

Kandidat speciale 2020



Direkte krav i entreprise

- Før og efter indførelsen af AB 18

Forfatter: Pernille Rødkjær Christoffersen

VEJLEDER: CARSTEN MUNK HANSEN

Indholdsfortegnelse

1. Abstract	2
2. Indledning	4
2.1 Introduktion til emnet	4
2.2 Problemformulering	5
2.3 Anvendte forkortelser og hvordan praksis inddrages	5
2.4 Metodeafsnit	6
2.5 Emneafgrænsning	8
3. Det entrepriseretlige direkte krav	10
3.1 Indledende bemærkninger om entrepriseretlige retskilder	10
3.2 Relativitetsprincippet som udgangspunkt	13
3.3 Baggrunden for ændringen af direkte krav i AB 18	15
4. AB 18 § 8 stk. 4 - Det aftalebaserede direkte krav	18
4.1 Ændringen i AB 18 § 8 stk. 4 samt betydningen for anvendelsen	18
4.2 Virkningen af AB 18 § 8 stk. 4	21
4.3 Sammenfatning	23
5. Direkte krav efter subrogationssynspunktet	25
5.1 Begrebet Subrogationssynspunkt	25
5.1.1 <i>Bred enighed om teorien vedrørende subrogation</i>	25
5.1.2 <i>Konsekvenser ved subrogationstilfælde</i>	28
5.2 Baggrunden for AB 18 § 8 stk. 5 – en regulering af subrogation	30
5.2.1 <i>Reguleringens indflydelse på den fremadrettede retsstilling</i>	31
5.5 Sammenfatning	33
6. Direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet	34
6.1 Den teoretiske usikkerhed om retsbrudstilfælde	34
6.2 Konsekvenser af et direkte krav efter retsbrudssynspunktet	39
6.3 Problematikken ved retspraksis der medførte ændringen af direkte krav i AB 18	41
6.4 AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt. som begrænsning for BH's direkte krav	46
6.4.1 <i>AB 18 vedtaget i samtlige led</i>	48
6.4.2 <i>AB 18 ikke vedtaget i samtlige led</i>	51
6.7 Sammenfatning	59
7. Fravigelse af § 8 stk. 5 i udbudsmaterialet	61
7.1 sammenfatning	66
8. Konklusion	67
9. Litteratur- og domsliste	69

1. Abstract

This graduate thesis regards the legal position as to direct claims within construction disputes. When one of the parties to a contract decides to address its claim against its contractor's co-contractor, it is referred to as a "*direct claim*". This, however, is not without challenges due to the principle of "*privity of contract*". This principle is a general principle in Danish law, which means that an agreement neither can award nor impose obligations upon any other party, who is not a party to that particular contract. When the constructor raises a direct claim, he thereby imposes obligations on a third-party, with whom he has no contractual relationship. It goes without saying that the parties are free to decide whatever they want in their contract, but "*privity of contract*" prevents the parties from deciding the legal position of a third party. If such a position should be allowed, it would be a violation of an individual's fundamental right to self-determination and freedom of contract. Therefore, when raising a direct claim, it will require a certain legal basis, in order to make an exception from the principle of "*privity of contract*".

Direct claims within construction raises questions that the courts, in lack of any law, must decide upon. Should the developer be allowed to raise a direct claim against the party who caused the flaws, even though they do not have any contractual relationship? What does it take to allow this, and what are the requirements? For many years the courts have found the legal basis for a direct claim in construction, within the subrogation point of view (subrogationssynspunktet) and within the view of torts (retsbrudssynspunktet). Especially cases within the view of torts have caused great challenges. Such a claim is addressed out of contract, which has the consequence that any limitations of liability and objections, has no effect on the claim. This can have major consequences for the party to whom the claim is directed, as it cannot predict its own risk by entering into the chain of contracts.

In the newly released AB 18 terms there have been an attempt to change these risks by incorporating a new provision which regulates direct claims. In the new provision, § 8 para 5, we see the subrogation point of view, whereby the constructor undertakes

to be subject to restrictions and objections. However, this is also the case when a direct claim is made in accordance with the general rules, which is why it can be concluded that § 8 para 5, 1st period, is a codification of the already applicable law. However, this does not mean that there have not been any changes. In AB 18 § 8 para. 5, 3 period, it states that the builder waives his right to a direct claim within the view of torts, unless there has been an intentional or grossly negligent behaviour. This means that the builders right to a direct claim is limited by the provision. But It has to be remembered that this new provision, is only part of standard-contract terms, which causes the challenge that it will only apply if these are agreed between the parties. And the main issue with a direct claim, is that there is no contractual relationship between the party raising the claim, and the party it is directed against. The question therefore arose, that even though the AB terms are agreed between the constructor and the contractor, it is uncertain as to whether a third party can at all rely on a clause that is found in a contractual relationship between two other parties. As an exception to this, it was found that, whenever there are similar clauses in every stage of the agreements, the third party is allowed to rely on the clause.

However, the problem is when there are no similar clauses. AB 18 § 8 para 5, 3 period contains a third-party promise, on which the third party may be able to rely. However, it was established that the third-party promise is an expression of a general waiver, which is precautionary, as the consequence of such a waiver is impossible to foresee. Such a waiver is invalid and since the rules of invalidity are an expression of preceptive legislation, they cannot be overridden in an agreement.

This means that the subcontractor cannot rely on the third-party promise. In addition, it was stated that the provision cannot have a contagious effect on the contractual relationship between the contractor and the subcontractor since § 8 para 5, 3 period is not an expression of supplementary contractual rules. The fact that there is a great deal of coherence between the contracts cannot change this, as such a legal position would be against ordinary general principles of law.

Therefore, it was concluded that § 8, para 5 does not limit the contractor's access to a direct claim, unless the AB terms has been adopted by every party to the chain of contracts.

2. Indledning

2.1 Introduktion til emnet

Når bygherren i en entreprise kontrakt beslutter at rette et krav mod sin entreprenørs medkontrahent, kaldes det for et "direkte krav". Et sådant krav er dog ikke uden udfordringer. I dansk ret er relativitetsprincippet den altovervejende hovedregel. Princippet indebærer, at en aftale kun kan gøres gældende *inter partes*, hvilket i sig selv betyder, at der hverken kan tildeles rettigheder eller pålægges forpligtelser på én som ikke er part i den pågældende kontrakt. Når bygherre fremsætter et direkte krav, pålægger han derved forpligtelser på en tredjepart, med hvem han ikke har indgået kontrakt. Parterne har naturligvis aftalefrihed, men relativitetsprincippet forhindrer parterne i at beslutte hvilken retsstilling tredjepart skal underlægges. Hvis man skulle tillade en sådan retsstilling, ville det være en krænkelse imod den enkeltes grundlæggende rettigheder i forhold til selvbestemmelse og kontrakts frihed. Derfor kræver det, når man rejser et direkte krav, at der foreligger et bestemt retsgrundlag der kan hjemle en undtagelse fra relativitetsprincippet.

Et direkte krav inden for entrepriseret rejser spørgsmål, som domstolene i mangel af nogen lovgivning, er nødt til at træffe afgørelse om. Bør bygherren have lov til at rejse et direkte krav mod den part, der har forårsaget manglerne, selvom de ikke har noget kontraktforhold? Hvad skal der til for at tillade dette, og hvad er kravene? Det har i mange år været anerkendt indenfor entrepriseretten, at der i nogle situationer kan tillades at rette et direkte krav mod en underentreprenør, på baggrund af subrogationssynspunktet og Retsbrudssynspunktet.

Især direkte krav baseret på retsbrudssynspunktet har igennem tiden skabt store udfordringer. Et sådant direkte krav er baseret på deliktsregler, hvilket betyder at det rettes uden for kontrakt og har derfor den konsekvens, at eventuelle ansvarsbegrænsninger og indsigelser ikke har nogen indflydelse på kravet. Dette kan have store konsekvenser for den part, som kravet er rettet mod, idet denne ikke har mulighed for at forudse hans egen risiko ved at indgå i den pågældende kontraktsskæde i forbindelse med en entreprise. I de nye AB 18-vilkår har AB udvalgt forsøgt at ændre disse risici ved at indarbejde en ny bestemmelse i § 8 stk. 5, som

regulerer det direkte krav. Ifølge denne er BH kun berettiget til at rette et direkte krav mod en UE/ML/UR uden for kontrakt, hvis UE har handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Dette skaber dog samtidig en begrænsning for BH, hvilket i nogle situationer kan betyde at BH kan stå med et mangelfuldt byggeri, uden nogen at rette kravet mod. AB 18 er dog udelukkende et sæt standard vilkår, hvilket medfører at disse kun vil være gældende såfremt vilkårene er aftalt mellem parterne. Derudover er det helt essentielle ved et direkte krav, at der ikke er noget kontrakts grundlag mellem den part som retter kravet, og den part kravet rettes mod. Den part som ønsker at opnå fordelene ved § 8 stk. 5 er netop UE, idet bestemmelsen lukker for risikoen for at blive mødt med ethvert direkte krav. Dette rejser derfor spørgsmålet hvornår og i hvilken grad indførelsen af AB 18 begrænser BH's adgang til at rette et direkte krav, og om tredjepart overhovedet kan støtte ret på en aftale i et kontraktforhold mellem to andre parter.

2.2 Problemformulering

Dette kandidatspeciale er en undersøgelse af hvorledes retsstillingen vedrørende et direkte krav indenfor entrepriseretten har udviklet sig, og en vurdering af hvordan den vil udvikle sig fremadrettet efter indførelsen af AB 18.

Jeg ønsker i denne forbindelse at undersøge, om et direkte krav inden for entrepriseretten er blevet begrænset i et sådant omfang ved indførelsen af § 8 stk. 4 og 5 i AB 18, at det ikke længere er en mulighed for BH at rette et sådant direkte krav mod en UE. I den forbindelse undersøges om en UE overhovedet kan støtte ret på en klausul indgået i en kontrakt mellem BH og HE, som denne ikke er part i.

2.3 Anvendte forkortelser og hvordan praksis inddrages

I dette Kandidatspeciale anvendes begrebet "*direkte krav*" som et udtryk for, når en part retter et krav mod sin egen medkontrahent's medkontrahent, hvilket af andre forfattere ofte bliver kaldt springende regres. Begrebet "*direkte krav*" benyttes konsekvent igennem hele specialet.

Domstolsafgørelser og voldgiftsafgørelser anvendes kun i et omfang hvor disse anses som værende relevante for problemstillingen der ønskes belyst.

Ved gennemgang af voldgifts- og domsafgørelser benyttes følgende forkortelser når der henvises til de forskellige involverede parter.

BH (A) = Bygherre

HE (B) = Anvendes som en samlet betegnelse for Entreprenør, Hovedentreprenør og Totalentreprenør

UE (C) = Underentreprenør

ML = Anvendes som en samlet betegnelse for Leverandør eller Materialeleverandør

UL = Underleverandør

UR = Underrådgiver

PR = Projektrådgiver

Andre forkortelser og begreber:

AFTL = Aftaleloven

S. = Side

B.la = Blandt andet

lfbm. = i forbindelse med

Fx = For eksempel

Inter partes = Mellem parterne

mio. = million

Res inter alia acta = en sag mellem

kap. = kapitel

andre parter

Dvs. = Det vil sige

2.4 Metodeafsnit

Eftersom formålet med dette kandidatspeciale er, at undersøge gældende ret vedrørende adgangen til at rette et direkte krav indenfor entrepriseretten, så anvendes den retsdogmatiske metode. Ved retsdogmatisk metode forstås, at der anvendes en metodisk proces, hvorefter retstilstanden fastlægges ved at analysere og beskrive den i samtiden gældende retstilstand¹.

Entrepriseretten er et ulovreguleret område, hvorfor ingen love eller lovforarbejder inddrages. Der vil udelukkende blive inddraget og analyseret relevante dele af dansk rets- og voldgiftspraksis, samt litteratur på området for at kunne belyse ovenstående problemstilling. I den forbindelse er det relevant her at fremsætte nogle refleksioner vedrørende retskildeværdien af disse.

¹ Carsten Munk Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 202.

Retspraksis indenfor entrepriser er typisk voldgiftspraksis, idet man indenfor entrepriser oftest vedtager de udbredte AB dokumenter, som fører til, at tvister skal løses ved voldgift. Voldgift er en tvistløsning som organiseres hos et privat organ, fremfor en tvistløsning ved de almindelige statslige domstole, hvilket kunne sætte spørgsmålstegn ved voldgiftsavgørelsernes retskildeværdi.

Voldgift er dog i forbindelse med en tvist under AB en anelse anderledes, hvorfor den også er blevet kaldt en "processuel hybrid" mellem en domstol og en voldgift². Parterne har ikke nogen indflydelse på hvem der bliver voldgiftsdommer, og processen føres omtrent på samme måde, som ved en almindelig domstol, blot uden offentlighed. Voldgiftsretten består af én juridisk dommer, som enten er eller har været dommer ved de almindelige domstole, og to tekniske meddommere. Disse forhold betyder at de afgørelser som træffes, har betydelig retskildeværdi, hvilket også har ført til, at både de almindelige domstole og voldgiftsretterne gensidigt anerkender præjudikaterne i afgørelserne fra de respektive fora, hvorfor voldgiftsdomme anses som at have nøjagtig samme præjudikatsværdi som en dom fra en almindelig domstol³.

Litteraturen på området er formelt ikke en retskilde, og har derfor som udgangspunkt ikke nogen retskildeværdi. Dog er litteraturen en ganske stor kilde til information, ligesom det til tider ses at voldgiftsretterne henviser til litteraturen. Litteraturen benyttes derfor i dette speciale som information til at støtte op omkring de antagelser og konklusioner som dette speciale kommer frem til.

Det skal dog anføres at, nuværende rets- og voldgiftspraksis samt litteratur kun belyser en fortolkning af retsstillingen, hvor AB 92 (eller tidligere aftalevilkår) har været anvendt. Med indførelsen af de nye AB 18 aftalevilkår kom der nye regler vedrørende direkte krav. Eftersom disse regler er så nye, findes der på nuværende tidspunkt ikke retspraksis vedrørende direkte krav efter AB18, ligesom litteraturen vedrørende direkte krav efter AB 18 er meget sparsom. Dette kan betyde at der vil være en vis

² Ole Hansen i Torsten Iversen (red.): Festskrift til det danske selskab for byggeret (2009) s. 61 ff.

³ Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 60.

grad af usikkerhed i forhold til vurderingen af den fremtidige retsstilling, eftersom denne vil være et udtryk for forfatterens egne vurderinger.

2.5 Emneafgrænsning

Specialet tager sit udgangspunkt i muligheden for at rette et direkte krav indenfor entreprise. Det direkte krav er ved indførelsen af de nye AB vilkår forsøgt reguleret, hvorfor disse danner grundlag for undersøgelsen. Idet bestemmelsen om direkte krav i AB 18 (hoved og fagentrepriser) er nøjagtig ens med bestemmelsen i ABT 18 (total entreprise) og ABR 18 (rådgiver entreprise), benyttes AB 18 udelukkende, idet resultatet vil være det samme. Reglerne vedrørende rådgiver ansvar er dog en smule anderledes end entreprenøransvar, da ABR bl.a. også regulerer en begrænsning af rådgivers ansvar. Da specialet dog udelukkende fokuserer på adgangen til at rette et direkte krav jf. § 8 stk. 5, og fordi denne også regulerer retstillingen for UR jf. § 8 stk. 3, vil der ikke særskilt blive fokuseret på rådgiver situationen.

Visse lovgivninger indeholder bestemmelser vedrørende direkte krav. Dette kandidatspeciale beskæftiger sig dog med reglerne vedrørende direkte krav i enterprisesager, hvorfor specialet ikke kommer til at beskæftige sig med samtlige retsgrundlag for direkte krav. Der fokuseres udelukkende på det ulovregulerede direkte krav baseret på retsbrudssynspunktet, og subrogationssynspunktet, hvorfor reglerne vedrørende et transporteret krav, udstedelse af garantier der af senere led kan påberåbes, eller anden særlig lovgivning som hjemler et direkte krav, holdes udenfor. Dog er der i AB dokumenterne hjemlet et *aftalt direkte krav* jf. AB 92 § 5 stk. 5 og eftersom denne har været underlagt en revision i AB 18 § 8 stk. 4, undersøges denne mulighed også.

Udover ovenstående to teorier, ses der også i litteraturen andre teorier såsom berigelsessynspunktet, Ulfbecks blandingsteori og det kontraktsafhængige retsbrudsansvar. Disse teorier inddrages dog ikke, da disse ikke umiddelbart har nogen tilknytning i retspraksis på entrepriseområdet.

Private handler med fast ejendom, herunder selvbyggere og reglerne vedrørende forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom, holdes udenfor. Af samme årsag holdes AB dokumentet "AB forbruger" også udenfor dette speciale.

Forældelse og div. reklamationsfrister som indsigelse mod et direkte krav, holdes udenfor. Direkte krav i forbindelse med produktansvar er reguleret af produktansvarsloven, og har ikke nogen relevans for undersøgelsesområdet for dette speciale, og holdes dermed også udenfor.

Den EU retlige regulering af direkte krav holdes udenfor. Direkte krav rettet af en offentlig bygherre holdes udenfor. Nominerede underentreprenører holdes udenfor. UE kan i forbindelse med et direkte krav efter subrogationssynspunktet have adgang til modregning. UE's mulighed for modregning i forbindelse med et direkte krav behandles dog ikke.

3. Det entrepriseretlige direkte krav

Det entrepriseretlige direkte mangelskrav er ikke underlagt nogen særlig lovregulering. I visse dele af lovgivningen findes der dog regler som regulerer tilfælde som minder om et direkte krav, fx i købeloven, forsikringsloven eller produktansvarsloven. Der er dog enighed i den juridiske teori om, at der ud fra disse ikke kan drages nogen endelige konklusioner vedrørende de almindelige formueretlige regler om direkte krav. Et sådant direkte krav, er baseret på praksis og obligationsretlige grundsætninger, ligesom iagttagelsen af generelle og konkrete hensyn også ligger til grund for vurderingen af retstilstanden.⁴

En aftale er som udgangspunkt kun gældende interpartes, og en fravigelse af dette kræver en særlig hjemmel. Der er dog igennem tiden udviklet nogle synspunkter som en undtagelse til dette. I den entrepriseretlige retspraksis ses der at være anvendt to synspunkter som en særlig hjemmel til at rette det direkte krav. Retstillingen efter disse har dog ikke altid været helt nemme at gennemskue, hvilket til tider har skabt usikkerhed om retstillingen. Denne usikkerhed har man forsøgt at komme til livs ved indførelsen af de nye regler om direkte krav i AB 18.

For at forstå ændringerne i de nye AB 18 vilkår, er det relevant som det første at gennemgå og forstå hvilke retskilder der er afgørende indenfor entrepriseretten (afsnit 3.1), hvorefter udgangspunktet om relativitetsprincippet behandles (afsnit 3.2), for dernæst at gennemgå baggrunden for de nye ændringer i AB 18 vedrørende direkte krav (afsnit 3.3).

3.1 Indledende bemærkninger om entrepriseretlige retskilder

Entrepriseretten er reelt et ulovreguleret område og principielt karakteriseret ved aftalefrihed. I mangel på aftale reguleres området som udgangspunkt af almindelige deklaratoriske formueretlige regler, i det omfang disse kan benyttes på entrepriseret, ligesom uskreven ret, dvs. almindelige obligationsretlige grundsætninger, også gælder. Almindelige præceptive formueretlige regler, som fx. AFTL kap. 3 om ugyldighed, finder naturligvis også anvendelse. Købelovens regler finder ikke anvendelse på entrepriseret forhold jf. dennes § 2, stk. 2. Dog vil Købeloven til en vis grad

⁴ Carsten Munk Hansen, Fast Ejendom I, s. 409, 412

kunne anvendes som vejledning i det omfang reglerne er et udtryk for almindelige obligationsretlige grundsætninger⁵.

Som nævnt, så har parterne som udgangspunkt aftalefrihed, hvorfor det i princippet er overladt til parterne at aftale hvordan deres forhold skal ordnes. I princippet står det derfor parterne frit at aftale hvad som helst. Dette udgangspunkt modereres dog i kraft af de meget udbredte og anvendte AB dokumenter. AB betingelserne er "*agreed documents*", hvilket betyder, at der er tale om et sæt standardvilkår som er vedtaget i enighed mellem byggeriets parter, der i mere end 100 år har haft det som en tradition at forhandle og i fællesskab udarbejde disse **Almindelige Betingelser**. De primære Almindelige Betingelser pr. 1 januar 2019 er AB 18 (Hoved-, stor og fagentreprise), ABT 18 (Totalentreprise) og ABR 18 (Rådgiveraftale).

Formålet med at vedtage AB betingelserne, er at regulere retsforholdet mellem 2 parter, det være sig bygherren (herefter BH) og entreprenøren (herefter HE). AB betingelserne skal som udgangspunkt være vedtaget mellem parterne for at kunne regulere retsforholdet jf. AB18 § 1, 2 pkt. Dog stilles der i praksis ikke særlige store krav til vedtagelsen af AB mellem professionelle parter jf. b.la *T:BB 2000.450 VBA*, hvor voldgiftsretten kom frem til at AB 92 var vedtaget stiltiende⁶. Selv i tilfælde hvor AB ikke er vedtaget, antages det, at de kan anvendes som udfyldende regler, eftersom en stor del af reglerne i AB betingelserne er udtryk for almindelige entrepriseretlige grundsætninger, som er baseret på almindelige obligationsretlige grundsætninger.⁷

Netop fordi AB betingelserne er baseret på almindelige obligationsretlige grundsætninger, så underlægges AB de samme fortolkningsregler som en lov⁸. Dette har formentlig været med til at nogle bestemmelser i AB har fået et mere vidtgående indhold, end de egentlig kan bære ud fra et aftaleretligt synspunkt. Dette ses b.la i AB 18 § 1, hvori det af stk. 1 fremgår, at betingelserne skal være vedtaget for at finde anvendelse, på trods af at de fleste bestemmelser alligevel vil finde anvendelse hvis AB ikke er vedtaget.

