



Rådgivers ansvar for projektering

Claus Christensen (20114518) & Emma Hegnet Withycombe Frismodt (20146483)
Vejleder: Carsten Munk-Hansen
Anslag: 165.810

Indhold

Abstract	3
1. Indledning	5
1.1 Baggrunden for kandidatspecialet	5
1.2 Metode	6
1.3 Empiri og kildekritik	7
1.4 Afgrænsning	7
2. Retsgrundlaget, ydelsen og manglen	8
2.1 Retsgrundlaget for byggerådgivning	8
2.1.1 Almindelige betingelser for teknisk rådgivning og bistand	9
2.1.2 Ydelsesbeskrivelser og branchesædvaner	10
2.2 Rådgiverens ydelse	11
2.2.1 Rådgivningsaftalen	11
2.2.2 Udbud og tilbud	12
2.2.3 ABR og ydelsesbeskrivelserne	13
2.2.4 Fortolkningsprincipper	13
2.3 Mangler i rådgiverens ydelse	14
2.3.1 Det obligationsretlige mangelsbegreb	14
2.3.2 Mangelsbegrebet i ABR 18	14
3. Betingelser for et erstatningsansvar	17
3.1 Bevisbyrden for ansvarsbetingelserne	17
3.1.1 Lempelse af bevisbyrden	18
3.1.2 Omvendelse af bevisbyrden	20
3.1.3 Bevismidler	21
3.2 Ansvarsgrundlag	22
3.2.1 Culpa og professionsansvar	22
3.2.2 Projekteringsfejl der kan danne grundlag for et ansvarsgrundlag	24
3.2.2.1 Forhold som er ansvarspådragende, og som taler for et ansvarsgrundlag	24
3.2.2.2 Forhold som kan virke ansvarsfritagende eller -nedsættende	32
3.2.2.3 Betydningen af bygge og -projekteringstidens viden	34
3.2.3 Delkonklusion	35
3.3 Tabet	37
3.3.1 Opgørelse af tabet	37
3.3.2 Tabskategorier	39

3.3.2.1 Tabstyper ved projekteringsfejl og –mangler	41
3.3.3 Nedsættelse af tabet	45
3.3.4 Bevismæssige problemstillinger ved erstatningskravet mod den tekniske rådgiver	46
3.3.5 Delkonklusion	50
3.4 Årsagsforbindelse og adækvans	52
3.5 Egen skyld	54
4. Konventionalbod	57
4.1 Konventionalbod generelt	58
4.2 Konventionalboden i ABR 18	59
4.3 Konventionalbod uden vedtagelse af ABR 18	60
4.4 Problemstillinger og uklarheder ved § 49, stk. 2	61
5. Ansvarsbegrænsninger	62
5.1 Vedtagelse og tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningerne i ABR18	63
5.2 Ansvarsfraskrivelsen af driftstab, avance tab og andre indirekte tab	65
5.3 Ansvarsbegrænsningen ved flere skadevoldere	68
5.3.1 De beløbsmæssige ansvarsbegrænsningernes betydning ved flere ansvarlige	69
5.4 Beløbsmæssige begrænsninger af rådgiverens erstatningsansvar	70
6. Konklusion	71
7. Litteraturliste	75
7.1 Bøger	75
7.2 Artikler	76
7.3 Øvrige kilder	76
7.4 Afgørelser og kendelser	76
7.4.1 Ugeskrift for Retsvæsen	76
7.4.2 Kendelser om fast ejendom	77
7.4.3 Tidsskrift for Bolig- og Byggeret	77
7.4.4 Forsikrings- og erstatningsretlig domssamling	78
7.4.5 Diverse	78

Abstract

The consultant plays a crucial part in the construction process. The other parties in the process are reliant on a competent performance from the consultant if the construction is to be completed in the agreed way with regards to quality, time and price. However, in recent years it has become clear that deficiencies in the consultant's project planning have become an increasingly major problem.

Therefore, the purpose of this thesis will be to examine the legal position of the construction client with regards to claiming compensation for the consultant's inadequate project planning.

Outside the principles of the law of obligations, there is no governing law that regulates the relation between the construction client and the consultant. Instead the regulation is mainly found in the standard terms of ABR 18, which is a recently revised edition of ABR 89. Therefore, the thesis will assess if the revision has improved the construction client's legal position.

The obligations of the parties are established by the contractual basis between the builder and the consultant. If the agreement has not distinctly described the consultant's services, the extent of these will generally be established by the standard terms in ABR 18, as well as the description of services for Building and Landscape 2018.

For the consultant to be liable there must be a breach of contract. This is the case if the provided service is not in accordance with the contract, good consultancy practices and the client's instructions. However, a breach of contract is not sufficient, as there must also be a liability basis. Whether such a basis exists is determined through an assessment of the consultant having acted differently than a responsible professional consultant would have acted in the same situation.

Furthermore, the construction client must have suffered a financial loss to claim damages. However, documenting a loss has proven difficult, especially in cases where the consultant has forgotten services. As a result, the construction client has not been able to claim damages. In case law the point of departure has been that the construction client must fully document his loss. This has not been possible, and instead the construction client has often claimed that

extra work in general is more expensive, and as such a loss is suffered. The court of arbitration has rejected this point of view.

Additionally, there must be a connection between the suffered loss and the defect in the consultant's service. The suffered loss must also be seen as foreseeable and usual in regard to the defect.

Lastly the construction client must not have acted in such a way that he himself is found to be the cause of the suffered loss. The construction client's own faults may also result in a reduction of the damage claims.

If the above requirements mentioned are all present, the construction client has a right to claim damages for his suffered loss. The requirements for claiming damages are identical whether or not ABR 18 is part of the contractual basis, as ABR states that the consultant is liable under the general law of damages in Denmark.

Another element of importance in regards to the construction client's legal position are the limitations of liability found in ABR 18. In accordance with these the consultant cannot be held liable for loss of business, loss of profit or other indirect loss. Furthermore, ABR 18 imposes a pro rata liability when one or several other parties are responsible for the same loss. Lastly ABR 18 contains monetary limitations. As such the claim is restricted to the cover given by a project liability insurance policy. If the consultant has no such insurance then his liability is limited to double the agreed consultancy fee, but this must be at least DKK 2.5 million.

The revised standard terms have improved the construction client's legal position by further clarifying the obligations of the parties. In particular what must be included and agreed upon in the contractual basis has been expanded upon and made clearer. As such conflicts regarding what services must be provided are expected to be minimized.

Additionally, to remedy the problem concerning the documentation of loss related to forgotten services, a new provision about liquidated damages has been added. The provision ensures that the construction client will be compensated for the loss suffered because of the forgotten service.

1. Indledning

1.1 Baggrunden for kandidatspecialet

Den tekniske rådgiver spiller en central rolle i byggeprocessen. Det er rådgiverens opgave at konkretisere bygherrens ønsker og behov, så bygge- eller anlægsprojektet kan realiseres. Samtlige aktører i byggeriets tilblivelse er således afhængige af, at der ydes en kompetent rådgivning, hvis byggeriet skal opføres i den påtænkte kvalitet og til den aftale tid og pris.

Rådgivningen er dog ikke altid uden fejl og mangler, og de senere år er mangler i projekteringsydelser steget. Der kan således findes artikler med overskrifter som *"projekt mangler er vokset kraftigt de sidste 25 år"*, hvor formanden for Bygherreforeningen udtaler, at *"som bygherre ender vi ofte med ekstra udgifter til opgaver, der burde være løst. Det er dyrt. Særligt fordi vi ikke kan byde disse opgaver ud i konkurrence igen. I stedet skal de løses af den entreprenør, vi allerede har indgået en aftale med."*¹. Ligeledes udarbejdede Bygherreforeningen i 2016 en undersøgelse, hvor deres medlemmer tilkendegav, at det største problem i branchen var projektmangler, hvor rådgiveren har glemt at projektere en del af byggeprojektet.² Også Bygningsstyrelsen beskriver en u hensigtsmæssig udvikling på området, og mange bygherrer synes ikke, at rådgivningen har den ønskede kvalitet,³ idet fejl og mangler i rådgiverens projekteringsydelser ofte er et stort problem for nutidens bygherre.

Ovenstående problemstilling har også været med i overvejelserne for det udvalg, som stod for revideringen af de standardvilkår, som regulerer forholdet mellem bygherren og rådgiveren. Således har det været et formål med revideringen, at mindske mangler og øge kvaliteten af det arbejde, som udføres af den tekniske rådgiver.⁴

På denne baggrund findes det relevant, at afklare bygherres retsstilling i forbindelse med et erstatningskrav for den tekniske rådgivers projekteringsfejl og -mangler. Dette er særligt nærliggende, da de reviderede standardvilkår, i form af ABR 18, trådte i kraft fra d. 1 januar

¹ jf. Dagens Byggeri, Projektmangler er vokset kraftigt de sidste 25 år, 26. aug. 2016.

² jf. Dagens Byggeri, Projektmangler er bygherrenes største hovedpine, 16. dec. 2016.

³ jf. Bygningsstyrelsen, Behov for bedre og mere effektiv projektering i store byggeprojekter, 30. jan. 2017.

⁴ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 228.

2019. Kandidatspecialet har til formål at belyse, hvordan bygherren er stillet i forbindelse med et erstatningskrav mod rådgiveren.

Dette udtrykkes gennem kandidatspecialets problemformulering, som lyder:

”Under hvilke betingelser kan bygherren kræve erstatning for den tekniske rådgivers projekteringsfejl og –mangler?”.

Kandidatspecialet foretager med udgangspunkt i ovenstående problemformulering, en undersøgelse af gældende ret på området. Grundet manglende praksis i henhold til ABR 18, vil kandidatspecialet dog i høj grad udlede gældende principper fra tidligere praksis. Heri vil indgå en vurdering om, hvorvidt daværende praksis stadig findes gældende, såfremt ABR 18 var vedtaget mellem parterne. Endvidere vil der indgå en vurdering af, hvorvidt de reviderede standardvilkår afhjælper bygherrens hidtidige problemstilling vedr. mangelfulde projekteringsydelse.

1.2 Metode

Kandidatspecialet har til formål at undersøge gældende ret angående erstatningsansvaret for en teknisk rådgivers projekteringsfejl- og mangler, hvorfor den retsdogmatiske metode anvendes. Ved retsdogmatisk metode forstås en analyse og beskrivelse af gældende ret⁵, hvilket sker ved en analyse af relevante retskilder. Gældende ret kan udledes gennem den ret, der i samtiden anvendes i det praktiske retsliv, hvorfor den retsdogmatiske videnskab er tæt forbundet med den praktiske udøvelse af retten. Metoden vil derfor komme til udtryk i specialet gennem en inddragelse og analyse af relevante voldgiftskendelser samt retspraksis. Derudover vil de i praksis anvendte retskilder og fortolkningsprincipper anvendes for at foretage en retlig subsumtion⁶, og udlede de gældende regler og principper på området for rådgiveransvar ved projekteringsfejl- og mangler.

⁵ jf. Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Djøf Forlag, 2018, s. 204.

⁶ jf. Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, s. 205.

1.3 Empiri og kildekritik

Forholdet mellem den tekniske rådgiver og klienten er ikke lovreguleret. I stedet anvendes der på området såkaldte standardvilkår eller "agreed documents", kendt som ABR⁷. Disse skal dog være vedtaget for at gælde mellem parterne⁸, hvorfor der kan opstå forskelle i retstilstanden, alt efter om standardvilkårene er vedtaget eller ej. Endvidere kan det have betydning om de er vedtaget i helhed, eller med supplerende bestemmelser og ændringer. Kandidatspecialet vil tage udgangspunkt i reglerne i ABR, da disse har en betydelig udbredelse og anvendes i de fleste rådgiveraftaler⁹. Yderligere undersøges hvad der gælder angående rådgiverens ansvar, hvis ABR ikke er vedtaget, og dermed i hvilket omfang bestemmelserne i ABR kan anses for udfyldende ret på området.

Det bemærkes desuden, at standardvilkårene i form af ABR er blevet revideret og blev implementeret i sin nuværende form fra 1. januar 2019¹⁰. Derfor findes der ved udarbejdelsen af kandidatspecialet endnu ikke praksis, hvor de nye vilkår indgår. Dermed vil der være betydelig usikkerhed, angående de bestemmelser som afviger fra de tidligere standardvilkår.

Den anvendte praksis vil i høj grad være i form af voldgiftskendelser, hvilket følger af den udbredte vedtagelse af ABR, som foreskriver voldgift som tvistløsningsmetode¹¹. Anvendelse af disse kendelser til fastlæggelsen af gældende ret er dog umiddelbart uden betænkeligheder. I den teoretiske litteratur formodes det således, at kendelser afsagt i Voldgiftsnævnets regi har samme retskildeværdi som en landsretsdom¹².

1.4 Afgrænsning

Dette kandidatspeciale omhandler den tekniske rådgivers erstatningsansvar over for dennes klient. Dermed foretages der en afgrænsning af de øvrige misligholdelsesbeføjelser, som kan anvendes i tilfælde af rådgivers mangelfulde arbejde.

⁷ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016, s. 50-51.

⁸ jf. Betænkning nr. 1570, *Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed*, 2018, s. 13.

⁹ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, *ABR 89*, Karnov Group Denmark A/S - 2013, s. 19.

¹⁰ jf. Betænkning nr. 1570, *Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed*, 2018, s. 25.

¹¹ jf. ABR 18 § 63.

¹² jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 60.

Da specialet specifikt omhandler erstatningsansvar i forbindelse med projekteringen, foretages der en afgrænsning af de øvrige forpligtelser, der kan påhvile rådgiveren, herunder f.eks. fagtilsyn, byggeledelse og udarbejdelse af diverse ydelses- og tidsplaner.

Kandidatspecialet er yderligere afgrænset således, at det kun behandler den situation, hvor rådgiverens klient er bygherren selv. Der vil således blive set bort for situationer, hvor rådgiverens klient er entreprenør, hvorfor kandidatspecialet ikke omfatter totalentreprise, hvor entreprenøren skal forestå den væsentligste del af projekteringen. Endvidere ses der bort fra situationer hvor klienten er forbruger.

I kandidatspecialet foretages der derudover en afgrænsning af de forenkede standardvilkår i ABR forenklet. Dette skyldes, at disse er udarbejdet med henblik på opgaver med teknisk rådgivning uden projektering eller projektering i mindre omfang.¹³

Kandidatspecialet er slutteligt afgrænset således, at det alene angår rådgiverens ansvar over for en part, som han har indgået en aftale med. Ansvar uden for kontrakt vil således ikke blive behandlet.

2. Retsgrundlaget, ydelsen og manglen

2.1 Retsgrundlaget for byggerådgivning

Der findes ingen lovregulering af forholdet mellem den tekniske rådgiver og dennes klient, hvorfor udgangspunktet for rådgivningsaftalen er aftalefrihed. Området er dog reguleret af de almindelige deklaratoriske samt præceptive formueretlige lovregler, f.eks. almindelige retsgrundsætninger og forældelsesreglerne.¹⁴

Derudover finder den almindelige obligationsret, som gælder ved alle gensidige skyldnerforhold, anvendelse.¹⁵ F.eks. gælder den almindelige loyalitetspligt mellem parterne i rådgivningsaftalen, hvorefter reglen om tabsbegrænsningspligt finder anvendelse.

¹³ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 233.

¹⁴ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, side 54-55.

¹⁵ jf. Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, Lærebog i Obligationsret I, Karnov Group Denmark A/S, 2015, s. 19.

Der findes tilgrænsende retsområder, som i visse tilfælde kan have betydning. Det gælder hovedsageligt når der er tale om offentlige bygherrer, hvor udbudsloven finder anvendelse. I loven er indeholdt præceptive regler for udbud af byggeprojekter, herunder rådgivningsydelsen, hvilket kan medføre, at reglerne i ABR fraviges¹⁶.

2.1.1 Almindelige betingelser for teknisk rådgivning og bistand

I stedet for lovregulering er forholdet mellem rådgiveren og klienten i stort omfang reguleret af såkaldte "agreed documents", i form af Almindelige betingelser for teknisk rådgivning og bistand (ABR). Der er tale om en række standardvilkår, der er udarbejdet af forskellige interesserepræsentanter i branchen, som har forhandlet sig til de gældende regelsæt¹⁷.

Arbejdet til de første ABR standardvilkår startede i 1970, hvor statsrevisorerne afgav en beretning angående teknisk rådgivning ved bygge- anlægsarbejde, som kritiserede de hidtil anvendte honorarformer. Deres anbefaling var, at ensartede honoreringsformer vedr. rådgivningsbistand ved offentlige bygge- og anlægsarbejder skulle anvendes. På baggrund af denne kritik besluttede Boligministeriet, at arbejdsudvalget skulle udarbejde nye regler for teknisk rådgivning og bistand samt honorering. Dette førte til et sæt teknikerregler, som blev kaldt for almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand (ABR 75) samt en række specialnormer. Specialnormerne indeholdt principper for beregning af honorar samt en beskrivelse af de enkelte områder i rådgiverens ydelser. Disse teknikerregler blev revideret i 1989, grundet et ønske om ophævelse af specialnormerne. Året efter blev specialnormerne ophævet, hvorefter ABR 89 trådte i kraft. En af de væsentlige ændringer fra ABR 75 til ABR 89, ud over ophævelsen af specialnormerne, var indsættelsen af en beløbsmæssig begrænsning af ansvaret for tilsyn og eftersyn af bygninger.¹⁸ Dette regelsæt, ABR 89, har været benyttet indtil 1. januar 2019 hvor den seneste revidering af ABR-systemet blev implementeret. Således findes de nuværende standardvilkår i ABR 18. Der findes tilsvarende regelsæt for aftaleforholdet mellem entreprenøren og bygherren i form af Almindelige betingelser for byggeri og leverancer, samt Almindelige betingelser for totalentreprise.

¹⁶ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 230-231.

¹⁷ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 51.

¹⁸ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 13-15.

Da der er tale om standardvilkår og ikke lovgivning, skal ABR være vedtaget mellem parterne, før de finder direkte anvendelse. I vidt omfang er bestemmelserne i ABR dog udtryk for obligationsretlige principper og finder således anvendelse, uanset om ABR er vedtaget. En række af reglerne, herunder reglerne om den 5-årige ansvarsperiode, ansvarsbegrænsninger og voldgift, er dog fravigelser til den almindelige obligationsret, og finder kun anvendelse, når ABR er vedtaget mellem parterne¹⁹.

Der stilles ikke strenge krav til, hvornår ABR er vedtaget, især hvis begge parter er sagkyndige inden for bygge- og anlægsbranchen, hvorfor en henvisning til regelsættet er typisk tilstrækkeligt til at anse det for vedtaget²⁰. ABR vedtages i meget vidt omfang, og både Foreningen af Rådgivende Ingeniører og Danske Arkitektvirksomheder opfordrer deres medlemmer til at anvende ABR.²¹ Dermed må det antages, at ABR er en af de væsentligste kilder på området i forhold til at udlede gældende ret.²²

2.1.2 Ydelsesbeskrivelser og branchesædvaner

En anden kilde, der især finder anvendelse ved fastlæggelsen af rådgiverens ydelse, er de ydelsesbeskrivelser, der udarbejdes af Foreningen af Rådgivende Ingeniører og Danske Arkitektvirksomheder. Den vigtigste ydelsesbeskrivelse er Ydelsesbeskrivelsen for Byggeri og Landskab 2018, som senest blev revideret i forbindelse med implementeringen af de nye standardvilkår i AB, ABT og ABR. Ydelsesbeskrivelsen er en beskrivelse af de ydelser og roller, som rådgiveren sædvanligvis påtager sig. Ydelsesbeskrivelsen indtager en central rolle i forbindelse med rådgiverens ansvar, da rådgiveren som udgangspunkt er uden ansvar for forhold, som falder uden for ydelsesbeskrivelsen.²³

Ud over ydelsesbeskrivelserne kan sædvaner og kutyper i branchen have betydning. Hvis det f.eks. er sædvanligt at entreprenøren, og ikke rådgiveren, står for en del af projekteringen, kan det få betydning for hvem, der er ansvarlige for evt. fejl og mangler ved ydelsen²⁴.

¹⁹ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 230.

²⁰ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 230.

²¹ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 19.

²² jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 51. (Her omtales AB 92 som den vigtigste kilde på det entrepriseretlige område. I forhold til rådgiverens ansvar må ABR sidestilles hermed).

²³ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 200.

²⁴ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 52.

2.2 Rådgiverens ydelse

Inden udførelsen af et byggeri ligger der et stort forarbejde, og det er her, den tekniske rådgivers hovedydelse typisk udføres. Inden en bygning opføres, bliver den typisk designet og tegnet af en arkitekt, og bygningen bliver beregnet og dimensioneret af en ingeniør. Der er tale om en tjenesteydelse i form af den rådgivning som ydes. Rådgivningsaftalen anses ikke som en resultatkontrakt, hvorfor rådgiveren ikke har ansvaret for, om arbejdet fører til et endeligt resultat i form af en bygning eller lignende.²⁵

Der er dog store forskelle på bygnings- og anlægsarbejder, og dermed også på den projektering der ligger bag. I sagens natur vil der altså være stor forskel på den ydelse, som den tekniske rådgiver skal levere over for bygherren.

Ved ansvarsbedømmelsen har det dog stor betydning af fastlægge rådgiverens konkrete ydelse, da rådgiverens naturligvis ikke kan ifalde ansvar i forbindelse med en ydelse, han ikke skulle præstere. Dette illustreres bl.a. i voldgiftskendelsen T:BB 2004.189 VBA:

I sagen havde et arkitektfirma påtaget sig at udføre arkitektarbejdet i forbindelse med opførelsen af en række andelsboliger og erhvervslokaler. Det viste sig efter byggeriets afslutning, at vinduespartierne ikke levede op til bygningsreglementets krav til lydisolering, hvilket bygherren mente, skyldtes en mangel ved rådgiverens ydelse. Bygherren fik dog ikke medhold i sit krav mod rådgiveren, da gennemførelse af lydmålinger og akustiske beregninger ikke er en arkitektfaglig ydelse. Det fremgik desuden ikke af aftalegrundlaget, at arkitektfirmaet skulle udføre sådanne ydelser. Voldgiftsretten fandt på denne baggrund, at det faldt uden for en arkitekts sædvanlige ydelse, at påse overholdelsen af de lydmæssige forhold. Rådgiveren kunne derfor ikke være ansvarlig for ydelsen.

