraværet af advarsler er tilstrækkeligt.

Det fremgår af TBB.2018.907 VBA:

*”Skønt der efter skønserklæringerne kan lægges til grund, at de egenskaber ved pladerne, der gjorde dem uegnede til anvendelsen, kunne være konstateret i 2013 under anvendelse af dengang kendte undersøgelsesmetoder, havde ingen fagkyndige specialister offentliggjort vurderinger af pladernes egnethed, og det må lægges til grund, at ingen havde foretaget nærmere undersøgelser af pladernes fugtopsugning. Voldgiftsretten finder, at dette ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at HE kunne lægge til grund, at pladerne var således gennemprøvede, og at der var sådanne erfaringer med anvendelsen af produktet, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne anses for forsvarlige og fornuftige til formålet” (vores understregninger).*

Voldgiftsretten mener først og fremmest, at man i 2013 kunne have konstateret de egenskaber ved pladerne, som gjorde dem uegnede til anvendelsen. Ingen fagkyndige specialister eller eksperter havde foretaget undersøgelser, hvorefter de ifølge Voldgiftsretten kunne være blevet bekendt med pladernes manglende egnethed. Dermed forelå der ingen advarsler som kunne have givet entreprenøren et hint om pladernes uegnethed.

Voldgiftsretten lagde afgørende til grund, at en entreprenør ikke kan fæstne sin lid til, at materialet er i overensstemmelse med byggetidens viden blot at der ingen advarsler foreligger. Det må omvendte betyde, at entreprenøren har en aktiv undersøgelsespligt til at afklare produktets egnethed – også selvom at fagkyndige specialister formentligt ikke havde opfanget nogen potentiel fare ved anvendelsen, idet ingen advarsler var givet.

Herefter kan det spørges, hvor langt denne undersøgelsespligt strækker sig, og hvordan entreprenøren i praksis kan undersøge et materiale tilstrækkeligt.

---

<sup>76</sup> BYG-ERFA omkring ”alment teknisk fælleseje”: <https://byg-erfa.dk/ordbog/alment-teknisk-faelleseje>

Skønsmændene har i sagerne forklaret, at MgO-plader optager fugt fra luft ved en relativ luftfugtighed over 85 pct. i mere end 7 dage. Disse forhold er ikke af usædvanlig karakter i det danske vinterhalvår, og ifølge voldgiftsretten et forhold som en entreprenør burde kunne have undersøgt.

Ifølge AB18 § 12, stk. 3 skal en entreprenøren skriftligt oplyse bygherren om anvendelse af metoder og materialer, der ikke er gennemprøvede, herunder om eventuelle risici derved, medmindre anvendelsen er foreskrevet af bygherren. Bemærkningerne til AB 18 § 12, stk. 3, siger følgende om omfanget af entreprenørens undersøgelsespligt:

*”Entreprenøren er ikke forpligtet til selv at foretage omfattende undersøgelser”.*

Nærværende bestemmelse er ny og det kan diskuteres, hvorvidt denne er i overensstemmelse med den restriktive tilgang, som Voldgiftsretten har til undersøgelsespligten i TBB.2018.907 VBA. Voldgiftsretten pålægger entreprenøren en aktiv undersøgelsespligt såfremt, at ingen specialister har offentliggjort noget om materialet. Det fremgår imidlertid af ovennævnte bemærkninger til bestemmelsen, at entreprenøren ikke er forpligtet til at gennemføre omfattende undersøgelser. Imidlertid må det naturligvis forventes, at såfremt entreprenøren kunne have tilegnet sig almen faglig viden, men undlader dette, så har denne tilsidesat sin undersøgelsespligt.

Ved siden af BYG-ERFA-erfaringsblad foreligger der tillige andre relevante kilder, som entreprenøren kan undersøge i forbindelse med et materialevalg. Producentens produktblade giver endvidere en indikation om, hvorvidt et materiale er formålsregnet.

I TBB.2018.907 VBA var det yderligere en del af tvisten, om hovedentreprenøren havde oplyst bygherrens totalrådgiver tilstrækkeligt ved fremsendelse af produktblad i forbindelse med ændringsforslaget om anvendelse af MgO-plader. Det kan udledes af følgende uddrag af voldgiftsrettens begrundelse, at entreprenøren tillige må kunne stole på de oplysninger leverandøren/producenter angiver i deres produktblade:

*”Skønsmændene har udtalt, at det er deres opfattelse, at det var i overensstemmelse med god faglig skik at godkendte anvendelse af den pågældende vindspærreplade, idet rådgivere og entreprenører nødvendigvis må kunne stole på de egenskaber, som leverandøren angiver”.*

Det fremgår endvidere af bemærkningerne til AB 18 § 12, stk. 3 at:

*”Entreprenøren må som udgangspunkt være berettiget til at lægge producentens oplysninger om, hvorvidt et materiale er gennemprøvet, til grund. Entreprenøren er ikke ansvarlig på objektivt grundlag for oplysningernes rigtighed, men denne må vurdere, om kilden og oplysningerne er lodige og troværdige”.*

Såfremt entreprenøren igennem sine undersøgelser konstaterer, at det respektive materiale ikke er gennemprøvet, skal entreprenøren oplyse bygherren herom. I TBB.2017.779 forholder Voldgiftsretten sig umiddelbart til spørgsmålet om, hvorledes

entreprenøren på loyal vis, undersøger og efterfølgende oplyser omkring indholdet af et datablad:

*”Voldgiftsretten lægger til grund, at HE loyalt videregav alle de oplysninger om Megapan, de var i besiddelse af. Dette omfattede bl.a. en udskrift fra en hjemmeside, forskellige certifikater og testrapporter samt en flyer, som efter voldgiftsrettens opfattelse i overensstemmelse med skønsmændenes vurdering må sidestilles med et teknisk blad”.*

Producentens datablade må således anses for at være en relevant kilde ved vurderingen af, om der er indhøstede sådanne erfaringer med et materiales egnethed. Dette understreges af TBB.2017.779, der illustrerer i hvilket omfang entreprenøren skal videregive relevante informationer, som han i forbindelse med sin undersøgelsespligt indhenter. Endvidere tilslutter voldgiftsretten i TBB.2018.907 sig med bemærkningerne til AB 18 § 12, stk. 3 om producentoplysninger, idet retsstillingen herefter må være, at entreprenøren må kunne stole på leverandøren/producentens oplysninger vedrørende et produkt.

Det skal endvidere nævnes, at publikationer fra Træinformation kan have betydning ved vurdering om, hvorvidt et materiale er omfattet af alment teknisk fælleseje. Træinformations publicerer håndbøger, guidelines og andre lignende hjælpemidler, som entreprenøren kan drage nytte af i forbindelse med et materialevalg. I 2013 udgav Træinformation håndbogen TRÆ 68 Facadeelementer, som tillige har været lagt til grund i de verserende MgO-kendelser.

I den anden seneste kendelse C-14696 fra 30. april 2019 fandt Voldgiftretten, at:

*”HE i sommeren 2014 var berettiget til at lægge oplysningerne i BYG-ERFA-bladet (21) 131227 og Facadeelementer TRÆ 68 fra december 2013 om MgO-plader til grund, og at selskabet på baggrund af disse oplysninger ikke var forpligtet til selv at foretage nærmere undersøgelser, herunder af MgO-pladernes fugtopsugning, forud for beslutningen om at anvende pladerne i det omhandlede byggeri”* (vores understregning).

Voldgiftretten finder dermed, at publikationer fra Træinformation tillige er en relevant kilde, som entreprenøren kan støtte sin undersøgelsespligt på. TRÆ 68 Facadeelementer indeholdte tilsvarende BYG-ERFA-bladet (21) af 27. december 2013 oplysninger om, at vindspærrematerialer, som indeholder magnesiumoxid og magnesiumchlorid, var egnet som vindspærreplader.

#### **4.2.2.2. FORNUFTIGT OG FORSVARLIGT**

*”at det kan anses for sådan gennemprøvet, at der kan siges at foreligge en viden, hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet”*

Denne passus fra voldgiftsrettens bemærkninger i T:BB2018.907VBA giver anledning til at spørge, hvad der anses for at være fornuftigt og forsvarligt. Svaret må først og fremmest søges i relevante retskilder.

Ifølge byggelovens § 1, stk. 1 er lovens formål:

*”at sikre, at bebyggelse udføres, indrettes og bruges således, at den frembyder tilfredsstillende tryghed i brand-, sikkerheds- og sundhedsmæssig henseende,”.*

Det formodes at den forsvarlighed samt fornuft, som Voldgiftsretten lægger vægt på ved spørgsmålet om materialet er gennemprøvet, kan læses ud af byggeretlige forskrifter. Eksempelvis om der foreligger en viden omkring et materiale er sundhedsmæssigt uforsvarligt og ufornuftigt til formålet.

Endvidere skal det i medfør af byggelovens § 5 nævnes, at der tillige kan foreligge en viden i form af et udstedt bygningsreglement.