⁵ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*. s. 54

⁶ Erik Hørlyck, *Entreprise* 7. udg. s. 5

⁷ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 55

⁸ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*.

I AB 18 § 1 stk. 2 fremgår det, at AB betingelserne kun kan fraviges når dette tydeligt og udtrykkeligt angives i aftalen. Denne bestemmelse synes at være besynderlig og er formentlig også uden retsvirkning, for selvom AB dokumenterne fortolkes som en lov, så fratager dette ikke deres status som et aftaledokument. Dette betyder at AB i kraft af sin egenskab som *aftale*, bl.a. må vige for præceptiv lovgivning, hvorfor sådanne regler *ikke* kan fraviges ved forudgående aftale, uanset om disse er angivet klart og tydeligt i aftalen. Dette gælder fx DL 5-1-2 hvorefter en aftale ikke må stride imod lov og ærbarhed, eller visse tings- og konkursretlige regler⁹.

Andre regler vil være beskyttelsespræceptive i den forstand, at de ikke kan fraviges forud for en given aftale, men godt kan fraviges **efter** en konkret tvist er opstået - fx et afkald på at gøre en bestemt regel gældende¹⁰. Argumentationen for at sådan et generelt afkald er beskyttelsespræceptiv er, at det ikke kan forventes at parterne forud for en given aftale kan overskue og vurdere rækkevidden af enhver uvis situation. Dette vil først være muligt når man står i situationen og konflikten allerede er opstået. På dette tidspunkt kan der laves en *efterfølgende* aftale om at give afkald på at gøre en regel gældende, da man i situationen bedre kan overskue konsekvenserne ved et sådant afkald. Ordlyden i AB 18 § 1 synes derfor at forsøge at begrænse hvad der er aftaleretligt muligt, idet der vil være betingelser som aldrig kan fraviges pga. præceptive regler, ligesom andre betingelser vil kunne fraviges ved en efterfølgende aftale.

I AB 18 § 8 stk. 4 og 5 har man endvidere indsat bestemmelser som har til hensigt at regulere retsstillingen for tredjemand, hvilket umiddelbart strider mod relativitetsprincippet hvorefter en aftale kun er gældende *inter partes* (se afsnit 3.2). Der er tale om bestemmelser, som giver BH mulighed for at rette et mangelskrav *direkte* mod en underentreprenør (herefter UE), underrådgiver (herefter UR) eller materialeleverandør (herefter ML) under nærmere betingelser. En inddragelse af tredjemand på entrepriserettens område, er dog ikke helt uden udfordringer.

Der kan være mange forskellige parter involveret i et byggeri, hvorfor spørgsmålet om adgangen til at rette et direkte krav, kan opstå i mange forskellige situationer. Det er

⁹ Torsten Iversen i: TBB2018.398 "om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler."

¹⁰ Torsten Iversen i: TBB2018.398 "om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler."

helt normalt, at en HE helt eller delvist overlader udførelsen af en given opgave, som denne har påtaget sig overfor BH, til en UE jf. AB 18 § 8 stk. 1, ligesom der også skal indgås aftaler med materialeleverandører og/eller rådgivere for at løse den pågældende opgave bestilt af BH. Når det efterfølgende viser sig at der er mangler ved byggeriet, så opstår spørgsmålet om BH (eller senere erhverver) udelukkende kan drage sin kontraktspart til ansvar, eller om kravet istedet kan rettes direkte mod en tredjepart¹¹. Når BH ønsker at rejse et krav mod sin kontraktsparts medkontrahent, som netop ikke er part i det aftaleforhold, som ydelsen blev præsteret på baggrund af, så opstår udfordringerne.¹² For hvor skal man finde hjemlen til at fremsætte et krav der relaterer sig til en kontrakt, hvori man ikke kan finde en direkte hjemmel? Dette er problemstillingen som specialet i det efterfølgende vil koncentrere sig om.

3.2 Relativitetsprincippet som udgangspunkt

Når BH rejser et krav mod HE, forudsætter dette at kravet hviler på en aftale som i sig selv fortæller hvornår en given ydelse er kontraktmæssig. Dette er der som regel ikke de store udfordringer ved. I en række tilfælde kan BH dog have en interesse i at rette et krav vedrørende mangler mod andre end hans direkte kontraktspart, hvilket fx. kan være begrundet i BH's kontraktsparts manglende likviditet. I dansk ret gælder relativitetsprincippet, som er et obligationsretligt princip, der som altovervejende hovedregel fastslår, at en aftale kun har virkning *inter partes*¹³. Helt lavpraktisk betyder det, at en aftale mellem A og B som udgangspunkt ikke kan påberåbes over for C. For en BH er det derfor ikke uden udfordringer, når han ønsker at rette et krav mod hans kontraktsparts medkontrahent.

Som udgangspunkt står det parterne frit at aftale hvordan de ønsker at regulere deres egne forhold, men de kan som klar hovedregel ikke bestemme hvordan retsstillingen er for en tredjepart. Tillod man en sådan retstilstand, ville det klart stride imod individets grundlæggende ret til selvbestemmelse og aftalefrihed¹⁴. Såfremt en aftale mellem A og B skal forpligte C, kræver det derfor en særlig hjemmel.

¹¹ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 296

¹² Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I s. 433

¹³ Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, s. 434

¹⁴ Vibe Ulfbeck, kontraktens relativitet, s. 31.

Det faktum at der skal en del til, før man fraviger relativitetsprincippet, ses i dommen TBB 1998.16V, hvor rækkevidden af relativitetsprincippet bliver belyst.

I den pågældende sag havde en bygherre (BH) indgået aftale med en byggekoordinator (HE) i forbindelse med BH's opførelse af et enfamiliehus. I den forbindelse skulle HE også levere tegningsmaterialet. HE bestilte tegningsmateriale hos en arkitekt (A), som udarbejdede dette. BH besluttede efterfølgende at huset ikke skulle opføres, og betalte derfor ikke honorar til HE. Da tegningsmaterialet ikke skulle benyttes alligevel, betalte HE et mindre beløb end aftalt til A. Omkring et år senere blev både HE og A bekendt med at BH alligevel havde opført huset på baggrund af tegningerne. HE fik af voldgiftsretten tilkendt beløbet som han oprindeligt skulle have haft. A derimod blev ikke tilladt at rette noget direkte krav mod BH, på trods af at BH uretmæssigt havde benyttet tegningsmaterialet som A havde udarbejdet.

Landsretten udtalte at fordi HE havde betalt for tegningsmaterialet fra A, så havde A solgt sin ret til at råde over materialet, hvorfor aftalen mellem A og HE ikke kunne skabe retsvirkninger for BH. Så selvom BH havde fået glæde af A's ydelse, var dette ikke nok til at A kunne rette et krav mod BH. Landsretten begrænser hermed kontraktens virkninger udelukkende til kontraktens parter og benytter hermed relativitetsprincippet som en klar hovedregel.

Som nævnt, så kræver det altså noget særligt for at man kan fravige relativitetsprincippet og således forpligte en tredjepart. Relativitetsprincippet er dog knap så strikt når der er tale om at skabe *rettigheder* for tredjepart. I et vist omfang kan aftaleparterne A og B bestemme retsstillingen for tredjemand (C), såfremt der er tale om en begunstigelse. De hensyn som normalt ligger til grund for at to parter ikke skal kunne binde en tredjepart, forsvinder i takt med at en aftale indeholder betingelser, som udelukkende er til fordel for tredjemand. En sådan ret kan fx skabes ved at der afgives et løfte til fordel for tredjepart, hvorefter A kan skabe en ret for C, som denne kan gøre direkte gældende overfor A¹⁵.

Som en undtagelse til relativitetsprincippet, er tredjemandsløfter dog ikke det eneste retsgrundlag hvorefter A's aftale med B kan danne en retsstilling for C. De tilfælde hvor en kontraktspart fremsætter et krav mod sin kontraktsparts medkontrahent, uden

¹⁵ Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand. s. 352

at der er foretaget en transport eller uden at C har forpligtet sig overfor A, behandles under begrebet "direkte krav". Hovedparten af de regler og grundsætninger som gælder for et direkte krav, er dog ulovbestemte. På trods af, at der ikke findes udtrykkelig hjemmel, så har man i retspraksis modificeret udgangspunktet om aftalers relativitet hvor hjemlen er fundet i almene formueretlige betragtninger¹⁶.

Rets og voldgiftspraksis har gennem en længere årrække kommet frem til to selvstændige synspunkter, subrogations- og retsbrudssynspunktet¹⁷, som kan begrunde og tillade et direkte krav. Adgangen til at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet vil blive gennemgået i kapitel 5, og adgangen til at rette et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, vil blive gennemgået i kapitel 6.

3.3 Baggrunden for ændringen af direkte krav i AB 18

De almindelige betingelser for arbejder og leverancer (AB) opstod oprindeligt tilbage i 1889, for at sikre ensartede forhold i forbindelse med jernbane og vandbygningsanlæg og leverancer af materialer dertil. I 1915 blev der udsendt et nyt sæt *almindelige betingelser for arbejder og leverancer*, som omfattede bygge- og anlægsarbejder. AB er siden da blevet revideret gentagende gange, bl.a. i 1951, 1972, 1992 og nu senest i 2018¹⁸. Ifølge udvalgets kommissorium er hovedformålet med revisionen i 2018 bl.a.:

*“at skabe et aftalegrundlag, som kan håndtere den udvikling såvel teknisk, kompetence- fordelingsmæssigt som procesmæssigt, som finder sted i byggebranchen. Samtidig skal aftalegrundlaget være fremtidssikret til imødekomme af branchens udvikling også i fremtiden [...]”*¹⁹

Ifølge Erik Hørlyck er det nye sæt AB vilkår (AB 18) ikke synderligt mere fremtidssikret i forhold til hvad AB 92 allerede forsøgte at gøre. Ændringen er grundlæggende en genovervejelse af den allerede eksisterende tekst samt en modernisering af denne, ligesom unødvendige bestemmelser er fjernet. Fx. er § 1 stk. 6 i AB 92 vedrørende valg af sprog udgået, netop fordi det bør stå parterne frit at vælge hvilket sprog de

¹⁶ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I. s. 436

¹⁷ Der findes også andre synspunkter som primært er taget op i litteraturen, fx det kontraktsafhængige retsbrudssynspunkt, berigelsessynspunktet og Vibe Ulfbeks nye teori. Disse ses dog ikke anvendt i retspraksis, hvorfor dette kandidatspeciale kun omtaler subrogations- og retsbrudssynspunktet.

¹⁸ AB betænkning nr. 1570, 2018, Kap A1

¹⁹ AB betænkning nr. 1570, 2018, Kap A2

ønsker at indgå aftalen på. Den nye tekst i AB 18 er ganske vist bedre formuleret, men ændrer dog ikke væsentlig på retsstillingen, idet mange af de nye regler blot er en kodificering af allerede gældende ret²⁰. Én af de mere markante ændringer ses dog i reglerne vedrørende adgangen til at rette et direkte krav som netop har været underlagt en væsentlig revision under arbejdet med det nye sæt AB vilkår.

Der har været flere sager gennem tiden hvori aftalte ansvarsbegrænsninger mellem de forskellige parter er blevet tilsidesat i forbindelse med et direkte krav, hvilket har betydet at værdien af sådanne ansvarsbegrænsninger bliver minimal. Dette har givet anledning til stor undren og frustration indenfor byggebranchen, eftersom forudsigeligheden forsvinder i takt med at parternes risikovurderinger og deraf følgende aftalte ansvarsbegrænsninger, tilsidesættes. En sådan situation forelå blandt andet i "Bobledæksagen".

I T:BB 2014.531 VBA (Bobledæksagen) skulle BH opføre et stort og kompliceret etagebyggeri hvori der skulle anvendes et bobledæk. BH antog en projektrådgiver (PR) til at lave projekteringen af bobledækket. PR's ansvar var i henhold til rådgivningsaftalen med BH begrænset til kr. 1 mio. kr. I forbindelse med projekteringen af bobledækket skulle der udføres statiske beregninger, hvortil PR antog UR. I underrådgivningsaftalen mellem PR og UR fremgik det, at UR i honorar fik kr. 80.000 ekskl. moms, og at UR's ansvar var begrænset til honorarets størrelse. Da bobledækkene var udført, viste disse sig at være mangelfulde, og årsagen hertil var den mangelfulde statiske beregning, der var udført af UR.

Voldgiftsretten udtalte:

"Voldgiftsretten finder herefter, at UR's udførelse af anerkendt statikerkontrol af PR's projekt indebar professionelle fejl af en sådan karakter, at de er erstatnings- pådragende efter almindelige regler om erstatning uden for kontrakt på grundlag af culpa, og at UR derved har pådraget sig et direkte erstatningsansvar over for BH. Et sådant direkte erstatningsansvar over for tredjemand er ifølge retspraksis ikke begrænset af ansvarsbegrænsninger i den aftale, der er grundlag for den erstatningsansvarliges udførelse af opgaven.

²⁰ Erik Hørlyck i: T:BB 2018.299, "En reform med respekt for fortiden"

Voldgiftsretten finder imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at UR har udvist grov uagtsomhed [...]”²¹

Voldgiftsretten tog ikke hensyn til de aftalte ansvarsbegrænsninger, og UR blev herefter kendt erstatningsansvarlig for BH's tab på kr. 65.798.206,00 kr. på trods af at UR havde påtaget sig en opgave med en ansvarsbegrænsning der kun udgjorde en risiko på 80.000kr. Dette synes umiddelbart at være en uhensigtsmæssig retsstilling, der skaber en situation hvor risikoen er uforudsigelig. Derudover synes det ikke rimeligt, at en UR kan blive mødt med et krav fra en BH, som ikke engang kan rettes mod dennes *direkte* kontrahent. I bobledæksagen var der aftalt en ansvarsbegrænsning mellem BH og HE på 1 mio kr. hvilket egentlig burde betyde at BH ikke havde krav på et større beløb end dette. Alligevel tillades BH at rette et krav uden for kontrakt på 65 mio kr. mod sin kontraktsparts medkontrahent. En sådan anvendelse af et direkte krav synes derfor at medføre en uhensigtsmæssig retsstilling.

I AB betænkningen nr. 1570 2018, læner man sig bl.a opad netop bobledæksagen, som et eksempel på hvorfor adgangen til at rette et direkte krav er blevet ændret. Kommissionens formål med denne ændring har været ud fra en overbevisning om, at dette vil skabe klarhed over parternes retsstilling, i forhold til både adgangen til at rette et direkte krav og adgangen til at påberåbe sig aftalte ansvarsbegrænsninger²².

Spørgsmålet er dernæst, om de nye AB vilkår netop skaber en sådan begrænsning af den risiko, som parterne står overfor i forbindelse med et direkte krav.

AB vilkårene indeholdt i AB 92 § 5 stk. 5 en adgang til at gøre et direkte krav gældende mod UE eller ML. Bestemmelsen har dog været underlagt en revision og er videreført i AB 18 § 8 stk. 4. Denne adgang behandles i kapitel 4.

Derudover er der med revisionen af AB 18 indsat en helt ny bestemmelse i § 8 stk. 5, som både har til hensigt at regulere direkte krav efter subrogationssynspunktet, hvilket behandles i kapitel 5, ligesom den har til hensigt at regulere direkte krav efter retsbrudssynspunktet, hvilket behandles i kapitel 6.

²¹ T:BB 2014.531VBA

²² AB betænkning nr. 1570 2018, Kap C2, s. 81.

4. AB 18 § 8 stk. 4 - Det aftalebaserede direkte krav

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at enhver fordring er overdragelig. Parterne kan til enhver tid aftale at eventuelle krav overdrages til tredjepart. Dette kaldes for en aftalt transport eller aftalt subrogation og er i princippet et direkte krav. Begrebet direkte krav er ikke et entydigt fastlagt begreb, og i den simpleste form kan det siges at være et krav mod sin medkontrahents medkontrahent. Aftalt subrogation er derfor i princippet også et direkte krav, idet det rejses mod medkontrahentens medkontrahent. Alligevel kan en sådan aftalt subrogation ikke helt betegnes som et direkte krav, idet det er et spørgsmål om aftalefortolkning²³. Et sådant krav siger derfor ikke noget generelt om muligheden for at rette et direkte krav, men er alligevel taget med i dette speciale, idet retstillingen vedrørende et aftalt direkte krav har været underlagt en revision jf. AB 18 § 8 stk. 4.

4.1 Ændringen i AB 18 § 8 stk. 4 samt betydningen for anvendelsen

Ved udgangen af 1980'erne var der dannet præcedens for, at der i dansk ret var hjemmel til, at en køber kunne indtræde i sælgerens rettigheder, dvs. et direkte krav efter subrogationssynspunktet²⁴. Indenfor entrepriseretten forelå der dog stadig uklarheder vedrørende adgangen til at rette et direkte krav. På grund af disse uklarheder i teori og praksis indførte man i AB 92 § 5 stk. 5 en bestemmelse som regulerede et decideret "*aftalebaseret direkte krav*"²⁵. AB 92 § 5 stk. 5 har følgende ordlyd:

"Hvis det må anses for godtgjort, at et krav vedrørende mangler ikke eller kun med stor vanskelighed kan gennemføres mod entreprenøren, er bygherren berettiget til at gøre kravet gældende direkte mod entreprenørens underentreprenører og leverandører, jf. § 10, stk. 4."

Første del af bestemmelsen tilsigter at BH først kan gøre et krav gældende mod underentreprenøren, når dette ikke længere er muligt at rette mod HE. Bestemmelsen vil derfor have relevans i tilfælde hvor HE fx. er gået konkurs. I forhold til anden del af bestemmelsen, fremgår det af overvejelserne til § 5 stk. 5 i betænkningen til AB 92,

²³ Carsten Munk Hansen, Fast ejendom I s. 410-411

²⁴ Irene Wittrup i: U1988B.129 "Forældelse af entreprenøransvar ved springende regres" s.1.

²⁵ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet s. 308

at: *“kravet mod underentreprenører og leverandører naturligvis kun kan gøres gældende mod disse, såfremt deres egen ydelse er mangelfuld og endvidere kun i det omfang, det følger af deres kontraktforhold med entreprenøren.”*²⁶ Det betyder, at et krav der rettes efter AB 92 § 5, stk. 5 er betinget af, at underentreprenørens egen ydelse er mangelfuld, samt at kravet er begrænset af kontraktgrundlaget mellem entreprenøren og underentreprenøren²⁷.

AB 92 § 5 stk. 5 er blandt andet set anvendt i TBB2008.322:

I denne sag anlagde Byggeskadefonden (BF) sag mod hovedentreprenør (HE), underentreprenør (UE) og rådgiver (R) med krav om afhjælpningsomkostninger til omlægningen af en tagkonstruktion på en boligforening. Voldgiftsretten fandt, på baggrund af en syn- og skønserklæring, at UE's anlægning af taget ikke var udført håndværksmæssigt korrekt. Voldgiftsretten udtalte blandt andet:

“HE som hovedentreprenør er ansvarlig for det pågældende arbejde [...]”.

Her ses voldgiftsretten bl.a. at tiltræde relativitetsprincippet som det altovervejende udgangspunkt, ved at HE som den umiddelbare kontraktspart hæfter for UE's mangelfulde arbejde over for BH. Voldgiftsretten udtalte i forlængelse heraf vedrørende det indbyrdes forhold mellem HE og UE:

“Da HE nu er under konkurs, er UE i medfør af AB 92 § 5, stk. 5, over for Byggeskadefonden ansvarlig for den del af arbejdet, som selskabet har udført [...]”.

Her kan betingelserne i § 5 stk. 5 direkte udledes af voldgiftsrettens præmis. HE er som udgangspunkt ansvarlig for sine underentreprenører, men idet HE er gået konkurs, tillades et direkte krav. Og eftersom UE's eget arbejde er mangelfuldt, er UE ansvarlig for det arbejde han selv har lavet, og må derfor hæfte overfor byggeskadefonden. Dvs. BF tillades at rette det krav som HE ville have haft mod UE.

§ 5 stk. 5 i AB 92 blev ved revisionen af AB i 2018 til § 8 stk. 4. Det fremgår af betænkningen til § 8 stk. 4, at bestemmelsen svarer til ordlyden af AB 92 § 5 stk. 5²⁸.

²⁶ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 68

²⁷ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 68

²⁸ Betænkning nr. 1570, 2018 s. 80

Dog er der sket en ændring sidst i bestemmelsen, som yderligere præciserer kravet.²⁹ Ordlyden af AB 18 § 8 stk. 4 lyder således:

“Hvis det må anses for godtgjort, at bygherren ikke eller kun med stor vanskelighed kan gennemføre et krav vedrørende mangler mod entreprenøren, er bygherren berettiget til at gøre kravet gældende direkte mod entreprenørens underentreprenører og leverandører, hvis deres ydelse har samme mangel”

Ifølge betænkning nr. 1570 2018 betyder denne præcisering, at der skal være den samme mangel ved underentreprenørens ydelse, som ved hovedentreprenørens ydelse, hvilket indebærer at den mangel som er grundlaget for det direkte krav, er en ansvarspådragende mangel i *begge* forhold³⁰. Spørgsmålet er, hvilken betydning det har.

§ 5 stk. 5 i AB 92 forudsætter at to betingelser er opfyldt: 1) at et direkte krav først kan fremsættes når BH ikke har nogen mulighed for at rette det mod HE og 2) at UE's egen ydelse er mangelfuld samt begrænset af kontraktgrundlaget³¹. Det faktum at AB 18 § 8 stk. 4 forudsætter at der skal være tale om den samme ansvarspådragende mangel i *begge* forhold, kunne betyde at der er tilført en yderligere *stramning* af reglen.

