

Byggetidens viden

Joachim R. Jensen
Martin A. Bro
Søren N. Hedegaard



Indhold

1. INTRODUKTION	5
1.1. PROBLEMFÖRMULERING	6
1.2. EMNEAFGRÆNSNING OG PRIORITERING	6
1.4. METODE	7
1.4.1. Retskilder	7
1.4.2. Loven	7
1.4.3. Aftaler	7
1.4.4. Rets- og voldgiftspraksis	9
1.4.4. Retslitteratur	10
2. ENTREPRENØRENS MANGELSANSVAR OG BYGGETIDENS VIDEN	10
2.1. DET OBLIGATIONSRETTLIGE UD GANGSPUNKT	11
2.2. Mangelsbegrebet i entrepriseretten	11
2.3. BYGGETIDENS VIDEN	13
2.3.1. Rets- og voldgiftspraksis før MgO-afgørelserne	17
2.3.2. MgO-afgørelserne	20
2.3.3. MgO-afgørelserne og byggetidens viden	23
2.3.4. DELKONKLUSION	43
2.4. VURDERINGSTIDSPUNKTET	46
2.4.1. Udførelsestidspunktet	46
2.4.2. Beslutningstidspunktet	48
2.4.3. Delkonklusion	54
2.5. AB 18 § 12, STK. 3 OG BYGGETIDENS VIDEN	54
2.5.1. AB 18 § 12, stk. 3	55
2.5.2. Delkonklusion	58
3. TEKNISK RÅDGIVNING	59
3.1. ALMINDELIGE BETINGELSER FOR RÅDGIVNING OG BISTAND I BYGGE- OG ANLÆGSVIRKSOMHED	59
3.2. BYGGETIDENS VIDEN OG RÅDGIVERENS ERSTATNINGSANSVAR	62
3.3. NYE OG UPRØVEDE MATERIALER OG METODER	64
3.4. DELKONKLUSION	68
4. TALENTPREPRISE	69
4.1. STANDARDVILKÅR FOR TALENTPREPRISE	69
4.2. BYGGETIDENS VIDEN I TALENTPREPRISE	70
4.3. PRAKSIS VEDRØRENDE BYGGETIDENS VIDEN OG TALENTPREPRISE FØR MGO-AFGØRELSENE ...	71
4.4. TALENTPREPRISE OG MGO-AFGØRELSENE	73
4.5. DELKONKLUSION	74
5. GARANTIER	74
5.1. FORHOLDET TIL BYGGETIDENS VIDEN	76
5.2. VOLDGIFTSRETTENS- OG DOMSTOLENES TILGANG TIL GARANTIER	77
5.3. DELKONKLUSION	82
6. KONKLUSION	82
7. ABSTRACT	86

8. LITTERATURLISTE..... 88

1. Introduktion

Ingen ved rigtig, hvad en udviklingskade er.¹ Udviklingskader og byggetidens viden kan være en u håndgribelig størrelse. Ikke desto mindre, er der tale om betragtninger, der kan have stor betydning for byggeriets parter.

Byggeriet udvikler sig i takt med den teknologiske udvikling. Denne udvikling er blandt andet drevet af ønsket om smartere, nemmere og billigere løsninger. Med udvikling følger risiko for svigt. En gang skal være den første, og nye materialer og metoder kan senere vise sig uegnede.

Hvor en sådan uegnethed senere konstateres, opstår spørgsmålet, hvem der skal have tegnebogen op af lommen. Hvem bærer udviklingsrisikoen?

En mangel ved entreprenørens ydelse vil som udgangspunkt medføre misligholdelsesbeføjelser for bygherren.

Har entreprenøren handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, vil risikoen for disse udviklingssvigt efter omstændighederne påhvile bygherren.

Byggetidens viden har fået fornyet aktualitet i forbindelse med den omfattende brug af MgO-plader som vindspærreplader i dansk byggeri. Disse har senere vist sig uegnede. MgO-pladernes overensstemmelse med byggetidens viden vil derfor have stor betydning for de involverede parter. Det anslås, at udgifterne beløber sig til et milliardbeløb. Afklaring af problemstillingen har været længe ventet, ikke mindst på grund af placeringen af de eksorbitante udbedringsomkostninger der er knyttet til sagskomplekset.²

¹ Jf. Erik Hørlyck, *Entreprise – almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)* med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2019, s. 474. Herefter "Hørlyck, *Entreprise 2019*".

² Jf. Erik Hørlyck, *MgO-kendelsen og Materialeansvaret*, TBB2017.647(647) Herefter "Hørlyck, *MgO-kendelsen*".

1. 1. Problemformulering

Dette speciale er en retlig undersøgelse af indholdet af 'byggetidens viden' i entrepriserelationer, hvor byggematerialer eller metoder senere viser sig uegnede.

1.2. Emneafgrænsning og prioritering

Specialet er en undersøgelse af 'byggetidens viden' i entrepriserelationer med fokus på den kontraktsretlige relation mellem byggeriets parter.

I specialet behandles fortolkning af garantier i relation til byggetidens viden. Der afgrænses fra aftaleretlige problemstillinger omkring vedtagelse og ugyldighed af garantier.

I byggeri kan der opstå spørgsmål om forholdet til materialeleverandører i byggeriet, herunder i relation til ansvars- og regressspørgsmål i forbindelse med levering af fejlbehæftede eller uegnede materialer. I denne forbindelse vil der kunne opstå køberetlige og produktansvarsretlige problemstillinger. Der afgrænses fra disse områder.

Som følge af den valgte prioritering afgrænses fra offentligretlig regulering med betydning for byggeriet.

I specialet vil følgende terminologi blive anvendt i undersøgelsen af byggetidens viden.

Ved "*bygherren*" forstås den aftalepart, som har udbudt byggeriet med henblik på opførelse heraf. I hovedentreprisen skal begrebet "*bygherren*" traditionelt forstås som hovedentreprenøren i forholdet mellem hoved- og underentreprenører, jf. AB18 § 2, stk. 1.

Ved "*entreprenøren*" forstås den aftalepart, som enten skal udføre hele eller dele af byggearbejdet i fag- eller hovedentreprisen uden derved at have påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Dette omfatter således både hoved- og fagentreprisen.

Ved "*totalentreprisen*" forstås derimod en entreprenør, som har påtaget sig at foretage den væsentligste del af projekteringen og udførelsen af byggeriet, jf. ABT 18 § 2, stk. 1.

Foruden totalentreprisen og traditionel reprisen er der også andre organisationsformer. Organisationsformerne kan variere, men det fælles træk er, at de i et vist omfang overlader projekteringen til entreprenøren. Disse former ligger i området mellem traditionel reprisen og totalentreprisen, og betegnes som "mellemløst".⁸⁴ Der afgrænses fra disse organisationsformer.

Ved ”rådgiver” forstås tekniske rådgivere i byggeriet, uanset om disse er antaget af en totalentreprenør eller bygherre. I denne sammenhæng anføres det i litteraturen, at de vigtigste rådgivere er arkitekter og ingeniører, som dette speciale ligeledes vil tage udgangspunkt i.³

Såfremt andet ikke er angivet, tager specialet udgangspunkt i den traditionelle entrepriseform, hvormed menes, at entreprenøren har påtaget sig at udføre entreprisen i fag- eller hovedentreprise, mens projekteringsforpligtelsen påhviler bygherrens tekniske rådgiver.⁴

1.4. Metode

Formålet med specialet er en retsdogmatisk analyse af byggetidens viden. Gennem den retsdogmatiske metode sker der en analyse og beskrivelse af gældende ret. Dette sker ved inddragelse af relevante retskilder.⁵

1.4.1. Ret skilder

Retskilder anvendes til at udlede gældende ret. Retskildebegrebet er ikke entydigt fastlagt.⁶ Specialet undersøger byggetidens viden indenfor entrepriseretten. Udgangspunktet vil herefter blive taget i de relevante retskilder i entrepriseretten.

1.4.2. Loven

Kontraktrelationen mellem parterne er ikke lovreguleret. I stedet er entrepriserelationer reguleret af dele af den almindelige formueretlige lovgivning og obligationsretten. Entrepriseretten er desuden karakteriseret af aftalefrihed.⁷

1.4.3. Aftaler

Da entrepriseretten ikke er lovreguleret, er forholdet mellem bygherren og entreprenøren hovedsageligt reguleret gennem aftaler. Hvorvidt aftaler kan anses som en retskilde er ikke

³ Jf. Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udgave, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2016, s. 195. Herefter ”Iversen 2016”.

⁴ Jf. Iversen 2016, s. 77.

⁵ Jf. Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, Djøf forlag, 2018, s. 204-205. Herefter ”Munk-Hansen, 2018”.

⁶ Munk-Hansen 2018, s. 198 og Iversen 2016, s. 48.

⁷ Jf. Iversen 2016, s. 53 og Ole Hansen, *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem – modsætningsforhold eller fællesskab*, 1. udgave, 2008, Jurist- og økonomforbundets forlag, s. 16-27. Herefter ”Hansen 2008”.

entydigt fastlagt. I den traditionelle retskildelære anses aftaler imidlertid ikke som at være en retskilde, men derimod en del af faktum.⁸

Indenfor entrepriseretten er anvendelse af ”*Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed*” (AB) særlig udbredt mellem bygherrer og entreprenører i traditionel entreprise. AB er et sæt standardvilkår udarbejdet med repræsentation fra byggeriets parter og karakteriseres derfor som et agreed document.⁹ Som følge af vilkårenes udbredte anvendelse, har de fået en fremtrædende og dominerende retskildemæssig betydning indenfor entrepriseretten. Dette skyldtes ligeledes, at vilkårene, selvom de ikke er vedtaget, i vidt omfang anses som udtryk for udfyldende regler på entrepriseområdet, hvis der ikke er aftalt andet mellem parterne.¹⁰ Foruden AB er der også udarbejdet en række andre standardvilkår til brug for andre områder og organisationsformer, herunder for rådgivning og totalentreprise i byggeriet i form af ABR og ABT.¹¹

For så vidt angår totalentreprise er ABT ligeledes i vidt omfang udtryk for udfyldende ret, såfremt ABT ikke er vedtaget.¹²

På området for rådgivning har ABR tilsvarende udbredt og indgår i de fleste aftaler om teknisk rådgivning. Da interesserepræsentationen bag udarbejdelsen af ABR 89 og forgængerer var mindre end bag AB og ABT-vilkårene, har ABR-vilkårene aldrig fået samme karakter af udfyldende regler.¹³

I tilknytning til AB-reglerne er der udsendt betænkninger, som indeholder bemærkninger til vilkårene og baggrunden for disse. Den retskildemæssige værdi heraf må antages at svare til sagkyndige betænkninger, hvorved de anses for at spille en væsentlig rolle som fortolkningsbidrag til standardvilkårene.¹⁴

⁸ Jf. Munk-Hansen 2018, s. 361-363 og Iversen 2016, s. 49.

⁹ Jf. Iversen 2016, s. 50-51

¹⁰ Jf. Hansen 2008, s. 17-18 og Iversen 2016, s.50-51

¹¹ Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed og Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed

¹² Jf. Erik Hørlyck, Totalentreprise med kommentarer af Erik Hørlyck, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 55. Herefter ”Hørlyck, Totalentreprise 2017”.

¹³ Jf. Iversen 2016, s. 59

¹⁴ Jf. Hansen 2008, s. 18 og Iversen 2016, s.52.

De nugældende standardvilkår er AB 18, som er udarbejdet af et udvalg nedsat af klima-, energi- og bygningsministeren og udsendt den 10. august 2018.¹⁵ Forinden offentliggørelsen udsendte det nedsatte udvalg i juni 2018 betænkning nr. 1570/2018 over de almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, som indeholder bemærkninger til revisionen af AB-systemet og de nye standardvilkår, der ligeledes omfatter en revision af ABT og ABR.¹⁶ Da der endnu ikke foreligger afgørelser, hvor de nyeste udgaver af standardvilkårene har været vedtaget, er de forudgående udgaver fortsat værende relevante til at fastlægge retsstillingen.

1.4.4. Rets- og voldgiftspraksis

Retspraksis er af afgørende betydning for forståelsen af gældende ret.¹⁷ Dette er ligeledes udgangspunktet indenfor entrepriseretten, hvorfor retspraksis vil blive inddraget i forbindelse med undersøgelse af byggetidens viden.¹⁸

Retspraksis har imidlertid en mindre fremtrædende rolle indenfor entrepriseretten, da praksis hovedsageligt udgøres af voldgiftsavgørelser. Dette skyldes, at vedtagelse af AB-reglerne som udgangspunkt indebærer, at tvister mellem byggeriets parter skal løses ved en voldgiftsret nedsat af Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed.¹⁹ Deres afgørelser er bindende og endelige.

Tvist ved voldgift er en aftalt fravigelse af domstolsprøvelse, og er dermed en privat tvistløsningsmetode. En voldgiftsavgørelse vil ofte ikke være kendt af andre end parterne, idet dette er en af fordelene ved anvendelse af voldgift. Selvom en voldgiftsavgørelse bliver fremlagt, vil udgangspunktet være, at den ikke har præjudikatsværdi for en domstolsavgørelse om et tilsvarende forhold.²⁰

Dette udgangspunkt kan imidlertid ikke fuldt ud fastholdes indenfor entrepriseretten, da de fleste tvister, som anført ovenfor, afgøres ved voldgift.

Voldgift ved Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed har karakter af institutionel voldgift og ved behandlingen af tvister, følger de overvejende de samme principper og

¹⁵ AB 18 er offentliggjort på retsinformation.dk under VEJ nr. 9632 af 10/08/2018.

¹⁶ Herefter "AB 18-bet."

¹⁷ Jf. Munk-Hansen 2018, s. 330-331.

¹⁸ Jf. Hansen 2008, s. 19

¹⁹ Jf. AB 18 § 69, stk. 1, ABT 18 § 67, stk. 1 og ABR 18 § 63, stk. 1.

²⁰ Jf. Munk-Hansen 2018, s. 334

processer, som følges ved de danske domstole.²¹ Voldgiftsretten består som udgangspunkt af tre dommere sammensat af to tekniske dommere og én juridisk dommer som formand.

Voldgiftsafgørelser afsagt af voldgiftsretterne nedsat af Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed bliver offentliggjort i større omfang end andre voldgiftskendelser. Offentliggørelse sker i tidsskriftet "Kendelser for fast ejendom"(KFE) og i "Tidsskrift for Bolig- og Byggeret" (TBB). Afgørelserne bærer imidlertid præg af, at de er meget konkrete, og de udfærdiges uden fuldstændig sagsfremstilling, vidneforklaring eller gengivelse af proceduren, hvilket påvirker deres retskildeværdi.²²

Som følge af den udbredte frivillige anvendelse af tvistløsning ved voldgiftsretter nedsat Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed og procesformen, tillægges afgørelser afsagt af disse retter således stor retskildeværdi.²³ Voldgiftspraksis vil derfor løbende blive inddraget som en del af specialets undersøgelse af byggetidens viden.

1.4.4. Retslitteratur

Specialet vil inddrage retslitteratur. Retslitteratur udgør ikke en retskilde, idet denne savner legitimitet til at fastlægge gældende ret. Retslitteraturen kan imidlertid indeholde en retlig argumentation, som senere kan blive anerkendt i retspraksis. De synspunkter, som forfatteren fremfører, kan indgå i argumentationen for et resultat. Det er på denne måde retslitteraturen vil blive anvendt i specialet.²⁴

2. Entreprenørens mangelsansvar og byggetidens viden

I dette kapitel vil byggetidens viden i traditionel entreprise blive undersøgt. Der vil først ske en undersøgelse af mangelsbegrebet i entrepriseretten og præsentation af begrebet byggetidens viden. Dernæst vil praksis fra før MgO-afgørelserne blive gennemgået. MgO-afgørelserne vil blive præsenteret, hvorefter der vil blive foretaget en analyse af disse. Afslutningsvis vil vurderingstidspunktet for byggetidens viden blive undersøgt og bestemmelsen i AB 18 § 12, stk. 3 vedrørende entreprenørens underretningspligt ved anvendelse af nye materialer og metoder.

²¹ Jf. Iversen 2016, s. 59-60 og Hansen 2008, s. 20-21

²² Jf. Iversen 2016, s. 60.

²³ Jf. Iversen 2016, s. 60 og Hansen 2008, s. 24.

²⁴ Jf. Munk-Hansen 2018, s. 373-375.

2.1. Det obligationsretlige udgangspunkt

Det obligationsretlige udgangspunkt i et gensidigt skyldforhold er, at hvor debitor ikke har præsteret kontraktmæssig ydelse, foreligger der en misligholdelse. Denne misligholdelse kan give grundlag for en eller flere misligholdelsesbeføjelser.²⁵

Entreprise er et gensidigt bebyrdende kontraktsforhold. Ved aftale har entreprenøren påtaget sig visse forpligtelser overfor bygherren, og bygherren har påtaget sig visse forpligtelser overfor entreprenøren. I almindelighed består bygherrens hovedydelse i at betale entreprisensummen.²⁶

Entreprenøren forpligter sig typisk til både at levere nogle materialer og til at præstere en arbejdsydelse. Der er dog også tale om entreprise, hvor bygherren leverer samtlige materialer, og entreprenøren alene skal udføre arbejdet. Entreprenørens hovedydelse består i almindelighed i at præstere et vist arbejdsresultat.²⁷

Spørgsmålet er herefter, hvornår en entreprenørs ydelse kan siges at være mangelfuld.

2.2. Mangelsbegrebet i entrepriseretten

I det følgende foretages en ikke-udtømmende gennemgang af det entrepriseretlige mangelsbegreb, som grundlag for undersøgelsen af byggetidens viden.

I entrepriseretten tager mangelsbegrebet sit naturlige udgangspunkt i AB-standardvilkårene. I AB 18 § 47, stk. 1 og 2 fremgår det, at såfremt arbejdet og materialerne ikke er i overensstemmelse med § 12, stk. 1 og 2, foreligger der en mangel. Det følger af § 12, stk. 1 og 2, at arbejdet skal udføres i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt og i overensstemmelse med bygherrens anvisninger. Materialer skal, såfremt disses beskaffenhed ikke er anført, være af sædvanlig god kvalitet. Entreprenøren skal levere alle materialer og præstere alle nødvendige bydelser til færdiggørelse af arbejdet. AB 18 § 47, stk. 1 og 2 svarer i det væsentligste til AB 92 § 30, stk. 1 og 2. Der er ikke tilsigtet nogen ændring af den hidtidige retstilstand.²⁸ Arbejdet skal i alle tilfælde have de egenskaber, som er tilsikret, jf. AB 18 § 47, stk. 4.

²⁵ Jf. Mads Bryde Andersen mfl. Lærebog i obligationsret I, 4. udgave, Karnov Group, 2015 s. 177. Herefter "Bryde Andersen 2015"

²⁶ Jf. Iversen 2016, s. 175.

²⁷ Jf. Iversen 2016, s. 157.

²⁸ Jf. AB 18-bet., s. 161.

Hvor der foreligger en mangel, sondres der mellem entreprenørens mangelshæftelse og entreprenørens erstatningsansvar for mangler. Entreprenøren hæfter som udgangspunkt for en mangel. Entreprenørens erstatningsansvar forudsætter foruden en mangel tillige et ansvarsgrundlag.²⁹ Bygherren kan i de tilfælde, hvor der foreligger en mangel, udøve mangelsbeføjelser over for entreprenøren, men denne kan ikke kræve erstatning, medmindre der foreligger et ansvarsgrundlag.

Mangelsbedømmelsen vil som udgangspunkt være konkret med fokus på aftalen og fortolkning af denne. Afgørende vil herefter være, hvad parterne har aftalt. Er arbejdet ikke som aftalt, vil det være mangelfuldt.³⁰

I tilfældet, hvor aftalen ikke indeholder holdepunkter for at afklare, om der foreligger en mangel, vil mangelsbedømmelsen være generel. Afgørende er herefter, om arbejdet er fagmæssigt korrekt, og materialerne er af sædvanlig god kvalitet.³¹

Tidspunktet for mangelsbedømmelsen er afleveringstidspunktet, jf. AB 18 § 47, stk. 6.

Det entrepriseretlige mangelsbegreb kan opdeles i mangler ved udførelsen og mangler ved de anvendte materialer.

Mangler ved udførelsen vil foreligge, såfremt entreprenøren har udvist fejl eller forsømmelse ved udførelsen. Dette vil være tilfældet, såfremt entreprenøren ikke har opfyldt de krav til udførelsen, som er indeholdt i bygherrens projekt, arbejdet ikke er i overensstemmelse med håndværksmæssig skik, eller hvis entreprenøren ikke har iagttaget sin indsigelsespligt. Såfremt der foreligger mangler ved udførelsen, vil dette være ensbetydende med, at entreprenøren har udvist professionsculpa.³²

Mangler ved de anvendte materialerne kan som anført ovenfor foreligge, såfremt materialet ikke i overensstemmelse med det aftalte eller af sædvanlig god kvalitet. Dette fastholdes dog ikke fuldt ud, hvilket fremgår af AB 18 § 47, stk. 2-3.

Det fremgår af AB 18 § 47, stk. 2, litra a, at der ikke foreligger en mangel, når kontraktmæssigt materiale ikke findes eller ikke kan skaffes på grund af krig, indførselsforbud eller lignende.

²⁹Jf. Iversen 2016, s. 568-569.

³⁰ Jf. Iversen 2016, s. 572-573.

³¹ Ibid.

³² Jf. Iversen 2016, s. 577.

Efter AB 18 § 47, stk. 2, litra b, vil der heller ikke foreligge en mangel, når bygherren har krævet anvendelse af et bestemt eller tilsvarende materiale, og entreprenøren godtgør, at muligheden for at fremskaffe dette i kontraktmæssig stand må anses for udelukket ved forhold, som entreprenøren ikke burde have taget i betragtning ved aftalens indgåelse. Denne bestemmelse, der svarer til AB 92 § 30, stk. 2, nr. 2, vedrører fabrikationsfejl. Fabrikationsfejl foreligger, hvor materialer, der er egnede til formålet, konkret er fejlbehæftede.³³ Entreprenøren vil ikke hæfte for fabrikationsfejl, såfremt denne kan godtgøre, at det ikke var muligt at fremskaffe fejlfri eksemplarer.³⁴

Det fremgår af AB 18 § 47, stk. 3, litra a, at der ikke foreligger en mangel, selvom materialet ikke er egnet til formålet, hvis materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet. Bestemmelsen er ny og kodificerer retspraksis.³⁵

Efter AB 18 § 47, stk. 3, litra b, foreligger der ikke en mangel, når bygherren har krævet anvendelse af et bestemt eller tilsvarende materiale, og entreprenøren har anvendt det foreskrevne materiale. Bestemmelsen fastslår, hvad der gælder i retspraksis, hvorefter der ikke foreligger en mangel, såfremt entreprenøren anvender et materiale, som bygherren har foreskrevet. Dette gælder dog ikke fabrikationsfejl, medmindre entreprenøren ikke kunne vælge et fejlfrit materiale.³⁶

2.3. Byggetidens viden

Hvis entreprenøren anvender materialer, som senere viser sig uegnede til formålet, foreligger der som udgangspunkt en mangel ved entreprenørens ydelse. Hvor der foreligger en mangel ved entreprenørens ydelse, hæfter entreprenøren herfor.

Grundsætningen om byggetidens viden indebærer, at entreprenøren ikke kan mødes med mangelskrav fra bygherren, hvor entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Hvor en entreprenør har anvendt materialer, som ifølge byggetidens viden måtte anses for forsvarlige og fornuftige, hæfter denne således ikke for mangler, der skyldes, at materialerne senere viser sig uegnede til formålet.

³³ Jf. Iversen 2016, s. 584.

³⁴ Jf. Iversen 2016, s. 606.

³⁵ Jf. AB 18-bet., s. 61.

³⁶ Jf. AB 18-bet., s. 161-162.

Dette udtrykkes også således, at bygherren bærer udviklingsrisikoen, hvilket vil sige risikoen for, at materialer der tidligere blev anset som egnede, senere viser sig uegnede.³⁷

Byggetidens viden finder tillige anvendelse ved udførelsesmetoder, der senere viser sig uegnede. Hvor entreprenøren har udført arbejdet i overensstemmelse med byggetidens viden, vil udviklingsrisikoen, således også påhvile bygherren.³⁸ Hvor der er anvendt materialer og metoder, der på byggetiden blev anset for fornuftige og forsvarlige, bærer bygherren således risikoen for eventuelle fejl, der senere viser sig.³⁹

Hvor der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, udtrykkes dette også således, at entreprenøren har handlet i overensstemmelse med almindelig byggeskik.⁴⁰ Byggetidens viden er i teorien beskrevet således, at bygherren ikke uden særlig aftale kan forlange, at entreprenørens ydelse er bedre, end almindelig byggeskik tilsiger.⁴¹

I forhold til standardvilkårene indeholder AB 92 ikke en bestemmelse om byggetidens viden. Betænkningen omtaler imidlertid byggetidens viden under begrebet udviklingssvigt. Udviklingssvigt foreligger, hvor der opstår svigt ved entreprenørens ydelse, uagtet at arbejdet er udført fagmæssigt korrekt og i overensstemmelse med god byggeskik. Det anføres, at udviklingssvigt ligeledes kan forekomme ved materialer og som en kombination af udførelsesmåde og materialevalg. Udviklingssvigt udgør ikke mangler i AB's forstand. Det anføres således, at udviklingssvigt er omfattet af bygherrrisikoen.⁴²

I AB 18 er der indsat en bestemmelse om byggetidens viden. I henhold til AB 18 § 47, stk. 3, litra a, foreligger der ikke en mangel, hvor entreprenøren godtgør, at et materiale efter byggetidens viden blev anset som egnet til formålet.