2.2.1 Rådgivningsaftalen

Det primære grundlag for fastlæggelsen af den tekniske rådgivers ydelse er rådgivningsaftalen. Udgangspunktet er, at rådgiveren alene skal præstere den aftalte

²⁵ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 45.

rådgivningsydelse²⁶. Dette følger af den herskende aftalefrihed, hvor parterne frit kan aftale, hvad der skal gælde i forholdet mellem disse. Desuden følger dette direkte i ABR 18 § 4, som bestemmer, at der i aftalen skal tages stilling til rådgivningens omfang og de ydelser, som rådgiverens skal levere. Derudover følger det af reglen i ABR 18 § 4, stk. 6, om modstrid mellem aftaledokumenter, at hvis der er tvivl om rådgiverens ydelse, er dokumenterne i aftalen rangeret således, at selve aftalen er det øverste dokument i rangordenen.

Selvom rådgiveren som udgangspunkt kun er forpligtet til at præstere de ydelser, som er omfattet af aftalen, kan rådgiveren dog ikke undlade at udføre ydelser, alene med henvisning til, at ydelsen ikke udtrykkeligt var nævnt i aftalen. Er en ydelse sædvanligvis en del af en given opgave, eller en nødvendighed for opgavens udførelse, er rådgiveren forpligtet til at levere ydelsen.²⁷

2.2.2 Udbud og tilbud

Hvis aftalen indgås på baggrund af et udbud, kan dette materiale også anvendes ved fastlæggelsen af rådgiverens ydelse, såfremt selve aftalen er uklar. Udbuddet er bygherrens opfordring til at afgive tilbud. Ifølge ABR 18 skal bygherren oplyse om alle de forhold, der skal være gældende for rådgivningsaftalen, og rådgiveren skal tage stilling til disse forhold i sit tilbud²⁸. I udbudsmaterialet skal der være klarhed omkring, hvilke ydelser rådgivningsopgaven indeholder, og det er bygherrens ansvar, at dette er tilfældet. Hvis der ikke har været klarhed i udbudsmaterialet, og der derfor senere opstår uklarhed om omfanget af rådgiverens ydelse kan dette komme bygherren til skade.

Rådgiverens tilbud kan ligeledes anvendes som fortolkningsbidrag, hvor aftalen ikke er tilstrækkelig klar omkring ydelsen. Det fremgår af ABR 18 § 6, stk. 2, at forbehold eller fravigelser fra udbudsbetingelserne skal fremgå klart i rådgiverens tilbud, hvorfor manglende iagttagelse af kravet kan forventes at komme rådgiveren til skade.

²⁶ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 197-198.

²⁷ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 197.

²⁸ jf. Betænkning nr. 1570, *Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed*, 2018, s. 236.

2.2.3 ABR og ydelsesbeskrivelserne

Udover selve aftalen og udbudsmaterialet har ydelsesbeskrivelserne og ABR betydning for fastlæggelsen af rådgiverens ydelse.

ABR 18 fastlægger i § 14, at rådgiveren skal udføre hele projekteringen, medmindre andet er aftalt, eller det er sædvanligt, samt at rådgiveren skal foretage kvalitetssikring i form af granskning af sit projekt. Det er altså udgangspunktet, at rådgiverens ydelse omfatter hele projekteringsydelsen. Endvidere indeholder ABR 18 en række bestemmelser om pligter, som rådgiveren skal udføre i forbindelse med sin ydelse.

Ydelsesbeskrivelserne har en central rolle i fastlæggelsen af rådgiverens ydelse og fortolkningen af aftalen. Ifølge bemærkningerne til ABR 18 tager aftalen om rådgiverens ydelse udgangspunkt i ydelsesbeskrivelserne, hvorfor disse kan finde anvendelse, som fortolkningsbidrag til at fastlægge ydelsen. Aftalens beskrivelse af ydelsen har stadig forrang i forhold til ydelsesbeskrivelserne. I de tilfælde hvor selve aftalen ikke direkte tager stilling til spørgsmålet, eller hvor aftalen er uklar angående omfanget af ydelsen, indtager beskrivelserne dog en central rolle. Dette er en videreføring af den ordning, som har været gældende under ABR 89, hvorfor tidligere retspraksis angående inddragelsen af ydelsesbeskrivelserne fortsat er relevant.²⁹

2.2.4 Fortolkningsprincipper

Til fortolkning af de forskellige dokumenter, der anvendes til at fastlægge rådgiverens ydelse, finder de almindelige fortolkningsprincipper anvendelse; herunder hvad parterne må antages at ville have aftalt, at specielle bestemmelser går forud for generelle bestemmelser, at særskilt udarbejdede bestemmelser går forud for standard bestemmelser, samt at nyere dokumenter og bestemmelser går forud for ældre. Fortolkningen vil dog altid være en samlet vurdering, hvor alle de konkrete omstændigheder må inddrages.³⁰

²⁹ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 229.

³⁰ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 240.

Bestemmelser i aftalegrundlaget vil desuden som udgangspunkt fortolkes i overensstemmelse med ABR, således at fravigelser i almindelighed kun anerkendes, hvis fravigelsen er klart og udtrykkeligt vedtaget i det konkrete aftaleforhold.³¹

2.3 Mangler i rådgiverens ydelse

Hvis den tekniske rådgiver skal ifalde et ansvar for den leverende projekteringsydelse, må der for det første foreligge en mangel ved den præsterede ydelse. Der kan selvsagt ikke blive tale om et erstatningsansvar, hvis der er sket korrekt opfyldelse af aftalen mellem den tekniske rådgiver og bygherren.

2.3.1 Det obligationsretlige mangelsbegreb

Ifølge det obligationsretlige mangelsbegreb lider en ydelse af en mangel, hvis ydelsen ikke efter samtlige omstændigheder lever op til, hvad der kan forventes af denne. Der foreligger således en mangel, hvis ydelsen er behæftet med faktiske mangler eller retlige begrænsninger, der begrænser kreditor i at udnytte ydelsen. Dette kan også beskrives som, at ydelsen skal være kontraktmæssig. Således skal ydelsen leve op til en konkret mangelbedømmelse, hvorefter ydelsen skal have de egenskaber, som følger af den individuelle aftale og de konkrete omstændigheder ved den pågældende transaktion. Ydermere skal ydelsen leve op til det abstrakte mangelsbegreb, hvorefter ydelsen skal opfylde de krav, der gælder af den almindelige retsopfattelse, herunder udfyldende deklatorisk og præceptiv ret.³²

2.3.2 Mangelsbegrebet i ABR 18

I ABR 18 er der indsat nye regler i § 42, sammenholdt med § 9, stk. 1, der foreskriver, hvornår der foreligger en mangel ved den præsterede ydelse. Der er dog ikke tale om en praksisændring fra det tidligere regelsæt, idet kravene til ydelsen, som mangelsbegrebet i ABR 18 foreskriver, er identiske med tidligere praksis.³³ Der er i stedet tale om en præcisering af de gældende regler, således at der skabes større klarhed om rådgiverens rolle, samt et ønske om at skabe bedre sammenhæng mellem reglerne i ABR og AB, hvor der findes en tilsvarende bestemmelse. Der er således ikke tale om en ændring af de hidtil gældende principper om

³¹ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 230.

³² jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i obligationsret I, s. 53.

³³ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 806.

mangelsbedømmelsen, hvorfor tidligere praksis på området stadig vil være relevant, at anvende til fastlæggelsen af gældende ret.

Det følger af § 42, at der foreligger en mangel ved ydelsen, hvis den ikke er udført i overensstemmelse med § 9 stk. 1. Heri fastslås det, at opgaven skal udføres i overensstemmelse med aftalen, god rådgivningsskik og bygherrens anvisninger.

Som det også er omtalt i afsnit 2.2, vil den aftalte ydelse og indholdet af denne sædvanligvis være fastlagt i aftalen mellem bygherren og den tekniske rådgiver. Det følger da netop også af § 9, at opgaven skal udføres i overensstemmelse hermed, ligesom rådgiveren ifølge § 9, er forpligtet til at følge bygherrens anvisninger efter § 17. Der er altså her tale om et konkret mangelsbegreb, hvor vurdering af, om der foreligger en mangel, sker ved at sammenholde det udførte arbejde med det konkrete aftalegrundlag og bygherrens konkrete anvisninger.

Den nærmere udførelsesmetode, materialevalg osv. vil dog ikke altid være fastlagt i aftalegrundlaget, hvorfor det følger af § 9, stk. 1., at udførelsen af opgaven også skal følge god projekteringsskik. Der er her tale om et abstrakt mangelsbegreb, og rådgiveren har således ikke fuldstændig metodefrihed, selvom aftalen er tavs på et givent område. Ved god projekteringsskik forstås de gældende normer for god rådgivning inden for det pågældende fagområde. God projekteringsskik omfatter, at rådgiveren følger de almindelige tekniske normer, sædvaner og kutymmer, der gælder. Der er tale om en retsstandard, som kan udledes af alment teknisk fælleseje, hvilket omfatter summen af praktiske erfaringer, faglitteratur, undersøgelsesteknikker og rutiner på de enkelte tekniske områder. Alment teknisk fælleseje udgør dermed positiv, anerkendt viden baseret på forudgående erfaringer om en udførelsesmetode eller et materialevalg. Da der er tale om en retsstandard, kan denne udvikle sig over tid, og dermed må et konkret tilfælde vurderes ud fra den viden, der forelå på tidspunktet, hvor opgaven blev udført. Dermed skal rådgiverens ydelse være i overensstemmelse med projekteringstidens viden. Dette indebærer, at rådgiveren som udgangspunkt ikke ifalder ansvar for fejl, der senere viser sig, hvis arbejdet er udført på en måde, som var anset for forsvarligt og sædvanligt på tidspunktet for projekteringen. God projekteringsskik omfatter også, at projektet er i overensstemmelse med lovgivningen og andre offentlige forskrifter.

Er der modstrid mellem det konkrete og det abstrakte mangelsbegreb, vil det konkrete aftalegrundlag som udgangspunkt have forrang for god projekteringskik. Der er tale om en konkret vurdering, hvor der som regel vil skulle ske udførelse som aftalt. Dog kan der foreligge modstrid mellem så væsentlige forhold, at rådgiveren kan afvise af udføre opgaven som aftalt. Er der modstrid mellem god projekteringskik, kan rådgiveren dog være forpligtet til at oplyse bygherren herom, hvis aftalegrundlaget kan være grundlag for betydelige u hensigtsmæssige konsekvenser. Dette følger af den almindelige loyalitetspligt, som også findes i ABR 18 § 32, hvorefter parterne i aftalen skal samarbejde loyalt for at undgå fejl, forsinkelser og fordyrelser. Rådgiveren bør altså sikre, at bygherren er opmærksom på de modstridende forhold. Såfremt bygherren ønsker at fastholde aftalen, vil det være hensigtsmæssigt for rådgiveren at sikre dokumentation for, at der er oplyst om forholdene og evt. tage forbehold for, at denne ikke er ansvarlig for den anførte løsning.³⁴

At der skal ske udførelse i overensstemmelse med aftalen gælder altså, uanset om aftalen indeholder ringere eller strengere krav, end hvad der ellers kan udledes at god projekteringskik. Der kan således ske korrekt opfyldelse af aftalen på trods af, at ydelsen ikke lever op til, hvad der følger af god projekteringskik. Dette gælder f.eks. hvis aftalen foreskriver en metode, et materialevalg osv., som strider herimod. Omvendt kan levering af en ydelse, der lever op til kravene for god projekteringskik, blive anset for mangelfuld, hvis aftalegrundlaget stiller andre krav til ydelsen.

Tidspunktet for mangelsbedømmelsen sker som udgangspunkt ved færdigmeldingen af rådgiverens arbejde, som nu ifølge ABR 18 § 11 sker særskilt efter hvert endt fase i byggeriet. Inden færdigmeldingen skal rådgiveren desuden, ifølge § 11, stk. 2, som led i sin ydelse, udføre en granskning af sit projekt som del af rådgiverens kvalitetssikring. Færdigmeldingen skal skriftligt meddeles bygherren, og resultatet af granskningen skal vedlægges den skriftlige meddelelse. Bygherren skal efter at have modtaget den skriftlige færdigmelding ifølge § 11, stk. 6, snarest muligt efter færdigmeldingen skriftligt meddele rådgiveren, om han er enig i, at fasen kan anses for leveret. Bygherren skal desuden angive og begrunde mangler, der måtte være i rådgiverens arbejde. En godkendelse af bygherren er dog ikke ensbetydende med, at

³⁴ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 253-254.

rådgiveren ikke har ansvaret for mangler, der skyldes sit arbejde, som først måtte vise sig senere. Ansvar for fejl og mangler, som skyldes projekteringen, ligger stadig hos rådgiveren, men en godkendelse kan have betydning for ansvarsbedømmelsen.³⁵

3. Betingelser for et erstatningsansvar

Det følger af ABR 18 § 49, stk. 1, at rådgiveren er ansvarlig for fejl og forsømmelser ved opgaven efter dansk rets almindelige regler, dog med de begrænsninger som følger af § 50. Heri fastsættes forskellige begrænsninger i et evt. erstatningsansvar. Reglen er identisk med den tidligere regel i ABR 89 6.2.1 bortset fra tilføjelsen omkring begrænsninger i § 50. Dermed er tidligere praksis angående bedømmelsen af rådgiverens erstatningsansvar, fortsat anvendelig til fastlæggelse af gældende ret.

Som følge af § 49's henvisning til dansk rets almindelige regler angående erstatning, skal der foreligge et ansvarsgrundlag for at rådgiveren kan ifalde et erstatningsansvar. Derudover skal bygherren have lidt et tab, og der skal være årsagsforbindelse mellem rådgiverens ansvarspådragende handling og bygherrens tab. Der skal desuden være adækvans mellem fejlen og tabet, ligesom der ikke må foreligge erstatningsfortabende egen skyld fra bygherrens side.³⁶

I § 49 stk. 2 er der dog som en nyskabelse indført en bestemmelse om konventionalbod ved projekteringsmangler. Bestemmelsen er en fravigelse af de almindelige erstatningsbetingelser. Bygherren skal efter bestemmelsen alene bevise, at rådgiveren har glemte en ydelse i projektet, men han skal ikke bevise, at han har lidt et tab.³⁷

3.1 Bevisbyrden for ansvarsbetingelserne

Udgangspunktet angående bevisbyrden ved erstatningskrav mod den tekniske rådgiver er, at der gælder en ligefrem bevisbyrde. Dette medfører, at det er bygherren, der skal føre bevis for tilstedeværelsen af ansvarsbetingelserne, ligesom han også må føre bevis for, at det

³⁵ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 259.

³⁶ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 794.

³⁷ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 322.

misligholdte forhold var en del af rådgiverens ydelse.³⁸ I overensstemmelse med dette udgangspunkt skal bygherren altså bevise og dokumentere, at den tekniske rådgiver er erstatningsansvarlig. I tilfælde af en mangelfuld bevisførelse vil dette komme bygherren til skade.³⁹

Det kan dog i visse tilfælde være vanskeligt for den skadelidte at føre bevis i henhold til den ligefremme bevisbyrde. Torsten Iversen anfører blandt andet i forbindelse med bevisbyrden for tabet, at *"Der er ingen tvivl om, at det i mange tilfælde er umuligt at beregne erstatningen med blot nogenlunde sikkerhed, og at det derfor er nødvendigt at fastsætte erstatningsbeløbet ved et mere eller mindre sikkert skøn"*.⁴⁰ Problemet i forbindelse med bevisbyrden er anerkendt i praksis, hvilket har medført, at udgangspunktet om den ligefremme bevisbyrde under visse forudsætninger modificeres. Således kan kravene til bevisførelsen lempes, eller endda helt omvendes, således at skadevolder skal bevise fraværet af ansvarsbetingelserne.

Lars Bo Langsted konkluderer fra en gennemgang af retspraksis angående krav i forbindelse med mangelfuld rådgivning, at den ligefremme bevisbyrde er det altovervejende udgangspunkt angående beviset for rådgiverens culpøse adfærd. Dog kan konkrete omstændigheder bevirke, at der kan ske omvendt bevisbyrde, således at rådgiveren skal bære bevisbyrden.⁴¹ Derimod finder han, at rådgiveransvarsområdet er et af de områder, hvor bevisbyrden vedrørende de øvrige erstatningsbetingelser i en del afgørelser vendes, eller kravene hertil lempes betragteligt, hvis en culpøs adfærd hos rådgiveren er bevist.⁴²

3.1.1 Lempelse af bevisbyrden

Lempes bevisbyrden, slækkes der på kravene til styrken af de beviser, der kræves, for at et erstatningsansvar kan gøres gældende. En lempelse af bevisbyrden i forhold til tabsbetingelsen medfører f.eks., at bygherren alene skal godtgøre, sandsynliggøre eller antageliggøre, at der foreligger et tab⁴³. Er det godtgjort, at der foreligger et tab, kan det

³⁸ jf. Langsted, Lars Bo, Rådgivning I – Det professionelle erstatningsansvar, 1. udgave, Forlaget Thomson A/S, s. 439.

³⁹ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, Forlaget Thomson A/S, 2000, s. 166.

⁴⁰ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 169.

⁴¹ jf. Langsted, Lars Bo, Rådgivning I – Det professionelle erstatningsansvar, s. 450-51.

⁴² jf. Langsted, Lars Bo, Rådgivning I – Det professionelle erstatningsansvar, s. 454.

⁴³ jf. Falk, Nicolaus, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, T:BB 2017.321, s. 2.

ligeledes komme på tale, at der stilles mindre krav til beviset for selve størrelsen af tabet, således at dette udmåles skønsmæssigt.⁴⁴

En lempelse af bevisbyrden kan ifølge teorien og praksis komme på tale i flere tilfælde. For det første kan kravet til bevisets styrke lempes, hvis det er vanskeligt for skadelidte at føre beviset.⁴⁵

Lempelse af bevisbyrden ses for det andet i tilfælde, hvor omkostningerne ved at skaffe beviset er urimeligt høje. Dette kom blandt andet til udtryk i kendelsen KFE 1977.34 VBA, hvor et afslag for revnedannelser i de af entreprenøren nedlagte kloakledninger blev udmålt skønsmæssigt. Dette skete under henvisning til, at det præcise omfang af revnedannelserne kun kunne konstateres ved en udgravning, som i forhold til skaden var urimelig kostbar.

Den af skadevolders udviste adfærd i forbindelse med skaden kan også have betydning for, om bevisbyrden lempes. Således vil en lempelse kunne forekomme i tilfælde af et forsætligt eller groft uagtsomt forhold, eller hvis der er udvist en anstødelig adfærd fra skadevolders side. Dette gælder f.eks. ved kravene til beviset for, om der er lidt et tab, samt beviset for tabets størrelse.⁴⁶ I U 2017.753 V, blev kravene til bevisførelsen angående størrelsen af tabet lempet, således at det blev udmålt skønsmæssigt. Begrundelsen fandtes i beskaffenheden af den udvist fejl, hvortil voldgiftsretten udtalte *"under hensyn til grovheden af fejlen finder landsretten imidlertid, at der kan foretages en lempelse af beviskravene med hensyn til tabets størrelse."*⁴⁷

Hvorledes skadevolders forholder sig til bevisførelsen, kan også have betydning for kravene til bevisets styrke. I U 1994.656 V blev kravet til beviset for tabet lempet. Begrundelsen herfor var, at skadevolder, som var sælger af en ejendom, havde anerkendt et aftalebrud, samt anerkendt muligheden for at ejendommen efterfølgende kunne sælges videre til gunstigere forhold.

⁴⁴ jf. Iversen, Torsten, *Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019, s. 293.

⁴⁵ jf. Iversen, Torsten, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*, s. 167. Se ligeledes Gomard, Bernhard, *Moderne erstatningsret*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2002, s. 95.

⁴⁶ jf. Iversen, Torsten, *Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret*, s. 293-294. Se ligeledes Iversen, Torsten, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*, s. 173.

⁴⁷ jf. U 2017.753 V, s. 6.

Yderligere argumenter Torsten Iversen for, at skadevolders generelle indvendinger i forhold til bevisførelsen af tabet, der ikke påpeger bestemte fejl i tabsopgørelsen, ikke bør have betydning. Derimod må mere konkrete indvendinger om fejl og uklarheder medføre, at skadelidte må føre modbevis herfor. Således kan bevisbyrden veksle mellem skadelidte og skadevolder.⁴⁸

3.1.2 Omvendelse af bevisbyrden

Den omvendte bevisbyrde, som også kendes under betegnelsen præsumptionsansvar, findes i visse tilfælde som en lovfæstet bevisregel.⁴⁹ Udover de lovbestemte regler kan bevisbyrden også omvendes i visse konkrete tilfælde.

Omvendelse kan således komme på tale, hvor vanskelighederne ved at føre bevis kan henføres til skadevolders forhold. Et sådant tilfælde kan forekomme, hvor skaden rammer en genstand, som er i skadevolders varetægt.⁵⁰ Dette ses typisk ved transportvirksomhed, hvor genstande overdrages til transportvirksomheden. Dette ses f.eks. i FED 2003.2138 Ø, hvor et flyttefirma havde opbevaret noget gods for skadelidte. Flyttefirmaet blev pålagt at bevise, at skaden *ikke* var sket, mens godset var i deres varetægt.

Ligeledes kan bevisbyrden omvendes, hvis det er skadevolders handlinger, som direkte har medført, at skadelidte ikke har mulighed for at føre bevis for sit tab.⁵¹

Desuden kan der ske omlæggelse af bevisbyrden, hvis skadevolders adfærd konkret taler for dette. Et eksempel herpå er hvis rådgiveren har udvist en adfærd, som han senere hævder ikke skal lægges til grund.⁵² I FED 1995.623 V havde en advokat på vegne af køberne i en hushandel afsendt en hæveskrivelse. Han gjorde gældende, at han havde informeret klienterne om, at der ikke forelå sådanne mangler, at en hævelse var berettiget, og at han havde informeret om konsekvenserne ved en uberettiget hævelse. Bevisbyrden for dette blev pålagt advokaten.

⁴⁸ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 167-68.