Først og fremmest opererer man ikke normalt med ordene “*ansvarspådragende mangel*” som et begreb indenfor entrepriseretten. Et sådant begreb giver associationen til at der bør være skærpende forudsætninger, eller at der kan være en mangel tilstede som dog ikke er ansvarspådragende, og dermed skal accepteres.

En mangel bedømmes ud fra hvad der er aftalt, og medmindre andet er aftalt, så stilles der krav om, at det pågældende arbejde er udført håndværksmæssigt korrekt, og at materialer er af sædvanlig god kvalitet jf. AB 18 § 12 stk. 1. Det står dog parterne frit at aftale hvilke krav der skal være, til både det fagmæssige som kvalitetsmæssige, i både op- og nedadgående retning³². Såfremt en given ydelse ikke er som parterne har aftalt, vil der være tale om en mangel, som denne kan drages til ansvar for.

²⁹ AB betænkning nr. 1570 2018, Kap C2, s. 80

³⁰ AB betænkning nr. 1570 2018, Kap C2, s. 80

³¹ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 68

³² Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 313 ff.

Dette ses også i T:BB 2008.322 (gennemgået s. 18), hvor voldgiftsretten udtaler at UE er ansvarlig for de arbejder han selv udfører, hvilket betyder at hvis UE laver fejl, så må han også hæfte for disse. Og på den måde kan man vel godt formulere at der er tale om en ansvarspådragende mangel. Selve formuleringen bør dog ikke ses som havende nogen selvstændig betydning. For uanset hvordan man vender det, så vil de krav der stilles til UE's arbejde i aftalen mellem UE og HE være baseret på de krav som er fastsat i aftalen mellem HE og BH. Når UE bryder aftalen med HE, så vil dette normalt også betyde at aftalen mellem HE og BH brydes. Ifølge Vibe Ulfbeck, vil et sådan krav have direkte hjemmel i AB 92 § 5 stk. 5³³. Anvender man AB 18 § 8 stk. 4 på samme situation, får man nøjagtig samme resultat. Der vil derfor være tale om en ansvarspådragende mangel i begge forhold, hvorfor ændringen i AB 92 § 5 stk. 5 til AB 18 § 8 stk. 4 ikke har nogen betydning for den fremtidige anvendelse.

4.2 Virkningen af AB 18 § 8 stk. 4

Når betingelserne for at anvende AB 18 § 8 stk. 4 er opfyldt, så understøtter bestemmelsen at der kan rettes et direkte krav, idet den på samme måde som tidligere slår fast, at BH har adgang til at rette et direkte krav mod UE/ML/UR³⁴, på trods af at disse ikke har indgået aftale med hinanden³⁵. AB vilkårene er dog som tidligere nævnt kun et aftaledokument, hvilket ikke i sig selv berettiger BH til at rette et krav mod sin HE's UE, blot fordi BH og HE har indgået aftale om AB. Et vilkår i en aftale, som vedrører en regulering af retsstillingen for tredjemand som *ikke* er part i den pågældende aftale, går umiddelbart imod relativitetsprincippet. Bestemmelsen har da også ifølge Hørlyck en svaghed i kraft af, at adgangen til at rette et direkte krav kun er muligt, såfremt UE eller ML har forpligtet sig direkte overfor bygherren jf. AB 18 § 12 stk. 5, 3 pkt. (tidligere AB 92 § 10 stk. 4)³⁶. Men som nævnt tidligere i afsnit 3.2, så ses der ikke så strengt på relativitetsprincippet, når der skabes *rettigheder* for en tredjepart ved fx at afgive et løfte til fordel for tredjepart.³⁷

AB 18 § 8 stk. 4 sammenholdt med AB 18 § 12 stk. 5, 3 pkt. er netop et eksempel på sådan et tredjemandsløfte. I AB 18 § 12 stk. 5 fremgår det, at HE, som en del af

³³ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 313 ff.

³⁴ AB 18 § 2 stk. 3 slår fast at der ved "underentreprenør" også forstås underrådgiver.

³⁵ Karnov, AB 18 kommentar nr. 60 til § 8 stk. 4

³⁶ Erik Hørlyck, Entreprise 7 udg, s. 61

³⁷ Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, s. 352

dennes ydelse, skal sørge for at leverandøren forpligter sig overfor BH. Dette vil typisk ske ved at HE laver en særskilt aftale med leverandøren der indeholder en byggeleveranceklausul³⁸. Leverandøren anerkender derved, at bygherren kan fremsætte et direkte krav mod ham efter § 8 stk. 4 og 5. Det vil sige, hvis AB 18 er vedtaget mellem BH og HE, så kan BH rette et direkte krav mod HE's leverandør, når denne har anerkendt, at et direkte krav kan gøres gældende. Et tredjemandsløfte fra leverandøren vil derfor være nødvendig før der kan rettes et direkte krav baseret på AB 18 § 8 stk. 4. Såfremt der sker en vedtagelse af AB mellem HE og Leverandøren, vil dette formentlig også være tilstrækkeligt til at anse leverandøren for forpligtet af § 12 stk. 5, 3 pkt.³⁹ I de fleste tilfælde vil AB dog ikke være vedtaget mellem HE og leverandøren, hvorfor det vil være væsentligt for BH at HE overholder sin forpligtelse til at få leverandøren til at anerkende at BH kan rette et direkte krav⁴⁰.

Reglen i AB 92 § 5 stk. 5 var en videreførelse af byggeleveranceklausulen⁴¹ fra cirkulæret om ansvarsforhold ved byggearbejder af 25 juni 1986, hvilket var et supplement til AB 72. Formålet med ansvarscirkulæret var at opnå en ensartethed i forældelsesfrister som var forskellige for hhv. leverandør og entreprenør. Leverandøren var underlagt en 1-årig forældelsesfrist for mangler, hvorimod entreprenørens ansvar først blev forældet efter 20 år. Dette betød at entreprenøren kunne risikere at blive mødt med et krav fra BH, som han ikke havde mulighed for at videreføre mod leverandøren⁴². Denne situation er blevet betegnet som "entreprenørklemmen". Indførelsen af § 5 stk. 5 er derfor blevet opfattet som en naturlig forlængelse af den harmonisering som forældelsesreglerne blev underlagt, og

³⁸ Betænkning nr. 1570 2018, s. 80 mf.

³⁹ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 309

⁴⁰ Betænkning nr. 1570 2018, s. 97 mf.

⁴¹ Byggeleveranceklausulen har følgende ordlyd: *"leverandørens ansvar for mangler ved leverancer ophører 5 år efter afleveringen af det byggeri, hvori leverancen indgår. Ved leverancer til lager eller videresalg ophører ansvaret dog senest 6 år efter levering til køberen, såfremt det må anses for godt gjort, at et krav vedrørende mangler ikke eller kun med stor vanskelighed kan gennemføres mod leverandørens køber eller mod efterfølgende købere, anerkendes det, at kravet tillige kan gøres gældende direkte mod leverandøren. også i sådanne tilfælde kan leverandøren kun gøres ansvarlig for mangler i det omfang hans egen leverance er mangelfuld og endvidere kun i det omfang, det følger af hans eget kontraktsforhold med hans køber. Leverandøren anerkender dog i alle tilfælde at kunne sagsøges sammen med køberen eller efterfølgende købere i anledning af parternes indbyrdes forhold. sagen behandles ved voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed."* jf. Cirkulæret om ansvarsforhold ved byggearbejder af 25 juni 1986.

⁴² Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 310

ikke mindst, at hjemlen til det direkte krav mod leverandøren skulle findes i leverandørens løfte.⁴³

Før AB 18 stod det dog knap så klart hvordan muligheden for at rette et direkte krav mod UE skulle kunne begrundes på baggrund af § 5 stk. 5, på trods af at bestemmelsen konkret angav, at der kunne rettes et direkte krav mod underentreprenører. HE var nemlig ikke forpligtet til at sikre en UE's anerkendelse af et direkte krav, ligesom han var forpligtet til overfor en leverandør. Denne uklarhed syntes dog at være gjort op med, idet der i AB 18 § 8 stk. 3, 3 pkt. nu er indført en regel hvorefter HE på BH's anmodning bl.a. skal fremsende dokumentation på at UE anerkender at BH kan gøre et direkte mangelskrav gældende i overensstemmelse med § 8 stk. 4. Samtidig fremgår det også i teorien at forpligtelsen i AB 18 § 8 stk. 4 opfyldes allerede ved at AB 18 bliver vedtaget mellem HE og UE.⁴⁴

I situationen hvor AB ikke er vedtaget mellem HE og UE, eller hvor leverandøren ikke overfor HE har anerkendt at BH kan rette et direkte krav, så er der dog ikke noget til hinder for at BH istedet kan rette hans krav efter de ulovfæstede regler vedrørende direkte krav, idet AB 18 § 8 stk. 4 ikke anses som en begrænsning for BH's mulighed for at rette et direkte krav mod en UE/ML eller UR⁴⁵. Det står dog stadig ikke fuldstændig klart hvad disse regler går ud på, og hvad der reelt skal til for at tillade et sådant krav. Dette vil blive behandlet nedenfor i kap. 5 og 6.

4.3 Sammenfatning

Det aftalebaserede direkte krav indenfor entreprise har været underlagt en revision forbindelse med ændringen af direkte krav i de nye AB 18 vilkår. Den nye ændring i AB 18 § 8 stk. 4, svarer til ordlyden af AB 92 § 5 stk. 5, hvorefter et direkte krav først kan fremsættes når BH ikke har nogen mulighed for at rette det mod HE ligesom den stiller krav om at UE's egen ydelse er mangelfuld samt begrænset af kontraktgrundlaget. Med den nye ændring i AB 18 § 8 stk. 4 forudsættes det, at der er samme ansvarspådragende mangel i *begge* forhold, hvilket kunne tyde på en yderligere

⁴³ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 311.

⁴⁴ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 69 + Karnov, AB 18 kommentar nr. 60 til § 8 stk. 4

⁴⁵ AB 18 kommentar nr. 60 til § 8 stk. 4, Vibe Ulfbeck Kontraktens relativitet, s. 311, Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 718

stramning af reglen. Men når UE bryder aftalen med HE, så brydes aftalen mellem HE og BH også, eftersom de krav der stilles til UE's arbejde altid er baseret på de krav som er fastsat i aftalen mellem HE og BH. Der vil derfor være en ansvarspådragende mangel i begge forhold, uanset om AB 92 eller AB 18 § 8 regulerer forholdet.

BH er dog ikke berettiget til at rette et direkte krav jf. § 8 stk. 4 blot fordi BH har indgået aftale om AB 18 med HE. Et vilkår i et aftaledokument der vedrører regulering af retsstillingen for tredjemand, går umiddelbart imod relativitetsprincippet, hvorfor et direkte krav efter § 8 stk. 4 kun er muligt, såfremt UE eller ML har forpligtet sig direkte overfor bygherren. UE eller ML bliver typisk forpligtet overfor BH, ved at HE laver en særskilt aftale med disse, om at det anerkendes at BH kan rette et direkte krav i overensstemmelse med § 8 stk. 4.

I tilfælde af, at hverken UE eller ML overfor HE har anerkendt at BH kan rette et direkte krav, så er der dog ikke noget til hinder for at BH istedet kan rette hans krav efter de almindelige ulovfæstede regler vedrørende direkte krav. AB 18 § 8 stk. 4 er dermed ikke nogen begrænsning for BH's adgang til at rette et direkte krav.

5. Direkte krav efter subrogationssynspunktet

Adgangen til at rette et direkte krav er ikke noget nyt fænomen. Det har i litteraturen blandt teoretikere været diskuteret i mange år, ligesom det også ses anvendt i gammel retspraksis. Disse tidlige diskussioner handlede dog primært om vanhjemmels tilfælde, og ikke faktiske mangler, som er grundlaget for et direkte krav indenfor entreprise⁴⁶. Et direkte krav vedrørende faktiske mangler indenfor entrepriseretten, ses i retspraksis at være baseret på enten et retsbrudssynspunkt eller et Subrogationssynspunkt.⁴⁷ Retsbrudssynspunktet behandles nærmere i kapitel 6, hvorfor nærværende kapitel har til hensigt at behandle retstillingen vedrørende direkte krav efter subrogationssynspunktet.

Adgangen til at rette et sådant direkte krav, er blandt teoretikere blevet betragtet som muligt på baggrund af udtryk som *indtrædelsessynspunktet*, *cessionssynspunktet* og *subrogationssynspunktet*. Disse er dog alle betegnelser for samme situation, navnlig, erstatning i kontrakt⁴⁸. I dette kandidatspeciale anvendes begrebet *subrogation* som repræsentation for det direkte krav efter indtrædelsessynspunktet.

Først vil der blive redegjort for den teoretiske baggrund for subrogationssynspunktet samt konsekvenserne deraf (afsnit 5.1), herefter gennemgås baggrunden for ændringen af det direkte krav i § 8 stk. 5 (afsnit 5.2). I den forbindelse inddrages og anvendes AB 18 § 8 stk. 5, 1 pkt. på tidligere retspraksis, for derved at vurdere om BH's adgang til direkte krav er blevet begrænset.

5.1 Begrebet Subrogationssynspunkt

5.1.1 Bred enighed om teorien vedrørende subrogation

Indenfor dansk ret har man i retspraksis, som undtagelser til relativitetsprincippet, fundet frem til, at synspunkterne om retsbrud og subrogation kan anvendes som en begrundelse for et direkte krav. Retsbrudssynspunktet behandles som nævnt i kapitel 6, og subrogationssynspunktet behandles i nærværende kapitel.

⁴⁶ Carsten Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, s. 413 - 414

⁴⁷ Torsten Iversen, *Entrepriseretten* s. 712 - 713

⁴⁸ Carsten Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, s 424

Det direkte krav efter subrogationssynspunktet ses at være accepteret indenfor den entrepriseretlige teori, hvor man igennem tiden ofte har set, at der rettes et mangelskrav på baggrund af subrogationssynspunktet som hjemmel for adgangen til et direkte krav. Når subrogationssynspunktet anvendes, betyder det at BH tillades at indtræde i HE's krav mod UE. Retstillingen for BH bliver derved den samme, som hvis HE havde givet ham transport på dennes krav mod UE. Der er dog helt konkret *ikke* sket nogen transport.

Indenfor litteraturen ses der ikke de store uenigheder i hvorvidt et direkte krav efter subrogationssynspunktet bør anerkendes. Vagner har fx udtalt omkring subrogationssynspunktet, at der ikke burde være noget til hinder for at anerkende en tilladelse for BH til at rette et krav direkte mod UE, såfremt UE kunne have været mødt af et krav af samme størrelse fra HE, **og** hvis samtlige indsigelser bevares. Vagner mente ikke, at der er nogen "*beskyttelsesværdig interesse*" for en UE, ved at denne bliver mødt af et direkte krav efter subrogationssynspunktet. Dette begrundes ved, at en UE's forpligtelser netop ikke vil blive forøget, da ansvarsbegrænsninger og samtlige andre kontraktvilkår vil indgå i vurderingen af kravet.⁴⁹

Dette synspunkt ses understøttet i den nyeste entrepriseretlige teori af Torsten Iversen som udtaler: "*[...] det (er) relativt ubetænkeligt at anerkende, at en bygherre får medhold i et afledt krav mod en underentreprenør, hvis det lægges til grund, at bygherren har et krav mod hovedentreprenøren, og at underentreprenøren ville kunne mødes med et krav af samme størrelse fra hovedentreprenøren*".⁵⁰ Dette forudsætter præcis som Vagner anførte, at UE bevarer samtlige indsigelser overfor BH som UE ville have haft, såfremt det havde været HE der havde rettet kravet mod UE. Så selvom retten til et direkte krav efter subrogationssynspunktet principielt anerkendes, så kan UE/UR/ML dog være ansvarsfri som følge af de indsigelser der kan gøres gældende overfor egen aftalepart. Dette ses blandt andet illustreret i T:BB 2003.302:

I sagen indgik BH i 1988 aftale med en HE om at opføre 15 andelsboliger. AB 72 var vedtaget mellem parterne. HE ansatte UE som underentreprenør med hensyn til VVS-entreprisen. I 1989 overdrog BH andelsboligerne til en nystiftet andelsboligforening

⁴⁹ Hans Henrik Vagner, *Entrepriseret* 2 udg. 1993, s. 201

⁵⁰ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s.712

(AF). Efter 5-års eftersyn i april 1994 reklamerede AF den 3. maj 1994 over for BH over en lang række mangler. AF anlagde sag mod BH og HE, og HE adciterede UE. Landsretten fandt, at der i flere henseender var tale om mangelfuldt byggeri, og udtalte at BH var ansvarlig for de udførelsesfejl og mangler der var opstået under byggeriet, dog således at BH havde fuld regres mod HE. Idet BH var gået konkurs, var der af AF nedlagt påstand om at rette et direkte krav mod HE efter retsbrudssynspunktet eller subsidiært subrogationssynspunktet. AF fandtes ikke at kunne rette et direkte krav efter retsbrudssynspunktet mod HE, men derimod at kunne indtræde i BH's krav mod samme. I kravet vedrørende vvs-entreprisen udført af UE, fandtes AF at have reklameret for sent overfor BH, idet forholdet burde være opdaget kort efter indflytning. HE's fremsatte indsigelse om den sene reklamation, blev taget til følge og UE blev frifundet for forholdet.

Det kan derfor udledes af dommen, at man i subrogationstilfælde, netop kan blive ansvarsfri som følge af de indsigelser der kan gøres gældende overfor egen aftalepart. HE er naturligvis ansvarlig overfor UE, og ville i tilfælde af at kravet kunne godkendes, have ført regres mod UE, idet denne havde udført opgaven. Men eftersom HE netop overfor sin BH kan rette en indsigelse med en for sen reklamation, så må kravet opgives. Det fremgår derfor tydeligt, at et direkte krav efter subrogationssynspunktet, er afhængigt af de foregående aftaleforhold, hvilket kan være med til at skabe en begrænsning for adgangen til at rette et direkte krav. En sådan begrænsning ses blandt andet også illustreret i dommen T:BB 2017.557:

Sagen omhandlede en BH, som i 2005-2006 lod et ejerlejlighedsbyggeri opføre af entreprenørerne E1- E4. AB 92 var vedtaget mellem parterne. Efter færdiggørelsen blev byggeriet overtaget af ejerforeningen (EF). Ved 5-årsgennemgangen i 2011 blev der konstateret en række mangler, hvorfor EF anlagde sag. Mangelssagen blev grundet BH's insolvens, rettet direkte mod E1-E4, med påstande efter både indtrædelses- og retsbrudssynspunktet. Voldgiftsretten afviste retsbrudsansvaret, og frifandt også E1-E4 efter indtrædelsessynspunktet.

Voldgiftsretten begrundede frifindelsen med, at kravet der først var anlagt ved de almindelige domstole, ikke afbrød forældelsesfristen. Eftersom EF's krav efter indtrædelsessynspunktet var afledt af kontraktforholdet mellem E1-E4 og BH, hvori

der blandt andet var tiltrådt en voldgiftsklausul, så var EF også bundet af voldgiftsklausulen. Idet sagen ikke blev anlagt ved voldgift indenfor forældelsesfristen, var kravet forældet. Det faktum at EF's krav efter indtrædelsessynspunktet var afledt af aftaleforholdet imellem de indstævnte, betød at voldgiftsklausulen skulle respekteres, hvorfor EF's krav blev begrænset i den forstand, at det udelukkende kunne fremsættes ved voldgift. EF's krav var derfor, uanset at denne ikke havde tiltrådt en voldgiftsklausul, begrænset af voldgiftsklausulen samt forældelsesfristerne i det tidligere kontraktstykke. EF havde derfor ikke mulighed for at opnå en bedre ret end den ret BH ville have haft mod E1-E4.

Så selvom retten til et direkte krav efter subrogationssynspunktet principielt anerkendes, så kan et sådant krav alligevel være begrænset, som følge af de indsigelser der kan gøres gældende overfor egen aftalepart.

5.1.2 Konsekvenser ved subrogationstilfælde

Som nævnt ovenfor, så kan et direkte krav tillades efter subrogationssynspunktet, når BH har et krav mod HE, og HE i anledning af samme forhold, kan rette et krav mod UE og når samtlige indsigelser bevares. Tillod man ikke et direkte krav på disse præmisser, ville det betyde at BH i stedet må føre sag mod HE, som derefter må føre sag mod UE. Såfremt det tillades at rette et direkte krav, kan det derfor virke procesbesparende, idet retssagen mellem BH og HE i princippet spares væk. Det er dog ikke altid så ligetil.⁵¹

Den enkeltes retstilling bør som hovedregel bedømmes ud fra hvad der er aftalt, men når der rettes et direkte krav, så går man imod princippet om at en aftale kun kan være gældende imellem parterne. Når der er tale om at rette krav vedrørende faktiske mangler ved en entreprise, så er det netop aftalen som danner grundlaget for hvorvidt byggeriet er kontraktmæssigt. Har BH fx en aftale med sin HE, om at der skal benyttes materialer af en bestemt kvalitet, så bør BH ikke kunne rette et krav mod UE, hvis denne ifølge *sin* aftale med HE, har benyttet en anden kvalitet. Medmindre at det påvises under retssagen at BH havde en anden aftale med HE, så ville BH i teorien kunne få medhold i et sådant direkte krav, hvis der ikke stilles krav om at føre bevis for hvad der er aftalt i de enkelte led. Domstolene kan jo netop kun tage stilling til de

⁵¹ Carsten Munk Hansen, Fast Ejendom I, s. 415

anbringender som parterne fremsætter jf. forhandlingsmaksimen, hvilket kan resultere i fejlagtige afgørelser.⁵² Det tætteste man kommer på sådan et krav om bevisbedømmelse, er ved anvendelsen af subrogationssynspunktet. Carsten Munk Hansen anfører, at der skal foreligge en *ubruds kontraktskæde*, ved hvilket der menes, at kravet skal kunne rejses i samtlige led. Er der fx en gyldig ansvarsfraskrivelse i aftalen mellem BH og HE, så vil der ikke kunne rejses et krav mod UE. Dette stemmer også overens med det tidligere beskrevet om, at det krav som BH ønsker at rette mod UE, også kunne være rettet af HE mod UE i anledning af det samme forhold, jf. b.la Vagner og Torsten Iversen ovenfor s. 26. Den som står overfor at bedømme forholdet, må derfor også være nødsaget til at vurdere hver enkelt aftale i kontraktskæden, hvilket må vurderes at tage hensyn til parternes retssikkerhed.⁵³

Derudover følger det, som en konsekvens ved anvendelsen af subrogationssynspunktet, at BH ikke kan opnå nogen større økonomisk compensation end det beløb HE ellers kunne have gjort gældende overfor UE⁵⁴. Dette kommer sig af, at kravet netop er begrænset af eventuelle indsigelser eller ansvarsbegrænsninger. I den praktiske verden, vil det være mere attraktivt for en bygherre at rette et krav efter retsbrudssynspunktet (se nærmere i kapitel 6) frem for subrogationssynspunktet, da der netop ikke her foreligger de kontraktlige begrænsninger. Til forskel vil det dog være lettere at løfte en eventuel bevisbyrde efter subrogationssynspunktet i forhold til retsbrudssynspunktet, idet et direkte krav efter subrogationssynspunktet ikke kræver noget ansvarsgrundlag⁵⁵.