AB 18 betænkningen anfører, at entreprenøren ikke hæfter for mangler, såfremt entreprenøren har anvendt materialer, som efter byggetidens viden kan anses for forsvarlige og fornuftige til formålet. Det anføres, at bygherren bærer risikoen for sådanne forhold.

³⁷ Jf. Iversen 2016, s. 585

³⁸ Jf. Iversen 2016, s. 577

³⁹ Jf. Anders Vestergaard Buch, *Entrepriseretlige mangler*, 1. udgave, Forlaget Thomsen, 2007, s. 143. Herefter "Vestergaard Buch 2007".

⁴⁰ Jf. Iversen 2016, s. 585 og Vestergaard Buch 2007, s. 144

⁴¹ Jf. Vestergaard Buch 2007, s. 144

⁴² Jf. AB 92 bet. s. 123

Desuden anføres det, at bestemmelsen kodificerer retspraksis.⁴³ AB 18 § 47, stk. 3 og AB 18 betænkningen omtaler kun byggetidens viden ved materialer.

Det er i teorien anført, at principperne i AB 18 § 47, stk. 3 i vidt omfang vil finde analog anvendelse for udførelsesmetoder der er i overensstemmelse med byggetidens viden, og som senere viser sig uegnde.⁴⁴

Dette støttes yderligere på, at udviklingsskadebegrebet i AB 92 omfatter både materialer og udførelsesmetoder, og at der i henhold til bemærkningerne til AB 18 ikke er tilsigtet en ændring af den gældende retstilstand.⁴⁵

Byggetidens viden udgør en vidtgående undtagelse til entreprenørens mangelshæftelse. Hvor der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden indebærer dette ikke blot, at entreprenøren ikke har pådraget sig et erstatningsansvar, men at entreprenøren bliver befriet for enhver mangelshæftelse.⁴⁶ Hvorvidt en entreprenør kan siges at have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden er således ikke alene et spørgsmål om, hvorvidt entreprenøren har handlet ansvarspådragende.

Denne vidtgående undtagelse til mangelshæftelsen, må siges at være særegen for entrepriseretten. Ved salg af fast ejendom vil det forhold, at der ved opførelsen af en bygning er anvendt dengang anerkendte metoder eller materialer, ikke fritage sælgeren fra dennes almindelige mangelshæftelse.⁴⁷ Ligeledes vil en leverandør af byggematerialer ikke kunne påberåbe sig byggetidens viden som undtagelse til dennes mangelshæftelse. Sælgeren af byggematerialer hæfter således for, at det leverede materiale er egnet til det oplyste formål.⁴⁸ Inden for området for produktansvar findes ligeledes et udviklingsskadebegreb som undtagelse til produktansvaret. Produktansvarsreglerne anlægger dog en mere restriktiv vurdering af, hvornår der foreligger en udviklingsskade.⁴⁹

Byggetidens viden er relevant, hvor entreprenøren har valgt det anvendte materiale. En entreprenør, der har haft frit materialevalg, hæfter som udgangspunkt for mangler der

⁴³ Jf. AB 18 bet. s. 161.

⁴⁴ Jf. jf. Eric Boesgaard, m.fl., AB 18 for praktikere, 1. udgave, Molio, 2018, s. 358. Herefter ”Boesgaard 2018”.

⁴⁵ Jf. Bet. AB 18, s. 161.

⁴⁶ Jf. Iversen 2016, s. 588-589.

⁴⁷ Jf. Carsten Munk-Hansen, Fast Ejendom I Overdragelsen, 2. udgave, Jurist- og økonomiforbundets Forlag, 2015, s. 242-243.

⁴⁸ Jf. Iversen 2016, s. 589

⁴⁹ Jf. Iversen 2016, s. 585 og Bryde Andersen, 2015, s. 509-510.

skyldes, at materialet senere viser sig at være uegnet. Undtagelsen hertil er, at entreprenøren har valgt materialer, der var i overensstemmelse med byggetidens viden.⁵⁰ Hvor det er bygherren, der har valgt det anvendte materiale, har entreprenøren blot fulgt bygherrens forskrifter og hæfter allerede af denne grund ikke for, at materialet senere viser sig uegnet. I denne situation er der således ikke behov for betragtninger om byggetidens viden, eller om at bygherren bærer udviklingsrisikoen for at konstatere, at entreprenøren ikke hæfter for materialets uegnethed.⁵¹ Hvor bygherren har foreskrevet materialet eller udførelsesmetoden, vil byggetidens viden kun have betydning for at afgøre, om entreprenøren burde have frarådet anvendelsen i medfør af sin indsigelsespligt.⁵² Såfremt bygherren har foreskrevet et materiale eller en udførelsesmetode, hvis anvendelse må anses for at være i overensstemmelse med byggetidens viden, vil entreprenøren ikke have pligt til at fraråde anvendelsen. En entreprenør med frit materialevalg, der har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, vil undgå hæftelse for mangler der skyldes formålsuegnethed, men ikke for mangler der skyldes fabrikationsfejl.⁵³

Grundsætningen om byggetidens viden finder ikke kun anvendelse ved traditionel entreprise, men gælder også ved totalentreprise og rådgivning.⁵⁴ Byggetidens viden i relation til disse områder vil blive behandlet i særskilte kapitler herom.

Det er forskelligt, om betydningen af byggetidens viden beskrives således, at der ikke foreligger en mangel ved entreprenørens ydelse, eller som at byggetidens viden udgør en undtagelse til entreprenørens mangelshæftelse.⁵⁵ Betydningen er den samme, nemlig at bygherren ikke kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende mod entreprenøren i anledning af, at et materiale eller en metode senere viser sig uegnet, og at bygherren derfor bærer udviklingsrisikoen. Der er således alene tale om en sproglig forskel, og dette speciale vil ikke omtale denne forskel yderligere.

Udover begrebet byggetidens viden og udviklingsrisiko vil begrebet udviklingssvigt tillige blive anvendt i specialet. Der foreligger udviklingssvigt, hvor der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, og hvor materialet eller metoden senere viser sig

⁵⁰ Jf. Iversen 2016, s. 602-603

⁵¹ Jf. Iversen 2016, s. 595, 605-606.

⁵² Jf. Iversen 2016, s. 595. For generelt om entreprenørens indsigelsespligt se Iversen 2016 s. 401 ff.

⁵³ Jf. Iversen 2016, s. 604.

⁵⁴ Jf. Iversen 2016, s. 585, 806 og 857.

⁵⁵ Jf. AB 18 bet. s. 161 og Iversen 2016, s. 582, 588 og 602

uegnet. Synonymt med udviklingsvigt anvendes også udviklingsskade. I specialet vil udviklingsskade alene blive benyttet, hvor den der refereres til rets- eller voldgiftspraksis der benyttet dette begreb.

Den indbyrdes sammenhæng mellem begreberne kan beskrives således, at hvor entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, vil bygherren bære udviklingsrisikoen, hvilket vil sige risikoen for, at der senere opstår udviklingsvigt. Specialet vil desuden anvende betegnelsen uheldige egenskaber om senere konstaterede egenskaber, der gør materialet uegnet til formålet.

2.3.1. Rets- og voldgiftspraksis før MgO-afgørelserne

I det følgende vil blive gennemgået et udsnit af hidtidig praksis, hvor betragtninger om byggetidens viden har været inddraget. Dette sker med henblik på at belyse, hvordan byggetidens viden har været anvendt i praksis.

Byggetidens viden går tilbage til 1980'erne i forbindelse med omfattende voldgiftspraksis vedrørende anvendelse af flade tagpaptage i byggeriet.⁵⁶ I 1960'erne og 1970'erne blev en lang række ejendomme opført med flade tage. Det viste sig senere til bygherrerne store skuffelse, at tagene i vidt omfang blev utætte grundet temperaturbetingede bevægelser i isoleringen og/eller underlaget under tagpappen. I KFE 1983.299 VBA og KFE 1983.318 VBA behandlede voldgiftsretten spørgsmålet om anvendelsen af flade tage.

I KFE 1983.299 VBA udtalte voldgiftsretten, at det nævnte fugtfænomen var ukendt på byggeriets tidspunkt, at både tagpap og tagplader isoleret set var i orden, at arbejdet var veludført, og at den udførte konstruktion på udførelsestidspunktet var almindelig anvendt og anerkendt samt anset for at være fuldt funktionsdygtig.

I KFE 1983.318 VBA udtalte Voldgiftsretten tilsvarende, at materialerne var almindelig anvendt og anerkendt, og deraf var entreprenøren ikke ansvarlig. I begge sager var det således afgørende, at konstruktionen var almindelig anvendt og anerkendt, samt at problemerne var ukendte.

⁵⁶ Jf. Hørlyck, MgO-kendelsen, s. 4.

Sidenhen har voldgiftsretten og domstolene frifundet entreprenøren med lignende betragtninger om, at en metode eller et materiale kunne anses som almindelig anvendt og anerkendt.

U 1987.668/2 H omhandlede mangler og følgeskader ved en VVS-entreprise. I 1981 konstateredes forurening af drikkevandet med skæreolie, og efter fejlslagne forsøg på at rense drikkevandet ved gennemskylning lod ejeren hele rørsystemet udskifte. Højesteret udtalte:

”Det må lægges til grund, at (...) blev udført håndværksmæssigt forsvarligt, og at appellanten i begge tilfælde anvendte en fremgangsmåde ved gevindskæring af vandrørene, der var sædvanlig på daværende tidspunkt, og som ikke havde givet anledning til væsentlige ulemper”.

Entreprenøren blev derfor frifundet for bygherrens erstatningskrav. I denne sag var det således også afgørende, at der var anvendt en metode, der var sædvanlig. Desuden blev der lagt vægt på, at metoden endnu ikke havde givet anledning til væsentlige ulemper.

U 1994.612 H omhandlede ligeledes utætheder ved de flade tage, hvor Højesteret udtalte:

”Der er ikke i de foreliggende oplysninger grundlag for at fastslå, at den af appellanten valgte fremgangsmåde vedrørende tagpappets påklæbning og tagpapstrimlernes bredde var fagligt uforsvarlig på udførelsestidspunktet uanset beskaffenheden af underlaget for selve tagdækningen.”

Herefter var spørgsmålet, om entreprenøren i kraft af sin entrepriseretlige indsigelsespligt burde have frarådet anvendelsen af det problematiske isoleringsmateriale. Herom udtalte Højesteret:

“Efter det oplyste (...) var det endnu i 1979 almindeligt at anvende expanderede polystyrenplader som underlag for tagbelægning.”

Da den valgte udførelsesmetode var således fagligt forsvarlig på udførelsestidspunktet, og idet entreprenøren ikke burde have frarådet bygherren om anvendelsen af de pågældende plader, blev entreprenøren frifundet. Det afgørende var således, hvad der på daværende tidspunkt kunne anses som fagligt forsvarligt og almindeligt. Dommen illustrerer desuden betydningen af byggetidens viden i forbindelse med entreprenørens indsigelsespligt.

U 2008.1861H omhandlede gennemtæring af spær i drivhuse. B, der havde opført drivhusene og fået galvaniseringsarbejdet udført af C, anlagde sag mod C med påstand om erstatning for skaderne. Højesteret lagde til grund:

"(...)at det først fra 1994-1995 blev kendt i galvaniseringsbranchen(...) under visse forhold kan give anledning til tæring i et sådant omfang, at det har funktionsmæssig betydning."

Højesteret anførte endvidere, at galvaniseringen var udført i overensstemmelse med *"almindelig praksis i galvaniseringsbranchen"*.

C blev herefter frikendt. I denne afgørelse var det således afgørende, at der var tale om almindelig praksis i branchen, samt at de uheldige egenskaber var ukendte.

TBB 2018.781 V angik utætheder ved et ståltag monteret på en kornhal. Det var aftalt, at taget skulle være et stålpladetag med "antidryp". Kort tid efter, at taget var monteret, begyndte det at dryppe fra det.

Landsretten fandt, at hovedårsagen til tagets utæthed var tagets materiale, og at eventuelle fejl i forbindelse med monteringen af taget ikke havde haft væsentlig betydning. Landsretten udtalte herefter:

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

Underentreprenøren kunne derfor ikke anses for at være ansvarlig for manglen ved ståltaget, og landsretten stadfæstede herefter byrettens afgørelse om frifindelse af underentreprenøren. I denne sag var det således tilstrækkeligt til at friholde underentreprenør fra ansvar, at tagtypen ikke på tidspunktet for monteringen af taget blev anset for uegnet til formålet. Selvom landsretten ikke finder anledning til at udtale sig direkte herom, må egnetheden i kraft af stadfæstelsen ses i sammenhæng med byrettens bemærkninger. I byretten blev underentreprenøren frifundet under henvisning til, at der var tale om en *"anerkendt type"*, og at der ikke var dårlige erfaringer.

Samlet viser praksis før MgO-afgørelserne, at retten eller voldgiftsretten har frifundet entreprenøren efter betragtninger, der må siges at være udtryk for betragtninger om byggetidens viden. I afgørelserne nævnes ikke specifikt byggetidens viden eller udviklingsrisiko, men der må siges at være tale tilsvarende betragtninger. Entreprenørerne blev frifundet, fordi de anvendte materialer eller metoder blev anset som almindelig anvendt

og anerkendt på tidspunktet. Som det fremgår, benyttes der forskellige formuleringer i afgørelsernes bemærkninger.

I afgørelserne om de flade tage fra Voldgiftsretten stemmer bemærkningerne ofte overens. Voldgiftsretten udtaler gennemgående, at materialet og/eller udførelsesmetoden var almindelig anvendt og anerkendt.⁵⁷

I tråd hermed lægger Højesteret i sine domme vægt på, om fremgangsmåden eller materialerne var fagligt/håndværksmæssigt forsvarligt, almindeligt og sædvanligt. Afgørende i sagerne var, at de pågældende uheldige egenskaber måtte anses for at have været ukendte på det daværende tidspunkt, og den anvendte metode eller materiale kunne beskrives som almindeligt anvendt og anerkendt eller tilsvarende.

2.3.2. MgO-afgørelserne

Byggetidens viden har senest været aktuel i en række afgørelser omhandlende anvendelsen af de såkaldte MgO-plader. I det følgende vil problemstillingen i sagerne, og udfaldet af de fire MgO-afgørelser blive introduceret til brug for de efterfølgende afsnit.

MgO-pladerne blev i en kort periode i meget stort omfang benyttet som vindspærreplader i dansk byggeri. Denne periode strakte sig fra 2010 til begyndelsen af 2015, hvor der udkom advarsler mod anvendelsen af MgO-plader i fagtidsskrifter. MgO-vindspærrepladerne består af bindemidlet, sorel-cement, og forskellige fyldstoffer. Sorel-cementen indeholder saltet magnesiumchlorid, og det var dette, der gav anledning til problemerne med anvendelsen af MgO-pladerne som vindspærreplader. Magnesiumchlorid er fugtsugende, hvilket gør MgO-pladerne ustabile ved en relativ luftfugtighed over 93%.⁵⁸ Dette medførte således, at MgO-pladerne viste sig uegnede til anvendelse som vindspærreplader i dansk klima.

I december 2013 udkom BYG-ERFA (21) 131227 “*Om vindspærrer i facader - materialevalg og afdækning i byggeperioden*”, der omtalte vindspærreplader udført af magnesiumbaseret plademateriale som anvendelige i facader. Ligeledes blev vindspærreplader fremstillet af magnesium og salte omtalt i TRÆ 68 Facadeelementer fra december 2013.

⁵⁷ Jf. Hørlyck, MgO-kendelsen, s. 4

⁵⁸ Jf. Hørlyck, Entreprise 2019, s. 200

I maj 2015 udkom BYG-ERFA (21) 150505, hvor MgO-pladernes fugtopsugende egenskaber, der gjorde pladerne uegnede til brug som vindspærreplader, blev beskrevet, og hvor anvendelse blev frarådet indtil risikoen var afklaret. Ligeledes blev BYG-ERFA (21) 131227 fra december 2013 annulleret i maj 2015.

I TBB 2017.779 VBA (MgO-1) forelå den første afgørelse om anvendelse af MgO-pladerne i relation til byggetidens viden. Sagen vedrørte en facaderenovering, der blev påbegyndt i 2010 og afleveret i december 2011. Undervejs i byggeriet blev der efter forslag fra entreprenøren besluttet at anvende MgO-plader som vindspærreplader. I marts 2015 reklamerede bygherren over mangler ved MgO-pladerne til rådgiveren og entreprenøren. Voldgiftsretten fandt, at MgO-pladerne var uegnede til anvendelse som vindspærreplader i dansk klima. Valget af anvendelse af MgO-pladerne måtte sidestilles med at være foreskrevet af bygherren, hvorefter entreprenøren ikke hæftede for manglerne. Voldgiftsretten fandt i øvrigt, at betragtninger om byggetidens viden ikke kunne medføre, at bygherren bar risikoen for pladernes uegnethed. MgO-pladerne var således ikke i overensstemmelse med byggetidens viden. I forholdet mellem rådgiveren og bygherren var det aftalt, at kvalitetssikringsbekendtgørelsen og –vejledningen skulle være gældende, hvorefter rådgiveren var forpligtet til at orientere bygherren om anvendelse af nye og uprøvede materialer. Rådgiveren blev ansvarlig, som følge af, at denne ikke havde orienteret bygherren om anvendelsen af MgO-pladerne.

I TBB 2018.907 VBA (MgO-2) forelå den anden afgørelse om anvendelse af MgO-pladerne og disses overensstemmelse med byggetidens viden. Sagen vedrørte en renovering af en større bebyggelse, der blev påbegyndt i 2011 og afleveret i april 2014. I byggeriet blev der efter forslag fra entreprenøren anvendt MgO-plader som vindspærreplader. I april 2015 reklamerede bygherren over mangler ved MgO-pladerne til entreprenøren og rådgiveren. Voldgiftsretten fandt, at MgO-pladerne var uegnede til anvendelse som vindspærreplader i det danske klima. Voldgiftsretten fandt ikke, at valget om anvendelse af MgO-plader kunne anses for foreskrevet af bygherren. Entreprenøren havde benyttet sin mulighed for frit materialevalg til at ændre materialet fra de i projektet angivne vindgipsplader til MgO-plader. Voldgiftsretten fandt, at betragtninger om byggetidens viden og udviklingsrisiko ikke kunne begrunde, at bygherren skulle bære risikoen for MgO-pladernes uegnethed. Anvendelsen af MgO-plader, var således ikke i overensstemmelse med byggetidens viden, og entreprenøren hæftede derfor for manglerne ved pladerne. Rådgiveren blev frifundet for

projekteringsansvar, da denne ikke burde have vidst, at der var tale om et nyt og ikke-gennemprøvet produkt.

I voldgiftssag nr. C-14696 af 30. april 2019 (MgO-3) tog voldgiftsretten for tredje gang stilling til anvendelsen af MgO-pladerne i relation til byggetidens viden. Sagen vedrørte en facaderenovering, der blev påbegyndt i sommeren 2014 og afleveret i januar 2015. Der blev anvendt MgO-plader i byggeriet, og i februar 2015 reklamerede bygherren over mangler ved MgO-pladerne til entreprenøren. Voldgiftsretten fandt, at entreprenøren havde mulighed for at anvende en anden type vindspærreplader, end den i projektet foreskrevne fibercementplade, såfremt det valgte produkt havde tilsvarende egenskaber. Det blev lagt til grund, at MgO-pladerne havde samme egenskaber, hvorefter entreprenøren kunne vælge disse. Voldgiftsretten udtalte i overensstemmelse med de hidtidige MgO-afgørelser, at MgO-pladerne var uegnede til anvendelse som vindspærreplader i det danske klima. Voldgiftsretten lagde til grund, at entreprenøren havde valgt MgO-pladerne i sommeren 2014. Voldgiftsretten fandt, at der på dette tidspunkt forelå en risikooverførende viden hos entreprenøren, og lagde blandt andet vægt på, at entreprenøren berettiget kunne lægge oplysningerne i BYG-ERFA (21) 131227 og TRÆ 68 til grund forud for beslutningen om anvendelse af MgO-pladerne. MgO-pladerne var således på dette tidspunkt i overensstemmelse med byggetidens viden. Yderligere havde entreprenøren ikke handlet ansvarspådragende ved ikke at orientere bygherren om valget af MgO-plader. Bygherren skulle herefter bære risikoen for MgO-pladernes uheldige egenskaber.

I voldgiftssag nr. C-141199 af den 7. maj 2019 (MgO-4) opstod spørgsmålet anvendelse af MgO-plader i relation til byggetidens viden i totalentreprise. Sagen vedrørte opførelse af ungdomsboliger, der blev påbegyndt i begyndelsen af 2014 og afleveret i august 2014. Totalentreprenøren valgte at anvende MgO-plader, og i juni 2015 reklamerede bygherren til totalentreprenøren over mangler ved MgO-pladerne. Voldgiftsretten udtalte i overensstemmelse med de hidtidige MgO-afgørelser, at MgO-pladerne var uegnede til anvendelse som vindspærreplader i det danske klima. Voldgiftsretten fandt, at totalentreprenøren havde valgt MgO-pladerne ved færdigprojekteringen af myndighedsprojektet. Voldgiftsretten fandt, at der på dette tidspunkt forelå en risikooverførende viden hos totalentreprenøren, og henviste blandt andet til BYG-ERFA (21) 131227 og TRÆ 68. MgO-pladerne var således på dette tidspunkt i overensstemmelse med byggetidens viden.

Yderligere havde totalentreprenøren ikke handlet ansvarspådragende ved ikke at orientere bygherren om valget af MgO-plader. Bygherren bar herefter risikoen for MgO-pladernes uheldige egenskaber.

2.3.3. MgO-afgørelserne og byggetidens viden

I det følgende afsnit vil de ovennævnte fire afgørelser vedrørende anvendelsen af MgO-plader blive gennemgået i relation til byggetidens viden. Dette vil ske med henblik på at fastslå, hvordan afgørelserne bidrager til indholdet og anvendelsen af begrebet byggetidens viden. Fælles for de fire afgørelser er, at de behandler problemstillingen om, hvorvidt entreprenøren hæftede for mangler ved de anvendte MgO-plader, eller om byggetidens viden kunne medføre, at entreprenøren ikke hæftede for manglerne ved byggeriet. Afgørelsernes betydning for byggetidens viden i relation til ansvaret for en teknisk rådgiver og en totalentreprenør, vil blive behandlet i de særskilte kapitler herom. Ligeledes vil det relevante tidspunkt for vurderingen af byggetidens viden blive behandlet særskilt.

I MgO-1 og MgO-2, fandt voldgiftsretten, at anvendelsen af MgO-plader ikke kunne anses som en del af byggetidens viden. I MgO-3 og MgO-4 fandt voldgiftsretten, at anvendelsen af MgO-plader, måtte siges at være i overensstemmelse med byggetidens viden. Afgørelserne vil blive inddraget løbende, som de bidrager til forståelsen af byggetidens viden.

I MgO-3 indledte voldgiftsretten sin behandling af spørgsmålet om byggetidens viden med at konkludere, at MgO-pladerne var uegnede til anvendelse som udendørs vindspærreplader i dansk klima. Voldgiftsretten udtalte herefter:

”De vindspærreplader, som E valgte at anvende, har således vist sig at indeholde et materiale, der er uegnet til formålet. Som udgangspunkt er E herefter ansvarlig for materialevalget, medmindre selskabet kan godtgøre at have handlet i overensstemmelse med almindelig byggeskik (byggetidens viden)”

Voldgiftsrettens bemærkning illustrerer systematikken bag begrebet byggetidens viden. En entreprenør er ansvarlig for at have valgt et materiale, der senere viser sig uegnet medmindre, anvendelsen af materialet kan siges at have været i overensstemmelse med byggetidens viden. Dette bliver yderligere udpenslet i voldgiftsrettens bemærkninger omkring byggetidens viden i MgO-4.

I MgO-4 konstaterede voldgiftsretten indledningsvist, at MgO-pladerne var uegnede til formålet, og at det var totalentreprenøren, der traf beslutning om anvendelse af MgO-pladerne. Voldgiftsretten udtalte herefter:

”En entreprenør, der har frit materialevalg, er som udgangspunkt ansvarlig for mangler, hvis han vælger at anvende et materiale, der viser sig uegnet, selv om han ikke kunne vide det. Det gælder, selvom bygherren ikke har haft indsigelse mod entreprenørens valg eller ligefrem har godkendt det. Entreprenøren er imidlertid ikke ansvarlig, hvis han godtgør, at materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet”

Voldgiftsrettens bemærkning i MgO-4 bekræfter det ovenfor anførte, og gør det endnu mere klart. Entreprenøren hæfter for mangler som skyldes, at entreprenøren har valgt et materiale, som senere viser sig uegnet. Dette gælder også, selvom entreprenøren ikke kunne vide, at materialet var uegnet. Undtagelsen til denne mangelshæftelse er, at entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden.

Voldgiftsrettens bemærkning illustrerer, at spørgsmålet om byggetidens viden er relevant i tilfælde, hvor det er entreprenøren, der har valgt det materiale, der senere viser sig uegnet. Voldgiftsretten konstaterer først, at materialet er valgt af entreprenøren, og omtaler derefter byggetidens viden.

Voldgiftsrettens bemærkning viser desuden, at byggetidens viden er et spørgsmål om mangelshæftelse og ikke blot et spørgsmål om erstatningsansvar. Voldgiftsretten konstaterer, at entreprenøren er ansvarlig for mangler, og angiver herefter, at dette ikke er tilfældet, såfremt der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Såfremt entreprenøren kan godtgøre at have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, vil denne således ikke hæfte for mangler ved det afleverede byggeri.

