

DIREKTE KRAV I ENTREPRISE

Direct claims in construction law

Forfatter: Ingi Kárason Midjord
Studienr.: 2015 5541

Vejleder: Carsten Munk Hansen

1. Indledning	2
1.1 Introduktion til emnet	2
1.2 Problemformulering	3
1.3 Anvendte forkortelser og hvordan praksis inddrages	4
1.4 Metodeafsnit	5
1.5 Emneafgrænsning	7
2. Det entrepriseretlige direkte krav	7
2.1 Indledende bemærkninger om entrepriseretlige retskilder	7
2.2 Relativitetsprincippet som udgangspunkt	10
2.3 Baggrunden for ændringen af direkte krav i AB 18	13
3. Direkte krav efter subrogationssynspunktet	15
3.1 Det teoretiske udgangspunkt	16
3.1.2 Subrogationssynspunktet i dansk ret	17
3.2 AB 18 § 8, stk. 4 - Det aftalebaserede direkte krav	21
3.2.1 Ændringen i AB 18 § 8, stk. 4 samt betydningen for anvendelsen	21
3.2.2 Virkningen af AB 18 § 8, stk. 4	25
3.3 AB 18 § 8, stk. 5 – Den entrepriseretlige regulering af subrogation	27
3.3.2 Virkning af AB 18 § 8, stk. 5, 1. pkt.	28
3.3.3 Fravigelse af vilkåret i udbudsmaterialet	30
3.5 Sammenfattende	31
4. Direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet	32
4.1 Begreb og konsekvenser	32
4.2 Retsstillingen ved direkte deliktkrav i entreprisesager før AB 18	36
4.2.1: U1995.484H	36
4.2.2: U2004.114H	38
4.2.3: U.2010.365V	41
4.2.4: U.2012.2255H	42
4.2.5: TBB 2014.531 VBA	44
4.2.6 Sammenfattende om retsstillingen i praksis	46
4.3 Baggrund og virkning for AB 18 § 8, stk. 5, 3. og 4. pkt.	48
5. Konklusion	52
6. Abstract	54
7. Litteratur- og domsliste	55

1. Indledning

1.1 Introduktion til emnet

I dansk ret gælder der særligt to principper, der er grundlæggende for vores anskuelse af aftale- og kontraktretten. Det er principperne om *partsautonomi* og *aftalers relativitet*. Princippet om partsautonomi betegner den frihed, der eksisterer, til at indgå i en kontrakt samt at afgøre indholdet heraf – om det så er en fastlæggelse af de respektive ydelser, parternes misligholdelsesbeføjelser eller ansvarsbegrænsninger, så er det parternes ret at fastlægge disse vilkår¹. Dernæst eksisterer princippet om *kontrakters relativitet*, der regulerer grænserne for en aftales retsvirkninger og det altovervejende udgangspunkt, at en kontrakt kun har retsvirkninger for de kontraherende parter, *inter partes*.

Disse principper er med til at skabe en forudsigelighed i dansk ret, samt i samfundet generelt. Denne forudsigelighed er bl.a. afgørende for aktørerne i byggebranchen, hvor entreprenører foretager en konkret risikovurdering i hver byggesag, hvori man inddrager sandsynligheden for at blive mødt med et eventuelt mangelkrav². En kontrakt med en fagentreprenør vil derfor være relativt billig sammenholdt med en kontrakt med en totalentreprenør, da totalentreprenøren overfor bygherren hæfter for hele byggeriet og samtlige underentreprenørers arbejde.

En undtagelse til relativitetsprincippet er *det direkte krav*, der er en tilladelse til at rette et krav *direkte* mod sin kontrahents medkontrahent. Sådant et direkte krav kan i entrepriseretlige situationer se således ud:

¹ Gomard, Bernhard, Almindelig kontraktsret, 5. udg., s. 18.

² Dianati, Peter og Repurth Jeppe, 2016, *BYGGEJURA: Direkte krav - erstatning uden om aftaleforhold?*, www.licitationen.dk. Hentet: 10.3.2020.



Figur 1³ - Det direkte krav.

I enkelte tilfælde kan tilladelse af et direkte krav medføre, at ansvarsbegrænsninger i en aftale, f.eks. imellem en entreprenør og en underentreprenør, bliver illusoriske og uden betydning⁴. Bliver disse ansvarsbegrænsninger tilsidesat, kan dette medføre, at en underentreprenør bliver mødt med et krav fra bygherren, som ved aftaleindgåelse var uforudsigeligt. Denne afhandling vil forsøge at klarlægge adgangen til at rette et direkte krav indenfor entrepriseretten samt at undersøge, om de nye AB 18-vilkår vil påvirke retstilstanden på området.

1.2 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, hvordan retsstillingen ved et direkte krav indenfor entrepriseretten er, samt om muligheden for at rette et direkte krav er blevet begrænset ved indførelsen af AB 18 § 8, stk. 4 og 5.

³ Egen figur.

⁴ Wengler-Jørgensen, Peter og Olsen, Frederik Lenskjold, T:BB2018.380, Direkte krav inden for det nye AB-system.

I denne forbindelse vil der blive foretaget en beskrivelse af de teorier, der anses for anerkendte i dansk ret, værende henholdsvis subrogations- og retsbrudssynspunktet. Der vil endvidere blive foretaget en analyse af retspraksis på området, i et forsøg på at undersøge retsstillingen ved det direkte krav samt betingelserne for at indrømme et direkte krav udenfor kontrakt. Herefter vil de nye AB-vilkår inddrages som et led i en undersøgelse af, om de nye bestemmelser vedrørende det direkte krav, værende AB 18 § 8, stk.4 og 5, ændrer den hidtidige retsstilling på området.

1.3 Anvendte forkortelser og hvordan praksis inddrages

I denne afhandling anvendes begrebet *direkte krav* som et udtryk for, hvad i øvrig obligationsretlig teori er blevet betegnet som "springende regres". Med hensyn til fremstillingens overskuelighed anvendes termen "underentreprenør" i overvejende grad om den, der fremsættes et direkte krav overfor. Det skal derfor her indledningsvis bemærkes, at denne term også omfatter eventuelle leverandører og tekniske rådgivere.

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

BH (A) = Bygherre

HE (B) = Hovedentreprenør

UE (C) = Underentreprenør

ML = Materialeleverandør

UL = Underleverandør

R = Rådgiver

UR = Underrådgiver

VR = Voldgiftsret

BR = Byret

LR = Landsret

HR = Højesteret

Domstolsafgørelser og voldgiftsafgørelser anvendes kun i et omfang, hvor disse anses som værende relevante for problemstillingen, der ønskes belyst. Praksis fra det entrepriseretlige område vil i overvejende grad blive anvendt.

Teorierne vedrørende det direkte krav i køb og salg af fast ejendom ses i det væsentligste overført til entrepriseretten, hvor henholdsvis subrogations- og retsbrudssynspunktet ses som værende anvendt⁵⁶. På baggrund heraf vil praksis vedrørende køb og salg af fast ejendom i enkelte tilfælde inddrages til en belysning af de generelle træk ved de enkelte teorier.

1.4 Metodeafsnit

Formålet med dette kandidatspeciale er at undersøge gældende ret vedrørende adgangen til at rette et direkte krav indenfor entrepriseretten, hvorfor den retsdogmatiske metode anvendes. Ved retsdogmatisk metode forstås, at der anvendes en metodisk proces, hvorefter retstilstanden fastlægges ved at analysere og beskrive den i samtiden gældende retstilstand⁷.

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. I den forbindelse er det relevant at fremsætte nogle refleksioner vedrørende retskildeværdien af disse.

Praksis indenfor entrepriseretten vil typisk bestå af en blanding af voldgifts- og retspraksis, idet aktørerne på det entrepriseretlige område oftest vedtager AB-vilkårene, der indeholder en voldgiftsklausul⁸. Voldgift er en form for 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 voldgift⁹. Parterne har ikke nogen indflydelse på, hvem der bliver voldgiftsdommer, og processen føres

⁵ Ulfbeck, Vibe, Kontraktens relativitet, 1. udg., s.304.

⁶ Bryde Andersen, Mads og Lookofsky, Joseph, Lærebog i Obligationsret I, 4. udg., s. 447.

⁷ Carsten Munk Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 202.

⁸ Almindelige betingelser, 2018-08-10 nr. 9632 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, § 69.

⁹ Ole Hansen i Torsten Iversen (red.): Festskrift til det danske selskab for byggeret (2009) s. 61 ff.

omtrent på samme måde som ved en almindelig domstol, blot uden offentlighedens frie adgang. Voldgiftsretten består typisk 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. Voldgiftsafgørelser anses derfor som havende nøjagtig den samme præjudikatværdi som en afgørelse fra en almindelig domstol¹⁰.

Juridisk litteratur er som udgangspunkt, i retskildelæren, ikke en retskilde. Litteraturen på det entrepriseretlige område er derfor formelt ikke en retskilde og har derfor som udgangspunkt ikke nogen retskildeværdi. Litteraturen ses dog som værende stor kilde til information, hvorfor den kan have indflydelse på praksis. Denne indflydelse ses særligt på de områder, hvor de øvrige retskilder ikke kan bidrage til at klarlægge retsstanden¹¹. Denne indflydelse ses til tider i voldgiftsretternes kendelser, hvor der henvises direkte til litteraturen¹². Litteraturen benyttes derfor i dette speciale som information til at støtte op om 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 det direkte krav. Eftersom disse regler er nye, findes der på nuværende tidspunkt ikke retspraksis vedrørende direkte krav efter AB 18, ligesom litteraturen vedrørende direkte krav efter AB 18 er yderst sparsom.

Dette kan betyde, at der vil være en vis grad af usikkerhed i forhold til vurderingen af den fremtidige retsstilling, eftersom denne vil være et udtryk for forfatterens egne vurderinger.

¹⁰ Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, 1. Udg., s. 60.

¹¹ Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, 1. Udg., s. 50.

¹² Se i denne forbindelse bl.a. TBB 2017.779.

1.5 Emneafgrænsning

I dette kandidatspeciale fokuseres der primært på reglerne vedrørende erstatningskrav udenfor kontrakt i entreprisesager. I det AB-vilkårene hjemler et aftalt direkte krav, undersøges denne mulighed også. Reglerne vedrørende et transporteret krav, udstedelse af garantier, som af senere led kan påberåbes, eller anden særlig lovgivning, som hjemler et direkte krav, holdes udenfor denne afhandling. Entreprenørkontrakter vedrører typisk et formuegode, der har en lang levetid, såsom en fast ejendom eller et anlæg. Disse genstande vil ofte være genstand for gentagne efterfølgende overdragelser, hvorfor et direkte krav fra bygherrer samt efterfølgende erhververe vil inddrages i afhandlingen.

Af hensyn til pladsmangel beskæftiges der ikke med den EU-retlige regulering af direkte krav. Ligesom private handler med fast ejendom, herunder selvbyggere og forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom, i det væsentligste holdes udenfor. Forældelse og div. reklamationsfrister som indsigelse mod et direkte krav holdes udenfor, ligesom reglerne omkring produktansvar også holdes udenfor denne afhandling.

I forhold til den eksisterende teori indenfor retsområdet er forfatteren opmærksom på, at berigelsessynspunktet, Vibe Ulfbecks blandingsteori og det kontraktafhængige retsbrudsansvar også eksisterer. Afhandlingen vil dog være afgrænset til retsbruds- og subrogationssynspunktet, da disse er de eneste teorier, som ses direkte anvendt i praksis indenfor det entrepriseretlige område.

2. Det entrepriseretlige direkte krav

2.1 Indledende bemærkninger om entrepriseretlige retskilder

Entrepriseretten er i realiteten et ulovreguleret område og principielt karakteriseret ved aftalefrihed. I mangel på en aftale reguleres området som udgangspunkt af almindelige deklaratoriske formueretlige regler, i det omfang disse kan benyttes på entreprise, ligesom uskreven ret, dvs. almindelige obligationsretlige grundsætninger, også gælder. Almindelige præceptive formueretlige regler, som f.eks. AFTL § 3 om ugyldighed,

finder naturligvis også anvendelse. Købelovens regler finder ikke anvendelse på entreprisforhold, jf. dennes § 2, stk. 1. Dog vil købeloven til en vis grad kunne anvendes som vejledning, i det omfang reglerne er et udtryk for almindelige obligationsretlige grundsætninger¹³.

Som nævnt 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 for at aftale hvad som helst. Det er dog sædvanligt, at aktørerne indenfor entrepriseretten tiltræder de meget udbredte og anvendte AB-vilkår. AB-betingelserne er "*agreed documents*", hvilket betyder, at der er tale om et sæt standardvilkår, som er vedtaget i enighed mellem byggeriets parter¹⁴, 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 (Hovedstor- og fagentreprise), ABT 18 (Totalentreprise) og ABR 18 (Rådgiveraftale).

Formålet med at vedtage AB-betingelserne er at regulere retsforholdet mellem to parter det være sig bygherren og entreprenøren – for at skabe klarhed om parternes retsforhold. AB-betingelserne skal som udgangspunkt være vedtaget mellem parterne for at kunne regulere retsforholdet, jf. AB 18 § 1, 2 pkt. Dog stilles der i praksis ikke særlig store krav til vedtagelsen af AB mellem professionelle parter, jf. bl.a. *T:BB 2000.450 VBA*, hvor voldgiftsretten kom frem til, at AB 92 var vedtaget stiltiende¹⁵. 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 grundsætninger¹⁶.

Netop fordi AB-betingelserne er baseret på almindelige obligationsretlige grundsætninger, underlægges AB de samme fortolkningsregler som en lov. 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 bl.a. i AB 18 § 1, hvori

¹³ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 54.

¹⁴ AB-betænkning nr. 1570, 2018, s. 6f.

¹⁵ Hørlyck, *Entreprise 7. udgave*, s. 5.

¹⁶ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, s. 55.

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.

I AB 18 § 1, stk. 2 (*identisk med §1 stk. 3 i AB 92*) fremgår det, at AB-betingelserne kun kan fraviges, når dette tydeligt og udtrykkeligt angives i aftalen. Denne bestemmelse er formentlig uden retsvirkning, for selvom AB-dokumenterne fortolkes som en lov, fratager dette ikke deres status som et aftaledokument. Dette betyder, at AB i kraft af sin egenskab som *aftale* bl.a. vil skulle vige for præceptiv lovgivning. Sådanne præceptive regler kan *ikke* fraviges ved forudgående aftale, uanset om disse er angivet klart og tydeligt i aftalen. Dette kunne eksempelvis være DL 5-1-2, hvorefter en aftale ikke må stride imod lov og ærbarhed, eller visse tings- og konkursretlige regler¹⁷.

Andre regler vil være beskyttelsespræceptive, i den forstand at de ikke kan fraviges forud for en given aftale, men godt kan fraviges, *efter* at en konkret tvist er opstået, et *aktualitetskrav* – f.eks. et afkald på at gøre en bestemt regel gældende¹⁸. Sådant et aktualitetskrav ses bl.a. i forbindelse med voldgiftsklausuler i forbrugeraftaler¹⁹. Argumentationen for, at sådan et generelt afkald er beskyttelsespræceptivt, 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 *aktuel* 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 har man indsat en bestemmelse, som har til hensigt at regulere retsstillingen for tredjemand, hvilket umiddelbart strider mod relativitetsprincippet, hvorefter en aftale kun har retsvirkninger *inter partes* (*se nedenfor*). Der er tale om en bestemmelse, som giver BH mulighed for at rette et mangelkrav *direkte* mod en UE

¹⁷ Torsten Iversen i: TBB2018.398, Om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler.

¹⁸ Torsten Iversen i: TBB2018.398, Om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler.

¹⁹ Sådant et aktualitetskrav kan udledes direkte af voldgiftslovens § 7, stk. 2 samt TBB2012.260.

eller UR under nærmere betingelser, jf. AB 18 § 8, stk. 5. En inddragelse af tredjemand på entrepriserettens område er dog ikke helt uden udfordringer.

Der kan være mange forskellige parter involveret i et byggeri (læs: *entreprise*), hvorfor spørgsmålet om adgangen til at rette et direkte krav kan opstå i mange forskellige situationer. Det er helt almindeligt, at en HE helt eller delvist overlader udførelsen af en given opgave, som vedkommende 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, opstår spørgsmålet, om BH (eller senere erhverver) udelukkende kan drage sin kontraktpart til ansvar, eller om kravet i stedet kan rettes direkte mod en tredjepart²⁰. Når BH ønsker at rejse et krav mod sin kontraktparts medkontrahent, som netop ikke er en del af det aftaleforhold, som ydelsen blev præsteret på baggrund af, opstår udfordringerne²¹. 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? Denne problemstilling vil forsøges belyst i det efterfølgende.

2.2 Relativitetsprincippet som udgangspunkt

Når BH rejser et krav mod sin umiddelbare kontraktpart, HE, forudsætter dette, at kravet hviler på en aftale, som i sig selv fortæller, hvornår en given ydelse er kontraktmæssig, samt hjemler, hvornår kravet kan fremsættes, på baggrund af et eventuelt kontraktbrud. 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 kontraktpart, hvilket f.eks. kan være begrundet i BH's kontraktparts 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*²². Helt lavpraktisk betyder det, at en aftale mellem A og B som udgangspunkt ikke kan påberåbes overfor C. For en BH er det derfor ikke uden udfordringer, når han ønsker at rette et krav mod hans kontraktparts medkontrahent.

²⁰ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 296.

²¹ Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4 udg., s. 433.

²² Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4 udg., s. 434.

Som udgangspunkt står det parterne frit for at aftale, hvordan de ønsker at regulere deres egne forhold, men de kan som klar hovedregel ikke bestemme, hvordan retsstillingen er for en udenforstående tredjepart. Tillod man en sådan retstilstand, ville det være en form for kontraheringstvung, hvilket klart ville stride imod individets grundlæggende ret til selvbestemmelse samt princippet om aftalefrihed²³. Såfremt en aftale mellem A og B skal forpligte C, kræver det derfor en særlig hjemmel.

Det faktum, at der skal en del til, før man fraviger relativitetsprincippet, ses bl.a. i dommen *TBB 1998.16V*, hvor rækkevidden af relativitetsprincippet bliver belyst. I den pågældende sag havde en 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 i denne forbindelse, at fordi HE havde erlagt betaling for tegningsmaterialet fra A, 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 tilstrækkeligt 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. Relativitetsprincippet ses også som værende udgangspunktet i nyere retspraksis. Dette kan bl.a. udledes af dommen *TBB2005.79 Ø*. Her havde virksomheden A installeret nogle varmemålere i en udlejningsejendom, der var ejet af B. Ejendommen blev kort tid efter installationen overdraget til ejendomsselskabet C. Der opstod herefter, i forbindelse med udarbejdelse af varmeregnskabet, nogle problemer for C, hvorfor C rettede et erstatningskrav mod A for udgifter til gennemgang og tilretning af varmean-

²³ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 31.

lægget. Landsretten frifandt A og udtalte bl.a.: ”Installationen af varmemålerne i ejendommen fandt sted i henhold til aftale imellem ejendommens tidligere ejer og indstævnte. Appellanten var ikke part i dette kontraktforhold og kan allerede som følge heraf ikkeover for indstævnte støtte ret som følge af eventuelle installationsfejl[...]”. Her fremhæver landsretten klart i sine præmisser, at en aftale imellem A og B kun har retsvirkninger *inter partes*, samt at en udenforstående ikke kan støtte ret herpå.

Der kræves derfor, som nævnt ovenfor, noget særligt, for at man kan fravige princippet om kontraktens relativitet og således forpligte en tredjepart.

Relativitetsprincippet er dog knap så strikt, når der er tale om at skabe *rettigheder* for tredjeparten²⁴. I et vist omfang kan aftaleparterne A og B bestemme retsstillingen for tredjemand (C), såfremt der er tale om en begunstigeelse for C. De hensyn, som normalt ligger til grund for, at to parter ikke skal kunne binde en tredjepart, idet dette ville stride imod individets grundlæggende ret til selvbestemmelse, forsvinder, i takt med at en aftale indeholder vilkår, som udelukkende er til fordel for tredjemand. En sådan ret kan f.eks. 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 A²⁵.

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 kontraktpart fremsætter et krav mod sin kontraktparts medkontrahent, uden 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 (enkelte områder giver dog lovhjemmel til et direkte krav, f.eks. på forsikringsområdet). På trods af at der ikke findes udtrykkelig hjemmel, har man i retspraksis modificeret udgangspunktet om aftalers relativitet, hvor hjemlen til et direkte krav er fundet i almene formueretlige betragtninger²⁶.

²⁴ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4. udg., s. 434.

²⁵ Lennart Lyngge Andersen & Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemænd, 4. udg., s. 352.

²⁶ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4. udg., s. 436.

Rets- og voldgiftspraksis er gennem en længere årrække kommet frem til to selvstændige synspunkter, *subrogations-* og *retsbrudssynspunktet*, som kan begrunde og tillade et direkte krav²⁷. Adgangen til at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet vil blive gennemgået i kapitel 3, og adgangen til at rette et direkte krav efter retsbrudssynspunktet vil blive gennemgået i kapitel 4.

2.3 Baggrunden for ændringen af direkte krav i AB 18

De almindelige betingelser for arbejder og leverancer (AB) opstod oprindeligt 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 gentagne gange, bl.a. i 1951, 1972, 1992 og nu senest i 2018²⁸. 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 imødekommelse af branchens udvikling også i fremtiden [...]”*²⁹.

I den nyeste revision har man harmoniseret regelsættene AB 18, ABR 18 og ABT 18 i et forsøg på at lette samarbejdet mellem de forskellige aktører i byggerierne³⁰. Og denne harmonisering ses også som værende i forhold til det direkte krav, hvor man har anvendt den samme ordlyd i de respektive bestemmelser, med undtagelse af betegnelsen af de respektive aktører, værende henholdsvis rådgiver og entreprenør³¹.

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

²⁷ Der findes også andre synspunkter, som primært er taget op i litteraturen, f.eks. det kontraktsafhængige retsbrudssynspunkt, berigelsessynspunktet og Vibe Ulfbecks nye teori. Disse ses dog ikke anvendt i retspraksis, hvorfor dette kandidatspeciale fokuserer på subrogations- og retsbrudssynspunktet.

²⁸ AB-betænkning nr. 1570, 2018, kap A1.

²⁹ AB-betænkning nr. 1570, 2018, kap A2.

³⁰ AB-betænkning nr. 1570, 2018, s. 228.

³¹ Bestemmelserne om direkte krav i ABR 18 findes i § 7, stk. 4 og 5.

vælge, hvilket sprog de ønsker at indgå aftalen på. Den nye tekst i AB 18 er ganske vist bedre formuleret, men ændrer dog ikke væsentligt på retsstillingen, idet mange af de nye regler blot er en kodificering af allerede gældende ret³². Én af de mere markante ændringer ses dog i reglerne vedrørende adgangen til at rette et direkte krav. AB 92 § 5, stk. 5 vedrørende direkte krav er netop én af de bestemmelser, som 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 medført, at værdien af sådanne ansvarsbegrænsninger er blevet illusorisk. Dette har givet anledning til stor undren og frustration indenfor byggebranchens aktører, eftersom forudsigeligheden forsvinder, i takt med at parternes risikovurderinger og deraf følgende aftalte ansvarsbegrænsninger tilsidesættes³³.

Denne usikkerhed i branchen er bl.a. blevet realiseret i T:BB 2014.531VBA (behandlet i kap. 4). Her blev det tilladt BH at rette et direkte krav mod UR, uanset at der var aftalt ansvarsbegrænsninger i forholdet imellem BH og E, imellem E og PR samt i aftaleforholdet imellem PR og UR.

I AB-betænkningen nr. 1570 2018 læner man sig bl.a. op ad netop TBB2014.531VBA 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 ville skabe klarhed over parternes retsstilling i forhold til både adgangen til at rette et direkte krav og adgangen til at påberåbe sig aftalte ansvarsbegrænsninger³⁴. 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, og kommer usikkerheden omkring det direkte krav til livs.

³²Hørlyck, Erik, T:BB 2018.299, En reform med respekt for fortiden.

³³ Muff, Steffen Hebsgaard, 2017, *Kan AB-udvalget komme direkte krav til livs?*, www.njordlaw.com. Hentet: 10.3.2020.

³⁴ AB betænkning nr. 1570 2018, kap C2, s. 81.

3. Direkte krav efter subrogationssynspunktet

Som anført i kapitel 2 er relativitetsprincippet det altovervejende udgangspunkt i dansk ret. Et af de i retspraksis skabte undtagelser er det direkte krav efter subrogationssynspunktet, hvilket kan give en bygherre mulighed for at indtræde i en entreprenørs krav mod en eventuel underentreprenør.

Denne form for direkte krav er blandt teoretikere også blevet betegnet som *indtrædelsessynspunktet* og *cessionssynspunktet*³⁵. Det ses fremsat i teorien bl.a. af Vibe Ulfbeck, at begrebet *cession* ikke er velvalgt, da det stammer fra det latinske begreb "*cessio*", hvilket reelt betyder *overdragelse*³⁶. I denne afhandling anvendes begrebet *subrogation*, da det er forfatterens opfattelse, at udtrykket giver en bedre repræsentation af denne teori. Både *cession*, *indtrædelses-* og *subrogationssynspunktet* er dog betegnelser for samme situation, navnlig; erstatning indenfor kontrakt³⁷.

Nyere praksis vedrørende direkte krav på det entrepriseretlige område har ført til udfordringer vedrørende muligheden for at gøre ansvarsbegrænsninger gældende mellem de forskellige aftaleled. Dette har ved revideringen af AB92 ført til indførelsen af AB 18 § 8, stk. 5, hvor man har forsøgt at regulere bygherrens mulighed for at rette et direkte krav i entreprise. Denne regulering ses bl.a. at bære præg af subrogationssynspunktet.

Kapitlet vil derfor indledes med en redegørelse af den teoretiske baggrund for subrogationssynspunktet (*pkt. 3.1*). Herefter behandles det "legale" subrogationssynspunkt i dansk ret samt praksis herpå (*pkt. 3.2*). Sidenhen inddrages en entrepriseretlig regulering, hvor det aftalebaserede direkte krav i AB 18 § 8, stk. 4 indledningsvis vil blive behandlet (*pkt. 3.3*). Sluttelig vil AB 18 § 8, stk. 5, 1. pkt. blive inddraget, og en vurdering af den fremtidige retsstilling af det direkte krav efter subrogationssynspunktet indenfor det entrepriseretlige område vil blive foretaget (*pkt. 3.4*).

³⁵ Munk Hansen, Carsten, Fast Ejendom I, 2. udg., s. 424.

³⁶ Ulfbeck, Vibe, Kontraktens Relativitet, 1. udg., s. 172.

³⁷ Munk Hansen, Carsten, Fast Ejendom I, 2. udg. s. 424.

3.1 Det teoretiske udgangspunkt

Subrogationssynspunktet ses først fremsat i dansk ret af A.S Ørsted. Ørsteds fremsatte teori handlede om, at misligholdelsesbeføjelser var et tilbehør til den ydelse, der blev overdraget, samt at disse rettigheder automatisk blev overført til senere led i kontraktkæden³⁸. Teorien åbnede op for, at et senere led i aftalekæden kunne indtræde i et tidligere ledes krav mod hjemmelsmanden, da rettigheder og byrder fulgte ydelsen, samt at den indtrædende part ikke ville få en bedre ret end sin hjemmelsmand³⁹. Ørsteds teori ses tiltrådt af senere teoretikere og anses for at være en af de måder, man anskuer direkte krav på.⁴⁰

I nyere tid kan der dog ses modifikationer i forhold til den oprindelige teori, vedrørende hvornår der foreligger en ret til at subrogere.

Her fremføres bl.a. af Grette, at der skal foreligge en misligholdelse i aftaleforholdet imellem A og B, der forårsager, at B misligholder sit aftaleforhold med C, altså at der skal foreligge samme mangel i samtlige kontraktled⁴¹. Carsten Munk Hansen anfører, at der skal foreligge en *ubrudt regreskæde*, ved hvilket der menes, at der må ikke foreligge kontraktuelle begrænsninger i aftalekæden, som f.eks. gyldige ansvarsbegrænsninger eller for sen reklamation⁴². Nyere teoretikere ses også at have tiltrådt subrogationssynspunktet. Der er bl.a. fremført af Jesper Windahl, at et direkte krav begrundet i subrogation ikke har givet anledning til særlige problemer i praksis eller teori⁴³. Dette synspunkt ses også blandt forfattere indenfor den entrepriseretlige teori. Her har Vagner udtalt sig om subrogationssynspunktet, at en underentreprenør ikke vil have nogen beskyttelsesværdig interesse i ikke at blive mødt af et direkte krav efter subrogationssynspunktet. Vagner begrundet dette ved, at en underentreprenørs forpligtelser ikke vil blive forøget, da ansvarsbegrænsninger og samtlige andre kontraktvilkår vil indgå i vurderingen af kravet⁴⁴. Torsten Iversen har også anerkendt en tillidelse til at subrogere i tidligere krav og har i den forbindelse anført, at “[...] *det (er) relativt ubetænkeligt at anerkende, at en bygherre får medhold i et afledet krav mod*

³⁸ Ulfbeck, Vibe, *Kontraktens Relativitet*, 1. udg., s. 169.

³⁹ Vinding Kruse, Anders, *Ejendoms køb*, 6. udg., s. 296.

⁴⁰ Munk Hansen, Carsten, *Fast Ejendom I*, 2. udg., s. 425.

⁴¹ Ulfbeck, Vibe, *Kontraktens Relativitet*, 1. Udg., s. 172.

⁴² Munk Hansen, Carsten, *Fast Ejendom I*, 2. udg., s. 424.

⁴³ Windahl, Jesper, U.2001B.242, *Direkte krav og forumklausuler*.

⁴⁴ Vagner, Hans Henrik Vagner, *Entrepriseret*, 2. udg., s. 201.

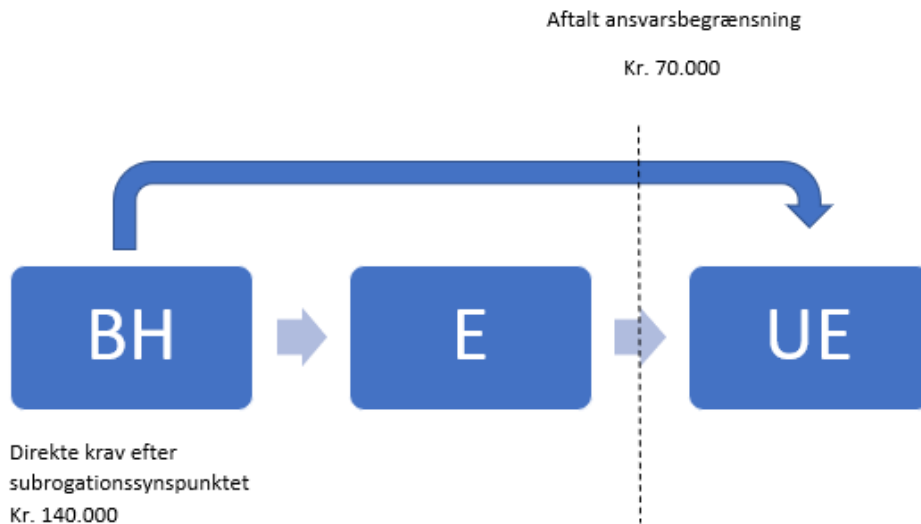
*en underentreprenør, hvis det lægges til grund, at bygherren har et krav mod hovedentreprenøren, og at underentreprenøren ville kunne mødes med et krav af samme størrelse fra hovedentreprenøren*⁴⁵. Der ses derfor en vis enighed indenfor den formueretlige teori om, at der eksisterer en ret til at subrogere, men at der foreligger nogle krav for at tillade denne indtræden.

3.1.2 Subrogationssynspunktet i dansk ret

Et direkte krav efter subrogationssynspunktet går i sin kerne ud på, at bygherren, uden aftale, får mulighed for at indtræde i entreprenørens krav mod den misligholdende underentreprenør. Et krav efter subrogationssynspunktet er derfor ikke et selvstændigt krav, men rettes igennem tidligere kontraktled. Siden et krav efter subrogationssynspunktet afledes af de tidligere kontraktled, vil den økonomiske kompensation aldrig kunne overstige, hvad de tidligere kontraktled kunne gøre gældende⁴⁶. Sådan en begrænsning kan illustreres med følgende figur:

⁴⁵ Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, 1. udg., s. 712.

⁴⁶ Munk Hansen, Carsten, *Fast ejendom I*, 2. udg. s.424.



Figur 2⁴⁷ - Direkte krav efter subrogationssynspunktet.

Her har BH rettet et direkte krav efter subrogationssynspunktet pålydende kr. 140.000 mod UE. Der er dog en aftalt ansvarsbegrænsning i aftaleforholdet mellem E og UE pålydende kr. 70.000. BH's krav vil derfor være begrænset til kr. 70.000.

For at et direkte krav kan rettes efter subrogationssynspunktet, kræves der som udgangspunkt, at der foreligger en "ubrudt kontraktkæde", samt at der foreligger et tab⁴⁸. Der stilles derfor ikke særlige ansvarsbetingelser for at rette et krav efter subrogationssynspunktet, men blot at der foreligger et tab eller en værdiforringende mangel⁴⁹. Sådan en mangel forelå bl.a. i landsrettens dom *TBB2003.302V*:

I 1988 indgik byggefirmaet BH en aftale med entreprenør E om, at E som hovedentreprenør skulle opføre 15 andelsboliger. AB 72 blev indgået i aftaleforholdet imellem BH og E. Byggeriet var færdigbygget og blev i november 1989 overdraget til andelsboligforeningen (A). Der blev konstateret diverse mangler i foråret 1993. I forlængelse af konstateringen af manglerne anbefalede Byggeskadefonden, at der blev reklameret over disse mangler. A anlagde derfor sag mod BH og E, E adciterede UE. Retten udtalte om forholdet imellem BH og E: "*Da det efter bevisførelsen må lægges til grund,*

⁴⁷ Egen figur.

⁴⁸ Munk Hansen, Carsten, *Fast Ejendom I*, 2. udg., s. 424.

⁴⁹ Munk Hansen, Carsten, *Fast ejendom I*, 2. udg., s. 425.

at de konstaterede mangler ved byggeriet skyldes udførelsesfejl, er E som udgangspunkt ansvarlig for manglerne og hæfter derfor i det indbyrdes forhold mellem BH og E for disse". Her ses retten indledende konstatere, at der er tale om mangler i forholdet imellem BH og E, samt at E hæfter for disse fejl.

Retten går herefter ind og tager stilling til BH's solvens: *"A/S Peter Nielsen har under sagen erkendt at være insolvent".* Og anfører endvidere: *"Overfor disse oplysninger er det ikke ved bevisførelsen i øvrigt godtgjort, at A/S Peter Nielsen alligevel skulle være solvent".* Her ses retten i sin vurdering af, om det direkte krav skal tillades, direkte at anføre BH's insolvens som et afgørende hensyn, da det resulterer i, at A ikke kan realisere sit mangelkrav mod BH. Retten udtaler sluttelig: *"Som følge heraf og da E er ansvarlig for de konstaterede mangler ved andelsboligerne, finder landsretten, at A kan indtræde i BH's krav (fremhævet her) over for E, som således hæfter solidarisk med BH".*

Kerneelementer ved subrogationssynspunktet kan udledes af dommen, da retten anfører i sine præmisser, at E uden at have udvist culpøs adfærd er ansvarlig for værdiforringende mangler, samt at disse kan gøres gældende i samtlige aftaleled. Rettens tilladelse til A at subrogere i BH's krav ved anvendelse af udtrykket *"indtræde"*, samt de manglende kontraktforhold mellem A og E, kan ikke tolkes på anden vis, end at subrogationssynspunktet tillades som en undtagelse til relativitetsprincippet. Dommen ses derfor som værende et godt eksempel på, at der i retspraksis anerkendes et direkte krav efter subrogationssynspunktet.

Udover tabskravet kræves der også en ubrudt kontraktkæde. Ved en ubrudt kontraktkæde menes, at kravet skal kunne gøres gældende i samtlige kontraktled. Såfremt et eventuelt krav er bortfaldet grundet forældelse eller manglende reklamation i det tidligere kontraktled, vil der navnlig ikke være noget at indtræde i.

Situationen kan eksemplificeres ved voldgiftsrettens kendelse *TBB 2017.557*:

Sagen omhandlede et developerfirma, BH, som i 2005-2006 lod et ejerlejlighedsbyggeri opføre af entreprenørerne E1-E4 samt rådgiveren R. AB 92 var vedtaget mellem parterne. Efter færdiggørelsen blev byggeriet overtaget af ejerforeningen (EF). Der

blev ved femårgennemgangen i 2011 konstateret en række mangler, hvorfor EF anlagde sag. Mangelsagen 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 subrogationssynspunktet.

Voldgiftsretten begrundede frifindelsen efter subrogationssynspunktet med, at kravet der først var anlagt ved de almindelige domstole, ikke afbrød forældelsesfristen, da EF's krav efter indtrædelsessynspunktet var afledt af kontraktforholdet mellem E og BH, hvori en voldgiftsklausul var tiltrådt. EF var derfor også bundet af voldgiftsklausulen, hvorfor kravet var forældet.

Som det illustreres af kendelsen, afledes EF's krav af aftaleforholdet mellem BH og E. Aftalevilkårene AB 92 var anvendt i aftaleforholdet mellem BH og E1-E4, hvilket indebærer, at parterne også var bundet af voldgiftsklausulen, der fremgår af AB 92 § 47.

Voldgiftsretten begrundede sin afgørelse ved, at siden EF's krav var afledt af aftaleforholdet imellem de indstævnte, skulle voldgiftsklausulen respekteres, hvorfor kravet blev begrænset, i den forstand at det udelukkende kunne fremsættes ved voldgift. Sagens anlæggelse ved domstolene havde derfor ikke opsættende virkning og afbrød ikke forældelsesfristerne, hvorfor kravet var forældet. På baggrund af denne forældelse var kontraktkæden brudt.

Siden EF's krav efter subrogationssynspunktet var afledt af de tidligere kontraktled, ansås denne som værende indtrådt i BH's rettigheder, både i processuel og materiel henseende. EF ville derfor ved en indtræden i BH's krav også indtræde i dennes kontraktuelle forpligtelser – heriblandt voldgiftsklausulen i AB 92. Kendelsen er derfor en god illustration af, at der i nyere praksis foreligger et krav om en ubrudt kontraktkæde, samt at et krav efter subrogationssynspunktet vil være direkte afledt af de tidligere kontraktled, både i henhold til kontraktuelle rettigheder og forpligtelser.

De ovenfor anførte domme er med til at illustrere, at der i dansk ret eksisterer en ret til at foretage et direkte krav efter subrogationssynspunktet, og at alle kontraktled samt disses eventuelle begrænsninger skal inddrages, når der rettes sådan et krav. Denne inddragelse af tidligere kontraktled, både med hensyn til den økonomiske begræns-

ning af kravet, samt inddragelsen af øvrige vilkår, kan anses som et hensyn til retssikkerheden, da samtlige kontraktled skal vurderes som led i det direkte krav⁵⁰. Dette vil give en bedre forudsigelighed i forhold til den økonomiske risiko, der ligger i et givet arbejde for en entreprenør eller underentreprenør. Der er derfor indenfor entrepriseretten taget stilling til retten til at subrogere, hvorfor der er indført bestemmelser herom i AB-vilkårene. Disse bestemmelser vil derfor blive behandlet i det følgende.

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

3.2.1 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 subrogationssynspunktet⁵¹. 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"⁵². 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 ikke kan forefindes og eksempelvis er gået konkurs.

En af de gennemgående situationer, der er anvendt som begrundelse for at tillade et direkte krav, er mellemleddets eventuelle konkurs, hvilket bl.a. ses i landsrettens dom

⁵⁰ Munk Hansen, Carsten, Fast ejendom I, 2. udg., s. 425.

⁵¹ Wittrup, Irene, U1988B.129, Forældelse af entreprenøransvar ved springende regres. s. 1.

⁵² Ulfbeck, Vibe, Kontraktens relativitet, 1. udg., s. 308.

TBB2003.302, der er behandlet ovenfor, samt i voldgiftsrettens kendelse TBB2008.322, der behandles nedenfor. Ved indtrædelse af konkurs hos E vil der udover BH også være andre kreditorer med et krav i det eventuelle konkursbo. Holder man sig strengt til relativitetsprincippet samt hensynet til de øvrige kreditorer, ville BH være nødsaget til at anmelde sit krav i boet for derefter at få udbetalt en eventuel dividende af sit simple krav i E's konkursbo i overensstemmelse med princippet om kreditorers ligestilling. En indtræden fra BH vil derfor give BH en separatist-lignende status, da hans direkte krav vil gå uden om konkursordenen. Man vil derfor i forbindelse med et eventuelt direkte krav være nødsaget til at sætte hensynet til entreprenørens kreditorer op imod hensynet til BH's interesse i, at han bliver stillet kontraktmæssigt i forhold til den aktuelle kontrakt. Her vil kreditorerne kunne have en interesse i at modsætte sig kravet med det synspunkt, at BH blot vil skulle have udbetalt dividende, samtidig med at konkursboet herefter kan rette det fulde krav mod underentreprenøren og herefter opnå en nettogevinst⁵³. Hensynet til bygherres interesse i at blive stillet kontraktmæssigt ses både i teori og praksis at blive prioriteret frem for konkursboets interesse i at få en nettogevinst⁵⁴.

I forhold til anden del af bestemmelsen fremgår det af overvejelserne til § 5, stk. 5 i betænkningen til AB 92, 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*"⁵⁵. 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 underentreprenøren⁵⁶. Der er altså tale om et aftalebaseret direkte krav.

AB 92 § 5, stk. 5 er bl.a. set anvendt i voldgiftsrettens kendelse TBB2008.322:

I denne sag anlagde Byggeskadefonden (BF) sag mod hovedentreprenør (HE), underentreprenør (UE) og rådgiver (R) med krav om afhjælpningsomkostninger til om-

⁵³ Munk Hansen, Carsten, Fast ejendom I, 2. udg., s. 421.

⁵⁴ Munk Hansen, Carsten, Fast ejendom I, 2. udg., s. 421.

⁵⁵ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 68.

⁵⁶ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB72, s. 68.

lægningen 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 bl.a.: *“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 kontraktpart hæfter for UE's mangelfulde arbejde overfor 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, overfor Byggeskadefonden ansvarlig for den del af arbejdet, som selskabet har udført [...]”*.

Her kan betingelserne i § 5, stk. 5 udledes direkte af voldgiftsrettens præmis, idet man tillader et direkte krav, netop fordi kravet *ikke* kan rettes mod HE, da denne er gået konkurs, og fordi UE er ansvarlig for det arbejde, han selv har lavet, må han hæfte for den del af hans ydelse, der er mangelfuld.

§ 5, stk. 5 i AB 92 blev ved revisionen af AB i 2018, ændret til § 8, stk. 4. Det fremgår af betænkningen til § 8 stk. 4, at bestemmelsen svarer til ordlyden af AB 92 § 5, stk. 5⁵⁷. Selvom AB 18 § 8, stk. 4 svarer til § 5, stk. 5 i AB 92, er der dog en ændring sidst i bestemmelsen som yderligere præciserer kravet.⁵⁸ 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 (fremhævet her)”.

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* forhold⁵⁹. Spørgsmålet er, hvilken betydning det har.

⁵⁷ Betænkning nr. 1570, 2018. s. 80.

⁵⁸ AB-betænkning nr. 1570 2018, kap C2, s. 80.

⁵⁹ AB-betænkning nr. 1570 2018, kap C2, s. 80.

§ 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 kontraktgrundlaget⁶⁰. 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 termen "*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 til stede, som dog ikke er ansvarspådragende og dermed skal accepteres.

En mangel indenfor AB 18 bedømmes dog ud fra, hvad der er aftalt, og medmindre andet er aftalt, 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 for at aftale, hvilke krav der skal være til både det fagmæssige som kvalitetsmæssige, i både op- og nedadgående retning⁶¹. Såfremt en given ydelse ikke er, som parterne har aftalt, vil der være tale om en mangel, som den udførende kan drages til ansvar for.

Dette ses også i TBB2008.322 (*gennemgået ovenfor*), hvor voldgiftsretten udtaler, at UE er ansvarlig for de arbejder, han selv udfører, hvilket betyder, at såfremt UE laver fejl, så må han også hæfte for disse. Og på den måde kan man 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, almindeligvis være baseret på de krav, som er fastsat i aftalen mellem HE og BH. Når UE bryder aftalen med HE, vil dette normalt også resultere i, at aftalen mellem HE og BH brydes. Ifølge Vibe Ulfbeck vil et sådant krav have direkte hjemmel i AB 92 § 5, stk. 5⁶². 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 anvendelsen.

⁶⁰ Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB 72, s. 68.

⁶¹ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 313 ff.

⁶² Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 313 ff.

3.2.2 Virkningen af AB 18 § 8, stk. 4

Når betingelserne for at anvende AB 18 § 8, stk. 4 er opfyldt, understøtter bestemmelsen at der kan rettes et direkte krav, idet den på samme måde som tidligere slår fast, at bygherren har adgang til at rette et direkte krav mod en underentreprenør eller entreprenørens leverandør, på trods af at disse ikke har indgået aftale med hinanden⁶³. AB-vilkårene er dog som tidligere nævnt kun et aftaledokument, hvilket ikke i sig selv berettiger bygherre til at rette et krav mod sin hovedentreprenørs underentreprenør, blot fordi bygherre og hovedentreprenør 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 mulig, såfremt underentreprenøren eller leverandøren har forpligtet sig direkte overfor bygherren, jf. AB 18 § 12, stk. 5, 3. pkt. (tidligere AB 92 § 10, stk. 4)⁶⁴. Man ser dermed ikke så strengt på relativitetsprincippet, idet man skaber *rettigheder* for en tredjepart ved at afgive et løfte til fordel for tredjepart, hvilket må anses som et tredjemandsløfte⁶⁵.

AB 18 § 8, stk. 4 sammenholdt med AB 18 § 12, stk. 5, 3 pkt. er netop et eksempel på sådan et tredjemandsløfte. I § 12, stk. 5 fremgår det, at HE som en del af 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 byggeleveranceklausul⁶⁶. 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, 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 nødvendigt, før der kan rettes et direkte krav baseret på AB 18 § 8, stk. 4. Såfremt der sker en vedtagelse af AB-vilkårene mellem HE og leverandøren, vil dette formentlig også være tilstrækkeligt til at anse leverandøren for forpligtet af § 12, stk. 5, 3 pkt.⁶⁷ I de fleste tilfælde vil AB dog ikke være vedtaget mellem HE og leverandøren, hvorfor

⁶³ Karnov, AB 18 kommentar nr. 60 til § 8, stk. 4.

⁶⁴ Erik Hørlyck, *Entreprise*, s. 61.

⁶⁵ Lennart Lyngge Andersen & Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 4 udg., s. 352.

⁶⁶ Betænkning nr. 1570 2018, s. 80 mf.

⁶⁷ Vibe Ulfbeck. *Kontraktens relativitet*, s. 309.

det vil være væsentligt for BH, at HE overholder sin forpligtelse til at få leverandøren til at anerkende, at BH kan rette et direkte krav⁶⁸.

Reglen i AB 92 § 5, stk. 5 var en videreførelse af byggeleveranceklausulen fra cirkulæret om ansvarsforhold ved byggearbejder af 25. juni 1986, hvilket var et supplement til AB 72⁶⁹. Formålet med ansvarscirkulæret var at opnå en ensartethed i forældelsesfrister, som var forskellige for hhv. leverandør og entreprenør. Leverandøren var underlagt en etårig 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 leverandøren⁷⁰. Denne situation er blevet betegnet som *“entreprenørklemmen”*. AB 92 § 5, stk. 5 er derfor blevet opfattet som en naturlig forlængelse af den harmonisering, som forældelsesreglerne blev underlagt, og ikke mindst at hjemlen til det direkte krav mod leverandøren skulle findes i leverandørens løfte⁷¹.

Det står dog knap så klart, hvordan muligheden for at rette et direkte krav mod UE skal kunne begrundes på baggrund af § 5, stk. 5. HE er ikke forpligtet til at sikre en UE's anerkendelse af et direkte krav jf. AB 18 § 8, stk. 4, ligesom han er forpligtet til overfor en leverandør. Det fremgår dog af teorien, at AB 18 § 8, stk. 4 opfyldes allerede ved, at AB 18 bliver vedtaget mellem HE og UE, eller fordi BH sørger for at forpligte HE til at inkorporere en regres regel i dennes aftale med eventuelle UE'er⁷².

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, er der dog ikke noget til hinder for, at BH kan rette sit krav efter de eksisterende ulovfæstede obligationsretlige

⁶⁸ Betænkning nr. 1570 2018, s. 97 mf.

⁶⁹ 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 godtgjort, 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 kontraktforhold 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.

⁷⁰ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 310.

⁷¹ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 311.

⁷² Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af AB 72, s. 69 + Karnov, AB 18 kommentar nr. 60 til § 8, stk. 4.

regler vedrørende direkte krav⁷³⁷⁴. Indenfor litteraturen anses AB 92 § 5, stk. 5 ikke som en begrænsning for BH's mulighed for at rette et direkte krav mod en UE eller leverandør på et andet grundlag⁷⁵. Sådan en situation ses bl.a. i landsrettens afgørelse U2010.365V (analyseret nedenfor). Her var AB 92 tiltrådt i samtlige aftaleled. BH valgte uanset tiltrædelsen af AB 92, i medfør af forhandlingsmaksimen, ikke at rette det direkte krav efter reglerne heri – men efter retsbrudssynspunktet, hvorfor dommen kan tages til indtægt for, at en eventuel tiltrædelse af AB 92 og dennes § 5, stk. 5 ikke indskrænker BH's mulighed for at rette et direkte krav efter f.eks. retsbrudssynspunktet. Det står dog stadig ikke fuldstændig klart, hvad disse regler går ud på. Hvad der skal til, for at rette et direkte krav efter disse regler, behandles nedenfor.

3.3 AB 18 § 8, stk. 5 – Den entrepriseretlige regulering af subrogation

Udover det aftalebaserede direkte krav, der fremgår af AB 18 § 8, stk. 4, kan det udledes af rets- og voldgiftspraksis, at der i dansk ret eksisterer en adgang til at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet, der er behandlet i denne afhandlings pkt. 3.1.

Der hersker på baggrund af retspraksis en tvivl indenfor entrepriseretten om retsstillingen for aktørerne i byggebranchen samt disses mulighed for at begrænse deres ansvar i forhold til et eventuelt direkte krav⁷⁶. Denne usikre retsstilling kan bl.a. illustreres ved "bobledæk-sagen"⁷⁷ (gennemgået nedenfor), hvor en underrådgiver på trods af en ansvarsbegrænsning i sin egen ydelse samt en begrænsning i aftaleforholdet mellem bygherre og entreprenør blev mødt af et uproportionelt 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 krav⁷⁸.

⁷³ Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 311.

⁷⁴ Se i denne forbindelse landsrettens afgørelse U2010.365V.

⁷⁵ AB 18 kommentar nr. 60 til § 8, stk. 4, Vibe Ulfbeck Kontraktens relativitet, s. 311, Torsten Iversen, Entreprisetten, s. 718.

⁷⁶ Dianati, Peter og Repurth Jeppe, 2016, *BYGGEJURA: Direkte krav - erstatning uden om aftaleforhold?*, www.licitationen.dk. Hentet: 10.3.2020.

⁷⁷ TBB.2014.531 VBA.

⁷⁸ Wengler-Jørgensen, Peter og Olsen, Frederik Lenskjold, TBB2018.380, s. 2.

Udvalget, der reviderede AB 18, vurderede på baggrund af denne usikre retsstilling, at der var behov for en ændring og en udbygning af spørgsmålet om det direkte krav, særligt i forbindelse med i hvilken omfang ansvarsbegrænsninger kunne gøres gældende⁷⁹. Man har ved revisionen af AB 92 indført nye bestemmelser vedrørende det direkte krav. En af disse bestemmelser er § 8, stk. 5, hvor 1. pkt., 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 ansvarsfraskrivelser og -begrænsninger i begge kontraktforhold”.

Bestemmelsen ses gå direkte ind at regulere forholdene omkring bygherrens muligheder for at rette et direkte krav. Reguleringen ligger i, at bygherren ved at tiltræde AB-vilkårene forpligter sig til at være underlagt begrænsningerne i kontraktforholdet mellem bygherre og entreprenør samt entreprenør og underentreprenør. Bygherren kan derfor, i tilfælde af at der ikke er blevet udvist ansvarspådragende adfærd i form af grov uagtsomhed eller forsæt, kun rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet. Formålet med bestemmelsen er, i tilfælde af at der rettes et direkte krav, at sørge for, at bygherren ikke får en bedre retsstilling overfor underentreprenøren, end denne ville have haft mod entreprenøren⁸⁰. Dette problem var i den ovenfor omtalte “bobledæk-dom”, hvor BH på trods af ansvarsbegrænsninger i begge led fik rettet et erstatningskrav udenom disse.

3.3.2 Virkning af AB 18 § 8, stk. 5, 1. pkt.

For at kunne undersøge virkningen af § 8, stk. 5, 1. pkt. bliver man nødt til at sammenholde bestemmelsens 1. pkt. med 3. og 4. pkt., hvor BH giver et tredjemandsløfte om, at han giver afkald på sin ret til et eventuelt direkte krav udenfor kontrakt, medmindre

⁷⁹ Betænkning nr. 1570, 2018, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed.

⁸⁰ Betænkning nr. 1570, 2018, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed.

der er udvist grov uagtsomhed eller forsæt fra de af E antagne UE og L. Modsætningsvist betyder dette, at BH giver et løfte om, at et eventuelt direkte mangelkrav mod UE og L skal rettes efter subrogationssynspunktet.

BH vil derfor ved tiltrædelsen af AB 18 kunne rette et direkte krav, såfremt der foreligger samme mangel i samtlige kontraktled, jf. § 8, stk. 4, og samtidig vil det direkte krav være begrænset af ansvarsfraskrivelser og -begrænsninger i de øvrige kontraktled, jf. § 8, stk. 5, 1. pkt. Der er derfor tale om kerneelementerne i subrogationssynspunktet, der gør sig gældende. Sidste pkt. i § 8, stk. 4 og første pkt. i § 8, stk. 5 vurderes derfor at være en mere eller mindre ren inkorporering af subrogationssynspunktet – da kerneelementerne vurderes som indført i de respektive bestemmelser. En BH vil derfor blive direkte forpligtet af bestemmelsen, og hans adgang til at rette et direkte krav vil derfor blive begrænset til subrogationssynspunktet ved et manglende ansvarsgrundlag.

Siden AB-dokumenterne er aftaleretlige dokumenter, og § 8, stk. 4 og 5 som resultat heraf er udtryk for aftalebegrænsninger, vil bestemmelserne ikke binde eventuelle senere erhververe af eksempelvis en fast ejendom⁸¹. Her kan afgørelsen *TBB2003.302* (refereret ovenfor) anvendes som eksempel. Her ville en hypotetisk tiltrædelse af AB18 § 8, stk. 5 fra BH's side ikke have påvirket andelsforeningens adgang til at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet – ej heller ville en tiltrædelse af AB-vilkårene resultere i en yderligere begrænsning af foreningens krav. Andelsboligforeningens direkte krav efter det i praksis skabte subrogationssynspunkt ville i forvejen være begrænset af tidligere kontraktled. Det samme resultat ville gøre sig gældende i voldgiftsrettens kendelse *T:BB 2017.557* (refereret ovenfor), hvor sagsøgeren rettede et direkte krav efter både retsbruds- og subrogationssynspunktet mod de deltagende entreprenører, der blev frifundet efter både retsbrudssynspunktet og efter subrogationssynspunktet – da kravet var afledt af et tidligere kontraktled. Her ville en eventuel tiltrædelse af AB 18 ikke have ført til et andet resultat i forhold til et krav efter subrogationssynspunktet – siden ansvarsfraskrivelser, begrænsninger og øvrige vilkår i forvejen ville begrænse sagsøgerens krav efter det i praksis skabte subrogationssynspunkt. Virkningen kan også eksemplificeres med følgende hypotetiske eksempel:

⁸¹ Hørlyck, Erik, *Entreprise - AB 18 med kommentarer*, 8. udg., s. 140.

BH lader HE stå for opførelsen af en bygning. Som et led i opførelsen antager HE, UE til at udføre en del af arbejdet. I kontrakten var der aftalt en ansvarsbegrænsning på 1 million kr. samt en voldgiftsklausul. Efter aflevering går HE konkurs, og der konstateres en mangel i UE's udførte arbejde. Den konstaterede mangel vurderes ikke at være et resultat af culpøs adfærd.

I ovenstående eksempel, vil BH uanset tiltrædelse af AB 18 have mulighed for at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet. Det direkte krav ville derfor, uanset tiltrædelsen, være underlagt de kontraktuelle begrænsninger imellem HE og UE. Disse begrænsninger vil både være i forhold til de eventuelle *fora*, hvor kravet skal rejses, og begrænsninger af ren økonomisk karakter.

Indførelsen af AB 18, § 8, stk. 5, 1. pkt. må derfor anses at være en ren inkorporering af det i praksis anerkendte subrogationssynspunkt. Det antages derfor, at en eventuel tiltrædelse af AB 18 § 8, stk. 5 ikke vil have en reel betydning i forhold til et eventuelt direkte krav efter *subrogationssynspunktet*, da bestemmelsens pkt. 1 blot er en kodificering af den allerede gældende retstilstand på området.

3.3.3 Fravigelse af vilkåret i udbudsmaterialet

Det forlyder indenfor byggebranchen, at bygherrer, der står for udarbejdelsen af udbudsmaterialet, i praksis fraviger AB 18 § 8, stk. 5⁸². Det rejser derfor spørgsmålet, om en fravigelse af bestemmelsens 1. pkt. reelt gør en forskel i forhold til et krav efter subrogationssynspunktet. Dette må indledningsvis besvares benægtende, siden bestemmelsens 1. pkt. i overvejende grad er identisk med det i praksis anerkendte subrogationssynspunkt, jf. ovenfor. Et direkte krav rettet fra bygherren, hvor der ikke kan påvises en vis grad af ansvarspådragende adfærd (læs: culpa), vil derfor som udgangspunkt være begrænset til udelukkende at kunne rejses på baggrund af subrogationssynspunktet. Her vil det teoretiske udgangspunkt være, at kravet vil være direkte afledt af de tidligere aftaleled, jf. denne afhandlings kap. 3.1. I medfør af den foreliggende teori vil bygherres krav derfor, uanset tiltrædelse af AB 18 § 8, stk. 5, 1. pkt., være begrænset af alle tidligere kontraktled. En fravigelse af AB 18 § 8, stk. 5

⁸²Karnovs noter, AB 18 § 8, stk. 5, Note 61.

vurderes derfor ikke at have afgørende betydning for adgangen til at rette et direkte krav efter subrogationssynspunktet.

3.5 Sammenfattende

På baggrund af teori og praksis ses et direkte krav hjemlet i subrogationssynspunktet som værende anerkendt i dansk ret og i forlængelse heraf indenfor entrepriseretten. Eksistensen i praksis ses bl.a. af landsrettens dom *TBB2003.302V* samt af voldgiftsrettens kendelse *TBB2017.557*. Krav efter subrogationssynspunktet er i teorien blevet beskrevet som relativt ubetænkelige grundet deres afledning af tidligere kontraktled, som resulterer i, at ansvarsbegrænsninger samt øvrige vilkår vil begrænse det direkte krav. Grundet denne afledning af tidligere kontraktled kan subrogationssynspunktet potentielt give aktørerne indenfor entrepriseretten mulighed for at forudse deres retsstilling og eventuelle risici i en fremtidig kontrakt. Man har derfor i et forsøg på at klarlægge entreprenørers og underentreprenørers retsstilling i forhold til bygherrens adgang til at fremsætte et direkte krav fastholdt det *aftalebaserede direkte krav* i AB 18 § 8, stk. 4 og yderligere forsøgt at regulere det direkte krav ved at indføre AB 18 § 8, stk. 5. I AB 18 § 8, stk. 5, 1. pkt. ses der som værende indført kerneelementer fra subrogationssynspunktet⁸³ Siden dele af bestemmelserne § 8, stk. 4 og 5 ses som en ren inkorporering af subrogationssynspunktet, vurderes de ikke at påvirke adgangen til at rette et subrogationskrav, men tværtimod, at gøre subrogationssynspunktet til udgangspunktet for det direkte krav i entreprise.

⁸³ AB 18, betænkning nr. 1570 af 2018, s. 81.

4. Direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet

Som tidligere nævnt, kan BH i nogle situationer have en interesse i at rette et krav i forbindelse med mangler mod andre parter end BH's direkte kontraktpart, såsom UE, UR eller ML. Som anført ovenfor, kan der med udgangspunkt i retspraksis indenfor det entrepriseretlige område udledes, at der anerkendes to synspunkter som en mulig begrundelse for at rette et direkte krav; retsbrudssynspunktet og subrogationssynspunktet. Ovenfor er et direkte krav ud fra et subrogationssynspunkt blevet behandlet. I dette kapitel behandles et direkte krav med udgangspunkt i retsbrudssynspunktet. Indledningsvis vil der redegøres for retsbrudssynspunktet og konsekvenserne af at rette kravet samt den teoretiske diskussion heraf (afsnit 4.1). Dernæst inddrages tidligere retspraksis før ændringen af det direkte krav i AB 18 (afsnit 4.2). Herefter inddrages og anvendes AB 18 § 8, stk. 5, 3. pkt. (afsnit 4.3), hvorefter der til sidst laves en vurdering af den fremtidige retsstilling af det direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet (afsnit 4.4).

4.1 Begreb og konsekvenser

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"⁸⁴. Som tidligere nævnt 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 ulovbestemte⁸⁵. Men på trods af at der ikke foreligger nogen udtrykkelig hjemmel, som fraviger relativitetsprincippet, er der i retspraksis fremført modifikationer, der med udgangspunkt i almene formueretlige principper fraviger relativitetsprincippet. I dette kapitel vil der blive fokuseret på erstatning udenfor kontrakt – de såkaldte retsbrudstilfælde⁸⁶.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret I*, 4 udg., s. 435.

⁸⁶ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret I*, 4 udg., s. 436 f.

Vinding Kruse fremsatte den delikts tankegang, der ligger bag retsbrudssynspunktet, hvor det antages, at der kan rettes et direkte krav, såfremt en misligholdelse kan tilregnes A som værende forsætlig eller uagtsom⁸⁷. Udtrykket "retsbrud" vurderes dog at have givet anledning til utydelighed i nyere teori, da det kan medføre en udledning af nogle skærpede retlige konsekvenser, bl.a. en særlig grad af skyld for at ifalde ansvar. Denne uklarhed kan bl.a. skyldes, at udtrykket er "forankret" i ældre erstatnings-teori, hvorfor det måske ikke er så passende i forhold til synspunktet i dag⁸⁸. Der har blandt nyere teoretikere været en bred enighed om, at der kan tillades et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, samt at der skal være tale om et ansvarsgrundlag i form af culpa⁸⁹. Der foreligger dog en uenighed blandt teoretikere, vedrørende hvilken grad af culpa der kræves, for at der kan siges at foreligge et egentligt retsbrud, der hjemler et direkte krav. Her er forfattere indenfor det entrepriseretlige område, som eksempelvis Erik Hørlyck, af den opfattelse, at simpel culpa vil være nok til, at der vil være tale om et retsbrud. Hørlyck ses derfor som værende af den opfattelse, at der skal blot være tale om en faglig fejl efter generelle standarder, for at der kan tillades et direkte krav efter retsbrudssynspunktet⁹¹. Rosenmeier ligger i den modsatte lejr og har bl.a. anført, at et direkte krav kan tillades i de sager, hvor der er tale om meget grove forhold, der grænser til det kriminelle⁹². Irene Wittrup ses også som værende af den opfattelse, at der kræves en særlig grad af culpa. Hun anførte bl.a. i sin artikel U1988B.129, at retsbrudssynspunktet kun skal tillades ved "*langt grovere forhold end culpa*". Torsten Iversen har anført, at man kan tillade det direkte krav, såfremt der er handlet bevidst eller ved grov uagtsomhed⁹³.

Relativitetsprincippet ses, som anført ovenfor, til tider som værende fraveget i retspraksis på baggrund af almindelige regler om erstatning udenfor kontrakt, hjemlet ved et såkaldt retsbrudstilfælde eller deliktsansvar. Siden et krav efter retsbrudssynspunktet er en erstatningsretlig beføjelse, forudsætter dette, at de almindelige erstatningsretlige betingelser skal være opfyldt. Det vil sige, at der skal være et tab og et ansvarsgrundlag, samt at den tabsskabende handling eller undladelse skal være kausal og

⁸⁷ Ulfbeck, Vibe, Kontraktens relativitet, 1. udg., s. 173.

⁸⁸ Munk Hansen, Carsten, Fast Ejendom I, 2. udg., s. 427.

⁸⁹ Ulfbeck, Vibe, Kontraktens relativitet, 1. udg., s. 174.

⁹⁰ Hørlyck, Erik, Entreprisen, 7. udg., s. 95.

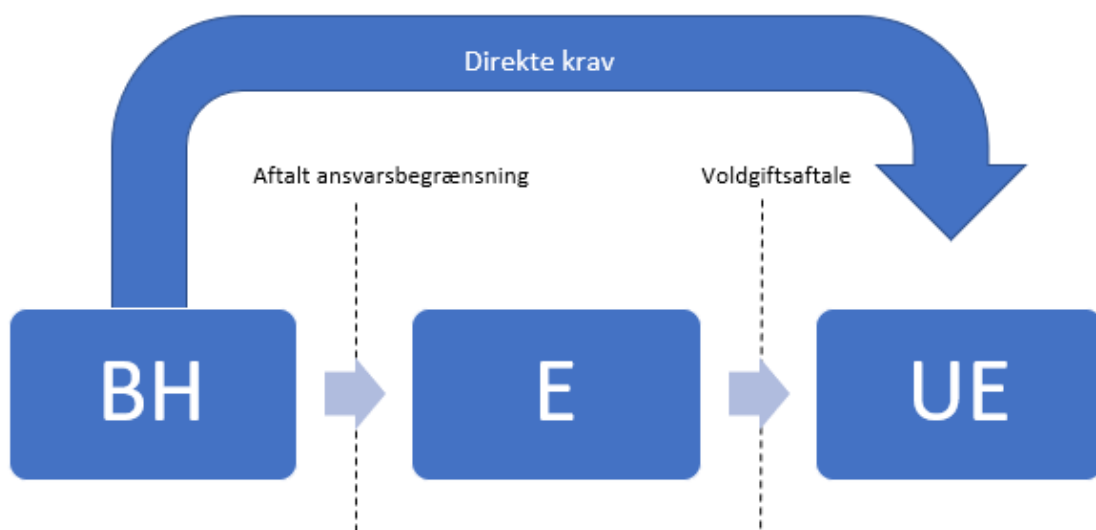
⁹¹ Hørlyck, Erik, Entreprisen – AB18, 8. udg., s. 140.

⁹² Ulfbeck, Vibe, Kontraktens relativitet, 1. udg., s. 174.

⁹³ Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. udg., s. 713.

adækvat⁹⁴. Dette indebærer, at en part på retsstridig vis har tilsidesat hensynet til tredjepart. Helt lavpraktisk betyder dette, at A's skadegørende handling, eller undladelse, i aftaleforholdet med B på ansvarspådragende vis må anses at have været retsstridig overfor C⁹⁵. Det har ingen betydning, om den skadegørende handling er en aktiv handling eller en undladelse. Indenfor det entrepriseretlige område vil denne retsstridighed ofte være i form af, at en underentreprenør har undladt at gøre noget, hvilket så vil have resulteret i en manglende opfyldelse af den aktuelle aftale.

Et direkte krav, der rettes efter retsbrudssynspunktet (læs: udenfor kontrakt), vil ikke være beløbsmæssigt begrænset som ved subrogationstilfælde. Skadelidte vil derfor kunne rette et krav for sit fulde tab uden en begrænsning i de tidligere kontraktled. I modsætning til et krav efter subrogationssynspunktet, hvor man bevarer alle indsigelser og ansvarsbegrænsninger, er et krav efter retsbrudssynspunktet som udgangspunkt ubegrænset. Det vil sige, at et krav efter retsbrudssynspunktet ikke støttes på et aftaleforhold, hvorfor vilkår i de tidligere aftaleled er uden virkning. Dette kan eksemplificeres ved følgende figur:



Figur 3⁹⁶ - Direkte krav efter retsbrudssynspunktet.

⁹⁴ Munk Hansen, Carsten, Fast Ejendom I, 2. udg., s. 429.

⁹⁵ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4 udg., s. 443.

⁹⁶ Egen figur.

Kravet har derfor den retsvirkning, at kontraktvilkår som regelgrundlag, værneting samt eventuelle ansvarsbegrænsninger, der foreligger i de forskellige aftaleled, ikke vil kunne gøres gældende i de tilfælde, hvor der rettes et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, da dette jo er et erstatningskrav uden for kontrakt⁹⁷. Sådan en situation forelå bl.a. i landsrettens dom *TBB2004.149*. Her blev et direkte krav tilladt mod en leverandør, der ikke havde dimensioneret spær med tilhørende vindafstivning. Da det direkte krav var hjemlet ved retsbrudssynspunktet, var de aftalte ansvarsbegrænsninger uden virkning. Enkelte undtagelser ses dog, i forhold til at voldgiftsklausuler undtagelsesvist *kan* gøres gældende. Dette ses bl.a. i Højesterets afgørelse *U2014.2042H*, hvor BH's forsikringsselskab ansås som bundet af voldgiftsaftaler, der var aftalt i samtlige kontraktled. Det er dog diskutabelt, om dommen danner præcedens for andet end udelukkende voldgiftsklausuler⁹⁸.

Sådan en tilsidesættelse af kontraktvilkår 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 ansvarsbegrænsninger⁹⁹. Professionelle erhvervsdrivende, heriblandt entreprenører og rådgivere, vil navnlig indgå i en kontrakt i tro om, at en ydelse eller mangel herpå vil skulle bedømmes efter aftalen¹⁰⁰. Parterne vil derfor være i den forventning, at en eventuel mangel vil skulle bedømmes efter de kontraktvilkår samt i de tvistløsningsfora, der fremgår af den aktuelle aftale. I nedenstående afsnit vil det forsøges udfundet på baggrund af retspraksis, hvornår samt under hvilket betingelser der tillades et direkte krav efter retsbrudssynspunktet.

⁹⁷ Hørlyck, Erik, *Entreprise* – AB18, 8. udg., s. 140.

⁹⁸ Se i forbindelse med fortolkning af voldgiftsaftaler *U.2001B.242*, *U.2017B.242* og *U.2014B.317*.

⁹⁹Wengler-Jørgensen, Peter og Lenskjold Olsen, Frederik, *T:BB 2018.380*, AB 18 § 8, stk. 4, og ABR 18 § 7, stk. 4 - direkte krav inden for det nye AB-system.

¹⁰⁰ Adamsen, John, *U1996.124*, Er retsbrudssynspunktet en farbar vej? s. 3.

4.2 Retsstillingen ved direkte deliktkrav i entreprisesager før AB 18

Som anført ovenfor, er retsbrudssynspunktet begrundet i de ulovbestemte obligationsretlige regler omkring erstatning udenfor kontrakt. Uenigheden om teorien vedrørende retsbrudssynspunktet ses som værende, hvilken grad af culpa der kræves for at tillade det direkte krav, da vanskeligheden ligger i at vurdere, hvornår der foreligger et sådant ansvarsgrundlag, at der kan tillades et direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet. Siden denne modifikation til relativitetsprincippet er skabt i retspraksis, vil navnlig praksis være den relevante retskilde til at klarlægge retstilstanden på området. Der vil derfor blive foretaget en redegørelse og en analyse af udvalgte domme nedenfor.

4.2.1: U1995.484H

Et anpartsselskab B erhvervede i 1983 en ældre ejendom for kr. 550.000,00. Erhvervelsen blev foretaget med henblik på ombygning og herefter videresalg. A blev antaget af B til at forestå ombygningen som rådgivende og tilsynsførende ingeniør. Umiddelbart efter ombygningen blev ejendommen solgt til C for kr. 1.300.000,00. Bygningen blev ifølge skødet solgt som "nyistandsat".

C solgte i 1987 ejendommen til D, et I/S bestående lejerner i ejendommen, for et beløb pålydende kr. 2.300.000,00. Samme år som D erhvervede ejendommen, blev der konstateret svamp i ejendommen. Efter en besigtigelse af ejendommen, foretaget af Jysk Teknologisk Institut (JTI), blev svampeangrebet konstateret som udbredt samt som værende af ældre karakter. JTI erklærede endvidere, at tidligere forsøg på at bekæmpe svampe angrebet var "utilstrækkelige" og ikke fulgte anvisningerne i BYG-ERFA's erfaringsblad.

D anlagte herefter sag mod C. D og C indgik i den forbindelse et forlig, hvorefter C skulle betale et forholdsmæssigt afslag pålydende kr. 900.000,00.

C anlagte herefter en sag mod sin umiddelbare kontraktpart B samt et direkte krav mod dennes medkontrahent, rådgiveren A. C gjorde i sin påstand gældende, at de faglige fejl begået af A var af en sådan grov karakter, at de "*statuerer et retsbrud*",

hvorfor han gjorde et erstatningskrav udenfor kontrakt gældende for sit fulde tab, pålydende kr. 900.000,00.

Landsretten frifandt A og udtalte i forbindelse med retsbrudspåstanden følgende:

”Efter bevisførelsen om ejendommens tilstand under ombygningen i 1983-84, om A’s gennemførelse af ombygningen samt om ejendommens tilstand i 1988 finder landsretten det godtgjort, at A som rådgivende og tilsynsførende ingeniør ved ombygningen har begået faglige fejl, men de begåede faglige fejl findes ikke at være af sådan beskaffenhed (fremhævet her), at de kan begrunde, at sagsøgeren kan gøre noget erstatningsansvar gældende direkte overfor A ud fra et retsbrudssynspunkt”.

Landsretten vurderede indledende i sin præmis omkring det direkte krav, at A som rådgivende ingeniør havde begået faglige fejl i forbindelse med tilsynet af ombygningen. Retten vurderede dog ikke, at de begåede fejl var grove nok til, at der kunne tillades et direkte erstatningskrav. Det fremgår derfor klart af rettens præmisser, at der skal en særlig grad af culpa til, for at der kan tillades et direkte krav, hjemlet ved retsbrudssynspunktet. Landsretten ses derfor at acceptere, at der i dansk ret eksisterer en hjemmel til et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, dog med den betingelse, at de begåede fejl er af en vis beskaffenhed, eller sagt noget mere juridisk, at den udviste culpøse adfærd er af en vis grovhed.

Sagen blev herefter anket til Højesteret. Højesteret dømte modsat den tidligere instans A som værende direkte ansvarlig overfor C, med følgende udtalelse:

”[...] A begik en klar, professionel fejl vedrørende væsentlige egenskaber ved ejendommen. På denne baggrund finder Højesteret endvidere, at der må gives C medhold i hans principale anbringende om at have et erstatningskrav direkte mod A”.

Højesteret vurderede, modsat landsretten, de begåede fejl som værende af en sådan grov karakter, at det direkte krav kunne tillades. Rettens udtalelse om, at de foretagne fejl var af ”klar” samt ”professionel” karakter, er dog ikke helt tydelig i forhold til graden af culpa. Der vurderes dog ikke at være tvivl om, at Højesteret med sin præmis klart fastslår, at den begåede fejl er over simpel uagtsomhed og om ikke grov så grænsende mod den grove uagtsomhed.

Afgørelsen er blevet hyppigt diskuteret blandt teoretikere. Her har der været diskussion om, hvorvidt det direkte krav i afgørelsen er hjemlet ved retsbrudssynspunktet, subrogationssynspunktet eller i en af de øvrige teorier¹⁰¹. Dette skyldes utvivlsomt Højesterets udtalelse om "*væsentlige egenskaber ved ejendommen*", der viser at retten i sin afgørelse, også har vurderet manglens karakter. Da retten inddrager manglens karakter, kan der ikke siges at foreligge en "ren" vurdering ud fra retsbrudssynspunktet. En mangels vurdering må derfor anses som, at retten også foretager en vurdering fra et kontraktretligt perspektiv. Retten ses derfor som et led i sin vurdering i en vis grad som foretagende en vurdering ud fra et kontraktretligt hensyn. Appellanten ses dog i sin principale påstand bl.a. at have lagt vægt på "*erstatningsansvar uden for kontraktforhold*", "*retsbrud fra indstævntes side*" samt "*sætter lighedstegn mellem retsbrud og culpa under de i sagen foreliggende omstændigheder*". Siden Højesteret giver C medhold i hans principale påstand, vurderes det direkte krav i dommen som i det væsentligste at være hjemlet ved retsbrudssynspunktet. Højesteret vurderes endvidere at statuere, at der i hvert fald kræves noget mere en blot simpel uagtsomhed, for at der kan tillades et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Der kan dog sættes spørgsmålstegn ved dommens præjudikatværdi ift. retsbrudssynspunktet, da retten også inddrager det kontraktretlige hensyn. Uanset denne uklarhed ses afgørelsens ordlyd som værende anvendt i senere rets- og voldgiftspraksis vedrørende retsbrudssynspunktet, hvorfor præjudikatværdien må anses som værende af en vis karakter¹⁰².

4.2.2: U2004.114H

BH opførte i 1985 et parcelhus. I forbindelse med opførelsen indgik BH en entrepris-aftale med Naur Murerforretning ApS (herefter HE), der skulle forestå opførelsen af

¹⁰¹ Ulfbeck, Vibe, Kontraktens Relativitet, 1. udg., s. 328.

¹⁰² Se bl.a. landsrettens afgørelse TBB2000.269VLD (ikke klar professionel fejl) samt voldgiftsrettens kendelse TBB2007.442 (klar professionel fejl vedrørende væsentlig bygningsegenskab).

ejendommen som hovedentreprenør. BH antog i forbindelse med udførelsen af entreprisen Bur Tømmerforretning (herefter UE) som underentreprenør. UE skulle udføre tagkonstruktionen i entreprisen, heriblandt udførelse af undertaget.

Der blev i 1999 af BH konstateret vandindtrængen i ejendommen. BH anlagte på baggrund af HE's konkurs, sag mod UE. Som et led i sagen, blev der foretaget syn og skøn. I skønserklæringen udtalte skønsmanden at der var flere fejl i tagentreprisen, og anførte bl.a.:

"Årsagerne til vandindtrængningen er i det væsentligste mangelfuldt undertag [...]", at "tagkonstruktionen er ikke opbygget i overensstemmelse med dagældende vejledninger og ej heller i overensstemmelse med angivelserne på tegningerne" og at "de udførte afslutninger ved gavle og mod gennemgående mure, ... afviger så væsentligt fra respektive oplægningsvejledninger".

BH påstod UE dømt i byretten efter det *kontraktafhængige retsbrudsansvar*¹⁰³. Byretten lagde i sin afgørelse meget vægt på de kontraktretlige relationer, samt om UE kunne have gjort kravet gældende mod HE. Byretten antages derfor i overvejende grad at foretage vurderingen på baggrund af subrogationssynspunktet. Retten endte med at tage UE's frifindelsespåstand til følge og anførte i den forbindelse:

"Retten finder herefter, og idet der heller ikke på anden måde er påvist et selvstændigt ansvarsgrundlag for sagsøgte i forholdet overfor sagsøgerne, at sagsøgerne ikke kan gøre et erstatningskrav gældende overfor sagsøgte..."

Retten ses derfor som afvisende overfor det påberåbte kontraktafhængige retsbrudsansvar, idet man ikke nævner synspunktet i præmisserne samt i altovervejende grad vurderer adgangen ud fra et kontraktretligt perspektiv, og derfor efter subrogationssynspunktet. I forlængelse heraf, mente retten ikke at der på anden måde er påvist et andet ansvarsgrundlag (læs: culpa) til at ifalde ansvar. Siden de anførte mangler ved byggeriet skyldes UE's udførelse, kan man lægge til grund, at retten afviser retsbrudssynspunktet grundet en manglende grad af culpa.

¹⁰³ Se i denne forbindelse bl.a. U1995B.385, Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen, Springende regres – kontraktsafhængige retsbrudsansvar.

Sagen blev herefter anket til landsretten (LR), hvor BH præciserede sit krav til at vedrøre et direkte erstatningsansvar uden for kontrakt.

LR tog også UE's frifindelsespåstand til følge og anførte bl.a. i sine præmisser, at vandindtrængningerne i det væsentligste skyldtes UE's udførelse af arbejdet. LR anførte endvidere:

"Efter det anførte findes der ved en samlet bedømmelse af de foreliggende skader ved undertaget, hvoraf utæthederne mellem dettes baner er den alvorligste, og af de faglige fejl, som kan henføres til indstævnte, ikke tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at indstævnte har udvist grov uagtsomhed (fremhævet her) ved arbejdets udførelse, ligesom der ikke er grundlag for at fastslå, at det måtte stå indstævnte klart, at nogen af fejlene med stor sandsynlighed ville føre til skader og tab".

Her ses LR vurdere adgangen til et direkte krav ud fra graden af culpa, samt hvorved de indtrådte skader er adækvate. LR vurderes med ordvalget udelukkende at bedømme forholdet ud fra et erstatningsretligt perspektiv, siden kontraktretlige hensyn ikke inddrages. LR ses i sin afgørelse som læggende stor vægt på UE's påregnelighed og dermed skadens adækvate værdi, hvilket er i overensstemmelse med den traditionelle erstatningslære.

Det kan klart udledes af LR's præmisser, at der sættes et klart minimums krav i forhold til ansvarsgrundlaget. LR ses i forhold til dette krav som værende af den opfattelse, at der skal foreligge grov uagtsomhed, for at retsbrudssynspunktet kan finde anvendelse, hvilket må anses som værende på linje med ældre praksis vedrørende det direkte krav¹⁰⁴.

Sagen blev slutteligt anket til Højesteret (HR). Her blev det anført i præmisserne:

"At (UE) ved udførelsen af undertaget begik flere fejl, som er hovedårsag til de senere problemer med vandindtrængen", samt at "Højesteret finder, at (UE) som underentreprenør må anses for erstatningsansvarlig direkte overfor LJ og MJ som BH for sådanne håndværksmæssige fejl (understreget her), og at UE ikke overfor BH kan påberåbe sig, at hovedentreprenøren, NM, burde have opdaget fejlene og reklameret herover".

¹⁰⁴ Jf. U1973.413H (Direkte krav ved køb og salg af fast ejendom).

Det kan ikke udledes direkte af HR's præmisser, hvilken grad af culpa der tjener som hjemmel for det direkte krav, idet retten ikke udtrykkeligt anfører nogen grad af culpøs adfærd, men bruger ordene "*sådanne håndværksmæssige fejl*". HR's afvisning af, at UE kunne påberåbe sig HE's manglende reklamation, må dog kunne tages som indtægt for, at det direkte krav tillades efter de erstatningsretlige regler og ikke efter indtrædelsessynspunktet, da de kontraktretlige hensyn ikke påvirker kravet.

Dommen er af teoretikere blevet anført som at danne præcedens for, at et direkte krav efter retsbrudssynspunktet kan tillades, blot ved at der er handlet culpøst¹⁰⁵. HR gør det bestemt ikke nemt at fastlægge graden af culpa, siden de modsat LR ikke anvender udtrykkelig erstatningsretlig terminologi vedrørende den udviste culpøse adfærd, men i stedet bruger betegnelsen "fejl". HR's anvendelse af ordene "*sådanne håndværksmæssige fejl*" vurderes dog at indikere, at den udviste culpøse adfærd i hvert fald er over simpel culpa, da retten ellers måtte forventes at undlade brugen af det ladede udtryk "*sådanne*", der giver indtrykket af, at der er tale om en vis grad af culpa.

4.2.3: U.2010.365V

Her var muremesteren UE antaget til bl.a. at anlægge klinkegulv som et led i en større entreprise vedrørende et badeland. UE's samlede underentreprise havde en samlet værdi på 1,3 millioner kr.

Det viste sig efter udførelsen af arbejdet, at der var lunger i dele af flisegulvet, hvorved der forekom vanddannelse. Som et led i sagen blev der indhentet en skønserklæring, hvor skønsmanden vurderede, at anlæggelsen af klinkerne "*ikke var udført håndværksmæssigt korrekt*", samt at udbedring heraf ville beløbe sig til kr. 65.000.

UE blev af BR dømt til at være direkte erstatningsansvarlig overfor BH. Det kan udledes af BR's præmisser, at retten lagde særlig vægt på, at der var tale om en væsentlig mangel, samt at UE havde begået "*håndværksmæssige fejl*". BR ses derfor delvist at lægge vægt på kontraktuelle hensyn, da der tages stilling til manglens væsentlighed.

¹⁰⁵ Edlund, Hans Erik, U.2006B.173, Direkte krav i de seneste års retspraksis, s. 3.

Inddragelsen af en mangelvurdering er derfor afvigende fra det teoretiske udgangspunkt vedrørende retsbrudssynspunktet, siden vurderingen af, om der foreligger en mangel, må foretages ud fra en given kontrakt. Retten ses også at tillade det direkte krav, på baggrund af at der forelå håndværksmæssige fejl. Denne tilladelse må, sammenlignet med tidligere praksis¹⁰⁶, kunne forstås som, at retten mener, at simpel culpa er tilstrækkelig til, at der er tale om et retsbrud.

LR's dom blev afsagt under dissens. Her stemte flertallet for UE's frifindelsespåstand. Flertallet begrundede resultatet ved at sammenholde udbedringsomkostningerne med den samlede pris for underentreprisen. På baggrund af fejlenes prismæssige beskedenhed fandt flertallet, at der ikke forelå "*sådanne håndværksmæssige fejl*". LR's flertal ses derfor som foretagende en lignende vurdering som BR ved at vurdere manglens omfang og væsentlighed. Den aktuelle mangelvurdering ses derfor som vejende tungere end den udviste culpøse adfærd, hvilket i sig selv er usædvanligt, da afgørelsen er baseret på en udførelsesfejl fra underentreprenøren. Mindretallet i dommerbestanden ses at lægge afgørende vægt på den udviste adfærd, og at en mangelvurdering må anses som værende af mindre væsentlighed. Mindretallet udtalte bl.a.: "*Uanset at det ikke er bevist, at der er tale om fejl, der har medført væsentlige mangler ... finder jeg, at der foreligger sådanne håndværksmæssige fejl*".

Mindretallet ses derfor som værende af den opfattelse, at en mangels væsentlighed er mindre vedkommende i forbindelse med vurderingen af, om et direkte krav kan tillades efter retsbrudssynspunktet. Hjemmelen til at inddrage manglens beskaffenhed kan tænkes at hidrøre fra dommen U1995.484H, der ses behandlet ovenfor.

4.2.4: U.2012.2255H

I sagen solgte producenten A en vindmølle til B. I forbindelse med salget havde A foretaget en produktionsevneberegning som blev overdraget til B. Vindmøllen blev

¹⁰⁶ Se U.2004.114H hvor man anvendte det "ladede" udtryk "*sådanne håndværksmæssige fejl*".

herefter solgt igennem samtlige led og endte til sidst hos køber E. Produktionsevneberegningen medfulgte i samtlige overdragelser. Det vidste sig herefter, at vindmøllen ikke producerede den mængde strøm der fremgik af produktionsberegningen foretaget af A. Det viste sig ved en uafhængig kontrolberegning, at vindmøllen producerede ca. 20 % mindre strøm, end hvad der fremgik af de originale beregninger. E anlagde herefter en sag mod sin umiddelbare kontraktpart D og den oprindelige sælger, A. Det er dog kun kravet mod A, der har interesse for denne analyse.

Sagen blev indledende ført ved Vestre Landsret. Her blev A's frifindelsepåstand taget til følge. I forbindelse med frifindelsen udtalte LR følgende: "*[...] Vestas har begået en professionel fejl ved vurderingen af den ruhedsfaktor, der indgår i beregningen af vindmøllens forventede energiproduktion. Det er imidlertid ikke godtgjort, at den begåede fejl er så grov, at E, som A ikke er kontraktspart med, kan rette et erstatningskrav direkte mod A*". Her ses LR foretage en lignende vurdering som i tidligere praksis ved at foretage en vurdering af den begåede fejl. LR vurderer i forlængelse heraf den begåede professionelle fejl fra A som ikke værende grov nok til, at et direkte erstatningskrav kan indrømmes. LR ses derfor som værende af den opfattelse, at der skal mere en "blot" en professionel fejl til, for at der er tale om et retsbrud. Dette kan tolkes som, at LR i hvert fald ikke anerkender simpel uagtsomhed som værende nok til, at der tillades et direkte krav udenfor kontrakt mod tredjemand. Sagen blev herefter anket til Højesteret.

HR gik imod LR's afgørelse, og indrømmede et direkte krav udenfor kontrakt mod A. I forbindelse hermed anførte HR i sine præmisser: "*Efter skønsmandens, SM, besvarelse af spørgsmål C tiltræder Højesteret, at A har begået en professionel fejl ved vurderingen af den ruhedsfaktor, der indgår i beregningen af vindmøllens energiproduktionsevne, således at produktionsevnen var overvurderet i beregningen*".

Her ses HR at være på linje med LR's vurdering vedrørende, at der "blot" er tale om en professionel fejl fra A's side. HR vurderer dog, at en professionel fejl er nok til, at der skal indrømme et direkte krav udenfor kontrakt. HR udtalte endvidere i sine præmisser: "*[...] lægger Højesteret til grund, at A var bekendt med, at de produktionsevneberegninger, som A foretog i forbindelse med salg af vindmøller til B, blev anvendt i forbindelse med senere erhververes finansiering af deres køb, og at B således ved videresalg udleverede energiberegningerne til køberne. Det var derfor påregneligt (un-*

derstreges her) for A, at det kunne medføre tab for senere erhververe, hvis A's produktionsevneberegninger ikke var udført fagligt korrekt". Her ses HR som læggende betydelig vægt på påregneligheden af det indtrådte tab/skuffelse for de senere erhververe af vindmøllen, hvilket er i overensstemmelse med det traditionelle udgangspunkt vedrørende det direkte krav, at hjemmelsmanden skal kunne påregne, at dennes mangel/undladelse vil kunne påføre en skuffelse for senere kontraktled¹⁰⁷. HR anførte slutteligt i sine præmisser, at ansvarsbegrænsninger samt manglende reklamation i tidligere aftaleled var uden betydning, hvorfor det kan lægges til grund, at det aktuelle direkte krav var begrundet ved retsbrudssynspunktet.

Afgørelsen vurderes at være en lempelse i forhold til den påkrævede grad af culpa, der ses i tidligere retspraksis. HR ses i afgørelsen, modsat LR i den aktuelle sag samt tidligere praksis¹⁰⁸, at have lempet kravet til det direkte krav ved at undlade brugen af ladede udtryk som eksempelvis "klar, professionel fejl" og "sådanne håndværksmæssige fejl". Afgørelsen kan fortolkes som støttende overfor Hørlycks fremførelse af, at et direkte krav udenfor kontrakt kan indrømmes, når blot der er begået faglige fejl¹⁰⁹. HR skaber derfor ved afgørelsen præcedens for, at der kan indrømmes et direkte krav udenfor kontrakt, blot der er tale om en professionel fejl, samt at et tab i senere aftaleled er en adækvat følge heraf.

4.2.5: TBB 2014.531 VBA

Her 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. 1.000.000,00 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. 80.000,00 ekskl. moms, og at UR's ansvar var

¹⁰⁷ Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4 udg., s. 436

¹⁰⁸ Se de øvrige analyserede afgørelser i denne afhandling; U1995.484H og U2004.114H.

¹⁰⁹ Hørlyck, Erik, Entreprisen - AB 18 med kommentarer, 8. udg., s. 140.

begrænset til honorarets størrelse. Da bobledækkene var udført, viste disse sig at være mangelfulde, og årsagen hertil var den mangelfulde statikerkontrol, der var udført af UR.

PR, der var konkurs, blev af voldgiftsretten dømt at have udvist grov uagtsomhed og blev i den forbindelse idømt at yde BH en erstatning pålydende 1 million kr., hvilket stemte overens med den aftalte ansvarsbegrænsning i forholdet mellem BH og PR. UR blev kendt direkte erstatningsansvarlig for BH's tab på kr. 65.798.206,00, og VR udtalte ved afsigelse af kendelsen:

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

Her ses VR udtrykkeligt at konstatere, at det direkte krav tillades efter retsbrudssynspunktet. Dette kan udledes direkte, siden VR tillader det direkte krav efter reglerne om erstatning udenfor kontrakt, samt at ansvarsgrundlaget ses som værende culpa. Endvidere ses kerneelementer ved retsbrudssynspunktet, siden ansvarsbegrænsninger i det tidligere kontraktled ikke begrænser det direkte krav¹¹⁰. VR udtalte endvidere: *"Voldgiftsretten finder imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at UR har udvist grov uagtsomhed [...]".* Her ses VR, modsat tidligere praksis¹¹¹, at lægge en tydeligere linje imellem den udførte fejl og den udviste grad af culpa. Her kan det udledes direkte af VR's præmisser, at en *"professionel fejl af sådan en karakter"* ikke er ensbetydende med grov uagtsomhed. Det kan dog ikke udledes direkte af kendelsen, om der er tale om simpel culpa, eller om den culpøse adfærd ligger et sted imellem simpel og grov. VR's brug af udtrykket *"professionelle fejl af en sådan karakter"* vurderes dog at indikere, at der er tale om en grad af culpa, der ligger over simpel¹¹².

¹¹⁰ Om forholdet imellem retsbrudssynspunktet og aftalte ansvarsbegrænsninger, se denne afhandlings pkt. 4.1.

¹¹¹ Se denne afhandlings analyse af dommene U1995.484H, U2004.114H samt U2010.365V, hvor retterne anvendte begrebet *"fejl"* uden at knytte det direkte til en uagtsomhedsgrad.

¹¹² Se denne afhandlings analyse af U2004.114H, hvor udtrykket *"sådanne"* vurderedes som udtryk for en særlig grad af culpa.

Udover culpagraden fremgår det også af VR's præmisser, "at bobledækket udgjorde en vigtig del af hele bygningens statik". VR ses derfor også at inddrage manglens væsentlighed i vurderingen af, om et direkte krav skal tillades, hvilket også ses i tidligere højesteretspraksis på området¹¹³.

VR's kendelse kan derfor siges at åbne op for, at der kan tillades et direkte krav, der tilsidesætter aftalte ansvarsbegrænsninger, uden at der er udvist grov culpøs adfærd. Dette kan skabe en uhensigtsmæssig retsstilling. Ved at tillade et direkte krav, der tilsidesætter aftalte ansvarsbegrænsninger, uden at der foreligger grov culpa, gives BH en bedre retsstilling overfor UR, end han har overfor sin umiddelbare medkontrahent. Dette skyldes, at aftalte ansvarsbegrænsninger i et *inter partes* forhold almindeligvis tilsidesættes, når en begået fejl er udtryk for grov uagtsomhed¹¹⁴¹¹⁵. UR bliver derfor mødt af et krav fra BH, som BH ikke kunne have rettet mod sin direkte kontrakt-part ved den samme grad af uagtsomhed. BH's retsstilling i forhold til det direkte krav adskiller sig derfor væsentligt i forhold til BH's retsstilling i henhold til kontrakten, som ligger til grund for erstatningskravet¹¹⁶.

VR's kendelse kan derfor have vidtgående konsekvenser for aktørerne indenfor entrepriseretten. Kendelsen åbner nemlig op for, at entreprenører og rådgivere ikke har mulighed for at forudse risikoen i en konkret opgave, siden aftalevilkår kan tilsidesættes blot ved udvisning af *professionelle fejl*.

4.2.6 Sammenfattende om retsstillingen i praksis

Der ses i overensstemmelse med de fremførte teoretiske betragtninger, at der i dansk entrepriseret, som en undtagelse til relativitetsprincippet, tillades et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Der tegner sig dog ikke et entydigt billede i praksis for, hvilken grad af culpa der kræves, for at der indrømmes et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Dette skyldes bl.a., at der i praksis ikke anvendes en traditionel erstatningsretlig terminologi til fastlæggelsen af culpagraden. I stedet for ses domstolene anvende udtrykket "fejl" ved bedømmelsen, hvilket utydeliggør, om bedømmelsen angår

¹¹³ Jf. U1995.484H.

¹¹⁴ Adamsen, John, U.1996B.124, Er retsbrudssynspunktet en farbar vej? s. 3.

¹¹⁵ Madsen, Palle Bo, U.2018B.131, Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold, s. 6.

¹¹⁶ Adamsen, John, U.1996B.124, Er retsbrudssynspunktet en farbar vej? s. 3.

den uagtsomme handling/undladelse eller dennes konsekvens for skadelidte¹¹⁷. På baggrund af den i praksis anvendte terminologi er det nødvendigt at fortolke begrebet *fejl* over i en uagtsomhedsvurdering. I *U1995.484H* blev der indrømmet et direkte krav, på baggrund af at rådgiveren A havde begået en "*klar, professionel fejl*", og ses denne dom som et opgør med den tidligere retsstridighedslære og som en lempelse af ansvarsgrundlaget¹¹⁸. I Højesterets afgørelse *U2004.114H* blev der indrømmet et direkte krav, efter at UE havde begået flere fejl, som blev kategoriseret som "*sådanne håndværksmæssige fejl*". Dette udtryk ses også som anvendt i landsrettens afgørelse *U2010.365V (dissens)*, hvor en UE blev frifundet, da der ikke var vurderet at foreligge "*sådanne håndværksmæssige fejl*". Retternes brug af udtrykket "*sådanne håndværksmæssige fejl*" kan tolkes som en yderligere lempelse af culpagraden ift. en klar og professionel fejl. I Højesterets afgørelse *U2012.2055H* indrømmedes der et direkte krav udenfor kontrakt mod en vindmølleproducent på baggrund af en "*professionel fejl*", hvilket kan fortolkes som at være et tilfælde af simpel uagtsomhed. I nyere voldgiftspraksis ses der en mere præcis culpaterminologi anvendt. Her ses der i kendelsen *TBB2014.531VBA*, at en rådgiver blev idømt at være direkte ansvarlig for "*professionelle fejl af sådan en karakter*", der samtidig ikke blev vurderet at være udslag af "*grov uagtsomhed*". Her ses voldgiftsretten at foretage en præcis binding imellem den udførte fejl og den udviste culpøse adfærd. Der kan på baggrund af ovenstående praksis ses en udvikling i forhold til det direkte krav. Denne udvikling viser, at der i nyere praksis kan indrømmes et direkte krav i entreprise, såfremt den udviste culpøse adfærd ligger et sted imellem simpel og grov uagtsomhed. Graden af den påkrævede culpa vurderes dog at ligge over simpel uagtsomhed, grundet retternes anvendelse af "ladede" begreber som "*sådanne håndværksmæssige fejl*" og "*klar, professionel fejl*", hvilket indikerer, at ikke enhver fejl kan begrunde et direkte krav¹¹⁹. Voldgiftsrettens kendelse *TBB2014.531VBA* taler med sin klare terminologi omkring ansvarsgrundlaget for, at der i hvert fald ikke kan sættes et krav om grov uagtsomhed. De øvrige afgørelses tilbageholdenhed ved at kategorisere den udviste adfærd i det traditionelle erstatningsretlige begreb "*grov uagtsomhed*" taler også for, at der ikke længere kan opstilles et krav om grov uagtsomhed for at indrømme et direkte krav. Den påkrævede

¹¹⁷ Munk Hansen, Carsten, *Fast Ejendom I*, 2. udg., s. 449.

¹¹⁸ Se Højesterets afgørelse *U1973.413H*, hvor sælgeren af en byggegrund blev idømt et direkte erstatningsansvar udenfor kontrakt, for at have handlet "*klart retsstridigt*" ved bevidst at have fortiet om piloteringsforholdene.

¹¹⁹ Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, 1. udg., s. 714.

culpograd for, at der indrømmes et direkte krav, vurderes på baggrund heraf at ligge et sted imellem simpel og grov uagtsomhed.

Udover ansvarsgrundlaget ses der i afgørelserne også at være lagt vægt på væsentligheden af de mangler, der er resultat af den udviste culpøse adfærd. Her ses der bl.a. i U1995.484H, at de professionelle fejl vedrørte ”*væsentlige egenskaber ved ejendommen*”. I U2010.365V blev der udover culpavurderingen også foretaget en vurdering af manglernes økonomiske omfang og væsentlighed. Sluttelig ses der i kendelsen TBB2014.531VBA at være lagt vægt på, at de mangelfulde bobledæk udgjorde ”*en vigtig del af hele bygningens statik*”. Det kan derfor udledes af praksis, at der også inddrages hensynet til manglens økonomiske omfang, og om manglen vedrører væsentlige dele ved byggeriet. Denne inddragelse af øvrige hensyn ved indrømmelsen af direkte krav kan tænkes at være en reaktion fra domstolene på baggrund af den lempelse af culpagraden, der ses i rets- og voldgiftspraksis.

4.3 Baggrund og virkning for AB 18 § 8, stk. 5, 3. og 4. pkt.

Den ovenfor foretagne analyse af praksis vedrørende et direkte krav efter retsbrudssynspunktet viser, at der kan indrømmes et direkte krav, uanset at der er ikke udvist grov uagtsomhed. I forhold til det påkrævede ansvarsgrundlag vurderes retsstillingen at være, at det direkte krav tillades ved en culpograd liggende imellem simpel og grov uagtsomhed, jf. denne afhandlings pkt. 4.2.1.

På baggrund af den hidtidige retsstilling vedrørende det direkte krav efter retsbrudssynspunktet har man blandt aktørerne indenfor det entrepriseretlige område efterspurgt regulering på området¹²⁰. Dette skyldes, at en eventuel UE vil indgå i en kontrakt med den forventning, at den ydelse, der skal erlægges, eller mangel heraf, vurderes på baggrund af den indgåede aftale, og at eventuelle risici kan begrænses ved aftale. Her har voldgiftsrettens kendelse TBB2014.531 VBA givet særlig anledning til reaktioner, da kendelsen indrømmede et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, der

¹²⁰ Se i denne forbindelse bl.a.: Muff, Steffen Hebsgaard, 2017, Kan AB-udvalget komme direkte krav til livs?, www.njordlaw.com. Hentet: 10.3.2020.

tilsidesatte aftalte ansvarsbegrænsninger i samtlige led, på trods af at der ikke var udvist grov uagtsomhed fra UR. Der er fremført synspunkter omkring kendelsen, hvor det ses som værende urimeligt, at BH kan foretage et direkte krav, der selv tilsidesætter de ansvarsbegrænsninger, som BH har tiltrådt ved aftale, velvidende at PR var en relativt lille virksomhed¹²¹. Man har derfor i forbindelse med udarbejdelsen af AB 18 efterspurgt noget, der ligner *himalaya-klausuler*¹²², der bl.a. ses anvendt i transportretten til beskyttelse af en tredjemand, der ikke er en del af kontrakten¹²³¹²⁴.

Denne usikre retsstilling for underentreprenører og deres mulighed for at påberåbe sig ansvarsbegrænsninger og øvrige aftalevilkår gjorde, at revideringsudvalget for AB 18 fandt, at der var behov for regulering på området¹²⁵. I betænkningen til AB 18 ses der at være henvist direkte til afgørelserne U2004.114H samt TBB2014.531VBA, hvorfor det kan antages, at udvalget anerkender, at der eksisterer en utilfredsstillende retstilstand på området¹²⁶. AB-udvalget valgte derfor at udbygge de eksisterende regler vedrørende det direkte krav og indførte derfor bl.a. den nye bestemmelse i AB 18 § 8, stk. 5, der har følgende ordlyd:

”Stk. 5. Et direkte mangelkrav 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. Det er endvidere undergivet bestemmelserne i kapitel J om tvisteløsning. Bygherren giver afkald på krav mod underentreprenører og leverandører på erstatning udenfor 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 anvendelse¹²⁷.”

¹²¹ Damgaard, Søren, 2015, *Direkte krav kan fjerne ansvarsbegrænsning*, www.berlingske.dk. Hentet: 10.3.2020

¹²² *Himalaya-klausul*: Vilkår i transportaftale, hvorefter bestemmelser om transportørens indsigelser og ansvarsbegrænsninger kan gøres tilsvarende gældende, hvis krav i anledning af transportaftalen gøres gældende mod andre, som transportøren hæfter for (ansatte eller underentreprenører), jf. sølovens § 282; begrebet stammer fra navnet på et skib, der var involveret i en engelsk retssag herom. Jf. Von Eyben, Bo, Juridisk ordbog, 13. udg.

¹²³ Muff, Steffen Hebsgaard, 2017, *Kan AB-udvalget komme direkte krav til livs?*, www.njordlaw.com. Hentet: 10.3.2020.

¹²⁴ Se bl.a. sølovens § 282, stk. 2.

¹²⁵ AB-betænkning nr. 1570, 2018, s. 21.

¹²⁶ AB-betænkning nr. 1570, 2018, s. 81.

¹²⁷ En identisk bestemmelse ses som værende indført i ABR 18, § 7, stk. 5.

Bestemmelsen er, bl.a. i *Karnovs noter*, blevet betegnet som "lex bubbledeck", da den vurderes at være en direkte reaktion til den retsstilling, der blev fastslået i "bubbledeck" dommen TBB2014.531VBA¹²⁸. Bestemmelsen ses at regulere direkte krav i 1., 3. og 4. pkt. Her ses det indledningsvis at være anført, at et direkte mangelkrav som udgangspunkt skal være af subrogationslignende karakter. Dette ses ved, at BH forpligter sig til at være undergivet de ansvarsbegrænsninger, der fremgår af samtlige kontraktled¹²⁹. I forlængelse heraf fremgår det af bestemmelsens 3. og 4. pkt., at BH giver afkald på at kunne gøre et direkte krav udenfor kontrakt (læs: retsbrudssynspunktet) gældende, medmindre det kan påvises, at manglerne er resultat af grov uagtsomhed eller forsæt fra en eventuel underentreprenør eller leverandør. Man forsøger derfor ved indførelsen af de nye bestemmelser at gøre op med den eksisterende retstilstand, der eksisterer på baggrund af praksis, ved væsentligt at indskrænke BH's adgang til at gøre et direkte krav udenfor kontrakt gældende. Den samlede bestemmelse kan derfor forstås som, at BH forpligter sig til udelukkende at rette et direkte mangelkrav efter subrogationssynspunktet, medmindre der i senere aftaleled er udvist grov uagtsomhed eller forsæt. Dette kan udledes af betænkningen til bestemmelsen, at bestemmelsen er indsat for at sikre, at BH ikke får en bedre retsstilling overfor UE, end denne ville have overfor HE¹³⁰. Bestemmelsen er derfor et forsøg på at gøre op med den usikre retsstilling på området ved at begrænse et eventuelt direkte mangelkrav til udelukkende at kunne begrundes i de underliggende kontraktuelle bestemmelser. Udvalget kan derfor siges at have taget et noget konservativt standpunkt i forhold til det direkte krav udenfor kontrakt, siden man går tilbage til det "historiske udgangspunkt", at kun grov uagtsomhed og forsæt kan udgøre et retsbrud. De nye bestemmelser vil tvinge retterne til at foretage en mere klar og traditionel begrebsanvendelse i forhold til fastlæggelse af ansvarsgrundlaget. Dette vil være nødvendigt, da retterne i tidligere retspraksis ses at have anvendt begrebet "*fejll*", hvilket ikke giver et klart signal om, hvor den udviste adfærd, der forårsagede manglen, ligger i forhold til culpa. Det er nemlig afgørende for anvendelsen af AB 18 § 8, stk. 5, at manglen skyldes groft uagtsom eller forsættelig adfærd, jf. bestemmelsens 4. punkt.

¹²⁸ Karnovs noter, AB 18, § 8, stk. 5, note 61.

¹²⁹ For en nærmere belysning af subrogationssynspunktet, se denne afhandlings kapitel 3.

¹³⁰ AB betænkning nr. 1570, 2018, s.83.

Til at foretage en vurdering af bestemmelsens reelle virkning vil det være relevant at inddrage tidligere praksis med henblik på at undersøge, om bestemmelsen kan påvirke retstilstanden vedrørende at gøre et direkte krav udenfor kontrakt gældende mod tredjemand. Enkelte af de domme, der er blevet anvendt til at analysere retstilstanden i afsnit 4.2, vil derfor anvendes til at foretage denne vurdering. I vurderingen vil der blive reflekteret over, om sagerne kunne have fået et anderledes udfald, såfremt AB 18 var aftalt i de entrepriseretlige kontraktrelationer.

Her vil Højesterets afgørelse U.2004.114H indledningsvis blive inddraget. I sagen bestod aftaleforholdet af "BH – HE – UE". Såfremt AB 18 var tiltrådt i aftaleforholdene, ville BH altså være afskåret fra at rette et direkte krav udenfor kontrakt for "*sådanne håndværksmæssige fejl*", da disse ikke vurderes at være udslag af grov uagtsomhed eller forsætlig adfærd, jf. analysen foretaget i denne afhandlings afsnit 4.2. BH's krav ville derfor, på baggrund af det manglende ansvarsgrundlag, være begrænset til udelukkende at kunne rejses efter subrogationssynspunktet. UE ville derfor kunne påberåbe sig manglende reklamation i det tidligere kontraktled. Det ville derfor have afgørende betydning, at HE burde have opdaget fejlene og reklameret herom. Sagen kan derfor antages at ville have fået et andet udfald, såfremt AB 18 regulerede aftalerelationerne. I voldgiftsrettens kendelse TBB2014.531VBA var der også tale om et "rent" entrepriseretligt kontraktforhold. Her udtalte VR udtrykkeligt i sine præmisser, at der blev tilladt et direkte krav udenfor kontrakt, på trods af at de begåede fejl ikke var resultat af grov uagtsom adfærd. Her ville en tiltrædelse af ABR18 have resulteret i, at kravet ville være begrænset til kontraktgrundlaget, hvorfor ansvarsbegrænsningerne i samtlige kontraktled ville have begrænset det direkte krav. BH's krav mod UR ville derfor være begrænset af aftalebegrænsningen i aftaleforholdet "PR – UR", der udgjorde kr. 80.000,00. En eventuel tiltrædelse af AB 18, § 8, stk. 5 ville derfor have gjort en væsentlig forskel i sagen, da BH's krav i stedet for at udgøre de indrømmede 65 millioner kr. ville være begrænset til kr. 80.000,00.

I en situation lignende den i U1995.484H ville der være andre omstændigheder, der ville gøre sig gældende. I denne afgørelse blev det direkte krav rettet af en senere erhverver af den for sagen aktuelle ejendom. Da AB-vilkårene er "standard dokumenter", skal de som udgangspunkt være vedtaget for at regulere retsforholdet, jf. denne fremstillings pkt. 2.1. Betingelserne vil derfor, grundet deres aftaleretlige karakter, ikke binde eventuelle købere af en fast ejendom, der ikke indgår en aftale på grundlag af

AB 18¹³¹. Bestemmelsen kan derfor siges at have den svaghed, at den kun beskytter en eventuel UE fra et direkte krav, i de tilfælde hvor AB 18 regulerer retsforholdet. Bestemmelsen vil derfor ikke beskytte en UE mod et direkte krav udenfor kontrakt, når kravet rettes af en senere erhverver af en fast ejendom, samt i de tilfælde hvor BH i udarbejdelsen af udbudsmaterialet har fraveget § 8, stk. 5.

5. Konklusion

Subrogationssynspunktet ses i dansk ret som værende anerkendt som en undtagelse til princippet om aftalers relativitet. Synspunktet ses også at være tiltrådt blandt teoretikere indenfor det entrepriseretlige område, hvor det er blevet beskrevet som "ubetænkeligt" at tillade et direkte krav hjemlet ved subrogationssynspunktet, da kravet vil være begrænset i de tidligere kontraktled. Synspunktet ses også som værende anerkendt og anvendt i praksis. Her kan synspunktet bl.a. udledes af landsrettens dom TBB2003.302V samt af voldgiftsrettens kendelse TBB2017.557.

Retsbrudssynspunktet ses også at være anerkendt i dansk ret. Her ses teoretikere at være enige om, at et direkte krav udenfor kontrakt kan hjemles ved retsbrudssynspunktet, når de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldt. Der består dog en uenighed om, hvilken grad af culpa der kræves, før et direkte krav kan indrømmes. Ud fra en analyse af praksis kan der i overensstemmelse med de teoretiske betragtninger ses en indrømmelse af direkte krav hjemlet ved retsbrudssynspunktet. Her ses domstolene bl.a. i U.1995.484H, U.2010.365V og TBB2014.531VBA at lægge vægt på manglernes væsentlighed og omfang. Det er tegner sig dog hellere ikke i praksis et entydigt billede af, hvilken grad af culpa der kræves for at indrømme et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Dette skyldes, at retterne ikke har anvendt en traditionel erstatningsretlig terminologi i forhold til ansvarsgrundlaget, hvor domstolene har anvendt begrebet "fejll". Der har dog været en udvikling i praksis, hvor der er blevet indrømmet direkte krav udenfor kontrakt, uanset at der ikke har foreligget grov uagtsomhed. I tidligere praksis ses der at have været et krav om henholdsvis "klar, professionel

¹³¹ Hørlyck, Erik, *Entreprise - AB 18 med kommentarer*, 8. udg., s. 140.

fejl" i U.1995.484H, om "*sådanne håndværksmæssige fejl*" i U.2004.114H og en "*professionel fejl*" i U.2012.2055H for at indrømme et direkte krav. Slutteligt blev der i TBB2014.531VBA indrømmet et direkte krav for "*professionelle fejl af sådan en karakter*", der samtidig ikke var vurderet som værende groft uagtsomme.

Der kan på baggrund af den foreliggende teori og praksis konkluderes, at der indrømmes et direkte krav hjemlet ved retsbrudssynspunktet, såfremt de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldt. I forlængelse heraf er retsstillingen i forhold til ansvarsgrundlaget den, at der ikke kan sættes et krav om grov uagtsomhed, men at skyldgraden vurderes at ligge et sted imellem simpel og grov uagtsomhed.

Man har på baggrund af denne retsstilling forsøgt at regulere det direkte krav i entrepriseretten. Dette har man gjort ved indførelsen af § 8, stk. 4 og 5 i AB 18. Med indførelserne af disse bestemmelser er BH begrænset til at rette et direkte mangelkrav der er af "subrogationslignende karakter" og begrænset af samtlige kontraktled, medmindre det kan påvises, at manglerne er resultat af groft uagtsom eller forsætlig adfærd. Indførelsen af bestemmelserne vil potentielt skabe en klar linje på området, da synspunktet karakteriseres ved, at alle kontraktled medtages i en vurdering af det direkte krav samt omfanget heraf. Det kan dog ikke konkluderes, at muligheden for at rette et direkte krav de facto er begrænset ved indførelsen af de aktuelle bestemmelser, da de er af aftaleretlig karakter og derfor skal være tiltrådt for at have virkning.

6. Abstract

This thesis is an analysis of the possibility to make a direct claim in construction law. By direct claim is meant, a direct claim from a developer or later acquirer of property, towards a contractor's subcontractor or subconsultant. Since this legal area is not regulated by law, the analysis comprises legal literature, basic principles of Danish contract law, Danish case law from the public and arbitrational courts, and, finally, the general conditions for building and construction works (AB 18).

The analysis will explain the principle of a contract's relativity and the exceptions to this principle. In Danish legal literature, there are presented numerous theories, which may serve as exceptions to the principle of a contract's relativity. This thesis is limited to the theories of subrogation and tort-liability, since these are the only theories that appear directly used in Danish case law. The theory of subrogation is based on a direct claim "withing contract", which means, that the direct claim is affected and limited by previous contractual terms. Contrary to the theory of subrogation, the theory of tort-liability addresses a direct claim "outside of contract", which means, that the direct claim is not limited by e.g. terms regarding liability limitations. These theories are explained and examined – by using legal literature and case law. Furthermore, this thesis consists of an analysis of the conditions set forward by Danish theorists to allow a tort-liability direct claim, with a focus on the liability basis, being culpa – and how this condition is used by the Danish courts. The analysis of case law shows that the courts have deviated from the previous condition of a culpa degree of *gross negligence* or *intent*, to allowing a direct claim wherein the contractor or technical consultant merely have acted with *simple negligence*. This relaxation of the degree of culpa, which is conditioned to allow a direct claim, has created an unsatisfactory legal situation for subcontractors and subconsultants. This legal precedent created by the courts has resulted in an inability for sub- contractors and advisors to calculate risks in their agreements, by, for example, using liability limitation terms – since these are made ineffective when a direct claim is based in the theory of liability tort. As a reaction to this unsatisfactory legal status, the committee that revised the previous general conditions for building and construction works (AB 92) significantly expanded the existing clauses, regarding a direct claim. The expansion resulted in an introduction of AB 18, § 8 paras. 4 and 5 which regulate direct claims in construction. These new rules have the effect, that upon accession to AB 18, § 8, paras. 4 and 5, the developer undertakes

to rectify only a direct claim based on the theory of subrogation, unless gross negligence or intent can be proven. It is the view of the author, that the introduction of the new rules in AB 18 regarding direct claims have the potential to create a predictable contractual relationship between the developer on one side and contractors, subcontractors and subconsultants on the other. However, the provisions have the weakness, that they by their nature of "standard terms and conditions" require an active accession in order to have an effect, which is why they will not protect against a direct claim from, for example, later acquirers of a property that has not agreed to the terms.

7. Litteratur- og domsliste

Bøger:

Ulfbeck, Vibe, Kontraktens Relativitet, 1. udgave.

Gomard, Bernhard, Almindelig kontraktsret, 5. udgave.

Bryde Andersen, Mads og Lookofsky, Joseph, Lærebog i Obligationsret I, 4. udgave.

Munk Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. udgave.

Munk Hansen, Carsten, Fast Ejendom I, 2. udgave.

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

Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. udgave.

Vagner, Hans Henrik, Entrepriseret, 2. udgave.

Hørlyck, Erik, Entreprise, 7. udgave.

Hørlyck, Erik, Entreprise - AB 18 med kommentarer, 8. udgave.

Lynge Andersen, Lennart & Bo Madsen, Palle, Aftaler og mellemænd, 4. udgave.

Von Eyben, Bo, Juridisk ordbog, 13. udgave.

Artikler:

Wittrup, Irene, U1988B.129, Forældelse af entreprenøransvar ved springende regres.
Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen, U1995B.385, Springende regres – kontraktsafhængige retsbrudsansvar.

Adamsen, John, U1996.124, Er retsbrudssynspunktet en farbar vej?

Windahl, Jesper, U.2001B.242, Direkte krav og forumklausuler.

Edlund, Hans Erik, U.2006B.173, Direkte krav i de seneste års retspraksis.

Madsen, Palle Bo, U.2018B.131, Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold.

Iversen, Torsten og Bryde Andersen, Mads, U.2014B.317, Voldgiftsklausulers rækkevidde er tiden inde til en nyorientering, hvad angår fortolkningen af voldgiftsklausuler?

Hørlyck, Erik, T:BB 2018.299, En reform med respekt for fortiden.

Wengler-Jørgensen, Peter og Olsen, Frederik Lenskjold, T:BB2018.380, Direkte krav inden for det nye AB-system.

Iversen, Torsten, TBB2018.398, Om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler.

Betænkninger og vejledninger:

Vejledning nr. 9632, 2018-08-10, Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed.

Betænkning nr. 1570 af 2018, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed.

Betænkning nr. 1246 af 1993, Betænkning fra Udvalget til revision af "Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB72)".

Praksis:

UfR:

U1973.413H

U1995.484H

U2004.114H

U.2010.365V

U.2012.2055H

U2014.2042H

TBB:

TBB 1998.16V

TBB2000.269VLD

TBB 2000.450VBA

TBB2003.302V

TBB 2004.149

TBB 2005.79/2

TBB2007.442

TBB 2008.322:

TBB 2010.125

TBB2012.260

TBB 2014.531 VBA

TBB 2017.779

TBB 2017.557

Onlinenyhedsartikler:

Dianati, Peter og Repurth Jeppe, 2016, *BYGGEJURA: Direkte krav - erstatning uden om aftaleforhold?*, www.licitationen.dk. Hentet: 10.3.2020.

Muff, Steffen Hebsgaard, 2017, *Kan AB-udvalget komme direkte krav til livs?*, www.njordlaw.com. Hentet: 10.3.2020.

Damgaard, Søren, 2015, *Direkte krav kan fjerne ansvarsbegrænsning*, www.berlingske.dk. Hentet: 10.3.2020