Det direkte krav efter subrogationssynspunktet ses at være anerkendt både i litteraturen, men også i retspraksis. I teorien ses der rimelig enighed om, at et sådant krav bør være betinget af samtlige indsigelser og begrænsninger i alle aftaleled, idet der ellers er risiko for fejlagtige afgørelser. Samtidig medfører et sådant krav visse konsekvenser, idet kravet begrænses både beløbsmæssigt og ansvarsmæssigt. For at komme denne usikkerhed til livs, fandt revisionsudvalget til AB 18, at der var et behov for en udbygning af reglen vedrørende direkte krav, hvorfor AB 18 § 8 stk. 5 blev indført.

⁵² Carsten Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, s. 418

⁵³ Carsten Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, s. 424 - 425

⁵⁴ Carsten Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, s. 424

⁵⁵ Carsten Munk Hansen, *Fast ejendom I*, s. 425

5.2 Baggrunden for AB 18 § 8 stk. 5 – en regulering af subrogation

I AB 92 var der allerede indført en bestemmelse som havde til hensigt at regulere et direkte krav. Baggrunden for denne var dog, at komme den såkaldte "entreprenørklemme" til livs, således at der skete en harmonisering af forældelsesreglerne for hhv. entreprenørerne og leverandørerne jf. kapitel 4. Revisionsudvalget til AB 18 mente dog, at der var behov for en udbygning af reglerne om direkte krav, herunder for netop at tage stilling til, i hvilket omfang UE kan påberåbe sig de indsigelser og ansvarsbegrænsninger, der måtte være i aftalen mellem UE og HE.⁵⁶ Dette kommer sig af en usikker retsstilling, hvorefter parterne i byggebranchen ikke konsekvent har kunnet sætte deres lid til de ansvarsbegrænsninger som parterne har aftalt, i de situationer hvor der tillades et direkte krav. Denne usikre retsstilling er blandt andet illustreret ved "bobledæk sagen" (gennemgået s. 15), hvor en UR på trods af en ansvarsbegrænsning i sin egen ydelse samt en begrænsning i aftaleforholdet mellem BH og TR, blev mødt af et uproportionalt krav. Dommen har blandt andet været med til at illustrere, at risikofordeling samt aftalte ansvarsbegrænsninger bliver illusoriske i tilfælde af, at der rettes et direkte krav⁵⁷. Revisionsudvalget har derfor også på baggrund af bl.a. bobledæksdommen, taget beslutningen om, at der skulle indføres et kontraktbaseret direkte krav i AB 18. Bestemmelsen blev indført i § 8 stk. 5. hvorefter 1. pkt. har følgende ordlyd:

"Et direkte mangelskrav er undergivet de begrænsninger, der følger af kontraktforholdene både mellem bygherren og entreprenøren og mellem entreprenøren og underentreprenøren og leverandøren, herunder ansvarsfraskrivelser og -begrænsninger i begge kontraktforhold. [...]"

Bestemmelsen ses at gå direkte ind at regulere forholdene omkring BH's muligheder for at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet. Reguleringen ligger i, at BH ved at tiltræde AB vilkårene, forpligter sig til at være underlagt de begrænsninger og indsigelser, der måtte være i kontraktforholdet mellem BH og HE samt HE og UE. BH får dermed ikke en bedre retsstilling over for UE, end denne ville have haft mod HE⁵⁸.

⁵⁶ Betænkning nr. 1570, 2018, s. 21

⁵⁷ Peter Wengler-Jørgensen, og Frederik Lenskjold Olsen i: TBB2018.380 "AB 18 § 8 stk. 4, og ABR 18 § 7 stk. 4 – direkte krav indenfor det nye AB-system", s. 2.

⁵⁸ Betænkning nr. 1570, 2018

Det effektive ved denne bestemmelse ift. at komme usikkerheden til livs, ligger i at der stort set altid er aftalt AB mellem parterne. Dette er dog ikke ensbetydende med, at muligheden for at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet forsvinder, såfremt parterne ikke har vedtaget AB vilkårene. Det betyder såmænd bare, at der stadig foreligger en vis grad af usikkerhed ift. UE's mulighed for at påberåbe sig ansvarsbegrænsninger og indsigelser. Ved at vedtage AB, forpligter BH sig til at acceptere eventuelle indsigelser og begrænsninger. Trygheden i denne bestemmelse skal også ses i sammenhæng med den resterende del af bestemmelsen, der har til hensigt at regulere direkte krav udenfor kontrakt (behandles nærmere i kapitel 6). Denne del af bestemmelsen angiver at BH frafalder et sådant krav, medmindre der er tale om forsæt eller grov uagtsomhed. BH kan derfor, i tilfælde af, at der ikke er blevet udvist ansvarspådragende adfærd i form af grov uagtsomhed eller forsæt, som udgangspunkt kun rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet. UE får dermed en større sikkerhed for at kunne stole på, at de indsigelser og ansvarsbegrænsninger som denne har aftalt med HE, ikke bliver illusoriske. Det vil dermed kun være i de situationer, hvor UE har handlet forsættigt eller groft uagtsomt, at dennes indsigelser og ansvarsbegrænsninger tilsidesættes, hvilket i sig selv synes rimeligt.

5.2.1 Reguleringens indflydelse på den fremadrettede retsstilling

Den nye indførelse af subrogations bestemmelsen i AB 18 § 8 stk. 5, 1 pkt., læner sig op ad hvordan man hidtil har anvendt subrogationssynspunktet. Det rejser derfor spørgsmålet om bestemmelsen overhovedet gør nogen forskel i forhold til det i praksis anerkendte subrogationssynspunkt.

Ser vi på de ovenfor anførte domme ses det tydeligt at voldgiften anerkender subrogationssynspunktet. I T:BB 2003.302 (gennemgået s. 25) var der vedtaget AB 72 mellem BH og HE og HE og UE. AB 72 indeholdt ikke en regulering af adgangen til at rette et direkte krav, hvorfor voldgiften benyttede sig af det ulovfæstede direkte krav. Der var tale om, at en senere køber af ejendommen blev tilladt at indtræde i BH's krav mod HE, idet BH var insolvent. En del af kravet blev af HE videreført mod UE, men denne blev frikendt, idet der blev fremsat indsigelse om at køber havde reklameret for sent overfor BH. Havde situationen været dén, at AB 18 var vedtaget mellem parterne, ville det betyde at BH havde forpligtet sig overfor UE til at denne kunne fremsætte indsigelser i forbindelse med et direkte krav. BH har derved på

forhånd anerkendt at der ikke kan rettes krav, såfremt der er en gyldig indsigelse. Dette betyder at hjemlen til at rette det direkte krav kan findes i AB 18, men den skaber som sådan ingen forskel ift. hvis kravet i stedet rettes efter det i retspraksis udviklede subrogationssynspunkt. Yderligere kan det påpeges at byggeriet var solgt til en køber, hvori der ikke var aftalt AB. Så selvom AB 18 havde været aftalt mellem byggeriets parter, ville dette ikke have nogen indflydelse på voldgiftens vurdering, idet denne alligevel ville være nødsaget til at benytte det i retspraksis skabte subrogationssynspunkt.

Nøjagtig samme resultat ville der komme ud af en anvendelse af AB 18 i dommen T:BB 2017.557 (gennemgået s. 26) hvor det netop også var en køber som blev tilladt at indtræde i BH's krav mod E, da BH var konkurs. Hjemlen til at indtræde i BH's ret mod E blev fundet i det retspraksisskabte subrogationssynspunkt. Havde AB 18 været vedtaget mellem BH og E, ville voldgiften stadig skulle finde hjemlen i det ulovfæstede direkte krav og ikke i AB 18, da AB ikke var vedtaget mellem køber og BH.

Spørgsmålet er dernæst, om det ville have en indflydelse, såfremt der er aftalt AB i samtlige led af aftalekæden. Et tænkt eksempel kunne være at BH aftaler AB 18 med HE, og HE aftaler AB 18 med UE. Efter byggeriet står færdigt, viser der sig at være mangler, hvilket kan henføres til UE's arbejde. HE er gået konkurs, UE har ikke handlet hverken forsætligt eller groft uagtsomt. Ifølge AB 18 § 8 stk. 5 vil dette betyde at der kun kan rettes et krav efter subrogationssynspunktet, ligesom kravet vil være begrænset af aftaleforholdene i alle led. BH kan dermed med hjemmel i AB 18 tillades at indtræde i det krav som HE ellers kunne have rettet mod UE. Såfremt UE har en gyldig indsigelse overfor HE, kan BH ikke få medhold i hans krav. Havde det været AB 92 der var anvendt, ville situationen ikke have været anderledes.

BH ville stadig have mulighed for at rette et direkte krav efter det retspraksis skabte subrogationssynspunkt, hvor det teoretiske udgangspunkt er, at kravet er direkte afledt af de tidligere aftaleled, jf. afsnit.5.1.1. BH's subrogationskrav vil derfor, uanset tiltrædelse af AB 18 § 8, stk. 5, være begrænset af alle tidligere kontraktled. Den eneste forskel på om AB 18 er vedtaget eller ej, er blot hvor hjemlen til at rette det direkte krav skal findes.

AB 18 § 8 stk. 5, 1 pkt. kan derfor siges at være en kodificering af hvad der i retspraksis og teori allerede var gældende i forhold til subrogationssynspunktet indenfor entrepriseretten. BH's direkte krav efter subrogationssynspunktet, er dermed ikke blevet begrænset ved indførelsen af AB 18 § 8 stk. 5.

5.5 Sammenfatning

Det direkte krav efter subrogationssynspunktet er anerkendt både i litteraturen, men også i retspraksis. I teorien er der enighed om, at et sådant krav bør være betinget af samtlige indsigelser og begrænsninger i alle aftaleled, idet der ellers er risiko for fejlagtige afgørelser. Parterne i byggebranchen har dog ikke konsekvent kunnet sætte deres lid til aftalte ansvarsbegrænsninger når der rettes et direkte krav, hvilket har skabt en usikker retstilling. For at komme denne usikkerhed til livs, fandt AB udvalget, at der var et behov for en udbygning af reglen vedrørende direkte krav, hvorfor AB 18 § 8 stk. 5 blev indført, herunder for at tage stilling til, i hvilket omfang indsigelser og ansvarsbegrænsninger kan påberåbes. Bestemmelsen betyder, at BH forpligter sig til at være underlagt begrænsninger og indsigelser i alle aftaleled. Bestemmelsens inkorporering af subrogationssynspunktet i 1 pkt., er dog en kodificering af allerede gældende ret, hvorfor denne del ikke ændrer på adgangen til at gøre et direkte krav gældende. Bestemmelsen betyder blot, at hjemlen til kravet kan findes i AB, i stedet for i det ulovfæstede subrogationssynspunkt. Det vil sige, når BH's direkte krav rettes efter et subrogationssynspunkt, så er kravet ikke blevet begrænset ved indførelsen af AB 18 § 8 stk. 5.

6. Direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet

Som tidligere nævnt, så kan BH i nogle situationer have en interesse i at rette et krav i forbindelse med mangler, mod andre parter end BH's direkte kontraktspart, såsom underentreprenør (UE), underrådgiver (UR) eller materialeleverandør (ML). Vi ved, at man i retspraksis indenfor entrepriseretten anerkender to synspunkter som en mulig begrundelse for at rette et direkte krav, navnlig retsbrudssynspunktet og subrogationssynspunktet. Ovenfor er direkte krav ud fra subrogationssynspunktet blevet behandlet. I dette kapitel behandles et direkte krav med udgangspunkt i retsbrudssynspunktet.

Indledningsvis vil der blive redegjort for den teoretiske diskussion vedrørende retsbrudssynspunktet (afsnit 6.1), dernæst gennemgås hvilke konsekvenser et direkte krav efter retsbrudssynspunktet medfører (afsnit 6.2). Herefter gennemgås den direkte problematik som medførte ændringen i AB 18 (afsnit 6.3), hvorefter der laves en vurdering af om AB 18 § 8 stk. 5 begrænser BH's direkte krav (afsnit 6.4).

6.1 Den teoretiske usikkerhed om retsbrudstilfælde

Udgangspunktet for at der kan rettes et direkte krav er, at en given ydelse ikke lever op til de krav som er blevet stillet til den. Det helt særlige ved et direkte krav, er at kravet "springer" over den direkte kontrahent, for at blive rettet mod en tredjepart. I nogle tilfælde kaldes dette også for "springende regres"⁵⁹. Som tidligere nævnt, så er den altovervejende hovedregel, at en aftale kun er gældende *inter partes* jf. relativitetsprincippet. Såfremt en aftale skal forpligte tredjemand, kræver det en særlig hjemmel. Udfordringen er dog, at hovedparten af de regler og grundsætninger som gælder for et direkte krav, er ulovbestemte⁶⁰. På trods af, at der ikke foreligger nogen udtrykkelig hjemmel som fraviger relativitetsprincippet, så er der i retspraksis fremført modifikationer, der med udgangspunkt i almene formueretlige principper, fraviger relativitetsprincippet. Den første modifikation tager sit udgangspunkt i de almindelige regler om simple fordringer - de såkaldte subrogations tilfælde. Dette kapitel tager dog

⁵⁹ Ifølge Vibe Ulfbeck, kontraktens relativitet, s. 139, er udtrykket springende regres ikke det bedste udtryk når det handler om krav som gøres gældende i en aftalekæde, idet "regres" som oftest benyttes i situationer hvor der kræves udlagte beløb tilbage.

⁶⁰ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I. s. 435

fokus væk fra subrogation, eftersom dette er behandlet ovenfor, og sætter istedet fokus på den anden modifikation, som er retsbrudstilfælde.⁶¹

Relativitetsprincippet er til tider fraveget i retspraksis på baggrund af almindelige regler om erstatning udenfor kontrakt, et såkaldt deliktsansvar. Dette indebærer at en part på retsstridig vis har tilsidesat hensynet til tredjepart. Helt lavpraktisk betyder dette, at A's skadegørende handling i aftaleforholdet med B, ud fra en culpa betragtning må anses at være retsstridig overfor C (såkaldte retsbrudstilfælde).⁶²

Indenfor entrepriseretten ses deliktsansvaret også at bryde igennem. Det er ikke en ny ting at BH kan benytte sig af reglerne vedrørende subrogationssynspunktet eller retsbrudssynspunktet for at rette et direkte krav mod HE's UE, ML eller UR. BH vil dog oftest have den største interesse i at der rettes et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, da kravet her ikke er underlagt indsigelser og ansvarsbegrænsninger fra aftalen mellem HE og dennes kontrakts hjælpere. Når BH ønsker at rette et sådan krav, så er der tale om et deliktsretligt erstatningskrav uden for kontrakt, hvilket forudsætter et ansvarsgrundlag i form af culpa. Vanskeligheden ligger dog i at vurdere *hvornår* der foreligger et sådant ansvarsgrundlag, at der kan tillades at der rettes et direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet.

Der er i den juridiske teori enighed om, at BH kan rette et direkte krav mod en tredjepart efter retsbrudssynspunktet, hvis den mangel som kravet rettes på baggrund af, kan tilregnes tredjepart som svigagtig eller groft uagtsomt. Der er derimod *ikke* enighed om, hvorvidt der kan rettes et krav efter retsbrudssynspunktet, i de tilfælde hvor der *ikke* er handlet svigagtigt eller groft uagtsomt⁶³.

Ud fra Erik Hørlycks synspunkter, er der mulighed for at BH kan rette et deliktskrav mod andre end den direkte kontraktspart, når denne udelukkende har handlet "uforsvarligt", hvilket ifølge Hørlyck betyder den situation, hvor der er begået faglige fejl efter generelle standarder, og på grundlag af de almindelige erstatningsretlige regler. Dvs. når betingelserne om ansvarsgrundlag, tab, kausalitet og adækvans er opfyldt.⁶⁴ En sådan opfattelse lader til at understøtte, at enhver form for culpa kan

⁶¹ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, s. 436 & 437

⁶² Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, s. 443

⁶³ Allan Kvist-Kristensen & Henrik Rise Jensen i: U.2013B.129, "Direkte krav efter U 2012.2255H"

⁶⁴ Erik Hørlyck i U 1988B.43 "forældelse af entreprenøransvar", samt Entreprise, kommenteret.

tillade et direkte krav uden for kontrakt. Hørlyck baserer bl.a. denne antagelse på dommen KFE 1983.274 VBA, hvori voldgiften afslog at ansvaret var afledt af kontrakten, og derefter fremhævede at et direkte ansvar for håndværksmæssige fejl netop måtte antages at være hjemlet i dansk ret. Hans Henrik Edlund syntes at være af samme overbevisning som Hørlyck, idet han argumenterer for, at en culpøs adfærd er tilstrækkelig til at tillade BH at rette et direkte krav mod tredjepart.⁶⁵

I modsætning til Hørlyck og Edlund, synes andre forfattere dog at tage afstand fra tankegangen om, at culpøs adfærd er nok til at tillade en fravigelse fra relativitetsprincippet, som jo netop som tidligere anført, kræver en særlig hjemmel. Det udtales af Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky at: *"det (er) væsentligt at påpege, at retsbrudslæren ikke er en videreførelse af en traditionel culpatankegang. Betragtningen forudsætter en skuffelse der befinder sig over et vist mindstemål. Ikke enhver form for culpa begrundet kravet, og man skal utvivlsomt også over visse minimumsbeløb, før kravet kan gøres gældende"*.⁶⁶ Forfatterne er dermed af den klare overbevisning, at et krav efter retsbrudssynspunktet kræver mere end blot en culpøs adfærd.

Denne tankegang ses også fremført af bl.a. Irene Wittrup, John Adamsen og Vibe Ulfbeck, som alle argumenterer for, at et direkte krav støttet på retsbrudssynspunktet alene bør komme på tale i tilfælde hvor der er grovere forhold end culpa⁶⁷. Vibe Ulfbeck tilføjer dog: *"I det omfang det i realiteten ikke er aftalen mellem parterne og disses subjektive forhold men en objektiv fagmæssighedsstandard, der danner grundlaget for vurderingen af, om der skal udløses mangelsesbeføjelser, svinder betænkkeligheden ved at lade andre end kontraktparten gøre mangelsansvaret gældende ved indrømmelsen af direkte krav"*.⁶⁸ Med denne udtalelse lader det til at Vibe Ulfbeck yderligere argumenterer for, at der ikke umiddelbart er nogle betænkkeligheder ved at tillade et direkte krav, i de situationer hvor der er tale om en objektiv vurdering af hvorvidt der er begået fagmæssige fejl efter generelle standarder (*objektiv fagmæssighedsstandard*).

⁶⁵ Hans Henrik Edlund i: U 2006B.173 "direkte krav i de seneste års retspraksis"

⁶⁶ Mads Bryde Andersen & Joseph Lokoofsky, Lærebog i obligationsret I, s. 444

⁶⁷ John Adamsen i: U 1996B.124 "er retsbrudssynspunktet en farbar vej?" + Irene Wittrup i: U 1998B.129 "forældelse af entreprenøransvar ved springende regres" + Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 187

⁶⁸ Vibe Ulfbeck, kontraktens relativitet, s. 297

At tillade et direkte krav ved enhver grad af culpøs *adfærd*, er ifølge Hans Henrik Vagner og Torsten Iversen også for vidtgående. De argumenterer derimod for, at domstolene anvender en anden terminologi i entreprisesager, som ikke kan sammenlignes med en traditionel culpaterminologi, og ser derfor ikke nødvendigvis at der er noget til hinder for at enhver *professionel udførelsesfejl* kan tillade et direkte krav,⁶⁹ hvilket bl.a. også læner sig op Vibe Ulfbecks argumentation. Hans Henrik Vagner og Torsten Iversen lader derfor til at vurdere at betingelserne for at tillade et direkte krav uden for kontrakt i entreprisesager, kan være forskellige, afhængig af om der er tale om en culpøs *adfærd* eller en *professionel udførelsesfejl*. Samme iagttagelser ses også hos Carsten Munk Hansen, som blandt andet udtaler: "*Der er i disse sager (retsbrudstilfælde mod byggevirksomheder) mindst to forhold til bedømmelse: skyldgraden og skadens betydning*". Her er skyldgraden netop et udtryk for den culpøse *adfærd*, ligesom skadens betydning, er et udtryk for at en given fejl begået af en entreprenør kan forårsage sådanne konsekvenser for BH, at kravet til arbejdets udførelse er skærpet, hvilket kan tillade et direkte krav. Forfatteren giver dog også indtryk af, at der kan være en indbyrdes sammenhæng mellem skyldgraden og skadens betydning.⁷⁰ Hvilket bl.a. også ses i dommen U 2004.114 H hvor højesteret principielt tager stilling til UE's direkte ansvar og anvender både en culpabedømmelse og en faglig mangelsbedømmelse.