Voldgiftsretten slår fra starten fast, at udgangspunktet er, at entreprenøren hæfter for valg af uegnede materialer, uagtet at entreprenøren ikke burde kende til uegnetheden. Undtagelsen hertil er, at entreprenøren kan siges at have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Den relevante vurdering i sager om byggetidens viden angår således, om anvendelsen af et materiale kan siges at være i overensstemmelse med byggetidens viden, ikke om den pågældende entreprenør burde have kendt til de uheldige egenskaber, der gjorde materialet uegnet.

Der skal således foretages en vurdering af, hvorvidt anvendelsen af materialet kan siges at have været i overensstemmelse med byggetidens viden. Voldgiftsrettens opfattelse af, hvornår anvendelsen af et materiale kan siges at være i overensstemmelse med byggetidens viden, blev gradvist uddybet i MgO-afgørelserne.

I MgO-1 udtalte voldgiftsretten efter at have konstateret, at MgO-plader var nye på det danske marked i 2010:

”Der var derfor dengang ikke sådanne erfaringer med anvendelsen af dette produkt som ventilerede, udendørs vindspærreplader, at der på tidspunktet for byggeriet kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige til formålet”.

Voldgiftsretten fandt på denne baggrund, at betragtninger om byggetidens viden ikke kunne begrunde, at bygherren skulle bære risikoen, således at pladerne blev anset for mangelfri. Voldgiftsretten fastslår således i MgO-1, at der for at anvendelsen af et materiale kan anses for værende i overensstemmelse med byggetidens viden, skal foreligge en viden, hvorefter de må anses for fornuftige og forsvarlige til formålet. Voldgiftsrettens behandling af spørgsmålet om byggetidens viden er relativt kortfattet. Dette kan skyldes, at byggeriet i MgO-1 var opført i 2010, og således lå meget tidligt i perioden for anvendelse af MgO-plader. Der har derfor ikke været anledning til mere en mere dybdegående behandling af, hvorvidt anvendelsen af MgO-plader var blevet en del af byggetidens viden.

I MgO-2 udtalte voldgiftsretten omkring anvendelsen af MgO-plader i 2013, at:

”For så vidt angår anvendelsen var MgO-pladerne således blevet et gængs og anerkendt produkt”

Voldgiftsretten udtalte herefter:

”For at byggetidens viden og udviklingsrisiko kan virke ansvarsfritagende for en entreprenørs mangelsansvar med den virkning, at bygherren bærer den objektive risiko for mangler, finder voldgiftsretten imidlertid, at det tillige må være et krav, at der efter anvendelsen af det pågældende produkt er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, og at det kan anses for sådan gennemprøvet, at der kan siges at foreligge en viden, hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet”.

Voldgiftsretten tiltræder således opfattelsen fra MgO-1 om, at der, for at betragtninger om byggetidens viden kan virke ansvarsfritagende for entreprenøren, skal foreligge en viden,

hvorefter materialet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet. Voldgiftsretten introducerer begrebet gængs og anerkendt. Derudover uddyber voldgiftsretten kravet om, at der skal foreligge en viden, hvorefter materialet anses for fornuftigt og forsvarligt. Der skal være indhøstet sådanne erfaringer med anvendelsen af materialet, og materialet skal være sådan gennemprøvet, at en denne viden kan siges at foreligge.

Bemærkningen illustrerer ligeledes, at byggetidens viden er spørgsmål om risiko, og at bygherren, såfremt entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, bærer den objektive risiko for mangler.

I MgO-3, henviser voldgiftsretten til MgO-2 og gengiver bemærkningen om, at der skal være indhøstet sådanne erfaringer, og at materialet skal være sådan gennemprøvet, at der foreligger en viden, hvorefter materialet anses for forsvarligt og fornuftigt. Voldgiftsretten konstaterer, at MgO-pladerne i 2014 var blevet et gængs og anerkendt produkt, og foretager derefter sin vurdering af, hvorvidt MgO-pladerne kunne anses for tilstrækkeligt gennemprøvede.

I MgO-4 gentager voldgiftsretten kravet om, at der skal være indhøstet erfaringer med anvendelsen og at materialet skal være gennemprøvet. Ligeledes indleder voldgiftsretten i denne afgørelse sin vurdering af byggetidens viden med at konstatere, at MgO-pladerne udgjorde et gængs og anerkendt produkt.

I alle fire MgO-afgørelser finder voldgiftsretten således, at det er et krav for, at byggetidens viden kan virke ansvarsfritagende for en entreprenør, at anvendelsen af materialet måtte anses for forsvarlig og fornuftig. I MgO-2 bliver det fastslået, at denne opfattelse af anvendelsen som forsvarlig og fornuftig, skal være baseret på en viden, der stammer fra erfaringer med og gennemprøvning af materialet. Den samme opfattelse opretholdes i MgO-3 og MgO-4.

I MgO-2 opdeler voldgiftsretten således spørgsmålet om byggetidens viden i en konstatering af, at MgO-pladerne udgjorde et gængs og anerkendt produkt, og en efterfølgende vurdering af, om der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne blev anset for forsvarlige og fornuftige. Det er derfor relevant at afklare, hvad der ligger i henholdsvis begrebet gængs og anerkendt og begrebet forsvarlig og fornuftig.

Gængs og anerkendt

I MgO-2 udtalte voldgiftsretten, at MgO-plader i det væsentligste gjorde deres indtog på det danske marked i 2010, og at anvendelsen i 2013, hvor beslutningen om at anvende MgO-plader blev truffet, stadig var relativ ny. Voldgiftsretten udtalte, at der var tale om en hurtig udvikling på markedet, og at brugen af MgO-plader allerede i 2012 udgjorde omkring 75% af markedet for vindspærreplader. Da udviklingen fortsatte i 2013 og 2014, udgjorde MgO-plader formentlig næsten hele markedet for vindspærreplader i disse år. På baggrund af skønsmændenes besvarelser i sagen og bevisførelsen i øvrigt lagde voldgiftsretten til grund:

”(...)at det i 2013 var blevet almindeligt blandt entreprenører at anvende MgO-plader”

På denne baggrund fandt voldgiftsretten, at MgO-pladerne var blevet et gængs og anerkendt produkt.

I MgO-3 og MgO-4 fandt voldgiftsretten ligeledes, at MgO-pladerne var blevet et gængs og anerkendt produkt. Dette skete på baggrund af tilsvarende betragtninger om MgO-pladernes andel af markedet for vindspærreplader, og at anvendelsen var blevet almindelig blandt entreprenører.

Begrebet gængs og anerkendt dækker således over den faktiske udbredelse af anvendelsen af materialet på tidspunktet, hvor det bliver besluttet at anvende det. Hvorvidt anvendelsen af et materiale har været gængs og anerkendt skal vurderes på baggrund af, hvor stor en del af markedet materialet udgør. Såfremt det kan konstateres, at materialet har været benyttet i stort omfang, vil der være tale om et gængs og anerkendt materiale.

I MgO-2 udgjorde MgO-pladerne næsten hele markedet, og voldgiftsretten lagde til grund, at det var almindeligt blandt entreprenører at anvende pladerne. Selvom MgO-pladerne blev benyttet i næsten alle byggerier af den pågældende type, fandt voldgiftsretten imidlertid, at dette ikke var tilstrækkeligt til at anse anvendelsen af pladerne som en del af byggetidens viden. Voldgiftsretten udtalte, det tillige var et krav, at der forelå en viden, hvorefter MgO-pladerne måtte anses for forsvarlige og fornuftige.

Det kan på denne baggrund fastslås, at det ikke er tilstrækkeligt til, at anvendelsen af et materiale må anses som i overensstemmelse med byggetidens viden, at det på byggetiden var almindeligt at anvende materialet.

Der skal mere til, for at et materiale kan anses som en del af byggetidens viden, end at byggebranchen kan siges at have anerkendt materialet og er begyndt at anvende det, selv hvor denne anvendelse sker i meget stort omfang. Hvorvidt materialet rent faktisk har været anvendt og er blevet anset som almindeligt i byggebranchen er således et separat krav fra, om der har foreligget en viden, hvorefter materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt.

I MgO-2 fandt voldgiftsretten således, at MgO-pladerne ikke var i overensstemmelse med byggetidens viden, da denne viden ikke forelå. I tilfælde, hvor denne viden ikke foreligger, vil materialerne kunne beskrives som nye og ikke-gennemprøvede.

Der vil således kunne være en periode fra anvendelsen af et materiale bliver sædvanligt i byggebranchen, hvor materialet ikke kan anses som en del af byggetidens viden, men som et nyt materiale, indtil tilstrækkelig viden foreligger. Entreprenøren vil i denne periode hæfte for mangler.

Forsvarlig og fornuftig

I MgO-3 anfører voldgiftsretten, at en entreprenør er ansvarlig for mangler, der skyldes, at denne har valgt materialer, der senere viser sig uegnede, medmindre entreprenøren kan godtgøre, at der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Voldgiftsretten anfører i umiddelbar forlængelse heraf, at det er et krav for, at byggetidens viden kan virke ansvarsfritagende for entreprenørens mangelsansvar, at der er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, og at det kunne anses for sådan gennemprøvet, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter produktet måtte anses for fornuftigt og forsvarligt. Dette er således kravet for, at anvendelsen af et materiale kan siges at være i overensstemmelse med byggetidens viden.

Denne opfattelse stemmer overens med, at det i litteraturen før MgO-afgørelserne har været anført, at byggetidens viden ikke giver entreprenøren en adgang til at vælte risikoen for nye og uprøvede materialer over på bygherren.⁵⁹

Som omtalt er det ikke tilstrækkeligt til, at et materiale kan anses som en del af byggetidens viden, at materialet var anerkendt i byggebranchen og i stort omfang blev anvendt. Den omstændighed, at et materiale har været anerkendt i byggebranchen, er ikke ensbetydende med, at anvendelsen er i overensstemmelse med byggetidens viden. Først når der kan siges

⁵⁹ Jf. Iversen 2016, s. 589.

at foreligge en viden, hvorefter materialet betragtes som forsvarligt og fornuftigt, vil det være en del af byggetidens viden med den konsekvens, at bygherren bærer risikoen for ukendte uheldige egenskaber, der senere viser sig.

Dette bekræftes af afgørelsen i MgO-3, hvor voldgiftsretten udtaler:

”På denne baggrund finder voldgiftsretten det godtgjort, at der i sommeren 2014 hos E, forelå en sådan ansvarsfritagende og risikooverførende viden om anvendelsen af MgO-plader som vindspærre, der fører til at B bærer risikoen, således at E ikke er ansvarlig i anledning af, at selskabet valgte MgO-plader”

Fordi denne viden, hvorefter MgO-pladerne måtte anses for forsvarlige og fornuftige, forelå, måtte bygherren bære risikoen for de uheldige egenskaber, som følge af byggetidens viden. Vurderingen af om der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden er således en vurdering af, om denne viden kan siges at foreligge.

Denne viden, hvorefter materialet anses for forsvarligt og fornuftigt, skal være baseret på, at der er indhøstet erfaringer med anvendelsen, og at materialet må anses for gennemprøvet.

Dette bekræftes i MgO-4, hvor voldgiftsretten udtaler:

”Spørgsmålet er herefter, om der d. 7. februar 2014 var indhøstet sådanne erfaringer med MgO-pladernes egenskaber og egnethed, og at de kunne anses for sådan gennemprøvede, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige som vindspærre”

Det er således dette spørgsmål der er kernen i, hvorvidt entreprenøren kan siges at have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Hvad der ligger heri vil blive undersøgt i det følgende.

Subjektive forhold hos entreprenøren

I MgO-2 udtalte voldgiftsretten, at det ved vurderingen af byggetidens viden, var relevant at se på entreprenørens subjektive forhold på det tidspunkt, hvor et produktvalg træffes.

I MgO-3 konstaterede voldgiftsretten, at det var et krav for, at byggetidens viden kunne virke ansvarsfritagende for en entreprenør, at der forelå en viden, hvorefter materialet blev anset for forsvarligt og fornuftigt, og udtalte i forlængelse heraf:

”Der skal herved lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold på det tidspunkt, hvor produktvalget blev truffet”

I MgO-4 gentages det, at der skal lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold ved vurderingen af, om entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden.

Det skal derfor diskuteres, hvordan denne henvisning til entreprenørens subjektive forhold skal forstås.

Som anført ovenfor hæfter entreprenøren for mangler ved materialerne, uanset om denne kunne vide, at materialerne var uegnede eller ej. Der er således ikke tale om en vurdering af, om entreprenøren burde kende til de uheldige egenskaber.

At der skal lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold synes at dække over, at det skal vurderes, hvorvidt entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, at materialet udgjorde en del af byggetidens viden. Dette illustreres blandt andet i MgO-2, hvor voldgiftsretten efter at have konstateret, at der ikke var foretaget undersøgelser af MgO-pladerne fugtopsugende egenskaber, formulerede sig således:

”Voldgiftsretten finder, at dette ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at HE kunne lægge til grund, at pladerne var således gennemprøvede, og at der var sådanne erfaringer med anvendelsen af produktet, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne anses for forsvarlige og fornuftige til formålet.”

I forlængelse heraf udtalte voldgiftsretten:

”HE findes heller ikke i øvrigt at have godtgjort, at HE i tiden forud for offentliggørelsen den 27. december 2013 af BYG-ERFA-blad (21) 131227 berettiget kunne lægge en sådan viden til grund(...)”

Der skal således ved vurderingen af byggetidens viden lægges vægt på, hvad entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, ud fra de på tidspunktet foreliggende omstændigheder.

Dette eksemplificeres ligeledes i MgO-3, hvor voldgiftsretten udtalte:

”På denne baggrund finder voldgiftsretten, at det er godtgjort, at der i sommeren 2014 hos E forelå en sådan ansvarsfritagende og risikooverførende viden...”

Den risikooverførende viden, hvorefter materialet måtte anses som en del af byggetidens viden, skal således have foreligget hos entreprenøren.

Hvorvidt der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden er således en vurdering af, om entreprenøren ud fra de på tidspunktet foreliggende omstændigheder berettiget kunne lægge til grund, at valget om anvendelse af materialet var i overensstemmelse med byggetidens viden. Entreprenørens subjektive forhold indebærer ikke, at der alene skal lægges vægt på entreprenørens egne erfaringer med eller kendskab til materialet. I vurderingen af, hvad entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, inddrager voldgiftsretten i MgO-afgørelserne omstændigheder som, hvor længe MgO-pladerne havde været anvendt, og hvorvidt anvendelsen var omtalt i BYG-ERFA.

Det skal således vurderes, ud fra disse omstændigheder, om entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, at der forelå en viden, hvorefter materialet blev anset for forsvarligt og fornuftigt til formålet.

Efter konstateringen af, at entreprenøren var ansvarlig for materialevalget, medmindre denne havde handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, udtalte voldgiftsretten i MgO-3:

”En stillingtagen hertil vil navnlig bero på, om beslutningen om at anvende MgO-pladen lå inden for de forsvarlige muligheder for vindspærreplader”

Byggetidens viden er således en vurdering af, om entreprenøren kan siges at have truffet et forsvarligt valg af materiale.

Spørgsmålet er, om entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, at materialet udgjorde en del af byggetidens viden, eller om entreprenøren burde have indset, at der var tale om et nyt og ikke-gennemprøvet materiale, og at valget derfor indebar en større risiko.

I MgO-3 udtalte voldgiftsretten i forhold til entreprenørens viden:

”Efter bevisførelsen, herunder forklaringen af D, lægger voldgiftsretten til grund, at E ikke i forbindelse med selskabets anvendelse af MgO-plader i andre byggerier eller på anden måde forud for sommeren 2014 havde kendskab til de forhold, der gjorde pladerne uegnede til anvendelse som udendørs vindspærreplader...”

Der er således her tale om en konstatering af, at entreprenøren ikke havde kendskab til de uheldige egenskaber ved MgO-pladerne, der først senere blev kendte. Denne bemærkning indebærer ikke, at vurderingen af, hvorvidt der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, alene er en vurdering af, hvorvidt entreprenøren burde have kendt til de uheldige egenskaber. Denne bemærkning fra voldgiftsretten synes snarere blot at være et udtryk for, at entreprenøren ikke kan slippe for mangelshæftelse, såfremt denne faktisk kendte til de uheldige egenskaber.

Ifølge voldgiftsretten, skal den ansvarsfritagende og risikooverførende viden foreligge hos entreprenøren. En sådan viden kan naturligvis ikke siges at foreligge, såfremt entreprenøren, rent faktisk kender til de uheldige egenskaber, eksempelvis fra egen anvendelse af materialet i andre byggerier. Dette uanset, hvor gennemprøvet materialet så i øvrigt må siges at være. Bemærkningen er således et udslag af, at der skal lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold, men indebærer ikke, at der alene er tale om en vurdering af, om entreprenørens burde viden om uheldige egenskaber.

Baggrunden for byggetidens viden er at placere risikoen for uforudsete uheldige egenskaber, hvor der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Byggetidens viden indebærer således, at entreprenøren ikke er ansvarlig for mangler, der skyldes en for entreprenøren uforudsigelig risiko ved anvendelse af materialer eller metoder, der var i overensstemmelse med almindelig byggeskik på byggetiden.⁶⁰ I tilfælde, hvor entreprenøren konkret kender til de uheldige egenskaber, vil der ikke være tale om en uforudsigelig risiko.

I MgO-4 udtalte voldgiftsretten:

”Det bemærkes herved, at problemerne med MgO-pladerne først antages at være blevet almindeligt kendt i 2015, dvs. efter, at byggeriet var afleveret, jf. BYG-ERFA blad (21) 150505 af 5. maj 2015(...)”

Her er der ligeledes tale om en konstatering af, at entreprenøren ikke har kendt til de uheldige egenskaber ved MgO-pladerne. Såfremt dette havde været tilfældet, ville der ikke kunne siges at foreligge en risikooverførende viden hos entreprenøren, og denne ville ikke have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden.

⁶⁰ Jf. Vestergaard Buch 2007, s. 144

Voldgiftsrettens bemærkning må desuden tages som udtryk for, at MgO-pladerne, da de uheldige egenskaber blev almindeligt kendt med BYG-ERFA-bladet i 2015, ikke længere kunne anses som en del af byggetidens viden.

Samlet kan det konkluderes om betydningen af entreprenørens subjektive forhold, at dette ikke indebærer, at entreprenøren vil være ansvarsfri, blot fordi den pågældende entreprenør ikke kendte eller ikke burde kende til et materiale eller en udførelsesmetodes uheldige egenskaber. Der er derimod tale om en vurdering af, om entreprenøren ud fra de på beslutningstidspunktet foreliggende omstændigheder berettiget kunne lægge til grund, at beslutningen om anvendelse af et materiale eller en udførelsesmetode var forsvarligt og fornuftigt. Såfremt den pågældende entreprenør konkret har haft kendskab til uegnetheden, vil entreprenøren ikke være ansvarsfri som følge af byggetidens viden, uanset hvor gennemprøvet materialet så i øvrigt måtte være.

Erfaringer med anvendelsen

Voldgiftsretten anfører, at den viden, der skal foreligge for at materialet kan anses som en del af byggetidens viden, skal stamme fra indhøstede erfaringer med og gennemprøvning af materialet. Omfanget af praktiske erfaringer med anvendelsen af materialet er således en omstændighed, der indgår i vurderingen af, hvorvidt der kan siges at foreligge en viden, hvorefter materialet må anses for fornuftigt og forsvarligt. Det ligger i den naturlige sproglige forståelse af ordene indhøstede erfaringer og gennemprøvet, at dette relaterer sig til, hvorvidt der er indhøstet erfaringer med anvendelsen af materialet til det påtænkte formål.

I sin behandling af spørgsmålet om byggetidens viden i MgO-1 udtalte voldgiftsretten:

”Der var derfor dengang ikke sådanne erfaringer med anvendelsen af dette produkt som ventilerede udendørs vindspærreplader, at der på tidspunktet kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige til formålet”

I MgO-1 afviste voldgiftsretten således, at anvendelsen af MgO-plader kunne anses for at have været i overensstemmelse med byggetidens viden allerede fordi, der ikke på tidspunktet var tilstrækkelige erfaringer med anvendelsen.

I MgO-2 indgik omfanget af erfaringer med anvendelsen af MgO-plader ligeledes i vurderingen. Voldgiftsretten lagde til grund, at beslutningen om at anvende MgO-plader blev truffet i 2013. Herefter udtalte voldgiftsretten:

”På dette tidspunkt, havde MgO-plader kun været monteret under realistiske danske vinterforhold med højere relative fugtværdier i 2-3 vintre”

Den tidsmæssige udstrækning af anvendelsen af MgO-plader, og dermed omfanget af indhøstede erfaringer, var således en omstændighed, der indgik i voldgiftsretten vurdering af omfanget af indhøstede erfaringer. Længden af den tidsperiode, hvor et materiale har været anvendt, har således betydning for vurderingen af, om materialet kan anses som en del af byggetidens viden eller som et nyt og ikke-gennemprøvet materiale.

Voldgiftsretten nævner specifikt, at MgO-pladerne kun havde været monteret i 2-3 år under danske vinterforhold. Det var netop de danske vinterforhold med en høj relativ luftfugtighed, der bevirkede, at MgO-pladerne var uegnede til brug som vindspærreplader i Danmark. Det må således være voldgiftsretten opfattelse, at det er relevant, om der er indhøstet tilstrækkelige praktiske erfaringer under de specifikke forhold, der senere viser sig at medføre materialets uegnethed.

En entreprenør vil således ikke berettiget kunne anse et materiale som tilstrækkeligt gennemprøvet alene fordi, der endnu ikke er konstateret uheldige egenskaber ved anvendelsen. Der skal derimod være indhøstet erfaringer i et sådant omfang, at det giver anledning til at anse materialet for forsvarligt og fornuftigt, og materialet skal have været anvendt i tilpas lang tid til under relevante forhold.

Som tidligere anført, lægger voldgiftsretten til grund, at MgO-plader udgjorde stort set hele markedet for vindspærreplader, og at det var blevet almindeligt blandt entreprenører at anvende disse plader. Dette var ikke tilstrækkeligt til, at der var indhøstet sådanne erfaringer, at materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt.

I MgO-2 var anvendelse af materialet i 2-3 år således ikke nok til, at der kunne siges at være tilstrækkelige indhøstede erfaringer med materialets egenskaber og egnethed. I MgO-3 og MgO-4 inddrager voldgiftsretten ikke den tidsmæssige udstrækning af anvendelsen af MgO-plader i sin afgørelse. Der er derfor ikke yderligere holdepunkter for at vurdere, hvor lang

en tidsperiode materialet skal have været anvendt, før der kan siges at være indhøstet tilstrækkelige erfaringer.

I relation til betydningen af indhøstede erfaringer med anvendelsen af materialet, er det relevant at diskutere, hvorvidt entreprenørens egne erfaringer med anvendelse af materialet vil kunne have betydning for vurderingen af byggetidens viden. Spørgsmålet er således, om entreprenørens egne erfaringer med anvendelsen af materialet har betydning for, hvorvidt materialet kan siges at være gennemprøvet.

I MgO-2 fandt voldgiftsretten, at entreprenørens egne relativt nye og sparsomme erfaringer ikke kunne ændre ved, at entreprenøren ikke berettiget kunne lægge til grund, at materialerne måtte anses for gennemprøvede. I MgO-2 var entreprenørens egne erfaringer således ikke et forhold, der bevirkede, at MgO-pladerne måtte anses for gennemprøvede. Voldgiftsretten angiver, at det er entreprenørens relativt nye og sparsomme erfaringer, der ikke kan bevirke, at entreprenøren kunne anse MgO-pladerne for gennemprøvede. Såfremt voldgiftsrettens opfattelse var, at entreprenørens egne erfaringer slet ikke var af betydning for vurderingen, ville der ikke være anledning til at pointere, at entreprenørens erfaringer var relativt nye og begrænsede. Voldgiftsrettens bemærkning åbner således op for, at entreprenørens egne erfaringer, i tilfælde hvor disse er mere omfattende, vil have betydning for, hvorvidt materialet kan siges at være gennemprøvet.

Voldgiftsretten angivelse af, at der ved vurderingen af, om der kan siges at foreligge en viden, hvorefter materialet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet, skal lægge vægt på entreprenørens subjektive forhold understøtter, at entreprenørens egne erfaringer vil have relevans. Den risikooverførende viden, hvorefter materialet anses for forsvarligt og fornuftigt, skal foreligge hos entreprenøren, og det er derfor nærliggende, at viden som entreprenøren har fra egne erfaringer med materialet, vil have en betydning. Der skal dog stadig, foretages en vurdering af, om entreprenørens egne erfaringer er tilstrækkeligt omfattende til, at entreprenøren berettiget kan lægge en sådan viden til grund.

Det har i teorien været anført, at byggetidens viden som undtagelse til entreprenørens mangelhæftelse, ikke kun finder anvendelse, hvor der knytter sig praktiske erfaringer til entreprenørens valg. Efter omstændighederne vil entreprenøren heller ikke hæfte for valg af et materiale, hvortil der ikke knyttede sig praktiske erfaringer, men som på byggetiden blev anset som forsvarligt. Afgørende er, om entreprenøren burde have indset, at han ved valget

udsatte bygherren for en større risiko. Entreprenøren kan alene fritages for sin mangelhæftelse, såfremt denne kan påvise konkrete omstændigheder, der på byggetiden måtte føre til den konklusion, at valget af et nyt materiale ikke indebar en større risiko. Såfremt entreprenøren med rette kunne gå ud fra, at valget ikke indebar en større risiko end ved materialer og udførelsesmetoder, hvortil der knytter sig konkrete erfaringer, hæfter entreprenøren ikke for mangler.⁶¹

Opfattelsen af, at der skal lægges vægt på, hvad entreprenøren med rette kunne gå ud fra, synes overensstemmende med MgO-afgørelsernes angivelse af, at der skal lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold.

Opfattelsen af at byggetidens viden kan virke ansvarsfritagende for entreprenøren ved valg af nye materialer, hvortil der ikke knytter sig praktiske erfaringer, synes dog vanskeligt at kunne forenes med resultatet i MgO-afgørelserne.

I MgO-1 og MgO-2 var situationen netop den, at det var almindeligt blandt entreprenører at anvende MgO-pladerne, og at der ikke endnu var indikationer på de uheldige egenskaber. Alligevel fandt voldgiftsretten i afgørelserne ikke, at entreprenøren var ansvarsfri som følge af byggetidens viden, idet pladerne ikke kunne anses for gennemprøvede. Voldgiftsretten opstiller det udtrykkelige krav, at der skal være indhøstet sådanne erfaringer, og at materialet må anses for sådan gennemprøvet, at der foreligger en viden, hvorefter materialet anses for forsvarligt og fornuftigt. I den førnævnte litteratur bliver det anført, at entreprenøren ansvarsfrit kan vælge et materiale, hvortil der ikke knytter sig praktiske erfaringer, såfremt det på byggetiden blev anset som forsvarligt. Efter voldgiftsretten bemærkninger i MgO-afgørelserne, vil anvendelsen et materiale ikke være at betragte som forsvarlig, før der er indhøstet tilstrækkelige erfaringer med anvendelsen.

Efter MgO-afgørelserne kan opfattelsen af, at byggetidens viden kan virke ansvarsfritagende for valget af et materiale, hvortil der ikke knytter sig praktiske erfaringer, således ikke opretholdes. I henhold til MgO-afgørelserne vil et materiale ikke være omfattet af byggetidens viden, før der er indhøstet tilstrækkelige erfaringer med anvendelsen, og før materialet kan anses for gennemprøvet.

⁶¹ Jf. Vestergaard Buch 2007, s. 147.

Samlet kan det siges om erfaringer med anvendelsen af materialet, at dette er en afgørende omstændighed for, hvorvidt materialet kan siges at være en del af byggetidens viden. Det er ikke muligt, på baggrund af MgO-afgørelserne at sige mere specifikt, hvor omfattende og langvarig disse praktiske erfaringer skal være.

Tekniske undersøgelser

I MgO-1 og MgO-2 blev det lagt til grund, at det ved anvendelse af dengang kendte undersøgelsesmetoder havde været muligt at konstatere de egenskaber ved MgO-pladerne, der gjorde dem uegnede til anvendelse som vindspærreplader.

I MgO-2 lagde voldgiftsretten til grund, at ingen fagkyndige specialister på tidspunktet, hvor beslutningen om anvendelse af MgO-plader blev truffet, havde offentliggjort vurderinger af MgO-pladernes egnethed. Voldgiftsretten fandt, at det måtte lægges til grund, at ingen på daværende tidspunkt havde foretaget undersøgelser af MgO-pladernes fugtopsugning. Voldgiftsretten udtalte på den baggrund:

”Voldgiftsretten finder, at dette ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at HE kunne lægge til grund, at pladerne var således gennemprøvede, og at der var sådanne erfaringer med anvendelsen af produktet, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne anses for forsvarlige og fornuftige til formålet”

Voldgiftsretten konstaterer således, at fraværet af tekniske undersøgelser, der påviser uheldige egenskaber ved et materiale, ikke er tilstrækkeligt til, at materialet må anses for fornuftigt og forsvarligt til formålet. Denne betragtning ligner det tidligere anførte omkring indhøstede erfaringer med anvendelsen af materialet. Ligesom det ikke er tilstrækkeligt til at anse et materiale for forsvarligt og fornuftigt, at der endnu ikke har vist sig uheldige egenskaber ved anvendelsen, er det heller ikke tilstrækkeligt, at der endnu ikke er foretaget tekniske undersøgelser, der påviser uheldige egenskaber.

Voldgiftsretten tager således stilling til betydningen af, at der endnu ikke er foretaget tekniske undersøgelser, hvor disse kunne have afdækket de uheldige egenskaber.

Konstateringen af at det var muligt ud fra dengang kendte undersøgelsesmetoder at konstatere MgO-pladernes uegnethed, gør det relevant at diskutere, hvorvidt dette har indflydelse på vurderingen af byggetidens viden. Spørgsmålet er således, om det har betydning for, hvorvidt anvendelsen af et materiale kan siges at være forsvarlig og fornuftigt,

at det på byggetiden var muligt ved undersøgelser at konstatere uegnetheden, men hvor dette ikke er sket.

I MgO-1 udtalte voldgiftsretten i sin relativt kortfattede omtale af byggetidens viden, at:

”Voldgiftsretten lægger endvidere i overensstemmelse med de afgivne skønserklæringer til grund, at de egenskaber ved pladerne, der gjorde dem uegnede til anvendelsen, kunne være konstateret i 2010 under anvendelse af dengang kendte undersøgelsesmetoder”

Umiddelbart herefter fastslog voldgiftsretten, at byggetidens viden ikke kunne begrunde, at bygherren bar risikoen for anvendelsen af pladerne. Den omstændighed, at det havde været muligt at opdage de uheldige egenskaber ved tekniske undersøgelser, synes således i MgO-1 at have haft betydning for voldgiftsrettens vurdering.

I MgO-2, var det af bygherren gjort gældende, at manglen kunne have været opdaget ved undersøgelser foretaget i 2013, hvor pladerne blev anvendt. Ligeledes var det i MgO-3 gjort gældende, at de egenskaber, der gjorde pladerne uegnede til anvendelsen, kunne have været konstateret i sommeren 2014.

I hverken MgO-2, 3 eller 4 omtaler voldgiftsretten betydningen af, at det havde været muligt ud fra dengang kendte undersøgelsesmetoder at konstatere MgO-pladernes uegnethed.

Efter afsigelsen af MgO-3 og MgO-4, kan det udelukkes, at den omstændighed, at det ud fra dengang kendte undersøgelsesmetoder har været muligt at konstatere de uheldige egenskaber, i sig selv medfører, at materialet ikke kan anses for en del af byggetidens viden.

Fagblade

I vurderingen af om anvendelsen af MgO-plader kunne siges at være i overensstemmelse med byggetidens viden inddragede voldgiftsretten tillige fagblade. BYG-ERFA-bladet fra december 2013, hvor der ifølge skønsmænd var sket en ”blåstempling” af brugen af magnesiumbaserede plader som vindspærreplader, blev inddraget i voldgiftsrettens vurdering af, hvorvidt der en tilstrækkelig viden vedrørende anvendelsen af MgO-plader.

I MgO-2 var valget af anvendelse af MgO-plader blevet truffet før offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet i december 2013, mens valget i MgO-3 var blevet truffet efter offentliggørelsen. Offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet synes at være den afgørende omstændighed, der bevirkede, at voldgiftsretten i MgO-3 fandt, at anvendelsen af MgO-plader var i

overensstemmelse med byggetidens viden, mens anvendelsen i MgO-2 ikke kunne anses for værende i overensstemmelse med byggetidens viden. Omtale af anvendelsen af et materiale i relevante fagblade har således væsentlig betydning for, hvorvidt der kan siges at foreligge en viden, hvorefter materialet anses for fornuftigt og forsvarligt.

I MgO-2 havde entreprenøren gjort gældende, at udarbejdelsen af BYG-ERFA-bladet måtte have fundet sted i hvert fald et halvt år før offentliggørelsen af bladet i december 2013. Det var entreprenørens argument, at den viden, som BYG-ERFA bladet var baseret på, allerede havde foreligget forud for offentliggørelsesdatoen, og byggetidens viden derfor fandt anvendelse. Til dette udtalte voldgiftsretten:

”Voldgiftsretten finder, at HE ikke har godtgjort, at der forud for offentliggørelsen forelå omstændigheder vedrørende vurdering af MgO-pladernes egnethed i dansk vinterklima, som HE kunne støtte ret på”

Entreprenøren havde således ikke godtgjort, at denne berettiget kunne lægge til grund, at MgO-pladerne måtte anses for tilstrækkeligt gennemprøvede.

Voldgiftsretten kommenterer ikke nærmere på, hvorvidt den viden, som BYG-ERFA bladet er baseret på, må have foreligget i en periode forud for offentliggørelsesdatoen. Voldgiftsretten konstaterer i stedet, at der ikke forud for offentliggørelsen forelå omstændigheder, som entreprenøren kunne støtte ret på. I spørgsmålet om, hvorvidt anvendelsen af et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden, synes der således at være en væsentlig betydning knyttet til offentliggørelsen af fagblade, der omtaler materialet. De indhøstede erfaringer og den viden, som fagbladet er baseret på, kan have foreligget forud for offentliggørelsen. Først ved offentliggørelsen foreligger der en omstændighed, som entreprenøren kan støtte ret på, når denne skal godtgøre, at der forelå en viden, hvorefter materialet blev anset som forsvarligt og fornuftigt. Dette stemmer overens med voldgiftsrettens angivelse af, at der ved vurderingen skal lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold. Entreprenøren skal berettiget kunne lægge til grund, at materialet er tilstrækkeligt gennemprøvet, og den ansvarsfritagende og risikooverførende viden skal derfor foreligge hos entreprenøren. Før tidspunktet, hvor BYG-ERFA-bladet blev offentliggjort, kunne entreprenøren ikke lægge den viden, der lå bag bladet, til grund.

Efter MgO-2 blev det anført i litteraturen, at afgørelsen må forstås således, at den fornødne viden til ansvarsfri brug af MgO-pladerne ville have foreligget efter offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet i december 2013.⁶² Denne opfattelse blev senere bekræftet i MgO-3.

I MgO-3 konstaterede voldgiftsretten, at anvendelsen af MgO-plader var blevet omtalt i BYG-ERFA og Facadeelementer TRÆ 68 forud for entreprenørens valg om anvendelse af pladerne. Voldgiftsretten konstaterede desuden, at BYG-ERFA indsamler, bearbejder formidler byggetekniske erfaringer.

Vedrørende fagbladenes betydning for vurderingen af MgO-pladernes overensstemmelse med byggetidens viden udtalte voldgiftsretten:

”Voldgiftsretten finder efter det anførte og bevisførelsen i øvrigt, at E i sommeren 2014 var berettiget til at lægge oplysningerne i BYG-ERFA-bladet (21) 121227 og Facadeelementer TRÆ 68 fra december 2013 til grund, og at selskabet på baggrund af disse oplysninger ikke var forpligtet til selv at foretage nærmere undersøgelser...”

På denne baggrund fandt voldgiftsretten, at der i sommeren 2014 forelå den fornødne ansvarsfritagende og risikooverførende viden hos entreprenøren, hvorved bygherren måtte bære risikoen for de uheldige egenskaber.

Voldgiftsrettens bemærkning er ligeledes her i overensstemmelse med, at der skal lægges vægt på de subjektive forhold hos entreprenøren, og heraf hvad entreprenøren berettiget kunne lægge til grund. Fra offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet har entreprenøren kunne lægge oplysningerne heri til grund, og har derefter berettiget kunnet anse MgO-pladerne for forsvarlige og fornuftige.

I MgO-4 fandt voldgiftsretten ligeledes offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet af afgørende betydning for, at anvendelsen af MgO-plader kunne siges at være i overensstemmelse med byggetidens viden. Således udtalte voldgiftsretten:

”På den anførte baggrund finder voldgiftsretten, at der ved offentliggørelsen af BYG-ERFA-erfaringsblad (21) 131227 den 27. december 2013 må siges at være indhøstet sådanne erfaringer med MgO-pladernes egenskaber og egnethed, og at de kunne anses for

⁶² jf. Hørlyck, Entreprise 2019, s. 478

sådan gennemprøvet, at der kan siges at have foreligget en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige som vindspærre ”

Offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet var således udslagsgivende for, at der måtte siges at være indhøstet tilstrækkelige erfaringer med anvendelsen. Totalentreprenøren hæftede herefter ikke for manglerne.

I hverken MgO-3 eller 4 inddrager voldgiftsretten andre omstændigheder end offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet og TRÆ 68 i sin vurdering af, hvorvidt der var indhøstet tilstrækkelige erfaringer og sket en tilstrækkelig gennemprøvning til, at der forelå en viden, hvorefter anvendelsen blev anset for forsvarlig og fornuftig. Voldgiftsretten omtaler således ikke omstændigheder som den tidsmæssige udstrækning af anvendelsen af MgO-plader eller hvorvidt der var foretaget tekniske undersøgelser af MgO-pladernes egenskaber. Voldgiftsretten konstaterer blot, at entreprenøren var berettiget til at lægge oplysningerne i BYG-ERFA-bladet og TRÆ 68 til grund, og at der derfor var den fornødne risikooverførende viden hos entreprenøren. Offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet står således som den afgørende omstændighed der bevirkede, at anvendelsen af MgO-plader i MgO-3, i modsætning til i MgO-2, måtte betragtes som en del af byggetidens viden.

BYG-ERFA-udgivelserne er udarbejdet af en række anerkendte branche-organisationer, og da bladene netop tilsigter at forebygge byggeskader gennem løbende formidling af faglig viden og tekniske erfaringer, udgør udgivelserne et vigtigt værktøj for byggebranchen.⁶³ BYG-ERFA-bladene er således baseret på erfaringer med anvendelsen af et materiale, og deres formål er at formidle disse erfaringer. Det synes derfor også nærliggende, at offentliggørelsen af et BYG-ERFA-blad har væsentlig betydning for, hvorvidt der kan siges at være indhøstet tilstrækkelige erfaringer.

Omtale i fagblade har da også tidligere været anført som en omstændighed, entreprenøren kan henvise til, når denne skal godtgøre at have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden.⁶⁴

Anvisninger i fagblade har også tidligere været inddraget i retspraksis vedrørende byggetidens viden.

⁶³ jf. Boesgaard 2018, s. 358.

⁶⁴ jf. Iversen 2016, s. 589-590

TBB 2004.423 V omhandlede afskalninger og beskadigelse af en ejendoms tagsten som følge af, at der ikke var oplagt afstandslister mellem spær og lægter. Under sagen var der blevet henvist til en udgave af Murerfagets Byggeblad, som foreskrev anvendelse af afstandslister. Landsretten udtalte:

”Må det (...) lægges til grund, at murerfagets byggeblad nr. 27 fra marts 1983 var udtryk for den almene byggetekniske viden 1984, hvor ejendommen blev opført”

Anvendelsen af afstandslister måtte således med henvisning til et fagblad angående murerarbejde, siges at være en del af byggetidens viden, og entreprenøren, der havde udført arbejdet, blev ansvarlig for manglen ved taget. Anvisningen Murerfagets Byggeblad kom således entreprenøren til skade i forhold til at godtgøre den byggetekniske viden.⁹¹

Betydningen af fagblade til at fastlægge byggetidens viden var ikke den samme i TBB 2004.423 V som i MgO-2, -3 og 4. I TBB 2004.423 V var betydningen den, at fordi Murerfagets Byggeblad foreskrev en anden udførelse, end mureren faktisk havde udført, havde mureren ikke udført arbejdet i overensstemmelse med byggetidens viden og blev derfor ansvarlig for manglerne ved taget.

I MgO-2 var situationen i stedet, at entreprenøren ikke kunne godtgøre, at anvendelsen af MgO-pladerne var i overensstemmelse med byggetidens viden, blandt andet fordi pladerne endnu ikke var omtalt i BYG-ERFA. I MgO-3 og MgO-4 kunne entreprenøren på grund af offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet berettiget lægge til grund, at anvendelsen af MgO-plader var i overensstemmelse med byggetidens viden.

Afgørelsen illustrerer dog, at fagblade også i tidligere praksis har været inddraget som retningsgivende for, hvad der må anses for byggetidens viden.

Som anført synes den afgørende omstændighed, der bevirkede, at anvendelsen af MgO-plader i MgO-2 endnu ikke kunne anses som en del af byggetidens viden, mens de i MgO-3 og 4 var blevet en del af byggetidens viden, at være offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet og TRÆ 68. Efter offentliggørelsen kunne entreprenøren berettiget lægge oplysningerne i bladet til grund, og der forelå herefter en risikooverførende viden hos entreprenøren. Indholdet af et BYG-ERFA blad eller andre tilsvarende fagblade må således siges at være udtryk for byggetidens viden. Entreprenøren vil således berettiget kunne lægge indholdet af et BYG-ERFA-blad til grund.

Det kan ikke ud fra dette modsat konkluderes, at anvendelsen af et materiale ikke er omfattet af byggetidens viden, hvis der ikke er sket omtale af materialet i BYG-ERFA eller et andet relevant fagblad. I MgO-2 omtalte voldgiftsretten andre omstændigheder i sin vurdering, men fandt ikke, at entreprenøren havde godtgjort, at MgO-pladerne var en del af byggetidens viden. Det kan således ikke udelukkes, at en entreprenør, ved at henvise til andre omstændigheder, vil kunne godtgøre, at anvendelsen af et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden, i tilfælde, hvor der ikke foreligger et relevant fagblad. Dette kunne eksempelvis være i tilfælde, hvor der foreligger meget omfattende og langvarige praktiske erfaringer med anvendelsen af materialet.

I sagens natur omhandlede MgO-afgørelserne materialer. Entreprenøren hæfter som udgangspunkt for mangler ved sin ydelse, uanset om disse skyldes anvendelsen af uegnede materialer eller uegnede udførelsesmetoder. Der er således ikke forskel i entreprenørens mangelhæftelse alt efter, om manglen skyldes uegnede materialer eller uegnede udførelsesmetoder. Ligeledes har den hidtidige opfattelse af byggetidens viden været, at undtagelsen til mangelhæftelsen både omfattede entreprenørens valg af uegnede materialer og udførelsesmetoder, hvor disse var i overensstemmelse med byggetidens viden.⁶⁵ Voldgiftsrettens bemærkninger om, at der skal være indhøstet praktiske erfaringer med anvendelsen og at et materiale skal være gennemprøvet, før det er en del af byggetidens viden, synes udmærket at kunne overføres til udførelsesmetoder. Således vil der kunne anlægges den samme vurdering af, om der er tilstrækkelige erfaringer med anvendelsen af en udførelsesmetode til, at den må anses for forsvarlig og fornuftig. Betragtningerne om byggetidens viden i MgO-afgørelserne må således finde tilsvarende anvendelsen for udførelsesmetoder.

2.3.4. Delkonklusion

På baggrund af de ovenstående afsnit kan følgende konkluderes. Rets- og voldgiftspraksis før MgO-afgørelserne viser, at entreprenøren er blevet frifundet efter betragtninger om byggetidens viden. I afgørelserne anvendes forskellige formuleringer, som udtrykker, at entreprenørerne blev frifundet, fordi de anvendte materialer eller metoder blev anset som almindeligt anvendt og anerkendt.

⁶⁵ Jf. Iversen 2016, s. 585, 577 og Vestergaard Buch 2007, s. 143

I MgO-afgørelserne tager voldgiftsretten udtrykkelig stilling til begrebet byggetidens viden og indholdet heraf.

I alle fire MgO-afgørelser var spørgsmålet, hvorvidt anvendelse af MgO-plader kunne anses for at være i overensstemmelse med byggetidens viden. Afgørelserne slår fast, at udgangspunktet er, at entreprenøren hæfter for mangler ved valg af uegnede materialer, uanset om entreprenøren ikke burde kende til de uheldige egenskaber, medmindre materialerne var i overensstemmelse med byggetidens viden. Vurderingen af om der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden er således ikke en vurdering af, om den pågældende entreprenør burde have kendt til de uheldige egenskaber, der gjorde materialet uegnet til formålet.

I MgO-1 fastslår voldgiftsretten, at der for at et materiale er en del af byggetidens viden, skal have foreligget en viden, hvorefter materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet. I MgO-2 opdeler voldgiftsretten som noget nyt vurderingen af byggetidens viden. Dels en af vurdering af om MgO-pladerne udgjorde et gængs og anerkendt produkt. Dels en vurdering af om der 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.

Gængs og anerkendt dækker over den faktiske udbredelse af anvendelsen af materialet, og hvorvidt det var almindeligt at anvende materialet. I vurderingen indgår, hvor stor en del af markedet materialet udgør. Ifølge voldgiftsretten er dette ikke tilstrækkeligt til, at et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden. Der skal tillige være en viden, hvorefter materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt. Denne viden skal stamme fra indhøstede erfaringer med anvendelsen og fra, at materialet er gennemprøvet. Som i MgO-2 kan et materiale således være gængs og anerkendt uden at være en del af byggetidens viden.

Dette medfører, at et nyt materiale, i en periode fra det tages i brug og bliver udbredt og anerkendt i byggebranchen, stadig vil være at anse som et nyt og ikke-gennemprøvet materiale og ikke som en del af byggetidens viden. Entreprenøren vil således i denne periode hæfte for mangler, der skyldes, at materialet viser sig uegnet.

Afgørende for om et materiale er omfattet af byggetidens viden er således, om entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, at der forelå en viden, hvorefter materialet måtte anses for

fornuftigt og forsvarligt til formålet. Først når denne viden foreligger, vil materialet være at anse som en del af byggetidens viden, hvorefter bygherren bærer udviklingsrisikoen og entreprenøren ikke hæfter for, at materialet senere viser sig at have uheldige egenskaber.

I vurderingen af om materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt vil erfaringer med anvendelsen indgå. Den tidsmæssige udstrækning vil herefter være en omstændighed, der spiller ind i vurderingen. I MgO-2 var 2-3 år ikke tilstrækkelig. Den omstændighed, at det har været muligt at konstatere de uheldige egenskaber, udelukker ikke, at materialet er omfattet af byggetidens viden. Således blev entreprenøren i MgO-3 og totalentreprenøren i MgO-4 frifundet, selvom det havde været muligt at konstatere MgO-pladernes uheldige egenskaber ved dengang kendte undersøgelsesmetoder. Omvendt fastslog voldgiftsretten i MgO-2, at den omstændighed, at der ikke er foretaget undersøgelser af et materiales egenskaber, ikke er tilstrækkeligt til, at entreprenøren berettiget kan anse materialet som forsvarligt og fornuftigt. Udslagsgivende for vurderingen af byggetidens viden i MgO-3 og MgO-4 var offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet. BYG-ERFA blade er baseret på praktiske erfaringer indhøstet i byggebranchen og blev således tillagt afgørende vægt. Indholdet af et BYG-ERFA blad eller andre tilsvarende fagblade må således siges at være udtryk for byggetidens viden. Omvendt kan det ikke konkluderes, at omtale i et fagblad er en nødvendig betingelse for, at et materiale kan anses som en del af byggetidens viden. Det kan ikke udelukkes, at entreprenøren på andre måder kan godtgøre, at et materiale er omfattet af byggetidens viden.

Viden om uheldige egenskaber, eksempelvis advarsler mod anvendelsen af et materiale i et BYG-ERFA-blad eller tilsvarende fagblade, må omvendt medføre, at et materiale, der hidtil har været i overensstemmelse med byggetidens viden, ikke længere er det. Entreprenøren vil herefter hæfte for manglerne.

Betragtningerne om byggetidens viden i MgO-afgørelserne må finde tilsvarende anvendelse for udførelsesmetoder.

Byggetidens viden kan herefter illustreres på følgende måde:



2.4. Vurderingstidspunktet

Ved fastlæggelsen af hvad der anses som en del af byggetidens viden er det afgørende, på hvilket tidspunkt vurderingen skal foretages.

2.4.1. Udførelsestidspunktet

I modsætning til den almindelige mangelsvurdering, der tager udgangspunkt i afleveringstidspunktet, tager vurderingen af byggetidens viden udgangspunkt i et tidligere tidspunkt.⁶⁶ I teorien er det overvejende udgangspunkt, at bedømmelsen skal foretages på udførelsestidspunktet.⁶⁷ Dette fremgår ligeledes af betænkningen til AB 92, hvori nævnes, at udviklingssvigt foreligger, når arbejdet er udført i overensstemmelse med god byggeskik på udførelsestidspunktet.⁶⁸ Dette gentages derimod ikke i AB 18 eller i betænkningen til AB 18, hvor det i stedet fremgår, at bestemmelsen kodificerer retspraksis.⁶⁹

For så vidt angår hidtidige rets- og voldgiftspraksis anvendes forskellige betegnelser, som må anses for overvejende at følge det anførte udgangspunkt.

⁶⁶ Jf. Iversen 2016, s. 575-576.

⁶⁷ Jf. Hørlyck, Entreprise 2019, s. 475, Iversen 2016, s. 576, Vestergaard Buch 2007, s. 144-145. Anderledes Boesgaard 2018, s. 349-350 og 356-357, der vil anvende tidspunktet for entreprenørens projektering.

⁶⁸ Jf. Betænkning nr. 1246/1993, s. 123.

⁶⁹ Jf. AB 18-bet., s. 161.

Spørgsmålet om byggetidens viden var genstand for behandling i U2011.2059 H vedrørende mangler ved en hygrodioder, som er en speciel dampspærre. En del af tvisten vedrørte, hvorvidt der forelå et udviklingssvigt. Entreprenøren gjorde gældende, at denne havde udført arbejdet efter de gældende retningslinjer på opførelsestidspunktet og i overensstemmelse med entrepriseaftalen. Landsretten lagde til grund, at det var almindelig viden forud for byggetidspunktet i 1995, at dampspærreer skulle være tætte, og efter sagens omstændigheder var der ikke grundlag for at fravige dette.