⁴⁹ jf. blandt andet KBL § 23 om bevisbyrden ved forsinkelse af species genstande.

⁵⁰ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 177.

⁵¹ jf. Langsted, Lars Bo, Rådgivning I – Det professionelle erstatningsansvar, s. 452.

⁵² jf. Langsted, Lars Bo, Rådgivning I – Det professionelle erstatningsansvar, s. 439.

3.1.3 Bevismidler

I den civile retspleje står det parterne frit for, hvilke bevismidler de vil anvende til at fremme deres sag. Det er herefter retten, som ifølge RPL § 344, stk. 1, afgør, hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund. I sager ved voldgiftsretten for Bygge og Anlæg gælder retsplejeloven ikke, men i stedet Voldgiftsnævnets procesregler. Heri følger dog også et princip om fri bevisførelse, da det angives, at hver part skal have fuld lejlighed til at fremføre sin sag.⁵³

Det er klart, at ikke alle bevismidler er lige egnede til at dokumentere en konkret påstand eller faktum. Det er vanskeligt at opstille generelle regler for hvilke beviser, der skal til for at løfte bevisbyrden, og dette må i stedet vurderes i de enkelte tilfælde.⁵⁴ Det må dog antages at i sager, hvor det gøres gældende, at en ydelse er mangelfuld, er syn og skøn ofte det bedste, og til tider det eneste bevismiddel.⁵⁵

I flere kendelser i voldgiftsretten er der sket frikendelse som følge af manglende bevisførelse i form af syn og skøn. I KFE 2003.46 VBA havde bygherren til støtte for sine anbringender om en arkitekts projektansvar ikke iværksat syn og skøn, men i stedet fremført erklæringer fra entreprenøren. Dette var ikke tilstrækkeligt og kunne ikke erstatte en bevisførelse i form af syn og skøn. Arkitekten blev således frifundet for projektansvar.

I en nyere kendelse i T:BB 2016.557 VBA, antog bygherren rådgiveren til at projektere et byggeri bestående af 33 boliger. Rådgiverne foretog en projektændring, hvor der skulle anvendes et alternativt isoleringsmateriale, hvilket gjorde, at boligerne blev mindre. I alt blev de samlede etagearealer ca. 138 m² mindre end opgjort i det tidligere skitseprojekt. Ved ikke at informere Bygherre om ændringen fandtes rådgiveren at have begået en ansvarspådragende fejl. Da der ikke var afholdt syn og skøn angående de økonomiske konsekvenser af ændringen, udtalte voldgiftsretten dog angående tabet, at *"Uanset at voldgiftsretten på ingen måde kan udelukke, at bruttoarealets størrelse indgår som en faktor i forbindelse med fastlæggelsen af ejendommens værdi, er det efter en samlet vurdering af beviserne i sagen ikke godtgjort, at BH har lidt et tab ved den skete ændring*

⁵³ jf. Voldgiftsnævnet for bygge- & anlægsvirksomhed, Regler for Voldgift 2018, § 7.

⁵⁴ jf. Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov m.fl., Den civile retspleje, Universitetsforlaget Pejus, 2017, s. 510.

⁵⁵ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 864.

af projektet. Det kan således i mangel af sagkyndige udtalelser herom ikke lægges til grund, at ejendommens værdi udelukkende fremkommer som en lineær funktionsberegning af bruttoarealet, således som BH har gjort gældende.”⁵⁶

Ligeledes udtaler voldgiftsretten gentagne gange i utrykt kendelse af den 8. januar 2016 i sag nr. C-12982, at de erstatningsretlige ansvarsbetingelser ikke var godtgjort uden syn og skøn.⁵⁷

3.2 Ansvarsgrundlag

Som det fremgår i kapitel 2, skal der være en mangel ved den ydelse, som rådgiveren ifølge aftalen skal præstere over for bygherren, hvis rådgiveren skal ifalde et ansvar. En mangelfuld opfyldelse af rådgiveraftale vil ofte medføre, at man ifalder et ansvar, dog ikke altid. For at der kan pålægges rådgiveren et ansvar, må der tillige foreligge et ansvarsgrundlag.⁵⁸

3.2.1 Culpa og professionsansvar

ABR 18's henvisning til dansk rets almindelige erstatningsregler medfører, at ansvarsgrundlaget i forbindelse med et rådgivningsansvar, skal vurderes efter culpapreglen.⁵⁹ Culpapreglen indebærer, at man ifalder et erstatningsansvar, hvis man ved sine handlinger eller undladelser har optrådt forsætligt eller uagtsomt.⁶⁰

Ved vurderingen af, om den tekniske rådgiver har handlet culpøst, skal det bedømmes, om dennes handlinger lever op til, hvad bygherren på tidspunktet for handlingen kan forvente og kræve af en teknisk rådgiver.⁶¹ Der er altså tale om et professionsansvar, hvor bedømmelsen indeholder en sammenligning af skadevolderens konkrete handlinger eller undladelser med, hvordan en forsvarlig rådgiver inden for samme fag ville have handlet.

Professionsansvar er en betegnelse for det ansvar, en udøver af et bestemt erhverv ("profession") er underlagt. Traditionelt anvendes begrebet professionsansvar hovedsageligt om ansvar for aktører, der skal levere en tjenesteydelse af intellektuel karakter (rådgivning mv.), hvor opgaven udføres mangelfuldt. Fælles for disse aktører er, at de besidder en særlig

⁵⁶ jf. T:BB 2016.557, s. 2.

⁵⁷ jf. Bilag 1, s. 13.

⁵⁸ jf. Iversen, Torsten, Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, s. 206.

⁵⁹ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 85.

⁶⁰ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 88.

⁶¹ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018, s. 321.

viden på deres fagområde, som kan danne grundlag for den ydelse eller det udførte arbejde, som de skal præstere.⁶² Ved culpavurderingen under et professionsansvar anvendes en særlig professionsmålestok, som er en form for differentieret culpamålestok. I stedet for at sammenligne en handling med hvordan en almindelig fornuftig person ville have handlet, må man sammenligne med, hvordan en fornuftig person med de fornødne kvalifikationer på området ville havde handlet.⁶³ Der bliver altså tale om en vurdering af, om handlingen er sædvanlig på det givne fagområde. Ved handling skal dog ikke nødvendigvis forstås en aktiv foretaget handling. Tit vil misligholdelse af en aftale, som medfører ansvar efter reglerne om ansvar i kontraktforhold, optræde som en undladelse.⁶⁴

Professionsansvaret betegnes ofte som et strengt eller et skærpet culpaansvar. Om en sådan betegnelse er korrekt er diskutabelt. Der er dog ikke tvivl om, at der i praksis stilles store krav til rådgiveres adfærd i culpavurderingen. Det forudsættes således, at en erhvervsudøver udviser særlig agtpågivenhed og har den fornødne indsigt i forhold til fagområdet. I nogle tilfælde har det pålagte ansvar nærmet sig et objektivi ansvar.⁶⁵

Professionsansvaret medfører for den tekniske rådgiver i byggesager, at han bedømmes ud fra den målestok, der gælder for det fagområde, som han opererer indenfor. Bedømmelsen vil ofte tage udgangspunkt i beskrivelsen af rådgiverens ydelse i aftalegrundlaget, ligesom ydelsesbeskrivelserne kan bruges til at fastlægge, om der er handlet forsvarligt ud fra en fagteknisk målestok. Vurderingen kan dog vanskeliggøres af den stadig større specialisering, der næppe muliggør opstillingen af en fast målestok for alle typer af opgaver. Inden for området af teknisk rådgivning vil den erstatningssøgende ofte anvende syn og skøn for at fastlægge, om de krav, der følger af professionen, er opfyldt. Endvidere kan den erstatningssøgende anvende udtalelser fra rådgiverens faglige sammenslutning som f.eks. Danske Arkitektvirksomheder eller Foreningen af Rådgivende Ingeniører.

⁶² jf. Ulfbeck, Vibe, Erstatningsretlige grænseområder, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010, s. 23.

⁶³ jf. Ulfbeck, Vibe, Erstatningsretlige grænseområder, s. 30-31.

⁶⁴ jf. Iversen, Torsten, Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, s. 206.

⁶⁵ jf. Langsted, Lars Bo, Rådgivning Bind I, - det professionelle erstatningsansvar, s. 171-172.

Rådgiveren vil blive bedømt ud fra målestokken for det konkrete stykke arbejde, der udføres. Dette kan f.eks. have betydning, hvis en arkitekt udfører ingeniørmæssige udregninger eller lignende. I dette tilfælde vil han som udgangspunkt ikke blive bedømt ud fra den målestok, der gælder for arkitekter, men ud fra hvordan en ingeniør ville have foretaget arbejdet. Dette udgangspunkt kan dog ikke ubetinget gennemføres, idet bygherrens viden om rådgiverens faglige begrænsninger har betydning.⁶⁶

Sammenfattende indebærer professionsansvaret at den tekniske rådgiver ansvarlig for handlinger eller undladelser, der ikke er løst med den agtpågivenhed og faglige dygtighed, som kan forlanges af en professionel teknisk rådgiver inden for fagområdet.

Bedømmelsen skal imidlertid angå den viden, som fandtes, da rådgiveren skulle præstere sin ydelse, hvilket behandles i afsnit 3.2.2.3.

3.2.2 Projekteringsfejl der kan danne grundlag for et ansvarsgrundlag

Som det fremgår, skal den tekniske rådgiver yde en indsats, der lever op til, hvad der kan forlanges af en professionel teknisk rådgiver. Betegnelsen giver dog ikke nogen fyldestgørende beskrivelse af rådgiverens pligter, og derfor følger en analyse af relevant praksis. Denne skal nærmere fastlægge, hvilke typer af projekteringsfejl der kan anses for culpøse efter professionsmålestokken, og dermed medfører et ansvarsgrundlag. Gennem analysen vil det forsøges udledt, hvilke forhold der taler for at pålægge et ansvar, og ligeledes vil det undersøges, hvilke der taler imod.

3.2.2.1 Forhold som er ansvarspådragende, og som taler for et ansvarsgrundlag

I AB 18 § 4 stilles der betydelige krav til projektets og udbudsmaterialets klarhed, som skal være entydigt og udformet, så der er klarhed over ydelsernes omfang og indhold. Det skal være formuleret logisk og let tilgængeligt, så det giver entreprenøren klare oplysninger som grundlag for deres beregning af tilbuddet. Da den projekterende tekniske rådgiver står for udarbejdelsen af en stor del af projektet, vil denne i vidt omfang kunne gøres

⁶⁶ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 795-796.

ansvarlig, hvis projektet ikke lever op til ovenstående krav.⁶⁷ Dette følger blandt andet af dommen i FED 2002.1125 Ø:

I sagen blev en arkitekt kendt erstatningsansvarlig for mangler ved en tagbelægning. I sagen var der i et byggeri brugt underdimensionerede klemmer til at sætte tagflader fast med. Der opstod derfor mangler ved taget, hvor 20-30 tagplader var blæst af. De anvendte klemmer var korrekte ifølge fabrikantens forskrifter, men det viste sig, at sømmene var underdimensionerede, hvorfor pladerne var blæst af. Syns- og skønsmændene udtalte i sagen, at den anvendte sømdimension ikke overholdte vindnormerne, og at sømmene ikke var kraftige nok. Derudover var der manglende klarhed omkring stormklemmerne, da der i projekt materialet ikke var en dimensionering af disse, ligesom leverandørens anvisninger heller ikke angav dimensioneringen. I dommen anførtes det, at den manglende klarhed angående de anvendte stormklemmer ikke var fagmæssigt korrekt, og dermed ansvarspådragende for rådgiveren.

Også i voldgiftskendelsen T:BB 2008.85 VBA, blev rådgiveren kendt ansvarlig blandt andet pga. af uklarheder i projekt materialet. Sagen omhandlede vandindtrængning i en kælder blandt andet pga. for ringe dræningskapacitet og for lav inddækningshøjde. Skønsmanden udtalte, at projektet var karakteriseret ved en uklar og utilstrækkelig detaljering, således at projektet ikke var i overensstemmelse med god projekteringskik.

Ligeledes blev rådgiveren fundet erstatningsansvarlig for manglende oplysninger i projekt materialet i T:BB 2009.590 VBA, da der på projekttegningerne ved en større stålkonstruktion ikke var angivet pilhøjder.

Yderligere genfindes synspunktet om, at rådgiverens er ansvarlig for projekt materialets klarhed i en nyere voldgiftskendelse, T:BB 2016.838 VBA. Her var der opstået utætheder ved et vinduesparti, da det fremlagte projekt ikke havde tilstrækkelige detaljer angående udførelsesmetoden ved tætningen af vinduet.

⁶⁷ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 806.

Rådgiveren er desuden ansvarlig for fejlagtige oplysninger i projekt materialet, f.eks. på tegninger, beskrivelser osv. Dette følger blandt andet af voldgiftskendelsen i T:BB 2000.86 VBA:

Rådgiveren skulle i sagen udarbejde projekt materialet angående et tunnelprojekt. Fejlagtigt var tunnelens højre side angivet som den nordlige, mens venstre side var angivet som den sydlige. I virkeligheden var det omvendte tilfældet. Da jordtrykket var forskelligt i de to tunneler, blev vægelementerne placeret fejlagtigt, således at elementerne i den ene tunnel havde utilstrækkelig armering. Dermed måtte der foretages en udbedring af manglen i tunnelen med de underarmede elementer. Voldgiftsretten fandt, at det utvivlsomt måtte være udgangspunktet, at bygherrens projektansvarlige hæfter for tab, der er en følge af fejlagtige oplysninger i projekt materialet. Entreprenøren kan kun blive (med)ansvarlig i det omfang, projektfejlen er så åbenbar og indlysende, at entreprenøren burde have set fejlen og gjort indsigelser, hvilket ikke var tilfældet i den konkrete sag.

Af dommen i FED 2002.1125 Ø kan det desuden udledes, at rådgiveren har et selvstændigt ansvar for at sikre forsvarligheden af det arbejde, som tilrettelægges. Dette gælder uanset, at projekteringen sker i overensstemmelse med en fabrikants eller leverandørs anvisninger. I dommen udtalte Landsretten således *"at appellanten, der ikke har udøvet nogen selvstændig vurdering af forsvarligheden af det tagarbejde, han havde tilrettelagt, ikke har udvist den omhu og påpasselighed, der må forlanges af en arkitekt i forbindelse med projekteringen"*.⁶⁸

Det er desuden rådgiverens ansvar at sikre, at myndighedskrav er opfyldt, samt at alle relevante offentlige forskrifter til bygningerne overholdes.⁶⁹ Dette ses bl.a. i dommen i U 2010.213 H:

Et rådgivende ingeniørfirma blev i dommen kendt erstatningsansvarlig for ikke at beregne det nødvendige luftskifte i en gokart-hal. I sagen havde den rådgivende ingeniør skullet yde rådgivning i forbindelse med opførslen af et halanlæg med bl.a. en gokart bane. Manglen ved byggeriet omhandlede ventilationsanlægget, der ikke havde tilstrækkelig kapacitet til at fjerne kulilte i hallen. I sagen havde Arbejdstilsynet tilkendegivet, at det

⁶⁸ jf. FED 2002.1125 Ø, s. 4.

⁶⁹ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 200.

installerede ventilationsanlæg skulle fjerne den dannede luftforurening på udviklingsstedet, således at regler for arbejdsmiljø blev overholdt. Der blev desuden udstedt byggetilladelse fra kommunen på betingelse af, at vilkårene fra beredskabsafdelingen og arbejdstilsynet blev overholdt. Efter ibrugtagning af hallen, viste der sig at være problemer med CO-koncentrationen, og luftskiftet/udluftningen var altså ikke tilstrækkelig ved drift. Højesteret fandt, at den rådgivende ingeniør havde begået projekteringsfejl ved ikke at beregne det nødvendige luftskifte, hvorfor myndighedskravene ikke kunne overholdes.

Af ovenstående dom i U 2010.213 H, samt kendelsen i T:BB 2008.398 VBA, kan det yderligere udledes, at rådgiveren har et ansvar for at sikre, at bygningen kan anvendes til den påtænkte funktion. Dette må i hvert fald gælde i tilfælde, hvor rådgiveren er gjort bekendt med den påtænkte udnyttelse af bygningen, eller hvor rådgiveren burde være bekendt med denne.

I T:BB 2008.398 VBA blev rådgiveren kendt erstatningsansvarlig for fejldimensioneringen af et ventilationsanlæg i en restaurant. I kendelsen blev der udtalt, at manglerne i køkken og opvask var af en sådan karakter, at disse rum ikke var funktionsdygtige arbejdspladser. Bygningen kunne derfor ikke anvendes som påtænkt.

Dette synspunkt finder desuden støtte i ABR 18 og ydelsesbeskrivelserne. Ifølge disse skal rådgiveren udføre kvalitetssikring. Som led i kvalitetssikringen skal projektets evne til at opfylde kravene til projektet vurderes, og relevante problemer skal identificeres.⁷⁰

Rådgiveren skal således som en del af sin ydelse foretage en kvalitetssikring af sit arbejde, herunder foretage en granskning af sit projekt før færdigmeldingen.⁷¹ Mangelfuld kvalitetssikring kan være en ansvarspådragende fejl og danne et ansvarsgrundlag. Dette ses bl.a. i voldgiftskendelsen T:BB 2010.256 VBA:

Sagen omhandlede et større byggeri inden for den farmaceutiske industri. Efter afleveringen af byggeriet viste der sig at være revner i dækket mellem stuen og førstesalen. I sagen havde en underrådgiver stået for statikken, og der blev udført en

⁷⁰ jf. Ydelsesbeskrivelse for byggeri og landskab 2018, s. 13.

⁷¹ jf. ABR 18 § 9, stk. 1 og ABR 18 § 11, stk. 2. Se desuden Ydelsesbeskrivelse for byggeri og landskab 2018, s. 53-54.

række fejl. Hvis arbejdet var blevet udført, som projekteret ville etagedækket mellem stueetagen og 1. salen have været stærkt underdimensioneret med risiko for brudskader. Etagedækket blev dog udført uden risiko for brud, bortset fra et mindre afgrænset område, da udførelsen skete efter leverandørens tegninger. Ansvar for projekteringsfejlen blev således afgrænset til tabet ved at udbedre manglerne på det mindre afgrænsede område. Dog blev den rådgiver, som havde antaget underrådgiveren til udførelsen af statikken, pålagt at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning. Dette skyldtes, at rådgiveren ved sin kvalitetssikring af underrådgiverens arbejde ikke havde opdaget fejl i statikberegningerne.

Den tekniske rådgiver er ansvarlig for mangler ved nye og uprøvede materialer, metoder og konstruktioner. Dette gælder dog ikke, hvis rådgiveren har givet bygherren alle de oplysninger om de påtænkte materialer, eller følgerne ved at anvende disse, som rådgiveren har, eller burde have kendskab til.⁷² Det følger af ABR 18 § 16, at rådgiveren har en oplysningspligt ved anvendelsen af nye og ikke gennemprøvede metoder og materialer. Tilsidesættelse af denne oplysningspligt er et forhold, som medfører et ansvarsgrundlag hos rådgiveren:

Voldgiftskendelsen T:BB 2017.779 VBA omhandlede brugen af MgO-plader i stedet for de oprindeligt projekterede fibercementplader. Entreprenøren havde i sagen foreslået at anvende MgO-plader, da disse var lettere at arbejde med, men erkendte ikke at have erfaring med materialet. Entreprenøren gav herefter den tekniske rådgiver det materiale og de oplysninger omkring pladerne, som denne var i besiddelse af. Ud fra det oplyste valgte rådgiveren, uden at foretage en selvstændig efterprøvelse heraf, at lave en projektændring, således at MgO-pladerne kunne anvendes. Det var ikke ansvarspådragende, at rådgiveren lagde de oplysninger til grund, som var modtaget af entreprenøren. Rådgiveren havde dog godkendt projektændringen uden at oplyse bygherren om, at der var tale om et nyt, ikke-gennemprøvet produkt. Derfor var der tale om en ansvarspådragende tilsidesættelse af rådgiverens pligter.

I kendelsen begrundede voldgiftsretten resultatet med en henvisning til kvalitetssikringsbekendtgørelsen og –vejledningen. Disse gælder for alment byggeri og

⁷² jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 808-811.

ombygninger efter lov om byfornyelse og udvikling af byer, men ikke for andet byggeri. Der kan således opstå tvivl om, hvorvidt man ville nå samme resultat, hvis bekendtgørelsen ikke var gældende mellem parterne. Reglen i ABR 18 § 16 er dog indført i de reviderede standardvilkår efter dommen. Der kan således ikke være tvivl om, at oplysningspligten for nye og uprøvede materialer gælder for byggerier, hvor ABR er vedtaget. Ligeledes må det antages, at retstillingen er den samme, hvis kvalitetssikringsbekendtgørelsen samt ABR ikke gælder mellem parterne. I modsat fald ville rådgivere og entreprenører ansvarsfrit kunne anvende materialer eller metoder, som ikke er sædvanlige eller gennemprøvede uden at underrette bygherren.⁷³

I vurderingen af hvorvidt bygherren er tilstrækkeligt informeret, bør det tale for at fritage rådgiveren for ansvar, hvis denne har informeret om: 1) at der i projektet er anvendt produkter og metoder, som ikke er gængs anvendte og anerkendt som sædvanlige til det konkrete formål, 2) hvilke fordele man forventer at opnå ved at anvende disse produkter eller metoder, 3) hvilke informationer, der foreligger om produktet eller metoden, og hvordan disse informationer skal ses i lyset af det konkrete projekt, 4) hvilke leverandørgarantier der evt. kan opnås, samt 5) om produkterne eller metoderne stiller særlige krav til udførelsen og til drift og vedligeholdelse.⁷⁴

Rådgiveren skal som del af sit arbejde afklare jordbundsforholdene og sikre byggegrundens egnethed. Det antages dog, at rådgiveren er ansvarsfri, hvis bygherren opfordres til at foretage jordbundsundersøgelser, og dette undlades. Er der ikke sket en opfordring til at foretage undersøgelser, og det senere viser sig, at en sådan kunne have afdækket evt. problemer med jordbundsforholdene, vil rådgiverens typisk være ansvarlig for bygherrens tab.⁷⁵ Selvom der foreligger undersøgelser af jordbundsforholdene, kan rådgiveren blive ansvarlig for en fejlfortolkning af disse:

I voldgiftskendelsen T:BB 2003.539 VBA måtte man foretage en omprojektering af en stor del af byggeriets konstruktioner. Som konsekvens blev entreprenørens arbejde forsinket. Voldgiftsretten udtalte, at udarbejdelsen af et hovedprojekt forudsætter, at alle

⁷³ jf. Hørlyck, Erik, MgO-kendelsen og materialeansvaret, T:BB 2017.647, s. 3.