Sagen handlede om en BH der i 1985 byggede et parcelhus med HE som hovedentreprenør. HE hyrer i den forbindelse en UE til at udføre undertaget. I 1999 konstaterer BH at der trænger vand ind gennem taget på huset. I 1989 var HE gået konkurs, hvorfor BH anlægger sag mod UE med påstand om erstatning for udbedringsomkostninger. Højesteret lagde til grund, at UE ved udførelse af undertaget havde begået flere fejl, som var hovedårsag til problemerne med indtrængen af vand. Højesteret fastslog, at UE var *erstatningsansvarlig* direkte over for BH for *sådanne håndværksmæssige fejl*, og at UE ikke over for BH kunne påberåbe sig, at HE burde have opdaget fejlene og reklameret herover.

⁶⁹ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 714 & Hans Henrik Vagner i *Entrepriseret*, 4 udg. v. Torsten Iversen, s. 219-222

⁷⁰ Carsten Munk Hansen, *Fast Ejendom I*, s. 448

Det fremgår af dommen at både byretten og Vestre Landsret mente at skaderne og de faglige fejl *ikke* udgjorde et tilstrækkeligt grundlag til at fastslå at UE havde handlet groft uagtsomt ved udførelse af arbejdet, ligesom det ikke kunne stå klart for UE at disse fejl ville føre til skade og tab, hvorfor det direkte krav blev afvist. Disse udtalelser lader til at stemme overens med det traditionelle erstatningsretlige synspunkt, hvorefter retsbrudstilfælde udelukkende kan tillades i tilfælde hvor der er handlet forsætligt eller groft uagtsomt.

Højesteret anerkender derimod at der *er* adgang til at rette et direkte krav eftersom der er begået flere fejl som er hovedårsag til skaden. Højesteret konstaterer på den baggrund, at UE er erstatningsansvarlig direkte overfor UE, for sådanne håndværksmæssige fejl. Her anvender højesteret tydeligt en culpabedømmelse og en faglig mangelsbedømmelse der giver indtrykket af, at der er en indbyrdes sammenhæng. Det faktum, at der er begået fejl, lader til at blive anset som et ansvarsgrundlag i sig selv. Så uanset om fejlene kan karakteriseres som grove, må UE anses for erstatningsansvarlig direkte overfor BH i anledning af "sådanne håndværksmæssige fejl". Det lader til at Højesteret med formuleringen "sådanne håndværksmæssige fejl" bevæger sig væk fra diskussionerne om hvorvidt der skal et grovere forhold til førend der gives adgang til krav efter retsbrudssynspunktet.

Præmisserne i dommen ses da også fulgt i retspraksis efterfølgende. B.la i:

T:BB 2010.125 hvor en BH stævnedes UE, der havde stået for murerentreprisen ifbm. opførelse af et badeland, som efterfølgende var mangelfuldt. BH's krav var støttet på retsbrudssynspunktet, som følge af HE's konkurs. Landsrettens flertal bemærkede, at manglerne næsten var ubetydelige, og at BH ikke havde ladet dem afhjælpe. Der var derfor ikke "sådanne håndværksmæssige fejl," som efter erstatningsansvar begrundede direkte krav overfor BH, hvorfor UE blev frifundet.

I U 2010.365 VLD blev en UE frifundet for ansvar for "håndværksmæssige fejl" i forbindelse med anlæggelsen af et klinkegulv. Der var ikke tale om "*sådanne håndværksmæssige fejl at UE havde pådraget sig et direkte ansvar overfor bygherren.*"

Ovenstående domme synes at stemme overens med de teorier fremsat af b.la Hans Henrik Vagner og Torsten Iversen som mener, at der i hvert fald indenfor

entreprisesager, benyttes en anden terminologi end den almindelige erstatningsretlige culpanorm, og ser derfor ikke noget til hinder for, at enhver *professionel udførelsesfejl* kan tillade et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Det samme ses anført af Vibe Ulfbeck, ligesom Carsten Munk Hansen mener, at der ikke *blot* er tale om en culpabedømmelse.

Når man ser på de forskellige forfatteres teorier, ses det tydeligt at der ikke er klar enighed om hvilken grad af culpa der egentlig bør tillade et direkte krav, ligesom retspraksis heller ikke altid er entydig, hvorfor betingelserne for at anvende deliktsreglerne er uklare. Dette skaber en usikkerhed for den enkelte part i en kontraktskæde, idet det kan være svært at forudsige hvordan retsstillingen er. Samtidig ses det også, at når der er tale om en vurdering af den fagmæssige standard, i hvert fald inden for entreprise, så er der ikke umiddelbart nogen betænkeligheder ved at tillade et direkte krav ved enhver professionel faglig fejl.

6.2 Konsekvenser af et direkte krav efter retsbrudssynspunktet

Det må ifølge ovenstående være muligt for BH at rette et krav direkte mod UE når HE fx er gået konkurs, i tilfælde hvor der er begået faglige fejl efter generelle standarder. Dette synes umiddelbart fornuftigt, da UE ellers i nogle situationer kan opnå en ubegrundet berigelse, på trods af et mangelfuldt arbejde. Konsekvenserne af sådan en regel, kan dog være temmelig vidtgående.⁷¹ I modsætning til et krav efter subrogationssynspunktet, hvor man bevarer alle indsigelser og ansvarsbegrænsninger, så er et krav efter retsbrudssynspunktet som udgangspunkt ubegrænset⁷². Dette kommer sig af, at kravet er baseret på almindelige erstatningsretlige deliktsregler hvorefter kravet ikke har støtte i nogen kontrakt. De indsigelser eller ansvarsbegrænsninger en UE måtte have overfor sin egen aftalepart (HE) har derfor ingen indflydelse og kan ikke påberåbes overfor BH, når BH retter kravet ud fra retsbrudssynspunktet. Har en UE fx truffet aftale med HE om, at et bestemt stykke arbejde ikke skal overholde BR18⁷³, så vil denne aftale ikke have nogen indvirkning på det retsbruds-krav som enten BH eller senere erhverver fremsætter.

⁷¹ Erik Hørlyck, *Entreprise 7* udg. s. 140

⁷² Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 713

⁷³ BR18 er bygningsreglementet for 2018. Dette er en generel ansvarsstandard som skal efterleves ved byggerier. I forbindelse med et direkte krav efter retsbrudssynspunktet kan dette reglement gøres gældende.

Dette er dog ikke uden udfordringer indenfor entrepriseretten, eftersom de involverede parter altid indgår i det samme system af aftaler, og hvor det er helt sædvanligt at der i aftalegrundlaget indgår ansvarsbegrænsninger⁷⁴. Der ses fx ofte forskellige ansvarsbegrænsninger i aftalen mellem BH og HE og i aftalen mellem HE og UE. Når man så tillader BH at rette et direkte krav mod en UE efter retsbrudssynspunktet, betyder det, at disse ansvarsbegrænsninger ikke skal respekteres, hvilket i nogle tilfælde kan være enormt byrdefuldt for UE.

Eksempel: BH har i forbindelse med en entreprise antaget en HE. Én af opgaverne er at reparere et utæt tag. HE gør BH opmærksom på at den bedste fagmæssige løsning er at skifte taget. Dette afvises af BH, idet denne ikke har budgetteret med en udskiftning. HE accepterer at udskifte nogle tagsten og tætnes med fugemasse, dog under forbehold for kvaliteten. Denne løsning er kontraktmæssig. HE ansætter en tømrer (UE) til at udføre arbejdet. Et stykke tid senere viser taget sig at være utæt, og BH retter et krav mod UE med påstand om at reparationen af taget ikke lever op til fagmæssige standarder⁷⁵.

Hvis man i denne situation skulle tillade BH at rette et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, vil det betyde at indsigelser og ansvarsbegrænsninger bortses, hvorfor et forbehold som det HE havde taget for kvaliteten, ikke ville have nogen indflydelse på kravet. Dette ville unægtelig være indgribende i aftaleretten, da dennes styrke jo netop ligger i at parterne frit kan aftale hvad de ønsker. Det forekommer derfor umiddelbart besynderligt, at der kan rettes et direkte krav mod en tredjepart (UE), uden at der foreligger nogen bedømmelse af, hvad BH reelt har krav på ifølge hans aftale med HE. Aftalen kan jo netop betyde, at der ikke eksisterer noget krav mellem BH og HE, hvorfor et direkte krav efter retsbrudssynspunktet kan have den konsekvens at BH stilles i en bedre situation, end hvis han rejste kravet mod HE.⁷⁶ Spørgsmålet er derfor, om et direkte krav efter retsbrudssynspunktet har medført en uhensigtsmæssig retsstilling for parterne i en entreprise.

⁷⁴ Peter Wengler-Jørgensen og Frederik Lenskjold Olsen i: T:BB 2018.380, artikel "AB 18 § 8 stk. 4, og ABR 18 § 7 stk. 4 - direkte krav inden for det nye AB-system".

⁷⁵ Eksempel inspireret af Carsten Munk Hansen i Fast Ejendom, s. 417

⁷⁶ Carsten Munk Hansen, Fast ejendom, s. 418

6.3 Problematikken ved retspraksis der medførte ændringen af direkte krav i AB 18

Et direkte krav efter retsbrudssynspunktet har igennem de senere år spillet en større og større rolle indenfor entreprisesager. Den helt store udfordring med dette er netop det faktum, at kravet ikke er begrænset af indsigelser og ansvarsbegrænsninger. Dette har betydet, at byggeriets parter er blevet påført en stadig større risiko for at blive mødt med krav, som de egentlig havde en forventning om, at de var beskyttet imod som en følge af de ansvarsbegrænsninger de har indført i aftalen med deres direkte medkontrahent. De to mest vidtgående domme hvor indsigelser og ansvarsbegrænsninger er blevet tilsidesat, er U 2012.2255 H; "Vestas dommen" og T:BB 2014.531; VBA "Bobledæk sagen". Særligt sidstnævnte har været med til at afføde ændringen vedrørende direkte krav i AB 18 vilkårene.

I sagen U 2012.2255 H havde Vestas (L) som producent af vindmøller solgt en vindmølle til Dansk vindkraft Entreprise A/S (BH). BH havde angivet overfor L hvor vindmøllen skulle placeres, hvorefter L udarbejdede en produktionsevneberegning der angav den årlige energiproduktion. Denne var angivet i kontrakten mellem L og BH som bl.a også indeholdte følgende ansvarsbegrænsning:

"Sælger er ikke ansvarlig for evt. manglende produktion [...]"

BH solgte vindmøllen videre til køber 1 (C), der kort tid efter solgte den videre til køber 2 (B), og som derefter solgte den videre til køber 3 (A). I købsaftalen mellem A og B, fremgik følgende:

"Møllen med tilhørende drifts-anlæg sælges i øvrigt med de reklamationsrettigheder jf. AB 92 som sælger måtte have overfor Dansk Vindkraft Entreprise A/S. Sælger yder ikke herudover nogen form for garanti eller reklamationsret på møllen. Sælger transporterer endvidere sin fabriksgaranti på møllen fra Vestas A/S til køber, ligesom sælger indestår for at møllen i enhver henseende er lovligt opført."

BH havde udleveret produktionsevneberegningen til C, som ligeledes udleverede den til B, der udleverede til A. Vestas vidste godt, at BH ofte solgte deres vindmøller til andre slutkunder, hvorfor Vestas var klar over at produktionsevneberegningerne blev givet videre og at disse lagde vægt på beregningerne, særligt i forbindelse med

finansieringen af møllerne. Efter A havde haft møllen i et år kunne han konstatere at møllen producerede 21,7% mindre end produktionsevneberegningen viste. A indledte derfor retssag mod B og mod Vestas. Landsretten afviste kravet, da de ikke mente at Vestas' fejl var så grove, at A kunne tillades at rette et direkte krav udenfor kontrakt. Højesteret tillod derimod A at rette et direkte krav mod Vestas, *fordi* Vestas havde lavet professionelle fejl og *fordi* Vestas kunne påregne, at BH ville udlevere produktionsberegningerne til senere erhververe af møllen, som derved risikerede at lide tab.⁷⁷ Højesteret udtalte endvidere, at det var uden betydning om køberen havde reklameret rettidigt overfor sælgeren, ligesom det var uden betydning om der forelå en ansvarsfraskrivelse i forholdet mellem Vestas og BH.

Med udtalelsen "professionelle fejl" synes højesteret at have taget stilling til, at et direkte krav efter retsbrudssynspunktet kan tillades når der udelukkende er begået en faglig fejl. I modsætning til tidligere omtalt dom U 2004.114H (gennemgået s. 36), hvori højesteret benyttede udtalelsen "*sådanne håndværksmæssige fejl*" hvilket kunne indikere en vis grad af culpa, antyder udtalelsen "*en faglig fejl*" at enhver ansvarspådragende fejl giver adgang til at rette et direkte krav, dvs. hvis der blot er handlet uagtsomt. Det fremgår endvidere af dommen, at rettidig reklamation ikke har nogen betydning, og derfor ikke kan påberåbes som en indsigelse mod kravet. Dette synes umiddelbart at være ganske vidtgående. Ser man på helt almindelige lovbestemte reklamationsfrister (fx i købeloven) afbrydes disse ikke, medmindre der af sælger er handlet groft uagtsomt. Aftalebestede reklamationsfrister, som i AB vilkårene, gør også gældende at BH ikke kan gøre mangelskrav gældende medmindre der af entreprenøren er handlet groft uagtsomt, hvilket er et udtryk for almindelige obligationsretlige grundsætninger.⁷⁸ Når domstolene, som i Vestas dommen beslutter, at A kan rejse et direkte krav mod sin medkontrahents medkontrahent (Vestas), udelukkende på baggrund af en simpel culpøs adfærd på trods af, at der ikke er sket en rettidig reklamation, så opnår A en bedre retstilling overfor Vestas, end A ville have haft overfor sin egen kontraktspart.

⁷⁷ U 2012.2255 H og Allan Kvist-Kristensen & Henrik Rise Jensen i: U 2013B.129 artiklen "direkte krav efter U2012.2255H"

⁷⁸ Allan Kvist-Kristensen & Henrik Rise Jensen i: U 2013B.129 artiklen "direkte krav efter U2012.2255H"

I Vestas sagen udtalte højesteret endvidere, at det ikke havde nogen indflydelse at der forelå en ansvarsfraskrivelse mellem Vestas og BH. En ansvarsfraskrivelse er et udtryk for parternes aftalefrihed, hvorfor det umiddelbart synes betænkeligt at denne ikke skal have nogen betydning når der rettes et direkte krav, idet der netop, som tidligere nævnt i afsnit 5.1.2, er en risiko for, at der slet ikke består et krav i tidligere omsætningsled, hvilket også får den konsekvens, at sagsøger opnår en bedre retstilling end denne ville have overfor egen kontraktspart.

En sådan retstilling opstår kun ud fra den tilfældige konstellation, at slutkøberens medkontrahent har et eller flere tidligere omsætningsled og som tilfældigvis har handlet uagtsomt. Dette synes umiddelbart ikke at stemme overens med relativitetsprincippet, hvorefter der kræves et særligt grundlag såfremt der skal skabes rettigheder og forpligtelser for tredjepart. På trods af uenigheder i teori og praksis om graden af ansvarsgrundlaget, bør et sådant særlig grundlag nok alligevel være mere end blot simpel uagtsomhed. Det synes ikke hensigtsmæssigt, at der i sager med professionelle parter, kan opnås en bedre retstilling overfor en tredjepart, end der kan opnås overfor egen kontraktspart, hver gang der begås en faglig fejl.

Tilsidesættelse af ansvarsbegrænsninger var det store omdrejningspunkt i T:BB 2014.531, herefter kaldet "*bobledækssagen*" (*sagen er også kort omtalt s. 15*).

I bobledækssagen havde Bygherre (BH) opført et større etagebyggeri. I forbindelse med dette skulle der laves et bobledæk. Hertil indgik BH aftale med en projekterende rådgiver (PR) om, at denne skulle projektere bobledækket. Ifølge rådgivningsaftalen mellem BH og PR, der henviste til ABR 89, skulle PR bl.a. "*udarbejde statiske beregninger for bobledæk samt de samlingsdetaljer, som ikke beregnes af klientens rådgiver UR*", ligesom PR skulle "*have tilknyttet anerkendt statiker, som kontrollerer og godkender projektet i sin helhed*". PR's honorar var 1,1 mio. kr. og PR's ansvar var ifølge aftalen med BH begrænset til 1 mio. kr.

PR antog UR som underrådgiver til at udføre anerkendt statikerkontrol af bobledækket. ABR 89 var gældende for aftalen, honoraret var på 80.000 kr., og UR's ansvar var begrænset til honorarets størrelse, dvs. 80.000kr.

Efter at bobledækkene var udført, viste der sig omfattende problemer i form af nedbøjninger, utilsigtet fald osv., og det blev konstateret at de statiske beregninger havde været særdeles mangelfulde. BH, der havde afholdt meget betydelige udgifter

i forbindelse med afhjælpningen, indledte voldgiftssag mod PR, og UR. Det fremgik af sagen at PR var uden midler, og at et søgsmål mod PR var udsigtsløs. BH rejste derfor et krav mod UR på 100 mio kr. som følge af UR's mangelfulde statikerkontrol.

Voldgiftsretten fremhævede en række konkrete omstændigheder, der burde have foranlediget en grundigere kontrol fra UR's side, og fandt sammenfattende:

"at UR's udførelse af anerkendt statikerkontrol af PR's projekt indebar professionelle fejl af en sådan karakter, at de er erstatningspådragende også efter almindelige regler om erstatning uden for kontrakt på grundlag af culpa, og at UR derved har pådraget sig et direkte erstatningsansvar over for BH".

Voldgiftsretten tilføjede, at et sådant direkte erstatningsansvar over for tredjemand ifølge retspraksis ikke er begrænset af...

"ansvarsbegrænsninger i den aftale, der er grundlag for den erstatningsansvarliges udførelse af opgaven".

Voldgiftsretten fandt imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at UR havde udvist grov uagtsomhed. UR blev derefter pålagt at erstatte 65,8 mio. kr.

I modsætning til Vestas dommen, er Bobledæksagen mere tydelig i præmisserne. Hvor Vestasdommen med udtalelsen "en faglig fejl" blot *antydede*, at enhver ansvarspådragende fejl giver adgang til at rette et direkte krav, udtaler voldgiften i bobledækssagen ganske klart, at der ikke var grundlag for at statuere grov uagtsomhed, idet UR allerede overfor tredjemand var erstatningsansvarlig på grundlag af culpa for professionelle fejl, og at sådan et krav ikke er begrænset af ansvarsbegrænsninger. Voldgiften slår hermed fast at der ikke kræves et groft uagtsomt forhold, før der kan rettes et direkte krav udenfor kontrakt. Dette resultat lader til at læne sig opad den teori som bl.a er fremsat af Hans Henrik Vagner og Torsten Iversen (se afsnit 6.1) som begge er af den overbevisning at der indenfor entreprisesager anvendes en anden terminologi end den almindelige erstatningsretlige culpanorm, idet der i stedet ses på fejls karakter, og konsekvensen af denne. I bobledækssagen bliver der udelukkende lagt vægt på at der er professionelle fejl af sådan karakter, hvilket taler for at udførelsesfejl kan opstilles som betingelse for adgangen til at rette et direkte krav. Sådan en teori kunne hænge sammen med Erik Hørlycks synspunkt om at enhver faglig fejl kan give adgang

til et direkte krav. Dette synes dog alligevel tvivlsomt, idet voldgiften netop anfører ”*fejl af sådan karakter*”, hvilket tyder på, at der nok alligevel skal være en vis grad af culpa tilstede. Havde voldgiften ment at enhver faglig fejl skulle give adgang til et direkte krav, ville der jo ikke være noget formål med at benytte et strengere udtryk.

Det kan dermed udledes af dommen, at professionelle fejl, dog af en vis karakter, kan give adgang til et direkte krav udenfor kontrakt på baggrund af culpa. Det står dog ikke fuldstændig klart hvilken grad af culpa der skal til. Derimod står det ganske klart, at ansvarsbegrænsninger ikke kan påberåbes. Som nævnt ovenfor kan dette resultere i at sagsøger opnår en bedre retstilling end denne ville have haft mod sin egen kontraktspart, hvilket giver anledning til en temmelig uhensigtsmæssig retstilstand.

Dette var netop hovedproblematikken med bobledækssagen, hvori der ikke blev taget hensyn til de aftalte ansvarsbegrænsninger, både mellem BH og PR (ansvarsbegrænsning på 1 mio) og mellem PR og UR (ansvarsbegrænsning på 80.000), hvorfor UR blev kendt erstatningsansvarlig for BH's tab på kr. 65.798.206,00 kr. Dette betød at BH reelt blev tildelt en (meget) bedre retstilling end den han ville have haft hvis kravet var rettet mod hans egen kontraktspart PR, ligesom retstillingen var bedre end den PR havde mod UR. Alt sammen på UR's bekostning, på trods af at UR havde påtaget sig en opgave med en risiko på udelukkende 80.000kr.

Dette resulterer i, at aftalte ansvarsbegrænsninger bliver gjort illusoriske, hvilket skaber en uhensigtsmæssig retstilstand, hvor enhver aftalt risiko bliver uforudsigelig.