Højesteret stadfæstede landsrettens dom for så vidt angår, om der forelå en udviklingsskade. Byggetidens viden var således til fordel for bygherren, da det blev anset for almindelig viden, at dampspærreer skulle være tætte. Entreprenøren havde ikke handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, hvorefter denne hæftede for mangler. I denne dom henviser landsretten til betegnelsen ”byggetidspunktet” som må anses for værende overensstemmende med udførelsestidspunktet.

Et andet eksempel herpå er U 2008.1861 H. I denne sag blev C frifundet overfor B i forbindelse med gennemtærings-skader. B opførte drivhuse, hvoraf galvaniserings-arbejdet blev udført af C. I 1993 blev der konstateret gennemtærings-skader i nogle spær placeret øverst i B's drivhuse, som C havde galvaniseret i 1983-1994. Modsat landsrettens dom fandt Højesteret, at det først i 1994-1995 blev kendt i galvaniseringsbranchen, at den anvendte metode kunne medføre tæring. C's galvaniseringsarbejde var herefter fagligt forsvarligt efter forholdene på udførelses-tidspunktet. Som det fremgår, lagde Højesteret udførelsestidspunktet til grund i vurderingen af, om galvaniseringsarbejdet kunne anses for fagligt forsvarligt.

Fra voldgiftspraksis kan TBB 2006.112 VBA fremhæves. I denne sag blev entreprenøren idømt ansvar for råd og svamp i dele af taget til en tilbygning til en skole. Voldgiftsretten fandt, at det først efter færdiggørelsen var blevet kendt, at tilstedeværelsen af store glasarealer har betydning for anvendeligheden af den valgte tagkonstruktion, og at dette forhold ikke kunne lægges entreprenøren eller arkitektfirmaet til last. Voldgiftsretten fandt dog, at hovedårsagen til manglerne var, at entreprenøren og arkitekten ikke havde gjort sig klart, hvad udskiftningen fra tagpap til foliebelægning ville medføre. Voldgiftsretten lagde vægt på, at det på opførelsestidspunktet var kendt, at der ved løst udlagt tagdækning som ved tagfolie skulle etableres lufttæthed. Da det udførte arbejde ikke var i

overensstemmelse med byggetidens viden, blev entreprenøren og arkitektfirmaet idømt solidarisk erstatningsansvar.

Det fremgår at voldgiftsretten i sin bedømmelse af, hvad der på daværende tidspunkt blev anset som kendt i byggeriet, lægges vægt på opførelsestidspunktet. Dette må i lighed med betegnelsen ”byggetidspunktet” anses for at være overensstemmende med udførelsestidspunktet.

I ældre voldgiftspraksis vedrørende flade tagpaptage blev der henvist til projekterings- og udførelsestidspunktet ved vurderingen af byggetidens viden. I KFE 1985.157 VBA var anvendelsen af plader til tagdækning i overensstemmelse med almindelig byggeskik på projekterings- og udførelsestidspunktet. Ligeledes for så vidt angår totalentreprise blev totalentreprenøren frifundet i KFE 1986.165 VBA med henvisning til byggetidens viden på projekterings- og udførelsestidspunktet. I disse afgørelser, angiver voldgiftsretten således to forskellige tidspunkter som det afgørende tidspunkt for vurderingen.

I litteraturen anføres, at det afgørende tidspunkt må være projekteringstidspunktet, men hvor højere og bedre vidensniveau i perioden mellem projekteringen og selve udførelsen kan spille ind.⁷⁰ Dette er en mulig udlægning af opfattelsen af, at såvel projekteringstidspunktet som udførelsestidspunktet er afgørende.

Hvorvidt dette tidspunkt indholdsmæssigt adskiller sig fra udførelsestidspunktet, er imidlertid ikke klart. Som anført ovenfor har retspraksis - med vekslende betegnelser - anvendt udførelsestidspunkt, hvilket også er blevet anvendt siden afgørelserne vedrørende flade tagpaptage. Da udførelsestidspunktet i begge tilfælde vil være af betydning, da det er det seneste af de to tidspunkter, må angivelsen af såvel projekterings- som udførelsestidspunkt ikke anses for at være forskellig fra alene udførelsestidspunktet.

2.4.2. Beslutningstidspunktet

Spørgsmålet om tidspunktet for vurderingen af, hvad der anses som byggetidens viden, har været genstand for behandling i MgO-2, 3 og 4.

I MgO-2 blev MgO-pladerne valgt af hovedentreprenøren i foråret 2013 og anvendt i byggeriet fra sommeren 2013 og frem til aflevering af byggeriet i april 2014. I denne periode udkom BYG-ERFA-bladet i december 2013, om anvendelsen af MgO-plader.

⁷⁰Jf. Boesgaard 2018, s. 349-350 og 356-357, der bl.a. henviser til KFE 1986.165 VBA.

Bygherren gjorde gældende, at tidspunktet for vurderingen af byggetidens viden skulle være på tidspunktet, hvor entreprenøren foretog valget af pladerne og ikke tidspunktet for afleveringen. Dette tidspunkt var ifølge bygherren senest foråret 2013, hvor valget af MgO-plader blev foretaget. Entreprenøren gjorde omvendt gældende, at tidspunktet for vurderingen af byggetidens viden skulle være afleveringstidspunktet. Entreprenøren henviste til, at dette var tidspunktet for mangelsvurderingen, hvorfor dette ligeledes måtte gælde for vurderingen af byggetidens viden. Entreprenøren gjorde yderligere gældende, at såfremt retten fandt, at afleveringstidspunktet ikke skulle lægges til grund, måtte det være tidspunktet for MgO-pladernes anvendelse i byggeriet fra sommeren 2013 og frem til april 2014, hvor der undervejs i byggeperioden var sket en anerkendelse af MgO-pladerne i BYG-ERFA-bladet.

Voldgiftsretten udtalte følgende vedrørende vurderingstidspunktet for byggetidens viden:

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

Voldgiftsretten gav hermed bygherren medhold i dennes anbringende om, at beslutningstidspunktet var relevant for vurderingen af byggetidens viden. Voldgiftsretten fandt, at tidspunktet for valget af MgO-pladerne var i foråret 2013. Dette stemmer ikke overens med den hidtidige opfattelse af det relevante vurderingstidspunkt i praksis og teorien. Dette giver anledning til følgende overvejelser.

For det første kan sagens faktiske omstændigheder tages i betragtning. Som anført var der, i MgO-2, sammenfald mellem tidspunktet for udførelse og tidspunktet for udgivelsen af BYG-ERFA-bladet. Som det fremgår af MgO-3 og 4, medførte BYG-ERFA-bladet, at anvendelsen af MgO-plader blev en del af byggetidens viden. Såfremt udførselstidspunktet blev lagt til grund i MgO-2, ville spørgsmålet opstå hvad konsekvensen var af, at BYG-ERFA-bladet udkom i midten af udførelsesperioden. Med BYG-ERFA-bladet som skæringstidspunkt for MgO-pladernes overensstemmelse med byggetidens viden, ville problemstillingen opstå, i hvilket omfang risikoen skulle fordeles mellem bygherren og entreprenøren. Overgangen fra nyt og ikke-gennemprøvet, hvor entreprenøren hæfter for mangler, til en del af byggetidens viden, hvor bygherren bærer risikoen, ville ligge midt i

udførelsesperioden. Spørgsmålet ville i så fald være, om bygherren skulle bære risikoen fra BYG-ERFA-bladets udgivelse og frem.

Der ses ikke i hidtidig praksis at være tage stilling til den omstændighed, at materialet bliver en del af byggetidens viden i udførelsesperioden. Denne særlige omstændighed i MgO-2 kan være en forklaring på dette skift i, hvilket tidspunkt der er afgørende for vurderingen af byggetidens viden.

For det andet kan voldgiftsrettens efterfølgende bemærkninger fremhæves. Voldgiftsrettens begrundelse for anvendelse af beslutningstidspunktet var følgende:

”Når entreprenøren gør gældende, at han skal være fri for ansvar for de mangler, som objektivt er konstateret på afleveringstidspunktet på grund af entreprenørens subjektive forhold i relation til byggetidens viden, er det efter voldgiftsrettens opfattelse relevant at se på entreprenørens subjektive forhold på det tidspunkt, hvor et produktvalg træffes. Entreprenøren kan siges at projektere løsningen på dette tidspunkt, og det er hans subjektive forhold i forbindelse med denne projektering, der er afgørende.”

Voldgiftsretten henviser i andet led til, at entreprenøren kunne siges at have projekteret løsningen på tidspunktet for beslutningen, hvorfor det var hans subjektive forhold i denne forbindelse, der var afgørende. Voldgiftsrettens bemærkninger om, at entreprenøren kunne siges at projektere, efterlader imidlertid en række uklarheder. Når voldgiftsretten anvender ordet projektering giver dette associationer til, entreprenøren havde påtaget sig en projekteringsforpligtelse, og dermed spørgsmålet om projekteringsansvar. Dette kunne give indtrykket af, at en sådan projekteringsforpligtelse havde betydning for, at voldgiftsretten angiver beslutningstidspunktet som det relevante tidspunkt.

I sagen havde entreprenøren imidlertid ikke påtaget sig en projekteringsforpligtelse ved aftalens indgåelse, idet der var tale om en hovedentreprise, hvor AB 92 var vedtaget. Entreprenøren afgav tilbud på grundlag af et hovedprojekt udformet af bygherrens tekniske rådgiver, hvori der var angivet, at der skulle anvendes vindgipsplader eller ligestillet materiale. Entreprenøren foreslog efterfølgende udskiftning af vindgipsplader. Udgangspunktet er herefter, at en entreprenør, som ikke har påtaget sig en projekteringsforpligtelse, ikke vil have et ansvar for projekteringen og kan nøjes med at gøre indsigelse ud fra sin fagkundskab mod løsninger i bygherrens projekt, som vil resultere i fejl

og mangler. Dette fraviges, såfremt entreprenøren efterfølgende må anses for at have påtaget sig en projekteringsforpligtelse.⁷¹

I forholdet mellem den tekniske rådgiver og entreprenøren gjorde den tekniske rådgiver gældende, at entreprenøren i forhold til MgO-pladerne havde påtaget sig at projektere. Voldgiftsretten behandler imidlertid ikke, om entreprenøren ved materialevalget må anses for at have foretaget egentlig projektering, og om denne som konsekvens vil kunne ifalde ansvar herfor.

Det fremgår ikke af voldgiftsrettens øvrige bemærkninger i sagen, at voldgiftsretten anså entreprenøren for at have påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Angivelsen af, at entreprenøren havde projekteret løsningen, må derfor blot ses som en pointering af, at anvendelsen af MgO-plader kunne henføres til et valg foretaget af entreprenøren. Angivelsen af, at entreprenøren havde foretaget projektering på beslutnings-tidspunktet, blev ikke gentaget i MgO-3, der ligeledes anvender beslutnings-tidspunktet.

I MgO-3 blev MgO-pladerne valgt af entreprenøren i sommeren 2014, og byggeriet blev afleveret d. 7. januar 2015, hvor BYG-ERFA-blad var udkommet. Det fremgår ikke af kendelsen, at der var tvist om det relevante tidspunkt for vurderingen af byggetidens viden. Tværtimod lægger både bygherren og entreprenøren til grund, at beslutningstidspunktet for valg af materiale er afgørende.

I sin vurdering af byggetidens viden fandt voldgiftsretten, at det afgørende tidspunkt var beslutningstidspunktet. Voldgiftsretten udtalte følgende:

”Som anført af voldgiftsretten i førnævnte kendelse af 14. september 2018 (TBB2018.907) er det et krav, for at byggetidens viden og udviklingsrisiko kan virke ansvarsfritagende for en entreprenørs ansvar, at der på det tidspunkt, hvor det blev besluttet at anvende produktet (...)

Der skal herved lægges vægt på entreprenørens subjektive forhold på det tidspunkt, hvor produktvalget blev truffet”

Som det fremgår, lægger voldgiftsretten resultatet i MgO-2 til grund for vurderingen af det afgørende tidspunkt for byggetidens viden. MgO-3 er således en bekræftelse af, at

⁷¹ Jf. Iversen 2016, s. 433-434 og Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 47-51.

beslutningstidspunktet er det relevante vurderingstidspunkt. Det skal fremhæves, at sagens omstændigheder i MgO-3 adskiller sig fra MgO-2 ved, at BYG-ERFA-bladet var udkommet før beslutnings- og udførelsestidspunktet. Det må således antages, at det ikke ville have påvirket hvorvidt anvendelsen var i overensstemmelse med byggetidens viden, hvis voldgiftsretten i stedet havde lagt udførelsestidspunktet til grund. Voldgiftsretten lagde således også beslutningstidspunkt til grund i MgO-3, selvom der ikke forelå den særlige situation fra MgO-2, hvor anvendelsen blev en del af byggetidens viden i løbet af udførelsesperioden. Afgørelsen må således siges at bekræfte, at voldgiftsretten anser beslutningstidspunktet som det relevante vurderingstidspunkt.

I totalentreprise har voldgiftsretten i lighed med MgO-2 og MgO-3 anvendt beslutningstidspunkt. I MgO-4 lagde voldgiftsretten til grund, at beslutningstidspunktet var det afgørende. I sagen var der imidlertid tvist om, hvilket tidspunkt skulle anses som beslutningstidspunktet. Totalentreprenøren havde den 2. december 2013 afgivet et tilbud til bygherren, hvori det fremgik, at der ville blive anvendt MgO-plader i byggeriet. Aftalen mellem totalentreprenøren og bygherren blev indgået den 21. januar 2014, og totalentreprenøren projekterede myndighedsprojektet færdigt den 7. februar 2014. Den 19. februar bestilte totalentreprenøren MgO-pladerne. Spørgsmålet var herefter, om beslutningstidspunktet skulle anses for at være den 2. december 2013 eller senere. Såfremt det relevante tidspunkt måtte anses for at være den 2. december 2013, ville det være før udgivelsen af BYG-ERFA-bladet og TRÆ 68.

Voldgiftsretten udtalte:

“(...) er det efter voldgiftsrettens opfattelse relevante at se på entreprenørens subjektive forhold på det tidspunkt, hvor et produktvalg træffes, hvilket beror på en konkret vurdering i den enkelte sag.”

Der skal således i den konkrete sag foretages en vurdering af, hvad der må anses for beslutningstidspunktet. Denne konstatering kan ikke anses for at være begrænset til totalentreprise, men må anses for også at gælde for traditionel entreprise.

Voldgiftsretten fandt, at oplysningen om anvendelse af MgO-plader i totalentreprenørens tilbud af 2. december 2013 havde karakter af en foreløbig materialeangivelse, som ikke havde afskåret totalentreprenøren fra at ændre på det. Ifølge voldgiftsretten var det endelig beslutningstidspunkt i hvert fald ikke før det tidspunkt, hvor totalentreprenørens

myndighedsprojekt forelå færdigt den 7. februar 2014. Det fremgår af voldgiftsrettens bemærkninger, at det har været afgørende, hvorvidt totalentreprenøren fortsat frit kunne vælge en anden vindspærreplade eller havde foretaget et endeligt valg. Det afgørende tidspunkt var herefter på tidspunktet for færdigprojekteringen af myndighedsprojektet. Afgørelsen vedrører som anført totalentreprise, og entreprenøren vil i traditionel entreprise som udgangspunkt ikke projektere et myndighedsprojekt. Entreprenøren vil dermed ikke i traditionel entreprise foretage det endelige valg i forbindelse med projektering. I de tilfælde, hvor entreprenøren i traditionel entreprise har frit materialevalg, må det således bero på en konkret vurdering, hvornår entreprenøren, i perioden fra indgåelse af entreprisekontrakten til byggeriets færdiggørelse, har truffet det endelige valg. Det må imidlertid kunne udledes, at entreprenøren i traditionel entreprise ikke har foretaget valget ved foreløbige materialeangivelser.

Med beslutningstidspunktet som det relevante vurderingstidspunkt opstår spørgsmålet om betydningen af ny viden i udførelsesperioden. I MgO-2 var konsekvensen af anvendelse af beslutningstidspunktet, at BYG-ERFA-bladet ikke indgik i vurderingen, hvorefter anvendelsen af MgO-pladerne ikke var i overensstemmelse med byggetidens viden. Nye omstændigheder fremkommet i udførelsesperioden var således ikke relevante. I dette tilfælde angik de nye omstændigheder pladernes overgang fra at være et nyt og ikke-gennemprøvet produkt til at være en del af byggetidens viden.

Den omvendte situation kan også opstå, hvor de uheldige egenskaber ikke har vist sig på beslutningstidspunktet, men hvor der fremkommer viden om de uheldige egenskaber i løbet af udførelsesperioden, eksempelvis et BYG-ERFA-blad der fraråder anvendelsen. Der er således tale om situationen, hvor et materiale går fra at være en del af byggetidens viden, til at måtte anses for uegnet. Såfremt der sker en fastholdelse af beslutningstidspunkt, som det eneste afgørende tidspunkt, vil dette betyde, at entreprenøren slipper for mangelshæftelse, hvis denne kan godtgøre, at der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden på beslutningstidspunkt, uanset at der efterfølgende har vist sig uheldige egenskaber i udførelsesperioden. Dette spørgsmål ses ikke at være afklaret.

Spørgsmålet om anvendelse af beslutningstidspunkt ved vurderingen af byggetidens viden ses på nuværende tidspunkt at have været genstand for behandling ved domstolene, der

hidtil har anvendt udførelsestidspunktet. Det er således ikke afklaret, hvorvidt domstolene tilslutter sig opfattelsen af anvendelsen af beslutnings-tidspunktet.

2.4.3. Delkonklusion

Udførelsestidspunktet har indtil MgO-2 været det afgørende tidspunkt for vurderingen af, hvad der måtte anses som byggetidens viden. Dette har hidtil været udgangspunktet i teorien, bemærkningerne til betænkningen til AB 92 og rets- og voldgiftspraksis. I MgO-2 anvendte voldgiftsretten et andet tidspunkt. Voldgiftsretten fandt, at det afgørende tidspunkt måtte være tidspunktet for beslutning om anvendelse af MgO-plader. Voldgiftsretten udtalte, at entreprenøren måtte siges at projektere løsningen på dette tidspunkt. Dette må anses for en pointering af, at entreprenøren havde valgt materialet og ikke som udtryk for til, at entreprenøren havde påtaget sig en egentlig projekteringsforpligtelse.

Anvendelsen af beslutningstidspunktet blev senere bekræftet i MgO-3. Voldgiftsretten fandt i denne sag, at beslutningstidspunktet måtte være det afgørende for vurderingen af byggetidens viden. I lighed med MgO-2 og MgO-3 anvender voldgiftsretten også beslutningstidspunktet i MgO-4, der vedrørte totalentreprise. I MgO-4 bemærkede voldgiftsretten, at afgørelsen af hvilket tidspunkt, der skal anses som beslutningstidspunktet, må bero på en konkret vurdering i den enkelte sag. Entreprenørens foreløbige materialeangivelser vil med sikkerhed ikke være beslutningstidspunktet. På baggrund af MgO-afgørelserne, må det relevante vurderingstidspunkt herefter anses som beslutningstidspunktet.

Hvorvidt beslutningstidspunktet fastholdes som det afgørende, også i tilfælde, hvor materialet på beslutningstidspunktet var en del af byggetidens viden, men i udførelsesperioden viser sig uegnet, er ikke afklaret.

2.5. AB 18 § 12, stk. 3 og byggetidens viden

I undersøgelsen af byggetidens viden indgår også en undersøgelse af de standardvilkår, der regulerer forholdet mellem bygherren og entreprenøren, såfremt de er vedtaget mellem parterne. Da AB-standardvilkårene inden for entrepriseretten i vidt omfang er udtryk for udfyldende entrepriseret, vil en undersøgelse af standardvilkårene også have relevans, hvor

standardvilkårene ikke er vedtaget.⁷² I traditionel entreprise er de seneste standardvilkår AB 18, som blev offentliggjort d. 10. august 2018.

2.5.1. AB 18 § 12, stk. 3

I AB 18 blev der indført en ny bestemmelse i § 12, stk. 3. Bestemmelsen fastslår:

”Entreprenøren skal skriftligt oplyse bygherren om anvendelse af metoder og materialer, der ikke er gennemprøvede, herunder om eventuelle risici derved, medmindre anvendelsen er foreskrevet af bygherren.”

Bestemmelsen fastslår, at entreprenøren har en skriftlig underretningspligt i tilfælde, hvor entreprenøren beslutter at anvende ikke-gennemprøvede metoder og materialer. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, når metoden eller materialet er foreskrevet af bygherren. Bestemmelsen skal sikre, at bygherren i de omhandlede tilfælde får fyldestgørende information, således at bygherren selv kan beslutte, om denne ønsker at anvende de pågældende metoder og materialer. Bygherren vil i så fald kunne opnå fordelene herved, men konsekvensen af valget vil også være, at han bærer risikoen for metodernes og materialernes uheldige egenskaber.⁷³

Underretningspligten gælder, selvom entreprenøren har vurderet, at der ikke er risici involveret ved anvendelse af de pågældende metoder eller materialer. Entreprenøren er imidlertid ikke forpligtet til at foretage dybdegående undersøgelser, men må kunne lægge producentens eller leverandørens oplysninger til grund. Entreprenøren vil i så fald ikke hæfte for oplysningernes rigtighed på objektivt grundlag.⁷⁴

Såfremt entreprenøren ikke opfylder sin underretningspligt, kan entreprenøren blive ansvarlig, selvom entreprenøren ikke har udvist ansvarspådragende fejl i forbindelse med undersøgelsen af de pågældende metoder eller materialer, hvis disse viser sig at være uegnede i byggeriet.⁷⁵

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at udtrykket *”gennemprøvede metoder og materialer”* er en retlig standard, som forudsættes fastlagt i retspraksis og i forbindelse med MgO-sagerne. Det må i tilknytning hertil bemærkes, at det anføres i teorien, at

⁷² Jf. Iversen 2016, s. 51, 54-54.

⁷³ Jf. Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 200-201.

⁷⁴ Jf. Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 201, Boesgaard 2018, s. 105 og AB 18-bet., s. 96.

⁷⁵ Jf. AB 18-bet., s. 96.

bestemmelsen bygger på resultatet i MgO-1, hvor rådgiveren blev ansvarlig for ikke at underrette bygherren om anvendelse af nye og uprøvede materialer og metoder. Tekniske rådgivere og entreprenører var således allerede før bestemmelsen forpligtet til at orientere bygherren.⁷⁶

Bestemmelsen kan overordnet læses i sammenhæng med byggetidens viden, hvor bestemmelsens relevans ligger i dens centrale element, som udløser underretningspligten: hvornår metoder og materialer anses for ikke at være gennemprøvede.⁷⁷ Såfremt et materiale eller en metode anses for gennemprøvet, og dermed falder uden for bestemmelsen, vil eventuelle uheldige egenskaber være omfattet af byggetidens viden, og bygherren vil bære risikoen herfor.⁷⁸ Hvor entreprenøren har overholdt sin underretningspligt vedrørende anvendelsen af ikke-gennemprøvede metoder og materialer, og hvor bygherren positivt godkender anvendelsen, vil bygherren efter omstændighederne have påtaget sig risikoen for disses egnethed til formålet.⁷⁹

I bemærkningerne til bestemmelsen fremhæves en række momenter, der kan indgå i vurderingen af, om et materiale eller en metode må anses for gennemprøvet. For det første har det betydning, om metoden eller materialet har været bredt anvendt til det påtænkte formål i en længere periode. For det andet må standardprodukter, der i en længere årrække har været på markedet og anvendt, almindeligvis anses for gennemprøvede. For det tredje kan det have betydning for vurderingen, om metoden eller materialet er testet eller certificeret.⁸⁰

Hvornår der har været tilstrækkelig anvendelse til, at ydelsen anses for gennemprøvet, fremgår ikke direkte af bemærkningerne, men beror på en konkret vurdering. Ydelsen vil dog formentlig ikke være gennemprøvet, såfremt denne ikke har været anvendt under relevante påvirkninger og belastninger, som eksempelvis under tilsvarende klimatiske forhold.⁸¹

⁷⁶ Jf. Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 199-201 og Boesgaard 2018, s. 106-107.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Jf. Eric Boesgaard, *AB 18 for praktikere*, s. 106

⁸⁰ Jf. *AB 18-bet.*, s. 96.

⁸¹ Jf. Boesgaard 2018, s. 105.

Som anført ovenfor forudsættes bestemmelsens nærmere indhold at blive fastlagt i forbindelse med MgO-sagerne, hvilket giver anledning til at sammenholde bemærkningerne med de hidtidige MgO-afgørelser. I MgO-1 og MgO-2 blev MgO-pladerne ikke anset for at være gennemprøvede, selvom de havde været anvendt udlandet, og det blev lagt til grund, at de i det væsentligste var introduceret på det danske marked i 2010. Erfaringerne fra udlandet spillede således ikke en rolle.

I MgO-1 blev pladerne anset som nye på markedet, da pladerne blev anvendt i byggeriet i 2010. I MgO-2 blev beslutningen om anvendelse af pladerne truffet i 2013, og de blev ligeledes anvendt i byggeriet samme år. Voldgiftsretten fandt i denne afgørelse, at MgO-pladerne i ultimo 2012 udgjorde 75 % af markedet for vindspærreplader og formentlig udgjorde det meste af markedet i 2013-2014. Selvom de havde været på markedet i tre år, var de imidlertid ifølge voldgiftsretten stadig relative nye, idet de kun var afprøvet i danske vinterforhold i 2-3 vintre med høje fugtværdier. Først i MgO-3, hvor det foruden markedsforholdene yderligere blev lagt til grund, at entreprenøren foretog valget af MgO-pladerne i sommeren 2014 efter udgivelsen af BYG-ERFA og Facadeelementer TRÆ 68, blev MgO-pladerne anset for gennemprøvede og dermed omfattet byggetidens viden. Bygherren måtte således bære risikoen. Voldgiftsretten fandt yderligere, at entreprenøren ikke havde handlet ansvarspådragende ved ikke at orientere bygherren om brugen af MgO-pladerne i byggeriet. Voldgiftsretten lagde i denne forbindelse den viden, der forelå på beslutningstidspunktet, til grund. I aftalegrundlaget mellem bygherren og entreprenøren var vedtaget AB 92, som ikke indeholder en tilsvarende bestemmelse til AB 18 § 12, stk. 3. Uanset om AB 18 § 12, stk. 3 havde været vedtaget, måtte resultat antages at være blevet det samme, da en sådan underretningspligt for entreprenøren også måtte siges at være gældende før bestemmelsen.⁸²

I bemærkningerne fremhæves en tilknyttet problemstilling, nemlig afgrænsningen af nye produkter over for opdateringer af gennemprøvede produkter. Problemstillingen er således, om disse opdateringer af et gennemprøvet produkt, fortsat anses for gennemprøvede. Det anføres herom, at mens et nyt produkt ikke vil være gennemprøvet, vil en opdatering af et gennemprøvet produkt typisk ikke medføre, at produktet ikke længere anses for

⁸² Jf. Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 199

gennemprøvet. Dette vil også være tilfældet, såfremt produktet bliver markedsført af en ny producent og som et nyt produkt, hvis det svarer til det hidtidige produkt.⁸³

Det fremgår ikke af bemærkninger, hvornår et produkt er opdateret eller må anses for at være nyt. Problemstillingen vil også kunne forelægge i forbindelse med introduktionen af et nyt produkt, der ligner gennemtestede produkter af samme art, der allerede er på markedet.

Enhver udvikling i design- eller kvalitetsmæssig henseende vil formentlig ikke medføre, at der er tale om et nyt produkt, som entreprenøren skal underrette bygherren om, såfremt entreprenøren vælger at anvende dette. Dette beror på en konkret vurdering.⁸⁴

Konsekvensen af opdelingen mellem opdatering og nyskabelse kan i tvister om byggetidens viden få afgørende betydning for, om et produkt må anses som gennemprøvet med den følge, at bygherren bærer risikoen for eventuelle uheldige egenskaber.

2.5.2. Delkonklusion

I forbindelse med revisionen af AB-vilkårene og offentliggørelsen af AB 18 blev en ny bestemmelse i § 12, stk. 3 indført i standardvilkårene. Bestemmelsen indeholder en oplysningspligt, som bliver udløst, såfremt entreprenøren vælger at anvende et materiale eller en metode, der ikke er gennemprøvet. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med byggetidens viden, idet begrebet ”gennemprøvet” også indgår i vurderingen af, om materialer eller metoder er omfattet af byggetidens viden. I bemærkningerne til bestemmelsen fremhæves en række momenter, der indgår i vurderingen af, hvornår et materiale eller en ydelse er gennemprøvet, som kan sammenholdes med MgO-kendelserne. Det vil spille ind i vurderingen, hvorvidt materialet eller metoden har været bredt anvendt i en længere årrække til det påtænkte formål, herunder hvorvidt der foreligger certificering eller undersøgelse af metoden eller materialet.

En tilknyttet problemstilling opstår, såfremt et gennemprøvet produkt opdateres, hvorved der kan opstå tvivl om, hvorvidt produktet stadig er gennemprøvet eller skal anses som nyt. Såfremt der sker opdatering af et velkendt produkt, medfører opdateringen ikke, at produktet ikke længere anses for gennemprøvet. Dette forudsætter dog, at opdateringen reelt kan anses for værende samme produkt. Ligeledes kan spørgsmålet opstå ved nye

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Jf. Boesgaard 2018, s. 105.

produkter på markedet, som ligner velkendte produkter, og hvorvidt disse må anses som nye eller gennemprøvede produkter.

3. Teknisk rådgivning

Byggetidens viden finder tillige anvendelse på området for teknisk rådgivning. Såfremt der projekteres med materialer eller metoder, der senere viser sig uegnede, vil det være relevant for bygherren at rette et krav mod den tekniske rådgiver, der har forestået projekteringen. En af de hyppigst forekomne type tvister mellem rådgiveren og bygherren er, hvorvidt rådgiveren har pådraget sig et erstatningsansvar.⁸⁵ I disse tvister vil spørgsmålet således være, om den tekniske rådgiver har pådraget sig et erstatningsansvar, eller om der kan siges at være projekteret i overensstemmelse med byggetidens viden.

I dette kapitel vil betydningen af byggetidens viden i forhold til rådgiveres erstatningsansvar blive undersøgt. Standardvilkårene for rådgivning i bygge- og anlægsvirksomhed finder kun anvendelse, såfremt de er vedtaget af parterne. Reglerne er imidlertid i et vist omfang udtryk for udfyldende regler.⁸⁶ Udgangspunktet for kapitlet vil derfor være en undersøgelse af byggetidens viden i relation til standardvilkårene for teknisk rådgivning og dernæst rets- og voldgiftspraksis.

Det erindres, at udgangspunktet er den traditionelle entreprise, hvor bygherren har indgået en aftale med den tekniske rådgiver, som således ikke er i et kontraktsforhold med entreprenøren. Det skal imidlertid nævnes, at dette ikke nødvendigvis er tilfældet, da rådgivere også kan være antaget til at bistå totalentreprenøren i forbindelse med dennes projektering.⁸⁷ Denne situation vil ikke blive behandlet yderligere.

3.1. Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed

De nyeste standardvilkår for teknisk rådgivning findes i ABR 18, der blev offentliggjort i august 2018. Forud for ABR 18 var de nyeste standardvilkår ABR 89, som var den reviderede udgave af ABR 75. Hvor ABR 89 bestod af regler og bemærkninger i samme aftaletekst, er ABR 18 tilpasset de øvrige standardvilkår i henseende til metode, systematik og

⁸⁵ Jf. Iversen 2016, s. 197

⁸⁶ Jf. Iversen 2016, s. 59 og 196.

⁸⁷ Jf. Iversen 2016, s. 72.

terminologi.⁸⁸ Bemærkningerne til bestemmelserne i ABR 18 fremgår af betænkningen til revisionen af standardvilkårene fra 2018

I ABR 18 er indført en ny bestemmelse i § 16, hvorefter rådgiveren skal oplyse bygherren om anvendelse af ikke-gennemprøvede materialer og metoder i rådgiverens projekt og om eventuelle risici herved. Såfremt rådgiveren ikke oplyser bygherren herom, og den valgte løsning viser sig at have uheldige egenskaber, kan rådgiveren ifalde erstatningsansvar.⁸⁹

Bestemmelsen i ABR 18 § 16 er ikke særegen for ABR 18. Tilsvarende bestemmelser om entreprenørens underretning af bygherren ved anvendelse af ikke-gennemprøvede materialer findes med enkelte sproglige ændringer i AB 18 § 12, stk. 3. Bestemmelserne om henholdsvis rådgiverens og entreprenørens underretningspligt skal også læses i sammenhæng byggetidens viden, idet det indgår i vurderingen af byggetidens viden, om et materiale eller en metode er gennemprøvet.⁹⁰ Bemærkningerne til ABR 18 § 16 er i vidt omfang en gengivelse af bemærkningerne til AB 18 § 12, stk. 3.⁹¹ Bestemmelsen i ABR 18 § 16 må derfor læses i sammenhæng med den tilsvarende bestemmelse. Indholdet af bemærkningerne er behandlet i kapitel 2.5. om AB 18 §12, stk. 3, hvortil der henvises.

Af bemærkningerne til AB 18 § 12, stk. 3 fremgår at entreprenøren ikke er forpligtet til at foretage omfattende undersøgelser. Dette fremgår imidlertid ikke af bemærkningerne til ABR 18 § 16.⁹² Omvendt fremgår det ikke af bemærkningerne til ABR 18 § 12, stk. 3, at rådgiveren er forpligtet til at foretage undersøgelser ved anvendelse nye materialer eller metoder, og en pligt hertil kan således ikke udledes.

Selvom bestemmelsen er ny, er kravet om orientering af bygherren om brugen af nye materialer og metoder i projektet næppe ny.⁹³ Det har også hidtil været udgangspunktet, at rådgiveren ved anvendelse af nye materialer og metoder skulle orientere bygherren herom. Der kræves i denne forbindelse en særlig agtpågivenhed fra rådgiverens side ved anvendelse af nye materialer og metoder, hvorfor denne i et vist omfang skal foretage selvstændige

⁸⁸ Jf. AB 18-bet., s. 13.

⁸⁹ Jf. AB 18-bet., s. 266.

⁹⁰ Jf. om AB 18 § 12, stk. 3 i Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 199-201 og Boesgaard 2018, AB 18 for praktikere, s. 106-107.

⁹¹ Jf. AB 18-bet., s. 96 og 266.

⁹² Jf. AB 18-bet., s. 266.

⁹³ Jf. om AB 18 § 12, stk. 3 i Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 199-201, hvor forfatteren angiver, at dette tidligere også var gældende for både rådgiver og entreprenør.

undersøgelser eller lade disse foretage. Kravet til disse undersøgelser afhænger af den konkrete situation.⁹⁴

Selvom ABR 18 § 16 som anført ikke pålægger rådgiveren en pligt til at foretage undersøgelser, må udgangspunktet fastholdes, hvorved rådgiveren i et vist omfang skal foretage en selvstændig undersøgelse afhængig af den konkrete situation.

Reglerne om rådgiverens ansvar for fejl og forsømmelser er samlet i kapitel G i ABR 18, hvori der er indført en række nye bestemmelser. Den relevante bestemmelse for rådgiverens erstatningsansvar er ABR 18 § 49, stk. 1 om rådgiverens ansvar for fejl og forsømmelser.

Det fremgår af ABR 18 § 49, stk. 1, at rådgiveren er ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler for fejl og forsømmelser ved opgavens løsningen. Det fremgår af bemærkningerne hertil, at bestemmelsen svarer til ABR 89 pkt. 6.2.1.⁹⁵ Henvisningen til danske rets almindelige erstatningsregler er en henvisning til culpaeglen, som er grundlaget for rådgiverens ansvar. Afgørende i vurderingen af, om rådgiveren er ansvarlig, er om rådgiverens handling eller undladelse afviger fra det adfærdsmønster, som man på tidspunktet for handlingen eller undladelsen måtte kunne forlange af den pågældende. Det tilføjes, at rådgiveren som udgangspunkt ikke ifalder ansvar for skader som følge af forhold, der ikke er almindeligt kendte i fagkredse.⁹⁶ Bemærkningerne må anses for at udtrykke, hvad der hidtil har været udgangspunktet vedrørende tekniske rådgiveres ansvar, at der gælder et culpaansvar, som vurderes ud fra en professionsmålestok.⁹⁷

Bemærkningerne om, at rådgiveren ikke er ansvarlig for skader, der skyldes forhold, som ikke var almindeligt kendte i fagkredse, må anses som betragtninger om byggetidens viden. Det uddybes ikke yderligere, hvornår et forhold skal anses som almindeligt kendt i fagkredse.

I ABR 89 er udgangspunktet det samme for så vidt angår rådgiverens ansvar. I ABR 89 fremgår rådgiverens ansvar af pkt. 6.2.1., hvorefter rådgiveren er ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler for fejl og forsømmelser. Det fremgår af bemærkningerne

⁹⁴ Jf. Iversen 2016, s. 808 og Michael Gjedde-Nielsen og Hans Lykke Hansen, ABR 89, 3. udgave, Karnov group, 2013, s. 244. Herefter "Gjedde-Nielsen 2013".

⁹⁵ Jf. AB 18-bet., s. 321

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Jf. Gjedde-Nielsen 2013, s. 170-172 og Iversen 2016, s. 794-795 om den tilsvarende bestemmelse i ABR 89 6.2.1.

hertil, at rådgiveren ikke er ansvarlig for skader, der skyldes forhold, der ikke kan betragtes som almindeligt kendte inden for fagkredse. På dette punkt er bemærkningerne i ABR 89 og bemærkningerne til ABR 18 § 49, stk. 1 overensstemmende. Yderligere fremgår det for så vidt angår nye materialer og metoder, at dette er bygherrens risiko, medmindre rådgiveren ved sin rådgivning har handlet ansvarspådragende. Dette er imidlertid ikke gentaget i bemærkningerne til ABR 18 § 49, hvorfor det kan overvejes, om der herved er tilsigtet en ændring af risikoen i forholdet mellem rådgiver og bygherren for så vidt angår nye materialer og metoder.

Udgangspunktet i teorien er, at bygherren efter ABR 89 pkt. 6.2.1. bærer risikoen for nye materialer og metoder, medmindre rådgiveren har handlet ansvarspådragende.⁹⁸ Rådgiveren vil eksempelvis kunne have handlet ansvarspådragende ved manglende orientering af bygherren om anvendelsen af nye materialer og metoder.⁹⁹ Idet det fremgår af bemærkningerne til ABR 18 § 49, stk. 1, at bestemmelsen svarer til ABR 89 pkt. 6.2.1., må udgangspunktet for risikoen for nye materialer og metoder fastholdes. Der ses ikke at være holdepunkter for, at placering af risikoen for nye materialer og metoder har ændret sig i forbindelse med indførelsen af ABR 18 § 49. Spørgsmålet om rådgiverens ansvar for nye metoder og materialer vil blive behandlet nedenfor.

I ABR 75 fremgår rådgiverens ansvar af standardvilkårenes pkt. 6.2.1., som er identisk med ordlyden i ABR 89 pkt. 6.2.1. ABR 75 skal således ikke behandles yderligere.

3.2. Byggetidens viden og rådgiverens erstatningsansvar

Som anført ovenfor er rådgiverens ansvar som udgangspunkt afhængigt af, om denne har handlet uagtsomt på tidspunktet for handlingen eller undladelsen. Rådgiveren vil kun være ansvarlig efter strengere regler, såfremt der er grundlag herfor, eksempelvis ved afgivelse af en garanti.¹⁰⁰ I forhold til nye materialer og metoder fastholdes dette udgangspunkt. Rådgiveren er ikke ansvarlig for mangler ved de valgte materialer og metoder, medmindre denne har handlet uagtsomt.¹⁰¹ Dette adskiller sig fra spørgsmålet om entreprenørens mangelhæftelse for materialer og metoder, hvor entreprenøren som udgangspunkt hæfter for anvendelsen af nye materialer og metoder.

⁹⁸ Jf. Iversen 2016, s. 811 og Gjedde-Nielsen 2013, s. 236-245

⁹⁹ Jf. Iversen 2016, s. 808-809

¹⁰⁰ Jf. Iversen 2016, s. 794-795. og Gjedde-Nielsen 2013, s. 185-187.

¹⁰¹ Jf. Iversen 2016, s. 811 og Gjedde-Nielsen 2013, s. 236-245

Spørgsmålet om byggetidens viden i relation til rådgiveren vedrører, hvorvidt rådgiveren anses for at have handlet ansvarspådragende ved rådgivningen.

I teorien er der enighed om, at rådgiveren bliver ansvarsfri, såfremt rådgiveren har projekteret i overensstemmelse med byggetidens viden, selvom der er projekteret med anvendelse af materialer og metoder, der senere viser sig at have uheldige egenskaber. Det afgørende er, hvornår rådgiveren kan anses for at rådgive i overensstemmelse med den viden og projekteringskik, der var anerkendt på projekteringstidspunktet.¹⁰²

I rets- og voldgiftspraksis er byggetidens viden i forbindelse med rådgiveransvar blevet behandlet i en lang række afgørelser.¹⁰³ I det følgende vil eksempler fra voldgiftspraksis, hvor rådgiveren bliver frifundet som følge af byggetidens viden, blive fremhævet.

I TBB 2018.826 VBA havde bygherren i 2011 indgået en aftale med rådgiver om, at denne skulle projektere en ny svømmehal. Efter aflevering opstod der tvist om skimmelsvamp og misfarvninger af fuger. Spørgsmålet var, om rådgiveren havde begået projekteringsfejl. Voldgiftsretten fandt, at der ikke var begået projekteringsfejl, idet skønsmandens oplysninger om, at anvendelsen af de pågældende elastiske fuger var konventionel på det daværende tidspunkt, blev lagt til grund. Rådgiveren blev herefter frifundet.

Voldgiftsretten kan med denne begrundelse anses for at lægge betragtninger om byggetidens viden til grund for resultatet. Afgørende har således været, om det pågældende materiale var konventionelt på det daværende tidspunkt.

I TBB 2008.428 VBA var der i 2002 konstateret fugtskader og råd- og svampeangreb i ovenlyskasser og tagkassetter i en bebyggelse. Voldgiftsretten fandt, at den væsentligste skadesårsag var en udførelsesfejl begået af en underentreprenør, idet de udførte dampspærrer viste sig at være utætte. Voldgiftsretten fandt imidlertid, at en del af manglerne måtte skyldes projektet. Spørgsmålet var herefter, om projektet var i overensstemmelse med byggetidens viden. Rådgiveren havde projekteret ovenlyskasser og tagkassetter med en hygrodiode som dampspærre. Voldgiftsretten lagde til grund, at brugen af en hygrodiode blev anset for egnet på projekteringstidspunktet og at det først ved senere

¹⁰² Jf. Iversen 2016, s. 806, Gjedde-Nielsen 2013, s. 187-189, Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard, Rådgiveransvaret, 1. udgave, 1993, Forsikringshøjskolens Forlag, s. 302 og Jørgen Hansen, Teknikeraftalen, 1. udgave, 1984, Juraconsult. Forlagsanspartselskab, s. 237-239.

¹⁰³ Jf. Gjedde-Nielsen 2013, s. 188

erfaringer blev kendt, at hydrodioden ikke kunne anvendes i en tagbebyggelse som den i sagen. Disse erfaringer kom til udtryk i et BYG-ERFA blad af 29. december 2005. Voldgiftsretten anførte, at det var i overensstemmelse med "*tidens viden*" at anvende hydrodioden, hvorved der forelå en udviklingsskade, som bygherren måtte bære risikoen for. Rådgiveren blev derfor ikke pålagt ansvar. Afgørelsen illustrerer, at rådgiveren går fri i de tilfælde, hvor denne har projekteret i overensstemmelse med byggetidens viden.

TBB 2004.183 VBA kan ligeledes fremhæves. Afgørelsen vedrører et køleanlægs manglende køleeffekt i et kraftvarmeværk. Køleanlægget var udbudt på funktionsudbud, hvor rådgiveren havde udformet udbudsmaterialet. Rådgiveren blev frifundet, da denne ikke havde begået fejl ved udformningen af udbudsmaterialet, idet foretagelse af vindforsøg vedrørende det pågældende forhold, ikke var sædvanlig praksis på projekteringstidspunktet.

De ovennævnte afgørelser anvender vekslende terminologi for, hvad der kan anses som byggetidens viden. I TBB 2018.826 VBA udtrykkes det, at materialevalget var konventionelt. I TBB2004.183 VBA udtrykkes det, at det ikke var sædvanlig praksis at foretage vindforsøg. Mest klart fremgår det i TBB 2008.428 VBA, hvor det udtrykkes, at der forelå en udviklingsskade.

Samlet må afgørelserne således anses for at være udtryk for samme forhold. Hvor rådgiveren har projekteret i overensstemmelse med, hvad der var sædvanligt på projekteringstidspunktet, er denne ansvarsfri. Rådgiver vil være ansvarsfri, selvom materialer og metoder senere viser sig at have uheldige egenskaber. Dette svarer således til byggetidens viden for entreprenøren.¹⁰⁴

3.3. Nye og uprøvede materialer og metoder

I det følgende vil rådgiverens anvendelse af nye og uprøvede materialer og metoder undersøges. I undersøgelsen belyses forskellen mellem entreprenørens mangelshæftelse og rådgiverens erstatningsansvar, såfremt et materiale eller en metode ikke er omfattet af byggetidens viden.

Fra retspraksis kan U 1982.498 Ø vedrørende anvendelse af nye og uprøvede materialer fremhæves.

¹⁰⁴ Jf. Iversen 2016, s. 806 med henvisning til TBB2008.428 VBA og TBB2004.183 VBA

Dommen omhandlede genopførelsen af et kirkespir i 1969-1970, hvor det efter genopførelsen viste sig, at kobberbelægningen var angrebet af korrosion. Bygherren anlagde sag mod rådgiver med påstand om erstatning for skaderne på kobberbelægningen. Bygherren gjorde gældende, at rådgiveren kendte eller burde have kendt til, at der ville forekomme korrosion. Rådgiveren gjorde gældende, at korrosionsårsagen var uforudsigelig under hensyn til den tekniske viden i 1969, og de svar vedrørende forholdet rådgiveren havde fået fra forskellige firmaer og institutioner. Retten lagde til grund, at rådgiveren havde været opmærksom på, at der ved den pågældende konstruktion forelå en korrosionsproblematik. De af rådgiveren anbefalede og anvendte materialer var nye og uprøvede, og retten fandt, at rådgiveren i en sådan situation bør udvise en særlig omhu.

Retten frifandt imidlertid rådgiveren for en række af bygherrens krav. Retten lagde vægt på, at det ikke kunne bebrejdes rådgiveren, at denne ikke havde undersøgt skadesårsagen, udover de undersøgelser og forespørgsler, som denne allerede havde foretaget. Retten tilføjede hertil, at når rådgiveren ikke selv har specialistviden, består dennes opgave i at skaffe sig sikre oplysninger herom fra specialister. Disse oplysninger skal angå, at anvendelsen af de nye og uprøvede materialer ikke er forbundet med risiko, eller i hvert fald at risikoen er så minimal, at den bliver opvejet af de fordele, der er forbundet med anvendelsen af disse. I forhold til de oplysninger rådgiveren havde skaffet sig vedrørende forholdet, fandt retten, at disse ikke var advarende, men var af beroligende karakter. Det kunne således ikke bebrejdes rådgiveren, at denne ikke foretog yderligere undersøgelser. Da retten yderligere fandt, at rådgiveren havde opfyldt sin forpligtelse til underretning af bygherren om den pågældende korrosionsrisiko ved at fremlægge korrespondance om risikoen for bygherren, blev rådgiveren frifundet for størstedelen af bygherrens krav.

Det er i teorien anført, at dommen anses for udtryk for frifindelse som følge af byggetidens viden i forhold til tekniske rådgivere.¹⁰⁵ Dommen vedrører imidlertid anvendelse af nye og uprøvede materialer. I relation til entreprenøren er anvendelse af nye og uprøvede materialer ikke omfattet af byggetidens viden. Dette må også fastholdes i forhold til rådgiveren.

¹⁰⁵Jf. Gjedde-Nielsen 2013, s. 216-217 og Iversen 2016, s. 804

I dommen bliver rådgiveren frifundet, som følge af, at denne ikke har handlet ansvarspådragende. Konsekvensen af, at der blev anvendt nye og uprøvede materialer, var ifølge retten, at rådgiveren måtte udvise en særlig omhu. Denne omhu bestod i at foretage undersøgelser i form af at skaffe sig specialistviden. Rådgiveren er i forlængelse af disse undersøgelser forpligtet til at underrette bygherren om de særlige risici ved anvendelse af de pågældende materialer. Rådgiveren blev således ikke frifundet med henvisning til, at denne havde anvendt materialer og metoder, som var sædvanlige på tidspunktet. Der var tale om anvendelse af nye materialer og metoder, og rådgiveren blev frifundet, fordi denne ikke havde handlet ansvarspådragende ved anvendelsen af disse. Rådgiveren blev således ikke frifundet med henvisning til byggetidens viden.

I dette speciale anses dommen ikke som udtryk for byggetidens viden, men som udtryk for, at rådgiveren ikke havde handlet ansvarspådragende ved anvendelsen af nye og uprøvede materialer.

I MgO-afgørelserne blev spørgsmålet om rådgiverens ansvar for MgO-pladerne også behandlet.

I MgO-1 var spørgsmålet i forhold til rådgiveren, om denne havde handlet ansvarspådragende ved at godkende MgO-pladerne og ved ikke at orientere bygherren om valget af MgO-pladerne.

Voldgiftsretten fandt ikke, at rådgiveren havde handlet i strid med god rådgiverskik ved at lægge de modtagne produktoplysninger til grund uden selvstændig efterprøvelse, da der ikke var anledning til at betvivle rigtigheden af oplysningerne. Rådgiveren havde ikke handlet i strid med god rådgiverskik ved ikke at være opmærksom på pladernes fugtopsugende egenskaber. Rådgiveren havde herefter ikke handlet ansvarspådragende ved ikke at foretage undersøgelser af pladernes egenskaber ved høj relativ luftfugtighed.

Rådgiveren blev imidlertid ansvarlig, da denne ikke forinden godkendelsen af pladerne havde orienteret bygherren om, at MgO-pladerne var nye og ikke-gennemprøvede og ikke kunne opnå generel certificering. Rådgiveren var efter aftalen med bygherren forpligtet til at overholde kvalitetssikringsbekendtgørelsen og -vejledningen, hvorefter bygherren skulle orienteres, hvis der skulle anvendes nye materialer og metoder.

I MgO-2 var spørgsmålet i lighed med MgO-1, hvorvidt rådgiveren havde handlet ansvarspådragende ved at godkende MgO-pladerne og ved ikke at orientere bygherren om valget af MgO-pladerne. Rådgiveren var også i denne sag forpligtet til at overholde kvalitetssikringsbekendtgørelsen.

Voldgiftsretten lagde til grund, at rådgiveren ikke havde handlet i strid med god rådgivningsskik ved at lægge de modtagne produktoplysninger til grund uden selvstændig efterprøvelse. Oplysningerne gav ikke rådgiveren anledning til skærpet opmærksomhed vedrørende produktet, og hovedentreprenøren havde ikke oplyst, at der forelå et nyt produkt. Rådgiveren havde ikke tilsidesat god rådgivningsskik ved ikke at være opmærksom på muligheden for optagelse af fugt som følge af, at MgO-pladerne var et magnesiumprodukt.

I modsætning til MgO-1 fandt voldgiftsretten, at rådgiveren i denne sag ikke havde forsømt sin pligt til at orientere bygherren efter kvalitetssikringsbekendtgørelsen, selvom rådgiveren ikke havde orienteret bygherren om anvendelse af nye og ikke-gennemprøvede materialer. Voldgiftsretten lagde vægt på, at rådgiveren ud fra de modtagne oplysninger ikke burde have vidst, at der forelå et ikke gennemprøvet materiale, men var berettiget til at gå ud fra, at entreprenøren foreslog en standardløsning. Rådgiveren blev frifundet.

I MgO-1 og MgO-2 fandt voldgiftsretten, at MgO-pladerne var nye og ikke-gennemprøvede, og på samme måde som i U1982.498 Ø var spørgsmålet, om rådgiveren skulle have foretaget yderligere undersøgelser og orienteret bygherren om anvendelsen af de nye og uprøvede materialer.

Det springende punkt i MgO-1 og MgO-2 var, hvorvidt rådgiveren havde handlet ansvarspådragende ved ikke at orientere bygherren om anvendelse af MgO-pladerne, selvom rådgiveren var forpligtet hertil efter kvalitetssikringsbekendtgørelsen. Afgørende var, om rådgiveren burde have vidst, at der forelå et ikke-gennemprøvet materiale. Selvom underretningspligten fulgte af kvalitetssikringsbekendtgørelsen, må en tilsvarende underretningspligt imidlertid også gælde, selvom kvalitetssikringsbekendtgørelsen ikke er vedtaget mellem bygherren og rådgiveren. Betydningen afgørelserne kan derfor ikke anses for begrænset til de tilfælde, hvor kvalitetsbekendtgørelsen er vedtaget.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Jf. Hørlyck, MgO-kendelsen, s. 3 om MgO-1.

Såfremt ABR 18 er vedtaget mellem bygherren og rådgiveren, vil rådgiveren være forpligtet til at orientere bygherren efter ABR 18 § 16. Uanset om ABR 18 § 16 havde været vedtaget, må voldgiftsrettens resultat må dog antages at være blevet det samme. Dette støttes på, at det fremgår af bemærkningerne til ABR 18 § 16, at bestemmelsen indhold forudsættes at blive fastlagt i forbindelse med MgO-afgørelserne.¹⁰⁷

Rådgiveren vil i tilfælde, hvor de anvendte materialer og metoder kan anses for omfattet af byggetidens viden, være ansvarsfri overfor bygherren. I tilfælde hvor der er anvendt nye og ikke-gennemprøvede materialer, vil rådgiveren alene være ansvarlig for, at der senere viser sig uheldige egenskaber, hvis rådgiveren har handlet ansvarspådragende. MgO-afgørelserne og U.1982.498 Ø illustrerer således forskellen mellem rådgiverens erstatningsansvar og entreprenørens mangelsansvar ved anvendelse af nye og ikke-gennemprøvede materialer og metoder.

Såfremt entreprenøren anvender nye og ikke-gennemprøvede materialer eller metoder, vil entreprenøren hæfte for uheldige egenskaber ved disse, medmindre materialerne kan anses som foreskrevet af bygherren. Entreprenøren hæfter således for manglen, uanset om denne burde have kendt til de uheldige egenskaber eller ej. Rådgiveren hæfter ikke for uheldige egenskaber ved nye og ikke-gennemprøvede materialer eller metoder, medmindre rådgiveren har handlet ansvarspådragende. Hvorvidt der er handlet ansvarspådragende beror på en vurdering af, om rådgiveren har udvist den fornødne omhu, som må kræves i den pågældende situation. Det er herved afgørende, om rådgiveren har foretaget de fornødne undersøgelser, og hvorvidt rådgiveren burde have underrettet bygherren om anvendelsen af nye og ikke-gennemprøvede materialer og metoder.

3.4. Delkonklusion

Rådgiveren er ansvarsfri, såfremt denne har projekteret i overensstemmelse med byggetidens viden på projekteringstidspunktet. Byggetidens viden i relation til rådgiveren svarer således til byggetidens viden for entreprenøren.

I de tilfælde, hvor rådgiveren anvender materialer og metoder i byggeriet, som er nye og ikke-gennemprøvede, adskiller rådgiverens erstatningsansvar sig imidlertid fra entreprenørens mangelshæftelse. Rådgiveren er ansvarlig på baggrund af et culpaansvar og

¹⁰⁷ Jf. AB 18-bet., s. 266

hæfter som udgangspunkt ikke for mangler, medmindre denne har handlet ansvarspådragende. Rådgiverens ansvar vurderes ud fra en professionsmålestok. I rets- og voldgiftspraksis har det været afgørende, om rådgiveren skulle have foretaget yderligere undersøgelser af det pågældende forhold, og hvorvidt rådgiveren har handlet i strid med sin forpligtelse til at orientere bygherren om anvendelse af nye og uprøvede metoder og materialer.

Såfremt ABR 18 er vedtaget mellem bygherren og rådgiveren, fremgår rådgiverens pligt til at orientere bygherren af § 16. Det fremgår af MgO-2, at rådgiveren ikke vil ifalde ansvar for manglende orientering, såfremt denne ikke vidste eller burde vide, at de pågældende materialer og metoder var nye og ikke-gennemprøvede. Rådgiveren vil således ikke ifalde ansvar ved manglende orientering, såfremt denne ikke burde vide, at materialerne og metoderne var nye og ikke-gennemprøvede.

4. Totalentreprise

I kapitel 2 blev byggetidens viden i relation til den traditionelle entrepriseform undersøgt. I det følgende kapitel vil det blive undersøgt, om valget af totalentreprise som organisationsform har betydning for vurderingen af byggetidens viden i forhold til traditionel entreprise.

Ved totalentreprise forstås sædvanligvis, at totalentreprenøren har påtaget sig den væsentligste del af projekteringen og udførelsen af byggeriet i øvrigt, jf. ABT 18 § 2, stk. 1.

4.1. Standardvilkår for totalentreprise

Indenfor totalentreprise er der udarbejdet et sæt standardvilkår på samme måde som ved traditionel entreprise. De første standardvilkår, der var udarbejdet specifikt med henblik på totalentreprise, var ABT 93.¹⁰⁸ I 2018 blev vilkårene for totalentreprise revideret og offentliggjort i form af ABT 18.

ABT 93 indeholder i større omfang en gengivelse af bestemmelserne i AB 92. Mangelsbegrebet i ABT § 30 har samme ordlyd som mangelsbegrebet i AB 92 § 30.¹⁰⁹ Bestemmelserne skal dog læses på den måde, at mangelsbegrebet i ABT 93 § 30 også omfatter mangler ved totalentreprenørens projekteringsforpligtelse, jf. ABT 93 § 1, stk. 8.

¹⁰⁸Jf. Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 29-30.

¹⁰⁹ Jf. Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 227-228.

Bemærkningerne til ABT 93 § 30 angiver bestemmelsen som værende identisk med AB 92 § 30.¹¹⁰ AB 92 betænkningens bemærkninger vedrørende udviklingssvigt, må derfor ligeledes anses for gældende for det totalentrepriseretlige mangelsbegreb i ABT 93. Udviklingssvigt kan således heller ikke anses for mangler i henhold til ABT 93.

For så vidt angår de reviderede vilkår i AB 18 og ABT 18 fremgår det, at det ikke har været hensigten ændre på den hidtidige retstilstand for så vidt angår mangelsbegrebet i traditionel- eller totalentreprise.¹¹¹

Betragtningerne om udviklingskader i bemærkningerne til AB 92 § 30 må således også gælde for ABT 18.

Derudover er særligt to bestemmelser i ABT 18 relevante i forhold til byggetidens viden, ABT 18 § 12, stk. 3 om underretningspligt ved anvendelse af materialer og metoder, der ikke er gennemprøvede, og ABT 18 § 45 om mangelsbegrebet. Disse bestemmelser svarer indholdsmæssigt til AB 18 § 12, stk. 3, litra a og § 47. Bemærkningerne til bestemmelserne i ABT 18 henviser i øvrigt til bemærkningerne til AB 18, hvorfor indholdet af bestemmelserne i det hele må siges at være sammenfaldende.¹¹²

Mangelsbegrebet i AB 18 og ABT 18 må på baggrund af ovenstående anses for sammenfaldende også med hensyn til byggetidens viden.

4.2. Byggetidens viden i totalentreprise

Totalentreprenørens ydelse består af projektering og udførelse. Dette medførte, at der forud for ABT 93 kunne opstå spørgsmål om, hvorvidt ansvaret skulle bedømmes forskelligt alt efter, om en mangel relaterede sig til projekteringen eller udførelsen af byggeriet. Dette ville indebære, at en projekteringsfejl skulle bedømmes efter reglerne om rådgivningsansvar, og udførelsesfejl skulle bedømmes efter de entrepriseretlige regler om mangelsbæftelse.¹¹³ Sidenhen er der dog enighed i teorien om, at vurderingen af totalentreprenørens ydelse følger de entrepriseretlige regler, hvorfor der ikke skal ske en opdeling. Til støtte herfor anføres, at mangelsbedømmelsen sker efter de samme regler i standardvilkårene, uanset om ansvaret relaterer sig til projekteringen eller til udførelsen. Yderligere fremhæves det at

¹¹⁰ Jf. Betænkning nr. 1266/1994, s. 15.

¹¹¹ Jf. AB 18-bet., s. 163 og 387.

¹¹² AB 18-bet., s. 379 og 387

¹¹³ Jf. Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 228-229, Iversen 2016, s. 853, Hans Henrik Vagner, Entrepriseret, 4. udgave, 2005, s. 351 og Gjedde-Nielsen 2013, s. 245.

bygherren har bestilt et entrepriseretligt resultat af totalentreprenøren, hvorved det også skal bedømmes efter de entrepriseretlige regler.¹¹⁴

Selvom det er de samme entrepriseretlige regler, der finder anvendelse, så foreligger der den grundlæggende forskel for mangelsbedømmelsen, at totalentreprenøren har påtaget sig et projekteringsansvar. Totalentreprenøren er som følge heraf ansvarlig for projekteringsfejl. Det anføres i denne forbindelse, at mangelsbedømmelsen oftest vil fokusere på, hvorvidt arbejdet er fagmæssigt korrekt, og materialerne er af sædvanlig god kvalitet, idet der ikke foreligger en detaljeret ydelsesbeskrivelse ved indgåelsen af totalentrepriskontrakten.¹¹⁵

For så vidt angår byggetidens viden er det anført i teorien, at totalentreprise ikke medfører væsentlige ændringer i forhold til, hvad der almindeligvis gælder ved traditionel entreprise.¹¹⁶ Bygherren bærer således også i dette tilfælde risikoen for, at byggetidens viden efterfølgende viser, at materiale eller metoder var uegnede til det pågældende formål. Forskellen ved anvendelse af totalentreprise vil være, at totalentreprenøren i lighed med tekniske rådgivere har samme de rådgivningsforpligtelser vedrørende nye og uprøvede materialer.¹¹⁷

4.3. Praksis vedrørende byggetidens viden og totalentreprise før MgO-afgørelserne

I TBB 2017.915 VBA havde bygherre og totalentreprenør i 2011 indgået en aftale om renovering af et parkeringsdæk over bygherrens storcenter. Efterfølgende opstod der tvist om en række forhold, hvoraf et af forholdene vedrørte udsivning af koldklæber ned i bygningen under parkeringsdækket, hvilket medførte skader og gener. Voldgiftsretten fandt, at udsivningen af koldklæberen var en mangel. Voldgiftsretten fandt ikke, at den pågældende koldklæber efter byggetidens viden kunne anses som et egnet materiale, da den ikke tidligere var blevet brugt i sådanne konstruktioner. Voldgiftsretten fandt yderligere, at totalentreprenøren havde pådraget sig et erstatningsansvar ved ikke at foretage tilstrækkelige undersøgelser af produktets egnethed. Voldgiftsretten bemærkede

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Jf. Iversen 2016, s. 853 og Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 227-229.

¹¹⁶ jf. Iversen 2016, s. 857 og Hans Henrik Vagner, Entrepriseret, 4. udgave, 2005, s. 351. I Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 237-240, der forholder sig kritisk til begrebet byggetidens videns og udviklingsskader, men tiltræder, at bygherren kan blive pålagt risikoen herfor.

¹¹⁷ Jf. Iversen 2016, s. 857

hertil, at totalentreprenøren ikke havde underrettet bygherren om, at koldklæberen var ny i den pågældende konstruktion, og der således ikke var erfaringer med denne.

Voldgiftsrettens resultat stemmer overens med byggetidens viden i traditionel entreprise. Det fremgår, at voldgiftsretten har lagt vægt på, om koldklæberen tidligere havde været anvendt i konstruktioner som den foreliggende, hvilket ikke var tilfældet. Resultatet ville således have været anderledes, såfremt koldklæberen kunne anses for forsvarlig og fornuftig. Med hensyn til vurderingstidspunktet, adskiller voldgiftsrettens resultat sig heller ikke fra traditionel entreprise. I voldgiftsrettens vurdering af, om der forelå en udviklingsskade, fremgår det, at voldgiftsretten anvender byggetidspunktet, som det afgørende tidspunkt. Dette tidspunkt må anses for at sammenfaldende med det hidtidige anvendte udførelsestidspunkt i traditionel entreprise.¹¹⁸

I TBB 2009.224 VBA havde totalentreprenøren opført og projekteret to boligbyggerier i 2000-2001, hvor der efterfølgende viste sig at være tæring i brugsvandanlægget. Voldgiftsretten fandt, at totalentreprenøren var ansvarlig for tæringerne, og forholdet ikke kunne henføres til udviklingsskader. Voldgiftsretten lagde vægt på, at det var en del af byggetidens viden på tidspunktet for projektering og udførelse af byggeriet, at der skulle anvendes elektrolyseanlæg i det pågældende brugsvandsanlæg. Til støtte for resultat henviste voldgiftsretten til, at dette fremgik af et BYG-ERFA-blad. Skaderne kunne ifølge voldgiftsretten ikke henføres til udviklingsskader, selvom enkelte entreprenører ikke kendte til det pågældende BYG-ERFA-blad.

Vurderingen i afgørelsen må anses for at stemme overens med den vurdering, der foretages i traditionel entreprise, hvor der lægges vægt på, hvad der fremgår af fagblade.

I ældre praksis ses der heller ikke at være forskel på vurderingen. I KFE 1986.165 VBA blev totalentreprenøren frifundet i lighed med de tilsvarende sager vedrørende traditionel entreprise for mangler ved et fladt tagpaptage.¹¹⁹ Voldgiftsretten fandt, at totalentreprenøren havde handlet i overensstemmelse med almindelig byggeskik, hvorefter totalentreprenøren blev frifundet. Totalentrepriseformen medførte således ikke en ændret

¹¹⁸ Jf. eksempelvis i traditionel entreprise U 2011.2059 H, som ligeledes anvender byggetidspunktet.

¹¹⁹ Jf. Hørlyck, AB 18, s. 475, der henviser til en lang række afgørelser, hvor der sker frifindelse af entreprenører, da uforsvarligheden ikke var kendt på udførelsestidspunktet.

bedømmelse af byggetidens viden og stemmer overens for så vidt angår traditionel entrepris i lignende sager.¹²⁰

4.4. Totalentreprise og MgO-afgørelserne

I MgO-4 tog voldgiftsretten stilling til spørgsmålet om, hvorvidt anvendelse af MgO-plader i forbindelse totalentreprise kunne anses som omfattet af byggetidens viden. Voldgiftsretten frifandt totalentreprenøren med henvisning til byggetidens viden. Voldgiftsretten lagde i overensstemmelse med de tidligere MgO-afgørelser til grund, at MgO-pladerne var uegnede i dansk klima. Voldgiftsretten indledte herefter med, at entreprenøren ikke er ansvarlig for mangler, såfremt denne godtgør, at materialet efter byggetidens viden blev anset for egnet. Det måtte herved tillige være et krav, at der efter anvendelsen af det pågældende produkt er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, og at det kan anses for sådan gennemprøvet, at produktet kan anses for forsvarligt og fornuftigt. Det afgørende tidspunkt for vurderingen af byggetidens viden var ifølge voldgiftsretten beslutningstidspunktet.

Disse bemærkninger stemmer overens med voldgiftsrettens vurdering af byggetidens viden i de tidligere MgO-afgørelser. Det er således de samme krav for frifindelse for mangler, der kræves i totalentreprise.

Voldgiftsretten fandt, at MgO-pladerne på beslutningstidspunktet var blevet et gængs og anerkendt produkt. Yderligere fandt voldgiftsretten, at der på baggrund af BYG-ERFA-bladet fra den 27. december 2013 var indhøstet sådanne erfaringer vedrørende MgO-pladerne, at de kunne anses for sådan gennemprøvede, at der forelå en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige. Udfaldet og begrundelsen stemmer overens med MgO-3, hvor voldgiftsretten ligeledes på baggrund af BYG-ERFA-bladet og TRÆ 68-bladet fandt, at entreprenøren blev ansvarsfri som følge af byggetidens viden. Vurderingen var således den samme uanset valget af organisationsform.

Totalentreprenøren var i henhold til totalentreprisaftalen forpligtet til at overholde kvalitetssikringsbekendtgørelsen, hvorved denne skulle orientere bygherren om anvendelse af ikke-gennemprøvede materialer. Da voldgiftsretten fandt, at MgO-pladerne var

¹²⁰ Jf. eksempelvis KFE 1983.299 VBA og KFE 1983.318 VBA.

gennemprøvede, havde totalentreprenøren ikke forsømt sin forpligtelse til at orientere bygherren om anvendelse af ikke-gennemprøvede materialer.

Forpligtelsen hidrørte fra, at parterne aftalte, at kvalitetssikringsbekendtgørelsen skulle være gældende. I de nye aftalevilkår fremgår totalentreprenørens forpligtelse til at oplyse bygherren om anvendelse af ikke-gennemprøvede metoder og materialer af ABT 18 § 12, stk. 3. Hvornår et materiale eller en metode kan anses for gennemprøvet, må anses for at være sammenfaldende i ABT 18 § 12, stk. 3 og kvalitetssikringsbekendtgørelsen. Uanset om ABT 18 § 12, stk. 3 havde været vedtaget, må voldgiftsrettens resultat således antages at være blevet det samme.

4.5. Delkonklusion

Som det fremgår af dette afsnit, er der ikke grundlag i standardvilkårene for, at betydningen af byggetidens viden påvirkes af, at der er tale om totalentreprise. Derimod fremgår det af betænkningerne til ABT 93 og til ABT 18, at mangelsbegreberne er identiske med de tilsvarende i AB 92 og AB 18.

Forskellen vil være, at selve indholdet af entreprenørens ydelse vil afhænge af, hvilken organisationsform der er aftalt med dertilhørende forpligtelser. Totalentreprenørens ydelse vil således adskille sig ved, at denne har påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Denne udvidede ydelse i forhold til traditionel entreprise medfører imidlertid ikke væsentlige ændringer i anvendelse af byggetidens viden, idet bygherren ligeledes i totalentreprise bærer risikoen herfor.

De hidtidige afgørelser viser i overensstemmelse med traditionel entreprise, at byggetidens viden i totalentrepriseforhold vil kunne medføre, at totalentreprenøren undgår mangelshæftelse, såfremt der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. I forhold til MgO-afgørelserne viser voldgiftsretten afgørelse i MgO-4, der vedrørte totalentreprise, at anvendelse af totalentrepriseformen ikke ændrer anvendelsen af byggetidens viden, idet totalentreprenøren ikke hæftede for anvendelsen af MgO-pladerne.

5. Garantier

Som det følger af ovenstående, hæfter entreprenøren ikke for uheldige egenskaber, hvor denne har anvendt materialer eller metoder i overensstemmelse med byggetidens viden. Dette udgangspunkt kan parterne i kraft af den almindelige aftalefrihed fravige. Indeholder parternes aftale en konkret stillingtagen til risikoen for efterfølgende uforudsete uheldige

egenskaber, opstår der naturligvis ingen problemer. Såfremt entreprenøren afgiver en garanti for arbejdet, opstår spørgsmålet hvor langt denne rækker.

Såfremt en garanti ikke udtrykkeligt i sin ordlyd omfatter udviklingssvigt, opstår spørgsmålet, om garantien alligevel kan siges at omfatte udviklingssvigt.

En garanti er et løfte afgivet af garanten om at bære det tab som løftemodtageren vil lide, såfremt en nærmere aftalt situation indtræder eller ophører, hvorved garantien bliver aktuel. Garantien påtager sig således at hæfte for løftemodtagerens tab på objektivt grundlag, såfremt garantien bliver aktuel.¹²¹ Det fremgår i tråd hermed af AB 18 § 47 stk. 4. at arbejdet under alle omstændigheder skal have de egenskaber, der er tilsikret ifølge aftalen. Garantier kan stilles udtrykkeligt eller stiltiende. Garantiers retsvirkninger vurderes på baggrund af en fortolkning af garantiløftet.¹²²

Garantier kan foreligge i mange former. Overordnet kan garantier stilles af tredjemand eller af kontraktsparten. Tredjemandsgarantier i byggeriet er udbredt, da der i AB 18 §§ 9 og 10 er foreskrevet, at både entreprenøren og bygherren skal stille med en sådan tredjemandsgaranti, for henholdsvis arbejdets udførelse og entreprissummens betaling. I disse situationer indestår tredjemand, eksempelvis en bank, for opfyldelsen af entreprenørens eller bygherrens forpligtelser i henhold til entreprisekontrakten.

Disse tredjemandsgarantier fastlægger ikke entreprenørens hæftelse over for bygherren, men er alene sikkerhed for entreprenørens forpligtelser overfor bygherren. Tredjemandsgarantierne vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

Derimod behandles garantier afgivet af entreprenøren til bygherren. Disse garantier er individuelle for den enkelte aftale, men vil typisk udgøre entreprenørens påtagelse af at hæfte for forhold, som efter de almindelige regler ikke ville berettigg et krav fra bygherren.¹²³ Dette kan være en forlænget hæftelsesperiode, en udvidelse eller præcisering af mangelsbegrebet, funktionsgarantier eller garantien kan indebære, at bygherren får misligholdelsesbeføjelser, denne ellers ikke ville have.¹²⁴

¹²¹ Jf. Bryde Andersen 2015, s. 406, og Gomard mfl., Almindelig kontraktsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, s. 75, herefter "Gomard 2015"

¹²² Jf. Bryde Andersen 2015, s. 59-60

¹²³ Jf. Halfdan Kragh Jespersen, Funktions- eller procesgarantier ctr. produktions- eller tabsgarantier i entrepriseretten - et spørgsmål om entreprenørens hæftelse for indirekte tab, AB 92 § 35 stk. 2, TBB1998.18 (18), herefter "TBB1998.18".

¹²⁴ Jf. TBB1998.18(18)

Entreprenøren vil ofte garantere for fysiske egenskaber ved byggeriet. To typiske former for garantier er funktionsgarantier og egenskabsgarantier.¹²⁵

Funktionsgarantien betyder, at der garanteres for, at ydelsen kan fungere garantitiden ud, mens der ved egenskabsgarantier garanteres for, at ydelsen på et bestemt tidspunkt havde bestemte egenskaber.¹²⁶

Garantier findes dog i mange former og kan kombineres på mange måder. Det ovenfor anførte er derfor ikke udtømmende.

5.1. Forholdet til byggetidens viden

Det er i litteraturen anført, at garantien ikke bortfalder, som følge af, at garantien hvilede på byggetidens viden. Begrundelsen herfor er, at ansvaret ved garantier følger af et kontraktretligt løfte og ikke ansvarspådragende adfærd.¹²⁷ Det anføres dog, at garantiløfterne ofte fortolkes indskrænkende.¹²⁸

AB 92 § 30, stk. 3 anfører, at entreprenørens ydelse i alle tilfælde skal have de egenskaber, som er tilsikret ifølge aftalen. Denne bestemmelse er videreført uændret i AB 18, § 47, stk. 4. En tilsikring må anses for synonym med garanti.¹²⁹

Betænkningen til AB 92 åbner mulighed for, at garantier ikke omfatter udviklingssvigt, såfremt de ligger uden for garantiens forudsætninger. Dette har tillige fundet støtte i efterfølgende litteratur.¹³⁰

I en situation, hvor entreprenøren afgiver en garanti, og hvor der senere opstår udviklingssvigt, bliver spørgsmålet således, om udviklingssvigten ligger uden for garantiens forudsætninger eller om det er omfattet af garantien.

Svaret på spørgsmålet må findes i fortolkning af garantien. Når entreprenøren garanterer for et forhold, afgiver denne et løfte. Sådanne løfter må undergives en almindelig fortolkning med henblik på at fastlægge rækkevidden heraf.¹³¹

¹²⁵ Jf. Bryde Andersen 2015, s. 419

¹²⁶ Jf. Bryde Andersen 2015, s. 419

¹²⁷ Jf. Iversen 2016, s. 408 og Torsten Iversen, Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler, U2013B.351 (354), herefter U2013B.351.