I det seneste udstedte bygningsreglement (BR18) fremgår det eksempelvis af BR18 § 79 om byggematerialer og produkter i kapitel 4 om afløb at:<sup>77</sup>

*”Fabriksfremstillede produkter, der indgår i eller tilsluttes afløbsinstallationer, skal for så vidt angår de mekaniske/fysiske karakteristika:*

*1) ... eller*

*2) have gennemgået en afprøvning for de egenskaber, der er relevante for Danmark, og være underlagt en produktionskontrol hos fabrikanten, der sikre, at den deklarerede ydeevne opretholdes...”.*

BR18 § 79 illustrerer således et regelsæt om kvalitetssikring inden for afløbsinstallationer. Med et lignende regelsæt indenfor andre byggematerialer kunne MgO-pladeproblematikken måske være forhindret. I MgO-sagerne fandtes pladernes kemiske sammensætning i kombination med det danske klima som nævnt, at være årsagen til at pladerne var uegnet til formålet. En relevant afprøvning ville for vindspærrepladerne have været at teste disse ud fra almindelige danske vejrtilingelser, og i denne forbindelse kunne afprøver have konstateret, at pladerne formentlig ikke ville være forsvarlige og fornuftige til formålet.

Inddragelsen af BR18 § 79 understreger betydningen af en relevant lovbestemmelse, idet der her foreligger en bestemmelse om et givent forhold, hvorefter der kan siges at foreligge en specifik viden om hvorvidt et materiale er fornuftigt og forsvarligt til formålet.

Som anført i afsnit 4.2.2.1 kan entreprenøren lægge branche tidsskrifter og producenters datablade til grund for konstateringen af, hvilken viden der skal foreligge vedrørende det respektive materiale. Hvordan et byggeri skal opføres – nemlig hvordan dette skrues fornuftigt og forsvarligt sammen – kan udledes af byggeretlige forskrifter, herunder byggeloven og bygningsreglementet.

---

<sup>77</sup> BKG 2017-12-13 nr. 1615 Bygningsreglement 2018

Såfremt entreprenøren konstaterer, at materialet ikke er gennemprøvet, skal han oplyse bygherren herom, jf. AB18 § 12, stk. 3. Findes materialet ikke at være gennemprøvet og undlader entreprenøren at oplyse bygherren herom, kan entreprenøren ifalde ansvar herfor, jf. blandt andet T:BB2018.907VBA<sup>78</sup>.

#### 4.2.3. INKONSISTENS PRAKSIS

I den første MgO-kendelse, T:BB2017.779 VBA, udtalte Voldgiftsretten følgende:

*”Megapan-plader såvel som MgO-plader af andre fabrikater var nye på det danske marked i 2010. Der var derfor dengang ikke sådanne erfaringer med anvendelsen af dette produkt som ventilerede, udendørs vindspærreplader, at der på tidspunktet for byggeriet kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige til formålet”.*

Voldgiftsretten er tydeligt inde på sporet af at opstille betingelser for, hvornår et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden. Voldgiftsretten følger op på nævnte præmis fra T:BB2017.779VBA i T:BB2018.907VBA, idet de yderligere præciserede betingelserne for at et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden.

I tiden mellem T:BB2017.779VBA og T:BB2018.907VBA afsagde Vestre Landsret d. 29. maj 2018 (3,5 mdr. inden 2018-kendelsen) dom i sag U2018.781. Her blev en underentreprenør frifundet for mangler, som var monteret i overensstemmelse med byggetidens viden. Følgende fremgik af Landsretten begrundelse:

*”Den omstændighed, at UE valgte stålpladen fra leverandør L A/S, indebærer ikke ansvar for UE, da stålpladen på daværende tidspunkt ikke blev anset for uegnet til formålet”.*

Stålpladen var som MgO-pladerne uegnet til at modstå almindelige danske vejrforhold. Det kan forekomme komisk, at Landsretten i ingen grad anvender lignende argumentation, som den Voldgiftsretten ansporer i den første MgO-kendelse, T:BB2017.779 VBA. Landsretten lægger kort til grund, at den på daværende tidspunktet ikke blev anset for uegnet til formålet – altså at der ikke forelå advarsler om materialet (og umiddelbart ej heller en blåstempling nogle steder fra), hvorefter entreprenøren blev kendt ansvarsfri. Voldgiftsretten anså imidlertid 3,5 måned efter i T:BB2018.907 VBA, at entreprenøren ikke kunne fæstne lid til et materiales egnethed ud fra, at der på tidspunktet for materialevalget ikke forelå advarsler herom.

Det kan på baggrund af ovenstående konstateres, at der kan spores en vis inkonsistens i praksis. Imidlertid formodes det, at voldgiftsrettens udlægning af betingelserne for ansvarsfrihed i henhold til byggetidens viden i T:BB2018.907VBA må anses som gældende.

---

<sup>78</sup> Betænkning nr. 1570 af juni 2018, side 96

Dette understøttes ydermere af voldgiftsrettens præmisser i de to seneste MgO-kendelser.<sup>79</sup>

### 4.3. TIDSPUNKT FOR BEDØMMELSEN AF BYGGETIDEN VIDEN

I nærværende del skal det undersøges på hvilket tidspunkt bedømmelsen af byggetidens viden skal foretages.

Afleveringstidspunktet er som udgangspunkt afgørende for, om et arbejde er mangelfuldt, hvad enten denne mangel på afleveringstidspunktet er synlig eller skjult, jf. AB18 § 47, stk. 6 og afsnit 2.2.1.1.

Det anvendte materiale skal være gængs og anerkendt samt gennemprøvet førend entreprenøren bliver ansvarsfri under henvisning til byggetidens viden. Tidligere retspraksis har vist, at det afgørende tidspunkt for bedømmelsen af, hvorvidt et materiale er gængs og anerkendt samt gennemprøvet er udførelstidspunktet. Dette fremgår blandt andet i KFE1983.318VBA, hvor det anvendte materiale på *udførelstidspunktet* var almindelig kendt og anvendt. Tilsvarende gjorde sig gældende i KFE1985.157VBA, hvori voldgiftsretten fandt, at det på *tidspunktet for udførelsen* var sædvanligt anvendt og i overensstemmelse med almindelig byggeskik. I KFE1986.165VBA var materialet ikke usædvanligt på *udførelstidspunktet*. I KFE1987.178VBA var materialet samt udførelsen tillige almindelig praksis på *udførelstidspunktet*. Det har således hidtil været udførelstidspunktet, der var afgørende for vurderingen af, hvorvidt materialet var i overensstemmelse med byggetidens viden.

Voldgiftsretten forekommer imidlertid at have ændret holdning hertil. I den seneste MgO-kendelse, C-14199, udtalte voldgiftsretten følgende:

*”Med hensyn til det præcise tidspunkt for, hvornår der skal foreligge en sådan ansvarsfritagende eller risikooverførende viden hos entreprenøren, finder voldgiftsretten, at det relevante vurderingstidspunkt er det tidspunkt, hvor entreprenøren træffer beslutning om anvendelse af produktet”.*

Voldgiftsretten finder at beslutningstidspunktet er det korrekte tidspunkt for bedømmelsen af byggetidens viden. Det vil ud fra en rimelighedsbetragtning tillige være det mest oplagte tidspunkt, idet der vil være et hensyn at tage til entreprenøren, da viden fremkommet efter at entreprenøren har truffet valget ikke skal lægges ham til last. Det vil være urimeligt ved et årelangt byggeri, som eksempelvis ved et nyt sygehusbyggeri, at anvende udførelses- eller afleveringstidspunktet som bedømmelsestidspunktet, idet dette tidspunkt tidsmæssigt ofte ligger længere fremme end tidspunktet hvor materialet beslutes og indkøbes.

---

<sup>79</sup> VBA C-14199 og VBA C-14696

Det kan konstateres, at det i henhold til tidligere praksis var udførelsestidspunktet der var det relevante vurderingstidspunkt. Imidlertid kan det på baggrund af ovenstående nyere praksis konstateres, at voldgiftsretten har skabt et nyt tidspunkt for bedømmelsen af byggetidens viden nemlig det tidspunkt, hvor entreprenøren træffer beslutningen om anvendelsen af det respektive materiale. Med andre ord er det afgørende hvilken viden der forelagde på tidspunktet entreprenøren besluttede at anvende materialet.

#### 4.4 FIT FOR PURPOSES-KLAUSULERS BETYDNING I DANSK RET

Som anført i afsnit 2.2.3 medfører en af entreprenøren stillet garanti, at entreprenøren ifalder ansvar for det garanterede materiale på objektivt grundlag. Det medfører, at entreprenøren ifalder ansvar uanset at han måtte have ageret i overensstemmelse med byggetidens viden, og at han ville have været ansvarsfri under henvisning hertil såfremt, at han ikke havde garanteret for det svigtende materiale.

D. 15. april 2014 blev MT Højgaard (dansk storentreprenør) i første instans kendt ansvarlig for en udviklingsskade i Robin Rigg havvindmøllepark.<sup>80</sup> Sagen var underlagt engelsk ret og var derfor i første instans til påbedømmelse i High Court. MT Højgaard havde indgået en totalentreprisekontrakt med bygherre om anlæg af en offshore vindmøllepark. Retten lagde til grund, at ingen af parterne havde handlet culpøst, men at der var tale om en udviklingsskade forårsaget af, at der i totalentreprisekontrakten var angivet en forkert standard vedrørende funderingen af vindmøllerne. Det var mellem parterne aftalt, at udførslen og materialerne skulle være "fit for purpose". High Court fandt at denne fit for purpose-klausul var at sidestille med en ubetinget garanti. På baggrund heraf idømtes MT Højgaard, at skulle bære ansvaret for udviklingssvigtet.