Som en altovervejende hovedregel kan parterne aftale hvad som helst jf. det grundlæggende obligationsretlige princip om aftalefrihed, hvorfor retstillingen mellem parterne altid bør udledes af aftalen. Parterne er dog ikke frie til at skabe forpligtelser for tredjepart jf. relativitetsprincippet. For at fravige relativitetsprincippet, og dermed skabe forpligtelser for tredjepart, bør det kræve et særligt grundlag, idet en sådan retstilstand, ellers vil stride imod individets grundlæggende ret til selvbestemmelse og aftalefrihed⁷⁹. En forpligtelse som den UR bliver pålagt overfor BH, hvor denne skal erstatte BH's tab på 65 mio, synes jo netop at burde kræve noget helt særligt. Men når domstolen tillader at indsigelser og aftalte ansvarsbegrænsninger kan tilsidesættes ved et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, i tilfælde hvor der ikke

⁷⁹ Vibe Ulfbeck, kontraktens relativitet, s. 31.

engang er handlet groft uagtsomt, så bliver der skabt en retstilstand hvor der kan opstå forpligtelser for tredjeparter uden at disse har nogen indflydelse eller frihed til at regulere egen risiko.

Derudover synes det ikke rimeligt at en UR kan blive mødt med et krav fra en BH, som denne ikke engang kan rette mod sin *direkte* kontraktspart. I bobledæksagen var der aftalt en ansvarsbegrænsning mellem BH og HE på 1 mio kr. hvilket egentlig burde betyde at BH ikke havde krav på et større beløb end dette. Alligevel tillades BH at rette et krav uden for kontrakt på 65 mio kr. mod sin kontraktsparts medkontrahent. En sådan anvendelse af et direkte krav synes derfor at medføre en uhensigtsmæssig retsstilling. På baggrund af ovenstående, har særligt bobledækssagen været med til at skabe en ændring i AB 18 vedrørende adgangen til at rette et direkte krav.

6.4 AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt. som begrænsning for BH's direkte krav

Som beskrevet ovenfor, har der igennem tiden været flere sager hvori aftalte ansvarsbegrænsninger mellem de forskellige parter er blevet tilsidesat i forbindelse med et direkte krav, hvilket har betydet at værdien af sådanne ansvarsbegrænsninger er blevet minimal. Dette har skabt en uhensigtsmæssig retstilstand indenfor byggebranchen, idet forudsigeligheden forsvinder i takt med at parternes risikovurderinger og deraf følgende aftalte ansvarsbegrænsninger, tilsidesættes. "Bobledækssagen" udgjorde netop et udtrykt eksempel på denne uhensigtsmæssige tilstand. Med indførelsen af de nye AB 18 vilkår, har AB udvalgt netop på baggrund af ovenstående problemstilling, forsøgt at regulere adgangen til at rette et direkte krav, ved at indføre § 8 stk. 5. som en helt ny bestemmelse. AB 18 § 8, stk. 5 har følgende ordlyd:

"Et direkte mangelkrav er undergivet de begrænsninger, der følger af kontraktforholdene både mellem bygherren og entreprenøren og mellem entreprenøren og underentreprenøren og leverandøren, herunder ansvarsfraskrivelse og -begrænsninger i begge kontraktforhold. Det er endvidere undergivet bestemmelserne i kapitel J om tvisteløsning. Bygherren giver afkald på krav mod underentreprenører og leverandører på erstatning uden for kontrakt i anledning af forhold, der er omfattet af et direkte mangelkrav. Hvis det direkte mangelkrav skyldes et forsætligt eller groft uagtsomt forhold hos underentreprenøren eller leverandøren, finder 1. og 3. pkt. ikke anvendelse."

Hvor AB 18 § 8 stk. 4 regulerer det aftalebaserede direkte krav (se kapitel 4), syntes stk. 5 at være et forsøg på at fastsætte de ulovregulerede regler vedrørende direkte krav i en aftale. Ser man isoleret på 1 pkt. i bestemmelsen lader denne til at regulere subrogationstilfælde, hvilket er behandlet i kapitel 5 ovenfor. Hele stk. 5 må dog nok ses som en helhed, der tilsigter at regulere det direkte krav, som normalt ellers ville blive rettet efter almindelige regler, dvs. både subrogations- og retsbrudssynspunktet. Ud fra 1 pkt. og 2 pkt. fastlægges det, at der kan rettes et direkte krav, og at dette skal respektere de begrænsninger og tvisteløsninger der måtte være i samtlige aftaleled. 3 og 4 pkt. fastsætter samtidig, at der kun kan rettes et direkte krav udenfor kontrakt, såfremt der er tale om forsæt eller grov uagtsomhed.

Som tidligere beskrevet i afsnit 6.3 er der i nuværende praksis en retstilstand, i hvert fald indenfor entrepriseretten, hvor der ikke stilles krav om grov uagtsomhed eller forsæt. Praksis tillader derimod et direkte krav udenfor kontrakt jf. retsbrudssynspunktet, i situationer hvor der er begået professionelle fejl, (dog af en vis karakter), samt at disse krav ikke skal respektere evt. indsigelser og ansvarsbegrænsninger jf. bl.a. Vestas-dommen og bobledækssagen. BH's direkte krav efter retsbrudssynspunktet ser derfor ud til at blive væsentligt begrænset med ændringen i AB 18 § 8 stk. 5.

Det skal imidlertid holdes for øje at AB betingelserne blot er et sæt standard aftalevilkår hvis formål er at regulere retsforholdet mellem 2 parter. AB betingelserne skal derfor som udgangspunkt være vedtaget mellem parterne for at AB 18 § 8 stk. 5 kan regulere retsforholdet jf. AB 18 § 1, 2 pkt. Som tidligere beskrevet i afsnit 3.1 vil AB i mange tilfælde alligevel kunne anvendes som udfyldende regler, da AB betingelserne stort set er et udtryk for almindelige entrepriseretlige grundsætninger baseret på almindelige obligationsretlige grundsætninger⁸⁰. Dette kan dog ikke siges at være tilfældet med AB 18 § 8 stk. 5.

Der er ikke krav om et forsættigt eller groft uagtsomt forhold efter de almindelige regler om direkte krav. Eftersom AB 18 § 8 stk. 5 begrænser denne i praksis udviklede retstilstand, bliver § 8 stk. 5 et udtryk for en aftalt ansvarsbegrænsning.⁸¹ De almindelige regler vedrørende direkte krav må derfor anses for at være de udfyldende

⁸⁰ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 55

⁸¹ Erik Hørlyck, *Entreprise* 8 udg. s. 140

regler, og dem man falder tilbage på når intet andet er aftalt. Den nye bestemmelse i AB 18 § 8 stk. 5 betyder derfor ikke, at parterne i en entreprise altid vil være beskyttet mod et direkte krav, hvorfor det har stor betydning om AB er vedtaget eller ej.

For at undersøge hvilken effekt AB 18 § 8 stk. 5 har for anvendelsen af et direkte krav uden for kontrakt, behandles i det nedenstående først situationen hvor AB er vedtaget i samtlige led (afsnit 6.4.1), og dernæst når AB ikke er vedtaget i samtlige led (afsnit 6.4.2).

6.4.1 AB 18 vedtaget i samtlige led

Som hovedregel kan en aftale udelukkede gøres gældende *inter partes*, jf. relativitetsprincippet, ligesom det står parterne frit at aftale hvordan de ønsker at regulere deres egne forhold. Når BH og HE har vedtaget AB 18 i sin helhed, indeholder § 8 stk. 5 en adgang for BH til at rette et direkte krav mod tredjeparten UE/ML eller UR. En sådan bestemmelse skaber dog en forpligtelse for UE/ML/UR, idet denne stilles til ansvar overfor en part som ikke er del af dennes kontraktsgrundlag. BH og HE kan som klar hovedregel ikke bestemme hvordan retsstillingen er for en tredjepart, da dette ville stride imod individets grundlæggende ret til selvbestemmelse og aftalefrihed⁸². Såfremt en aftale skal forpligte tredjeparter, kræver det derfor en særlig hjemmel. I dansk ret er der ikke hjemmel til at to parter i en aftale kan forpligte en tredjepart,⁸³ hvorfor det ikke er nok, at AB kun er vedtaget mellem BH og HE.

Det fremgår dog i *teorien* at en sådan forpligtelse kan opfyldes allerede ved at AB 18 også bliver vedtaget mellem HE og UE.⁸⁴ På den måde kan det, i hvert fald i teorien betyde, at UE har vedtaget og accepteret BH's adgang til at rette et direkte krav efter § 8 stk. 5, ligesom BH har vedtaget og accepteret at dennes direkte krav skal respektere de begrænsninger der måtte være i aftalen mellem HE og UE, medmindre UE har handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Spørgsmålet er dog, om det er nok blot at vedtage AB vilkårene i samtlige led.

⁸² Vibe Ulfbeck, kontraktens relativitet, s. 31.

⁸³ Lennart Lyng Andersen, Aftaler og mellemmand, s. 352 + Det vil være i strid med relativitetsprincippet.

⁸⁴ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 69 + Karnov, AB 18 kommentar nr. 60 til § 8 stk. 4

Det er ikke altid så ligetil at forlade sig på en "allerede fordi" konklusion. AB 18 § 8 stk. 5 er et udtryk for en aftalt ansvarsbegrænsning, hvorefter BH kun kan rette et direkte krav udenfor kontrakt mod HE's UE, såfremt denne har handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Når AB 18 er vedtaget i aftaleforholdet mellem både BH og HE og mellem HE og UE, så indgår § 8 stk. 5 i begge aftaler. Spørgsmålet er om UE kan støtte ret på § 8 stk. 5 overfor BH, blot fordi UE har vedtaget AB 18 med HE. Selvom AB 18 er vedtaget mellem BH og HE og mellem HE og UE, så er der jo netop ikke konkret indgået nogen aftale mellem BH og UE. Når BH så alligevel retter et direkte krav mod UE uden for kontrakt, i tilfælde hvor UE ikke har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, vil BH måske påstå, at UE ikke kan støtte ret på en klausul i den aftale UE har med HE, idet denne er uvedkommende for BH's krav mod UE.

Om hvorvidt det faktum, at UE også har aftalt AB 18 med HE kan ændre på dette, er ikke endnu blevet behandlet i praksis. Normalvis efter de almindelige regler, er et direkte krav udenfor kontrakt jo netop uafhængig af de aftaler som foreligger i tidligere led, hvilket også tydeligt udspillede sig i bobledækssagen (behandlet i afsnit 6.3). Afgørelsen havde dog store konsekvenser, hvilket unægtelig betød at byggebranchens parter blev tilbageholdende med at indgå aftaler om risikable opgaver.⁸⁵ Dette har som også tidligere nævnt medført en meget uheldig retstilling, hvilket måske var med til at påvirke resultatet i den efterfølgende dom U 2014.2042H, hvor domstolen ganske kort tid efter bobledækssagen, igen skulle tage stilling til et direkte deliktskrav:

I sagen havde BH antaget TR til at opføre et skolebyggeri. TR indgik aftale med UR om projekteringen. I aftalen mellem BH og TR samt mellem TR og UR var der vedtaget ABR89. I forbindelse med funderingsarbejdet projekteret af UR blev der forvoldt skade på naboejendommen. BH's forsikringssselskab betalte erstatning til naboejendommen og rejste derefter et direkte deliktskrav mod UR ved de almindelige domstole. UR påstod sagen afvist under henvisning til voldgiftsbestemmelser i aftalerne.

Som hovedregel kan BH i forbindelse med et direkte krav uden for kontrakt, sagsøge UE ved de almindelige domstole, uanset om der er aftalt voldgift i aftalen mellem BH

⁸⁵ Aqbal Amiri & Theis Jacobsen i: U 2017B.105"retsstillingen mellem A og C ved direkte deliktskrav – om kontraktsprægede direkte deliktskrav. En kommentar til U 2014.2042H"

og HE, idet et direkte krav hviler på et selvstændigt grundlag, hvorfor en voldgiftsaftale er en *res inter alia acta* (en sag mellem andre parter).⁸⁶ Domstolen valgte dog i U 2014.2042 H at fremsætte en undtagelse til dette. Højesteret udtalte, at:

”det følger af almindelige obligationsretlige principper, at et ansvarsforsikringssselskab ved udbetaling af erstatning til en skadelidt indtræder i retstillingen for forsikringstager (BH) overfor den tekniske rådgiver, som kravet rettes mod.”

Afgørende herefter blev derfor om BH skulle gøre sit krav gældende ved de almindelige domstole eller ved voldgift. I aftalerne mellem BH og TR og mellem TR og UR fremgik det, at tvister afgøres efter ABR 89, hvorefter tvister ”i anledning af løsning af opgaven” afgøres ved voldgift. Eftersom kravet udsprang af en tvist om UR’s løsning af opgaven, ville kravet have været omfattet af voldgiftsbestemmelserne. Højesteret udtalte yderligere, at:

”BH ville have været bundet af voldgiftsbestemmelserne, hvis BH havde rettet et direkte krav mod UR for at blive friholdt fra erstatningen”

Landsretten kom i modsætning til højesteret frem til, at sagen godt kunne rejses ved de alm. Domstole, idet kravet ikke var støttet på aftalen mellem TR og UR, men et selvstændigt grundlag. Landsrettens resultat stemte overens med det traditionelle synspunkt, som også kom til udtryk i bobledækssagen, netop at et deliktskrav *ikke* er afhængig af aftaler i et tidligere aftaleled. Højesteret slog derimod fast, at netop *fordi* der var aftalt voldgift i begge led, så kunne der *ikke* rejses sag ved de almindelige domstole, hvilket reelt bryder med det traditionelle synspunkt.⁸⁷ Som nævnt ovenfor er der derfor en sandsynlighed for, at U 2014.2042 H kom som en reaktion på den uhensigtsmæssige retstilstand der var blevet skabt med bobledækssagen, for netop at gøre op med denne. Det lader til at højesteret slår fast, i modsætning til bobledækssagen, at et direkte krav udenfor kontrakt er påvirket af underliggende aftaleklausuler. Dette synspunkt synes også at gøre sig gældende i den nyeste entrepriseretlige litteratur, hvor det ifølge Torsten Iversen ikke kun gælder voldgiftsklausuler, men også kan tænkes at være gældende ved andre aftaleklausuler

⁸⁶ Torsten Iversen, Entrepriseretten s. 899

⁸⁷ Aqbal Amiri & Theis Jacobsen i: U 2017B.105 ”retsstillingen mellem A og C ved direkte deliktskrav – om kontraktspærrede direkte deliktskrav. En kommentar til U 2014.2042H”

fx ansvarsbegrænsninger.⁸⁸ Aftaleklausuler er dog som ordet giver udtryk for, en aftale i *inter partes* forholdet. Sådanne kan som udgangspunkt ikke skabe forpligtelser for tredjeparten. U 2014.2042 H må dog ses som en undtagelse til denne *inter-partes* situation, hvorfor der som i dommen må stilles krav om, at der består et ensartet kontrakts-grundlag i alle underliggende aftaleforhold.

Tillægger man U 2014.2042 H denne forståelse, vil det betyde at, såfremt AB 18 er vedtaget i retsforholdet mellem HE og UE, samt mellem HE og BH, så er BH bundet af de ansvarsbegrænsninger der måtte være ifølge AB 18, herunder § 8 stk. 5.

Anvender man samme synspunkt på bobledækssagen, hvori der også forelå ensartede aftaleklausuler, dog med forskellig beløbsbegrænsning, kunne man forestille sig at resultatet måske havde været anderledes. UR ville i så fald have kunne påberåbe sig ansvarsbegrænsningen på 80.000kr, hvilket netop ville have fjernet usikkerheden og risikoen for at aftaleklausuler er værdiløse.

Ud fra en teoretisk tilgang synes der derfor ikke at være noget til hinder for, at aftaleklausuler kan finde anvendelse i forbindelse med et direkte krav uden for kontrakt, såfremt der er ensartede klausuler i begge aftaleforhold. Det må derfor kunne konkluderes at BH's direkte krav begrænses, når AB 18 er aftalt i alle aftaleled. Når AB 18 er vedtaget af samtlige af byggeriets parter, opnås derfor den fulde effekt med § 8 stk. 5, således der igen skabes mulighed for at UE/UR/ML kan regulere deres risiko effektivt. Dermed fjernes usikkerheden og risikoen for at ansvarsbegrænsninger gøres illusoriske.

6.4.2 AB 18 ikke vedtaget i samtlige led

I det ovenstående blev det dog slået fast, at tredjemand UE/ML/UR⁸⁹ kan støtte ret på § 8 stk. 5, 3 pkt, i forbindelse med et direkte krav udenfor kontrakt, når AB er vedtaget i begge led, eftersom der er tale om ensartede klausuler. Spørgsmålet er hvilken betydning det har, når AB *ikke* er vedtaget i samtlige aftaleled og BH ønsker at rette et direkte krav udenfor kontrakt.

⁸⁸ Torsten Iversen, Entrepriseretten, I s. 901

⁸⁹ I § 8 stk. 5, 3 pkt. indgår kun underentreprenører og leverandører. Det fremgår dog af AB 18 § 2 stk. 3 at der med "underentreprenører" også forstås underrådgivere som er antaget at entreprenøren til at udføre projektering. § 8 stk. 5, 3 pkt. indebærer derfor også krav mod underrådgivere,

Når AB 18 er vedtaget mellem BH og HE i forbindelse med et givent byggeri, så indeholder deres aftale en klausul hvorefter BH fraskriver sig muligheden for at rette et direkte krav uden for kontrakt mod entreprenørens underentreprenører eller leverandører, medmindre UE har handlet forsættligt eller groft uagtsomt jf. AB 18 § 8 stk. 5, 3 og 4 pkt. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"[...]Bygherren giver afkald på krav mod underentreprenører og leverandører på erstatning uden for kontrakt i anledning af forhold, der er omfattet af et direkte mangelkrav. Hvis det direkte mangelkrav skyldes et forsættligt eller groft uagtsomt forhold hos underentreprenøren eller leverandøren, finder 1. og 3. pkt. ikke anvendelse."

Det er ikke unaturligt at en HE hyrer en UE til at udføre en eller flere dele af entreprisen, således HE kan opfylde aftalen med BH jf. AB 18 § 8 stk. 1. Selvom der i de fleste tilfælde nok vil være vedtaget AB 18 i forholdet mellem HE og UE⁹⁰, så kunne man alligevel sagtens forestille sig en situation hvor denne ikke er vedtaget. Forestiller man sig at HE er gået konkurs efter byggeriet er færdigt, og der viser sig mangler ved UE's arbejde, vil BH have en interesse i at rette et direkte krav uden for kontrakt mod UE. Hvis UE ikke har handlet forsættligt eller groft uagtsomt, vil BH have den største interesse i at rette kravet efter de almindelige regler jf. retsbrudssynspunktet, idet der her ikke er krav om forsæt eller grov uagtsomhed. UE vil derimod have en interesse i at påberåbe sig AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt., idet denne begrænser BH's mulighed for at rette et direkte krav udenfor kontrakt. Men hvis UE ikke har vedtaget AB 18, vil det betyde at han skal støtte ret på en klausul som indgår i et aftalegrundlag som han ikke selv er part i.

Som beskrevet i tidligere, så er det en klar hovedregel, at en aftale kun har virkning imellem de parter der har indgået aftalen jf. relativitetsprincippet. Er AB 18 vedtaget mellem BH og HE, vil aftaleklausulen i § 8 stk. 5, 3 pkt. naturligvis være gældende i forholdet mellem disse to parter. Problemet er dog, at den part som ønsker at støtte ret på klausulen, ikke er HE men UE. Når AB 18 ikke er vedtaget i aftaleforholdet mellem UE og HE, så er spørgsmålet om UE overhovedet *kan* støtte ret på en aftaleklausul, som findes i et aftalegrundlag som UE ikke selv er part i, og i givet fald, på hvilket grundlag?

⁹⁰ Torsten Iversen, Entrepriseretten, s 55

For at kunne støtte ret på en aftale, kræver det først og fremmest at der er en aftale. Hverken aftaleloven eller anden lovgivning definerer hvad der helt konkret kan anses for at være en aftale. Hovedelementet i en aftale er dog at der er enighed mellem to eller flere parter om at indgå en bindende aftale.⁹¹ Eftersom der ikke er noget kontraktforhold mellem BH og UE, kan der ikke på baggrund af en *aftale* mellem disse parter være gjort udtrykkeligt op med BH's adgang til at rette et direkte krav udenfor kontrakt jf. AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt.⁹² Det betyder helt konkret, at der ikke kan støttes ret på en *aftale*, idet en sådan ikke eksisterer.

Tredjemandsløfte som grundlag for at begrænse BH's direkte krav

Standardvilkåret i AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt. indeholder dog et *løfte* fra BH om at denne ikke vil rette et direkte krav udenfor kontrakt mod entreprenørens UE/ML eller UR, medmindre der er handlet forsættligt eller groft uagtsomt. Rent aftaleretligt, så er et løfte en erklæring fra én person til en anden, om at denne påtager sig en retlig forpligtelse overfor modtageren af løftet. Et sådant løfte bliver som udgangspunkt først bindende, når det kommer til løftemodtagers kundskab jf. AFTL § 7.⁹³ Herefter vil der være afgivet et bindende løfte, som der som udgangspunkt kan støttes ret på.

I ovenstående entreprisesituation har BH afgivet et løfte som reelt er bestemt til tredjemand, men som er afgivet overfor og modtaget af den direkte kontraktspart; HE. BH's løfte bliver derved aldrig modtaget af UE. Læner man sig op ad AFTL § 7, vil det betyde at der reelt ikke er afgivet et bindende løfte.

Eftersom der ikke eksisterer en aftale, eller er afgivet et bindende løfte overfor UE, så synes det vanskeligt at tillade UE at støtte ret på en aftaleklausul som findes i et aftalegrundlag, som UE ikke er part i. Skulle man tillade en sådan retstilling, ville det kræve at tredjepart på én eller anden måde er blevet tildelt en rettighed som denne kan støtte ret på.