¹²⁸ Jf. U.2013B.351 (354)

¹²⁹ Jf. Hørlyck, Totalentreprise 2017, s. 245

¹³⁰ Jf. Betænkning nr. 1246/1993, s. 124 og Hørlyck, Entreprise 2019, s. 501

¹³¹ Jf. Gomard 2015, s. 75

Bemærkningerne til AB 92 indeholder ikke yderligere bidrag til denne fortolkning.¹³²

5.2. Voldgiftsrettens- og domstolenes tilgang til garantier

Der foreligger en omfattende praksis omkring udviklingsvigt i forbindelse med utætheder ved de flade tage opført i 1960'erne og 1970'erne. I flere af disse sager var der afgivet garantier på tagdækningen.

Voldgiftsretten og domstolene har således i en række sager taget stilling til spørgsmålet om garantiers rækkevidde ved udviklingsvigt.

I KFE 1983.299 VBA skulle taget bestå af lameltagplader med tagpap. Entreprenøren gav en 10 årig garanti, hvoraf det fremgik:

”på tagdækningen ydes(...). 10 års fabriksgaranti i henhold til vedlagte entreprenørbestemmelser.”

Ifølge disse omfattede garantien blandt andet:

”tagdækningens tæthed og holdbarhed, således at forstå, at vi ved eventuelle utætheder der skyldes tagpappets kvalitet eller arbejdets udførelse(...) foretager reparation af tagpappet uden udgift(...)”

Efterfølgende konstateredes utætheder ved taget som skyldtes lameltagpladernes optagelse af fugt og udvidelse, hvorefter tagpappen revnede.

Voldgiftsretten udtalte, at det nævnte fugtfænomen var ukendt på tidspunktet for byggeriet, at både tagpap og tagplader isoleret set var i orden, at arbejdet var veludført, og at den udførte konstruktion på udførelsestidspunktet var almindelig anvendt og anerkendt samt anset for at være fuldt funktionsdygtig. På trods af, at voldgiftsretten ikke nævner udviklingsvigt eller byggetidens viden, er der ingen tvivl om, at voldgiftsretten inddragede sådanne betragtninger.

Voldgiftsretten tog videre stilling til den afgivne garanti. Voldgiftsretten udtalte, at garantien:

¹³² Jf. Betænkning nr. 1246/1993, s. 124

"(...)findes efter sit indhold alene at dække mangler ved den anvendte tagpaps kvalitet eller arbejdets udførelse, men ikke skader som de foreliggende, der kan henføres til underlagets beskaffenhed."

Herefter kommer en meget interessant passage:

"Vel må det antages, at der i ordet >>kvalitet<< også kan indlægges et krav om egnethed til den pågældende opgave, men det kan ikke medføre nogen ændring i det netop antagne, når henses til det tidligere anførte om daværende ukendskab til de i sagen omhandlede fugtproblemer og den dengang manglende eksistens af pap med tilstrækkelig elasticitet."

Først fandt voldgiftsretten således ved fortolkning af garantien, at skaderne ikke var omfattet af garantiens ordlyd. Voldgiftsretten udtalte efterfølgende at der i garantiens ordlyd kunne indlægges et krav om "egnethed". Et krav om egnethed kunne indebære, at udviklingssvigt var omfattet af garantien, og at entreprenøren i kraft af garantien hæftede på trods af, at taget var i overensstemmelse med byggetidens viden. Voldgiftsretten indskrænkede imidlertid betydningen af egnethed, idet kravet om egnethed ikke kunne siges at omfatte det pågældende forhold, på grund af det daværende ukendskab til problemerne og manglende eksistens af egnet tagpap.

Voldgiftsrettens resultat må forstås således, at selvom der af garantiens ordlyd kan fortolkes et generelt krav om egnethed, omfatter dette krav til egnethed ikke udviklingssvigt i form af de senere konstaterede uheldige egenskaber. Dette skyldes, at kravet til egnethed ikke opretholdes i de tilfælde, hvor der er

"ukendskab til de i sagen omhandlede fugtproblemer og den dengang manglende eksistens af pap med tilstrækkelig elasticitet"

Ukendskabet til de uheldige egenskaber skal ses i sammenhæng med, at anvendelse af materialet var almindelig anerkendt og anvendt.

Voldgiftsretten indskrænkede således kravet om egnethed til, hvad der efter byggetidens viden måtte anses for egnet.

Garantien blev således fortolket indskrænkende ud fra betragtninger om byggetidens viden.

Dette har tillige fundet støtte i litteraturen, hvoraf det fremgår, at forholdende ikke var omfattet af garantiens, med henvisning til der forelå et udviklingsvigt og manglende egnet tagpap.¹³³

Kendelsen er i litteraturen taget til udtryk for, at de omhandlede uheldige egenskaber gik udover garantiens forudsætninger.¹³⁴ Det uddybes dog ikke nærmere, hvad det præcis er, der medfører, at de uheldige egenskaber ligger uden for garantiens forudsætninger.

Sammenfattende kan det som nævnt anføres, at voldgiftsretten har lagt vægt på betragtningerne bag byggetidens viden. Udgangspunktet er som nævnt, at udviklingsvigt er omfattet af en afgivet garanti. Spørgsmålet er således, hvorfor garantiens ikke omfatter udviklingsvigt i netop denne afgørelse.

Det vil naturligvis altid være en konkret vurdering af den pågældende klausul og de efterfølgende uheldige egenskaber.

Et moment der kan trække i retning af, at de uheldige egenskaber lå uden for garantiens forudsætning i denne sag kunne være, at der, som voldgiftsretten lægger til grund, ikke fandtes egnet tagpap på daværende tidspunkt. Manglende egnede alternativer er uden for garantitilfældene ikke et krav for, at entreprenøren undgår mangelshæftelse som følge af byggetidens viden. Der kan argumenteres for, at det der gør, at udviklingsvigtet faldt uden for garantiens forudsætninger, var den manglende eksistens af egnede alternativer. Med inspiration fra grundsætningen om, at ingen kan forpligtes til at gøre det umulige, kan dette ekstra moment således være det der medfører, at de uheldige egenskaber lå uden for garantiens forudsætninger.¹³⁵

Dette skal naturligvis ikke forstås som en generel adgang for entreprenøren til ansvarsfrit at afgive garantier for konstruktioner, som er uegnede. Betragtningerne beror på den konkrete afgørelse, hvor konstruktionen i forvejen var almindelig anerkendt og anvendt samt anset for fuldt funktionsdygtig.

I lighed med den netop omtalte afgørelse, omhandlede KFE 1985.157 VBA en garanti for tagdækningens tæthed og holdbarhed. Igen opstod utætheder i tagkonstruktionen, som følge af bevægelser i isoleringsmaterialet hvilket medførte, at tagpappen revnede.

¹³³ Jf. Niels Jørgen Oggesen, Fit for purpose - en del af dansk ret?, TBB2014.441(445)

¹³⁴ Jf. Hørlyck, entreprise 2019, s. 501

¹³⁵ Jf. Bryde Andersen 2015, s. 206

Entreprenøren blev frifundet, da konstruktionen var sædvanligt anvendt og i overensstemmelse med almindelig byggeskik, samt at problemerne hverken var kendte eller kunne forudses.¹³⁶

Højesteret tog stilling til en lignende situation i U.1994.612H. Under 3 år efter opførelsen af et byggeri konstateredes utætheder ved taget, der var udført med tagpapdækning. Ejerforeningen anlagde herefter sag mod blandt andet entreprenøren, der havde udført tagentreprisen, med påstand om erstatning af udgifter til ny tagbeklædning og udbedring af følgeskader.

Af entreprenørens tilbud fremgik:

”På tagdækning med Phønix Bitu-Montage ydes 10 års skriftlig fabriksgaranti”.

Den af entreprenøren senere udstedte garanti omfattede:

”Tagdækningens tæthed, således at forstå eventuelle utætheder, der skyldes tagpappets kvalitet eller tagpaparbejdets udførelse...”

Garantien omfattede derimod ikke:

”utætheder, der skyldes bærende underlag(...) eller leverancen af andre materialer end tagpap, f.eks. ovenlys udluftningshætter m.v.(...) utætheder, der skyldes fejl eller mangler ved bygningen eller konstruktionen, f.eks. sætninger eller bevægelser i tagkonstruktionen”

Hovedårsagen til utætheden var de anvendte polystyrolplader, som udgjorde et meget uroligt underlag for tagpapdækningen grundet temperaturafhængige bevægelser i underlaget.

Polystyrolpladerne blev leveret med tagpap påsvejsset som et enhedsprodukt, der i tilbuddet blev benævnt Phønix Bitu-Montage.

Spørgsmålet var, om garantien dækkede, når skaderne skyldtes de underliggende polystyrolplader, men ikke selve tagpappet.

Landsretten fandt, at tagskaderne var omfattet af garantien, da det ikke kunne antages, at denne kun omfattede den ene del af produktet.

¹³⁶ Jf. Hørlyck, Entreprisen 2019, s. 501

Højesteret var imidlertid ikke enig heri. Ved fortolkningen af garantien lagde Højesteret vægt på, at garantien var udstedt af et firma der fabrikerede tagpap og udførte tagpapsentrepriser. Herefter fandtes, at den udstedte garanti omfattede tagpappets kvalitet og tagdækningsarbejdet. Højesteret udtalte videre, at entreprenørens tilbud ifølge hvilket der

”på tagdækning med Phønix Bitu-Montage ydes 10 års skriftlig fabriksgaranti”

kunne være udtrykt klarere, når nu det blev leveret som enhedsprodukt. Endelig udtalte Højesteret:

”Mod garantiens ordlyd finder Højesteret dog ikke grundlag for at fastslå, at appellanten har påtaget sig en 10-årig holdbarhedsgaranti også for isoleringen”

Når der fortolkes imod ordlyden, må der sigtes til den del af garantien, som henviste til ”tagdækningens tæthed”.

Højesteret uddybede ikke nærmere, hvorfor Højesteret fortolkede imod garantiens ordlyd. Det er interessant, hvorfor Højesteret valgte denne løsning. Højesteret omtalte ikke specifikt byggetidens viden, men Højesteret frifandt i øvrigt entreprenøren, dels fordi denne på havde handlet fagligt forsvarligt, og dels fordi det endnu

”var almindeligt at anvende expanderede polystyrenplader som underlag for tagbelægning”

Højesterets argumentation minder således om betragtningerne om byggetidens viden. Til støtte herfor kan ligeledes anføres, at både bygherren og entreprenøren desuden var enige om, at der var tale om en udviklingsskade. Højesteret frifandt således i øvrigt entreprenøren ud fra betragtninger om byggetidens viden. Det er derfor nærliggende, at disse betragtninger også har haft betydning for den indskrænkende fortolkning af garantien, imod dennes ordlyd.

Det må dog også pointeres, at det af udbudsmaterialet fremgik, at polystyrenplader skulle anvendes. Dette må antages at have haft en væsentlig indvirkning på Højesterets vurdering af garantiløftet og være med til den væsentligt indskrænkende fortolkning af garantiløftet.

Højesterets afgørelse er i litteraturen anset for en tiltrædelse af retsstillingen efter KFE 1983.299 VBA og KFE 1985.157 VBA.¹³⁷

5.3. Delkonklusion

Når der skal foretages en retlig vurdering af garantier, er affattelsen og fortolkningen af garantiløfterne afgørende. Det er i litteraturen anført, at garantien ikke bortfalder, som følge af, at garantien hvilede på byggetidens viden.¹³⁸

Der ses ikke at foreligge afgørelser, som begrænser rækkevidden af garantiløftet med direkte henvisning til byggetidens viden. Det tætteste herpå er i KFE 1983.299 VBA, hvor voldgiftsretten udtalte at garantiens ordlyd tillige indebar et krav til egnethed, men at skaderne alligevel ikke skulle omfattes grundet ukendskab og manglende alternativer til de uegnede materialer.

Både voldgiftsretten og Højesteret har foretaget en indskrænkende fortolkning af garantier i de tilfælde, hvor entreprenøren havde udført arbejdet i overensstemmelse med byggetidens viden. Denne indskrænkende fortolkning må i hvert fald delvis tilskrives principperne bag byggetidens viden. Især Højesteret som direkte mod garantiens ordlyd fandt, at garantien ikke omfattede de pågældende skader, åbnede i hvert fald op for, at byggetidens viden kan have indflydelse på garantiens rækkevidde.

Disse indskrænkende fortolkninger må siges at være i overensstemmelse med det i bemærkninger til AB 92 anførte, hvorefter garantier ikke skal omfatte udviklingssvigt, som ligger uden for garantiens forudsætninger.

6. Konklusion

Ud fra ovenstående retsdogmatiske analyse af byggetidens viden kan følgende konkluderes.

Grundsætningen om byggetidens viden indebærer, at entreprenøren ikke kan mødes med mangelskrav fra bygherren, hvor entreprenøren har handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Hvor entreprenøren har anvendt materialer og metoder, som ifølge

¹³⁷ Jf. Hørlyck, *Entreprise* 2019, s. 501

¹³⁸ Jf. Iversen 2016, s. 408

byggetidens viden måtte anses for forsvarlige og fornuftige, hæfter denne således ikke for mangler, der skyldes, at materialerne og metoderne senere viser sig uegnede til formålet.

Rets- og voldgiftspraksis før MgO-afgørelserne viser, at entreprenøren er blevet frifundet efter betragtninger om byggetidens viden. Afgørelserne anvender vekslende formuleringer, som alle må ses som udtryk for betragtninger om byggetidens viden. Afgørende i sagerne var, at de pågældende uheldige egenskaber måtte anses for at have været ukendte på daværende tidspunkt, og at de anvendte metoder og materialer var almindeligt anerkendte og anvendte.

I MgO-afgørelserne tager voldgiftsretten udtrykkelig stilling til begrebet byggetidens viden og indholdet heraf. Afgørelserne slår fast, at udgangspunktet er, at entreprenøren hæfter for mangler ved valg af uegnede materialer, også selvom entreprenøren ikke burde kende til de uheldige egenskaber.

Undtagelsen hertil er, at entreprenøren kan godtgøre at have handlet i overensstemmelse med byggetidens viden. Vurderingen af, om der er handlet i overensstemmelse med byggetidens viden, er således ikke en vurdering af, om den pågældende entreprenør burde have kendt til de uheldige egenskaber, der gjorde materialet uegnet.

I vurderingen af om MgO-pladerne var i overensstemmelse med byggetidens viden, opdeler voldgiftsretten som noget nyt vurderingen. Dels en af vurdering af om MgO-pladerne udgjorde et gængs og anerkendt produkt. Dels en vurdering af om der er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, at det kan anses for sådan gennemprøvet, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter produktet blev anset for forsvarligt og fornuftigt til formålet.

Gængs og anerkendt dækker over den faktiske udbredelse af anvendelsen af materialet, og hvorvidt det var almindeligt at anvende materialet. Ifølge voldgiftsretten er dette i sig selv imidlertid ikke tilstrækkeligt til, at et materiale er i overensstemmelse med byggetidens viden. Der skal tillige foreligge en viden, hvorefter materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt. Denne viden skal stamme fra indhøstede erfaringer med anvendelsen og fra at materialet er gennemprøvet. Et materiale kan således være gængs og anerkendt uden at være en del af byggetidens viden. Dette medfører, at et nyt materiale i en periode fra det tages i brug og bliver udbredt og anerkendt i byggebranchen stadig vil være at anse som et nyt og ikke-gennemprøvet materiale og ikke som en del af byggetidens viden. Entreprenøren vil

således i denne periode hæfte for mangler, der skyldes at materialet senere viser sig uegnet. Afgørende for om et materiale er omfattet af byggetidens viden er således, om entreprenøren berettiget kunne lægge til grund, at der forelå en viden, hvorefter materialet blev anset for forsvarligt og fornuftigt. Først når denne viden foreligger, vil materialet være at anse som en del af byggetidens viden, hvorefter bygherren bærer udviklingsrisikoen, og entreprenøren ikke hæfter for, at materialet senere viser sig at have uheldige egenskaber.

I vurderingen af om materialet måtte anses for forsvarligt og fornuftigt vil erfaringer med anvendelsen indgå, hvori den tidsmæssige udstrækning vil spille ind.

Den omstændighed, at det har været muligt at konstatere de uheldige egenskaber, udelukker ikke, at materialet er omfattet af byggetidens viden.

Udslagsgivende for vurderingen af byggetidens viden i MgO-3 og MgO-4 var offentliggørelsen af BYG-ERFA-bladet. BYG-ERFA blade er baseret på praktiske erfaringer indhøstet i byggebranchen og blev derfor tillagt afgørende vægt. Indholdet af et BYG-ERFA blad eller andre tilsvarende fagblade må således siges at være udtryk for byggetidens viden.

MgO-afgørelserne vedrørte entreprenørens valg af materialer, men betydningen af afgørelserne i forståelsen af byggetidens viden må ligeledes være gældende for entreprenørens valg af metode.

Det relevante vurderingstidspunkt for byggetidens viden har indtil MgO-afgørelserne været udførelsestidspunktet.

I MgO-2 fandt voldgiftsretten, at det afgørende tidspunkt var tidspunktet for beslutning om anvendelse af MgO-plader. Anvendelse af beslutningstidspunktet er senere blevet bekræftet i MgO-3 og MgO-4. Afgørelsen af hvilket tidspunkt, der skal anses som beslutningstidspunktet, beror på en konkret vurdering i den enkelte sag. Entreprenørens foreløbige angivelser vil med sikkerhed ikke udgøre beslutningstidspunktet.

På baggrund af MgO-afgørelserne må det relevante vurderingstidspunkt herefter anses som beslutningstidspunktet.

Såfremt entreprenøren anvender nye materialer og metoder, som således ikke er en del af byggetidens viden, vil denne være forpligtet til at oplyse bygherren herom efter AB 18 § 12, stk. 3. Bestemmelsen indeholder en underretningspligt, som bliver udløst, såfremt

entreprenøren vælger at anvende et materiale eller en metode, der ikke er gennemprøvet, og skal således forstås i sammenhæng med byggetidens viden.

I totalentreprise vil totalentreprenørens ydelse adskille sig ved, at denne har påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Der ses dog ikke at være forskel i betydningen af byggetidens viden for totalentreprenørens mangels hæftelse i forhold til traditionel entreprise. Da vurderingen er den samme, har organisationsformen således ingen betydning i relation til byggetidens viden. Dette bekræftes i MgO-4, hvor totalentreprenøren blev underkastet samme vurdering som entreprenøren i MgO-3.

Ved teknisk rådgivning er rådgiveren ansvarsfri, såfremt denne har projekteret i overensstemmelse med byggetidens viden på projekteringstidspunktet. Byggetidens viden i relation til rådgiveren svarer således til byggetidens viden for entreprenøren. I de tilfælde, hvor rådgiveren anvender materialer og metoder i byggeriet, som er nye og ikke-gennemprøvede, adskiller rådgiverens erstatningsansvar sig imidlertid fra entreprenørens mangels hæftelse. Krav mod rådgiveren fordrer et ansvarsgrundlag. Rådgiverens ansvar vurderes ud fra en professionsmålestok. I rets- og voldgiftspraksis har det været afgørende, om rådgiveren skulle have foretaget yderligere undersøgelser af det pågældende forhold, og hvorvidt rådgiveren har handlet i strid med sin forpligtelse til at orientere bygherren om anvendelsen af nye og uprøvede metoder og materialer. Rådgiveren vil ikke blive ansvarlig for manglende orientering, såfremt denne ikke vidste eller burde vide, at de pågældende materialer og metoder var nye og ikke-gennemprøvede.

Såfremt entreprenøren har afgivet en garanti, er affattelsen og fortolkningen af garantiløftet afgørende for, om denne omfatter udviklingssvigt.

Der ses ikke at foreligge afgørelser, som begrænser rækkevidden af garantiløftet med direkte henvisning til byggetidens viden. Det tætteste herpå er i KFE 1983.299, hvor voldgiftsretten udtalte at garantiens ordlyd tillige indebar et krav til egnethed, men at skaderne alligevel ikke skulle omfattes grundet ukendskab til de uheldige egenskaber og manglende alternativer.

Både voldgiftsretten og Højesteret har foretaget en indskrænkende fortolkning af garantier i de tilfælde, hvor entreprenøren havde udført arbejdet i overensstemmelse med byggetidens viden. Denne indskrænkende fortolkning må i hvert fald delvis tilskrives principperne bag byggetidens viden.

7. Abstract

The aim of this thesis is to examine and determine the risk and liability in construction where the methods and materials used at the construction time were regarded as suitable, but later turns out to be unsuitable for the construction.

Methods and materials are regarded as defective if these are unsuitable for the purpose. In general, the contractor is liable for these defects. However, this is not the case when the contractor proves that the methods or materials used were regarded as suitable and in accordance with the knowledge at the time of construction. In this case, the development risk lies with the client. This is known as the principle of the knowledge of the construction time which is regarded as a special exemption to the traditional liability for defects in construction law.

Based on case law with focus on the new MgO-cases, the exemption is intensively analysed in this thesis. The MgO-cases show that if methods and materials are to be regarded as being in accordance with the knowledge of the construction time, there must be knowledge in which the methods and materials are considered tested and sound and reasonable for the purpose. This knowledge has to be acquired from a sufficient amount of experience with the materials and methods. If sufficient amount of experience is not acquired, the methods and materials are considered new and not sufficiently tested. In this case, the contractor is liable if the methods and materials later turns out to be unsuitable for the purpose.

The relevant time of assessment was according to legal theory and case law made at the time of construction. However, the MgO-cases determined that the time of the decision to use the methods or materials is the relevant time of assessment.

The principle of the knowledge of the construction time is not limited to the relation between the client and the contractor, but is equally used in the relation between the client and technical adviser. In Design and Build Contracts, also known as Turnkey Contracts, the principle is also equally applied.

In addition, this thesis finally examines the reach of guarantees in relation to the principle of the knowledge of the construction time.

If the contract includes a guarantee, the guarantee has to be interpreted to determine whether the later defects are included in the guarantee. As a rule, the guarantee includes

the defects. However, this is not the case, when the defects are outside the premises of the guarantee.

8. Litteraturliste

Bøger

- Boesgaard, Eric mfl., AB 18 for praktikere, 1. udgave, Molio, 2018.
- Buch, Anders Vestergaard, Entrepriseretlige mangler, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2007.
- Gjedde-Nielsen, Michael, ABR 89, 3. udgave, Karnov Group, 2013.
- Gomard Bernhard mfl., Almindelig kontraktsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.
- Hansen, Jørgen, Teknikeraftalen, 1. udgave, Juraconsult, 1984.
- Hansen, Ole, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, 1. Udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008.
- Hansen, Ole, Entrepriseretlige mellemformer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2013
- Hørlyck, Erik, Entreprise – almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18) med kommentarer, 8. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019.
- Hørlyck, Erik, Totalentreprise - almindelige betingelser for totalentreprise med kommentarer, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017
- Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016.
- Andersen, Mads Bryde, Lærebog i obligationsret I, 4. udgave, Karnov Group 2015.
- Munk-Hansen, Carsten, Fast Ejendom I Overdragelsen, 2. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.
- Munk-Hansen, Carsten, Restvidenskabsteori, 2. Udgave, Djøf forlag, 2018.
- Samuelsson, Morgen mfl., Rådgiveransvaret, 1. Udgave, Forsikringshøjskolens Forlag, 1993.
- Vagner, Hans Henrik, Entrepriseret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2005.

Tidsskriftartikler

- Hørlyck, Erik, MgO-kendelsen og Materialeansvaret, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, TBB2017.647.
- Iversen, Torsten, Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler, Ugeskrift for Retsvæsen, U2013B.351
- Jespersen, Halfdan Kragh, Funktions- eller procesgarantier ctr. produktions- eller tabsgarantier i entrepriseretten - et spørgsmål om entreprenørens hæftelse for indirekte tab - AB 92 § 35 stk. 2, Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, TBB1998.18
- Oggesen, Niels Jørgen, Fit for purpose - en del af dansk ret?, TBB2014.441

Aftalevilkår og betænkninger

- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92)
- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)
- Almindelige betingelser for rådgivning og bistand (ABR 89)
- Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed (ABR 18)
- Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed (ABT 93)
- Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed (ABT 18).
- Betænkning nr. 1570 fra 2018 om almindelige betingelser i Bygge- og anlægsvirksomhed afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen.
- Betænkning nr. 1246 fra 1993 fra Udvalget til revision af »Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB72)«, Bygge- og Boligstyrelsen.
- Betænkning nr. 1266 fra 1994 om ABT 93, Almindelige Betingelser for Totalentreprise af 1993, Bygge- og Boligstyrelsen.

Domme

og

voldgiftskendelser

Kendelser om fast ejendom

- KFE 1983.299 VBA
- KFE 1983.318 VBA
- KFE 1985.157 VBA
- KFE 1986.165 VBA

Ugeskrift for Retsvæsen

- U 1982.498 Ø
- U 1987.668/2H
- U 1994.612 H
- U 2008.1861 H
- U 2011.2059 H

Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

- TBB 2004.183 VBA
- TBB.2004.423 V
- TBB 2006.112 VBA
- TBB 2008.428 VBA
- TBB 2009.224 VBA
- TBB 2017.779 VBA
- TBB 2017.915 VBA
- TBB 2018.781 VBA
- TBB 2018.826 VBA
- TBB 2018.907 VBA

Kendelser offentliggjort på voldgiftsnævnets hjemmeside (www.voldgift.dk)

- Voldgiftssag nr. C-14696 af 30. april 2019
- Voldgiftssag nr. C-141199 af den 7. maj 2019