MT Højgaard ankede dommen til the Court of Appeal, hvor de fik medhold i, at fit for purpose-klausulen ikke kunne anses som ubetinget garanti. Retten udtalte i relation til spørgsmålet om, hvordan fit for purpose klausulen skulle fortolkes, at:

*"...That obligation requires the exercise of reasonable skill and care, as well as compliance with J101. It does not require or impose any form of warranty as to the length of operational life."*<sup>81</sup>

MT Højgaard blev således frikendt af the Court of Appeal under henvisning til, at fortolkningen af fit for purpose klausulen i højere grad var et spørgsmål om, hvorvidt MT Højgaard kunne anses at have handlet fornuftmæssigt og med den fornødne omhu (hvilket der var enighed om, at de havde).

---

<sup>80</sup> [2014] EWHC 1088 (TCC) – bilag 1

<sup>81</sup> [2015] EWCA civ 497 – bilag 2



Sagen blev imidlertid appelleret til Supreme Court svarende til den danske Højesteret. Supreme Court afgjorde sagen i overensstemmelse med High Court således, at MT Højgaard blev dømt til at bære ansvaret for udviklingsskaden.<sup>82</sup> Med andre ord skulle totalentreprenøren bære udviklingsrisikoen. Sagen kostede totalt MT Højgaard cirka 200 millioner kr.

Niels Oggesen tog problemstillingen op efter High Courts afgørelse i 2014.<sup>83</sup> Her fremhæver han netop problematikken vedrørende, at (total)entreprenøren blev pålagt risikoen samt betydningen af parternes eventuelle vedtagelse af en fit for purpose klausul i dansk ret. Han konkluderer, at det er afgørende at gøre klart, hvorvidt en fit for purpose klausul skal fortolkes som en garanti.

Oggesen påpeger at problematikken er aktuel som følge af, at de seneste år er oplevet flere udbud af danske bygge- og anlægsopgaver, der er inspireret af FIDIC kontrakterne. Udvikling kan formentlig begrundes i, at danske bygherre ønsker at modtage tilbud fra udenlandske entreprenører med henblik på dels at finde spidskompetencerne til det respektive projekt såvel som for at øge priskonkurrencen. Det harmonerer med udviklingen i øvrigt, hvor der i højere grad handles på tværs af landegrænser.

FIDIC kontrakterne er international entrepriserets svar på de formentlig mest anvendte standardaftaledokumenter. FIDIC består af Red Book, Silver Book og Yellow Book udarbejdet af den internationale sammenslutning af rådgivere i bygge- og anlægsbranchen (FIDIC). Peter Booen er forfatter til FIDIC kontrakterne og han har tillige udarbejdet et sæt bemærkningerne hertil, hvori der må kunne hentes fortolkningsbidrag til de konkrete bestemmelser, på samme måde som der kan til AB i revisionsudvalgets betænkning. I FIDIC Yellow Book og Silver Book, clause 4.1, 2. punktum, der er ordlydsmæssigt ens, fremgår følgende:

*“When completed, the work shall be fit for the purpose for which the Works are in-tended as defined in the Contract.”*

I FIDIC bestemmelserne er der dermed indarbejdet en fit for purpose klausul. Når flere danske bygge- og anlægsopgaver udbydes på FIDIC lignende vilkår, er det således afgørende for entreprenøren at kende sin retsstilling i relation til fit for purpose-klausulen, herunder hvordan denne skal fortolkes under dansk ret.

Der findes efter vores kendskab ikke dansk retspraksis, der tager behandler problemstillingen. Endvidere findes alene sparsomt dansk litteratur på området. Horn Andersen har forfattet bogen ”FIDIC – International Entrepriseret i et dansk perspektiv”, der blev udgivet i 2003. I relation til fit for purpose klausuler anfører forfatteren alene, at betydningen heraf er at der må anses at være nogle skærpede krav til entreprenørens

---

<sup>82</sup> [2017] UKSC 59 – bilag 3

<sup>83</sup> Oggesen, T:BB2014.441

ydelse i forhold til hvad der gælder efter dansk ret, men der fremgår intet om, hvorvidt en fit for purpose klausul påvirker ansvaret for udviklingsskader.<sup>84</sup>

Oggesen forsøger i artiklen i T:BB2014.441 at ”indkredse” betydning af fit for purpose i dansk ret blandt andet på baggrund af en sammenligning med udenlandsk ret. Der skal i dansk ret temmelig meget til før, at en garanti opretholdes af domstolene. Dette understreges blandt andet af Højesteret i U1973.675H, hvori i Højesteret udtalte, at:

*”Den blotte oplysning om, at et materiale er egnet, er ikke et udtryk for et garantitilsagn”.*

Dette understøttes af Torsten Iversen i T:BB2013.353, hvoraf det fremgår at garantitilsagn i dansk ret fortolkes restriktivt. Han henviser til blandt andet KFE 1985.11VBA og T:BB2004.183VBA. Det har således som udgangspunkt formodningen imod sig, at entreprenøren har ville påtage sig en garantiforpligtigelse.

Oggesen anfører tillige i T:BB2014.441, at det vil være en uoverskuelig retsstilling, idet entreprenører reelt ikke vil kunne forholde sig til den risiko, som de vil påtage sig med en aftale indeholdende vidtrækkende garantier. Hertil anfører Oggesen, at det som regel kun er meget store bygge- og anlægsprojekter, hvor der udbydes på FIDIC inspirerede vilkår (læs: hvor også ønsker at invitere udenlandske entreprenører til udbudskonkurrencen).<sup>85</sup> Det medfører, at der potentielt er nogle enorme risici forbundet med, at fortolke en fit for purpose klausul som en ubetinget garanti, som det var tilfældet i MT Højgaard sagen. Det siges, at entreprenører ikke prissætter byggeriet eller anlægget, men risiciene herved, og at det er dem der er afgørende for entreprenørens pris. Hvis risiciene er uoverskuelige pålægges entreprenørerne en tilsvarende umulig opgave i relation til at prissætte deres ydelse.

I medfør af AB18 § 4, stk. 2, skal udbudsmaterialet være entydigt. Såfremt der er tvivl om forståelsen af udbudsmaterialet fortolkes dette imod bygherren. I givet fald at der mellem parterne er aftalt en fit for purpose klausul uden nærmere præcisering heraf, vil en fortolkning af klausulen som et ubetinget garantitilsagn være til gunst for bygherre, og derimod ikke i overensstemmelse med AB18 § 4, stk. 2.

Som følge af de ovenfor anførte grunde, vil det efter vores opfattelse give en uhensigtsmæssig retsstilling, at fortolke en fit for purpose klausul i dansk ret som en ubetinget garanti. Dette understøttes af Oggesen, der som konklusion i T:BB2014.441 kommer frem til følgende:

*”På baggrund af ovenfor anførte voldgiftspraksis forekommer det mest sandsynligt, at udviklingssvigt ikke vil blive fortolket som entreprenørens ansvar alene i kraft af en fit*

---

<sup>84</sup> Oggesen, U.2014.441

<sup>85</sup> Oggesen, T:BB2014.441

*for purpose bestemmelse i kontrakten. Det må dog erkendes, at praksis er beskeden og af ældre dato, hvilket svækker sikkerheden af konklusionen.”*

Som Oggesen tillige anfører, er resultatet usikkert, og grundlæggende må det være op til praksis at afklare hvorvidt en fit for purpose klausul vil have betydning i den konkrete sag. Det må imidlertid anbefales de danske bygherre, som ønsker at udbyde deres bygge- eller anlægsopgave på FIDIC lignende vilkår, at de tager konkret stilling til i hvilket omfang en fit for purpose klausul skal medtages i entreprisekontrakten og i bekræftende fald, hvad denne skal dække over.

#### 4.5. DELKONKLUSION OM BYGGETIDENS VIDEN

Det skal først og fremmest konkluderes, at der på nuværende tidspunkt foreligger to betingelser for, at byggetidens viden medfører at entreprenøren er ansvarsfri og bygherren bærer udviklingsrisikoen. Materialet skal være gængs og anerkendt. Endvidere skal materialet være gennemprøvet, herunder skal der være indhøstet tilstrækkelig erfaring og viden som gør materialet forsvarligt og fornuftig til formålet.

Betingelsen om gængs og anerkendt er ikke af nyere dato. I tagpap-kendelserne lægges det navnlig til grund, at det anvendte materiale var: almindelig kendt og anvendt, almindelig byggeskik, ikke usædvanlig, sædvanligt anvendt, samt almindelig praksis. Bortset fra mindre sproglige forskelligheder, er den daværende betingelse den samme som anvendes i dag.

Ud fra en analyse af præmisserne i TBB.2017.799 og TBB.2018.907 kan det konkluderes, at et materiale anses som gængs og anerkendt, når det har været på markedet i ca. 3 år og at der hertil forventes at materialet har væsentlige markedsandele.

Betingelsen om hvorvidt et materiale er gennemprøvet kan opdeles i, at der skal være ”indhøstede erfaringer og foreligge en viden” samt at materialet skal være ”fornuftigt og forsvarligt” til formålet.

For så vidt angår de indhøstede erfaringer kan det konkluderes, at den seneste voldgiftsretskendelse fra 7. maj nr. C-14199 finder, at såfremt BYG-ERFA blåstempler et materialets egnethed, så er dette tilstrækkelig viden for entreprenøren at lægge til grund. Det kan endvidere konkluderes, at en producents produktblade er omfattet af alment teknisk fælleseje, hvorefter entreprenøren skal kunne fæste lid til indholdet heraf i forbindelse med materialevalget, jf. AB18 § 12, stk. 3 og TBB.2018.907VBA.

Det skal konkluderes, at entreprenøren har en aktiv undersøgelsespligt. Omfanget af denne undersøgelsespligt må imidlertid anses for uvis. Voldgiftsretten finder i TBB.2018.907VBA, at der fandtes metoder som kunne have forudset problemet med MgO-pladerne. Selvom ingen fagkyndige specialister havde set problemet og der ingen advarsler var givet om MgO-pladerne, fandt man alligevel, at entreprenøren kunne have undersøgt materialet. Ud fra denne betragtning konkluderes det, at voldgiftsretten i

TBB.2018.907VBA anlægger en restriktiv undersøgelsespligt. Denne restriktive undersøgelsespligt konkluderes, at være modstridende med de bemærkninger som findes til AB18 § 12, stk. 3.

For så vidt angår om et materiale er fornuftigt og forsvarligt kan det konkluderes, at byggeretlige forskrifter må være vurderingsmålestokken for, hvordan et givent byggeri skal udføres. I henhold til de indtil videre afsagte MgO-kendelser er alment teknisk fælleseje det mest oplagte instrument ved vurdering af om et materiale er gennemprøvet i et sådant omfang, at det er forsvarligt og fornuftigt til formålet.

Endvidere kan det konkluderes, at det i henhold til den seneste MgO-kendelse af 7. maj C-141999, er tidspunktet for materialevalget, som er det relevante tidspunktet for bedømmelsen af byggetidens viden.

Det skal tillige konkluderes, at de betingelser som opstilles T:BB2018.907VBA formentlig har indsnævret anvendelsesområdet for byggetidens viden betragteligt. De opstillede betingelser må anses for restriktive og udfordrende for entreprenøren at opfylde. Det konkluderes dermed, at entreprenøren fremadrettet vil have sværere ved at blive ansvarsfritaget i henhold til byggetidens viden.

Slutteligt kan konkluderes, at det må være op til praksis at afklare hvorvidt en fit for purpose klausul vil have betydning i den konkrete sag. Danske bygherre, som ønsker at udbyde deres bygge- eller anlægsopgave på FIDIC lignende vilkår, anbefales dog konkret at tage stilling til i hvilket omfang en fit for purpose klausul skal medtages i entreprisekontrakten og i bekræftende fald, hvad denne skal dække over.

## DEL 5 - ENTREPRENØRENS PRODUKTANSVAR

Entreprenøren hæfter som udgangspunkt for de anvendte materialer og er som udgangspunkt ansvarlig for følgeskader. Endvidere er det afgørende for entreprenøren at kende sin retsstilling i relation til, hvorvidt han risikerer at ifalde et produktansvar for de anvendte materialer.

I den første MgO kendelse, T:BB2017.779, gjorde bygherre blandt andet gældende, at hovedentreprenøren var ansvarlig efter produktansvarslovens regler og det i retspraksisudviklede produktansvar, og at hovedentreprenøren efter disse regler hæftede for ansvarspådragende forhold begået af producenten og tidligere handelsled, herunder for urigtige oplysninger og anvisninger vedrørende anvendelsen af pladerne.

Voldgiftsretten afviste anbringenderne under henvisning til, at skaderne på søm, skruer og andre bygningsdele måtte anses som selvbeskadigelse, der er en entrepriseretlig mangel ved det leverede produkt og ikke en produktskade, jf. produktansvarsloven § 2, stk. 2, sidste punktum. Endvidere under henvisning til, at producenten af vindspærrepladerne og tidligere handelsled, herunder de virksomheder, der leverede pladerne til hovedentreprenøren, ikke var inddraget i voldgiftssagen, og voldgiftsretten afviste derfor at tage stilling til, om de havde pådraget sig ansvar. Dernæst udtalte voldgiftsretten, at hovedentreprenøren i produktansvarsretlig forstand må anses som producent af den nye bygningsdel (vindspærrepladerne indgik som en del af dette produkt), og på baggrund heraf kunne hovedentreprenøren ikke anses for mellemhandler af vindspærrepladerne jf. produktansvarslovens § 4, stk. 3.

Det kan imidlertid tænkes, at de materialer som entreprenøren anvender ikke kun beskadiger det produkt (bygningsdel), som det selv indgår i, men at det tillige påfører øvrige dele af bygherrens ting eller person. Det skal derfor undersøges hvilke forskelle og sammenfald der forekommer mellem entreprenørens produktansvar, herunder hans ansvar for udviklingskader og entreprenørens materialeansvar i entrepriseretten, herunder hans ansvar for udviklingskader.

### 5.1. INTRODUKTION TIL PRODUKTANSVARREGLERNE

Et klassisk produktansvarseksempel er, at en bil bliver beskadiget på grund af defekte bremsere. Det er som udgangspunkt et tilfælde af selvbeskadigelse, og køberen kan ikke rette et produktansvarskrav mod producenten. Såfremt bremsesystemet derimod er fremstillet af en underleverandør, kan et produktansvarskrav rettes imod denne, da den komponent, underleverandøren leverede, var defekt og herved beskadigede en anden genstand (bilen).<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 682

Der gælder to primære regelsæt i produktansvarsretten, herunder dels de regler, der følger af det i retspraksisudviklede produktansvar og dels de regler, der følger af produktansvarslovens (i det følgende kaldet ”PAL”).<sup>87</sup>

Det i retspraksisudviklede produktansvar finder anvendelse, hvis en ydelse, der er bragt i omsætning, som følge af en defekt påfører skade på tredjemand, der anvender ydelsen på sædvanlig eller i hvert fald ikke uforudseelig måde. Reglernes anvendelsesområdet fremstår ikke klart afgrænset. Ansvar for producenten er i princippet et culpaansvar, men det anses som et strengt ansvar, der tangerer til et objektivt ansvar.<sup>88</sup> Iversen bemærker, at det formentlig ikke vil have nogen større betydning, hvorvidt entreprenøren bedømmes efter produktansvars- eller professionssynspunkter, idet ansvarsgrundlaget må anses for omtrent det samme.<sup>89</sup>

Produktansvarsloven er baseret på EU’s produktansvarsdirektiv 85/374/EØF, og finder anvendelse såfremt, at en defekt ved et produkt, der er produceret eller leveret af en producent forårsager person- eller forbrugertingskade, jf. PAL § 1, stk. 1 og 2. Det er en betingelse for at loven finder anvendelse, at skaden er forvoldt af et produkt, jf. PAL § 1, stk. 1. I medfør af PAL § 3 forstås ved et produkt enhver løsørengstand, hvad enten denne er forarbejdet eller er et naturprodukt, og uanset om genstanden er indføjet som en bestanddel af en anden løsørengstand eller en fast ejendom. I medfør af PAL § 6, stk. 1 at producenten er ansvarlig på objektivt grundlag.

Såfremt produktet beskadiger sig selv (selvbeskadigelse), finder det i retspraksisudviklede produktansvar eller PAL ikke anvendelse, jf. PAL § 2, stk. 2, 2. pkt. I disse tilfælde vil der som hovedregel være tale om en mangel.

Også mellemhandlere kan ifalde ansvar efter begge ovennævnte regelsæt. Det gælder eksempelvis en entreprenør, når denne anses som mellemhandler, jf. PAL § 4, stk. 3. Mellehandleren hæfter i begge regelsæt på objektivt grundlag for producentens culpa, jf. PAL § 10 a for så vidt angår PAL-ansvaret. Foruden det objektive hæftelsesansvar, er mellehandleren underlagt et culpaansvar jf. PAL § 10. Mellehandleren har dermed et selvstændigt ansvar for produktskader, hvis den pågældende ved sin håndtering af produktet har handlet culpøst.

Hertil bemærkes, at PAL’s bestemmelser er præceptive. Direktivet er modsat mange andre EU-retlige forbrugerbeskyttelsestiltag totalharmoniserende således, at medlemsstaterne ikke kan yde forbrugerne bredere beskyttelse end hvad der er muligt efter direktivet. Dette er begrundet i direktivets hensyn til dels at virke forbrugerbeskyttende, men dels også til at virke konkurrenceudlignende.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udg., 2016, side 682

<sup>88</sup> Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udg., 2016, side 683

<sup>89</sup> Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udg., 2016, side 685

<sup>90</sup> Edlund m.fl., *Dansk Privat ret*, 20. udg., 2018, side 203

De to regelsæt er langt henad vejen overlappende, men da produktansvarsloven ikke finder anvendelse på alle former for skader, er retstilstanden i Danmark i dag todelt. Uden for lovens anvendelsesområde gælder alene det i retspraksisudviklede produktansvar.<sup>91</sup> Det betyder også, at PAL's anvendelsesområde må anses som mere snævert end hvad der gælder for det i retspraksisudviklede produktansvar, hvis praktiske anvendelsesområde er erhvervstingskader.<sup>92</sup> På den anden side er ansvarsgrundlaget i PAL som følge af dets objektive målestok bredere end ansvaret efter de i retspraksisudviklede regler.

I praksis har sondringen formentlig størst betydning i relation til, hvilke ejendomme, der er omfattet af hvad. Er der tale om en defekt ved et produkt, der er indført i en erhvervsejendom – eksempelvis en fabrik - og som påfører den øvrige ejendom skade, er der tale om en erhvervstingskade, og et eventuelt produktansvar skal støttes på de i retspraksisudviklede regler. Er der derimod tale om, at et defekt produkt påfører skade på en udlejningsejendom, vil dette forventeligt anses som en forbrugertingskade, hvorefter reglerne i PAL vil finde anvendelse.

## 5.2. UDVIKLINGSSKADER I PRODUKTANSVARSRETTEN

Som et resultat af, at producentens ansvar ifølge det retspraksisbaserede produktansvar er et strengt culpaansvar (og ikke et objektivt ansvar), ifalder producenten således ikke erstatningsansvar for udviklingsskader, idet han pr. definition ikke har handlet culpøst.<sup>93</sup> Det gælder dog ikke, hvis der foreligger et ansvarsgrundlag, der relaterer sig til et efterfølgende forhold. Der vil eksempelvis foreligge et ansvarsgrundlag, hvis producenten har undladt at tilbagekalde produktet efter at være blevet opmærksom på defekten, jf. U2000.870H.

I medfør af PAL § 7, stk. 1, nr. 4, gælder produktansvaret ikke i tilfælde af, at producenten kan godtgøre, at der på grundlag af den videnskabelige og tekniske viden på det tidspunkt, da produktet blev bragt i omsætning ikke var muligt, at opdage defekten. Bestemmelsen regulerer udviklingsskader i produktansvarsretten. Med andre ord er producenten fritaget for ansvar såfremt, at produktet på omsætningstidspunktet måtte betragtes som fejlfrit.<sup>94</sup> I produktansvarsretlig forstand, er der således nok tale om en defekt ved produktet, men producenten er ikke ansvarlig herfor. Der gælder en tilsvarende regel efter det i retspraksisudviklede produktansvar.<sup>95</sup>

Essensen af det produktansvarsretlige udviklingsskadebegreb fremgår som anført af PAL § 7, stk. 1, nr. 4:

---

<sup>91</sup> Edlund m.fl., Dansk Privat ret, 20. udg., 2018, side 204

<sup>92</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 701

<sup>93</sup> Iversen, Entrepriseretten, 1. udg., 2016, side 683

<sup>94</sup> EF-Bull Supp 11/1976 side 14

<sup>95</sup> Ulfbeck, Erstatningsretlige Grænseområder, 2. udg., 2010, side 195

”... det på grundlag af den videnskabelige og tekniske viden på det tidspunkt, da produktet blev bragt i omsætning, ikke var muligt at opdage defekten” (vores understregninger)

Det gælder således, at den produktansvarsretlige produktansvarsvurdering foretages med udgangspunkt i, om var muligt at opdage defekten på baggrund af den videnskabelige og tekniske viden på omsætningstidspunktet. Det er således afgørende for vurderingen, hvilken viden der skal forelægges samt hvornår kan denne siges at forelægges, samt hvad producenten skal gøre for at opdage denne. Dette behandles i afsnit 5.2.1 og 5.2.2.

### 5.2.1. VIDEN

Spørgsmålet om hvilken viden, der skal være tilgængelig på omsætningstidspunktet er blandt andet blevet behandlet i EF domstolens afgørelse i sag C-300/95, Kommissionen mod Stor Britannien. Heri udtalte domstolen i præmis 26 og 27, at bestemmelsen i PAL § 7, stk. 1, nr. 4 skal forstås således:

*”For det første henviser denne bestemmelse med ordene ”den videnskabelige og tekniske viden på det tidspunkt, da [producenten] bragte produktet i omsætning... ikke særskilt til den fremgangsmåde og de sikkerhedsforskrifter, som sædvanligvis anvendes i den industrisektor, hvor producenten driver virksomhed, men sigter derimod uden nogen begrænsninger til den foreliggende videnskabelige og tekniske viden, forstået som den viden på det mest avancerede niveau, som fandtes på det tidspunkt, da det pågældende produkt blev bragt i omsætning.*

*Endvidere tages der efter den omtvistede ansvarsfritagelsesbestemmelse ikke hensyn til, hvilken viden den pågældende producent konkret eller subjektivt var eller kunne være i besiddelse af, men hvilken objektiv videnskabelig og teknisk viden, producenten formodes at være bekendt med.”<sup>96</sup>*

EF domstolen fastsætter således, at det er underordnet hvad den konkrete producent ved. Det er et spørgsmål om, hvad han bør vide. Han bør ikke vide, hvad der gennemsnitligt vides i branchen. Derimod skal producenten være bekendt med den på omsætningstidspunktet mest avancerede viden. Det er således ikke afgørende, hvad der er subjektivt muligt for producenten, men derimod alene hvad der var objektiv viden.

Tilsvarende fortolkning anlagde Højesteret i deres dom i U.2012.588, hvori sagsøgte havde solgt slankemidlet Isomeride, der indeholdte dexfenfluramin. Det var et godkendt lægemiddel, der siden 1985 og indtil tilbagekaldelsen i september 1997 var blevet solgt i en række lande. Højesteret lagde til grund, at der med rimelig videnskabelig sikkerhed måtte antages at være en sammenhæng mellem indtagelse af dexfenfluramin og udviklingen af hjerteklapsygdomme for grupper af patienter. Endvidere udtalte Højesteret, at der efter skønsmandens besvarelser måtte lægges til grund, at der ikke i tiden forud for august 1997

---

<sup>96</sup> EFD sag C-300/95 præmis 26 og 27



forelå oplysninger, der med rimelig sikkerhed skabte videnskabelig mistanke om en sådan sammenhæng. Højesteret fandt herefter, at det på grundlag af den objektive videnskabelige og tekniske viden på det mest avancerede niveau ikke før dette tidspunkt var muligt at opdage defekten ved Isomeride.

Hvornår den respektive viden kan anses for at forelægge var blandt andet yderst relevant i FED2005.50Ø, der omhandlede en vaccine til kalve. På tidspunktet for fremstillingen af vaccinen var det kendt for producenten, at anvendelse af større mængder af et bestemt stof kunne have uønskede effekter. I sagen var der alene anvendt meget små mængder af stoffet. Producenten gjorde gældende, at der ikke på omsætningstidspunktet forelå viden om, at stoffet i små mængder kunne være skadeligt. Desuagtet fandt landsretten ikke, at der forelå en ansvarsfritagende udviklingsskade. Afgørelsen må anses at illustrere et led af et meget restriktivt udviklingsskadebegreb i produktansvarsretten.

### 5.2.2. MULIGT AT OPDAGE

Det må dernæst være spørgsmålet, hvornår den respektive viden skal anses for at være opdaget. Producentens ansvarsfritagelse efter PAL § 7, stk. 1, nr. 4 eller den tilsvarende regel indenfor det i retspraksisudviklede produktansvar er afhængigt af, at det ikke var muligt at opdage defekten.

I FED2005.50Ø havde producenten kun opdaget at vaccinen kunne være skadelig med en høj mængde af et bestemt stof. De i sagen omtvistede vacciner indeholdte alene en lille mængde af det respektive stof. Ud fra betragtninger om, at det var muligt for producenten, at opdage at stoffet også kunne være farligt i mindre mængder, lagde landsretten til grund, at producenten var ansvarlig for skaderne.

Det er således ikke nødvendigt, at det med sikkerhed kan påvises at den respektive defekt er tilgængelig, men foreligger der også en vis grad af sandsynlighed, ifalder producenten ansvar for skaderne.

### 5.2.3. SAMMENFATNING OM UDVIKLINGSSKADER I PRODUKTANSVARRETEN

I relation til de i retspraksisudviklede regler, er ansvarsgrundet culpa og producenten vil således alene ifalde ansvar for skader i tilfælde, hvor der foreligger et ansvarsgrundlag udover det, der er forbundet med fremstillingen af produktet.

Indenfor PAL er Producentens ansvarsgrundlag er objektivt. Det vil sige, at han som udgangspunkt altid er ansvarlig for skader påført af hans produkt. Der er imidlertid i PAL § 7, stk. 1, nr. 4 fastlagt en undtagelse til producenten objektive hæftelse, idet producenten i medfør heraf ikke er ansvarlig for udviklingsskader. Det forudsætter imidlertid ifølge

praksis, at defekten ikke på grundlag af den mest avancerede viden var mulig at opdage på omsætningstidspunktet.

Det betyder også, at det i de fleste sager ikke vil have nogen betydning, om det er de i retspraksisudviklede regler eller PAL, der finder anvendelse.<sup>97</sup> Det understøttes af T:BB2017.779, hvori voldgiftsretten udtalte, at de i retspraksisudviklede regler og PAL ledte frem til ens resultater vedrørende spørgsmålet om entreprenørens produktansvar. De situationer hvor det måtte medføre forskellige resultater er formentlig i de situationer, hvor producentens manglende kendskab til den mest avancerede viden ikke medfører, at han anses at have handlet culpøst.

### 5.3. FORSKELLE OG SAMMENFALD MELLEM MANGELSHÆFTELSEN OG PRODUKTANSVARET

Det er som nævnt en betingelse for at en producent ifalder produktansvar, at der foreligger en defekt ved det skadegørende produkt. Det centrale i vurderingen af, om et produkt er defekt er, hvorvidt produktet frembyder den sikkerhed, som med rette kan forventes.<sup>98</sup> Det medfører, at defektvurderingen er objektiv og parternes aftale er således uden betydning herfor. Der foreligger en mangel ved entreprenørens ydelse i det omfang denne ikke er i overensstemmelse med AB18 § 12, stk. 1 og 2, jf. AB18 § 47, stk. 1. Det vil sige, at mangelsvurderingen – modsat defektvurderingen – er en subjektiv vurdering af, hvorvidt den faktisk præsterede ydelse er i overensstemmelse med det aftalte.

Det medfører en retsstilling, hvor et materiale kan være mangelfuldt, men ikke nødvendigvis også er defekt. Det kan eksempelvis gøre sig gældende i ovennævnte eksempel med bilen såfremt bilen er aftalt at skulle være sort, men bliver leveret som blå. Omvendt forekommer det formentlig ikke i praksis, at en defekt ikke også medfører at produktet er mangelfuldt. En forkert sammensat plade, der skal opretholde en bæreevne, men knækker og påfører skade på den øvrige ejendom, må anses som både mangelfuld og defekt.

Der forekommer endvidere forskelligheder i retsfølgerne. Det gør sig for det første gældende i relation til reklamationsfrister og forældelse. Under AB18 har bygherren i medfør af § 49, stk. 1 en 5 års reklamationsperiode, hvilken ikke gælder indenfor produktansvarsretten, hvor alene de almindelige forældelsesregler gælder.<sup>99</sup> Endvidere har skadelidte indenfor produktansvarsretten mulighed for, at gøre et krav gældende udenom entreprenøren, og eksempelvis direkte mod dennes leverandør som følge af produktansvarets deliktmæssige karakter.

---

<sup>97</sup> Ulfbeck, Erstatningsretlige Grænseområder, 2. udg., 2010, side 242

<sup>98</sup> Ulfbeck, Erstatningsretlige Grænseområder, 2. udg., 2010, side 199

<sup>99</sup> Ulfbeck, Erstatningsretlige Grænseområder, 2. udg., 2010, side 200

Entreprenøren er på et culpagrundlag ansvarlig for skader, der er en følge af mangler ved arbejdet, dog ikke indirekte tab, jf. AB18 § 53, stk. 1 og 2. Entreprenøren kan ikke i produktretlig henseende begrænse sit ansvar for en defekt ved et produkt, der indføjles i byggeriet og som senere viser sig at påføre den øvrige ejendom skade, jf. PAL § 12.

#### 5.4. PRODUKTANSVAR I ENTREPRISERETTEN

I forbindelse med vedtagelsen af AB18 er der som noget nyt indarbejdet produktansvarsregler i AB regelsættet. Produktansvar har imidlertid været et kendt fænomen i entrepriseretten i flere år. I medfør af AB18 § 54, stk. 1, er entreprenørens erstatningsansvar for skader, der er forårsaget af en defekt ved et produkt, der indgår i arbejdet, begrænset til den tegnede produktansvarsforsikring, jf. AB18 § 11, stk. 3. Endvidere følger det af AB18 § 54, stk. 2, at entreprenøren ej heller er ansvarlig for indirekte tab forårsaget af en defekt ved et produkt, der indgår i arbejdet.

Som beskrevet i afsnit 5.3 er produktansvarsloven præceptiv, jf. dennes § 12. Det medfører således, at bestemmelserne i AB18 § 54, stk. 1 og 2 må anses for ugyldige. Dette understøttes af Torsten Iversen i T:BB2018.398, hvori han dog anfører at dækningen af den tegnede produktansvarsforsikring formentlig vil være tilstrækkelig til at dække tabet. Hertil bemærkes, at ansvarsfraskrivelse i forhold til erhvervstingskader ikke er begrænset, idet disse er omfattet af det i retspraksisudviklede produktansvar.

Det kan imidlertid spørges, hvordan situationen vil tage sig ud såfremt, at skaderne langt overstiger produktansvarsforsikringsdækningen. Hvis entreprenørerne i MgO-pladekendelserne var blevet anset for producent, og pladerne som indeholdende en defekt, ville bygherrerne formentlig også få have fået medhold i påstande om dækning af store tab til udskiftning af øvrige bygningsdele.

Iversen stiller i ovennævnte artikel spørgsmålstegn ved entreprenørens indsats for, at få omfattet entreprenørens produktansvar af ansvarsbegrænsningen for indirekte tab i AB18 § 35, stk. 2. Dette ville tillige være i tråd med afgørelsen vedrørende Ballerup Superarena i T:BB2007.548, hvori entreprenøren pålagdes produktansvar for projekterings- og beregningsfejl, der medførte taget på superarenaen styrtede sammen.

Den nuværende retstilstand kan anses at være i overensstemmelse med Højesterets dommen i U.2008.982, hvori Højesteret på entreprenøren et produktansvar for udgifter til varmeværkets driftstab. Højesteret tilsidesatte tillige aftalte ansvarsbegrænsninger netop under henvisning til, at der var tale om et produktansvar.

Entreprenøren hæfter på objektivt grundlag for produktansvar efter PAL, hvorimod entreprenøren i henhold til AB18 er ansvarlig for følgeskader efter en professionsculpamålestok. Pålægges entreprenøren ansvar for indirekte tab som følge af produktansvar, vil dette således forekomme mere urimeligt, end hvis entreprenøren pålægges ansvar for indirekte tab hidrørende fra culpøst forvoldte mangler. Allerede fordi

entreprenøren ikke pålægges ansvar for indirekte tab hidrørende fra culpøst forvoldte mangler, forekommer det urimeligt at lade entreprenøren være ansvarlig for indirekte tab som følge af et defekt produkt.<sup>100</sup>

## 5.5. SAMMENLIGNING AF UDVIKLINGSSKADER I PRODUKTANSVARRETEN OG ENTREPRISERETTEN

I entrepriseretten gælder, som anført i afsnit 4.2, at entreprenøren er ansvarsfri for materialer, der senere viser sig uegnet, men som anses som i overensstemmelse med byggetidens viden forudsat, at følgende betingelser er opfyldte:

1. Materialet skal være gængs og anerkendt.
2. Materialet skal være gennemprøvet, herunder skal der være indhøstet sådanne erfaringer, at der kan anses foreligge en viden, hvorefter anvendelsen er fornuftig og forsvarlig til formålet.

Indenfor PAL gælder det, at producenten er ansvarsfri såfremt:

1. Der på baggrund af den mest avancerede viden
2. Ikke var muligt at opdage defekten.

I entrepriseretten stilles således krav til entreprenøren om, at han vælger et materiale på baggrund af det erfaringsgrundlag, der gør sig gældende på tidspunktet, hvor han vælger materialet. Det indebærer blandt andet, at entreprenøren ikke er forpligtiget til at foretage omfattende undersøgelser og blot kan ligge sin leverandørs datablad til grund for vurderingen af materialets egnethed, jf. i det hele afsnit 4.2.2.

Indenfor PAL skal producenten ikke blot foretage omfattende undersøgelser, han bliver målt på, hvorvidt det ud fra den mest tilgængelige avancerede viden, var muligt at opdage defekten. Der må således anses at stilles højere krav til, hvornår et produkt anses som en udviklingsskade i produktansvarsretten i forhold til i entrepriseretten. Med andre ord er det produktansvarstlige udviklingsskadebegreb efter PAL mere restriktivt end udviklingsskadebegrebet i entrepriseretten.

På trods af den begrænsede praktiske forskel på udviklingsskader indenfor de i retspraksisudviklede regler og indenfor PAL, må de i retspraksisudviklede regler i højere grad anses at overlape med udviklingsskadebegrebet i entrepriseretten. Begge synes at basere sig på, hvad entreprenøren/producenten kendte eller burde have kendt til materialet/produktets uegnethed. Om entreprenøren ifalder det ene eller andet ansvar må herefter bero på hvad, der har lidt skade.

---

<sup>100</sup> Iversen, U2018.398

Derved er udviklingsrisikoen i begge juridiske discipliner en retsstandard, og indholdet heraf fastsættes på baggrund af den viden, der var tilgængelig på omsætningstidspunktet og på tidspunktet for materialevalget.

## 5.6. DELKONKLUSION OM ENTREPRENØRENS PRODUKTANSVAR

Det kan således konkluderes, at entreprenøren kan blive ansvarlig for en produktskade relateret til et defekt materiale. Det gælder dog ikke, hvis der er tale om selvbeskadigelse, idet der således vil være tale om et almindeligt mangelsansvar i stedet. Det gælder eksempelvis, at hvis en entreprenør udfører en vandrørføring, og røret tærer som følge af en fabrikationsfejl, vil selve hullet i røret anses som en entrepriseretlig mangel. Derimod vil den skade, som vandet måtte påføre bygherrens øvrige ejendom være en produktansvarsskade.

Såfremt vandskaden påfører bygherren indirekte tab i form af eksempelvis tabt huslejeindtægter, vil dette være omfattet af ansvarsbegrænsningen i AB18 § 53, stk. 2. Derimod er det usikkert, at den tilsvarende ansvarsbegrænsning i AB18 § 54, stk. 2 vil kunne opretholdes henset til PALs præceptivitet, jf. dennes § 12.

Havde entreprenøren i forbindelse med anvendelsen af det defekte rør været orienteret om den mest avancerede viden om de respektive rør, og havde han ikke på baggrund heraf mulighed for at opdage defekten, vil der være tale om en udviklingsskade og entreprenøren vil dermed være ansvarsfri, jf. PAL § 7, stk. 1, nr. 4. Tilsvarende ville gøre sig gældende efter de i retspraksisudviklede regler. Regelsættens praktiske anvendelighed anses i øvrigt stort set uden forskel.

Slutteligt kan det konkluderes, at udviklingsskadebegrebet er mere restriktivt indenfor PAL end hvad der gør sig gældende i entrepriseretten. Derimod er der i højere grad lighed mellem udviklingsskadebegrebet i de i retspraksisudviklede regler og indenfor entrepriseretten.

I både produktansvarsretten og entrepriseretten må udviklingsrisikoen anses som en retsstandard, og indholdet heraf fastsættes på baggrund af den viden, der var tilgængelig på omsætningstidspunktet og på tidspunktet for materialevalget.

## DEL 6 - MATERIALEANSVARET I OFFENTLIGE BYGGERIER

Der ses et stigende antal offentlige bygherrer, herunder særligt i forbindelse med OPP-projekter (og lignende privat-offentlige samarbejder).<sup>101</sup> For bygge- og anlægsopgaver, hvori der deltager (delvist) offentlige bygherrer, gælder der nogle yderligere regelsæt udover, hvad der gælder mellem alene private parter. Det drejer sig om bekendtgørelse nr. 773 af 27. juni 2011 om kvalitetssikring af byggearbejder i alment byggeri m.v. og ombygninger efter lov om byfornyelse og udvikling af byer og bekendtgørelse nr. 1179 af 4. oktober 2013 om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri. I takt med et stadig stigende antal entrepriser, hvori nævnte regelsæt gælder, er det vigtigt for entreprenøren, at være afklaret med, hvorvidt det medfører andre ansvarsregler end hvad der gælder i bygge- og anlægsopgaver. Dette afdækkes i nærværende afsnit.

I T:BB2017.779 begrundede voldgiftsretten, at totalrådgiveren var ansvarlig for de uegnede MgO plader med, at kvalitetssikringsbekendtgørelsen- og vejledningen var en del af aftalegrundlaget. Den i sagen omhandlede kvalitetssikringsbekendtgørelse var bekendtgørelse nr. 169 af 15. marts 2004 suppleret af vejledning om kvalitetssikring i byggeri af april 2003.

Voldgiftsretten henviste i afgørelsen til den i sagen vedtaget kvalitetssikringsbekendtgørelses § 6, stk. 1, 1. pkt., hvoraf det fremgår at der ved brug af erfaringer og gennemprøvede enkeltdele, skal sikres, at bygningsdele, konstruktioner og materialer vælges eller udformes med henblik på, at opnå den fastlagte kvalitet.<sup>102</sup> Endvidere henviste voldgiftsretten til vejledningen til kvalitetssikringsbekendtgørelsens side 23, hvoraf det fremgik, at rådgivere og entreprenører må underrette bygherren, hvis de påtænker at foreslå eller anvende produkter og metoder, der ikke er gængse og anerkendt problemfrie til den tilsigtede brug eller hvis de er usikre på produkters og metoder egenskaber.<sup>103</sup>

Voldgiftsretten kom blandt andet frem til, at hovedentreprenøren ikke havde overtrådt kvalitetssikringsbekendtgørelsen, idet de udtrykkeligt over for bygherrens tekniske rådgiver oplyste, at det foreslåede materiale var nyt, og ikke tilkendegav at have erfaring med det.

Hørlyck fortolker dette som om, at voldgiftsretten udledte følgende regel af de nævnte regler kvalitetssikringsbekendtgørelsen og kvalitetssikringsvejledningen:

*”Den, der tager stilling til valget af materialer, oftest rådgiveren eller totalentreprenøren, skal anvende gennemprøvede enkeltdele (og metoder), og rådgivere og entreprenører skal underrette bygherren, hvis de påtænker at foreskrive eller anvende*

---

<sup>101</sup> <https://kubenman.dk/media/3041007/Udviklingsanalyse-OPP-Kuben-Management.pdf>

<sup>102</sup> T:BB2017.779VBA side 12

<sup>103</sup> T:BB2017.779VBA side 12

*produkter og metoder, der ikke er gængse og anerkendt problemfrie til den tilsigtede brug, eller hvis de er usikre på produkters og metoders egenskaber.”<sup>104</sup>*

Denne fortolkning stemmer overens med voldgiftsrettens præmisser, hvori voldgiftsretten lagde til grund at entreprenøren loyalt havde videregivet alle kendte oplysninger om MgO pladerne til totalrådgiveren, der imidlertid ikke forelagde bygherren oplysningen om, at materialet var nyt.

Det skal bemærkes, at den i sagen omhandlede kvalitetssikringsbekendtgørelse af marts 2004 blev ophævet i forbindelse med vedtagelsen af bekendtgørelse nr. 1117 af 23. september 2010, der tillige er blevet ophævet med vedtagelsen af bekendtgørelse nr. 1179 af 4. oktober 2013 om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri. Der findes ikke i sidstnævnte en bestemmelse tilsvarende § 6, stk. 1, 1. pkt. i 2004-bekendtgørelsen.

Bekendtgørelsen af d. 27. juni 2011 indeholder imidlertid en tilsvarende regel i dennes § 8, stk. 1. 2004-bekendtgørelsen havde et bredere anvendelsesområde, idet denne fandt anvendelse på en bred vifte af offentlige og offentligt støttede bygherre, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, nr. 1 til 4. Derimod finder 2011-bekendtgørelsen alene anvendelse på alment byggeri og renoveringer omfattet af byfornyelsesloven, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, nr. 1 til 7. Anvendelsesområdet af bestemmelsen i 2011-bekendtgørelsens § 8, stk. 1 er således mere begrænset end anvendelsesområdet for § 6, stk. 1, 1. pkt. i 2004-bekendtgørelsen.

Desuagtet må det herefter være spørgsmålet, om der gælder en tilsvarende oplysningsforpligtigelse i relation til entrepriser uden offentlige bygherrer.

I medfør af AB18 § 12, stk. 3 skal entreprenøren oplyse bygherren om anvendelsen af materialer og metoder, der ikke er gennemprøvede, herunder om eventuelle risici herved. Reglen harmonerer med almindelige obligationsretlige grundsætning om kontraktparterers loyale oplysningspligt.

Hørlycks fortolkning af hvordan voldgiftsrettens anvender kvalitetssikringsbekendtgørelsens regler og vejledningen hertil sammenholdt med AB18 § 12, stk. 3 og den almindelige obligationsretlige loyale oplysningspligt forekommer ikke at indebære nogen materiel forskellighed.

På denne baggrund konkluderes, at der ikke gælder et ændret ansvar såfremt, at bygherre er en offentlig instans, entreprisen vedrører alment byggeri eller at der i øvrigt er tale om renoveringer i medfør af byfornyelsesloven.

---

<sup>104</sup> Hørlyck, T:BB2017.647, side 3

## DEL 7 – SAMMENFATNING

---

Det kan indledningsvist konkluderes, at entreprenøren ansvar vurderes i forhold til, hvordan en almindelig kyndig entreprenør vil have handlet i samme situation. Endvidere konkluderes det, entreprenøren er ansvarlig for følgeskader, men ikke indirekte tab. Parternes aftale har tillige betydning for entreprenørens erstatningspligt, herunder vil en af entreprenøren afgivet garanti medføre et objektivet ansvar for det garanterede forhold.

Entreprenørens ydelse skal udføres i overensstemmelse med AB18 § 12, stk. 1, og stk. 2. Såfremt entreprenørens ydelse ikke er i overensstemmelse de kumulative krav i AB18 § 12, stk. 1, og stk. 2, foreligger der i henhold til AB18 § 47, stk. 1 en mangel. Det skal ud fra spørgsmålet om hvorvidt entreprenøren har handlet fagmæssigt korrekt konkluderes, at det ifølge praksis afhænger af om entreprenøren har handlet ”forsvarligt”, og dermed svarer dette til den almindelige uagtsomhedsvurdering. Dermed konkluderes det, at det almindelige erstatningsansvar er indlemmet i mangelsvurderingen.

Entreprenøren hæfter for enhver uoverensstemmelse mellem entreprisekontrakten og det faktisk præsterede resultat, hvorefter det konkluderes, at denne som udgangspunkt hæfter på objektivet grundlag for mangler ved arbejdet. Mangelsbedømmelsen foretages med udgangspunkt i parternes aftale. Endvidere vil et aftalt forbehold fra entreprenørens side vedrørende et materiale, begrænse entreprenørens ansvar i overensstemmelse med det respektive forbehold. Organisationsformen har navnlig betydning for entreprenørens ansvar såfremt, at den traditionelle form brydes, hvorefter entreprenøren eksempelvis indgår aftale om projektering.

Det er afgørende for ansvarsplacering, hvem der har valgt det mangelfulde materiale. Såfremt bygherren har foreskrevet materialet, bærer denne selv udviklingsrisikoen. Hvis entreprenøren derimod frit selv har kunne vælge, bærer denne ansvaret for at materialet senere viser sig formålsuegnet.

Endvidere skal det konkluderes, at der foreligger en række typetilfælde imellem de to foranstående yderpunkter, hvorefter det afgørende for, hvem der anses at have truffet valget er, hvorvidt bygherren har indsnævret entreprenørens valgfrihed eller ej.

Det skal yderligere konkluderes, at entreprenøren har en indsigelsespligt overfor bygherren, som dog ikke indebærer, at entreprenøren skal være bagstopper for projektfejl.

For så vidt angår byggetidens viden skal det indledende konkluderes, at et materiale skal være gængs, anerkendt og gennemprøvet førend, at det pågældende materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden. Det konkluderes, at et materiale er gængs og anerkendt når det som minimum har været på markedet i ca. tre år, og at det i denne periode har haft væsentlige markedsandele.

Endvidere skal det konkluderes, at betingelsen om hvorvidt et materiale er gennemprøvet kan opdeles, herunder i ”indhøstede sådanne erfaringer/viden” og herefter ”fornuftigt og forsvarligt”. Alment tekniske fælleseje omfatter den viden, som er tilgængelig ved



indhøstningen af de relevante erfaringer. Her kan det konkluderes, at BYG-ERFA-erfaringsblade i høj grad er med til at afgøre om, hvorvidt man i branchen anser et materiale for at være i overensstemmelse med byggetidens viden. Det kan endvidere konkluderes, at en producents produktblade kan lægges til grund som den foreliggende viden om materialet.

Det skal konkluderes, at entreprenøren har en aktiv undersøgelsespligt, der imidlertid ikke indebærer, at han skal foretage omfattende undersøgelser. I tilknytning hertil konkluderes det, at der er tale om en restriktiv undersøgelsespligt som forekommer modstridende med bemærkningerne til AB § 12, stk. 3.

Ved vurdering af om et materiale er fornuftigt og forsvarlig, skal der foretages en vurdering af, hvordan den respektive del af byggeriet skal konstrueres efter byggeretlige forskrifter. For at vurdere, hvorvidt et givent materiale lever op til dette, kan entreprenøren blandt andet lægge en blåstempling fra Byg-Erfa til grund såvel som en materialeproducentens datablad.

Endvidere konkluderes det, at tidspunktet for bedømmelsen af byggetidens viden igennem årene har rykket sig. I henhold til tidligere praksis skulle byggetidens viden vurderes på udførelsestidspunktet. Imidlertid har voldgiftsretten i de seneste MgO-kendelser fundet, at det er tidspunktet hvor beslutningen blev foretaget, som er det mest relevante og rimelige tidspunkt.

Det er uafklaret, hvordan en fit for purpose klausul fortolkes under dansk ret, og det anbefales der for de entreprenører, der måtte udbyde på FIDIC lignende vilkår, at tage eksplicit stilling hertil.

Det kan konkluderes, at betingelserne som opstilles T:BB2018.907VBA formentlig har indsnævret anvendelsesområdet for byggetidens viden betragteligt, idet de opstillede betingelser må anses for restriktive og svære for entreprenøren at opfylde. Det konkluderes dermed, at entreprenøren fremadrettet vil have sværere ved at blive ansvarsfritaget i henhold til byggetidens viden.

Parallelt med mangelshæftelsen, kan entreprenøren ifalde ansvar for produktskader forårsaget af defekte produkter, og som ikke betegnes som selvbeskadigelse. Såfremt vandskaden påfører bygherren indirekte tab i form af eksempelvis tabt huslejeindtægter, vil dette være omfattet af ansvarsbegrænsningen i AB18 § 53, stk. 2. Derimod er det usikkert, at den tilsvarende ansvarsbegrænsning i AB18 § 54, stk. 2 vil kunne opretholdes henset til PALs præceptivitet, jf. dennes § 12. Hertil kan det konkluderes, at udviklingsskadebegrebet er mere restriktivt indenfor PAL end hvad der gør sig gældende i entrepriseretten, og at der i højere grad er lighed mellem udviklingsskadebegrebet i de i retspraksisudviklede regler og indenfor entrepriseretten. Indenfor begge retsområder må udviklingsrisikoen anses som en retsstandard, og indholdet heraf fastsættes på baggrund af den viden, der var tilgængelig på omsætningstidspunktet og på tidspunktet for materialevalget.

Slutteligt konkluderes, at det er underordnet for entreprenørens ansvar, hvorvidt bygherren er en offentlig instans, entreprisen vedrører alment byggeri eller at der i øvrigt foreligger renoveringer i medfør af byfornyelsesloven.

## DEL 8 – LITTERATURLISTE

---

### **1. Bøger**

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

*Dahl, Børge*, Produktansvar, 1. udgave, Juristforbundets forlag, 1973

*Edlund, Hans Henrik, m.fl.*, Dansk privat ret, 20. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018

*Hansen, Ole*, Entrepriseretlige mellemformer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013

*Hørlyck, Erik*, Entreprise – AB18, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019

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

*Munk Hansen, Carsten*, Fast Ejendom I, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

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

*Ussing, Henry*, Enkelte Kontrakter, Gads Forlag, 1940

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

### **2. Artikler**

*Iversen, Torsten*, T:BB.2003.480

*Buch, Anders Vestergaard*, U.2004B.64

*Iversen, Torsten*, U.2013B.351

*Iversen, Torsten*, T:BB2013.353

*Oggesen, Niels Jørgen*, T:BB2014.441

*Hørlyck, Erik*, T:BB.2017.647

*Hansen, Ole*, T:BB2018.344

### **3. Øvrige kilder**

AB18, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018

PAL, Lovbekendtgørelse 2007-03-20 nr. 261 om produktansvar

Betænkning afgivet af Byggeriets Udviklingsråd 1979

Betænkning nr. 1570 af juni 2018

Betænkning nr. 1246 af 1993

Bekendtgørelse nr. 773 af 27. juni 2011 om kvalitetssikring af byggearbejder i alment byggeri m.v

Bekendtgørelse nr. 1179 af 4. oktober 2013 om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri

Bekendtgørelse nr. 169 af 15. marts 2004

Bekendtgørelse nr. 1117 af 23. september 2010

Bekendtgørelse nr. 1615 af 13. december 2017 - Bygningsreglement 2018

VBA voldgiftsregler 2006

<https://kubenman.dk/media/3041007/Udviklingsanalyse-OPP-Kuben-Management.pdf>

<https://www.ft.dk/samling/20151/almdel/uui/bilag/11/1554986.pdf>

www.byg-erfa.dk om "BYG-ERFA" – senest besøgt 19/5/19 - <https://byg-erfa.dk/bygerfa>

www.byg-erfa.dk omkring "alment teknisk fælleseje" senest besøgt 19/5/19 - <https://byg-erfa.dk/ordbog/alment-teknisk-faelleseje>

## **4. Afgørelsesregister**

### **4.1 Ugeskrift for Retsvæsen**

U1980.1033H

U1994.612H

U2002.1619V

U2008.1861H

U2010.213H

### **4.2 Kendelser for Fast Ejendom**

KFE1978.169VBA

KFE1982.47VBA

KFE 1983.318 VBA

KFE1985.157VBA

KFE1985.167VBA

KFE1986.165 VBA

KFE1987.178 VBA

KFE1989.65VBA

KFE1994.44VBA

KFE2009.279VBA

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

T:BB1999.405 Ø.L.D

T:BB2000.252VBA

T:BB2001.603VBA

T:BB2003.182VBA

T:BB2004.183VBA

T:BB2004.423 V.L.D

T:BB2006.337 VBA

T:BB2011.502H

T:BB2017.779 VBA

T:BB2018.781V

T:BB2018.787 VLD

T:BB2018.907 VBA

#### **4.4 Utrykte kendelser fra Voldgiftsretten for Byggeri og Anlæg**

VBA C-14199

VBA C-14696

#### **4.5 Engelske afgørelser**

[2014] EWHC 1088 (TCC) – bilag 1

[2015] EWCA civ 497 – bilag 2

[2017] UKSC 59 – bilag 3