Når to parter indgår en aftale, har de ikke hjemmel til at skabe forpligtelser for tredjemand, dog kan parterne i nogle tilfælde bestemme tredjemands retstilling, når

⁹¹ Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk & Anders Ørgaard, almindelig kontraktsret S. 21

⁹² Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 110

⁹³ Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk & Anders Ørgaard, almindelig kontraktsret. S. 65

der er tale om at skabe *rettigheder* for tredjemand.⁹⁴ Bestemmelsen i § 8 stk. 5, 3 pkt. indeholder som nævnt ovenfor, en tredjemandsaftale⁹⁵ hvorefter BH afgiver et tredjemandsløfte ved at fraskrive sig retten til at rette et direkte krav udenfor kontrakt mod entreprenørens UE/ML eller UR.⁹⁶

Der er dog en væsentlig sondring indenfor tredjemandsaftaler, som vedrører spørgsmålet om hvorvidt der foreligger en *egentlig* tredjemandsaftale, eller en *uegentlig* tredjemandsaftale. En *egentlig* tredjemandsaftale betyder, at den *umiddelbart* berettiger tredjemand til at støtte ret direkte på løftet. Det vil sige at løftet i sig selv berettiger tredjemand til at forlange løftet opfyldt. En *uegentlig* tredjemandsaftale betyder, at tredjemand ikke umiddelbart vinder ret. Det vil sige et løfte som tredjemand har fordel af, men som han ikke selv kan støtte ret på. Det væsentlige vedrørende tredjemandsaftaler ligger derfor i afgrænsningen af hvornår en tredjemand har et umiddelbart (direkte) krav.⁹⁷

I forhold til den ovennævnte entrepriseretlige situation, hvor UE ønsker at støtte ret på aftalen mellem BH og HE, så er det af afgørende betydning om det løfte som er afgivet af BH, i sig selv berettiger UE til at forlange det opfyldt. Men når man ser på ordlyden af § 8 stk. 5, 3 pkt. så afgiver BH blot et løfte overfor HE, om at denne ikke vil rette direkte krav udenfor kontrakt mod HE's UE/ML/UR. Bestemmelsen hverken begunstiger eller hjemler nogen udtrykkelig ret som UE kan støtte ret på. Derimod er der nok nærmere tale om et løfte som UE kan have fordel af, men som han ikke selv kan støtte ret på – dvs. et uegentligt tredjemandsløfte. Når der er tale om et uegentligt tredjemandsløfte, så har det den konsekvens, at UE ikke kan støtte ret på dén aftale som er indgået mellem BH og HE.

Retstillingen er dog ikke altid så firkantet. Et løfte bør jo netop få det indhold som en fornuftig person i løftemodtagers sted ville lægge i erklæringen. Ordlyden af et løfte har derfor stor og ofte afgørende betydning for hvordan det må forstås, ligesom intentionen bag løftet har betydning.⁹⁸ BH har i forbindelse med vedtagelsen af AB 18 afgivet et personligt forpligtende løfte, som går ud på at *undlade* at foretage en bestemt

⁹⁴ Lennart Lyng Andersen & Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand. s. 351

⁹⁵ En tredjemandsaftale er en aftale mellem A og B, der efter sit indhold skal skabe en ret for tredjemanden C - jf. Lennart Lyng Andersen & Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemmand s. 352

⁹⁶ Anders Vestergaard Buch i: T:BB 2018.373 artiklen "mangler i høringsudkastet til AB 18"

⁹⁷ Lennart Lyng Andersen & Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemmand s. 353.

⁹⁸ Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk & Anders Ørgaard, almindelig kontraktsret. s. 65

handling (et direkte krav udenfor kontrakt), som han ellers ville være berettiget til og også ville have været interesseret i at foretage i mange tilfælde. En sådan undladelsesforpligtelse kan sagtens være indeholdt i en aftaleklausul.⁹⁹ Når AB er vedtaget mellem BH og HE, vil HE naturligvis tage det med i hans aftaleindgåelse med en given UE, da dette kan have en påvirkning på de risikovurderinger som UE foretager sig inden denne indgår aftale med HE, hvilket netop har en betydning for prisen. Enhver risiko skal indkalkuleres i prisen for det givne stykke arbejde, og vurderer UE at risikoen er lav, så vil arbejdet naturligvis være billigere, og dyrere hvis større risiko. Desto billigere HE kan få UE's arbejde, desto billigere kan han lave arbejdet for BH. Hvis BH så ikke skulle holdes op på hans løfte om ikke at rette et direkte krav udenfor kontrakt jf. AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt., er der altså en potentiel risiko for at han betaler mindre for et byggeri, *fordi* han har "lovet" at UE kun mødes med et krav hvis der er handlet forsættligt eller groft uagtsomt. UE ville jo netop være mere forbeholden mod risikable arbejdsopgaver, hvis han kan mødes med ethvert direkte krav. UE taber derfor både penge på entreprisesummen, og på det erstatningskrav som BH måtte fremsætte. BH vinder både en billigere entreprisesum, og et erstatningskrav. Dette kunne se ud som om BH opnår en slags dobbelt kompensation, hvilket kunne tale for at UE skal kunne støtte ret på det løfte som er afgivet i aftalen mellem BH og HE.

Ugyldighed som grundlag for ikke at begrænse BH's direkte krav

På den anden side kan der være tale om en situation hvor der ikke endnu er antaget nogen UE på det tidspunkt hvor BH og HE indgår kontrakt. Hvis HE til og med spekulerer i at anvende de billigste UE, fx polske håndværkere som måske ikke kender de danske retningslinjer for hvad der anses for god håndværksmæssig skik. I tilfælde af at HE går konkurs, skal det så betyde at BH skal leve med et dårligt resultat uden at kunne rette et krav mod dem som har udført arbejdet?

AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt. er et udtryk for en ansvarsbegrænsning, hvorefter BH giver afkald på at rette et direkte krav udenfor kontrakt mod UE. For UE er det en fordel, såfremt han kan støtte ret på bestemmelsen. Men for BH, skaber det en mere u hensigtsmæssig retsstilling idet hans mulighed for at få oprejsning, såfremt UE laver fejl, begrænses væsentligt. I denne situation synes det vanskeligt at tillægge

⁹⁹ Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk & Anders Ørgaard, almindelig kontraktsret. s. 71

intentionen bag løftet i § 8 stk. 5, 3 pkt. nogen virkning. For hvordan skal man afgive et løfte om at man ikke vil rette et krav mod en tredjepart, når man ikke kender parten, og derved ikke har mulighed for at vurdere om der er risiko ved at give sådan et afkald. Dette rejser derfor spørgsmålet om hvorvidt man overhovedet kan give et sådant gyldigt (uegentligt) afkald.

Aftalelovens (AFTL) kap. 3 om ugyldighed gælder også på aftaler om entrepris.¹⁰⁰ Ifølge AFTL § 36 stk. 1 kan en aftale eller et vilkår i en aftale ændres eller tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. AFTL § 36 er en præceptiv lovregel, hvilket betyder at AB i kraft af sin egenskab som *aftale*, bl.a. må vige for denne¹⁰¹. Dette betyder at en entreprisaftale eller enkelte vilkår heri, kan være ugyldige, fordi indholdet af disse er urimelige, uanset at disse er indgået under omstændigheder som ikke har påvirket parternes beslutningsfrihed.¹⁰²

Situationen er, at BH og HE har indgået kontrakt under normale omstændigheder, men BH kender ikke UE. Hvis man som nævnt ovenfor skulle tillade en efterfølgende UE at støtte ret på klausulen i aftalen mellem BH og HE, ville det betyde at BH mister al indflydelse på hans egen risikovurdering ift. muligheden for at kunne rette et krav. Han afgiver derved på forhånd et afkald, som kan være umulig at forudse konsekvensen af. Havde det fx været tilfældet i bobledækssagen (gennemgået ovenfor s. 15 & 42), og man havde tilladt UR at støtte ret på ansvarsbegrænsningen mellem BH og PR, så havde BH stået tilbage med et tab på 65 mio kr. uden noget sted at rette kravet, på trods af at fejlen var begået hos UR. Dette synes at være en lige så uhensigtsmæssig retstilling, som den der var for UR. Spørgsmålet er derfor, om man vil kunne bedømme BH's afkald som værende urimeligt, og dermed ugyldigt.

Ser man på ordlyden i AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt, så fremgår det ikke konkret hvem afkaldet er rettet til. BH giver blot afkald på at rette et direkte krav udenfor kontrakt mod HE's UE/ML/UR. Bestemmelsen er således formuleret som et generelt afkald – eller en generel ansvarsbegrænsning. En generel formuleret ansvarsbegrænsning er

¹⁰⁰ Torsten Iversen, *Entrepriseretten* s. 55

¹⁰¹ *Torsten Iversen i: TBB2018.398 "om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler."*

¹⁰² Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk & Anders Ørgaard, *almindelig kontraktsret* s. 24

i almindelighed ikke gyldig.¹⁰³ Dette kunne forklares med at et sådan afkald vil være beskyttelsespræceptivt, i den forstand at der ikke kan gives et generelt afkald forud for en given aftale, men at der godt kan gives et afkald *efter* en konkret tvist er opstået¹⁰⁴. Argumentationen for at sådan et generelt afkald er beskyttelsespræceptiv er, at det ikke kan forventes at parterne forud for en given aftale kan overskue og vurdere rækkevidden af enhver uvis situation. Dette vil først være muligt når man står i situationen og konflikten allerede er opstået. På dette tidspunkt kan der laves en *efterfølgende* aftale om at give afkald på at gøre en regel gældende, da man i situationen bedre kan overskue konsekvenserne ved et sådant afkald.

I det ovenstående er der argumenteret både for og imod UE's mulighed for at støtte ret på en aftaleklausul der findes i en aftale som UE ikke er part i, og dermed begrænse BH's adgang til direkte krav. Det taler for, at et løfte bør få det indhold som det har haft til hensigt at indeholde, ligesom det taler imod at et generelt afkald er ugyldigt, idet konsekvensen af et sådant afkald er umuligt at forudse. Ugyldighedsreglerne er dog et udtryk for præceptiv lovgivning som ikke kan tilsidesættes i en aftale. Uanset hvad et løfte indeholder, så må en aftalefortolkning af dette nok alligevel vige for præceptiv lovgivning. Det vurderes derfor at UE ikke kan støtte ret på § 8 stk. 5, 3 pkt, i aftalen mellem BH og HE, når UE hverken har en aftale med BH eller har vedtaget AB i sin aftale med HE.

AB's afsmittende effekt som grundlag for begrænsning af BH's direkte krav

I stedet for at støtte ret på et løfte som måske/måske ikke forpligter BH i at begrænse hans direkte krav overfor UE, så kunne man rejse spørgsmålet om, hvorvidt man kan anse AB 18 for at være de udfyldende regler i forholdet mellem HE og UE, ud fra en sædvane betragtning. Dette kunne betyde, at UE kan støtte ret på § 8 stk. 5, 3 pkt., på en baggrund der minder om "ensartede klausuler" som anført i ovenstående afsnit 6.4.1. Dvs. at man reelt skal tillade kontrakten mellem BH og HE, at få en afsmittende effekt på det direkte krav udenfor kontrakt.

For at dette kunne være tilfældet må reglerne i AB antages at stemme overens med dansk rets almindelige entrepriseregler, dvs. kunne være de udfyldende regler.

¹⁰³ Carsten Munk Hansen, Fast Ejendom I. s. 471

¹⁰⁴ *Torsten Iversen i: TBB2018.398 "om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler."*

Det er hel almindelig kendt at vedtagelsestærsklen for AB ligger lavt, i hvert fald når der er tale om vedtagelse af AB 92, og at disse er et udtryk for udfyldende regler da AB er baseret på almindelige obligationsretlige grundsætninger.¹⁰⁵ AB 18 har da også videreført de bestemmelser der allerede var gældende efter AB 92, men der er samtidig indført nye bestemmelser, som endnu ikke er blevet et udtryk for dansk rets almindelige regler på entrepriseområdet. Som nævnt tidligere i afsnit 6.4 så er AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt., netop *ikke* et udtryk for dansk rets almindelige entrepriseretlige regler, eftersom bestemmelsen begrænser den ret man ellers ville have efter de almindelige regler, jf. retsbrudssynspunktet. Der kunne dog argumenteres for, at bestemmelsen læner sig op ad hvad der kan anses for almindelige obligationsretlige grundsætninger, som relativitetsprincippet, idet § 8 stk. 5, 3 pkt., netop slår fast at der ikke kan skabes forpligtelser for tredjeparter, medmindre der er handlet med forsæt eller grov uagtsomhed. Faktum er dog, at de almindelige regler på entrepriseområdet jf. praksis, har åbnet for en mere lempelig adgang til at skabe forpligtelser for tredjeparter ved et direkte krav, da der "blot" stilles krav om professionelle fejl, hvorfor dette anses som værende gældende ret på entrepriseretsområdet.

Idet § 8 stk. 5, 3 pkt. ikke er et udtryk for udfyldende ret, kan den ikke få afsmittende effekt på aftalen mellem HE og UE. Skulle man tillade dette ville det samtidig være en underminering af højesterets kendelse i 2014.2042H (gennemgået s. 48), som ganske tydeligt slog fast at, for at ansvarsbegrænsninger kunne få afsmittende effekt i forbindelse med et direkte krav, så var det et krav at der forelå ensartede klausuler i begge forhold. Man kunne dog argumentere for, at der er så stor sammenhæng mellem kontrakterne, at man på den baggrund bør lade BH's begrænsning for at rette et direkte krav udenfor kontrakt, få afsmittende effekt på aftaleforholdet mellem HE og UE, idet aftalen mellem HE og UE altid vil være udsprunget af aftalen mellem BH og HE. Skulle man tillade dette, så ville man dog skabe en retstilstand hvor tredjemand kan støtte ret på andres aftaler, herunder ansvarsbegrænsninger, hvilket ville være direkte i strid med almindelige obligationsretlige grundsætninger. For det første er det en klar hovedregel, at en aftale udelukkende kan gøres gældende inter partes¹⁰⁶, for det andet kan en aftale mellem to parter ikke skabe forpligtelser for tredjepart. Hvis

¹⁰⁵ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 55

¹⁰⁶ Jf. relativitetsprincippet

UE tillades at støtte ret på en ansvarsbegrænsning i en aftale mellem to andre parter, blot fordi disse parter tilfældigvis har vedtaget et sæt standardvilkår, så vil dette være et urimeligt indgreb i kontraktsfriheden da parterne mister indflydelsen. Samtidig vil det betyde at UE forpligter tredjepart/BH, ved at denne begrænses i sin mulighed for at rette et direkte krav udenfor kontrakt, hvilket må anses for at være bebyrdende for BH.

6.7 Sammenfatning

I teorien er der enighed om, at BH klart skal tillades et direkte krav mod en UE efter retsbrudssynspunktet, såfremt denne ved grov uagtsomhed har udført fagligt uforsvarligt arbejde, eller har handlet bevidst ved fx at have anvendt materialer som han burde vide ville være uegnede til formålet. Spørgsmålet er dog hvor meget længere end det man reelt kan gå. Som ovenfor anført, ses dette både i teori og praksis at skabe grobund for en vis usikkerhed, idet det ikke fremgår tydeligt om der skal en vis grad af culpa til, eller om den blotte tilstedeværelse af en professionel faglig fejl er nok. Det er derimod blevet slået fast at indsigelser og ansvarsbegrænsninger ikke kan påberåbes når der gives adgang til et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, hvilket i sig selv har skabt en usikker og uhensigtsmæssig retstilling. Særligt Indenfor entrepriseretten har det netop på baggrund af denne usikkerhed ført til en ændring af AB vilkårene vedrørende direkte krav. AB udvalget indførte derfor en helt ny bestemmelse i AB 18 § 8 stk. 5, hvorefter retstillingen er forsøgt reguleret.

AB 18 § 8 stk. 5 indeholder en ansvarsbegrænsning, hvorefter BH's mulighed for at rette et direkte krav begrænses. En sådan ansvarsbegrænsning forudsætter aftale, som i udgangspunktet kun er gældende *inter-partes*. Højesteret valgte med dommen U 2014.2042 at gøre en undtagelse til dette, ved at anerkende at aftaleklausuler kan gøres gældende i et direkte krav, såfremt der er enslydende klausuler i begge aftaleled. Det vil sige, når AB 18 er vedtaget mellem BH og HE og mellem HE og UE/ML/UR, så foreligger der en enslydende ansvarsbegrænsning i § 8 stk. 5 som kan gøres gældende i forbindelse med et direkte krav. Det vurderes derfor at BH's direkte krav begrænses, når AB 18 er aftalt i alle aftaleled.

Derimod kan parterne ikke forvente altid at være beskyttet mod et direkte krav i de situationer hvor AB ikke er aftalt i alle aftaleled. For at støtte ret på en aftaleklausul, forudsætter dette at der er en aftale. Som en klar hovedregel kan en aftale kun gøres gældende inter partes, jf. relativitetsprincippet. Og når situationen er dén, at AB 18 er vedtaget mellem BH og HE, men ikke vedtaget mellem HE og UE/ML/UR, så er der som udgangspunkt ikke indgået en aftale mellem BH og UE om at begrænse BH's mulighed for at rette et direkte krav udenfor kontrakt jf. § 8 stk. 5, 3 pkt. Det faktum at der er tale om et tredjemandsløfte, kunne dog være en undtagelse til dette. Bestemmelsen i AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt. angiver dog ikke en konkret ret for tredjemand som denne kan støtte ret på, men der argumenteres for, at et løfte alligevel bør få virkning efter sit indhold, da parterne i en entreprise netop indretter sig efter aftalegrundlaget. Samtidig taler det imod, at bestemmelsen i § 8 stk. 5, 3 pkt., er et udtryk for et generelt afkald, hvilket er et problem, idet UE ikke altid er kendt på aftaletidspunktet. BH tvinges dermed til at forpligte sig overfor en part som denne ikke kender. Et sådan afkald er beskyttelsespræceptivt, hvorfor et sådant ikke er gyldigt idet konsekvensen af et sådant afkald, er umuligt at forudse. Ugyldighedsreglerne er et udtryk for præceptiv lovgivning som ikke kan tilsidesættes i en aftale. Uanset hvad et løfte indeholder, så må en aftalefortolkning af løftet vige for præceptiv lovgivning. Dette betyder dermed at UE ikke kan støtte ret på tredjemandsløftet i § 8 stk. 5, 3 pkt.

Eftersom UE's aftale med HE er direkte afledt af aftalen mellem BH og HE, kunne dette dog tale for at lade AB 18 være de udfyldende regler i aftalen mellem HE og UE. Det blev dog slået fast at § 8 stk. 5, 3 pkt, *ikke* er et udtryk for udfyldende entrepriseretlige regler, idet bestemmelsen begrænser retstillingen efter almindelige regler. Bestemmelsen kan derfor ikke få afsmittende effekt på aftaleforholdet mellem HE og UE. Det faktum at der er så stor sammenhæng mellem kontrakterne kan ikke ændre på dette, idet en sådan retstilstand ville stride imod almindelige obligationsretlige grundsætninger. UE kan dermed ikke støtte ret på § 8 stk. 5, 3 pkt. ved at påberåbe sig AB som værende de udfyldende regler. Når AB ikke er vedtaget mellem parterne, begrænses BH's direkte krav udenfor kontrakt dermed ikke.

7. Fravigelse af § 8 stk. 5 i udbudsmaterialet

Usikkerheden om hvornår og i hvilke situationer BH kan rette et direkte krav, er naturligvis ikke helt uden betydning for BH. Det vil derfor være relevant for BH at forsøge at regulere hans retstilling. Ikke mindst efter AB 18 har indført en bestemmelse som har til hensigt væsentlig at begrænse BH's adgang til at rette et direkte krav. Dette viser sig i praksis hvor der sker fravigelser, ved at BH fx indfører individuelle vilkår, faglige forbehold eller standardforbehold i udbudsmaterialet.¹⁰⁷ Denne problemstilling behandles kort i nedenstående, for netop at undersøge hvilken indflydelse en fravigelse i forbindelse med et direkte krav.

Det fremgår af noterne i Karnov til AB 18 § 8 stk. 5, at bygherrer i praksis, ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet, i vidt omfang fraviger bestemmelsen. Men hvad det helt konkret betyder, er der ikke nogen synderlig forklaring på, udover at formålet med de nye AB betingelser var at undgå eller mindske brugen af fx særlige betingelser, standard forbehold, eller faglige forbehold osv.¹⁰⁸ Det rejser derfor spørgsmålet om, hvilken indflydelse en given fravigelse har. For hvad betyder det, hvis BH fraviger § 8 stk. 5 i udbudsmaterialet?

En vigtig sondring i spørgsmålet om fravigelser, går på om der er tale om en offentlig bygherre eller "almindelig bygherre". Offentlige bygherrer er underlagt en udbudsretlig regulering, hvilket omfatter ufravigelig lovgivning med baggrund i EU retlige regler. Dette betyder dog ikke at AB er overflødig, men at AB suppleres af de udbudsretlige regler. I kraft af, at en del af disse regler er ufravigelige, betyder dette at visse regler i AB 18 ikke kan anvendes, og derfor må fraviges.¹⁰⁹ Dette speciale har dog i kraft af afgrænsningen, udelukkende fokus på den almindelige bygherre, hvorfor offentlige bygherrers fravigelser af AB ikke behandles yderligere.