⁷⁴ jf. Bygningsstyrelsen, Bygherrevejledningen 2008, s. 120-121.

⁷⁵ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 204-205.

undersøgelser, som skal danne grundlag for projektet, er afsluttet og forstået korrekt. I forlængelse heraf fandt man, at rådgiveren i sagen havde fejlfortolket det geotekniske grundlag, og derved begået en ansvarspådragende fejl.

Rådgiverens fejl kan også bestå i, at en aftalt ydelse ikke medtages i projektet som følge af en forglemmelse. En sådan fejl er utvivlsomt en misligholdelse af aftalen,⁷⁶ og i flere kendelser er der statueret et ansvarsgrundlag på baggrund af en sådan mangel. Dette var bl.a. tilfældet i voldgiftskendelsen T:BB 2008.203 VBA:

I sagen havde rådgiveren i forbindelse med projekteringen glemt at medtage flere ydelser, herunder en række aluminium fodlister og riste. Dette blev anset som en ansvarspådragende fejl, der medførte et ansvarsgrundlag for rådgiveren. Dog blev rådgiveren i den pågældende sag frikendt for erstatningsansvaret, da bygherren ikke kunne godtgøre, at manglerne havde fordyret byggeriet. Bygherren havde derfor ikke lidt et tab.

I kendelsen T:BB 2010.661 VBA, som omhandlede projekteringen af et el-anlæg, var der ligeledes et ansvarsgrundlag for glemte ydelser. Af kendelsen fremgik, at det bl.a. var nødvendigt at udskifte et styringssystem med et computerstyret system, da synkronisering ikke var beskrevet i udbudsprojektet. Endvidere havde rådgiveren glemt, at sikre en backup løsning i anlæggets computersystem. På baggrund af dette havde rådgiveren ifølge voldgiftsretten ikke løst opgaven med den omhu, man kunne forvente, og dermed forelå der et ansvarsgrundlag hos rådgiveren.

Bedømmelsen af ansvarsgrundlaget for forglemmelser kan ikke antages at være anderledes end ved andre projekteringsfejl. Også her må rådgiverens handlinger vurderes i forhold til professionsmålestokken. Der vil altså være tale om et ansvarsgrundlag, hvis man ud fra den tekniske rådgivers faglige egenskaber retteligt kunne forvente, at ydelserne var medtaget. Dette kan bl.a. ses af formuleringen i T:BB 2010.611 VBA, hvor det udtales, at *”Rådgiverne findes som følge af de anførte grunde ikke at have løst opgaven med den omhu, som kunne forventes”*. Det vil som udgangspunkt være forventeligt, at rådgiver medtager alle aftalte og

⁷⁶ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 203.

nødvendige ydelser i projekteringen, hvorfor en projekteringsmangel typisk vil udgøre et ansvarsgrundlag. Dog kan der opstå tvivl i tilfælde, hvor rådgiveren ikke har opfattet eller forstået de oplysninger, som bygherren har givet, som ydelser der skal indgå i det konkrete byggeri.⁷⁷ Endvidere må bygherren i større og mere komplekse byggerier tåle visse projektilretninger og -tilpasninger, der måtte opstå som følge af projekteringsmangler.⁷⁸

Et forhold, som generelt taler for at skærpe vurderingen af rådgiveren adfærd, er hvis byggeriet kræver en høj grad af sikkerhed. Desuden må det antages, at jo større konsekvenserne ved manglerne er, jo større krav kan der stilles til rådgiveren. Dette blev bl.a. fremhævet i voldgiftskendelsen T:BB 2014.531 VBA:

Sagen omhandlede et større etagebyggeri. I kendelsen fandt voldgiftsretten, med henvisning til Sikkerhedsbestemmelser for konstruktioner, at byggeriet var i høj sikkerhedsklasse og konsekvenserne af svigt var særligt alvorlige. Derfor burde der udføres kontrol af andre personer, end dem, der havde udført projekteringen.

I voldgiftskendelsen T:BB 2003.539 VBA, omtales også forholdene høj sikkerhedsklasse samt skærpet funderingsklasse som værende grunde til at stille højere krav til rådgiveren. I sagen udtalte voldgiftsretten, at det under disse forhold var ansvarspådragende ikke at have udført selvstændige sætningsberegninger og i stedet alene forholde sig til udsagn i den geotekniske rapport.

Samlet set viser gennemgangen af de ovenstående domme og voldgiftskendelser, at kravene til rådgiveren er strenge, og i nogle tilfælde skal der ikke meget til for at fastslå et ansvarsgrundlag. I visse sager er det endda nok, at der foreligger en risiko for, at der vil opstå mangler ved bygningen i fremtiden:

Dette var tilfældet i T:BB 2005.87 VBA, hvor myndighederne kun ville tildele en ibrugtagningstilladelse med forbehold, da der var hæld ind mod bygningerne, samt en for lav sokkelhøjde. Dette indebar en *risiko* for fugtskader på husene. Voldgiftsretten fandt,

⁷⁷ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 203.

⁷⁸ jf. T:BB 2016.541 VBA, s. 11.

at rådgiverens mangelfulde rådgivning var skyld i de risikoforøgende forhold. Derfor var rådgiveren erstatningsansvarlig for omkostningerne til udbedring heraf.

3.2.2.2 Forhold som kan virke ansvarsfritagende eller -nedsættende

Som det fremgår af ovenstående analyse, er bedømmelsen af den tekniske rådgivers ansvarspådragende handlinger forholdsvis streng, hvorfor de fleste fejl vil udgøre et ansvarsgrundlag. Dog er der ikke tale om et objektivi ansvar. Derfor vil der i det følgende undersøges, hvilke forhold der taler imod at statuere et ansvarsgrundlag, samt hvilke forhold, som kan virke ansvarsnedsættende.

Byggeriets karakter, størrelse og kompleksitet er uden tvivl forhold, der kan tale for at den tekniske rådgivers handlinger ikke bliver anset som culpøse, og dermed ikke ansvarspådragende:

I voldgiftskendelsen T:BB 2016.541 VBA mente bygherren, at rådgiver var ansvarlig for projekteringsmangler, som førte til at entreprenøren fik tidsfristforlængelse. Bygherren rejste således krav om erstatning for udgifter til forlænget byggepladsdrift, samt for betalinger til andre entreprenører i forbindelse med byggesagens forsinkelse. Voldgiftsretten frikendte rådgiveren for størstedelen af de tilkendte forlængelsesdage med begrundelsen, at bygherre ikke havde lidt et tab som følge af forhold, som kunne tilskrives rådgiveren. For en mindre del af de tilkendte forlængelsesdage, som blandt andet skyldtes ufuldstændige konstruktionstegninger, udtalte voldgiftsretten dog, at *”der er tale om projekt tilretninger og-tilpasninger samt opfølgning, der ikke kvalitativt og kvantitativt går ud over det, som bygherre må tåle uden krav på erstatning ved et bygge projekt af den karakter, størrelse og kompleksitet, som der her er tale om.”*⁷⁹

Afgørelsen skal formentligt ikke anses som udtryk for, at der gælder en generel bagatelgrænse for rådgivers ansvarspådragende fejl. I større og komplicerede byggerier vil det dog ikke altid være ansvarspådragende, hvis det i projektopfølgningen viser sig nødvendigt at ændre i projektet.

Hvis den tekniske rådgiver følger de sædvaner og kutymmer, som er gældende i branchen, kan

⁷⁹ jf. T:BB 2016.541 VBA, s. 11.

dette virke ansvarsfritagende eller nedsættende. Dette kan bl.a. ses i voldgiftskendelsen T:BB 2004.183 VBA:

I sagen havde rådgiveren udarbejdet udbuds- og kontraktmateriale for bygherren vedrørende en større omlægning af et affaldsforbrændingsanlæg til et kraftvarmeanlæg. Det valgte køleanlæg viste sig efter en prøvekørsel ikke at kunne levere den køleeffekt på 14 MW, som var anført i kontrakten. Det viste sig, at anlægget var placeret i nærheden af en høj kedelbygning, hvilket medførte luft-by-pass, som kastede den varme køleluft tilbage til anlægget. Der måtte derfor foretages effektforøgende arbejder for at opnå den ønskede køleeffekt. Bygherren nedlagde påstand om, at projekteringsgrundlaget var mangelfuldt, grundet manglende opmærksomhed på problemet med luft-by-pass. Ligeledes havde rådgiveren ikke stillet krav om, at der skulle foretages særlige vindanalyser. Voldgiftsretten fandt dog, at rådgiveren ikke begået fejl eller forsømmelser i forbindelse med sit arbejde. Begrundelsen var, at det ikke på projekteringstidspunktet var kutyme inden for branchen at lave særlige vindanalyser i denne sammenhæng. De usædvanligt høje temperaturer, som køleanlægget var omgivet af, blev desuden anset som ikke generelt påregnelige.

En nyere voldgiftskendelse T:BB 2019.34 VBA giver støtte til synspunktet om, at rådgiveren kan fritages for et ansvar, hvis han har fulgt branchesædvaner. I kendelsen lagde en entreprenør sag an mod rådgiveren med den påstand, at rådgiver havde begået projekteringsvigt ved dimensionering af radiatorer. Sagen omhandlende bl.a. hvorvidt anvendelsen af producenten regneværktøjer blev anset som værende korrekt. Under sagen blev der inddraget syn og skøn, og skønsmanden udtalte bl.a., at det var normal praksis på projekteringstidspunktet at benytte skemaer fra producenterne til at dimensionere radiatorerne. Voldgiftsretten fandt på denne baggrund, at rådgiveren ikke havde handlet ansvarspådragende.

Desuden kan bygherrens samtykke og udviste egen skyld være forhold, som taler imod at pålægge rådgiveren et ansvar, eller være forhold, som medfører en ansvarsnedsættelse. Disse forhold behandles mere indgående i afsnit 3.5 om bygherrens egen skyld.

3.2.2.3 Betydningen af bygge og -projekteringstidens viden

Inden for entrepriseretten finder begreberne bygge- eller projekteringstidens viden anvendelse. Byggetidens viden bruges traditionelt om entreprenørens ydelse, mens projekteringstidens viden bruges om den tekniske rådgivers ydelse.⁸⁰ Disse begreber anvendes ved bedømmelse af såkaldte udviklingsskader eller udviklingssvigt.

Princippet bag begrebet udviklingsskader begrænser både entreprenørens og rådgiverens ansvar over for bygherren, hvor materialevalg eller udførelsesmetode på et senere tidspunkt viser sig at have utilsigtede følger. Det er dog en forudsætning, at den pågældende ydelse iagttager henholdsvis god håndværksmæssig- eller god projekteringskik efter byggetidens viden på tidspunktet, hvor ydelsen blev udført. Dette betyder, at bygherren bærer en evt. udviklingsrisiko.⁸¹

Betydningen af bygge- og projekteringstidens viden, som et ansvarsfritagende forhold, ses f.eks. i voldgiftskendelsen T:BB 2008.428 VBA:

I kendelsen var der efter en tagrenovering opstået omfattende fugtskader samt råd- og svampeangreb i ovenlyskasser og tagkassetter i bebyggelsen, som tilhørte et boligselskab. En del af sagen omhandlede, hvorvidt rådgiveren ved at have projekteret ovenlyskasser og tagkassetter med hygrodioder havde begået en ansvarspådragende projekteringsfejl. Det fremgik, at anvendelsen af hygrodioder var en medvirkende faktor til fugtskaderne, fordi taget kun i ringe omfang blev udsat for direkte sollys og henlå i skygge i størstedelen af tiden. På tidspunktet for afsigelsen af kendelsen var dette et forhold, som branchen var bekendt med. Det fremgik bl.a. i BYG-ERFA erfaringsblad 05 12 29, hvori det anførtes, at anvendelse af en hygrodioder generelt forudsætter, at der ikke er dele af tagfladen, som ligger i permanent skygge. Syns- og skønsmanden udtalte i overensstemmelse hermed, at hygrodioden i kombination med skyggeeffekten på taget i løbet af få år ville have forårsaget en fugtskade. Voldgiftsretten frifandt dog rådgiveren, da disse erfaringer var indhentet efter projekteringstidspunktet. Det havde derfor været i overensstemmelse med "tidens viden" at anvende hygrodioder i taget i bebyggelsen. Den skade, der

⁸⁰ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 806.

⁸¹ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 575-577.

efterfølgende var opstået, måtte derfor opfattes som en udviklingskade, som bygherren efter voldgiftspraksis bærer risikoen for.

Hvornår en ydelse kan anses for korrekt efter bygge- eller projekteringstidens viden, og dermed fritage rådgiveren fra ansvar, blev behandlet i voldgiftskendelsen T:BB 2018.907 VBA. Kendelsen omhandlede entreprenørens ansvar for et ny og uprøvet materiale, men voldgiftsretten udtalte sig generelt om, hvornår byggetidens viden kunne virke ansvarsfritagende.

I sagen var der i et byggeri anvendt MgO-plader i stedet for de vindgipsplader, som der oprindeligt var projekteret med. MgO-pladerne viste sig senere hen at være uegnede i det danske klima. Entreprenøren mente, at der var tale om et gængs produkt, som alle i branchen anså som værende i overensstemmelse med byggetidens viden og af sædvanlig god kvalitet. Voldgiftsretten var enige i at pladerne kunne anses som et gængs og anerkendt produkt, men for at byggetidens viden kunne virke ansvarsfritagende, opstillede voldgiftsretten et yderligere krav. Således udtaltes det, at *"for at byggetidens viden og udviklingsrisiko kan virke ansvarsfritagende for en entreprenørs mangelsansvar er det et krav, at der efter anvendelsen 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"*.⁸² De anfører yderligere, at denne viden skal foreligge på tidspunktet, hvor valget angående løsningen finder sted.

Betragtninger om bygge- og projekteringstidens viden kan således virke ansvarsfritagende for den tekniske rådgiver. Kravet herfor er, at den valgte løsning anses som gængs og sædvanlig, samt at løsningen på projekteringstidspunktet anses for gennemprøvet, således at der foreligger en viden, hvorefter produktet kan anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet.

3.2.3 Delkonklusion

Af den ovenstående gennemgang af praksis og teori på området for ansvarsgrundlaget ved projekteringsfejl og -mangler kan det konkluderes, at bedømmelsen af, hvad der kan forventes

⁸² jf. T:BB 2018.907 VBA, s. 21.

af den tekniske rådgiver, følger en professionsmålestok. Efter denne ifalder rådgiveren ansvar, hvis arbejdet ikke er udført med den agtpågivenhed og faglige dygtighed, som man på tidspunktet for rådgivningen kan forlange af en professionel teknisk rådgiver inden for samme fagområde. Vurderingen af rådgiverens ansvar synes at være streng, og således kan selv forhold, som øger risikoen for fremtidige mangler, være ansvarspådragende.

Der kan desuden udledes en række ansvarsområder, hvor rådgiveren ved forsømmelser som udgangspunkt vil ifalde et ansvar. Rådgiveren bliver ansvarlig for manglende klarhed og fejl i projektet- og udbudsmaterialet. Rådgiveren skal sikre forsvarligheden i det tilrettelagte arbejde i forbindelse med byggeprojektet, bl.a. ved at udføre selvstændige undersøgelser heraf. Derudover har rådgiveren et ansvar for at sikre at myndighedskrav til bygningerne er opfyldt, ligesom rådgiveren skal sikre, at bygningen kan anvendes til den påtænkte funktion. Rådgiveren skal yderligere som del af sin ydelse foretage en kvalitetssikring af sit arbejde, og undladelse eller manglende udførelse af dette er ansvarspådragende. Den tekniske rådgiver er også ansvarlig for mangler ved nye og uprøvede materialer, metoder og konstruktioner, hvis oplysningspligten angående brugen af disse ikke er opfyldt. Desuden har rådgiveren et ansvar for at sikre, at jordbundsforholdene er tilstrækkeligt belyst, samt at undersøgelserne i denne forbindelse er korrekt forstået. Slutteligt vil det forhold, at et byggeri kræver en høj grad af sikkerhed generelt betyde, at der stilles store krav til rådgiveren, og jo større konsekvenserne ved manglerne er, jo større krav stilles der til rådgiveren.

Endvidere har analysen vist, at der er forhold, som taler for fritagelse af den tekniske rådgivers ansvar, eller nedsættelse af et evt. ansvar. Her kan nævnes at byggeriets karakter, størrelse og kompleksitet kan bevirke, at bygherre må tåle visse fejl og mangler uden krav på erstatning. Bygherrens egne forhold kan også virke ansvarsfritagende eller -nedsættende, herunder hvis bygherren giver et samtykke eller udviser egen skyld. Branchens sædvaner og kutymer kan desuden virke ansvarsfritagende, således at en rådgiver, der har fulgt disse, ikke nødvendigvis er ansvarlig, hvis der opstår mangler på baggrund af det udførte arbejde. Endeligt vil projekteringstiden viden ligeledes kunne fritage rådgiveren fra ansvar i tilfælde, hvor der viser sig at være uhensigtsmæssigheder i projektet, men hvor den valgte løsning på projekteringstidspunktet blev anset for forsvarlig og fornuftig til formålet.

Alle byggesager er dog forskellige, og i nogle tilfælde vil konkrete forhold kunne medføre, at udfaldet af en given sag ville være anderledes, end det ovenfor anførte. Der vil derfor i alle tilfælde skulle foretages en konkret vurdering af den pågældende rådgivers handling ud fra professionsmålestokken. Det ovenstående kan dog ses som en rettesnor i forhold til hvilke fejl, der typisk medfører et ansvarsgrundlag hos rådgiveren, samt hvilke forhold der taler for at pålægge, fritage eller nedsætte rådgiverens ansvar.

3.3 Tabet

Foreligger et ansvarsgrundlag hos den tekniske rådgiver, vil det dernæst skulle vurderes, hvorvidt den opstående mangel har ført til et tab. Har bygherre ikke lidt et tab, kan der følgelig ikke være tale om at gøre et erstatningsansvar gældende overfor den tekniske rådgiver.⁸³

Et tab vil fremstå enten som et direkte eller et indirekte tab. De direkte tab kan betegnes som tab, der påføres direkte som følge af den transaktion, som er misligholdt. Et indirekte tab derimod betegnes som en kategori af følgeskader og består af tab, som opstår ved en anden transaktion, som må foretages på baggrund af den misligholdte aftale.⁸⁴ Dette er altså tab, som bygherren lider ved ikke at kunne benytte bygningen eller anlægget som forudsat samt tab, der opstår ved, at bygherre ikke kan leve op til sine forpligtelser overfor andre⁸⁵. Til de indirekte tab regnes f.eks. avancetab, driftstab og kundetab.

Sondringen mellem direkte og indirekte tab har stor betydning for aftaler, hvor ABR 18 indgår som en del af aftalegrundlaget. Dette skyldes de heri indeholdte ansvarsbegrænsninger angående indirekte tab.

3.3.1 Opgørelse af tabet

Når tabet skal opgøres, tages der udgangspunkt i den påvirkning, den mangelfulde ydelse har haft på bygherrens økonomi. Grundprincippet bag erstatningsudregningen er, at skadelidte skal stilles som om, skaden ikke var indtrådt. Bygherren skal altså stilles, som havde den tekniske rådgiver udført sit arbejde uden mangler. Som følge af dette princip skal bygherren

⁸³ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 25.

⁸⁴ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 339.

⁸⁵ jf. Hansen, Jørgen: Teknikeraftalen: almindelig del, Juraconsult Forlag ApS, 1984, s. 271.

have sit fulde tab erstattet, dog uden at opnå en berigelse. Derudover er bygherren som den skadelidte pålagt en tabsbegrænsningspligt.⁸⁶

Grundlæggende kan opgørelsen af skadelidtes tab i kontraktforhold ske på to forskellige måder, enten som den positive opfyldelsesinteresse eller den negative kontraktinteresse. Den negative kontraktinteresse dækker tab, som den skadelidte er påført ved at stole på, at den medkontraherende ville opfylde aftalen. Ved denne opgørelsesmetode skal skadelidte stilles som om, kontrakten aldrig var indgået. Den positive opfyldelsesinteresse dækker heroverfor de tab, som skadelidte er påført som følge af, at kontrakten ikke er opfyldt korrekt. Ved opgørelsen skal skadelidte stilles, som var der sket korrekt og mangelfri levering af den aftalte ydelse.⁸⁷

Ved et erstatningskrav mod den tekniske rådgiver er der tale om, at bygherren kræver erstatning, der skal stille ham, som havde rådgiveren præsteret sin ydelse uden projekteringsfejl – eller mangler. Der er altså i overensstemmelse med ovenstående definition tale om positiv opfyldelsesinteresse.⁸⁸

Et udgangspunkt for opgørelsen af tabet findes i differencemetode, hvorefter udregningen af tabet sker ved en sammenligning mellem to hændelsesforløb. Det er således nødvendigt at opstille et hypotetisk hændelsesforløb under forudsætning af, at rådgiveren har leveret en mangelfri ydelse. Dette forløb holdes op imod det faktiske hændelsesforløb, hvor det ansvarspådragende forhold er til stede. Differencen mellem bygherres formue i de to opstillede hændelsesforløb vil således udgøre tabet og dermed det beløb, der kan kræves erstattet.⁸⁹

Tabsbetingelsen og opgørelsen efter differencemetoden har den konsekvens, at ikke alle udgifter, som bygherren må afholde i forbindelse med rådgiverens mangelfulde ydelse, vil medføre et tab. Hvis bygherren under alle omstændigheder, altså i begge hændelsesforløb, skulle afholde en udgift, er der ikke lidt et tab. I sådanne tilfælde vil der kun kunne opgøres et tab, hvis der foreligger en merudgift på grund af, at arbejdet må tilkøbes efter

⁸⁶ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 339.

⁸⁷ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 113.

⁸⁸ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 820.

⁸⁹ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 340-41.

udbudsperioden. Som følge af dette har bygherren, især i tilfælde af projekteringsmangler, haft svært ved at få erstatning fra den tekniske rådgiver.⁹⁰

3.3.2 Tabskategorier

Som det fremgår, sondres der mellem direkte og indirekte tab. Derudover kan et tab kategoriseres som enten personskade, tingskade eller formueskade. Kandidatspecialet angår den formueskade, som bygherren er blevet ramt af som følge af manglen i den teknisk rådgivers ydelse. Derfor ses der nærmere på de underkategorier, der findes inden for denne type af tab.

Formuetabet kan inddeles i underkategorierne prisdifferencetab, avancetab, driftstab, kundetab, andre fjernere tab samt udgiftstab. Avancetab, driftstab og kundetab er alle indirekte tab, jf. den ovenstående definition af begrebet, mens prisdifferencetabet og udgiftstabet typisk vil udgøre et direkte tab for bygherren. De indirekte tab vil kun overfladisk blive behandlet, da disse ikke kan gøres gældende hvis ABR 18 er vedtaget grundet ansvarsbegrænsningen i § 50, stk. 1. Uden for ABR 18 gælder begrænsningen ikke, hvorfor bygherren i disse tilfælde vil kunne kræve erstatning, også for de indirekte tab. Ansvarsbegrænsningerne i ABR 18 behandles særskilt i afsnit 5.

Prisdifferencetabet er kendetegnet ved, at den skadelidte er nødsaget til at anskaffe sig en ydelse til en højere pris, end hvis det ansvarspådragende forhold ikke havde været til stede. Et differencetab kan opgøres enten konkret eller abstrakt. Ved den konkrete opgørelse sker beregningen at tabet på baggrund af en dækningstransaktion, som faktisk har fundet sted. Man kender således både prisen efter aftalegrundlaget, samt prisen for dækningskøbet. Den abstrakte opgørelse er derimod kendetegnet ved, at man ikke kender prisen ved begge transaktioner, hvorfor der må opstilles en fiktiv transaktion til markedsprisen.⁹¹ Metoden har dog været udsat for kritik, blandt andet for at være uhensigtsmæssig pga. usikkerheden ved at anvende hypotetisk opstillede situationer⁹². Problemstillingen ved den abstrakte opgørelse har stor betydning for bygherren i tilfælde, hvor han må betale for ekstraarbejder som et regningsarbejde efter AB 18 § 24, stk. 3. I dette tilfælde kender bygherren kun prisen, han må

⁹⁰ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 821.

⁹¹ jf. Iversen, Torsten, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*, s. 63.

⁹² jf. Iversen, Torsten, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*, s. 119-120.

betale for det udførte ekstraarbejde, men ikke hvad arbejdet ville have kostet, hvis det havde været en del af entreprenørens oprindelige tilbud og havde været genstand for en konkurrenceudsættelse. Dermed får bygherren svært ved at løfte bevisbyrden og skabe et retvisende hypotetisk hændelsesforløb, da dette kræver stort kendskab til de overvejelser, der indgik i entreprenørens tilbudsafgivelse.⁹³

Avancetabet opstår, hvor skadelidte lider et tab ved at gå glip af en fortjeneste, han ville have fået ved at have overdraget den misligholdte ydelse. Det vil altså for bygherren være det tab, han lider ved ikke at kunne videresælge en opført bygning med den fortjeneste, han ville have opnået, hvis det ansvarspådragende forhold ikke var til stede. Avancetabet er sjældent relevant for bygherren i et krav mod den tekniske rådgiver. Dette er en følge af, at avancetabet for bygherren udgør et indirekte tab, som ikke kan kræves erstattet pga. ansvarsbegrænsningerne i ABR 18. Et andet forhold er det, at bygherren tit opfører bygningen for selv at anvende den, enten som bolig, for at leje den ud, eller anvende den i forbindelse med erhvervsvirksomhed, og ikke med tanke på videresalg.⁹⁴

Driftstabet udgør den mistede fortjeneste i forbindelse med, at den misligholdte ydelse ikke kan anvendes til en eller anden form for løbende aktivitet. For bygherren vil driftstabet bestå i at lejeindtægter, eller indtægter fra en produktion, bliver mindre, da bygningen ikke kan anvendes i det tidsrum eller på den måde, som var forventet.⁹⁵ Driftstabet er et indirekte tab, som ikke kan gøres gældende mod den tekniske rådgiver, hvis ansvarsbegrænsningen i ABR 18 er vedtaget. Er ansvarsbegrænsningen ikke vedtaget må driftstabet dog antages at have betydning for bygherrens krav. Dette skyldes, at en bygning som omtalt ovenfor typisk opføres med tanke på en anvendelse, der kan skabe en løbende indtægt. I T:BB 2002.289 V var ABR ikke vedtaget. Den rådgivende ingeniør, som havde pådraget sig ansvar ved at yde mangelfuld rådgivning, blev fundet ansvarlig for bygherrens driftstab i form af huslejetab.

Et kundetab opstår ved, at skadelidte mister fortjeneste ved, at hans kunder og forretningsforbindelser ikke længere, eller i samme omfang, vil handle med ham. Dette kan for bygherren være tabet af forretningsforbindelsen til kunder, hvortil der sker videresalg af

⁹³ jf. Falk, Nicolaus, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, T:BB 2017.321, s. 1-2.

⁹⁴ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 67-70.

⁹⁵ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 70-72.

bygninger, eller det kan være, bygherren mister de kunder, der udlejes til. Kundetabet kategoriseres som et indirekte tab og er dermed omfattet af tabsbegrænsningen i ABR 18. Derudover er det i teorien fremført, at bygherrens evt. kundetab må betegnes som en så fjern eventualitet, at det ikke kan komme i betragtning som grundlag for et erstatningskrav.⁹⁶ Kundetabet må således antages at spille en meget lille rolle i bygherrens krav mod rådgiveren.

Andre fjernere tab er tab, som ikke falder ind i de øvrige kategorier. Herunder findes tab af mistede offentlige tilskud eller et tab som følge af, at man går glip af at afskrive på bygningen i indeværende periode. Sådanne tab er alle indirekte tab og omfattet af tabsbegrænsningen i ABR 18. I tilfælde, hvor tabsbegrænsningen ikke er vedtaget, kan tab af offentlige tilskud muligvis erstattes.⁹⁷

Udgiftstabet forekommer, når den skadelidte må afholde en udgift, som det ikke ville være nødvendigt af afholde, hvis det ansvarspådragende forhold ikke var til stede. Et udgiftstab vil altid skulle opgøres konkret, altså på baggrund af de konkrete udgifter, som er afholdt som følge af den misligholdte aftale. Ifølge Torsten Iversen er udgiftstabet en samlekategori for en lang række forskellige tab, og sondringen mellem direkte og indirekte tab er ikke altid klar. I forhold til udgiftstab og tabsbegrænsningen i ABR 18 vil det således være nødvendigt at klassificere det konkrete udgiftstab som enten et direkte, eller et indirekte tab.⁹⁸

3.3.2.1 Tabstyper ved projekteringsfejl og –mangler

Med udgangspunkt i ovenstående tabskategorier, vil der i det følgende blive set nærmere på de typer af tab som bygherren typisk lider, som følge af den tekniske rådgivers projekteringsfejl- og mangler.

Udgifter til afhjælpning og omgørelse

Hvis den tekniske rådgivers fejl først opdages efter udførelsesarbejdet er påbegyndt eller afsluttet, vil det typisk føre til, at bygherren må afholde omkostninger til at afhjælpe den opståede mangel. Der skal således udføres arbejde ud over, hvad der havde været nødvendigt, hvis det ansvarspådragende forhold ikke var til stede. Dette medfører naturligvis en merudgift,

⁹⁶ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 577-78.

⁹⁷ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 591.

⁹⁸ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 75-76.

som resulterer i et tab, som bygherren har krav på erstatning for. Der er tale om et udgiftstab, som opgøres i henhold til de faktiske forhold i det konkrete tilfælde. Dette kan være enten faktiske afholdte udgifter, eller udgifter opgjort efter et konkret skøn.⁹⁹

Udgiftstab i form af afhjælpningsomkostninger anerkendes i praksis, og der findes en lang række domme og kendelser, hvori bygherren tilkendes erstatning for de afholdte udgifter. Her kan f.eks. fremhæves FED 2002.1125 Ø, hvor tabet blev opgjort som udgifterne til de gennemførte afhjælpningsarbejder, T:BB 2014.531 VBA, hvor "håndværkerudgifter" indgik som størstedelen af den tilkendte erstatning, T:BB 2016.838 VBA, hvor man fik tilkendt erstatning for udbedringsomkostningerne og T:BB 2008.85 VBA, hvor erstatningen omfattede afholdte udbedringsomkostninger samt omkostninger til udbedring af vandskade.

Også sagkyndig bistand i forbindelse med afhjælpningen kan kræves erstattet. Dette var f.eks. tilfældet i T:BB 2014.531 VBA, hvor udgifter til teknisk rådgivning og bistand mv. indgik som en del af det tilkendte krav. I T:BB 2000.86 VBA, blev der ligeledes tilkendt erstatning for tekniske redegørelser.

Det er ikke alene omkostninger i forbindelse med selve afhjælpningen, som kan indgå i erstatningskravet. Også undersøgelsesomkostninger til at konstatere om der foreligger en mangel, samt afværgelsesomkostninger til at afværge yderligere skade, kan indgå i kravet. Dette slog domstolen fast i U 2001.1709/2 H, hvor appellanten måtte betale for undersøgelser og afværgelsesforanstaltninger i forbindelse med en forurening. Dommen omhandler erstatning i forbindelse med en forurening, men i dommen henvises til almindelige erstatningsregler som begrundelse for at kræve erstatning for udgifterne. Derfor findes dommens resultat at have relevans i forhold til den tekniske rådgivers ansvar, da denne er ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Inden for entrepriseområdet kan henvises til T:BB 2009.677 VBA, hvor bygherren fik tilkendt erstatning for en midlertidig foranstaltning til imødegåelse af yderligere snefygning.

⁹⁹ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 822.

Forstyrrelser af byggeriets udførelse

Hvis den tekniske rådgiver begår ansvarspådragende fejl, vil dette kunne tænkes at få indflydelse på udførelsen af byggeriet. Således kan bygherren lide et tab pga. forsinkelser eller stilstand. Der er tale om et udgiftstab, som typisk udspringer af, at bygherren har omkostninger som følge af et krav fra tredjemand. Dette er f.eks. i tilfælde af entreprenørens krav på erstatning eller godtgørelse ved forsinkelse efter AB 18, § 43. Der kan også forekomme fordyrelser pga. prisstigninger i den forlængede byggetid, eller f.eks. ved at (en del af) byggeriet nu må udføres i en vinterperiode, hvor der må afholdes udgifter til vinterforanstaltninger.

Udgifter til forstyrrelser af byggeriets udførelse, herunder f.eks. forlænget byggetid og forøgede byggepladsomkostninger, anses af voldgiftsretten som direkte omkostninger. I T:BB 2014.531 VBA udtalte voldgiftsretten således angående udgifter til forlænget byggetid, at *"Voldgiftsretten finder endvidere, at de pågældende udgifter har karakter af direkte tab."*¹⁰⁰

I praksis anerkendes bygherrens krav på omkostninger, der skyldes forstyrrelser af byggeriets udførelse. I T:BB 2014.531 VBA indgik udgifter til forlænget byggetid, byggeplads og byggeledelse mv. som en del af det tilkendte krav. I T:BB 2003.539 VBA udgjorde omkostninger til stilstand og forcering ifølge bygherren ca. kr. 46 mio. Det endelige erstatningsbeløb var dog alene på kr. 8.250.000 pga. en ansvarsbegrænsning. Yderligere kan T:BB 2010.661 VBA nævnes, hvor en stilstandsperiode opstod som en følge af den mangelfuldt udførte rådgivningsopgave. Omkostningerne ved stilstandsperioden indgik i bygherrens erstatningskrav mod rådgiveren.

Bygherrens mistede konkurrencefordel

I tilfælde hvor det ansvarspådragende forhold består i, at den tekniske rådgiver har glemt eller beskrevet en ydelse uklart, ses det, at bygherren argumenterer for at have lidt et tab som følge af, at arbejdet nu må udføres som ekstraarbejder.

Bygherren kan ikke kræve erstatning for den merydelse, som entreprenøren leverer, da ydelsen pga. uklarheden eller forglemmelsen ikke har været indregnet i entreprenørens

¹⁰⁰ jf. T:BB 2014.531 VBA, s. 40.

oprindelige tilbud. Såfremt det ansvarspådragende forhold ikke havde været til stede, skulle bygherren jo alligevel have betalt for ydelsen. Bygherren har således fået det, der i entrepriseretten kan beskrives som ”byggeri for pengene”. I praksis ses dette f.eks. i KFE 2010.061 VBA:

I kendelsen måtte flere ydelser honoreres som ekstraarbejder, da entreprisekontrakten, som var udarbejdet af rådgiveren, var uklar. Rådgiveren var dog ikke ansvarlig for kravet, da bygherren ifølge voldgiftsretten ikke havde lidt et tab. Som begrundelse herfor udtalte voldgiftsretten *”at indklagede ikke har godtgjort at have lidt et tab som følge af rådgiveransvaret, idet entreprisensummen, såfremt kontrakten havde været udformet korrekt, ville have været tilsvarende højere”*.¹⁰¹

Selvom bygherren ikke kan få erstatning for selve merydelsen, vil bygherren tit argumentere for, at han har lidt et tab, da han mener at kunne have fået byggeriet billigere, såfremt ydelsen havde indgået i entreprenørens oprindelige tilbud. Der er tale om en manglende aktualisering af en besparelse. Tabet udgøres således som forskellen mellem prisen for det udførte ekstraarbejde, og prisen, som ydelsen potentielt kunne være anskaffet til, hvis den var indeholdt i entreprenørens oprindelige tilbud. Som argument for bygherrens synspunkt fremføres hovedsageligt to begrundelser: 1) ændringer i udførelsesfasen medfører ofte yderligere arbejde, og i værste fald omgørelse af udført arbejde, samt risiko for forstyrrelser af byggeriets udførelse, og 2) ekstraarbejder prissættes af entreprenøren uden mulighed for at konkurrenceudsætte den pågældende ydelse.¹⁰²

Synspunktet om, at udførelsen af ekstraarbejder medfører en merpris for bygherren, har da også støtte i den entrepriseretlige teori. Således fremfører både Erik Hørlyck og Malcolm Costigan argumenter herfor med udgangspunkt i hensynene bag udbudsreglerne¹⁰³. Formålet med udbudsreglerne er netop, at man gennem en effektiv konkurrence opnår den bedst mulige udnyttelse af de tilgængelige midler.¹⁰⁴

¹⁰¹ jf. KFE 2010.061 VBA, s. 64.

¹⁰² jf. Falk, Nicolaus, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, T:BB 2017.321, s. 1.

¹⁰³ jf. Falk, Nicolaus, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, T:BB 2017.321, s. 4.

¹⁰⁴ jf. Udbudsloven § 1.

I praksis synes voldgiftsretten at anerkende, at bygherre kan lide et erstatningsretligt tab som følge af en mistet konkurrenceudsættelse. I T:BB 2008.203 VBA udtalte voldgiftsretten, efter at have afvist, at der foreligger en forhåndsformodning om, at ekstraarbejde generelt udføres til overpris, at: *"Dette udelukker imidlertid ikke, at en bygherre kan få erstatning for tab af mistet konkurrencefordel, hvis bygherren kan føre det fornødne bevis herfor"*.¹⁰⁵ Bevisførelsen for dette tab har dog vist sig at være vanskeligt for bygherren at føre. Dette i sådan en grad at forholdet i teorien er blevet betegnet som en praksisudviklet begrænsning af den tekniske rådgivers ansvar.¹⁰⁶

3.3.3 Nedsættelse af tabet

Som en del af tabsopgørelsen må det overvejes, om der foreligger forhold, som medfører, at tabet må nedsættes. Udgangspunktet er, at bygherren skal have sit fulde tab erstattet, dog uden at opnå en berigelse. Opnås en sådan berigelse kan tabsbeløbet nedsættes. Derudover er bygherren pålagt en tabsbegrænsningspligt, og en misligholdelse af denne pligt vil ligeledes kunne resultere i en nedsættelse af tabet.¹⁰⁷

Ifølge tabsbegrænsningspligten har bygherren ved rådgivers ansvarspådragende fejl pligt til at begrænse tabet så vidt muligt. Det fulde tab vil således kunne nedsættes med et beløb svarende til den del af tabet, som *kunne* være undgået. Tab, som kunne have været undgået ved at træffe rimelige foranstaltninger til begrænsning af skaden, er således bygherres egen risiko.¹⁰⁸

Derudover kan en nedsættelse af tabet komme på tale, hvor bygherren ville opnå en berigelse, hvis der blev ydet fuld erstatning. En sådan berigelse kan forekomme på flere forskellige måder, herunder med henvisning til principperne *"nyt for gammelt"* og *"godt for dårligt"*. Ifølge disse vil erstatningen nedsættes, hvis en udbedring forøger bygningens værdi. Dette kan skyldes, at bygherren ved udbedringen får en bedre ydelse end oprindeligt projekteret, eller fordi gamle bygningsdele erstattes med helt nye. Yderligere vil erstatningen kunne nedsættes,

¹⁰⁵ jf. T:BB 2008.203 VBA, s. 2.

¹⁰⁶ jf. Costigan, Malcolm, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 1.

¹⁰⁷ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 339.

¹⁰⁸ jf. Iversen, Torsten, Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, s. 80.

hvis bygherren opnår en berigelse i form af besparelser ved vedligeholdelsen af bygningen, som følge af udbedringen.¹⁰⁹

3.3.4 Bevismæssige problemstillinger ved erstatningskravet mod den tekniske rådgiver

Som det fremgår ovenfor i afsnit 3.1, er udgangspunktet, at skadelidte skal bevise, at der foreligger et tab, ligesom størrelsen af tabet også skal bevises af skadelidte. Bevisbyrden vil i det følgende blive behandlet særskilt for henholdsvis prisdifferencetab som følge af manglende konkurrenceudsættelse, og udgiftstab til omgørelse og forstyrrelser i byggeriets udførelse.

Bevisbyrden for udgiftstab

Foreligger der et ansvarspådragende forhold, som har nødvendiggjort en omgørelse i byggeriet, må det antages, at der i praksis foreligger en formodning om, at der er lidt et tab. Bevisbyrden for, at der foreligger et tab vil formentligt lempes, således at bygherren som anført alene skal godtgøre, at der foreligger et tab. I utrykt kendelse af den 8. Januar i sag nr. C-12982 udtalte voldgiftsretten således, at hvis der gennemføres en nødvendig omgørelse som følge af projektfejl, som kan tilregnes rådgiveren, vil der ofte foreligge et relevant tab. Retten anførte dog i forlængelse af dette, at foreligger der tvivl om arbejdets omfang, eller rimeligheden af prisen herfor, må der føres bevis for dette.¹¹⁰

Et sådant bevis må antages at kunne føres ved at sammenligne dokumentation for de faktisk afholdte udgifter med udtalelser ved syn og skøn, hvor skønsmanden udtaler sig om hvilke udbedringsarbejder der sædvanligvis er nødvendige i forbindelse med den konkrete mangel og den sædvanlige pris herfor. Dette indikeres af, at voldgiftsretten angående bevisbyrden i sagen udtalte, at *"Der har heller ikke været syn og skøn om sådanne spørgsmål under sagen"*.¹¹¹

¹⁰⁹ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 822.

¹¹⁰ jf. Bilag 1, s. 14.

¹¹¹ jf. Bilag 1, s. 14.

Det må desuden kunne bevises, at de udgifter, som kræves erstattet, er afholdt i forbindelse med afhjælpning af mangler, som skyldes fejl i rådgiverens projektering. I modsat fald vil dette komme bygherren til skade ved opgørelsen af tabet.

I T:BB 2014.531 VBA udtalte voldgiftsretten således, at *”Voldgiftsretten finder som anført ovenfor, at BH med den fremlagte dokumentation ikke med den tilstrækkelige sikkerhed har godtgjort, at de krævede håndværkerudgifter i det hele må henføres til udbedringsprojektet som vedrørende projekteringsfejl. Som følge heraf må beløbet fastsættes ud fra en skønsmæssig bedømmelse af udbedringsprojekternes omfang. En skønsmæssig fastsættelse af erstatningen må på grund af det usikre grundlag for skønnet ske med en betydelig forsigtighed, således at erstatningen med sikkerhed ikke fastsættes til mere end de omkostninger, der reelt er medgået til udbedringen.”*¹¹² I sagen var der fremlagt aftalesedler med specifikation af timer og materialer, men entreprenøren, som udførte udbedringsarbejdet, foretog sideløbende andet arbejde for bygherren. I den forbindelse havde bygherren ikke ført fornødent bevis for, hvilke af de afholdte udgifter der var knyttet til udbedringsarbejderne. Det talte desuden imod bygherres krav, at han tidligt i forløbet var opmærksom på, at der kunne være et grundlag for et erstatningskrav. Han havde derfor særlig anledning til at sikre, at arbejdet blev tilrettelagt således, at han sikrede sig detaljeret dokumentation for, at de udgifter, der krævedes erstattet, alene angik udbedringsarbejder.¹¹³

Bevisbyrden ses ligeledes lempet angående udgiftstab, der relaterer sig til forstyrrelser i byggeriets udførelse. Dette ses typisk hvis det er påvist, at rådgiverens ansvarspådragende fejl har medført udgifter til f.eks. forlænget byggetid eller forøgede byggepladsomkostninger. I T:BB 2014.531 VBA blev erstatningen udmålt skønsmæssigt, efter at voldgiftsretten fandt, at projekteringsfejlene og udbedringen af manglen havde medført forlænget byggetid, forøgede byggepladsomkostninger samt forøgelse af bygherrens egne udgifter til byggeledelse og drift af projektkontor.

¹¹² jf. T:BB 2014.531 VBA, s. 39.

¹¹³ jf. T:BB 2014.531 VBA, s. 38.

Bevisbyrden for prisdifferencetab

Det fremgår af T:BB 2008.203 VBA, at udgangspunktet er, at bygherren må føre bevis for sit prisdifferencetab, hvis han mener, at entreprenøren har krævet en merpris for ekstraarbejder. Som det fremgår tidligere i kandidatspecialet, er bevisførelsen i denne forbindelse dog forbundet med betydelige problemer for bygherren.

Der kunne således argumenteres for, at bevisbyrden burde vendes om, således at rådgiveren skal bevise, at der ikke er lidt et tab.¹¹⁴ Bygherrer har også i flere kendelser forsøgt at overbevise voldgiftsretten om netop dette med henvisning til, at der må foreligge en forhåndsformodning om, at ekstraarbejder bliver udført til overpris. Voldgiftsretten har dog ikke fundet, at en sådan forhåndsformodning er til stede, og har opretholdt den ligefrem bevisbyrde:

I T:BB 2008.203 VBA, som omhandlede en renovering af et museum, var det omtvistet, hvorvidt bygherren kunne kræve erstatning som følge af, at en del af arbejdet blev udført som ekstraarbejder. Rådgiveren havde både glemt ydelser og beskrevet ydelser i udbudsmaterialet utilstrækkeligt. Fejlene blev opdaget efter licitationen, men inden arbejdet blev iværksat. Bygherren argumenterede herefter for, at der måtte gælde en forhåndsformodning om, at ekstraarbejde var dyrere, da entreprenøren ville opnå en monopolstilling angående disse arbejder. Bygherren opgjorde herefter sit tab til gennemsnitligt 35 % af hver enkelt ekstrakrav. Som følge af denne forhåndsformodning måtte det være op til rådgiveren konkret at bevise, at der ikke var betalt overpris for ekstraarbejderne. Voldgiftsretten afviste dog bygherrens argumentation og anførte, at *"Det er Voldgiftsrettens opfattelse, at der - som anført af indklagede- ikke kan opstilles en forhåndsformodning for, at ekstraarbejder som følge af reglen i AB 92 § 14 udføres til overpris."*¹¹⁵

I T:BB 2008.90 VBA havde rådgiveren i forbindelse med opførelsen af et affaldsfyret kraftvarmeværk glemt at medtage en række ydelser i projektet. En del af sagen omhandlede, hvorvidt bygherren havde lidt et tab som følge af, at ydelserne måtte udføres

¹¹⁴ jf. Costigan, Malcolm, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 5.

¹¹⁵ jf. T:BB 2008.203 VBA, s. 2.

som ekstraarbejde. Bygherren gjorde gældende, at der måtte anvendes en omvendt bevisbyrde, da der kunne være opnået en besparelse, hvis ydelserne havde været indeholdt i den oprindelige kontrakt og ikke blev udført som ekstraarbejder. Bygherrens antagelser byggede på generelle udtalelser fra skønsmanden, som anførte, at der var mulighed for besparelser på 10 % eller mere, hvis ydelser medtages i et oprindeligt udbud. En sådan bevisførelse var dog utilstrækkelig, og voldgiftsretten udtalte, at *”Denne argumentation er imidlertid ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage en omvendt bevisbyrde.”*¹¹⁶

I utrykt kendelse af den 8. januar i sag nr. C 12982, forsøgte bygherren ligeledes at gøre et krav gældende som følge af, at ydelserne var blevet dyrere, da de pga. rådgiverens forglemmelser måtte udføres som ekstraarbejder. Bygherren gjorde gældende, at ekstraarbejde gennemsnitligt måtte være 20 % dyrere. Til støtte for sit krav anførte bygherren bl.a., at prissætningen for ekstraarbejdet var sket uden konkurrenceudsættelse. I forlængelse af dette udtalte repræsentanter for blandt andet entreprenøren, at priserne for underleverandørerne var usædvanligt høje. Voldgiftsretten fandt ikke bevisførelsen tilstrækkelig, og de krav, der alene byggede på formodningen om en fordyrelse pga. manglende konkurrenceudsættelse, blev ikke taget til følge.¹¹⁷

Voldgiftsretten har således afvist at omvende bevisbyrden for tabet ved glemte ydelser. En lempelse af bevisbyrden, hvor tabet fastsættes skønsmæssigt, er dog set i voldgiftsrettens praksis:

I KFE 1993.161 VBA havde den tekniske rådgivers mangelfulde projektering medført, at et omfangsdræn først blev etableret efter byggeriet var afleveret. Omkostningerne til drænet var på ca. kr. 1,4 mio. Voldgiftsretten fandt, at hvis prisen for arbejdet med omfangsdrænet var blev fastlagt i licitationsfasen, ville den have udgjort mellem kr. 400.000 og kr. 450.000. Herefter tilkendte de bygherren en skønsmæssig erstatning på kr.

¹¹⁶ jf. T:BB 2008.90 VBA, s. 7.

¹¹⁷ jf. Bilag 1, s. 15-16.

1.000.000.¹¹⁸ Det fremgår ikke af kendelsen, hvordan bygherren redegjorde for, hvad prisen i licitationsfasen ville have været.

I T:BB 2010.661 VBA, som vedrørte et elanlæg, havde rådgiveren glemt ydelser blandt andet ved ikke at have sikret en backup løsning i anlæggets computersystem. Bygherren krævede herefter erstatning for meromkostninger, ved at ydelserne ikke havde været medtaget i det oprindelige projekt. Voldgiftsretten udtalte, *”at den efterfølgende etablering har medført omkostninger, der ikke ville være påløbne, såfremt telesignaler og backup havde været indarbejdet i det oprindelige projekt.”*¹¹⁹ Herefter opgjorde voldgiftsretten skønsmæssigt bygherrens erstatning til kr. 800.000, hvilket svarede til ca. 45 % af afhjælpningsomkostningerne.

Kendelserne, hvor bygherrens bevisbyrde blev lempet, og erstatningen udmålt skønsmæssig, var alle i forbindelse med mangler, som blev opdaget efter afleveringen af byggeriet. Der synes således at være forskel på kravene til bygherrens bevis, alt efter om manglen opdages før eller efter afleveringen. Ifølge Malcolm Costigan kunne en sådan forskel være begrundet i, at rådgiveren, hvis fejlen opdages inden aflevering, har mulighed for at afhjælpe sine fejl og begrænse bygherrens tab. Efter byggeriets aflevering har rådgiveren derimod ikke en sådan pligt, hvorfor bygherren bør have en mere videregående adgang til at kræve erstatning. Malcolm Costigan anfører dog i forlængelse heraf, at uanset begrundelsen, er konsekvensen, at bygherren ofte ender med at betale overpris for byggeriet, mens rådgiveren ikke holdes ansvarlig for sine fejl.¹²⁰

3.3.5 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at bygherrens tab i forbindelse med den tekniske rådgivers ansvarspådragende fejl- og mangler hovedsageligt udgøres af enten et udgiftstab eller et prisdifferencetab.

¹¹⁸ jf. KFE 1993.161 VBA, s. 163.

¹¹⁹ jf. T:BB 2010.661 VBA, s. 5.

¹²⁰ jf. Costigan, Malcolm, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 5.

Udgiftstabene har ikke i praksis givet større bevismæssige problemstillinger for bygherren. Dette skyldes at udgiftstab opgøres konkret som de udgifter, der er afholdt som følge af rådgiverens ansvarspådragende fejl. Derudover anerkender voldgiftsretten en forhåndsformodning om, at der er lidt et tab, hvis en omgørelse er nødvendig. Dermed ses det, at kravene til bygherrens bevis lempes, og tabet opgøres skønsmæssigt.

I forhold til bygherrens mistede konkurrencefordel, har bevisbyrden derimod vist sig som et stort problem for bygherren. Som det fremgår, har voldgiftsrettens fastholdelse af den ligefremme bevisbyrde medført en begrænsning af rådgiverens ansvar. Således har rådgiveren reelt undgået et ansvar på trods af en mangelfuld ydelse. Da det afvises, at der foreligger en formodning om, at prisen for ekstraarbejder er højere, end hvis ydelsen var medtaget i udbudsprisen, har bygherre været forpligtet til at føre bevis for tabets størrelse. Dette har vist sig besværligt, da bygherren sjældent kender til alle de overvejelser, der indgår i entreprenørens tilbudsafgivelse. Derfor kan han vanskeligt opstille et hypotetisk hændelsesforløb, der realistisk afspejler den pris, som han ville have betalt, såfremt ydelsen havde været konkurrenceudsat.

Voldgiftsretten har i de omtalte kendelser ikke direkte givet udtryk for, hvilket bevis der skal føres, for at bygherrens krav om fordyrelse pga. manglende konkurrenceudsættelse kan anerkendes. Det er altså fortsat uklart, hvorledes bygherren kan løfte denne bevisbyrde. I T:BB 2008.90 VBA var generelle udtalelser fra en skønsmand ikke tilstrækkeligt bevis. Uanset dette må syn og skøn antages at være den bedste metode til at bevise et tab pga. manglende konkurrenceudsættelse. I utrykt kendelse af den 8. Januar 2016 i sag nr. C 12982 udtalte voldgiftsretten angående bygherrens argumenter for en fordyrelse, at der ikke havde været gennemført syn og skøn til understøttelse af disse synspunkter.¹²¹ I teorien peges der ligeledes på syn og skøn som en mulig bevisførelse. Det anføres i den forbindelse, at skønsmanden bør anmodes om at udtale sig om den konkrete pris for det konkrete arbejde, modsat de generelle udtalelser i T:BB 2008.90 VBA.¹²²

¹²¹ jf. Bilag 1, s. 16

¹²² jf. Falk, Nicolaus, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, T:BB 2017.321, s. 6.

3.4 Årsagsforbindelse og adækvans

Som det fremgår i afsnit 3, er det en betingelse for, at der kan pålægges et erstatningsansvar, at der er lidt et tab som følge af en ansvarspådragende handling fra skadevolders side. Efter de grundlæggende erstatningsretlige principper er det yderligere en betingelse, at der er årsagssammenhæng mellem tabet og den ansvarspådragende handling. Hvorvidt der er årsagsforbindelse kan typisk vurderes ved at stille spørgsmålet: *”Ville skaden være indtrådt, hvis det ansvarsbegrundende forhold ikke havde foreligget?”*¹²³ Såfremt svaret er nej, er der årsagsforbindelse mellem skaden og den ansvarspådragende handling. Hvis spørgsmålet derimod besvares bekræftende, vil årsagssammenhængen ikke være til stede.

Det er desuden et krav, at skaden er en adækvat følge af den ansvarspådragende handling. Dette kan også beskrives som, at kun skader som rådgiveren ved aftalens indgåelse med rimelighed kunne regne med og tage i betragtning, vil kunne erstattes.¹²⁴

Betingelsen om årsagsforbindelse anvendes også på entrepriseområdet, hvilket blandt andet kan ses i KFE 1981.65 VBA:

I kendelsen, som omhandlede fugtskader i en tagkonstruktion i forbindelse med renoveringen af en skole, blev rådgiveren frikendt som følge af manglende årsagsforbindelse. Bygherren argumenterede for, at fugtskaderne delvist var opstået pga. utilstrækkelig udluftning, som rådgiveren var skyld i. Voldgiftsretten udtalte, at *”det ikke på foreliggende grundlag kan anses for bevist, at der som følge af fejlagtig projektering ved udluftningen er sket fugtskade”*.¹²⁵ I stedet blev entreprenøren fundet ansvarlig, da de plader, der var anvendt i byggeriet, ikke var tørre, da de blev monteret.

I en nyere kendelse i T:BB 2015.635 VBA, blev rådgiveren ligeledes frifundet pga. manglende årsagsforbindelse. I sagen omhandlede skader påført en naboejendom ved en udgravning. Rådgiveren blev frifundet for et erstatningsansvar, selvom han ikke havde udført projekteringen i overensstemmelse med god projekteringskik. Voldgiftsretten fandt, at der ikke forelå en årsagsforbindelse mellem skaden og det lidte tab, da

¹²³ jf. Eyben, Bo Von & Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, s. 300.

¹²⁴ jf. Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, Lærebog i obligationsret I, s. 270.

¹²⁵ jf. KFE 1981.65 VBA, s. 75.

hovedårsagen til tabet, skyldes den måde, arbejdet på byggeriet var blevet udført på. Det ovenstående spørgsmål, om hvorvidt skaden ville være indtrådt uden den ansvarspådragende handling, blev altså besvaret bekræftende. Voldgiftsretten fandt således, at skaden uanset rådgiverens mangelfulde projektering ville være indtrådt som følge af entreprenørens fejl.

Påvises det, at der er årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og det lidte tab, må der dernæst vurderes, hvorvidt tabet er adækvat. Der skal således foreligge et tab som er nogenlunde påregneligt, og i hvert fald ikke helt atypisk.¹²⁶

I sager om rådgivers erstatningsansvar bliver adækvans betragtningen inddraget, både som støtte for at ikende rådgiveren et erstatningsansvar og som et ansvarsfritagende forhold:

I T:BB 2001.602 VBA slog voldgiftsretten fast, at et tab kun kan erstattes, så længe tabet er en påregnelig følge af den ansvarspådragende handling. Sagen omhandlede en rådgiver, som bl.a. skulle udføre en jernbanestrækning inkl. jernbanetunnel under en allerede eksisterende bygning. Der opstod undervejs tvivl om tunnelens bæreevne, da det viste sig, at rådgiveren havde begået væsentlige fejleregninger af konstruktionen. Han havde desuden ikke sikret sig de nødvendige geotekniske undersøgelser. Der var tale om en projekteringsfejl, idet rådgiveren ikke havde udført arbejdet i overensstemmelse med god projekteringskik. I forbindelse med tabsopgørelsen blev flere af bygherres krav dog udeladt, herunder udgifter til en omprojektering, som blev anset for unødvendig. Hertil udtalte voldgiftsretten *"at kun tab, der er en direkte, påregnelig og adækvat følge af den fejl, der skyldes R1's manglende dokumentation for bæreevnen i 1996, skal erstattes."*¹²⁷

Derimod blev skaden i U 1985.555 H fundet påregnelig og dermed adækvat. I sagen havde den rådgivende ingeniør projekteret løsningen til et køleanlæg, som senere viste sig at have medført betydelige skader på et betongulv pga. kondensvand fra anlægget. Ingeniøren var ansvarlig, da han ikke havde sikret, at rørene i anlægget var isolerede. I første instans udtalte Østre landsret angående skaderne, at disse *"hverken efter deres*

¹²⁶ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 823.

¹²⁷ jf. T:BB 2001.602 VBA, s. 1.

karakter eller omfang kan betegnes som upåregnelige".¹²⁸ Højesteret stadfæstede senere landsrettens dom.

3.5 Egen skyld

I afsnit 3 fremgår det, at der ikke må foreligge erstatningsfortabende egen skyld, såfremt den tekniske rådgiver skal ifalde et erstatningsansvar. Egen skyld adskiller sig fra de øvrige ansvarsbetingelser ved ikke at være en absolut betingelse, men alene en relativ betingelse. Det betyder, at skadelidte ikke nødvendigvis fortaber hele sit krav, fordi der foreligger egen skyld.¹²⁹ Egen skyld kan således foreligge enten som et erstatningsfortabende eller -nedsættende forhold.

Begrebet egen skyld kendes primært som et deliktuelt udtryk, som nedsætter skadelidtes erstatningskrav, hvis skadelidtes gennem sine handlinger eller undladelser har medvirket til, at skaden er opstået. I ældre teori har der forelagt tvivl om, hvorvidt egen skyld begrebet uden videre kunne anvendes i forbindelse med misligholdelsessituationer i et aftaleforhold.¹³⁰ En sådan tvivl ses dog ikke begrundet i praksis, hvor der forekommer kendelser, som nedsætter bygherrens erstatningskrav mod rådgiveren med begrundelsen, at bygherren har udvist egen skyld. Nyere litteratur synes ligeledes at anerkende egen skyld som værende anvendelig i aftaleforhold. Således udtaler Torsten Iversen, at *"Har kreditor ved uforsvarlig adfærd medvirket til den skade, han har lidt som følge af et kontraktsbrud, nedsættes hans erstatningskrav efter den almindelige erstatningsretlige regel om nedsættelse af ansvaret efter culpareglen på grund af egen skyld efter skyldgraden."*¹³¹

I vurderingen af, om der foreligger egen skyld hos skadelidte, kunne der tages udgangspunkt i en almindelig culpavurdering. Vurderingen er dog ikke nødvendigvis så simpel, især i tilfælde hvor en bygherres egen skyld består i passivitet. Derfor kan vurderingen nærmere beskrives

¹²⁸ jf. U 1985.555 H, s. 4.

¹²⁹ jf. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 132.

¹³⁰ jf. Costigan, Malcolm, praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 1.

¹³¹ jf. Iversen, Torsten, Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, s. 290.

som, at der foreligger en formodning for egen skyld, ”hvis skadelidte ved at udsætte sig selv for risikoen for at lide skade udsætter andre for risikoen for at volde skade og derved pådrage sig erstatningsansvar”.¹³²

I vurderingen indgår yderligere en sammenligning mellem skadevolders og skadelidtes adfærd. Denne vurdering kan dog være vanskelig i kontraktforhold, hvor en part er underlagt et skærpet professionsansvar, mens den anden part er underlagt et almindeligt culpaansvar. Således kan bygherres egen medvirken og faglige ekspertise være forhold, som kan virke ansvarsfritagende eller -nedsættende for rådgivers ansvar. Er bygherren alene underlagt et almindeligt culpaansvar, vil det formentligt kun være ved helt åbenlyse fejl fra rådgiverens side, hvor bygherrens manglende handling kan medføre en nedsættelse af kravet. Er bygherren derimod professionel skal der formentligt mindre til, før denne burde have reageret på rådgivers fejl, ligesom en mere involveret bygherre kan forventes at opdage andre fejl end en mindre aktiv bygherre.¹³³ Dette ses f.eks. i kendelsen T:BB 2000.252 VBA:

I sagen blev rådgiverens erstatningsansvar nedsat med en tredjedel af udbedringsomkostningerne grundet bygherrens egen skyld, idet bygherre blev anset for professionel. Efter der i byggeriet havde været problemer med det foreskrevne undertag, besluttede den projekterende rådgiver uden forudgående kontakt med bygherre eller underrettelse af bygherren at skifte til et andet tagdugsmateriale. Bygherren blev dog på anden vis bekendt med det ændrede materialevalg. Der var tale om et nyt og uprøvet produkt, og da rådgiveren ikke havde opfyldt sin oplysningspligt angående dette, fandt voldgiftsretten rådgiveren erstatningsansvarlig. I den givne sag nedsatte voldgiftsretten erstatningskravet med en tredjedel, idet der var tale om en erfaren bygherre med stor faglig viden. Han burde derfor have været bekendt med tagproblemerne og have reageret på ændringen af materialevalget ved, at kræve oplysninger fra rådgiveren om bl.a. fordele og ulemper herved.

¹³² jf. Eyben, Bo Von og Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret s. 439-440.

¹³³ jf. Costigan, Malcolm, praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 2.

Kendelsens rigtighed er dog omdiskuteret i teorien, bl.a. fordi anvendelsen af det uegnede materiale skete uden inddragelse af bygherren. Der argumenteres for det faktum, at det ikke i sig selv bør være nok til at fritage, eller nedsætte rådgivers ansvar, at bygherren har en vis fagkundskab. Der må tillige gælde et krav om, at den sagkyndige bygherre aktivt deltager, eller burde have deltaget i beslutninger i forbindelse med projekteringen.¹³⁴

Et udtrykkeligt samtykke vil desuden som oftest være ansvarsfritagende, hvorfor bygherrens samtykke til en konkret løsning i byggeriet kan virke fritagende for rådgiveren. Dette vil dog ikke altid være tilfældet. Den tekniske rådgiver er, uanset forholdene i øvrigt, forpligtet til at yde en kvalificeret rådgivning og sikre, at byggeriet kan gennemføres forsvarligt. Skal et samtykke medføre en nedsættelse eller bortfald af rådgivers ansvar, kræves det, at samtykket sker på et fuldstændigt oplyst grundlag. Herunder må det kræves, at rådgiveren oplyser om baggrunden for den valgte udførelse og om den valgte udførelse kan medføre risiko for skader.¹³⁵

Ved vurderingen af egen skyld kan der opstå spørgsmålet om, hvorvidt bygherren kan udvise egen skyld ved at kræve besparelser i byggeriet. Hvis sådanne besparelser medfører, at der vælges løsninger, der er uhensigtsmæssige og fører til mangler, kunne der argumenteres for, at bygherren har udvist egen skyld. Dette kan dog ikke tiltrædes, da rådgiveren skal yde en kvalificeret rådgivning, hvilket indebærer en forpligtelse til at sige fra, hvis byggeriet ikke kan udføres forsvarligt inden for budgettet.¹³⁶ I praksis ses dette udtrykt i dommen U 2010.213 H:

Et rådgivende ingeniørfirma blev ikendt erstatningsansvarlig for ikke at beregne det nødvendige luftskifte i en gokart-hal. Angående bygherrens egen skyld vedr. besparelser udtalte Landsretten, at *"det ikke kan føre til et andet resultat, at bygherren måtte have søgt omkostningerne ved byggeriet reduceret gennem flere forudgående besparelserunder"*.¹³⁷ I sagens andenbehandling konstaterede Højesteret, at rådgiveren havde begået projekteringsfejl. Dette begrundes med, at rådgiveren ikke

¹³⁴ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89 s. 182-185

¹³⁵ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 180-181

¹³⁶ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 180-181.

¹³⁷ jf. U 2010.213 H, s. 7-8.

havde beregnet det nødvendige luftskifte og ikke havde sagt fra over for bygherrens ønske om at spare ventilationsanlægget ned i størrelse.

Retsstillingen angående egen skyld er, som det fremgår, ikke helt klar. Ifølge Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen gælder det, at en bygherres medvirken kan virke ansvarsnedsettende, hvis en bygherre med stor faglig ekspertise aktivt deltager eller burde have deltaget i relevante specifikke beslutninger.¹³⁸ Malcolm Costigan mener dog, at denne beskrivelse af retstilstanden ikke er dækkende. Han anfører bl.a., at det må være uden betydning for den tekniske rådgivers ansvar, om bygherre er professionel eller en ikke erfaren bygherre. Det kan begrundes med, at nyere praksis viser tilfælde, hvor bygherrens faglige baggrund er uden for betydning fsva. ansvarsbedømmelsen. I kendelsen T:BB 2009.590 VBA blev det således anset for uden betydning for det erstatningsmæssige krav, at bygherre havde stor faglig ekspertise. I stedet argumenter Malcolm Costigan for, at egen skyld snarere er udtryk for, at voldgiftsretten fortager en ansvarsfordeling, således at der forekommer et resultat, som voldgiftsretten finder rimeligt.¹³⁹

4. Konventionalbod

I afsnit 3.3 omtales de problemer, der opstår, når en rådgiver har glemt at projektere en ydelse. Som det fremgår, har bygherren haft vanskeligt ved at føre bevis for et evt. tab. Ifølge praksis har bygherren kun haft mulighed for at få dækket en evt. merudgift som følge af manglende konkurrenceudsættelse, såfremt denne kunne dokumenteres. Det er typisk ikke muligt for bygherren at føre en sådan dokumentation, hvorfor han ikke har ret til erstatning.

Den ovenstående problemstilling vedrører således den situation, hvor rådgiverens projektmangel resulterer i en væsentlig fordyrelse af byggeriet. På trods af rådgiverens mangelfulde ydelse har bygherren dog ikke kunnet videreføre kravet mod rådgiveren. Dette kan have stor betydning for bygherren, da denne typisk har et budget for byggeriet, som skal overholdes. Når en ydelse er glemt, og byggeriet efter udbuddet fordyres, vil dette sætte

¹³⁸ Jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 185.

¹³⁹ Jf. Costigan, Malcolm, praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 2.

bygherren i en svær situation. Han vil ofte stå med valget mellem af tilføje byggeriet ekstra midler, lave besparelser andre steder i byggeriet, eller i værste fald helt at opgive projektet. En glemt ydelse vil dermed sjældent være uden konsekvenser for bygherren.

I forbindelse med ovenstående problemstilling nævnte Malcolm Costigan allerede i 2011, at indsættelsen af en konventionalbod kunne være en mulig løsning. Costigan fremhæver, at boden kan have til formål at lette en vanskelig tabssituation for bygherren. Yderligere kunne boden påvirke rådgiveren til at overholde sine forpligtelser i henhold til kontrakten, idet en bod ville gøre det uforholdsmæssigt dyrt for rådgiveren at misligholde kontrakten.¹⁴⁰

Udvalget bag ABR har anerkendt bygherrens vanskelige situation og har i overensstemmelse med Costigans synspunkter valgt at indføre en konventionalbod i ABR 18 § 49, stk. 2.¹⁴¹ I det følgende vil retsvirkningerne af denne bod forsøges udledt. Da der endnu ikke foreligger retspraksis angående § 49, stk. 2, vil analysen tage udgangspunkt i den juridiske teori på området.

4.1 Konventionalbod generelt

En konventionalbod kan beskrives som et aftalevilkår, der fastsætter erstatningsbeføjelsen til et bestemt beløb, uanset om skadelidte er påført et tab, der svarer hertil.¹⁴² Bodden kan udformes, så den angiver et mindstebeløb, som skadelidte kræver. Hvis det egentlige tab viser sig at være højere, begrænses kravet ikke af bodden. En anden mulighed er, at bodden udformes således, at erstatningen under alle omstændigheder udgøres af bodsbeløbet. Dette gælder uanset, om det egentlige tab er større eller mindre. Bodden kan fastsættes som et engangsbetalt beløb, eller det kan fastsættes som en løbende ydelse.¹⁴³

¹⁴⁰ jf. Costigan, Malcolm, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 6.

¹⁴¹ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 322.

¹⁴² jf. Costigan, Malcolm, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, s. 6.

¹⁴³ jf. Iversen, Torsten, Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, s. 378-380.

Anvendelsen af konventionalbod finder udbredt anvendelse i forholdet mellem bygherren og entreprenøren. Størstedelen af entreprisekontrakter indeholder i praksis dagbodsbestemmelser angående erstatning ved entreprenørforsinkelse.¹⁴⁴

Anvendelse af konventionalbod ses ligeledes ofte inden for ansættelsesretten. Her anvendes boden for at sikre overholdelsen af en ansættelsesklausul. Dette sker gennem fastsættelsen af et forhåndsbestemt beløb, som arbejdsgiveren har krav på, såfremt der sker misligholdelse af klausulen.¹⁴⁵ I ansættelsesretten kan det, ligesom ved bygherren krav ved glemte ydelser, være vanskeligt for den ikke misligholdte part at dokumentere et tab. Dette kan skyldes, at mange forskellige faktorer kan medvirke til et økonomisk tab i en virksomhed, f.eks. ved overtrædelse af en kunde- eller konkurrenceklausul.

Den eneste beløbsmæssige begrænsning af konventionalboden er aftalelovens (AFTL) § 36, idet boden ikke må være urimelig i forhold til de konkrete omstændigheder. I praksis synes domstolene at være tilbageholdende med at lempe en konventionalbodsbestemmelse, hvis den er vedtaget mellem erhvervsdrivende. Dog kan en konkret rimelighedsbedømmelse føre til, at boden lempes.¹⁴⁶ Dette synes ligeledes at være tilfældet indenfor voldgiftsretten praksis angående nedsættelse af bygherrens dagbods krav med henvisning til AFTL § 36. Der findes således ingen nyere afgørelser, som giver entreprenøren medhold i, at en dagbod bør nedsættes i medfør af AFTL § 36.¹⁴⁷

4.2 Konventionalboden i ABR 18

Konventionalboden i ABR 18 er tilføjet for at sikre bygherren betaling i de tilfælde, hvor rådgiveren har glemt at projektere en ydelse. Bestemmelsen er et alternativ til erstatningsbeføjelsen. Bygherren kan således fortsat søge erstatning, såfremt der kan føres bevis for, at tabet er større end det beløb, der kan tilkendes efter konventionalboden.

¹⁴⁴ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 496.

¹⁴⁵ jf. Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, *Aftaler og mellemmand*, Karnov Group Denmark A/S, 2017, s. 213.

¹⁴⁶ jf. Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, *Aftaler og mellemmand*, s. 213.

¹⁴⁷ jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 512.

Ligeledes gælder de almindelige erstatningsregler, hvis rådgiveren kan bevise, at bygherrens tab er mindre end beløbet efter konventionalboden.¹⁴⁸

Konventionalboden finder ifølge ordlyden kun anvendelse i tilfælde af, at bygherren må tilkøbe en merydelse hos entreprenøren *som følge af*, at rådgiveren har glemt at medtage en ydelse i projektet. Det er således et krav for anvendelsen af § 49, stk. 2, at rådgiverens fejl består i en forglemmelse af en ydelse. Bestemmelsen kan ikke anvendes ved andre typer projekteringsfejl.

Derudover indeholder § 49, stk. 2, visse bagatelgrænser. Bestemmelsen kan ikke anvendes, hvis prisen for samtlige tilkøb i forbindelse med merydelsen udgør mindre end 2 % af den samlede entreprisesum for byggeriet.

Beregningen af erstatningsbeløbet efter konventionalboden fremgår direkte af bestemmelsen i § 49, stk. 2, og fastsættes ikke som udgangspunkt af parterne selv. Ifølge bestemmelsen udgør konventionalboden 5 % af prisen for de tilkøb, som bygherren må foretage sig som følge af rådgiverens glemte ydelser. De tilkøb, hvor der gælder enhedspriser, er dog undtaget for beregningen. Begrundelsen for dette er, at disse ydelser er blevet konkurrenceudsat i forbindelse med udbuddet af projektet.¹⁴⁹

Yderligere indeholder § 49, stk. 2 en øvre grænse for erstatningen efter konventionalboden. Ifølge denne kan boden ikke overstige 10 % af det samlede rådgiverhonorar. Bygherren kan således ikke kræve konventionalbod herudover. Dette begrundes i, at konventionalboden ikke nødvendigvis kan forsikringsdækkes.¹⁵⁰

4.3 Konventionalbod uden vedtagelse af ABR 18

Såfremt ABR 18 ikke er vedtaget mellem parterne, gælder bestemmelsen om konventionalboden ikke. Da konventionalboden er en fravigelse af de almindelige erstatningsretlige principper, vil boden ikke være gældende uden udtrykkeligt at være

¹⁴⁸ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 323.

¹⁴⁹ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 322.

¹⁵⁰ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 322.

vedtaget mellem parterne. Konventionalboden i § 49, stk. 2 kan således ikke anses som en udfyldende bestemmelse.

Dette har konsekvensen, at hidtidig praksis, hvor rådgiveren har glemt at projektere en ydelse, fortsat er gældende, når ABR 18 ikke er vedtaget. Derfor skal bygherren fortsat dokumentere sit tab i forbindelse med tilkøb af en glemt ydelse. Pga. princippet om aftalefrihed, er det dog altid muligt at aftale en konventionalbod, således den bliver en gældende del af aftalegrundlaget.

4.4 Problemstillinger og uklarheder ved § 49, stk. 2

Den nye konventionalbod er indsat til fordel for bygherren. Dog tyder det på, at bygherrerne har haft et ønske om, at boden var væsentlig højere end 5 % af prisen for tilkøbene. Baggrunden for denne antagelse er, at tidligere praksis viser, at bygherrerne følte sig berettigede til en væsentlig højere erstatning. I kendelserne T:BB 2008.203 VBA, T:BB 2010.661VBA, samt utrykt kendelse af d. 8. januar 2016 i sag nr. C-12982, argumenterede bygherrerne således for en erstatning på 10-40 % af prisen for de tilkøbte ekstraarbejder. Den beløbsmæssige fastsættelse af boden kan ses som et kompromis mellem bygherrens og rådgiverens interesser.

I forhold til bagatelgrænsen opstår spørgsmålet, om prisen for udført ekstraarbejde indgår i den samlede entreprisesum ved beregningen af tilkøbene. Såfremt ekstraarbejdet skal indgå i selve beregningen, kan det få stor betydning for bygherrens mulighed for at anvende bestemmelsen. Problemstillingen kan illustreres med et forsimplet eksempel: I et byggeri er der glemt en ydelse ved projekteringen, og tilkøbene af denne koster kr. 25.000. Ved udbuddet af byggeriet udgør den samlede entreprisesum kr. 1.000.000. Dermed udgør tilkøbet 2,5 % af summen, hvorfor bygherren kan anvende bestemmelsen om konventionalbod. Hvis der i løbet af byggeriet foretages tilkøb af ekstraarbejder og disse medtages i beregningsgrundlaget, vil bygherren kunne fortabe retten til konventionalbod.

Der tages ikke stilling til problemet hverken i selve bestemmelsen eller i bemærkningerne hertil, og det må således afklares i praksis. Der kan dog argumenteres for ikke at lade ekstraarbejder indgå i beregningsgrundlaget. I modsat fald vil det være vanskeligt for

bygherren at forudsige sin retsstilling. Det kan desuden afskrække bygherren fra at foretage tilkøb eller lave projektændringer løbende, da han i så fald ville miste retten til konventionalbod efter § 49, stk. 2.

Der kan desuden stilles spørgsmålstejn i forbindelse med beløbsbegrænsningen af konventionalboden. Begrundelsen herfor er, at konventionalboden ikke nødvendigvis kan forsikringsdækkes. Det er dog ikke utænkeligt, at den nye bestemmelse om konventionalboden får indflydelse på rådgiverens fremtidige ansvarsforsikring. Uanset om konventionalboden i fremtiden vil indgå i rådgiverens forsikring, har rådgiveren altid mulighed for økonomisk at kalkulere risikoen ved boden i form af et øget risikotillæg. Således er der risiko for, at rådgiverens honorar generelt vil stige som følge af indførelsen af § 49, stk. 2. Dette kan være med til at modvirke den tiltænkte virkning af konventionalboden og i værste fald stille bygherren økonomisk dårligere end før indførelsen af § 49, stk. 2.

Slutteligt kan der sættes spørgsmålstejn ved, hvorvidt det er muligt at få afslag i rådgiverhonoraret samtidig med anvendelsen af konventionalboden. Ifølge Michael Gjedde-Nielsen lægger ABR 18 § 48, stk. 1 ikke op til, at det efter påført konventionalbod er muligt at få afslag i rådgiverhonoraret.¹⁵¹ Dette kan blive problematisk for bygherren, idet et afslag i nogle tilfælde ville overstige det beløb, der kan kræves i konventionalbod. Hvis anvendelsen af konventionalbod afskærer muligheden for et afslag i rådgiverhonoraret, vil bygherren ved anvendelse af § 49, stk. 2. således være ringere stillet, end det hidtil har været tilfældet.

5. Ansvarsbegrænsninger

Det fremgår af ABR 18 § 49, stk. 1, at den tekniske rådgivers erstatningsansvar er begrænset af ABR 18, § 50, såfremt denne bestemmelse er vedtaget. For at få et fyldestgørende billede af retstilstanden vedrørende rådgiverens erstatningsansvar ved projekteringsfejl- og mangler må ansvarsbegrænsninger i § 50 således belyses.

En ansvarsbegrænsning kan fremstå som en fraskrivelse ved, at ansvaret for f.eks. et tabsområde fuldstændig bortfalder. Begrænsningen kan yderligere fremstå således, at

¹⁵¹ jf. Gjedde-Nielsen, Michael, Nogle bemærkninger til ABR 18, T:BB 2018.305, Karnov Group Denmark A/S, 2018, s. 3-4.

ansvaret for tabet består, men er begrænset til et talmæssigt maksimum. ABR 18 indeholder i § 50 både en ansvarsfraskrivelse i form af stk. 1, samt ansvarsbegrænsninger i stk. 2, 3 og 4.

Ansvarsbegrænsninger er udtryk for en fravigelse fra det almindelige erstatningsretlige princip, om at skadelidte skal have sit fulde tab dækket. Ansvarsbegrænsningerne i § 50 gælder derfor ikke, hvis ABR 18 ikke er vedtaget mellem bygherre og rådgiver, ellers hvis parterne har fraveget bestemmelsen. I disse tilfælde vil rådgiveren være fuldt erstatningsansvarlig for bygherrens tab under forudsætning af, at erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt.¹⁵²

5.1 Vedtagelse og tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningerne i ABR18

Før en ansvarsbegrænsningsklausul kan anses for gældende, kræves det at den er udtrykkeligt reguleret i aftalen. Typisk skal sådanne bestemmelser fremhæves over for kunden af den ansvarsfraskrivende part. Dog vil der kunne slækkes på kravene til denne information, hvis ansvarsbegrænsningen er et udtryk for standardvilkår, som er så indarbejdede i en branche, at de anses som faste og almindeligt benyttede. Dette er tilfældet med begrænsningerne i ABR 18.¹⁵³

I visse tilfælde kan der opstå tvivlsspørgsmål om, hvorvidt ansvarsbegrænsningerne i ABR er vedtaget. Såfremt en underskrevet aftale henviser til ABR, er der ikke tvivl om, at ansvarsbegrænsningerne er vedtaget. Dette gælder ligeledes, hvis en aftale hvori ABR indgår i aftalegrundlag ikke er underskrevet, og dette beror på en fejl eller forglemmelse, som kan godtgøres.¹⁵⁴

I det tilfælde, at rådgiveraftalen ikke er underskrevet grundet uenighed i aftalegrundlaget, og uenigheden drejer sig om ansvarsbegrænsningsklausulerne, men parterne alligevel fortsætter samarbejdet, vil bestemmelsen herom typisk ikke anses for vedtaget. Dette skyldes, at det er

¹⁵² jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 828.

¹⁵³ jf. Iversen, Torsten, *Obligationsret 2. del*, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, s. 371.

¹⁵⁴ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, *ABR 89*, s. 269.

rådgiveren, som skal godtgøre at ansvarsbegrænsningerne er gældende, og denne bevisbyrde kan typisk ikke løftes af rådgiveren.¹⁵⁵

Er det derimod uenigheder om andre forhold end ansvarsbegrænsningsklausulerne, der har været skyld i den manglende underskrivelse, er situationen anderledes. Typisk vil ansvarsbegrænsningen, som følge af ABR's sædvanemæssige brug og bygherrens stiltiende accept, anses som vedtaget af parterne. Bevisbyrden herfor er stadig rådgiverens, men i disse tilfælde er der større mulighed for at løfte bevisbyrden:

Kendelsen KFE 1993.147 VBA omhandlede hvorvidt bestemmelserne i ABR, herunder ansvarsbegrænsningerne, kunne anses for vedtaget, når kontrakten ikke var blevet underskrevet. Arkitekterne havde fremsendt en kontraktformular på ABR-vilkår til bygherren. Kontrakten blev aldrig indgået, idet bygherrens revisionsafdeling havde bemærkninger til honorarberegningen samt en bestemmelse om begrænsningen af rådgiverens ansvar. Bygherren havde efterfølgende ikke kommet med yderligere indvendinger i henhold til de andre angivne bestemmelser i kontrakten. Voldgiftsretten konstaterede på baggrund heraf, at de øvrige bestemmelser på ABR-vilkår, som fremgik af kontrakten, måtte anses for gældende. Voldgiftsretten fastslog, at selvom aftalen ikke var underskrevet, så ansås ABR-vilkårene for vedtaget, hvis der var sket en igangsættelse af arbejdet. Yderligere blev det lagt til grund, at der ikke havde været indsigelser mod de øvrige ABR-bestemmelser.

Såfremt ansvarsbegrænsningsklausulerne anses for gyldigt vedtagne mellem parterne, må dette som udgangspunkt respekteres af domstolene og voldgiftsretten. Det er således kun i tilfælde af grov uagtsomhed eller forsæt, at ansvarsbegrænsningerne i ABR kan tilsidesættes som ugyldige.¹⁵⁶

¹⁵⁵ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 270.

¹⁵⁶ jf. Gjedde-Nielsen, Michael & Hansen, Hans Lykke, ABR 89, s. 268-269. Se også Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 325.

5.2 Ansvarsfraskrivelsen af driftstab, avance tab og andre indirekte tab

Bestemmelsen i ABR 18 § 50, stk. 1 svarer med en sproglig forenkling til ABR 89 punkt 6.2.4. Således er retsstillingen ved anvendelse af bestemmelsen i ABR 18 uændret, og praksis angående ABR 89 punkt 6.2.4 kan anvendes til beskrivelse af gældende ret.

Det fremgår af § 50, stk. 1, at *”rådgiveren ikke er ansvarlig for driftstab, avancetab eller andre indirekte tab.”*

Bestemmelsen gælder både ved tab opstået som følge af mangler og forsinkelse. Dog er personskade ikke omfattet af bestemmelsen, således at begrænsningen alene gælder tings- og formueskade.¹⁵⁷ Denne undtagelse er formentligt af mindre betydning i praksis, da rådgiverens ansvarspådragende fejl sjældent vil resultere i personskade.

Driftstab og avancetab er defineret under kandidatspecialets afsnit 3.3.2 om tabskategorier. Begrebet indirekte tab indeholder imidlertid ikke en entydig definition af hvilke tabstyper, som hører under begrebet. Indirekte tab kan defineres som et følgetab, som bygherren lider ved ikke at kunne benytte bygningen eller anlægget som forudsat, samt tab, der opstår ved at bygherre ikke kan leve op til sine forpligtelser overfor andre.¹⁵⁸ For en nærmere fastlæggelse af hvilke tabstyper der er omfattet af begrebet indirekte tab, må praksis for voldgiftsretten inddrages. Finansieringsomkostninger er af voldgiftsretten behandlet som et indirekte tab:

I T:BB 2005.88 VBA omhandlende tvisten, hvorvidt totalrådgiveren var berettiget til sit fulde honorar. Totalrådgiverens ydelse var teknisk rådgivning og bistand i forbindelse med betonundersøgelser af facader og altaner samt renovering heraf. Halvandet år efter aftaleindgåelsen afbrød bygherre sit samarbejde med rådgiveren og nægtede at udbetale det påkrævede honorar. Sagen blev ført til retsudvalget i Danske Arkitekters Landsforbund, som gav medhold til totalrådgiveren. Bygherren indbragte herefter tvisten for voldgiftsretten, blandt andet med den påstand, at totalrådgiveren var ansvarlig for at have påført bygherren omkostninger til færdiggørelse, advokat og finansiering.

¹⁵⁷ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 323.

¹⁵⁸ jf. Hansen, Jørgen, Teknikeraftalen: almindelig del, s. 271.

Voldgiftsretten fastslog i den forbindelse, at finansieringsudgifterne var udokumenterede, og at disse desuden måtte blive betragtet som et indirekte tab jf. ABR 89 punkt 6.2.4.

Rentetab anses ligeledes af voldgiftsretten som et indirekte tab, som er omfattet af § 50, stk. 1:

I T:BB 1999.158 VBA, som omhandlede en tvist vedrørende rådgivningsarbejde i forbindelse med sanering af en ejendom, krævede bygherren blandt andet erstatning for udgifter til forrentning af byggelån. Bygherren fik dog ikke medhold i kravet, da voldgiftsretten fandt, at rentetab blev anset for et indirekte tab, og dermed var omfattet af den aftalte ansvarsbegrænsning.

Endvidere må udgifter til byggelån anses for et indirekte tab, som omfattes af § 50, stk.1:

I KFE 1989.57 VBA blev der konstateret omfattende gennemtæring af varmtvandsrør. Den rådgivende ingeniør fandtes i denne forbindelse erstatningsansvarlig for mangelfuld rådgivning, da der ikke var foreskrevet montering af et elektrolyseanlæg i det pågældende varmtvandsanlæg. Angående kravets størrelse konstaterede voldgiftsretten, at udgifter til byggelån ikke kunne erstattes.

Praksis viser imidlertid, at et tab, som i nogle situationer ville anses som indirekte, efter en konkret vurdering, ikke vil være omfattet af ABR 18, § 50, stk. 1. Dette er tilfældet, hvis der i udbudsmaterialet er opstillet specifikke forudsætninger angående de udgifter, som er genstand for vurderingen:

I T:BB 2011.213 VBA omhandlede tvisten, hvorvidt rådgiveren havde projekteret et anlæg, som levede op til den ønskede energiøkonomi. Som følge af mangler ved anlægget viste det sig, at energiforbruget var væsentlig større end forudsat. Voldgiftsretten fastslog, at der i den pågældende sag ikke var tale om et indirekte tab *"på baggrund af byggeprojektets helt særegne karakter med de præciserede forudsætninger om energiforbrug, der fremgår af både udbudsmateriale og totalentreprenørkontrakten med*

*tilhørende bilag.*¹⁵⁹ Bygherren var dermed berettiget til erstatning for de forøgede energiomkostninger.

Ligeledes blev varmetab i T:BB 1999.306 VBA ikke kategoriseret som et indirekte tab. Det var i sagen en klar forudsætning for bygherren, at projektet medførte lavere udgifter til opvarmning end ved fortsat oliefyring. Voldgiftsretten fandt, at rådgiveren ved at undlade af beregne varmetabet ikke havde sikret, at forudsætningerne for projektet var opfyldt. Angående varmetabet fandt voldgiftsretten ikke, at der var tale om et indirekte tab, som klageren var afskåret fra at kræve erstattet.

Andre tabstyper, herunder tab pga. forsinkelse og udgifter til garantiprovision, er ikke blevet anset som indirekte tab:

I T:BB 2014.531 VBA blev udgifter til forlænget byggetid, forøgede byggepladsomkostninger, forøgelse af bygherrens udgifter til byggeledelse og projektkontor i en forsinkelsessituation anset som et direkte tab.

Angående forsinkelse kan også henvises til KFE 1991.8 VBA. I sagen skulle en ingeniør yde bistand ved myndighedsbehandlingen, og ingeniøren blev anset for at være delvis ansvarlig for at bygge- og zonestilladelsen ikke forelå i rette tid. Af denne grund blev byggeriet forsinket, og bygherren måtte betale erstatning til entreprenøren pga. forsinkelsen. Det tab, som bygherren led i denne anledning, kunne ifølge voldgiftsretten ikke anses som et indirekte tab.

Angående udgifter til garantiprovision kan henvises til KFE 1988.156 VBA. I sagen blev den stillede garanti ikke frigivet som følge af skader i gulvene på 1.500 præfabrikerede huse. Derfor måtte bygherren afholde udgifter til forlængelse af garantien. Rådgiveren protesterede mod udgiften blandt andet med henvisning til, at der var tale om et indirekte tab. Voldgiftsretten fandt dog, at udgiften direkte skyldtes, at gulvene var mangelfulde, og der derfor ikke var tale om et indirekte tab.

¹⁵⁹ jf. T:BB 2011.213 VBA, s. 2.

5.3 Ansvarsbegrænsningen ved flere skadevoldere

Såfremt der er flere skadevoldere, som er ansvarlige for samme skade, gælder der efter dansk rets almindelige erstatningsregler, en solidarisk hæftelse mellem de skadevoldende parter. Bygherre har i dette tilfælde mulighed for at rette hele kravet mod én af skadevolderne, hvorefter den pågældende kan søge regres mod de øvrige skadevoldende parter. Ved den indbyrdes regres bestemmes kravets størrelse ud fra den del af den samlede skyld, skadevolderen har pådraget sig.¹⁶⁰

ABR 18 § 50, stk. 2 medfører et pro-rata ansvar ved flere skadevoldende parter. Dette udgør en fravigelse af ovenstående princip. Bestemmelsen er en sproglig opdatering til ABR 89 pkt. 6.2.5, hvorfor retstilstanden må anses som uændret. Bestemmelsen findes kun relevant, såfremt flere skadevoldere måtte være erstatningsansvarlige for det samme tab.

Pro-rata hæftelse medfører, at rådgiveren kun hæfter for den del af det samlede krav, som rådgiveren har været skyld i.¹⁶¹

Er bestemmelsen vedtaget kan bygherren ikke søge hele kravet dækket hos rådgiveren, i det tilfælde hvor både entreprenør og rådgiver er fælles ansvarlige for et tab. Bygherren må således søge hele kravet dækket hos entreprenøren. Herefter kan entreprenøren søge regres hos rådgiveren ud fra den skyldgrad, rådgiveren har udvist. Alternativt kan bygherren søge kravet dækket ved at inddrage begge parter i sagen.

For rådgiveren medfører bestemmelsen, at rådgiveren ikke risikerer at hæfte for entreprenørens manglende betalingsevne. Dette skyldes, at rådgiveren ikke skal yde fuld erstatning til bygherren for derefter forgæves at søge regres mod en insolvent entreprenør.

¹⁶⁰ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 323.

¹⁶¹ jf. Iversen, Torsten, Entrepriseretten, s. 835.

5.3.1 De beløbsmæssige ansvarsbegrænsningernes betydning ved flere ansvarlige

I det tilfælde, hvor bygherre lider et tab som følge af en fejl ved både projekteringen og udførelsen, kan de beløbsmæssige ansvarsbegrænsningsklausuler også få betydning for entreprenøren

Problemstillingen kan illustreres gennem et eksempel. Bygherren har lidt et tab på kr. 1. mio. Rådgiveren og entreprenøren har udvist samme skyldgrad, og skal som udgangspunkt hver bære halvdelen af tabet. Rådgiverens ansvar er dog som følge af aftalen med bygherren begrænset til kr. 400.000. I denne situation kan ansvarsbegrænsningen føre til tre mulige scenarier:

- Det første tænkelige scenarie medfører en begrænsning af bygherrens krav mod rådgiveren, men også kravet mod entreprenøren. Bygherre kan kræve et erstatningsbeløb på kr. 900.000. fra entreprenøren, hvorefter entreprenøren kan søge regres mod rådgiveren for kr. 400.000. Entreprenøren stilles således ikke dårligere, end hvis ansvarsbegrænsningen ikke var vedtaget. I stedet må bygherren bære et tab på kr. 100.000.
- Det andet scenarie indebærer, at ansvarsbegrænsningen ikke medfører en begrænsning i bygherrens krav over for entreprenøren. Bygherren kan således kræve erstatning for det fulde beløb på kr. 1 mio. hos entreprenøren. Da der ikke mellem entreprenøren og rådgiveren gælder en ansvarsbegrænsning, kan entreprenøren søge regres for 500.000 kr. af rådgiveren. Rådgiverens beløbsmæssige ansvarsbegrænsning mister således reelt sin betydning, da bygherren kan omgå begrænsningen ved at søge kravet dækket hos entreprenøren.
- I det sidste scenarie medfører ansvarsbegrænsningen ikke en begrænsning i bygherrens krav mod entreprenøren, men ansvarsbegrænsningen opretholdes i forhold til regreskravet. Bygherren vil således kunne kræve erstatning for det fulde beløb på kr. 1 mio., men efterfølgende vil entreprenøren kun have mulighed for at søge regres mod rådgiveren for kr. 400.000. Således må entreprenøren bære et tab som følge af den begrænsning, der er indgået mellem bygherren og rådgiveren.

I teorien har Torsten Iversen argumenteret for det første scenarie som det mest hensigtsmæssige. Han anfører at scenarie to medfører, at ansvarsbegrænsningen i nogen grad mister sin virkning, og scenarie tre overfører byrden til entreprenøren, hvilket synes usympatisk, da ansvarsbegrænsningen er indrømmet af bygherren overfor rådgiveren.¹⁶² I bemærkningerne til ABR 18 er det bestemt, at princippet i scenarie et skal finde anvendelse.¹⁶³ Således stilles entreprenøren ikke ringere som følge af en ansvarsbegrænsning, som er aftalt mellem bygherre og rådgiver.

5.4 Beløbsmæssige begrænsninger af rådgiverens erstatningsansvar

Bestemmelsen i ABR 18 § 50, stk. 3 er en ny indsat bestemmelse, som udgør en begrænsning af rådgiverens ansvar. Ifølge bestemmelsen er rådgiverens erstatningsansvar begrænset til dækningen ifølge projektansvarsforsikringen.

Bestemmelsen finder alene anvendelse, hvis der for det konkrete byggeri er tegnet en projektansvarsforsikring. Forskellen mellem projektansvarsforsikring og rådgiverens egen ansvarsforsikring er, at projektansvarsforsikring alene gælder for det konkrete projekt. Derimod gælder ansvarsforsikringen løbende for rådgivning i forbindelse med forskellige projekter.

Begrænsningen er fastsat til den dækningssum, som rent faktisk er til rådighed. Såfremt flere rådgivere er underlagt den samme projektansvarsforsikring, og en rådgiver er skyld i, at der sker udbetaling af en del af den samlede dækningssum, nedskrives ansvarsbegrænsningen for de øvrige rådgivere til den samlede resterende dækningssum.¹⁶⁴

I tilfælde, hvor der ikke er tegnet en projektansvarsforsikring, gælder bestemmelsen i ABR 18 § 50, stk. 4 i stedet. Der er ligeledes tale om en ny indsat bestemmelse. Bestemmelsen fastsætter en generel beløbsmæssig begrænsning af rådgiverens ansvar. Dette er begrænset til 2 gange det aftalte rådgiverhonorar, dog mindst kr. 2,5 mio.

¹⁶² jf. Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, s. 832-835.

¹⁶³ jf. Betænkning nr. 1570, *Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed*, 2018, s. 324.

¹⁶⁴ jf. Betænkning nr. 1570, *Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed*, 2018, s. 325.

Der kan i visse tilfælde være behov for at fravige denne bestemmelse og aftale en højere begrænsning, idet det i nogle bygge- og anlægsarbejder kan få meget store økonomiske konsekvenser, såfremt rådgiveren laver fejl.¹⁶⁵

6. Konklusion

Som det fremgår af ABR 18 § 49, stk. 1, er den tekniske rådgiver i forbindelse med projekteringsfejl og -mangler ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Det kan således konkluderes, at ud over en misligholdelse af kontrakten, skal de grundlæggende erstatningsbetingelser være til stede, hvis rådgiveren skal ifalde et erstatningsansvar.

Bygherren skal således bevise, at rådgiveren har udført en ansvarspådragende handling i forbindelse med en opgave, som han er forpligtet til at yde. Det fastslås, at rådgiverens ydelse fastlægges med udgangspunkt i aftalegrundlaget, herunder materiale fra bygherrens udbud og rådgiverens tilbud. Ved uklarheder i aftalegrundlaget kan ABR og ydelsesbeskrivelserne desuden inddrages som fortolkningsbidrag.

Den ansvarspådragende handling skal udgøre et ansvarsgrundlag hos den tekniske rådgiver. Der skal således foreligge en mangel i det udførte arbejde. Dette er tilfældet, hvis rådgiveren ikke har udført opgaven i overensstemmelse med aftalen, god rådgivningsetik og bygherrens anvisninger. Det pointeres dog, at ikke enhver mangel er ansvarspådragende. Rådgiveren er underlagt et professionsansvar, da denne handler som professionel. Således underlægges rådgiveren en skærpet culpavurdering. Her vurderes, om rådgiveren har handlet anderledes, end hvad en anden professionel rådgiver ville have gjort i en tilsvarende situation. Er dette ikke tilfældet, er der ikke et ansvarsgrundlag.

Ud over betingelsen om at der skal foreligge et ansvarsgrundlag hos rådgiveren, skal bygherren have lidt et tab. Det fastslås, at bygherrens tab hovedsageligt optræder som udgiftstab i forbindelse med udbedringsomkostninger og forstyrrelser i byggeriet, samt differencetab som følge af fordyrende tilkøb efter udbudsperioden. Det kan ligeledes konkluderes, at tabsbetingelsen i praksis udgør et stort problem i forbindelse med bygherrens krav, især i forhold til erstatning for glemte ydelser. Således har det vist sig meget vanskeligt

¹⁶⁵ jf. Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018 s. 325.

for bygherren at løfte bevisbyrden angående et påstået tab, som er opstået pga. manglende konkurrenceudsættelse af ydelsen. Voldgiftsretten har ikke anerkendt, at ekstraarbejder generelt er dyrere, og det er ikke i praksis lykkedes konkret at bevise dette. En lempelse af bevisbyrden, således at tabet udmåles skønsmæssigt, er dog set i sager, hvor manglerne først blev opdaget efter afleveringen af byggeriet.

Der skal yderligere foreligge årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og bygherrens tab. Det kan konkluderes, at rådgiveren kan frifindes pga. manglende årsagssammenhæng, hvis entreprenøren har udført fejl, som ville have ført til tabet, uanset om rådgiveren har handlet ansvarspådragende. Det kan yderligere konstateres, at et tab kun kan erstattes, så længe tabet er en påregnelig følge af den ansvarspådragende handling.

Endvidere må der ikke foreligge erstatningsfortabende egen skyld hos bygherren. Egen skyld er en relativ betingelse, og kan fremstå både som et erstatningsfortabende eller -nedsættende forhold. Der er betydelig usikkerhed angående anvendelsen af egen skyld i praksis, da voldgiftsretten ikke har været konsekvent i deres kendelser. Der foreligger således kendelser, der begrunder nedsættelsen af et erstatningskrav med henvisning til bygherrens faglige ekspertise samt kendelser, der ikke tager bygherrens evner i betragtning. Betragtninger om egen skyld synes ofte at fremtræde som en ansvarsfordeling, som beror på voldgiftsrettens frie skøn. Hermed opnås et resultat, som voldgiftsretten finder rimeligt. Denne retsstilling må beskrives som utilfredsstillende. Det er således vanskeligt at forudse, hvilke handlinger der kan medføre nedsættelse af et erstatningskrav, som følge af bygherrens egen skyld.

Det kan konstateres, at der angående erstatningsreglerne ikke er sket ændringer efter den seneste revidering af standardvilkårene i ABR. Retsstillingen angående erstatningskravet mod rådgiveren er dermed uændret i forhold til reglerne under ABR 89.

Betingelserne for at gøre et erstatningskrav gældende mod den tekniske rådgiver er identiske, uanset om ABR indgår som en del af aftalegrundlaget eller ej. Erstatningsansvaret efter ABR følger de almindelige danske erstatningsregler, hvorfor der ikke opstår forskel i retsstillingen uanset en vedtagelse af ABR.

I forlængelse af besvarelsen af problemformuleringen, har kandidatspecialet yderligere behandlet ansvarsbegrænsningerne i ABR 18. Dette skyldes, at sådanne begrænsninger kan

påvirke et erstatningskrav betydeligt, og derfor har stor betydning for, hvordan bygherren er stillet ved fejl- og mangler fra rådgivers side. Det kan konkluderes, at indirekte tab ikke kan kræves erstattet ved vedtagelse af ABR 18 § 50, stk. 1. Dette gælder fra avance- og driftstab, men også for andre indirekte tab som rentetab, finansieringsomkostninger og udgifter til byggelån. Derudover medfører pro-rata bestemmelsen i § 50, stk. 2, at bygherren ikke kan søge hele kravet dækket hos rådgiveren i tilfælde, hvor entreprenør og rådgiver er fælles ansvarlige for et tab. Endeligt medfører bestemmelserne i § 50, stk. 3 og 4 beløbsmæssige begrænsninger i et erstatningskrav. Således er kravet enten maksimeret til dækningen under en projektansvarsforsikring, eller til 2 gange rådgiverhonoraret, dog minimum kr. 2,5 mio.

De beløbsmæssige begrænsninger er nye bestemmelser, mens stk. 1 og 2 svarer til, hvad der gjaldt under ABR 89. På trods af at der er tale om begrænsninger i bygherrens krav, må de nye begrænsninger forventes at medføre en forbedret retsstilling for bygherren. Dette skyldes, at det allerede er sædvanligt i mange rådgiverkontrakter, at der fastsættes en beløbsmæssig ansvarsbegrænsning. Dette ses typisk som en begrænsning af dækningen under rådgivers ansvarsforsikring. Denne gælder dog løbende for rådgiverens ansvar i forskellige projekter, hvorfor bygherren risikerer, at der er manglende dækning for kravet. Projektansvarsforsikringen gælder derimod alene for ét konkret projekt, hvorfor bygherren har større sikkerhed for sit krav.

Slutteligt skal det vurderes, hvorvidt revideringen af standardvilkårene i ABR har medført en forbedret retsstilling for bygherren. Det konkluderes, at der ikke er sket ændringer i retsstillingen angående erstatningsbetingelserne. Alligevel må det forventes, at bygherren med vedtagelsen af ABR 18 er stillet bedre end under ABR 89. Dette skyldes hovedsageligt, at der ved revideringen er forsøgt skabt et bedre overblik og klarhed angående rådgiverens ydelse. I ABR 18 er der f.eks. i § 4, 5 og 6 skabt større klarhed over, hvad der skal indgå i rådgivningsaftalen, bygherrens udbud samt rådgiverens tilbud. Det må derfor forventes, at konflikter angående de aftalte ydelser vil blive mindsket.

Derudover har udvalget bag ABR forsøgt at imødekomme bygherrens problemer angående erstatningskrav for glemte ydelser. Dette er sket ved indførelsen af en konventionalbod, som sikrer bygherren betaling, hvor det tidligere ville være problematisk at få erstatning. Der er

dog fortsat uklarhed om, hvilke konsekvenser bestemmelsen om konventionalboden vil have i praksis. Bestemmelsens forhold til de øvrige misligholdelsesbeføjelser er således ikke afklaret, ligesom det er uvist, i hvilket omfang rådgiverne vil kræve et risikotillæg i deres honorar som følge af bestemmelsen. Om konventionalboden fuldt ud afhjælper bygherrens problemer angående glemte ydelser, er således tvivlsomt.

7. Litteraturliste

7.1 Bøger

- Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, Aftaler og mellemænd, 7. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2017.
- Andersen, Mads bryde og Lookofsky, Joseph, Lærebog i obligationsret I - Ydelsen, beføjelser, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group Danmark A/S, København 2015.
- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov m.fl., Den civile retspleje, 4. udgave, 1. oplag, Universitetsforlaget Pejus, 2017.
- Eyben, Bo Von og Isager, Helle, Lærebog i erstatningsret, 8. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.
- Gjedde-Nielsen, Michael og Hansen, Hans Lykke, ABR 89 - Almindelig bestemmelser for teknisk Rådgivning og bistand, 3. Udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2013.
- Gomard, Bernhard, Moderne erstatningsret, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave, 4. oplag, 2002.
- Hansen, Jørgen: Teknikeraftalen: almindelig del, Ny udgave, Juraconsult Forlag ApS, 1984.
- Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. udgave, 3. oplag, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016.
- Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 1. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2000.
- Iversen, Torsten, Obligationsret 2. del, på baggrund af Bernhard Gomards obligationsret, Jurist og Økonomforbundets forlag, 5. udgave, 1. oplag, 2019.
- Langsted, Lars Bo, Rådgivning. Bind 1, - det professionelle erstatningsansvar, 1. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2014.
- Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 2. udgave, 1. oplag, Djøf forlag, 2018.
- Ulfbeck, Vibe, Erstatningsretlige grænseområder, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

7.2 Artikler

- Costigan, Malcolm, Praksisudviklede begrænsninger af den tekniske rådgivers ansvar for fejl og forsømmelser, T:BB 2011.653, Karnov group Denmark A/S.
- Falk, Nicolaus, Om bygherrens mistede konkurrencefordel, T:BB 2017.321, Karnov group Denmark A/S.
- Gjedde-Nielsen, Michael, Nogle bemærkninger til ABR 18, T:BB 2018.305, Karnov group Denmark A/S.
- Hørlyck, Erik, MgO – kendelsen og mangelsansvaret, T:BB 2017.647, Karnov group Denmark A/S.
- Pedersen, Peter Eg, Behov for bedre og mere effektiv projektering i store byggeprojekter, Bygningsstyrelsen, 30. jan. 2017.
- Troelsen, Kristian, Projekt mangler er bygherrerens største hovedpine, Dagens Byggeri, 16. dec. 2016
- Troelsen, Kristian, Projekt mangler er vokset kraftigt de sidste 25 år, Dagens Byggeri, 26. aug. 2016.

7.3 Øvrige kilder

- ABR 89, Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand, 1989.
- ABR 18, Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand, 2018.
- AB-udvalget, Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, kapitel D - Bemærkninger til ABR 18, 2018.
- Bygningsstyrelsen, Bygherrevejledning 2008.
- DANSKE ARK og FRI, ydelsesbeskrivelse for byggeri og landskab, 2018.
- Købeloven.
- Udbudsloven.
- Voldgiftsnævnet for bygge- & anlægsvirksomhed, Regler for voldgift 2018.

7.4 Afgørelser og kendelser

7.4.1 Ugeskrift for Retsvæsen

- U 1985.555 H
- U 1994.656 V

- U 2001.1709/2 H
- U 2010.213 H
- U 2017.753 V

7.4.2 Kendelser om fast ejendom

- KFE 1977.34 VBA
- KFE 1981.65 VBA
- KFE 1988.156 VBA
- KFE 1989.57 VBA
- KFE 1991.8 VBA
- KFE 1993.147 VBA
- KFE 1993.161 VBA
- KFE 2003.46 VBA
- KFE 2010.061 VBA

7.4.3 Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

- T:BB 1999.158 VBA
- T:BB 1999.306 VBA
- T:BB 2000.86 VBA
- T:BB 2000.252 VBA
- T:BB 2001.602 VBA
- T:BB 2002.289 V
- T:BB 2003.539 VBA
- T:BB 2004.183 VBA
- T:BB 2004.189 VBA
- T:BB 2005.87 VBA
- T:BB 2005.88 VBA
- T:BB 2008.85 VBA
- T:BB 2008.90 VBA
- T:BB 2008.203 VBA
- T:BB 2008.398 VBA
- T:BB 2008.428 VBA
- T:BB 2009.590 VBA
- T:BB 2009.677 VBA
- T:BB 2010.256 VBA
- T:BB 2010.661 VBA
- T:BB 2011.213 VBA
- T:BB 2014.531 VBA

- T:BB 2015.635 VBA
- T:BB 2016.541 VBA
- T:BB 2016. 557 VBA
- T:BB 2016.838 VBA
- T:BB 2017.779 VBA
- T:BB 2018.907 VBA
- T:BB 2019.34 VBA

7.4.4 Forsikrings- og erstatningsretlig domssamling

- FED 1995.623 V
- FED 2002.1125 Ø
- FED 2003.2138 Ø

7.4.5 Diverse

- Utrykt kendelse af 8. januar 2016, sag nr. C-12982. (bilag 1)

Skærmpoint af antal anslag

Ordoptælling	
Statistik:	
Sider	79
Ord	23.879
Tegn (uden mellemrum)	142.149
Tegn (med mellemrum)	165.810
Afsnit	656
Linjer	2.227
<input checked="" type="checkbox"/> Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter	
Luk	