Som tidligere nævnt i afsnit 3.1, så er AB vilkårene udelukkende et sæt standard-aftalevilkår, hvilket betyder at denne naturligvis kan fraviges ved aftale. Selv AB indleder allerede i den første bestemmelse med at vilkårene kan fraviges. Af AB 18 § 1 stk. 2 fremgår netop:

¹⁰⁷ Karnovs noter, AB 18 § 8 stk. 5, note nr. 61

¹⁰⁸ Karnovs noter, AB 18 § 8, stk. 5, Note nr. 61, kommenteret af Torsten Iversen

¹⁰⁹ AB betænkning nr. 1570 2018, s. 60

”fravigelse af betingelserne gælder kun, når det tydeligt og udtrykkeligt angives i aftalen, på hvilke punkter fravigelse skal ske”

Der er ikke noget nyt i at der kan ske en fravigelse. Dette har såmænd været mere reglen end undtagelsen, hvilket også ses af betænkningen til AB 92. Heri fremgår det at en stor del af årsagen til revisionen, netop var pga. det betydelige omfang som fravigelser, ændringer og suppleringer havde taget.¹¹⁰ Ved betænkningen til AB 18 ses fravigelser stadig at være en udfordring, idet det fremgår, at formålet med udvalgsarbejdet netop har været med udgangspunkt i en hensigt om, at anvende AB systemet i sin helhed, og dermed undgå fravigelser, medmindre disse er højest nødvendige.¹¹¹ Både AB 92 og AB 18 antyder dermed, at fravigelser af AB vilkårene igennem tiden er blevet anset som noget negativt.

Baggrunden for dette er ifølge Torsten Iversen, at både AB 72 og AB 92 ikke har været fremtidssikret nok på flere punkter, ligesom han angiver at AB udvalget ser fravigelser som værende årsag til uklarheder ift. de konsekvenser aftalen kan føre til, ikke mindst fordi det herved kan være svært at gennemskue risiko og ansvarsfordeling.¹¹² På den anden side, kan et ønske om fravigelse jo netop også være baseret på et ønske om at der skabes en bedre retstilling for parterne, end den som AB vilkårene forudsætter. Sådanne fravigelser kan både være fornuftige og nødvendige. Et eksempel kunne være hvis BH udvælger en specifik UE. I sådan en situation kan det være ganske fornuftigt at ansvarsforholdet reguleres ved en mere udtrykkelig aftale, for derved at minimere HE's risiko.¹¹³ Der vil derfor ofte være et behov for en regulering af entreprisen i form af fx standardforbehold eller særlige betingelser.

Det fremgår dog også af AB 92 betænkningen at: *”ordningen må her være den, at fravigelser, ensidige fortolkninger af AB og overflødige omskrivninger eller præciseringer af AB bør undgås. Derimod vil suppleringer og uddybninger af konkret betydning i det enkelte entrepriseforhold naturligvis være velbegrundede.”*¹¹⁴ Samme overvejelser ses også i betænkningen til AB 18, der angiver at AB vilkårene er til frivillig

¹¹⁰ AB Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 5

¹¹¹ AB betænkning nr. 1570 2018, s. 13

¹¹² Torsten Iversen i: T:BB 2018.398 artikel ”om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler”

¹¹³ Torsten Iversen i: T:BB 2018.398 artikel ”om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler”

¹¹⁴ AB Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72

anvendelse, hvorfor også blot nogle af reglerne kan anvendes, eller fraviges. Dog angives at fravigelse kun er gældende hvis det udtrykkeligt fremgår på hvilke punkter fravigelse skal ske.¹¹⁵

Som anført, er der altså mulighed for at fravige bestemmelserne i AB 18. Man ser ikke på det som noget positivt, men det er heller ikke forbudt. Skulle BH nu vælge at fravige bestemmelsen AB 18 § 8 stk. 5 i udbudsmaterialet, som antaget ovenfor, så vil dette som udgangspunkt betyde at bestemmelsen ikke er gældende i det pågældende aftaleforhold, såfremt den fraviges i sin helhed. Der kan naturligvis også være tale om en supplerende eller en tilpasning ift. den konkrete ydelse.

Som tidligere nævnt i afsnit 3.1 så er størstedelen af AB betingelserne et udtryk for almindelige entrepriseretlige grundsætninger, som er baseret på almindelige obligationsretlige grundsætninger.¹¹⁶ Når det antages, at BH fraviger § 8 stk. 5 i udbudsmaterialet vil det derfor betyde, at man falder tilbage på almindelige obligationsretlige grundsætninger. Det vil sige, når BH så ønsker at rette et direkte krav mod en UE, kan han ikke finde hjemlen til kravet i AB. I stedet må han basere kravet på de regler der er udviklet i retspraksis vedrørende direkte krav. Spørgsmålet er, om dette overhovedet er en fordel for BH.

Rettes kravet med påstand om indtrædelse, dvs. efter subrogationssynspunktet, så vil det umiddelbart ikke have nogen indflydelse at § 8 stk. 5 er fraveget, idet det netop er slået fast i afsnit 5. 2 at indførelsen af subrogationssynspunktet i § 8 stk. 5, 1 pkt., ikke skaber nogen reel ændring, idet bestemmelsen er en kodificering af allerede gældende ret. BH's adgang til at rette direkte krav efter subrogationssynspunktet står derfor uændret ved en fravigelse.

Rettes kravet ud fra en delikts påstand, dvs. efter retsbrudssynspunktet kan fordelene for BH måske findes i at der opnås en bedre adgang til at rette et direkte krav udenfor kontrakt. Når AB 18 § 8 stk. 5 er vedtaget i sin helhed, har det en indflydelse på BH's adgang til at rette et direkte krav udenfor kontrakt, idet BH giver afkald på et sådant

¹¹⁵ AB betænkning nr. 1570 2018

¹¹⁶ Torsten Iversen, Entrepriseretten, s. 55

krav, medmindre UE/ML/UR har handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Fraviger BH bestemmelsen i sin helhed, vil det ligesom ovenfor anført, betyde at man falder tilbage på, hvad der anses for at være almindelige entrepriseretlige regler. Det vil sige at BH i stedet for at rette et direkte krav med hjemmel i AB 18 § 8 stk. 5, må finde hjemlen i subrogationssynspunktet eller retsbrudssynspunktet. Fordelen for BH i at lave en fravigelse af § 8 stk. 5 ligger naturligvis i hans adgang til at rette et direkte krav udenfor kontrakt jf. 3 pkt. i bestemmelsen.

Ved vedtagelsen af AB begrænses BH's mulighed væsentlig, idet han udelukkende kan rette kravet hvis UE har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, hvilket sjældent vil være tilfældet.¹¹⁷ Dette har den potentielle risiko at BH kan stå med et mangelfuldt, eller dårligt udført byggeri, uden at have nogen at rette kravet mod.

Hvis der fx er foretaget et fagligt forbehold i aftalen mellem HE og UE, kan det betyde at BH ikke kan eller er begrænset i at rette et mangelskrav. Et tænkt eksempel kunne være hvis UE har foretaget et fagligt forbehold overfor sin HE som angiver, at der af HE skal foretages en besigtigelse af en given ydelse, fx en isoleringsopgave, hvorefter der ikke længere kan påberåbes mangler, såfremt forholdet burde have været opdaget. HE foretager en besigtigelse og arbejdet afsluttes. Efterfølgende viser det sig, at der er mangler ved isoleringen, idet der kun er isoleret med 200 mm fremfor 300 mm, hvilket HE burde have opdaget. UE har hverken ageret forsætligt eller groft uagtsomt, og HE er gået konkurs.

Når AB 18 er vedtaget mellem parterne og UE ikke har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, vil BH derfor kun kunne rette et direkte krav mod UE i anledning af mangler ved dennes arbejde, ud fra subrogationssynspunktet. Men det faglige forbehold mellem HE og UE betyder, at HE ikke ville kunne rette krav mod UE, hvorfor BH ikke kan rette et direkte krav, da der ikke er noget krav at indtræde i. BH står derfor med en mangelfuld isoleringsentreprise uden noget sted at rette kravet.

Man kunne argumentere for, at der er tale om en ansvarsbegrænsning, som under alle omstændigheder (efter almindelige regler) skulle respekteres af BH uanset om hjemlen findes i § 8 stk. 5 eller det retspraksisudviklede subrogationssynspunkt. Problemet ligger dog i, at aftalen mellem HE og UE ikke nødvendigvis er opstået på det tidspunkt hvor BH og HE indgår aftale, hvilket betyder at det kan være svært for

¹¹⁷ AB betænkningen nr. 1570 2018, s 82 & Erik Hørlyck, *Entreprise* 8 udg. s 144

BH at forudsige hans risiko og hvordan ansvarsfordelingen er. Når BH i stedet vælger at fravige bestemmelsen, eller blot fravige 3 pkt. i udbudsmaterialet, vil det betyde at han stadig har mulighed for at rette et direkte krav udenfor kontrakt efter de almindelige regler, og dermed bedre på forhånd kan forudsige risiko og sikre sig at ansvaret lander det rigtige sted. Dette synes, i hvert fald for BH, at være en bedre retsstilling.

Med indførelse af AB 18 er ovenstående eksempel dog forsøgt reguleret, idet AB 18 § 8 nu giver BH mulighed for at bestemme, at en UE skal godkendes af ham, eller at der skal benyttes en bestemt UE. Dette vil dog betyde at BH skal sikre sig kendskab til aftalen mellem HE og UE, og derved sørge for at der ikke foreligger forbehold som begrænser BH i hans mulighed for at rette et mangelskrav. Det synes dog at være nemmere for BH blot at regulere tilstanden, ved at indføre en fravigelse i udbudsmaterialet fra start af.

Den reelle Udfordring ved at der sker en fravigelse af bestemmelsen, er nok at den usikkerhed som man forsøgte at komme til livs ved indførelsen af § 8 stk. 5 i AB 18 synes at forsvinde, såfremt bestemmelsen fraviges i vidt omfang. Bestemmelsen slår netop fast, at der kun kan rettes et direkte krav udenfor kontrakt når der ikke er handlet forsætligt eller groft uagtsomt, hvilket betyder at der i alle andre situationer kun kan rettes et direkte krav ved subrogation. Dette betyder at indsigelser og ansvarsbegrænsninger ikke bliver illusoriske, da disse udelukkende kan tilsidesættes hvis der er handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Fraviges bestemmelsen vil det være en evig kilde til usikkerhed om risiko og ansvarsfordeling, hvilket fører til øget fravigelser og særlige betingelser, i et forsøg på at opnå en bedre retsstilling. Dette kan for nogle parter have store konsekvenser, ligesom det underminerer formålet med AB vilkårene, som netop har til hensigt at undgå fravigelser.

Formålet med AB 18 har som tidligere nævnt i afsnit 3.3 været at fremtidssikre vilkårene i en sådan grad, at der ikke burde være noget behov for fravigelser eller særlige betingelser. Målet har været at vedtage AB i sin helhed, netop fordi vilkårene er afbalanceret i forhold til parternes interesser og samtidig sikrer en velkendt fast ramme for parternes indbyrdes forhold.¹¹⁸ Men idet AB 18 stadig er så ny kender vi ikke behovet for fravigelser eller særlige betingelser endnu. Dette vil kun fremtiden

¹¹⁸ AB betænkningen nr. 1570 2018, s. 60

vise. Som Torsten Iversen udtrykker det: *"fremtiden må vise, i hvilket omfang også AB 18 vil blive genstand for suppleringer og fravigelser. Tidens tand vil sikkert også her være ubønhørlig, og efter højest et par år med ærefrygt vil fravigelser sikkert atter blive almindelige"*¹¹⁹

7.1 sammenfatning

Det er ikke nyt, at der i aftaler om entrepriser sker en fravigelse af bestemte vilkår. Dette ses dog ikke altid som noget positivt, og en stor del af AB revisionen både ved AB 92 og AB 18, har netop været pga. det betydelige omfang af fravigelser der har været. Hvis BH vælger at fravige AB 18 § 8 stk. 5 vedrørende direkte krav i udbudsmaterialet, så vil dette som udgangspunkt betyde, at bestemmelsen ikke er gældende i det pågældende aftaleforhold. Som konsekvens vil man blot falde tilbage på almindelige entrepriseretlige regler, hvorefter synspunktet om subrogation og retsbrud vil regulere forholdet. Rettes et direkte krav efter subrogationssynspunktet, så vil det ikke have nogen indflydelse at § 8 stk. 5 er fraveget, idet indførelsen af subrogationssynspunktet i § 8 stk. 5, 1 pkt., blot er en kodificering af allerede gældende ret.

Rettes i stedet et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, vil det have en indflydelse om AB 18 § 8 stk. 5 er fraveget eller ej. Ved vedtagelsen af AB begrænses BH's mulighed væsentlig, idet han udelukkende kan rette kravet hvis UE har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, hvilket sjældent vil være tilfældet. Når BH vælger at fravige bestemmelsen, vil det betyde at han stadig har mulighed for at rette et direkte krav udenfor kontrakt efter de almindelige regler. Dette betyder at BH stadig kan placere ansvaret hos UE når denne har begået professionelle fejl, og dermed ikke skal sidde med risikoen for at have et mangelfuldt byggeri uden noget at rette kravet mod. En fravigelse af § 8 stk. 5, 3 pkt., synes derfor at skabe en bedre retsstilling for BH.

¹¹⁹ Torsten Iversen i: T:BB 2018.398 artikel "om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler"

8. Konklusion

Dette speciale har haft til hensigt at undersøge hvorvidt BH's direkte krav er blevet begrænset ved indførelsen af de nye regler om direkte krav i AB 18 § 8 stk. 4 og 5, ligesom UE's mulighed for at støtte ret på § 8 stk. 5 i aftalen mellem BH og HE, er blevet undersøgt.

Det aftalebaserede direkte krav jf. § 8 stk. 4 er et vilkår som har til hensigt at regulere retstillingen for tredjemand. Det er derfor en forudsætning at tredjemand har forpligtet sig overfor BH, hvilket typisk sker ved at HE laver en særskilt aftale med tredjemand om, at det anerkendes at BH kan rette et direkte krav, i overensstemmelse med § 8 stk. 4. Meningen med § 8 stk. 4 var dog ikke at begrænse BH's mulighed for at rette et direkte krav efter almindelige regler, hvorfor en manglende anerkendelse fra tredjemand, ikke vil forhindre BH i at rette hans krav efter almindelige regler om direkte krav. AB 18 § 8 stk. 4 er dermed *ikke* nogen begrænsning for BH's adgang til at rette et direkte krav.

De ulovfæstede regler om direkte krav er ved indførelsen af AB 18 § 8 stk. 5 forsøgt reguleret ved aftale. § 8 stk. 5, 1 pkt. indeholder subrogationssynspunktet hvorefter BH forpligter sig til at være underlagt begrænsninger og indsigelser i alle aftaleled. Dette er dog også tilfældet når der rettes et direkte krav efter de almindelige regler, hvorfor det kan konkluderes at 1 pkt. i § 8 stk. 5 er en kodificering af allerede gældende ret. Indførelsen af AB § 8 stk. 5, 1 pkt. ændrer derved ikke på BH's adgang til at gøre et direkte krav gældende når der er tale om subrogation. Dette betyder dog ikke at der ikke er sket en ændring. AB 18 § 8 stk. 5, 3 pkt. slår fast at BH giver afkald på et direkte krav udenfor kontrakt, medmindre der er handlet forsættligt eller groft uagtsomt hvilket er en ansvarsbegrænsning som forudsætter en aftale. En sådan aftale er som udgangspunkt kun gældende *inter-partes*. Som en undtagelse til dette blev det slået fast at, når AB 18 er vedtaget i samtlige led, så kan UE støtte ret på klausulen, idet der er tale om enslydende klausuler i begge aftaleled, hvilket begrænser BH's direkte krav.

Problemet er dog når AB *ikke* er vedtaget i alle led. Den part som ønsker at støtte ret på § 8 stk. 5, 3 pkt, er UE, men hvis UE og HE ikke har vedtaget AB 18, har UE ikke nogen aftale at støtte ret på. § 8 stk. 5 indeholder dog et tredjemandsløfte, hvorpå UE

måske kan støtte ret og dermed begrænse BH's direkte krav. Det blev dog slået fast at tredjemandsløftet er et udtryk for et generelt afkald, hvilket er beskyttelsespræceptivt, idet konsekvensen af et sådant afkald er umuligt at forudse. Et sådant afkald er ugyldigt, og eftersom ugyldighedsreglerne er et udtryk for præceptiv lovgivning, kan disse ikke tilsidesættes i en aftale. Dette betyder dermed at UE ikke kan støtte ret på tredjemandsløftet i § 8 stk. 5, 3 pkt. Derudover blev det slået fast, at bestemmelsen ikke kan få afsmittende effekt på aftaleforholdet mellem HE og UE idet § 8 stk. 5, 3 pkt, *ikke* er et udtryk for udfyldende entrepriseretlige regler. Det faktum, at der er stor sammenhæng mellem kontrakterne kan ikke ændre på dette, idet en sådan retstilstand ville stride imod almindelige obligationsretlige grundsætninger. UE kan dermed *ikke* støtte ret på § 8 stk. 5, 3 pkt. ved at påberåbe sig AB som værende de udfyldende regler.

Samtidig blev det konstateret at AB 18 § 8 stk. 5 ikke er gældende såfremt BH fraviger den i udbudsmaterialet. Almindelige entrepriseretlige regler om direkte krav vil i stedet regulere forholdet. En fravigelse har ingen indflydelse, hvis kravet rettes efter subrogationssynspunktet, idet indførelsen af § 8 stk. 5, 1 pkt., blot er en kodificering af allerede gældende ret. Derimod vil det have en indflydelse såfremt kravet rettes efter retsbrudssynspunktet. Når AB vedtages i alle led, kan BH kun rette et krav udenfor kontrakt hvis UE har handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Når BH fraviger bestemmelsen, kan han stadig rette et direkte krav udenfor kontrakt efter de almindelige regler. Dette betyder at BH kan placere ansvaret hos UE når denne har begået professionelle fejl, og dermed undgå risikoen for at have et mangelfuldt byggeri uden nogen at rette kravet mod.

Det kan dermed konkluderes BH's direkte krav ikke begrænses medmindre AB er vedtaget i samtlige led. Det kan samtidig konkluderes at UE ikke kan støtte ret på en aftaleklausul som indgår i aftalegrundlaget mellem BH og HE, idet tredjemandsløftet ikke tildeler UE en sådan ret, ligesom AB ikke har nogen afsmittende effekt på aftalen mellem HE og UE.

9. Litteratur- og domsliste

Litteraturliste:

- Andersen, Lennart Lynge & Madsen, Palle Bo - Aftaler og mellemmand, 4 udgave 2001
- Bryde Andersen, Mads & Lookofsky Joseph - Lærebog i obligationsret I, 4 udgave 2015
- Gomard, Bernhard & Viggo Godsk, Hans & Ørgaard, Anders - Almindelig kontraktsret, 4 udgave 2012
- Hansen, Ole i Torsten Iversen (red.) - Festskrift til det danske selskab for byggeret (2009)
- Hørlyck, Erik - Entrepriseret – AB kommenteret, 7 Udgave, 2014
- Hørlyck, Erik - Entrepriseret - AB 18 med kommentarer, 8 udgave, 2019
- Munk Hansen, Carsten - Retsvidenskabsteori, 1 udgave 2014
- Munk Hansen, Carsten - Fast ejendom, 2 udgave 2015
- Iversen, Torsten - Entrepriseretten 1 udgave 2017
- Vagner, Hans Henrik – Entrepriseret, 2 udgave, 1993
- Vagner, Hans Henrik - Entrepriseret, 4 udgave v. Torsten Iversen
- Ulfbeck, Vibe - Kontraktens relativitet, 1 udgave 2000.

Love, Betænkninger og vejledninger:

- Aftaleloven
- AB Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72
- AB betænkning nr. 1570, 2018, Kap A1
- Karnovs noter, AB 18 kommentar nr. 60 til § 8 stk. 4
- Karnovs noter, AB 18 kommentar nr. 61 § 8, stk. 5

Artikler:

- *U 1988B.43 af Erik Hørlyck "forældelse af entreprenøransvar"*
- *U1988B.129 af Irene Wittrup - "Forældelse af entreprenøransvar ved springende regres"*
- *U 1996B.124 af John Adamsen - "er retsbrudssynspunktet en farbar vej?"*
- *U 1998B.129 af Irene Wittrup - "forældelse af entreprenøransvar ved springende regres"*

- *U 2006B.173 af Hans Henrik Edlund - "direkte krav i de seneste års retspraksis"*
- *U.2013B.129 af Allan Kvist-Kristensen & Henrik Rise Jensen - "Direkte krav efter U 2012.2255H"*
- *U 2017B.105 af Aqbal Amiri & Theis Jacobsen – "retsstillingen mellem A og C ved direkte deliktskrav – om kontraktsprægede direkte deliktskrav. En kommentar til U 2014.2042H"*
- *T:BB 2018.299 af Erik Hørlyck - "En reform med respekt for fortiden"*
- *T:BB 2018.373 af Anders Vestergaard Buch, "mangler i høringsudkastet til AB 18"*
- *T:BB 2018.380 Af Peter Wengler-Jørgensen og Frederik Lenskjold Olsen - "AB 18 § 8 stk. 4, og ABR 18 § 7 stk. 4 - direkte krav inden for det nye AB-system".*
- *T:BB 2018.398 af Torsten Iversen i: "om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler."*

Domme:

- *T:BB 1998.16 VLD*
- *T:BB 2000.450 VBA*
- *T:BB 2003.302 VLD*
- *T:BB 2008.322 VBA*
- *T:BB 2010.125 VLD*
- *T:BB 2010.365 VLD*
- *T:BB 2014.531 VBA*
- *T:BB 2017.557 VBA*
- *U. 2004.115 H*
- *U. 2012.2255 H*
- *U.2014.2042 H*
- *KFE 1983.274 VBA*

Aftaledokumenter:

- *AB 18, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge og anlægsvirksomhed*

Ordoptælling

Statistik:

Sider	65
Ord	22.758
Tegn (uden mellemrum)	118.838
Tegn (med mellemrum)	141.477
Afsnit	278
Linjer	1.964

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk