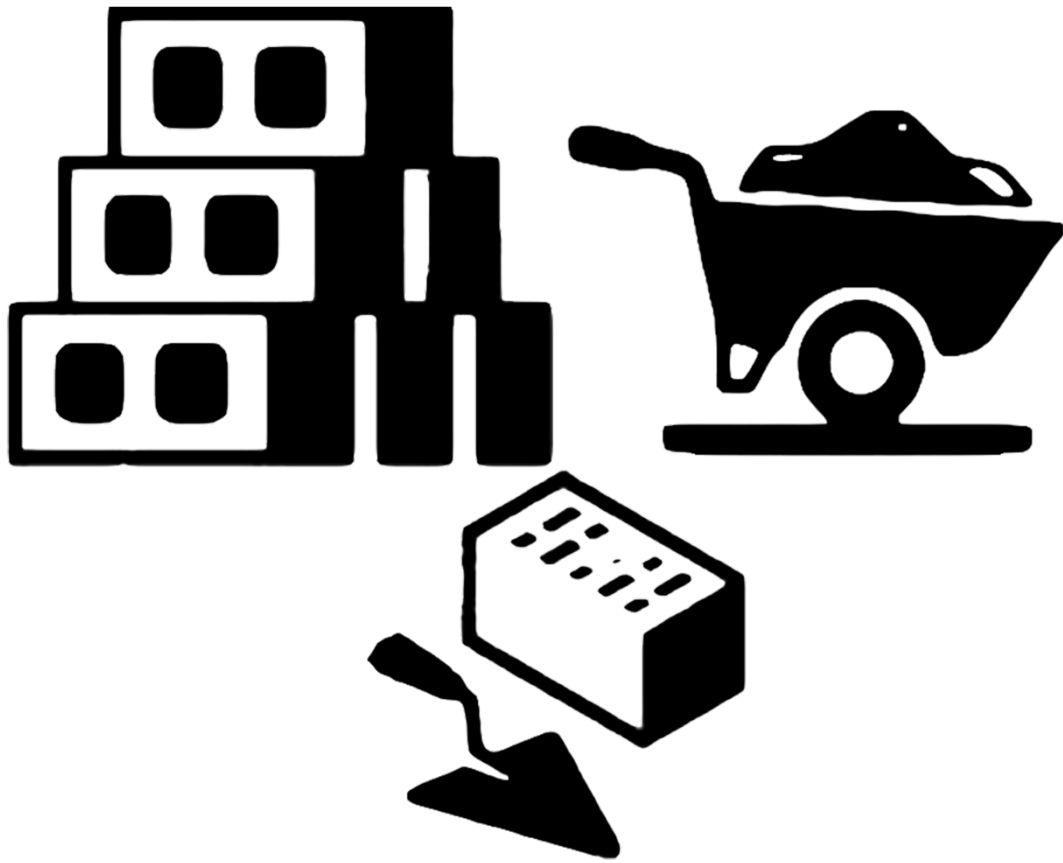




MATERIALEFEJL I BYGGEMATERIALER

Kandidatspeciale 2021

Johan Hejlskov Jensen
20166232

Titelblad

Uddannelse:	Jura, Aalborg Universitet
Dansk titel:	Materialefejl i byggematerialer
Engelsk titel:	Defects in construction materials
Forfatter:	Johan Hejlskov Jensen
Semester:	10. semester
Fagområde:	Entrepriseret
Vejleder:	Carsten Munk-Hansen og Anders Ørgaard
Afleveringsdato:	19. maj 2021
Omfang:	130.869 anslag

Abstract

The purpose of this thesis is to examine the risk and liability with regards to defects in construction materials. The thesis seeks to illustrate what risk and liability lies on the client and the contractor when using defective construction materials. The thesis will examine two concepts of defective construction materials. The first being in relation to the application. Construction materials can be defective because the materials are not suitable for the intended purpose. Secondly, construction materials can be defective due to a flaw in the material itself. These two concepts of material defects shall be examined in this thesis. To do this, it is pertinent to first define the concept of defects in Danish construction law. Lastly, the thesis includes a characterization of the notion in Danish construction law regarding construction knowledge at a given time.

To define the concept of defects in Danish construction law, the thesis describes and analyses what is considered a defect under current Danish law. In the analysis the two types of perceiving defects shall be examined. The timing of the defect assessment is also considered. All this shall be done utilizing the relevant literature and reviewing relevant case law. The obligation of supplying the materials for the construction shall also be addressed. Section two concludes, that unless the parties agree otherwise, the obligation of supplying the construction materials is the responsibility of the contractor. Additionally, the thesis concludes, that which party is subject to the liability and risk associated with construction materials, is heavily determined by what party supplies the materials.

In section three of the thesis the contractor's risk and liabilities shall be examined. When the contractor holds the obligation of materials, the risk and liability for such materials lies on the contractor. However, numerous factors can alter this rule. Such as, if the client approves a proposal of materials, the risk and liability can be transferred to the client. Such relevant factors shall all be examined in section three. The client's risk and liability are the subject of section four. It is a natural continuation following the previous section about the contractor. It will be addressed under what circumstances the client can limit the contractor's choice of materials. For example, the client can define a selection of materials or even supply the materials themselves. To what level the client selects materials for the contractor determines where the risk and liability surrounding the materials shall be placed.

Section five determines what the legal position of the client and contractor is, when using new and untested building materials. For this analysis relevant case law is essential. If the employer chooses to use new and untested materials or selects such materials for the contractor, the risk and liability must be placed on the client. The thesis also examines the concept of development of damages in building materials, where such materials at the time of application were considered suitable for the purpose.

Lastly the thesis concludes under what circumstances the risk and liability concerning the materials are placed on the contractor and when they are transferred to the client.

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING	4
1.1 PROBLEMFORMULERING	5
1.2 AFGRÆNSNING	5
1.3 METODE	6
1.3.1 RETSKILDERNE	6
1.3.1.1 Lovgivning	7
1.3.1.1 AB-vilkårene	7
1.3.1.2 Voldgiftspraksis og retspraksis	8
1.3.1.3 Retslitteratur	9
1.4 OPBYGNING	10
1.4.1 AFSNIT 1 – INDLEDNING	10
1.4.2 AFSNIT 2 – MANGLER I ENTREPRISEN	10
1.4.3 AFSNIT 3 – ENTREPRENØRENS ANSVAR FOR MATERIALEFEJL	10
1.4.4 AFSNIT 4 – BYGHERRENS ANSVAR FOR MATERIALEFEJL	10
1.4.5 AFSNIT 5 – BYGETIDENS VIDEN OG UDVIKLINGSSKADER	11
1.4.6 AFSNIT 6 - KONKLUSION	11
1.5 BEGREBSAFKLARING	11
2 MANGLER I ENTREPRISERETTEN	12
2.1 MATERIALEFORPLIGTELSEN	12
2.2 HVAD ER EN MANGEL	13
2.3 TIDSPUNKTET FOR BEDØMMELSEN	16
2.4 MATERIALEFEJL	17
2.5 DELKONKLUSION PÅ MANGLER I ENTREPRISERETTEN	18
3 ENTREPRENØRENS ANSVAR FOR MATERIALEFEJL	18
3.1 ENTREPRENØRENS FRIE MATERIALEVALG	19
3.2 ENTREPRENØRENS FORSLAG TIL MATERIALEVALGET	21
3.3 ENTREPRENØRENS PLIGT TIL AT GØRE INDSIGELSE	23
3.4 ENTREPRENØRENS ANVENDELSE AF NYE OG IKKE GENNEMPRØVEDE MATERIALER	25
3.5 BESPARELSER	26
3.6 ENTREPRENØREN SOM INDKØBER	27
3.7 DELKONKLUSION PÅ ENTREPRENØRENS ANSVAR FOR MATERIALEFEJL	28
4 BYGHERRENS ANSVAR FOR MATERIALEFEJL	29
4.1 UDGANGSPUNKTET FOR RISIKOFORDELINGEN	29
4.2 BYGHERRELEVERANCER	30
4.2.1 BYGHERREN UDVÆLGER KONKRETE MATERIALER	31
4.2.2 BYGHERREN HAR FORESKREVET ET BESTEMT PRODUKT	31
4.2.3 BYGHERREN HAR FORESKREVET EN BESTEMT MATERIALETYPE	32

4.2.4	BYGHERRENS ANGIVELSE AF LIGNENDE PRODUKTER SOM REFERENCE	33
4.3	DELKONKLUSION PÅ BYGHERRENS ANSVAR FOR MATERIALEFEJL	36
5	BYGGETIDENS VIDEN OG UDVIKLINGSSKADER	36
5.1	UDVIKLINGSSKADER	37
5.2	BYGGETIDENS VIDEN	38
5.3	UDVIKLINGSOPGAVER	44
5.4	DELKONKLUSION OM BYGGETIDENS VIDEN	44
6	KONKLUSION	45
7	LITTERATURLISTE	47
7.1	BØGER	47
7.2	RETS- OG VOLDGIFTS PRAKSIS	47
7.3	ARTIKLER	48
7.4	STANDARD VILKÅR FOR BYGGERI OG ANLÆG	48
7.5	BETÆNKNINGER, FORARBEJDER OG VEJLEDNINGER	48
7.6	DOKUMENTATION FOR OMFANG	49

1. Indledning

”Vi har lært, at vi skal holde os langt væk fra at bruge uafprøvede materialer. Hvis der er en rådgiver eller entreprenør, der foreslår et produkt, der er helt nyt på markedet og meget billigere – så holder vi os langt væk fra det, hvis det ikke har de nødvendige godkendelser.”¹

Sådan udtaler Niels Eilersgaard sig, Byggechef i Alboa. For omkring cirka seks år siden startede den første sag om de famøse MgO-plader. Siden den første sag er dominobrikkerne blevet ved med at falde, og i dag tælles mere end 60 byggeskader bare i almene byggerier. Innovation og udvikling er alfa omega for virksomheder, ikke blot i byggebranchen. Det sørger for virksomhederne hele tiden står forrest med de bedste produkter og udvikler virksomheden.

Det har dog haft sin pris i byggebranchen. For at holde indtjeningen høj kan det ofte være tillokkende at tage chancen med nye og billigere materialer, men det kan koste dyrt. Det kom det til for entreprenørselskabet Enemærke & Petersen. Tilbage i 2010 valgte de at anvende MgO-pladerne til et byggeri i Jylland. 8 år efter blev de pålagt ansvaret og pligten til at udskifte pladerne i en større forligssag med Byggeskadefonden og flere boligselskaber. Det vil komme til at tage op til 2 år, at skifte samtlige plader og udbedre følgeskaderne.

¹ Signe Schlichtkrull, ”Boligorganisation og entreprenør: Vi er blevet mere forsigtige efter MgO-mareridt”, 2020

Men udviklingen ændrer sig ikke. Teknologien i samfundet udvikler sig år efter år. Kravene til byggeriet stiger, og det nye skud på stammen er at byggeriet skal være bæredygtigt. Det stiller krav til materialer og særligt nyudvikling af materialer. Materialer skal ikke blot være bæredygtige, men skal også leve op til den hidtil høje kvalitet. Kombinationen af at parterne jagter den højeste mulige indtjening, og samtidigt bliver pålagt nye regler i forhold til bæredygtigheden af byggeriet, er ikke fordelagtig. Resultatet af dette, er at chancen for at vælge et forkert materiale eller et uhensigtsmæssigt materiale er højere end nogensinde. Ud fra disse spørgsmål søger afhandlingen, finde ud af hvem af parterne må bære ansvaret for det uheldige materialevalg.

1.1 Problemformulering

Afhandlingen tager udgangspunkt i materialefejl. Formålet er at belyse, hvem af byggeriets parter som bærer ansvaret og risikoen ved materialefejl i byggematerialer. I den forbindelse undersøges det entrepriseretlige mangelsbegreb samt byggetidens viden.

1.2 Afgrænsning

Nærværende afhandling vil tage sit udgangspunkt i den danske entrepriseret. For at behandle ovenstående problemformulering anvendes de juridiske retskilder samt AB-vilkårene. Internationale aftalevilkår som FIDIC vil, trods sin plads i entrepriseretten, ikke blive inddraget i afhandlingen. De gældende AB-vilkår samt tidligere udgaver af AB-vilkårene vil anvendes, hvor det skønnes at være relevant. AB-vilkårene for totalentreprise og særligt rådgiver (ABT, ABR) inddrages ikke til at belyse problemstillingen. Rådgiveren kan have væsentlig betydning i relation til allokeringen af risiko og ansvar ved materialefejl, men afhandlingen søger kun at belyse forholdet mellem entreprenøren og bygherren. Endvidere vil eventuelle regreskrav mellem bygherre og rådgiver ligeledes ikke blive behandlet. Forbrugerentreprise og AB-vilkårene for forbrugere (AB-Forbruger) som finder anvendelse på entrepriser med en professionel entreprenør og en forbruger som bygherre behandles ikke. Det kan dog forekomme retspraksis med en forbruger, der optræder i afhandlingen.

Afhandlingen koncentrerer sig om parternes materialeansvar og har alene fokus på ansvaret og risikoen involveret ved materialevalget. Af den grund undersøges parternes retstilling ved udførelsmangler heller ikke.² Der er tale om faktiske mangler ved materialet, hvorfor retlige mangler er udeladt. Sondringen mellem forsinkelse og mangler kortlægges ikke, ligesom forsinkelse i sig selv ikke undersøges. Afhandlingen koncentrerer sig endvidere om byggeri, hvorved

² Torsten Iversen, Entrepriseretten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 2016, s. 577 (Iversen, Entrepriseretten)

anlægsarbejde er udeladt. Hvor begrebet "entreprise" optræder i afhandling, er der tale om den traditionelle entreprise, medmindre der specifikt er angivet andet.

For at kunne belyse parternes risiko og ansvar i relation til materialevalget, vurderes det hensigtsmæssigt for afhandlingen også at afdække det entrepriseretlige mangelbegreb. Mangelbegrebet og entreprenørens ydelse belyses i relation til afhandlingens problemformulering. For så vidt angår mangler, fokuseres der på mangelbegrebet og mangelshæftelsen ved materialefejl. Hvorledes entreprenøren eller bygherren kan gøre mangelsbeføjelser gældende, og i så fald hvilke beføjelser, bliver ikke belyst. Ud fra hensyn om pladsmangel og detaljegrad tager afhandlingen ikke stilling til produktansvar og produktansvarskrav.

1.3 Metode

Afhandlingen er et juridiske kandidatspeciale med afsæt i entrepriseretten. Formålet er at undersøge risikoen og ansvaret ved materialefejl i byggematerialer for entreprenøren og bygherren. Byggetidens viden vil også blive beskrevet med inddragelse af relevant retspraksis. For at kunne undersøge parternes risiko og ansvar ved materialefejl, er det først nødvendigt at definere mangelsbegrebet i entrepriseretten. Formålet med dette er at kortlægge, hvornår der foreligger en mangel generelt, og derefter kortlægge hvornår en mangel foreligger i relation til materialeleverancen. Dernæst er det nærliggende at gennemgå ansvaret ved materialefejl for hver af parterne. Først gennemgås ansvaret og risikoen for materialefejl fra entreprenørens synspunkt. Dernæst gøres det samme fra bygherrens synspunkt. Ud fra nærværende gennemgang kan det konkluderes, hvornår hver part har ansvaret og risikoen for materialefejl. Dette leder afhandlingen videre til dens afsluttende undersøgelse - nemlig hvorvidt grundsætningen om udviklingsrisiko eller byggetidens viden har betydning for konklusionen om parternes risiko og ansvar ved materialefejl.

For at undersøge og besvare afhandlingens problemformulering anvendes den retsdogmatiske metode. Ved hjælp af den retsdogmatiske metode vil afhandlingen derved analysere og beskrive gældende ret (de lege lata³) på området.⁴ Dette sker, traditionelt, ved en anvendelse af retskildegrupperne; loven, retspraksis, sædvane og forholdets natur.⁵ Til brug for beskrivelsen anvendes en række relevante materialer. Deriblandt lovgivning, byggeriets aftalevilkår ("Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed"), rets- og voldgiftspraksis samt retslitteratur og artikler.

1.3.1 Retskilderne

³ Christina Tvarnø og Ruth Nielsen, "Retskilder og retsteorier", Jurist og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2017, side 30 ff.

⁴ Carsten Munk-Hansen, "Retsvidenskabsteori", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2014, s. 63 ff. (Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori)

⁵ Munk-Hansen, "Retsvidenskabsteori", s.195

Til anvendelsen af den retsdogmatiske metode er nedenstående retskilder anvendt. Retskilderne er anvendt i beskrivelsen af de lege lata, og derigennem også besvarelsen er problemformuleringen, hvorfor afhandlingens slutprodukt har nydt indflydelse fra disse retskilder. I det følgende gennemgås de forskellige retskilder, der er anvendt i afhandlingen.

1.3.1.1 Lovgivning

Entrepriseretten er et unikt retsområde, eftersom der i Danmark ingen lov findes om entrepriseforhold.⁶ Der er dermed aftalefrihed blandt parterne⁷, men traditionelt set reguleres parternes aftale ved anvendelse af byggeriets aftalevilkår også kaldet *Almindelige Betingelser (AB)*. Der findes dog en lang række love, som kan have betydning for entreprisen. Disse love er alle offentligretlige love som eksempel byggeloven. Byggeloven regulerer ikke retsforholdet mellem entreprenøren og bygherren, men er en såkaldt rammelov. Sammen med bygningsreglementet skal de sikre, at byggeriet bliver udført og indrettet korrekt. Selv om denne lov og dette regelsæt kan have betydning for entreprisen, har de, i relation til afhandlingens emne, ikke betydning for retsforholdet inter partes.

1.3.1.1 AB-vilkårene

Parternes aftalegrundlag ofte reguleret af AB-vilkårene. De nuværende AB-vilkår, også kaldet AB 18, kom til verden i 2018 og var en revision af de tidligere vilkår AB 92. De første AB-vilkår er fra 1951 (AB 51), og vilkårene er cirka blevet revideret hver 20 år. AB 72 i 1972, AB 92 i 1992 og de nuværende AB 18 i 2018. Betingelserne kan dog følges helt tilbage til 1889, hvor det første udkast blev fremsat.⁸ Vilkårene er af central betydning i entrepriseretten og er resultatet af forhandlinger mellem repræsentanter for hele byggebranchen. Der er altså tale om standardvilkår eller såkaldte "agreed documents". Det kan diskuteres, hvorvidt der egentlig er tale om en retskilde, idet AB-vilkårene er en aftale. Sådanne diskussioner menes dog at være overflødige, hvor blandt andet Torsten Iversen beskriver AB-vilkårene som *"... (de) er uden enhver tvivl en retskilde – og oven i købet den vigtigste retskilde – på det entrepriseretlige område i Danmark"*⁹. Anvendelsen af AB-vilkårene er i princippet ens med anvendelsen af deklaratoriske lovbestemmelser i formueretten.¹⁰ Det anslås, at AB-vilkårene er aftalegrundlaget i mere end 90% af entrepriseforhold i Danmark.

Eftersom vilkårene ikke er lovkrav og der er tale om standardvilkår, kan parterne frit fravige eller tilføje til vilkårene og dermed aftalegrundlaget. Dette betyder også, at parterne kan anvende

⁶ Iversen, "Entrepriseretten", s. 28

⁷ Gomard, Bernhard, "Obligationsret 1. del", 5. udgave ved Torsten Iversen, 2016, Jurist og Økonomforbundets Forlag s. 53 (Gomard, Obligationsret)

⁸ Iversen, Entrepriseretten, s.56

⁹ Iversen, Entrepriseretten, s.51

¹⁰ Iversen, Entrepriseretten, s.51

tidligere udgaver af AB, såfremt de ønsker. Dette er tilfældet lige nu, da AB18, på trods af sine 3 år og uden store ændringer, stadig anses for nye. Det er ofte kutyme, at hvis en bygherre eller entreprenør er vant til et aftalesæt, så går der lidt tid før de adopterer et nyt sæt. Imidlertid er der ikke sket væsentlige ændringer fra AB 92 til AB 18 i relation til afhandlingens emne. Dette er fordelagtigt, da afhandlingen undersøger problemstillingen inden for gældende ret. Når der ikke er sket væsentlige ændringer i forhold til materialefejl fra AB 92 til AB 18 betyder det, at afgørelser, hvor parterne har anvendt AB 92, også er relevant for denne undersøgelse. Eftersom at AB 18 er forholdsvis ny og voldgiftspraksis, hvor AB 92 er aftalegrundlaget, også kan anvendes i fremstillingen, vil en stor del af den relevante voldgiftspraksis som anvendes i det følgende være AB 92.

For at tolke på de få uvæsentlige ændringer AB 18 har medført, vil afhandlingen anvende de udarbejdede betænkninger til AB 18 og AB 92. Betænkningerne er udarbejdet af henholdsvis Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen i 2018 og Bygge- og Boligstyrelsen i 1993. Det skal dog påpeges, at der ikke er tale om traditionelle lovforarbejder, men at betænkningerne stadig er af væsentlig betydning, når det kommer til fortolkning af AB-vilkårene.

1.3.1.2 Voldgiftspraksis og retspraksis

Som beskrevet ovenstående er AB-vilkårene en del af aftalegrundlaget i mere end 90% af entrepriseforhold i Danmark. AB-vilkårene indeholder imidlertid en voldgiftsklausul. Opstår der konflikter eller tvister i forbindelse med entreprisen, er voldgift løsningsmodellen – med forbehold for, at parterne kan aftale andet. Dette betyder endvidere, at almen retspraksis, som vi kender det fra andre retsområder for eksempel strafferetten, er meget sparet i entrepriseretten. Retspraksis fra de almindelige domstole foreligger ofte kun i tilfælde, hvor der er tale om forbrugerentreprise, idet voldgiftklausuler ikke finder anvendelse. Det hænder dog, at parterne har fraveget voldgiftklausulen eller at AB-vilkårene ikke er en del af aftalegrundlaget. I sådanne tilfælde vil tvister bedømmes ved de almindelige domstole.

Voldgiftklausulen er dog også grunden til, at der findes et væld af afgørelser fra Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg (VBA). Det er det nævn, som træffer afgørelsen i de entrepriseretlige konflikter. Afgørelser fra nævnet er både bindende og endelige for parterne. Fordelen ved at have voldgift som løsningsmodel er, at parterne ikke skal afvente de almindelige domstole og kan således få sagerne hurtigere afgjort. En anden fordel er, at langt størstedelen af afgørelserne offentliggøres, hvilket der ikke altid er tradition for i voldgiftssager. Dette har også betydning for afgørelsernes præjudikat værdi. Idet voldgifter sager traditionelt set ikke offentliggøres, afgøres af dommere som parterne

selv kan udvælge og i nogle tilfælde efter regler som parterne selv har aftalt, så har afgørelserne som udgangspunkt ingen præjudikatværdi.

Det er dog ikke tilfældet inde for entrepriseretten. Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg (VBA) er et særligt voldgiftsnævn. Ole Hansen omtaler voldgift som en *"processuel hybrid"*¹¹ mellem en domstol og voldgiftsnævn. Beskrivelsen skyldes nævnets atypiske opbyggelse, som blandt andet kommer til udtryk ved, at parterne ikke har indflydelse på hvem, der bliver udpeget som voldgiftsdommer samt at processen nærmest er identisk med en almindelig retssag.¹² Voldgiftsnævnet består som udgangspunkt af en juridisk dommer, som udover at være dommer i voldgiftsnævnet, også er dommer i en almindelig retskreds – ofte landsretsdommer eller højesteretsdommer.¹³ Over en lang årrække opbygger de juridiske dommere således en exceptionel viden inden for entreprisesager. De to meddommere har en teknisk uddannelsesbaggrund for eksempel arkitekter eller ingeniører. På baggrund af det ovenstående kan afgørelser fra Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg (VBA) tillægges væsentlig præjudikatsværdi. Iversen anfører endda at *"... de afgørelser, der træffes af de voldgiftsretter, som nedsættes i Voldgiftsnævnets regi, har meget betydelig retskildeværdi"* og *"... retskildeværdien forekommer at være omtrent på linje med en landsretsdom"*.¹⁴

Af natur er voldgiftsnævnets kendelser sjældent af særlig generel karakter, og de kendelser, der offentliggøres i for eksempel Tidsskrift for Bolig- og Byggeret (T:BB), indeholder ikke en fuldstændig fremstilling af sagen. Dette har naturligvis indflydelse på kendelsernes præjudikatværdi.¹⁵

Størstedelen af den relevante praksis inddraget i afhandlingen er voldgiftsavgørelser, hvilket anses som værende naturligt, eftersom AB-vilkårene indgår i 90% af entrepriseforholdene i Danmark. Derudover anvendes traditionel retspraksis til at belyse konkrete problemstillinger. Endvidere er det også relevant at bemærke, hvorvidt der egentlig er forskel i afgørelserne fra voldgiftsnævnet og domstolene. Særligt om det forhold, at AB-vilkårene er en del af aftalegrundlaget eller ej, gør en forskel. For retspraksis gælder de lignende? betragtninger i forhold til præjudikatværdi som ved voldgiftssager. Det afhænger af dommerens? alder, instansen der har afsagt dommen og hvorvidt fastlægger en ny regel.¹⁶

1.3.1.3 Retslitteratur

Retslitteraturen er hyppigt anvendt til at belyse afhandlingens problemformulering. Den juridiske litteratur anses naturligvis ikke som en retskilde på lige fod med for eksempel retspraksis – der er

¹¹Torsten Iversen (red.), 'Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret', Thomson Reuters, 1. udgave, 2009, s. 61 ff.

¹² Iversen, Entrepriseretten, s. 60

¹³ Iversen, Entrepriseretten, s. 60

¹⁴ Iversen, Entrepriseretten, s. 60

¹⁵ Iversen, Entrepriseretten, s. 61

¹⁶ Munk-Hansen, "Retsvidenskabsteori", s.303 ff.

nærmere tale om en sekundær retskilde. Det skyldes, at de individuelle forfattere til de anvendte retskilder ikke besidder den nødvendige legitimitet til at kunne fastlægge ret.¹⁷ Den juridiske litteratur er dog uendelig relevant, når det kommer til retlig argumentation.¹⁸ Dette ses også ved, at litteraturen ofte henvises til i afgørelser fra voldgiftsretten, da der er tale om videnskabelige arbejder. Litteraturen indeholder betydelige mængder af information om et givent retsområde og anvendes til støtte for afhandlingens frembringelser.

1.4 Opbygning

1.4.1 Afsnit 1 – Indledning

Afhandlingens afsnit 1 eller indledning er en introduktion til afhandlingen. Her vil læseren blive præsenteret for de metodiske overvejelser, som danner basis for afhandlingen. Endvidere fremgår det hvilke retskilder, der er anvendt til at belyse emnet.

1.4.2 Afsnit 2 – Mangler i entreprisen

I afhandlingens afsnit 2 introduceres læseren for det entrepriseretlige mangelsbegreb. Af hensyn til forståelsen og den juridiske opbygning vil beskrivelsen af mangelsbegrebet være før materialeansvaret. Først og fremmest undersøges mangelsbegrebet i entrepriseretten. Efterfølgende indsnævres undersøgelsen til at omhandle afhandlingens afsæt, nemlig mangler ved materialer. Afsnittet indeholder endvidere en beskrivelse af begrebet materialefejl.

1.4.3 Afsnit 3 – Entreprenørens ansvar for materialefejl

I afsnit 3 behandles entreprenørens ansvar ved materialefejl. Indledningsvist beskrives entreprenørens ydelse. Dette er ikke en udtømmende gennemgang af entreprenørens ydelse i entrepriseretten, men den ligger til grund for gennemgangen af entreprenørens ansvar og risiko ved materialefejl. En beskrivelse af entreprenørens materialeydelse er således nødvendig for forståelsen. Ydermere behandler afsnittet de momenter, som har indvirkning på entreprenørens mangelshæftelse deriblandt entreprenørens indsigelsespligt.

1.4.4 Afsnit 4 – Bygherrens ansvar for materialefejl

Afsnit 4 forholder sig til bygherrens ansvar ved materialefejl. Afsnittet er en naturlig videreførelse af afsnit 3, men set fra bygherrens synspunkt.

¹⁷ Munk-Hansen, "Retsvidenskabsteori", s.346

¹⁸ Munk-Hansen, "Retsvidenskabsteori", s.346 ff.

1.4.5 Afsnit 5 – Byggetidens viden og udviklingsskader

På baggrund af afsnit 3 og afsnit 4 har afhandlingen konkluderet et udgangspunkt for ansvar og risiko ved materialefejl. Dette udgangspunkt ses dog kompliceret af grundsætning om byggetidens viden. Formålet med afsnit 5 er at kortlægge hvornår udgangspunktet bliver modificeret samt analysere begreberne udviklingsskader og udviklingsrisiko. I den forbindelse inddrages relevant praksis.

1.4.6 Afsnit 6 - Konklusion

Ud fra de tidligere afsnit konkluderes der på parternes risiko og ansvar ved materialefejl.

1.5 Begrebsafklaring

Materialefejl er i afhandlingen og litteraturen defineret som ”når et materiale lider af fejl”. Dette kan både være i form formålsuegnethed eller fejlbehæftet ved for eksempel fabrikationsfejl. Der er tale om to forskellige begreber.

I afhandlingen vil begreberne materialefejl og materialesvigt dække over det samme, nemlig tilfældet hvor et materiale enten er formålsuegnet eller fejlbehæftet.

Betegnelsen mangelsansvar anvendes ikke i afhandlingen, da den kan give anledning til associationer med erstatningsansvaret. I stedet anvendes begrebet mangelshæftelsen som sammenfattende udtryk for, at der foreligger mangler og dermed? bygherrens mulighed for at gøre mangelsbeføjelser gældende over for entreprenøren.¹⁹

Igennem afhandlingen vil der om køber anvendes begrebet bygherre og om sælger anvendes begrebet entreprenør. Bygherren er naturalkreditor og pengedebitor, hvor entreprenøren er naturaldebitor og pengecreditor.²⁰ Når begrebet ”entreprenør” optræder i afhandlingen, menes der enten en hoved- eller fagentreprenør, som ikke har påtaget sig projekteringsforpligtelsen.

Begreberne udviklingsopgaver og udviklingsrisiko anvendes i afhandlingen, når der er tale om forsøg med nye og ikke gennemprøvede materialer.

¹⁹ Iversen, ”Entrepriseretten”, s. 568

²⁰ Iversen, ”Entrepriseret”, s. 25

2 Mangler i entrepriseretten

Formålet med dette afsnit er at beskrive forholdet mellem entreprenøren og bygherren i relation til materialeleverancen samt afdække det entrepriseretlige mangelsbegreb. Det anses hensigtsmæssigt for afhandlingen at kortlægge det entrepriseretlige mangelsbegreb først, for derefter at kunne gennemgå entreprenørens ansvar og risiko ved materialefejl. Undersøgelsen af mangelsbegrebet er med udgangspunkt i materialeforpligtelsen, da andre forhold som udførelsesmangler ikke er relevante for afhandlingen, hvorfor de er udeladt. Indledningsvist kortlægges entreprenørens materialeydelse, og afslutningsvis bliver begrebet materialefejl behandlet.

2.1 Materialeforpligtelsen

Entrepriseretten bygger på bygherrens ønske om at få udført et stykke arbejde, hvorfor han antager en entreprenør til at udføre arbejdet til et aftalt vederlag – en entreprise. Det arbejde/ydelse entreprenøren skal erlægge, er en såkaldt resultatsforpligtelse. Begrebet resultatsforpligtelse dækker over ydelser, hvor forpligtelsen er tilvejebringelse af slutproduktet af en indsats.²¹ Entreprenøren forpligtes således til at tilvejebringe det aftalte resultat, uanset hvor enkelt eller kompliceret dette måtte være.²² Omvendt har bygherren dermed også krav på det aftalte resultat og ikke blot, at entreprenøren gør sit bedste, som er kendetegnet ved en indsatsforpligtelse.²³ Bygherrens hovedforpligtelse er erlæggelse af entreprisensummen, hvor entreprenørens forpligtelse(r) afhænger af parternes aftale.²⁴ Entreprenøren påtager sig, mod betaling af entreprisensummen, forpligtelsen til at levere det aftalte resultat på det aftalte tidspunkt og bære alle omkostningerne forbundet med forpligtelsen.²⁵ Det gælder alle omkostninger forbundet med byggeriet – forudsete eller ej.²⁶

Et eksempel på entreprise kunne være opførelsen af et lejlighedsbyggeri. Ved opførelsen af sådan et byggeri indgår et utal af forpligtelser for entreprenøren. Som eksempel skal der udføres murerarbejder, malerarbejder, tømrerarbejder osv. Udover at skulle præstere selve ydelsen/arbejdet, er entreprenøren, i henhold til AB 18, §12, stk. 2, forpligtet til at levere alle materialer, der er nødvendige for arbejdet.²⁷ Entrepriseretten er dog præget af aftalefrihed, og AB-vilkårene gælder kun, hvis parterne har aftalt, at de skal finde anvendelse. I forhold til materialevalget kan parterne således godt have aftalt noget andet end hvad, der gælder efter AB-vilkårene. En erfaren bygherre har måske præference for, hvilke materialer der anvendes.

²¹ Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret, s. 43

²² Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret, s. 43

²³ Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret, s. 43

²⁴ Gomard, Obligationsret, s. 93 ff.

²⁵ Saltorp, "Bygherrerisikoen", s.340

²⁶ Saltorp, "Bygherrerisikoen", s.340

²⁷ AB 18, §12, stk. 2: "Entreprenøren skal levere alle materialer og præstere alle nødvendige biydelser til færdiggørelse af arbejdet."

Bygherren kan endda selv være producent eller være i besiddelse af materialer. Dette opstillede scenarie mellem en uerfaren bygherre uden rådgiver, der overlader materialeansvaret og udførelse til entreprenøren eller en bygherre, som kræver bestemte materialer og udførelse, er afgørende for, hvilken part der bærer materialeansvaret.

2.2 Hvad er en mangel

Mangler i entrepriseretten tager udgangspunkt i de samme principper som i obligationsretten. Hvis to parter indgår en aftale og ydelsen ikke stemmer overens med aftalen, er der tale om en mangel. Ydelsen skal altså være kontraktmæssig for, at den ikke er mangelfuld.²⁸ Entrepriseretten er en del af obligationsrettens specielle del.²⁹ Dette har særlig betydning, eftersom entrepriseretten er sparsomt lovreguleret. Hvis man ikke ud fra aftalen kan udlede, hvad parterne har aftalt, må aftalen fortolkes ud fra generel obligationsret. Det skal dog nævnes, at selvom der principielt er aftalefrihed i entrepriseretten og deklaratoriske formueretlige regler vil finde anvendelse ved mangel på aftale, konsulteres AB-vilkårene først og dernæst kan der søges råd i de almindelig obligationsretlige grundsætninger³⁰. Dette skyldes, at AB-vilkårene antages mere eller mindre at stemme overens med dansk rets almindelige regler på entrepriseområdet (med undtagelser selvfølgelig) – og dermed udfyldende regler på området.³¹ Iversen påpeger i TBB2003.480 "Udfyldende entrepriseret", at især mangelbegrebet i AB 92 i det væsentligste er udtryk for kodifikation af gældende ret.³² Han beskriver yderligere, at mangelbegrebet er det samme, uanset/om AB-vilkårene er vedtaget eller ej.³³ Nærværende beskrivelse er foretaget ud fra AB 92. AB 18 har imidlertid ikke medført væsentlige grundlæggende ændringer, og det fremgår endvidere af betænkningen til AB 18, at ændringerne i AB 18 ikke har været med hensigten at ændre retstilstanden.³⁴ Desuagtet er mangelsbestemmelsen i AB 18 nu defineret på grundlag af kravene til entreprenørens ydelse.³⁵ Den eneste uvæsentlige ændring for entreprenørens ydelse fra AB 92 til AB 18 i relation til afhandlingen, er ændringen af ordet "eller" til ordet "og". Med denne ændring har revisionsudvalget for betænkningen til AB 18 ønsket at undgå det scenarie, hvor læseren tolker bestemmelsen som, at arbejdet skal være i overensstemmelse med aftalen *eller* fagmæssigt korrekt *eller* i overensstemmelse med bygherrens anvisninger. Arbejdet skal således opfylde alle tre krav for, at ydelsen er mangelsfri.³⁶ I AB 92 var mangelbegrebet defineret i § 10, stk. 1. Paragraffen er blevet flyttet i AB 18. Mangelbegrebet er nu

²⁸ Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret, s. 53

²⁹ Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, Karnov Group Danmark A/S, 4. udgave, 2015, s. 21 ff. (Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret)

³⁰ Iversen, Entrepriseretten, s.38 ff.

³¹ Iversen, Entrepriseretten, s.54 ff.

³² Torsten Iversen, "Udfyldende entrepriseret - Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?", T:BB 2003.480, afsnit 9 (Iversen, Udfyldende entrepriseret)

³³ Iversen, Udfyldende entrepriseret, afsnit 9

³⁴ Betænkning nr. 1570, af 21. juni 2018, AB-udvalget, "Revision af AB92, ABR89 og ABT93", Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, s. 61

³⁵ Betænkning nr. 1570, af 21. juni 2018, AB-udvalget, "Revision af AB92, ABR89 og ABT93", Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, s. 61

³⁶ Eric Hørlyck, "Entreprise AB 18 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets forlag, 8. udgave, 2019, s. 184 ff. (Hørlyck, AB 18 med kommentarer) og Betænkning nr. 1570, af 21. juni 2018, AB-udvalget, "Revision af AB92, ABR89 og ABT93", Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, s. 94

defineret i AB18, § 47. Af AB 18, § 47, stk. 1 fremgår det: *"Er arbejdet ikke udført i overensstemmelse med § 12, stk. 1 og 2, foreligger der en mangel."* I AB 18, § 12 er entreprenørens ydelse defineret. Mangelsbedømmelsen skal dermed ske i lyset af entreprenørens ydelse. §12 er i stk. 1 opdelt og dækker både over udførelsen af entreprisen, men også materialer.

AB 18, § 12, stk. 1 stiller følgende krav til entreprenøren. *"Arbejdet skal udføres i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt og i overensstemmelse med bygherrens anvisninger. Materialer skal – for så vidt disses beskaffenhed ikke er anført – være af sædvanlig god kvalitet. Entreprenøren skal kvalitetssikre sine ydelser."*

Ud fra bestemmelsen kan der udledes 3 forhold, som kan resultere i, at entreprenørens ydelse er mangelfuld. (1). Hvis der ikke er tale om en mangel, skal arbejdet være udført i overensstemmelse med parternes aftale. (2) Er arbejdet ikke udført ud fra, hvad kan betragtes som fagmæssigt korrekt, foreligger der en mangel. (3) Entreprenøren skal i udførelsen af arbejdet følge bygherrens anvisninger- i modsat fald er der tale om en mangel. Bygherren vil alene kunne gøre et mangelskrav gældende overfor entreprenøren, hvis entreprenøren hæfter for de materialer, som udgør en mangel.³⁷ For så vidt angår brugte materialer, kan entreprenøren godt leve op til definitionen i bestemmelsen om "sædvanlig god kvalitet", så længe de brugte materiale faktisk lever op til denne kvalitet.³⁸

Selvom entreprenøren hæfter for materialerne, og materialerne ikke er *"som aftalt og af sædvanlig god kvalitet"*, kan der desuagtet være tale om en mangelfri ydelse. Det vil være tilfældet, hvis forholdet kan siges at være omfattet af de frigørende omstændigheder i AB 18 § 47, stk. 2 og stk. 3.³⁹ De frigørende omstændigheder vil blive behandlet i afsnit 3 og afsnit 4. Hvis det forhold, som udgør en mangel, beror på byggetidens viden, vil entreprenørens forhold ligeledes ikke udgøre en mangel. Byggetidens viden behandles i afsnit 5.

I forbindelse med undersøgelsen af mangelbegrebet er det fordelagtigt at lave en sontring mellem det konkrete mangelbegreb og det abstrakte mangelbegreb. For at fastlægge hvorvidt der er tale om en mangel, er det nærliggende først kigge på aftalens ordlyd og fortolkning heraf, altså det konkrete mangelbegreb. Det abstrakte mangelbegreb kan supplere fortolkningen igennem den udfyldende ret.⁴⁰

Mangelsbedømmelse dækker over aftalefortolkning og det konkrete mangelbegreb fortolket ud fra aftalen. Det kommer til udtryk i AB 18 § 12, stk. 1 ved definitionen; arbejdet skal udføres i

³⁷ Iversen, Entrepriseretten, s. 570

³⁸ Hørlyck, AB 18 med kommentarer, s.186

³⁹ Eric Boesgaard, Henrik Fausing og Mogens Hansen, AB 18 for praktikere, Molio, 1. udgave, 2018, s. 98 ff. (Boesgaard, Fausing og Hansen, AB18 for praktikere)

⁴⁰ Anders Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler - kravene til entreprenørens ydelse", Forlaget Thomson A/S, 1. udgave, 2007, s.24 (Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler"

overensstemmelse med aftalen. Det vil sige, at materialerne skal være af den anførte beskaffenhed. Hvis aftalen mellem entreprenøren og bygherren ikke definerer, hvilke materialer, der skal finde anvendelse til byggeriet, skal aftalegrundlaget fortolkes efter AB 18 § 12, stk.1. Det er altså et spørgsmål om at fortolke parternes aftalegrundlag. Hvis det kan udledes fra den konkrete aftale, at ydelsen er mangelfuld, er der tale om det konkrete mangelbegreb.⁴¹ Man må spørge sig selv; hvad har parterne konkret aftalt i relation til materialeansvaret - der foreligger en mangel, hvis materialerne ikke er som aftalt. En central afgørelse fra voldgiftspraksis, som illustrerer dette er T:BB 2004.419 Ø. Sagen omhandlede et salg af et sommerhus. Det fremgik af tegningerne for sommerhuset, at ejendommen var opført med kapilarbrydende lag. Da køber overtog ejendommen, var dette dog ikke tilfældet. Køber anlagde sag mod sælger, hvorfor sælger anlagde sag mod entreprenøren, der havde opført sommerhuset. Retten fandt, at der forelå en mangel ved entreprenørens ydelse, idet denne ikke havde indlagt kapilarbrydende lag ved opførelsen af huset, som var krævet efter bygningstegningerne.

Det er dog vigtigt at pointere, at det konkrete mangelbegreb gælder både til skade og gavn for entreprenøren. De forhold parterne har aftalt om arbejdet, kan bygherren kræve. Til at illustrere dette er KFE 1994.113 VBA. Entreprenøren blev i sagen frifundet for bygherrens krav ved låsesprængninger i nedrammede spunsjern. Entreprenøren og bygherren havde aftalt anvendelse af specifikke spunsjern. Voldgiftsretten fandt, at årsagen til sprængningerne var de, af bygherren, foreskrevne spunsjern. Entreprenøren havde udført netop, hvad parterne havde aftalt. Bygherren måtte derfor bære risikoen for, de af ham foreskrevne, spunsjern. Det er altså ikke afgørende, om arbejdet efter en objektiv målestok kan anses for at være ukorrekt. Det afgørende ved det konkrete mangelsbegreb er, hvad parterne har aftalt. Dette ses også i afgørelsen T:BB 2010.140 VBA. Sagen omhandlede et projektselskab, hvor nogle af køberne havde valgt uanvendelige lysarmaturer. Køberen havde rådført sig ved en lysarkitekt om lysarmaturerne, men de var alligevel uanvendelige. Voldgiftsretten fandt, at uanvendeligheden ikke var så åbenbar, at projektselskabet skulle have nægtet at indbygge lysarmaturet i ejendommen. Grundet lysarmaturet var udvalgt af køberen, var det uden betydning, at indbygningen ikke var håndværksmæssig korrekt.

Det abstrakte mangelbegreb eller det generelle mangelbegreb kommer til udtryk i AB 18 § 12, stk. 1, hvor det er defineret, at materialer for så vidt disses beskaffenhed ikke er anført skal være af **sædvanlig god kvalitet**. Hvis aftalen mellem entreprenøren og bygherren ikke definerer, hvilke materialer, der skal finde anvendelse til byggeriet, skal aftalegrundlaget fortolkes efter AB 18 § 12, stk.1. For mangelsspørgsmålet vil det sige, at hvis aftalen ikke har taget stilling til materialeleverancen, kan bygherren som minimum kræve materialer af sædvanlig kvalitet. Dette gælder både i relation til typen af materialet og formålet med anvendelsen.⁴²

⁴¹ Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s.24

⁴² Iversen, Entrepriseretten, s. 573

Det abstrakte mangelbegreb er udtryk for den udfyldende ret og som beskrevet ovenstående vil det abstrakte mangelbegreb typisk først finde anvendelse efter det generelle mangelbegreb. I praksis vil det sige, at hvorvidt der foreligger en mangel, besvares ud fra parternes aftale, hvis ikke det kan kortlægges ud fra parternes aftale, kigges der til udfyldende ret og dermed det abstrakte mangelbegreb.⁴³ Det kan ske ud fra sædvaner, hvad antages som fagmæssigt korrekt eller kvalitetsnormer på området. Som eksempel på anvendelsen af det abstrakte mangelbegreb findes T:BB 2004.423 V. Sagen omhandlede taget på en overdraget ejendom. Ejendommen var opført i 1984 og blev overdraget i 1996. Et par år efter overdragelsen begyndte tagstene på taget at skalle af. Afskalningerne skyldtes, at entreprenøren ikke havde anvendt afstandslisters mellem spær og lægter ved monteringen af taget. Hverken tegningerne for byggeriet eller monteringsvejledningen specificerede anvendelsen af afstandslisters ved monteringen. Voldgiftsretten fandt, at anvendelsen af afstandslisters var almen byggetekniske viden på opførelsestidspunktet – specielt fordi forholdet var omtalt i murerfagets byggeblad et år før opførelsestidspunktet. Entreprenøren hæftede dermed for manglen ud fra det abstrakte mangelsbegreb.

I litteraturen omtales en bagatelgrænse for mangler, der findes nærliggende at gælde. Begrebet dækker over, at når et forhold er så ubetydelig set ud fra hele entreprisen, anses det for en bagatel. Grænsen vil dermed også gælde ved materialemangler. Det ubestemmelige er, hvor denne grænse beløbsmæssigt præcist skulle gå. Af voldgiftspraksis kan nævnes KFE 1976.28 DIV. Bygherren blev i sagen tilkendt 4000 kr. i erstatning. Det kan altså udledes af voldgiftspraksis, at selv hvis grænsen gælder, må den være forholdsvis lav.⁴⁴

2.3 Tidspunktet for bedømmelsen

Når det kommer til mangelsbedømmelsen, har også andre punkter end aftalen og udfyldende ret betydning. Tidspunktet for afgørelsen af om der foreligger en mangel har også betydning. Efter købelovens § 44 er det for løsørestande risikoens overgang, der har afgørende betydning. I entrepriseretten har vi AB-vilkårene og AB 18 § 47, stk. 6 definerer følgende: *"Afleveringstidspunktet er afgørende for, om arbejdet lider af mangler, hvad enten disse på dette tidspunkt er synlige eller skjulte."* Det er altså ligesom i købeloven risikoens overgang, som er afgørende. Arbejdet skal dermed bedømmes på afleveringstidspunktet. Selvom om manglerne er skjulte, er det stadig afleveringstidspunktet, der er afgørende. Er den skjulte mangel til stede på afleveringstidspunktet, men udvikler sig yderligere efter afleveringen, er det uden betydning. Så længe manglen er til stede på afleveringstidspunktet, kan manglen gøres gældende.⁴⁵ Af den grund kan entreprenøren ikke stilles til ansvar for skader, der skyldes bygherrens forhold.⁴⁶ At afleveringstidspunktet er afgørende,

⁴³ Iversen, Udfyldende entrepriseret, afsnit 9 og Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s. 23 ff.

⁴⁴ Iversen, Entrepriseretten, s. 574

⁴⁵ Iversen, Entrepriseretten, s.576

⁴⁶ Iversen, Entrepriseretten, s.575

udelukker dog ikke, at mangler kan påberåbes senere efter AB 18, § 49 stk. 1.⁴⁷ Af AB 18, § 49 stk. 1 kan dog det udledes, at bygherren som udgangspunkt ikke kan påberåbe mangler før afleveringen.⁴⁸ Der antages dog at gælde en grundsætning om entreprenøren ikke kan stå til ansvar for skader, hvis entreprenøren har udført arbejdet og/eller anvendt materialer i overensstemmelse med almindelig byggeskik.⁴⁹ Denne grundsætning omtales også som udviklingsrisikoen eller betydningen af byggetidens viden. Grundsætningen vil blive behandlet i afsnit 5.

2.4 Materialefejl

Formålsuegnede materialer er en af to underkategorier til begrebet materialefejl. Materialefejl i entrepriseretten kan nemlig optræde i to former. De formålsuegnede materialer dækker over tilfældet, når materialer anvendes, der viser sig ikke at være egnede til formålet. Den anden kategori for materialefejl er fejlbehæftede materialer. Fejlbehæftede materialer er defineret som materialer, der besidder fejl og af den grund svigter.⁵⁰ Eksempler på fejlbehæftede materialer er materialer, som ikke har opnået de egenskaber, der var hensigten eller ikke besidder egenskaber som lignende materialer. Dette kan skyldes fejl i fabrikationen, forkert lagring, generel fejlhåndtering eller ukorrekt transport. Disse er også betegnet som "afvigere" eller "mandagseksemplere".⁵¹

Et eksempel fra voldgiftspraksis på fejlbehæftet materialer findes i KFE 2001.35 VBA. Sagen omhandlede et tagbyggeri, hvor selve tagstene 10 år efter færdiggørelsen af byggeriet afskallede og forvitrede grundet fejlbehæftelse. I projekt materialet var det entreprenøren, der havde det frie materialevalg uden bygherrens indflydelse. Retten fandt af den grund også, at der forelå en mangel og entreprenøren og leverandøren var erstatningsansvarlig for de fejlbehæftede tagsten.

Som eksempel på formålsuegnede materialer vil være tagplader, der ikke tåler vand, tagkassetter, som samler fugt eller vagbeklædning, der ikke kan males.⁵² Fra voldgiftspraksis findes for eksempel T:BB2009.224 VBA. Denne sag omhandlede varmgalvaniserede jernrør i et vandforsyningsanlæg. Bygherren og entreprenøren havde aftalt frit materialevalg for entreprenøren. Entreprenørens valgte jernrør tærede, da installationen uden brug af elektrolyseanlæg var uegnet til formålet. Bygherren gjorde på baggrund af dette et mangelskrav gældende overfor entreprenøren. Retten fandt, at entreprenøren var eller burde være bekendt med, at en sådan installation uden brug af elektrolyseanlæg var uegnet til formålet. Til grund for denne afgørelse lagde retten, at netop dette forhold havde været omtalt i et fagligt tidsskrift forinden. Af nyere voldgiftspraksis findes de famøse sager om MgO-pladerne. Den første afgørelse i det store sagskompleks er T:BB2017.779. Sagen

⁴⁷ Hørlyck, AB 18 med kommentarer, s.472

⁴⁸ Hørlyck, AB 18 med kommentarer, s.472

⁴⁹ Iversen, Entrepriseretten, s.576

⁵⁰ Iversen, Entrepriseretten, s. 584 og Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s. 36

⁵¹ Iversen, Entrepriseretten, s. 584 og Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s. 36

⁵² Iversen, Entrepriseretten, s.584

omhandlede vindspærreplader, som ikke var fejlbehæftede, men netop var uegnede til anvendelsesformålet. Pladerne skulle anvendes som udendørs vindspær, men grundet deres indhold af magnesiumklorid og magnesiumoxid sugede pladerne fugt. Voldgiftsretten fandt, at bygherrens rådgiver havde truffet materialevalget, og at det skulle sidestilles med tilfældet, hvor en entreprenør anvender et materiale foreskrevet af bygherren. Entreprenøren blev derfor frifundet for mangelshæftelse.⁵³

2.5 Delkonklusion på mangler i entrepriseretten

Mangler i entrepriseretten følger udgangspunktet i obligationsretten. Entreprenørens ydelse er en resultatforpligtelse, og denne forpligtes til at tilvejebringe det aftalte resultat. Det er ikke tilstrækkeligt, at entreprenøren blot gør sit bedste. Er ydelsen ikke kontraktmæssig, er der tale om en mangel. Udover at skulle tilvejebringe et aftalt resultat, er entreprenøren som udgangspunkt også forpligtet til at præstere materialeforpligtelsen eller materialeleverancen. Der er dog aftalefrihed. Det har imidlertid afgørende betydning for mangelhæftelsen, hvem af parterne der skal præstere materialerne til brug for byggeriet. Mangelbestemmelsen i AB 18 er defineret ud fra entreprenørens ydelse i AB 18. Det vil sige, at hvis arbejdet ikke er udført i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt og i overensstemmelse med bygherrens anvisninger, er der tale om en mangel. Dette gælder også selvom AB 18 ikke er vedtaget, idet mangelsbegrebet er det samme, uanset om det vedtaget eller ej. Mangelsbegrebet opdeles i to begreber. Det konkrete mangelbegreb og det abstrakte mangelbegreb. Denne sondring bygger på, hvordan man fortolker aftalen. En aftale kan fortolkes konkret eller abstrakt. En konkret fortolkning er at fortolke alene på aftalens indhold mens en abstrakt fortolkning er at fortolke på udfyldende ret. Alt efter hvilken fortolkningsmetode der tages udgangspunkt i, har tidspunktet for mangelsbedømmelsen også betydning. Det er nærmest en selvfølge, at tidspunktet for mangelsbedømmelsen følger risikoens overgang. Det er man tilvant fra købeloven. Det er også tilfældet i entrepriseretten. Entreprenørens arbejde bedømmes ved afleveringen af byggeriet, men mangler kan dog også påberåbes efter afleveringen af byggeriet.

3 Entreprenørens ansvar for materialefejl

Formålet med nærværende afsnit er at kortlægge entreprenørens risiko og ansvar forbundet med materialevalget i entreprisen. For at belyse dette analyseres entreprenørens hæftelse for materialefejl i henhold til hvilken part, der har ansvaret for materialevalget.

⁵³ Boesgaard, Fausing og Hansen, AB18 for praktikere, s.358 ff.

I afsnit 2 beskrives det, hvordan udgangspunktet i entrepriseretten er - udover at præstere selve ydelsen/arbejdet, er entreprenøren også forpligtet til at levere alle materialer, der er nødvendige for byggeriet. Der opstilles et scenarie mellem en bygherre med præference i relation til materialevalg og en uden præference. Denne sondring mellem om entreprenøren har frit materialevalg eller om bygherren har foreskrevet materialer, har afgørende betydning for entreprenørens materialeansvar. Entreprenørens risiko og ansvar i relation til materialefejl bliver behandlet i det følgende, mens bygherrens risiko og ansvar behandles i afsnit 4.

3.1 Entreprenørens frie materialevalg

Entreprenørens ydelse er en resultatforpligtelse, hvilket betyder, at enhver materialefejl ved entreprenørens ydelse som udgangspunkt vil udgøre en mangel.⁵⁴ Dette udgangspunkt er dog modificeret af, at den af parterne materialefejlen kan tilskrives – den part hæfter for fejlen. Dersom bygherrens egne forhold er skyld i materialefejlen, vil entreprenørens ydelse være mangelsfri.⁵⁵ Hvis bygherren ikke har foreskrevet anvendelsen af bestemte materialer, har entreprenøren, for at entreprenørens ydelse er mangelsfri, frit valg inden for materialekriteriet. Det ligger dermed entreprenøren frit at udvælge materialer til brug for byggeriet. Det afskærer endvidere bygherren fra at fremsætte fordyrende krav om materialevalg medmindre denne betaler tillægsvederlag.⁵⁶ Eksempel herpå er T:BB 2002.230 VBA. Sagen omhandlede udførelsen af granitstenbelægning på en gågade for en kommune. I udbudsmaterialet havde bygherren foreskrevet anvendelsen af granitsten med rødlige pletter i. Entreprenøren fremsendte prøver på granitsten til bygherren, men prøverne blev afvist af denne. Bygherren mente ikke, at prøverne på granitstenene indeholdt nok rødlige pletter og krævede dermed en anden granit. Voldgiftsretten fandt, at prøverne var i orden og indeholdt nok pletter. Bygherren blev pålagt at betale tillægspris for den granit, som entreprenøren havde leveret som erstatning. Eksemplet fra voldgiftsretten illustrerer fortolkningen af entreprenørens frie materialevalg, når udbudsmaterialet ikke indeholder en tilstrækkelig beskrivelse. Havde bygherren vedlagt en prøve i udbudsmaterialet var sagen endt anderledes.

Udgangspunktet i entreprisen i relation til materialevalg er, at idémanden bærer risikoen for materialets kvalitet.⁵⁷ Denne hovedregel er en simplificering af materialeansvaret, da det i praksis ikke altid er så simpelt at identificere idémanden. Udgangspunktet gælder dog stadig. For at identificere idémanden skues der til hvem, der træffer valget om anvendelsen af fejlmaterialet. Dette omtales også som ”det uheldige valg” i litteraturen. Er det uheldige valg bragt som et forslag af entreprenøren eller entreprenørens folk, vil denne være idémanden og entreprenørens ydelse vil

⁵⁴ Anders Vestergaard Buch, ”Entreprenørens risiko for materialefejl”, U 2004B, s.65 (Vestergaard Buch, ”Entreprenørens risiko for materialefejl”)

⁵⁵ Vestergaard Buch, ”Entreprenørens risiko for materialefejl”, s.65 og Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s.50

⁵⁶ Hørlyck, AB 18 med kommentarer, s.187 ff.

⁵⁷ Saltorp, ”Bygherrisikoen”, s.339 og Vestergaard Buch, ”Entrepriseretlige mangler”, s.50 ff.

dermed som udgangspunkt være mangelfuld.⁵⁸ Saltorp ligger i sin artikel "Bygherrerisikoen"⁵⁹ til grund, at entreprenøren som udgangspunkt må bære risikoen og ansvaret for materialerne, idet entreprenøren har valgfriheden. Både i relation til materialevalg, men også udførelsesmetoder og valg af underentreprenører. Frarøves entreprenøren valgfriheden, så fraviges udgangspunktet også. Men hvis udgangspunktet fraviges ved, at entreprenøren frarøves valgfriheden, hvornår foreligger der så konkret valgfrihed og nærmere, hvornår gør der ikke. Som beskrevet ovenfor relateres idémanden og det uheldige valg. Der må således anses at være truffet et valg, når en part bringer en ide om udførelsesmetode, materialeleverandør, materialevalg eller konstruktion osv.⁶⁰ Bygherren kan dog igennem aftalegrundlaget eller udbudsmaterialet have begrænset materialevalget for entreprenøren så meget, at fejlfri materialer må være bygherrens ansvar. Selv hvis det objektivt var muligt at udvælge fejlfri materialer for entreprenøren.⁶¹ Bygherren vil endvidere kunne give entreprenøren et "frit" materialevalg indenfor rammerne af bygherrens allerede trufne valg. Nærværende scenarier behandles i afsnit 4 om bygherrens risiko og ansvar ved materialefejl.

Ud fra ovenstående kan det dermed ligges til grund, at i det tilfælde af, at bygherren ikke har foreskrevet anvendelsen af bestemte materialer, har entreprenøren således det frie materialevalg. Hovedreglen er endvidere, at har entreprenøren valgfrihed for materialeleverancen og har denne været uheldig og har udvalgt materialer som ikke er fejlfrie, hæfter entreprenøren for manglerne. Det gælder både for materialer som er formålsuede og materialer, der er fejlbehæftede ved for eksempel fabrikationsfejl.⁶² Som eksempel på entreprenørens frie materialevalg findes T:BB 1999.380 V. I sagen var der tale om en forbrugerentreprise, hvor AB-vilkårene ikke var vedtaget. Sagen er dermed relevant både i forhold til at illustrere entreprenørens frie materialevalg men gældende ret, når AB-vilkårene ikke er vedtaget. Sagen omhandlede et tegltag, som entreprenøren var blevet antaget til at oplægge på bygherrens ejendom. Entreprenøren havde selv leveret tagsten til brug for arbejdet. Bygherren anså tagstenene som mangelfulde, idet de ikke havde den ønskede kvalitet og holdbarhed, som bygherren mente at kunne forvente. I byretten blev entreprenøren frifundet med henvisning til, at materialevalget var sket med henvisning til naboejendommens tag. Bygherren ankede imidlertid dommen. Landsretten lagde til grund, at bygherren ikke havde anvist anvendelsen af en bestemt type tagsten, og af den grund var entreprenøren ansvarlig for manglerne ved tagstenene, idet han havde leveret og oplagt dem. Entreprenøren havde dermed haft frit materialevalg og havde været uheldig at vælge nogle fejlbehæftede tagsten. Herved måtte entreprenøren bære ansvaret for mangelshæftelsen. Landsretten henviste i sagen i til købelovens § 43, men også til AB 92, § 30, stk. 2, nr. 2. Som eksempel fra voldgiftspraksis på sager om formålsuget materialer findes T:BB 2020.524. Sagen omhandlede de famøse MgO-plader. I sagen var en totalentreprenør antaget af bygherren til opførelsen af et aktivitetshus. I sagen havde

⁵⁸ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s.51

⁵⁹ U1981B.339

⁶⁰ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 52 ff.

⁶¹ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 54

⁶² Iversen, "Entrepriseretten", s. 601

totalentreprenøren adcitereret underentreprenøren og leverandøren. Bygherren havde ikke foreskrevet anvendelsen af bestemte materialer, hvorfor der i forbindelse med materialeleverancen forelå totalentreprenøren valgfrihed. Totalentreprenøren havde anvendt MgO-pladerne til indbygning i facadeelementer til brug for opførelsen af aktivitetshuset. Ud fra ovenstående fandt Voldgiftretten, at totalentreprenøren havde haft valgfrihed med hensyn til materialer og MgO-pladerne var uegnede til formålet. Der var således enighed om, at MgO-pladerne var mangelfulde. Totalentreprenøren kunne dog ikke gøres ansvarlig med henvisning til principperne om byggetidens viden og udviklingsskader.

Undtagelsen til udgangspunkt om entreprenøren bærer risikoen for eget materialevalg er ovenstående nævnte grundsætning om byggetidens viden og udviklingsskader. Totalentreprenøren i afgørelsen undgik mangelshæftelsen med henvisning til grundsætningen. Grundsætningen bygger på tankegangen om, at bygherren må bære udviklingsrisikoen, hvis entreprenøren anvender materialer, der er i overensstemmelse med almindelig gældende byggeskik på opførelsestidspunktet, hvorfor entreprenøren slipper for mangelshæftelse.⁶³ Grundsætningen behandles yderligere i afsnit 5.

3.2 Entreprenørens forslag til materialevalget

Beskrevet i afsnit 3.1 er sammenhængen mellem materialevalget og risikoen tilknyttet materialet, og at et valg anses for truffet, når en part bringer en ide om udførelsesmetode, materialeleverandør, materialevalg eller konstruktion osv. på banen.⁶⁴

Hvad angår mangelshæftelsen, er der således ikke forskel fra entreprenørens frie materialevalg og når denne bringer en ide om materialevalg til bygherren. Men så alligevel. Det bør ikke egentlig ikke have betydning for mangelshæftelsen, om bygherren eller bygherrens rådgiver har godkendt entreprenørens materialevalg.⁶⁵ Det kan det dog alligevel. Det afgørende er omstændighederne omkring forslaget, og hvilken karakter forslaget har. Omstændighederne kan medføre, at entreprenørens forslag er et enkelt forslag blandt mange eller, at det har karakter af et oplæg til behandling eller diskussion, og bygherren ligeledes opfordres til at iværksætte egne undersøgelser af det konkrete produkt. Efterfølgende godkendelse eller valg truffet af bygherren vil modificere hovedreglen.⁶⁶ I sådanne situationer vil entreprenørens mangelshæftelse behandles på lige fod med at bygherren havde foreskrevet anvendelsen af produktet.⁶⁷ Det er dog op til fortolkning af omstændighederne og karakteren af forslaget, men litteraturen udelukker ikke muligheden for at

⁶³ Iversen, "Entrepriseretten", s. 601 ff.

⁶⁴ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 52 ff.

⁶⁵ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 55

⁶⁶ Iversen, "Entrepriseretten", s. 599 ff.

⁶⁷ Behandles yderligere i afsnit 4

selv et enkelt uopfordret forslag fra entreprenøren, efterfulgt af bygherrens godkendelse, kan resultere i, at materialevalget anses som værende foretaget af bygherren.⁶⁸

Formålsuegnede materialer og fejlbehæftede materialer behandles dog ikke ens. Ovenstående er udgangspunktet for formålsuegnede materialer. Der gælder imidlertid en anden retsstilling ved fejlbehæftede materialer. Entreprenøren hæfter stadig for, af denne forslåede materialer, der er fejlbehæftede, så længe muligheden for at vælge produkter uden sådanne fejl, var til stede for entreprenøren.⁶⁹ Det er uden betydning for bedømmelsen, at muligheden for at finde fejlfrie eksemplarer af det valgte produkt forelå, hvorimod det er af betydning, hvorvidt det var muligt at finde fejlfri produkter inden for samme produktkategori. Dermed kan entreprenøren ikke ved dennes forslag indsnævre arten af anvendelige produkter til præcis det produkt denne foreslog.⁷⁰

Blandt voldgiftspraksis findes for eksempel KFE 1983.231 VBA. I sagen havde bygherren antaget et firma til at føre bygherretilsyn på dennes vegne. I udbudsmaterialet var der foreskrevet anvendelsen af gulvbelægning tilsvarende referenceproduktet. Bygherretilsynet havde imidlertid godkendt anvendelsen af anden gulvbelægning efter forslag fra entreprenøren. Bygherretilsynet havde endvidere modtaget teknisk data om den alternative gulvbelægning. Af dataene fremgik, at gulvbelægningen ikke var af tilsvarende eller lignende kvalitet som referenceproduktet i udbudsmaterialet. Voldgiftsretten fandt, at entreprenørens forslag ikke kunne sidestilles med, at entreprenøren havde det frie materialevalg, og entreprenøren kunne således ikke ifalde mangelshæftelsen. Det skyldes, at entreprenøren ikke havde foretaget det endelige materialevalg. Entreprenøren blev frifundet for mangelshæftelsen ved de formålsuegnede materialer.

I afsnit 2.4 omtales den første sag i det store sagskompleks om MgO-pladerne (T:BB 2017.779 VBA). Denne afgørelse er også af væsentlig betydning for entreprenørens forslag til materialevalget. Sagen omhandlede netop formålsuegnede materialer foreslået af entreprenøren. Det var i udbudsmaterialet foreskrevet anvendelsen af fibercementplader eller "tilsvarende" eller "ligestillet med" materialer. Entreprenøren foreslog anvendelsen af MgO-pladerne til byggeriet. Bygherrens totalrådgiver godkendte anvendelsen af MgO-pladerne, hvorefter totalrådgiveren med bygherrens godkendelse gennemførte projektændringen. Voldgiftsretten lagde til grund, at entreprenørens forslag af MgO-pladerne ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at være ansvarspådragende. Sammenholdt med at bygherrens totalrådgiver godkendte anvendelsen af MgO-pladerne, måtte materialevalget anses som værende truffet af totalrådgiveren. Entreprenøren blev dermed frifundet for mangelshæftelse.

⁶⁸ Iversen, "Entrepriseretten", s. 599

⁶⁹ Iversen, "Entrepriseretten", s. 600

⁷⁰ Iversen, "Entrepriseretten", s. 600

3.3 Entreprenørens pligt til at gøre indsigelse

Entreprenørens pligt til at gøre indsigelser er veletableret i litteraturen og i AB-vilkårene. I AB 92 var indsigelsespligten defineret i § 15, og i AB 18 er paragraffen blevet opdelt i to, således at pligten er defineret i § 22 og § 26.⁷¹ I dette afsnit vil indsigelsespligten behandles i forhold til afhandlingens emne, nemlig materialeansvaret. Hvorledes entreprenøren kan ifalde erstatningsansvar over for bygherren ved forsømmelsen af sin indsigelsespligt. Grundlaget for undersøgelsen er med afsæt i den traditionelle entreprise – hvor entreprenøren ikke har påtaget sig projekteringspligt.

I ovenstående blev det konkluderet, at når bygherren foreskriver anvendelsen eller godkender anvendelsen af materialer, kan entreprenøren som udgangspunkt se bort fra mulig mangelshæftelse. Det er dog ikke tilfældet, når det kommer til indsigelsespligten. Entreprenøren har nemlig i den traditionelle entreprise en rimelig indsigelsespligt over for projektfejl.⁷² Pligten anses som en begrænset rådgivningspligt eller omtales også som en "frarådningspligt" og er udslag for entreprenørens loyalitetspligt overfor bygherren.⁷³ Fordi pligten er udslag for entreprenørens loyalitetsforpligtelse, finder indsigelsespligten også anvendelse som udfyldende ret og kræver ikke, at AB-vilkårene er en del af aftalegrundlaget.⁷⁴

Entreprenøren har dermed pligt til at gøre indsigelse, hvis materialevalget er uhensigtsmæssigt. Indsigelsespligten beror på entreprenørens pligt til at gøre indsigelse overfor bygherren, hvis entreprenøren indser eller burde indse, at et forhold vil komme bygherren til skade enten igennem tab, generel ulempe eller føre til fejl ved byggeriet.⁷⁵ Det gælder også i situationer hvor bygherren har projekteret eller anvist entreprenøren og denne er nødsaget til at sige bygherren imod.⁷⁶ I hvilke konkrete situationer entreprenøren reelt skal underrette bygherren om projektfejl er ikke medtaget i AB 18 § 22 og § 26.⁷⁷ Hvor langt entreprenørens indsigelsesforpligtelse i realiteten går, er derfor en konkret vurdering. Det må være afgørende, hvilke konkrete oplysninger, der er til rådighed for entreprenøren om et givent forhold. Det kan ikke kræves, at entreprenøren skal optræde som "bagstopper" for projektfejl eller at entreprenøren iagttager undersøgelser om projektets forudsætninger.⁷⁸ Det skal dog påpeges, at parterne har aftalefrihed, og sådanne forpligtelser kan dermed aftales. Entreprenøren kan således godt via aftale påtage sig pligter i form af kvalitetskontrol for, de af bygherren, projekterede materialer. Entreprenøren kan også påtage sig den konkrete projekteringsforpligtelse, hvilket ikke er omfattet af den traditionelle entreprise.⁷⁹

⁷¹ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 280 ff.

⁷² Torsten Iversen, "Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler", U.2013B.351, s.352 (Iversen, Entreprenørens indsigelsespligt)

⁷³ Iversen, "Entreprenørens indsigelsespligt", s. 353

⁷⁴ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 112

⁷⁵ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 112

⁷⁶ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 112

⁷⁷ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 282

⁷⁸ Iversen, "Entrepriseretten", s. 403

⁷⁹ Iversen, "Entrepriseretten", s. 405

Hvorvidt entreprenøren er forpligtet eller ej er yderligere begrænset til forhold, der er af åbenlys og indlysende karakter jf. T:BB 2000.86 VBA. Det vil sige forhold, hvor risikoen for bygherrens tab eller ulempe er så åbenbare, at de ikke vil kunne bestrides.⁸⁰ I sagen T:BB 2000.86 VBA var der tale om et tunnelprojekt, der var udarbejdet af en rådgiver til bygherren. Projekt materialet indeholdt imidlertid urigtige oplysninger. Rådgiveren havde byttet om på verdenshjørnerne på en konstruktionstegning. Dette betød, at tunnelens højre side var den nordlige, mens venstre side var angivet som den sydlige. Desværre for rådgiveren var det omvendte tilfældet. Voldgiftsretten fandt, at projektfejlen ikke var af så åbenbar og indlysende karakter, at entreprenøren burde have set den og gjort indsigelse. Entreprenøren blev derfor frifundet, og rådgiveren fandtes ansvarlig. Af sagen kan det udledes, at entreprenørens indsigelsespligt kun gælder i tilfælde, hvor forholdet *”er så åbenbar og indlysende, at entreprenøren burde have set den og gjort indsigelser”*.⁸¹

Til at illustrere, at forholdet skal kunne medføre tab eller ulempe for bygherren, og at entreprenøren ved eller burde vide dette, findes T:BB 2003.83 VBA. Sagen drejede sig om renovering/ombygning af en lagerbygning til lejligheder. Bygherren havde antaget en professionel gulventreprenør til gulvbelægningen. Før entreprenøren kunne etablere det nye gulv, havde denne først skullet fjerne det eksisterende gulv. Voldgiftsretten fandt, at et professionelt gulvbelægningsfirma ved fjernelsen af det eksisterende gulv, burde have konstateret, at der var tale om et undergulv, og at det dermed ikke var rationelt at lægge den nye gulvbelægning uden fuger. Entreprenøren burde således vide, at dette enten ville medføre et tab eller være til ulempe for bygherren. Følgelig havde entreprenøren ikke efterfulgt sin indsigelsespligt.

Indsigelsespligten stiller entreprenøren til ansvar for forhold, som denne burde vide. Det giver anledning til spørgsmål om hvor meget og hvor lidt entreprenøren ”burde” vide. Dette kommer dog til udtryk i retspraksis. I sagen U 2002.1619 V havde en bygherre antaget en entreprenør til at levere og oplægge et nyt tag. En årrække efter at entreprenøren havde afleveret byggeriet, reklamerede bygherren for mangler ved tagpladerne. Bygherren havde foreskrevet anvendelsen af ”eternittagplader B6” og entreprenøren havde anvendt ”asbestfrie eternitbølgeplader B6”. Voldgiftsretten udtalte, at *”entreprenøren havde som professionel tømrermester ikke grundlag for at antage, at de asbestfrie tagplader ikke ville være af en kvalitet, der svarede til de tidligere anvendte tagplader.”*⁸² Entreprenøren havde dermed ikke tilsidesat sin indsigelsespligt. Af afgørelsen kan det udledes, at indsigelsespligtens indhold tager udgangspunkt i byggetidens almindelig kendt viden.⁸³

Udover entreprenøren er underlagt selve indsigelsespligten, stiller pligten også krav til, hvordan entreprenøren egentlig iagttager indsigelsen. For at entreprenøren kan siges at have opfyldt

⁸⁰ Vestergaard Buch, ”Entrepriseretlige mangler”, s. 115

⁸¹ TBB2000.86 VBA

⁸² U 2002.1619 V

⁸³ Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 29

indsigelsesforpligtelsen, skal denne undersøge det foreskrevne materiale efter, hvad kutymen er i branchen.⁸⁴

Da der er tale om en konkret vurdering, har voldgiftspraksis og retspraksis også afgørende betydning for indsigelsespligten. Som eksempel på entreprenørens indsigelsespligt veletablerede princip i retspraksis findes U.1937.1055 H. Sagen er en af ældre sager, der giver støtte til indsigelsespligten. Bygherren antog i 1933-34 en entreprenør til opførelsen af et hus. Få år efter byggeriets færdiggørelse konstaterede bygherren svampeskader i huset. Årsagen til skaden kunne spores tilbage til det af entreprenøren anlagte trægulv. Entreprenøren havde lagt trægulvene inden huset var tilstrækkelig tørt. Sagen var først blevet afgjort til entreprenørens fordel i Landsretten. Idet entreprenøren havde lagt trægulvene og derved indelukket træværket, uden denne havde iagttaget nogen form for undersøgelse eller gjort indsigelser overfor bygherren, fandt Højesteret, at entreprenøren havde handlet uforsvarligt. Entreprenøren blev derfor erstatningsansvarlig for manglen. Rettens resultat var i først række begrundet i udførelsesfejl, men i anden række var der imidlertid utvetydig tale om manglende indsigelse.⁸⁵

En anden central afgørelse er U 1967.305 H. Sagen er eksempel på, at entreprenøren har pligt til at advare bygherren om fejl i bygherrens oplysninger, hvis denne opdager eller burde opdage, at oplysningerne kan risikere at lide bygherren tab eller ulempe.⁸⁶ Sagen omhandlede ikke optimale jordbundsforhold. Bygherren havde fået rådgiver til at udarbejde tegninger og beskrivelser til opførelsen af en villa. Bygherren antog derefter en entreprenør til at udføre byggeriet. Entreprenøren gravede ned til den af rådgiveren projekterede dybde for at støbe fundamentet til byggeriet. Entreprenøren kunne da konstatere, at jordbundsforholdene var af vanskelig beskaffenhed, og det påvirkede den potentielle bæreevne. Højesteret fandt, at entreprenøren var ansvarlig for manglerne, idet denne ikke havde efterfulgt sin advarselspligt overfor bygherren og blot fortsatte byggeriet.

Entreprenøren kan ud fra ovenstående undersøgelse af indsigelsespligten, således ikke være periferisk når det kommer til bygherrens materialevalg. Træffer bygherren et uhensigtsmæssigt materialevalg, hvorved entreprenørens iagttagelse af indsigelsesforpligtelsen er påkrævet, ifalder entreprenøren mangelshæftelsen fremfor bygherren.

3.4 Entreprenørens anvendelse af nye og ikke gennemprøvede materialer

⁸⁴ Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 29

⁸⁵ Iversen, "Entrepriseretten", s. 404

⁸⁶ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 114

I byggebranchen, ligesom i alle andre brancher, sker der konstant fornyelser og moderniseringer. Byggeriets parter kan derfor komme ud for, at de anvender materialer, som ikke tidligere er anvendt eller branchen ikke har erfaringer med. Man kan ikke konkludere, at det udelukkende er entreprenørens interesse eller bygherrens interesse, idet der kan opstilles scenarier, hvor begge parter kan nyde godt af det. Den der træffer valget om anvendelsen af nye materialer, har dog afgørende betydning for ansvaret og risikoen omkring materialet. Anvendes materialerne ud fra et valg truffet af bygherren, ifalder entreprenøren ikke mangelshæftelse, hvis forholdet senere viser sig, at materialerne ikke er formålsegnete.⁸⁷ Det stemmer overens med udgangspunktet i afsnit 3 om, at materialeansvaret hænger sammen med materialevalget. Entreprenøren er dog, som ved indsigelsespligten beskrevet i afsnit 3.3, forpligtet til at reagere overfor bygherren og gøre denne opmærksom på mulige fejl og risiko ved dennes valg.⁸⁸ Entreprenøren kan derfor, efter sin indsigelsespligt, være forpligtet til at reagere ved bygherrens valg af nye og ikke gennemprøvede materialer. Hvorimod hvis det er entreprenøren, der træffer valget om anvendelsen af de nye og ikke gennemprøvede materialer, er entreprenøren forpligtet til at oplyse bygherren om anvendelsen. Denne forpligtelse følger også af AB-vilkårene, hvor der nu er indsat en bestemmelse om forpligtelsen. AB 18, § 12, stk. 3: *"Entreprenøren skal skriftligt oplyse bygherren om anvendelse af metoder og materialer, der ikke er gennemprøvede, herunder om eventuelle risici derved, medmindre anvendelsen er foreskrevet af bygherren."* Entreprenøren er således forpligtet til at oplyse bygherren om anvendelsen - også når entreprenøren ikke vurderer, at der er risiko for fejl. Det er imidlertid vigtigt at pointere, at bestemmelsen ikke giver adgang til at overføre risikoen og ansvaret for eventuelle fejl ved de nye materialer til bygherren ved blot at oplyse herom?⁸⁹ Selvom bestemmelsen er ny i AB 18, er der ikke tale om nogen egentlig retsstiftelse. Der er mere tale om en kodificering af allerede gældende ret, hvilket skyldes den første af MgO-plade sagerne - T:BB 2017.779 VBA⁹⁰. Sagen og hvornår et materiale kan anses for at være "gennemprøvede" gennemgås yderligere i afsnit 5.

3.5 Besparelser

Udover at entreprenøren kan blive pålagt mangelshæftelsen ved ikke at have opfyldt dennes indsigelsespligt, kan entreprenørens ansvar og risiko ved materialevalget også modificeres af opnåede besparelser. Selskaber sættes i verden for at tjene penge, og det er ikke anderledes for en entreprenør og bygherre. Hvis parterne har mulighed for at begrænse deres udgifter til indkøb af materialer og på den måde opnå højere overskud, er det indlysende, at de gør det. Der er blot tale om god forretning. Imidlertid medfører sådan en billiggørelse af entreprisen øget risiko for

⁸⁷ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 148

⁸⁸ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 148

⁸⁹ Iversen, "Entrepriseret", s. 588 ff.

⁹⁰ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 199

materialesvigt.⁹¹ Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at en entreprenør der bringer forslag om anvendelsen af et materiale også som udgangspunkt hæfter for dette materiale. Dette udgangspunkt kunne fraviges ved bygherres eller rådgivers godkendelse, hvorved risikoen for materialefejl blev overført til bygherren. I tilfælde af besparelser er dette særlig relevant. Hvis entreprenøren fremkommer med materialeforslag, på baggrund af forespørgsel fra bygherren om besparelser, så må det være logisk, at risikoen for materialefejl overføres til bygherren.⁹²

Ovenstående synspunkt om besparelser er understøttet i T:BB 2004.224 VBA. Sagen omhandlede etablering af gulvbrædder i et lejlighedskompleks med 47 lejligheder. Bygherren i sagen havde anmodet entreprenøren om at komme med forslag til materialevalg ud fra et ønske om besparelser. Gulvbrædderne som entreprenøren havde forslået og senere også anvendte, viste sig dog at knirke. Voldgiftsretten anførte, at entreprenørens forslag var givet på foranledning af bygherren med ønske om besparelse, hvorved bygherren måtte hæfte for materialefejlen og ikke entreprenøren.

Lignende afgørelse fra voldgiftspraksis er KFE 1983.304 VBA. Sagen drejede sig om fugebelægning i et parkeringsdæk. Bygherren havde antaget en entreprenør til opgaven. Bygherren havde foreskrevet anvendelsen af en vandtæt belægning med flisebelægning. Dette blev imidlertid ændret, og entreprenøren anvendte butylgummi dækket med pulverasfalt til lukning af fugerne. Voldgiftsretten anførte i sagen, at parterne var bekendt med at den billigere gummiløsning holdbarhed var tvivlsom. Endvidere havde entreprenøren taget forbehold for anvendelsen af gummiløsningen. Bygherren måtte derved selv bære kvalitetsrisikoen ved det ændrede materialevalg.

Ud fra dommene antages det i litteraturen, at den part med interesse i besparelsen, må bære kvalitetsrisikoen ved materialevalget.⁹³

3.6 Entreprenøren som indkøber

Bygherren og entreprenøren kan aftale, at der, som del af entreprenørens forpligtelse, skal indgå indkøb af materialer for bygherren og på dennes regning.⁹⁴ I sådanne tilfælde må bygherren nyde både fordele og ulemper af entreprenørens aftaler om indkøb. En sådan aftale ændrer også i hovedreglen for materialerisikoen. Det skyldes, at bygherren som udgangspunkt ikke erhverver

⁹¹ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 56

⁹² Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 56

⁹³ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 56, Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 27

⁹⁴ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 83 ff.

beføjelser overfor entreprenøren, hvis materialer ikke er fejlfrie.⁹⁵ Aftaler, hvor entreprenøren forpligter sig til at agere indkøber, savner dog formål. Eftersom entreprenøren ikke opnår nogen fordel ved at påtage sig denne forpligtelse. Det skyldes, at når man indkøber materialer på bygherrens regning, mister entreprenøren muligheden for fortjeneste på materialeleverancen. Entreprenøren er endvidere forpligtet til at sikre, at krav mellem bygherren og leverandøren om materialerne kan gøres gældende uden dennes indblanding. Kan entreprenøren ikke opfylde dette, vil bygherren kunne gøre sine krav gældende mod entreprenøren i stedet.⁹⁶

Ovenstående er udgangspunktet for fejlbehæftede materialer. For formålsuegnede materialer er retsstillingen dog anderledes. At et materiale er formålsuegnet, relaterer sig ikke til materialets konkrete egenskaber, men i stedet til materialernes egnethed til det nærværende arbejde. Indgår entreprenøren og bygherren således aftale om indkøb, så ændres ikke på udgangspunktet for materialerisiko, og entreprenøren vil dermed stadig hæfte for formålsuegnede materialer.⁹⁷

Aftaler om entreprenørindkøb har, på baggrund af ovenstående, dermed ikke den store anvendelse i praksis, og er fortrinsvis et levn fra fortiden.

3.7 Delkonklusion på entreprenørens ansvar for materialefejl

Af ovenstående kan det konkluderes, at entreprenøren har det frie materialevalg, når bygherren ikke har foreskrevet anvendelsen af bestemte materialer. Ved manglende aftale om materialeleverancen har bygherren således frit valg inden for materialekriteriet. For at entreprenørens ydelse er mangelsfri, skal denne således levere det aftalte resultat. Det er konsekvensen af, at entreprenørens ydelse er en resultatsforpligtelse. Dette gælder også for materialeleverancen. Har entreprenøren det frie materialevalg, og er materialerne ikke fejlfrie, vil entreprenøren hæfte for materialefejlen. Det kan dog være kompliceret i praksis at kortlægge, hvilken part der egentlig har truffet materialevalget. Som hjælp udtrykkes det, at "Idemanden bærer risikoen for materialets kvalitet". Med denne huskeregel ønskes det at klargøre, at blot det at frembringe ideen om anvendelsen af et bestemt materiale, også kan medføre materialeansvaret. Det kan gælde idé om materialeleverandør, materialevalg eller konstruktion. Undtagelsen til entreprenørens materialeansvar ved frembringelse af idé er bygherregodkendelse. Godkender bygherren eller bygherrens rådgiver materialevalget, vil mangelshæftelsen som udgangspunkt overføres til bygherren, som om denne havde foreskrevet anvendelsen af det foreslåede materiale. Der er dog tale om en konkret vurdering og omstændighederne omkring forslaget og godkendelsen

⁹⁵ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 84

⁹⁶ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 84

⁹⁷ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s. 85

må være afgørende. Endvidere er det kun gældende for formålsuegnet materiale, hvorfor entreprenøren stadig hæfter for fejlbehæftede materialer.

Foruden at bygherrens godkendelse har indflydelse på entreprenørens materialeansvar, har entreprenørens indsigelsespligt også afgørende betydning. Indsigelsespligten er etableret både i litteraturen og i AB-vilkårene og gælder også, når AB-vilkårene ikke er aftalt. Det er entreprenørens pligt at gøre indsigelse overfor projektfejl. Hvornår entreprenøren har denne pligt er en konkret vurdering, men entreprenøren stilles også til ansvar for "burde viden" – altså hvis et forhold kan medføre tab eller ulempe for bygherren, og entreprenøren burde vide dette. Idet der er tale om en konkret vurdering, er rets- og voldgiftspraksis afgørende. Den er med til at sætte grænserne for pligten i forhold til, hvad entreprenøren burde vide, og hvornår et forhold kan medføre tab og ulempe for bygherren. Når bygherren har truffet materialevalget, kan materialefejl dermed ikke være underordnet for entreprenøren, hvis indsigelse er påkrævet. Yderligere har billiggørelse af entreprisen også betydning for entreprenørens risiko. Det skyldes, at billiggørelse af en entreprise ofte øger risikoen for materialefejl. Entreprenøren kan dog ikke blive pålagt mangelshæftelsen, hvis materialebesparelsen er opnået af bygherren eller entreprenørens forslag til besparelser er på foranledning af bygherren. Afslutningsvis kan entreprenøren agere som indkøber for bygherren, hvorved entreprenørens risiko og ansvar for materialer kan påvirkes. Dette ses dog sjældnere i praksis.

4 Bygherrens ansvar for materialefejl

I ovenstående afsnit tre kortlægges og konkluderes det, hvornår entreprenøren indestår for risikoen og ansvaret ved materialefejl i entreprisen. Formålet med afsnit fire er at gøre præcis det samme men for/fra? bygherrens side. Indledningsvist beskrives det tidligere omtalte udgangspunkt for risikofordelingen i relation til materialefejl. Dette udgangspunkt ses modificeret i en række scenarier, der gennemgås i det følgende. Afslutningsvist konkluderes der på bygherrens risiko og ansvar.

4.1 Udgangspunktet for risikofordelingen

I afsnit 2.1 beskrives udgangspunktet i relation til materialeansvaret og materialeforpligtelsen.

Man ser dog dette udgangspunkt kompliceret ved at arbejdet udføres på bygherrens faste ejendom. Netop fordi arbejdet udføres på bygherrens faste ejendom, vil bygherren eller bygherrens rådgiver i sådanne scenarier være involveret i processen. Det skyldes, at arbejdet udføres på baggrund af et projekt udarbejdet af bygherrens rådgivere, som bygherren har kontrol over og bygherren kan

forkaste forslag til arbejdet.⁹⁸ Hvornår bygherren bærer ansvar og risiko i forbindelse med materialer under byggeprocessen vil blive behandlet i nedenstående afsnit.

Det tidligere omtalte entrepriseretlige udgangspunkt, når det kommer til materialefejl og materialevalg er, at entreprenørens risiko og hæftelse afhænger af, hvorvidt entreprenøren har haft frit materialevalg eller ej.⁹⁹ Risiko og hæftelse for materialet er således forbundet med den af parterne som foretager valget om materialet.¹⁰⁰ Har entreprenøren et frit valg omkring, hvilke materialer denne ønsker at anvende og er entreprenøren "uheldig" at vælge et fejlbehæftet materiale, hæfter entreprenøren for sit valg. Dette stemmer også overens med det obligationsretlige grundsæt om uheldigt valg af opfyldelsesforanstaltninger.¹⁰¹ Har entreprenøren derimod ikke haft noget valg, er han således blevet pålagt at anvende et bestemt materiale af bygherren, finder den obligationsretlige umulighedslære anvendelse, hvorfor entreprenøren vil slippe for mangelshæftelse, og derimod er det bygherren, som hæfter.¹⁰² Det er dog, som tidligere nævnt, ikke altid så ligetil. I praksis er det ofte svært at kategorisere, hvorvidt der er tale om et frit materialevalg eller om bygherren specifikt har foreskrevet, hvilket materiale der skal anvendes. Det forekommer ofte, at entreprenøren får et begrænset frit valg således, at bygherren giver et valg mellem to forskellige materialer eller bygherren har en præference for, hvilket materiale der anvendes. I de kommende underafsnit vil risikoen ved materialevalget kortlægges ud fra en række scenarier.

4.2 Bygherreleverancer

Udgangspunktet i afsnit 2.1 omkring entreprenørens forpligtelse til at præstere materialer til brug for byggeriet har dog en undtagelse – bygherreleverancer. Begrebet bygherreleverancer dækker over situationen, hvor en bygherre og entreprenør har indgået en entreprise, og bygherren selv påtager sig at levere materialer til byggeriet. Dette kan både være få eller mange materialer, ligesom bygherren kan fremskaffe dem via køb hos tredjemand eller i nogle tilfælde producere dem selv.¹⁰³ Bygherreleverancer anses som værende biforpligtelser, hvor erlæggelse af købesummer er bygherrens hovedforpligtelse. Betegnelsen "biforpligtelser" bør dog ikke få læseren til at tro, at misligholdelse af biforpligtelser er uvæsentligt. Misligholdelse af biforpligtelser vil ofte angå forhold, der har afgørende betydning for byggeriet, hvilket også er tilfældet med bygherreleverancer. Det vil således kunne udløse store erstatningskrav mod bygherren fra entreprenøren.¹⁰⁴ Eftersom bygherreleverancer er bygherrens forpligtelse, vil det næppe være rimeligt, at entreprenøren skulle

⁹⁸ Saltorp, Bygherrerisikoen", s.340

⁹⁹ Iversen, Entrepriseretten, s. 584

¹⁰⁰ Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, s.60

¹⁰¹ Iversen, Entrepriseretten, s.585

¹⁰² Iversen, Entrepriseretten, s.585

¹⁰³ Iversen, Entrepriseretten, s. 190

¹⁰⁴ Iversen, Entrepriseretten, s. 191

bære risikoen for sådanne leverancer på lige fod med de materialer, entreprenøren selv præsterer. Yderligere kan bygherren ikke påberåbe skjulte mangler ved materialer, som har været del af en bygherreleverance.¹⁰⁵ Både i litteraturen og i praksis ses det sjældent, at en bygherreleverance er årsagen til skade på byggeriet og endnu sjældnere, hvis der er tale om skjulte mangler.¹⁰⁶ Hvis det imidlertid er tilfældet, at en bygherreleverance er til skade for entreprenørens arbejde, antages det i litteraturen, at forholdet skal bedømmes efter købelovens §43.¹⁰⁷ Dog vil mangler ved en bygherreleverance ofte blive opdaget af enten bygherren selv eller af entreprenøren før ibrugtagning. Entreprenøren har netop en afvisningspligt, hvis entreprenøren finder mangler ved bygherreleverancen.¹⁰⁸

4.2.1 Bygherren udvælger konkrete materialer

I den situation, hvor entreprenøren ikke har indflydelse på valget af materialer og bygherren har udvalgt de konkrete materialer, som ligger til grund for byggeriet, vil entreprenøren slippe for mangelshæftelse¹⁰⁹. Bygherren skal således udpege konkrete materialeeksemplarer til anvendelse for byggeriet eller hvis entreprenøren, som bygherrens fuldmægtig, indkøber materialer til byggeriet.¹¹⁰

4.2.2 Bygherren har foreskrevet et bestemt produkt

Bygherren kan også have foreskrevet, at der skal ske anvendelse af et bestemt produkt eller fabrikat. I denne situation gælder de samme principper, som hvis bygherren har udvalgt konkrete materialer¹¹¹. Af relevant voldgiftspraksis findes blandt andet T:BB 2001.421 VBA. Denne afgørelse drejede sig om en tagrenovering. Efter entreprenøren havde afleveret arbejdet, opstod der utætheder i undertaget, grundet undertagsmaterialets formålsuegnethed. Bygherren anlagde sag mod leverandøren og entreprenøren, idet entreprenøren havde udført arbejdet og indkøbt undertagsmaterialet. Voldgiftsretten fandt, at entreprenøren blev frifundet, da der ikke var tale om en udførelsesfejl, og der i udbudsmaterialet var foreskrevet, at der som materiale til undertaget skulle anvendes det specifikke materiale "Corobuild".¹¹²

Der kan dog være forskel på bedømmelsen alt efter, om der er tale om formålsuegnethed eller fejlbehæftede materialer. Ved fejlbehæftede materialer vil det være entreprenørens risiko. Det

¹⁰⁵ Saltorp, "Bygherrerrisikoen", afsnit III, s.343

¹⁰⁶ Saltorp, "Bygherrerrisikoen", afsnit III, s.343

¹⁰⁷ Saltorp, "Bygherrerrisikoen", afsnit III, s.343

¹⁰⁸ Saltorp, "Bygherrerrisikoen", afsnit III, s.343

¹⁰⁹ AB18, §47, stk.3, litra B

¹¹⁰ U 1954.12 H og Iversen, Entrepriseretten, s.590

¹¹¹ AB18, §47, stk.3, litra B

¹¹² David Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, Bogunivers, 1. udgave, 2018, s.46 (Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer)

skyldes, at bygherren har foreskrevet et bestemt produkt, men entreprenøren har haft frit valg inden for den pågældende art. Dette er også refereret til som genussynspunktet. Genussynspunktet gælder dog ikke i alle tilfælde. I situationer hvor entreprenøren ikke alligevel har noget valg inden for arten, for eksempel hvis en meget stor del af arten var behæftet med fabrikationsfejl, arten var meget begrænset i antal eller fordi bygherren foreskrev entreprenøren at anvende et meget beskedent udsnit af arten. Det afgørende, når det kommer til fejlbehæftede materialer, er altså, om entreprenøren egentlig har haft et valg inden for det foreskrevne produkt art.¹¹³ Hvis ikke entreprenøren har haft et reelt valg, hæfter bygherren for manglen.

4.2.3 Bygherren har foreskrevet en bestemt materialetype

Har bygherren foreskrevet, at entreprenøren skal anvende en bestemt materialetype gælder samme principper som i afsnit 4.3.3 – der sondres mellem formålsuegnethed og fejlbehæftede materialer.

For fejlbehæftede materialer finder genussynspunktet igen anvendelse – altså hvorvidt entreprenøren har haft et valg inden for den foreskrevne materialetype. Helt elementært vil der være større sandsynlighed for, at entreprenøren har flere valgmuligheder at vælge i mellem, idet bygherren blot har foreskrevet en materialetype og ikke som ovenstående et bestemt produkt. Således vil entreprenørens chance for at undgå mangelshæftelse naturligvis være mindre end bestemte produkter. Fra retspraksis findes blandet andet U 1973.53/2 H. Sagen omhandlede betonelementer i en beboelsesejendom. Omkring 10 år efter opførelsen af beboelsesejendommen forelå der svigt i form af forvitring og nedfald af betonstykker fra betonelementerne. I en skønrapport kunne det udledes, at betonelementerne ikke havde den foreskrevne tykkelse. Betonelementerne var leveret og produceret af entreprenøren. Retten fandt, at entreprenørens materialeydelse var mangelfuld grundet svigtet i betonelementerne.¹¹⁴

Når det kommer til en formålsuegnet materialetype, som er foreskrevet af bygherren, er udgangspunktet det samme som i afsnit 4.3.2 – Når bygherren har foreskrevet en konkret materialetype, vil entreprenørens materialeydelse ikke være mangelfuld.¹¹⁵ Dette gælder, hvis materialetypen er af en sådan karakter, at den ikke besidder de nødvendige egenskaber eller ligefrem negative egenskaber. Ydermere finder udgangspunktet anvendelse, når der er tale om materialer, som individuelt essentielt besidder de nødvendige egenskaber, men hvor problemet er den konkrete sammenhæng, som materialet anvendes i.¹¹⁶ Sidstnævnte scenarie er defineret i

¹¹³ Iversen, Entrepriseretten, s.592

¹¹⁴ Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 44

¹¹⁵ Iversen, Entrepriseretten, s.595 og AB18, §47, stk.3, litra B

¹¹⁶ Iversen, Entrepriseretten s.595

litteraturen som udviklingsrisikoen.¹¹⁷ Udviklingsrisiko for byggematerialer bliver gennemgået i afsnit 5. Af relevant voldgiftspraksis for formålsuegnede materialetyper, som er foreskrevet af bygherren, kan T:BB 2004.89 VBA inddrages. Sagen drejede sig om en underentreprenør, der var blevet antaget af en bygherre til at udføre murerarbejde. Entreprenøren skulle renovere facade og gesimser i forbindelse med et større renoveringsprojekt. Kort tid efter entreprenøren havde færdiggjort arbejdet, opstod der skader på gesimserne grundet det danske vintervejr. Voldgiftsretten lagde til grund for deres afgørelse, at entreprenøren selvstændigt havde valgt en anden mørtelblanding til arbejdet end den, som var foreskrevet af. Entreprenøren var underentreprenør og retten fandt, at underentreprenøren måtte lide tabet over for hovedentreprenøren.

4.2.4 Bygherrens angivelse af lignende produkter som reference

Bygherren kan i udbudsmaterialet angive sine præferencer for materialevalget ved at oplyste lignende produkt(er) som reference. For formålsuegnethed gælder, at ved denne tilgang kan entreprenøren undgå materialeansvar og derved en mangelfuld ydelse, ved at anvende de(t) oplyste produkt(er). Synspunktet er, at hvis bygherren angiver et produkt som reference til entreprenøren og denne så anvender netop det angivne produkt, har bygherren ingen basis for at kræve ydelsen mangelfuld og følger af AB18, §47, stk.3, litra B.¹¹⁸ Dermed gælder den samme mangelsvurdering for bygherren, som når denne kræver anvendelsen af et bestemt materiale. Risikoen for materialerne er altså båret af bygherren.¹¹⁹ Det er dog afgørende for mangelsvurderingen, at entreprenøren vælger netop referenceproduktet og ikke et andet. I praksis kan bygherren i udbudsmaterialet foreskrive, at materialet skal være "lignende", "tilsvarende" eller "ligestillet med" referenceproduktet. En årsag til at anvende denne tilgang er, at bygherren kan have indflydelse på materialevalget, men samtidig afskærer bygherren ikke entreprenørens mulighed for at vælge et lignende materiale fra en leverandør med lavere priser.

I afsnit 2.4 er afgørelsen T:BB 2017.779 VBA omtalt. Denne afgørelse omhandler netop den situation, hvor bygherren angiver referenceprodukter. Bygherren havde foreskrevet anvendelsen af fibercementplader kaldet "Conchip". Desuagtet kunne entreprenøren vælge produkter, som var tilsvarende til referenceproduktet. Entreprenøren valgte de nu kendte MgO-plader og fik godkendelse fra bygherren. Voldgiftsretten fandt, at idet bygherren godkendte anvendelsen af MgO-pladerne, var situationen tilsvarende med, at bygherren havde foreskrevet anvendelsen af MgO-pladerne. Som følge heraf henviste voldgiftsretten til det faktum, at anvendelsen af et foreskrevet materiale ikke kan anses som en *"ansvarspådragende mangel"*. Entreprenøren blev således frifundet, men rådgiveren blev pålagt ansvar.

¹¹⁷ Iversen, Entrepriseretten s.595

¹¹⁸ Iversen, Entrepriseretten, s.597 ff., Saltorp, "Bygherrisikoen", s.340 ff. og Boesgaard, Fausing og Hansen, AB18 for praktikere, s. 358 ff.

¹¹⁹ Boesgaard, Fausing og Hansen, AB18 for praktikere, s. 359

I ovenstående sag undgik entreprenøren mangelsbæftelse ved, at bygherren godkendte et andet materiale til byggeriet end referenceproduktet. I KFE 1996.75 VBA valgte entreprenøren derimod det foreskrevne referenceprodukt. Sagen omhandlede opførelsen af en række udhuse. En underentreprenør var antaget til opgaven. Efter aflevering af arbejdet forelå der mangler ved beklædningspladerne på udhusene, idet pladerne var begyndt at skalle af og malingen var misfarvet. Årsagen til manglerne kunne tilskrives den af underentreprenøren anvendte præ-grunder, der ikke var alkaliresistent eller kunne holde til fugt. Underentreprenøren havde anvendt det foreskrevne referenceprodukt og var således ansvarsfri.

Som modsætning til ovenstående afgørelse, hvor entreprenøren vælger at anvende referenceproduktet, kan entreprenøren også vælge et andet materiale. Vælger entreprenøren et andet materiale end referenceproduktet, hviler bevisbyrden på entreprenøren. Entreprenøren vil dermed skulle påvise, at det valgte materiale besidder samme egenskaber som referenceproduktet. Som eksempel på denne retsstilling findes KFE 1982.47 VBA. Sagen omhandlede et byggeri, hvor bygherren i udbudsmaterialet havde angivet anvendelse af nogle bestemte udvendige dør eller lignende. Entreprenøren valgte imidlertid ikke at anvende referenceproduktet, men derimod nogle tilsvarende udvendige døre. Efter entreprenøren havde afleveret byggeriet opstod der såkaldte krumninger i dørene, hvorfor bygherren gjorde et mangelskrav gældende overfor entreprenøren. Efter et syn og skøn fandt voldgiftsretten, at beskrivelsen af de udvendige døre i udbudsmaterialet krævede anvendelse af materialer i samme kvalitet og tilsvarende konstruktion. Skønsmanden udtalte endvidere, at krumninger i udvendige døre ikke altid kan undgås, men skønsmanden foretrak referenceproduktet fremfor det produkt, entreprenøren havde anvendt. Entreprenøren kunne ikke løfte bevisbyrden for, at det anvendte produkt ikke havde medvirket til krumningen på dørene. Entreprenøren fandtes dermed at være erstatningsansvarlig. De anvendte døre var således ikke fejlbehæftede, men derimod uegnet til formålet.

For fejlbehæftede materialer har tidligere nævnt "genussynspunkt" igen betydning, hvilket vil sige, at det afgørende for mangelsvurderingen og hvilken part, der bærer ansvaret for det fejlbehæftede materiale er, hvorvidt entreprenøren har mulighed for at vælge et ikke fejlbehæftet materiale. Bygherren kan i udbudsmaterialet kræve, at anvendelsesmaterialet skal være tilsvarende referenceproduktet og entreprenøren således vælger referenceproduktet. Viser det sig, at alle eksemplarer af referenceproduktet er fejlbehæftede, kan bygherren ikke kræve entreprenørens ydelse for mangelfuld, med henvisning til, at der fandtes lignende materialer, som ikke var fejlbehæftede, idet entreprenøren netop valgte referenceproduktet.¹²⁰

¹²⁰ Iversen, Entrepriseretten, s.597

En af de centrale afgørelser for angivelse af lignende produkter som reference er KFE 1986.12 VBA.¹²¹ Sagen omhandlede tagelementer eller også kaldet tagkassetter. Tagelementer skulle anvendes i tagkonstruktionen som underlag for tagdækningen. I udbudsmaterialet var der foreskrevet, at entreprenøren skulle anvende tagkassetter, *"som RC60145 fra firmaet Rationel Byggeplader K/S"*.¹²² Produktet "RC60145" var altså et referenceprodukt, og entreprenøren skulle anvende lignende produkter. Imidlertid anvendte entreprenøren referenceproduktet som bygherren havde foreskrevet. Alligevel resulterede det i at, allerede et år efter byggeriets færdiggørelse, var der mangler ved tagkonstruktionen. Tagkassetterne, som var anvendt, nedsatte konstruktionens isoleringsevne og holdbarhed. Voldgiftsretten udtalte, at *"det må lægges til grund, at de pågældende tagkassetter eller en væsentlig del af dem på grund af en tilfældig fabrikationsfejl har været behæftet med mangler, som kan medføre en nedsat holdbarhed af tagkonstruktionen og en nedsat isoleringsevne ...manglerne ved tagkonstruktionen kan udelukkende henføres til denne fabrikationsfejl"*.¹²³ Voldgiftsretten lagde vægt på, at det var bygherrens rådgivere, som efter grundig overvejelse havde anført en bestemt produkttype og leverandør i udbudsmaterialet. Netop fordi rådgiverne havde anført så præcist et referenceprodukt, havde entreprenøren ikke mulighed for at vælge andre produkter end referenceproduktet, hvis entreprenøren skulle opfylde kravene angivet i udbudsmaterialet. Entreprenøren blev ud fra ovenstående argumentation frifundet for mangelsansvar.

En entreprenør kan også ifalde mangelshæftelse for fejlbehæftede materialer. De samme principper som ved formålsuegnethed gælder også ved fejlbehæftede materialer.¹²⁴ Entreprenøren skal påvise, at det valgte materiale er af samme kvalitet som referenceproduktet. Som eksempel på sager hvor entreprenøren har valgt et andet materiale end referenceproduktet er KFE 2015.090 VBA. Der var tale om en forbrugerentreprise, men mangelsansvaret for entreprenøren er imidlertid relevant for afhandlingen. Bygherren havde antaget entreprenøren til opførelsen af en villa. Entreprenøren havde besigtiget den villa, som bygherren ville have opført en tilsvarende af. I aftalegrundlaget mellem entreprenøren og bygherren fremgik det, at betonoverfladerne skulle udføres som svarende til den besigtigede villa. Bygherren anlagde sag mod entreprenøren om mangler ved betonoverfladerne. Voldgiftsretten fandt, at i betragtning af beskrivelsen i aftalegrundlaget om udførelsen og at manglerne ved betonoverfladerne kunne tilskrives produktionen, forelå der en mangel og entreprenøren blev pålagt ansvaret.

¹²¹ Iversen, Entrepriseretten, s.597

¹²² Iversen, Entrepriseretten s.597

¹²³ KFE 1986.12 VBA

¹²⁴ Iversen, Entrepriseretten, s. 598

4.3 Delkonklusion på bygherrens ansvar for materialefejl

Ud fra afsnit 4 kan det konkluderes, at udgangspunktet om, at materialefejl og materialevalg hænger sammen, ses modificeret i en række scenarier, når bygherrens forhold har indflydelse på materialevalget. Bygherreleverancer er en naturlig undtagelse til udgangspunktet, da entreprenøren ikke vil kunne mødes med mangelskrav for bygherreleverancer, på lige fod med materialer præsteret af entreprenøren selv. Det skyldes, at bygherreleverancer er en forpligtelse bygherren selv antager, og denne må dermed også bære risikoen for materialerne. Entreprenøren har dog en afvisningspligt, hvis entreprenøren konstaterer mangler ved bygherreleverancen.

Udover bygherrens egne leverancer af materialer, kan bygherren også foreskrive anvendelsen af konkrete materialer. Hvor entreprenøren skal anvende bestemte materialer foreskrevet af bygherren, hæfter bygherren selv for materialerne – både ved formålsuegnethed og defekter. Dette udgangspunkt gælder også i tilfælde af bygherren har foreskrevet anvendelsen af et bestemt produkt. Der ses dog undtaget ved fejlbehæftede materialer. Her vil entreprenøren hæfte for mangler, hvis denne har haft muligheden for at vælge et ikke fejlbehæftet materiale inden for det foreskrevne produkts art. Har entreprenøren i praksis ikke et valg inden for arten, grundet at en stor del af arten er fejlbehæftet. Så er entreprenøren imidlertid undtaget for mangelshæftelsen.

Foreskriver bygherren anvendelsen af en bestemt materialetype, sondres der igen mellem formålsuegnethed og fejlbehæftede materialer. Retsstillingen stemmer dog overens med det scenarie, hvor bygherren har foreskrevet anvendelsen af et bestemt produkt.

Angivelsen af referenceprodukter fra bygherren modificerer udgangspunktet. Bygherren angiver her et produkt eller en række produkter, med henvisning til anvendelsen af dem eller lignende. Ved formålsuegnethed vil bygherren ifalde mangelshæftelse, hvis entreprenøren anvender det netop angivet referenceprodukt. Ved fejlbehæftede materialer er det igen afgørende for materialeansvaret, hvorvidt entreprenøren har et valg inden for angivelsen. Er det muligt for entreprenøren at vælge et fejlfrit produkt, så må denne hæfte og omvendt.

5 Byggetidens viden og udviklingsskader

Formålet med dette afsnit er at kortlægge begreberne udviklingsskader, udviklingsrisiko og byggetidens viden, da disse har væsentlig betydning for både entreprenørens og bygherrens risiko og ansvar ved materialemangler. Efter analysen af entreprenørens og bygherrens risiko og ansvar ved materialevalget, er der dannet klare udgangspunkter for hvornår en part må bære mangelshæftelsen.

Det klare udgangspunkt er, at materialevalget hænger sammen med materialehæftelsen. Har bygherren truffet materialevalget på entreprenørens vegne, må bygherren hæfte for det uheldige valg. Træffer entreprenøren valget om det ikke fejlfri materiale, så hæfter denne. Der er dog tidligere nævnt i afhandlingen, at byggetidens viden og udviklingsrisikoen kan ændre på dette udgangspunkt.

5.1 Udviklingsskader

Begrebet udviklingsskader har været betydeligt diskuteret og tiltrukket meget opmærksomhed i nyere tid. Dette er til dels på grund af dets aktualitet og relevans i forbindelse med MgO-sagerne, men også fordi det er et begreb, entreprenører ofte anvender som argumentation for, at bygherren skal bære ansvaret for udviklingsskader. Definitionen af udviklingsskader er dog straks mere kompliceret. Det skyldes, at der ikke er helt enighed om, hvad begrebet dækker over. Ifølge Hørlyck er der ingen, som rigtig ved, hvad begrebet dækker over.¹²⁵ Hørlyck hæfter sig ved, at ordet udvikling hentyder til, at skaden udvikler sig over tid, hvorimod skaden allerede er til stede ved materialets anvendelse. Udviklingsskader relaterer sig dog til det scenarie, hvor entreprenøren anvender materialer, der på anvendelsestidspunktet blev anset for forsvarlige og fornuftige samt gennemprøvet, men hvor det senere har vist sig, at materialerne er uhensigtsmæssige og med uheldige egenskaber.¹²⁶ Der er imidlertid en anden problemstilling, som begrebet også dækker over. Denne problemstilling omhandler entreprenørens anvendelse af nye og uprøvede materialer. Det omtales også som *"udviklingsopgaver"*.¹²⁷ Problemstillingen hvor entreprenøren anvender nye og uprøvede materialer behandles i afsnit 5.3 under udviklingsopgaver.

Det er dog ikke en eksakt størrelse at vurdere om et materiale er gennemprøvet eller ej. Det fremgår ikke af AB, og der er ikke ligefrem en liste man kan henvise til. Begrebet må derfor defineres igennem praksis. Betænkningen til AB 18 siger følgende om udtrykket gennemprøvet; *"gennemprøvede metoder og materialer er en retlig standard, hvis nærmere indhold må fastlægges i retspraksis. Ved vurderingen af, om en metode eller et materiale er gennemprøvet, har det betydning, om metoden eller materialet har været bredt anvendt til det påtænkte formål i en længere periode. Standardprodukter, der har været på markedet og har været anvendt i en længere årrække, må normalt anses for gennemprøvede. Det kan også have betydning, om metoden eller materialet er testet eller certificeret."*¹²⁸

¹²⁵ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 474

¹²⁶ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 475

¹²⁷ Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 23

¹²⁸ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 76

5.2 Byggetidens viden

Begrebet byggetidens viden fremgår af AB 18. Det er dog kun omtalt i mangelsbestemmelsen AB 18, § 47, stk. 3, litra a. Der fremgår ikke yderligere om begrebet eller dets anvendelse i resten af AB, men idet der er tale om en grundsætning, finder den også anvendelse når AB-vilkårene ikke er vedtaget samt på rådgivning og totalentreprise.¹²⁹ Begrebet er veletableret i både byggebranchen, vold- og retspraksis samt den juridiske litteratur. Begrebet dækker over vidensudvikling på det entrepriseretlige område. Men en vurdering af byggetidens viden er ikke lige til. Hvordan vurderes det hvad der anses som almindelig kendt i en branche. Byggebranchen oplever, på lige fod med andre brancher, massive teknologiske udviklinger. Både i form af udførelsesmetoder, men også udvikling af nye materialer og adgang til nye materialer. Den viden branchefolk og fagkredse besidder om et givent produkt eller materiale ændres dermed hurtigt. Det ses derfor, at materialer som findes fornuftige og forsvarlige et år, kan anses som uegnet som følge af udviklingen. Der er hele tiden adgang til nye informationer, hvorfor viden også hele tiden ændrer sig. Nærmest indlysende er der af den grund også tale om en konkret vurdering. En vurdering af domstole og voldgiftsretten.

Bestemmelsen i AB 18 om byggetidens viden kan ansvarsfritage entreprenøren, hvis denne kan godtgøre, at materialerne var egnet til formålet under byggetidens viden. Byggetidens viden er altså udtryk for den viden, der er i byggebranchen om et konkret materiale, dets anvendelsesformål og dets beskaffenhed. Entreprenøren skal med henvisning til byggetidens viden godtgøre, at materialet på anvendelsestidspunktet var egnet til formålet for at kunne gøre udviklingsskader gældende overfor bygherren. Byggetidens viden bruges således i sammenhæng med bygherrerisikoen og gælder også, når entreprenøren har det frie materialevalg.¹³⁰ § 47, stk. 3, litra a introduktion i AB 18 er ikke udtryk for en retsstiftelse. Der er tale om en kodifikation af retspraksis. Dette er tilfældet, da det i betænkningen til AB 18 er beskrevet følgende; *"Efter bestemmelsen foreligger der ikke en mangel, hvis entreprenøren godtgør, at materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet til formålet. Dette gælder, selv om entreprenøren har haft frit materialevalg. Bestemmelsen kodificerer retspraksis. Hvis entreprenøren anvender materialer, som efter byggetidens viden må anses for forsvarlige og fornuftige til formålet, hæfter entreprenøren ikke for mangler ved materialerne, som skyldes, at de efterfølgende viser sig at være uegnede til formålet. Bygherren bærer således i henhold til bestemmelsen risikoen for sådanne forhold."*

Selvom grundsætningen er fornyligt introduceret i AB-vilkårene, er det som sagt veletableret i retspraksis. Det ses blandt andet ved et stort antal voldgiftsager tilbage i 1970. Sagerne omhandlede byggerier med flade tagpaptage. Som eksempel findes KFE 1986.165 VBA. Sagen omhandlede de netop omtalte tagpaptage. Entreprenøren havde valgt netop denne tagkonstruktion. Anvendelsen

¹²⁹ Iversen, "Entrepriseretten", s. 585

¹³⁰ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 199

af den bestemte isolering og tagbeklædning i kombinationen med et fladt tag, var på udførelsestidspunktet ikke i overensstemmelse med almindelig byggeskik udtalte voldgiftsretten. Almindelig byggeskik kan sidestilles med byggetidens viden. Lignende sag er KFE 1983.299 VBA. Sagen omhandlede også flade tagkonstruktioner med anvendelsen af tagpap. Den udførte konstruktion var på byggetidspunktet anerkendt og almindelig anvendt, men det var på byggetidspunktet ukendt, at de anvendte lametagpladers træfiberplader optog fugt.¹³¹

Af sagerne fremgår det, at tagpapmaterialet var forsvarligt og fornuftigt. Materialet omtales som almindelig anvendt og anerkendt samt i overensstemmelse med almindelig byggeskik. Dette er alle udtryk for byggetidens viden. Dette er også årsagen til, at det i litteraturen anses som at være ved tagpapafgørelserne grundsætningen om byggetidens viden blev skabt.¹³²

Afgørelser som ikke omhandler de kendte tagpaptage findes for eksempel T:BB 1998.141 V. Sagen drejede sig om et pudslag på en gavl. Bygherren havde antaget entreprenøren til at vandskure, reparere og efterpudse en gavl på bygherrens ejendom. Entreprenøren havde selv valgt materialer til at efterpudse. Kort tid efter færdiggørelsen begyndte pudslaget at skalle af. Landsretten udtalte, at det af entreprenøren anvendte produkt, på anvendelsestidspunktet, blev anset som egnet til formålet. Entreprenøren kunne således ikke ifalde mangelshæftelsen.

For så vidt angår den juridiske litteratur, så er definitionerne fra de forskellige forfattere ikke fuldstændig ens. Grundlaget er dog relativt ens og det er de samme overvejelser forfatterne gør sig. Hørlyck skriver *"... har entreprenøren mulighed for at klare frisag uanset opståede defekter eller svigt, hvis han kan godtgøre, at det fagmæssigt ukorrekte arbejde inklusive de anvendte materialer ikke beror på hans fejl eller forsømmelse, fordi opfattelsen af det fagmæssigt korrekte har ændret sig siden arbejdet, blev udført."*¹³³

Vestergaard Buch anfører *"I praksis anvendes ofte det udtryk, at entreprenørens ydelse var i overensstemmelse med almindelig byggeskik på udførelsestidspunktet. I så fald foreligger der ikke et svigt ved entreprenørens ydelse, hvis senere erfaringer viser, at de anvendte metoder eller materialer indebærer en for entreprenøren uforudsigelig risiko for fejl ved byggeriet"*¹³⁴

Saltorp angiver *"Bygherren må således bære risikoen for, at den generelle tekniske viden på byggetidspunktet er utilstrækkelig."*¹³⁵

Iversen udtrykker det som *"For en entreprenør skal kunne påberåbe bygge tidens viden som grundlag for at undgå en mangelshæftelse, der ellers ville påhvile ham, må han kunne godtgøre, at*

¹³¹ Iversen, "Entrepriseretten", s.587

¹³² Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 475

¹³³ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 475

¹³⁴ Vestergaard Buch, "Entrepriseretlige mangler", s.144

¹³⁵ Saltorp, "Bygherrisikoen", s. 342

det var den almindelig opfattelse i de relevante faglige kredse at materialerne var anvendelige til det formål, hvortil han har anvendt dem.”¹³⁶

Retspraksis kan dog være med til at give et indblik i begrebet. De tidligere omtalte sager om MgO-pladerne giver et godt indblik i grundsætningen om byggetidens viden, og hvornår entreprenøren kan gøre den gældende samt kravene dertil.

Pladerne blev anvendt i årene fra 2010 til begyndelsen af 2015. Den første sag, som også tidligere er omtalt i afhandlingen, er T:BB 2017.779 VBA. Entreprenøren havde i sagen, efter udskiftning af det ellers foreskrevet materiale med godkendelse fra rådgiver, anvendt MgO-pladerne til en facadeopbygning. Da byggeriet stod færdigt i 2011, var der ingen anmærkninger. Det samme gjorde sig gældende ved 1-årsgennemgangen i 2013. Først i 2015 reklamerede bygherren overfor entreprenøren og rådgiver over MgO-pladerne. Der var opstået vandskader i pladerne. Vindspærrepladerne er skabt ved en kemisk reaktion mellem magnesiumoxid og magnesiumklorid, men som et salt er vandsugende.¹³⁷ Problemet opstod når pladerne blev udsat for høj fugtighed. Dette medførte, at pladernes saltlignede egenskaber kom til udtryk og træet begyndte at rådne. I 2015 da de første MgO-plader viste sig at være formålsuegnet, begyndte fagtidsskrifter og resten af byggebranchen at advare mod anvendelsen.¹³⁸

Byggetidens viden og udviklingsskader har haft stor betydning i voldgiftrettens bedømmelse af sagen, men de blankt afviste at bygherren kunne bære udviklingsrisikoen ud fra sådanne betragtninger; *”at hverken betragtninger om udviklingsrisiko eller byggetidens viden kan begrunde, at bygherren bærer risikoen, således at pladerne af disse grunde anses for mangelfri”*.¹³⁹ Årsagen til dette er, at pladerne på det tidspunkt entreprenøren foreslog dem og rådgiveren godkendte anvendelsen, blev anset som nye på det danske marked. Der var ikke hidtil erfaringer med anvendelsen af produktet som udendørs ventilerede vindspærreplader, hvorfor de heller ikke kunne anses som forsvarlige og fornuftige.¹⁴⁰ Der var således tale om nye og ikke gennemprøvede materialer. Herudover henviste retten til, at muligheden for at gennemgå pladerne, og derved opdage deres uheldige egenskab den forelå. Selvom entreprenøren foreslog MgO-pladerne, var det rådgiveren der havde projekteringspligten. Entreprenørens frifindelse skyldes altså, at denne ikke havde projekteringsforpligtelser, og at denne pligt stadig lå ved rådgiveren. Det var således også rådgiverens ansvar at forelægge materialevalget for bygherren. Bygherren har således muligheden for at afvise anvendelsen, og hvis ikke, så har denne godkendt anvendelsen med den fornødne viden.

¹³⁶ Iversen, ”Entrepriseretten”, s. 589

¹³⁷ Hørlyck, ”AB 18 med kommentarer”, s. 477

¹³⁸ Hørlyck, ”AB 18 med kommentarer”, s. 477

¹³⁹ T:BB 2017.779 VBA

¹⁴⁰ Hørlyck ”MgO kendelsen og materialeansvaret”, T:BB 2017.647

Den næste afgørelse var T:BB 2018.907. Sagen omhandlede anvendelsen af MgO-pladerne til renovering af en større bebyggelse. Materialevalget fremgik af projektet, som *”ved varenavn (specifikt fabrikat og type) eller dermed ligestillet materiale”*. På det første byggemøde blev det dog aftalt, at entreprenøren skulle komme med et forslag til materialevalget, hvorefter denne foreslog MgO-pladerne. Dette blev godkendt af bygherrens rådgiver. Den store forskel fra den første MgO-sag og denne er den tidsmæssige faktor. Pladerne var blevet valgt af entreprenøren i foråret 2013. Voldgiftretten udtalte i sagen *”at det i 2013 var blevet almindeligt blandt entreprenører at anvende MgO-plader.”* og *”For så vidt angår anvendelsen var MgO-plader således blevet et gængs og anerkendt produkt.”*¹⁴¹ Tiden mellem anvendelsen af MgO-pladerne i den første sag og anvendelsen af pladerne i denne sag, har således gjort at materialet er blevet almindelig kendt og et anerkendt produkt.

Som nævnt ovenstående har det tidsmæssige aspekt stor betydning i sagerne, og er også en af årsagerne til de forskellige resultater. I relation til byggetidens viden og udviklingsrisiko udtalte voldgiftretten følgende:

*”For at byggetidens viden og udviklingsrisiko kan virke ansvarsfritagende for en entreprenørs mangelsansvar med den virkning, at bygherren bærer den objektive risiko for mangler, finder voldgiftsretten imidlertid, at det tillige må være et krav, at der efter anvendelsen af det pågældende produkt er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, og at det kan anses for sådan gennemprøvet, at der kan siges at foreligge en viden, hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet.”*¹⁴²

Voldgiftretten kommer med konkrete krav før at byggetidens viden og udviklingsrisiko kan være ansvarsfritagende for en entreprenør. Her fremgår det, at anvendelsen af produktet har indhøstet erfaringer omkring produktets egenskaber og egnethed samt at det kan anses for gennemprøvet, hvis der kan siges at foreligge en viden, hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt.

Dette er altså udtryk for konkrete betingelser før byggetidens viden kan påberåbes. Betingelserne kan opstilles som følgende. 1. Erfaringer med produktets egenskaber og egnethed 2. Ansos for sådan gennemprøvet.

Den første betingelse er, at produktet har været anvendt så længe og/eller så meget, at det har indhøstet erfaringer om dets egenskaber og egnethed. Den anden betingelse er, at produktet kan anses for gennemprøvet. Det opfyldes ved, at produktet anses som forsvarligt og fornuftigt til anvendelsesformålet ud fra den viden, der foreligger omkring produktet. Hvis sådan viden foreligger, kan produktet anses for gennemprøvet.

¹⁴¹ T:BB 2018.907

¹⁴² T:BB 2018.907

I sagen var dette sket via offentliggørelsen af BYG-ERFA bladet. *"Som nævnt finder voldgiftsretten, at der ikke forud for BYG-ERFA-bladet af 27. december 2013 var grundlag for at anse MgO-plader for gennemprøvede."*¹⁴³ Bladet blev udarbejdet på baggrund af undersøgelser, indhentede erfaringer og efterprøvelse af MgO-pladerne. Som følge af undersøgelserne af MgO-pladerne i bladet, kunne materialet anses for gennemprøvet.¹⁴⁴

For at entreprenøren kan overføre risikoen for det formålsuegnede materiale, må den konkrete viden altså foreligge på beslutningstidspunktet jf. T:BB 2018.907. Eftersom beslutningen om anvendelsen af MgO-pladerne blev truffet i foråret 2013, og voldgiftsretten først anså den konkrete viden foreligge ved udgivelsen af BYG-ERFA bladet den 27. december 2013, blev entreprenøren ikke ansvarsfritaget.

Ud fra de to sager kan det udledes, hvornår et materiale anses for at være gennemprøvet. Med henvisning til T:BB 2018.907 skal der således foreligge konkret faglig viden om materialet, som både anerkender anvendelsen og anvendelsesformålet. I sagen var den afgørende faktor udgivelsen af BYG-ERFA bladet den 27. december 2013. Yderligere kan det udledes, at indtil udgivelsen af bladet var MgO-pladerne ikke anset som ansvarsfritagende med henvisning til grundsætningen om byggetidens viden. Voldgiftretten udtalte:

"MgO-pladerne blev i det væsentlige introduceret på det danske marked i 2010. Da beslutningen om at anvende MgO-plader i ... blev truffet i 2013, var anvendelsen efter voldgiftsrettens opfattelse stadig relativ ny. Der var imidlertid tale om en meget hurtig udvikling på markedet, hvor pladerne formentlig ultimo 2012 allerede udgjorde i størrelsesordenen 75 % af markedet. Udviklingen fortsatte i 2013 og 2014, og MgO-pladerne udgjorde formentlig næsten hele markedet for vindspærreplader i disse år."

*"Efter skønsmændenes besvarelser og udtalelser i denne sag og i andre voldgiftssager samt bevisførelsen i øvrigt lægger voldgiftsretten til grund, at det i 2013 var blevet almindeligt blandt entreprenører at anvende MgO-plader. For så vidt angår anvendelsen var MgO-plader således blevet et gængs og anerkendt produkt."*¹⁴⁵

MgO-pladerne var i hurtig udvikling, pladerne blev anvendt af 75% af markedet i ultimo 2012 og i allerede i 2013 udgjorde de formentlig næsten hele markedet. Ydermere så var pladernes anvendelse blevet gængs, og der var tale om et anerkendt produkt. Vi ved, at pladerne blev introduceret på det danske marked i 2010, så der er altså gået tre år fra deres introduktion, til produktet er blevet gængs og anerkendt. Imidlertid var dette ikke nok i den konkrete sag for det konkrete materiale.

¹⁴³ T:BB 2018.907

¹⁴⁴ Hørlyck, "AB 18 med kommentarer", s. 477 ff.

¹⁴⁵ T:BB 2018.907

Hvis man sammenholder de tidligere nævnte forfatters definitioner af, hvornår et materiale kan være ansvarsfritagende med henvisning til byggetidens viden, så må voldgiftrettens udtalelser i T:BB 2018.907 være mere skærpende og mere restriktive.

Ovenstående analyserer hvornår materialer kan anses for gennemprøvede. Når der er tale om forsvarlige og gennemprøvede materialer, kan entreprenøren blive ansvarsfritaget, hvis det senere viser sig at de af entreprenøren valgte materialer er uhensigtsmæssige. Når entreprenøren har det frie materialevalg, skal nedenstående være opfyldt før denne kan blive ansvarsfritaget. Entreprenøren bliver ansvarsfritaget, hvis denne kan godtgøre at materialet var egnet til formålet efter byggetidens viden, og materialefejlene ikke kan henføres til egne forhold. Herudover skal entreprenøren godtgøre, at det var fagmæssigt korrekt på opførelsestidspunktet at anvende materialerne, samt materialefejlene skyldes en ændring i den håndsværksmæssige opfattelse. Der er således tale om en konkret vurdering af byggetidens viden på udførelsestidspunkt samt materialets anvendelsesmuligheder.

Udgangspunktet for entreprenørens hæftelse ved dennes frie materialevalg er således undtaget ved udviklingsskader, hvis entreprenøren har anvendt materialer i overensstemmelse med byggetidens viden på udførelsestidspunktet. Hvis entreprenøren kan godtgøre dette, så slipper denne for mangelshæftelsen.¹⁴⁶ Det gælder dog ikke for fejlbehæftede materialer. Ved fejlbehæftede materialer, for eksempel fabrikationsfejl, hvor entreprenøren har det frie materialevalg, vil entreprenøren hæfte for mangler.¹⁴⁷ Som eksempel fra retspraksis findes KFE 2001.35 VBA. I sagen havde en entreprenør solgt en ejendom på vilkår. Entreprenøren skulle inden overtagelsesdagen have opført en bebyggelse. Grundlaget for bebyggelsen var også entreprenørens eget projektmateriale. Køberen af ejendommen, der også er bygherren, overtog ejendommen efter byggeriets færdiggørelse. 10 år efter overtagelsen begyndte taget af skalle af og forvitte. Eftersom fejlen i taget skyldtes en fejl i brændingen af de anvendte sten, og bygherren ikke havde haft indflydelse på hvilke materiale der skulle anvendes, så fandt Voldgiftretten at entreprenøren ansvarlig for de fejlbehæftede materialer.

Konsekvensen af denne sondring er, at entreprenøren i tvivlstilfælde altid vil argumentere for at der er tale om formålsuegnethed. Det kan nemlig foreligge scenarier, hvor det ikke er lige til at afgøre om der er tale om formålsuegnethed eller fejlbehæftet materialer. Kan entreprenøren godtgøre, at der er tale om formålsuegnethed og herudover byggetidens viden, vil entreprenøren slippe for mangelshæftelse.

¹⁴⁶ Iversen, "Entrepriseretten", s. 601

¹⁴⁷ Iversen, "Entrepriseretten", s. 603

5.3 Udviklingsopgaver

I denne afhandling forstås udviklingsopgaver som når der er tale om forsøg med nye og ikke gennemprøvede materialer. Både entreprenøren og bygherren kan have grund til at ville eksperimentere med nye materialer. Foreskriver bygherren anvendelsen af nye og ikke gennemprøvede er udgangspunktet det samme som når denne blot foreskriver bestemte materialer. Entreprenøren kan ikke ifalde mangelshæftelse.¹⁴⁸ Hvis bygherren godkender anvendelsen af ikke gennemprøvede materialer, er udgangspunktet det samme. Der kan dog opstå en situation, hvor entreprenøren anvender ikke gennemprøvede materialer. Hvis ikke entreprenøren tager forbehold overfor bygherren eller får dennes godkendelse, så vil entreprenøren altid blive pålagt mangelshæftelsen, i tilfælde af mangler. Entreprenøren kan med henvisning til byggetidens viden således ikke overføre udviklingsrisikoen til bygherren. Dette vil være tilfældet, hvis der var tale om gennemprøvede materialer, men idet der er tale om ikke gennemprøvede materialer er det ikke muligt.¹⁴⁹

5.4 Delkonklusion om byggetidens viden

Har entreprenøren det frie materialevalg eller bringer entreprenøren materialevalget som forslag, så må entreprenøren hæfte for sig valg. Dette udgangspunkt er imidlertid undtaget i grundsætningen om byggetidens viden og udviklingsrisiko. Begrebet relaterer sig til udviklingen i byggebranchens viden inden for materialer og deres egenskaber, anvendelse og anvendelsestid. Byggetidens viden fremgår for første gang i AB-vilkårene, men begrebet er ikke defineret i AB-vilkårene. Introduktionen til AB 18 har ikke været en retsstiftelse, men nærmere en kodificering af gældende ret. Det skyldes, at begrebet siden 1970'erne har været anvendt i retspraksis. En entreprenør kan blive ansvarsfritaget, hvis denne kan godtgøre, at de anvendte materialer efter byggetidens viden, blev anset som egnet til formålet. Byggetidens viden er således en ansvarsfritagende grund for entreprenøren.

Begrebet udviklingsskader er svært defineret. I litteraturen er der delte holdninger til hvad begrebet omfatter, og specielt Hørlyck mener at ingen ved, hvad det konkret dækker over. Overordnet kan det dog siges, at begrebet som minimum dækker over to problemstillinger. En hvor der er tale om materialer, der anses for forsvarlige og fornuftige på anvendelsestidspunktet, men senere viser sig at være uegnet. En anden hvor der er tale om nye og ikke gennemprøvede materialer. I afhandlingen er den anden problemstilling også defineret som udviklingsopgaver.

¹⁴⁸ Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 23

¹⁴⁹ Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, s. 23

Afgørende for risiko- og ansvarsplaceringen er, at entreprenøren kun hæfter for udviklingsopgaver, hvis denne uden godkendelse eller forbehold overfor bygherren, anvender sådanne materialer. Har bygherren foreskrevet anvendelsen af nye og ikke gennemprøvede materialer, må denne bære udviklingsrisikoen. For de allerede gennemprøvede materialer er scenariet anderledes. Hvis entreprenøren har haft det frie materialevalg og valgt materialer, som senere viser sig at være formålsuegnet, kan entreprenøren kun undgå mangelshæftelse, hvis denne kan godtgøre ansvarsfritagelse med henvisning til byggetidens viden. Dette forsøgte entreprenøren i de to MgO-plade sager T:BB 2018.907 og T:BB 2017.779 VBA. Det kunne imidlertid ikke gøres gældende i nogen af dem.

6 Konklusion

Formålet med afhandlingen har været at undersøge begrebet materialefejl, og hvad det dækker over. Endvidere at belyse hvilken part der bærer ansvaret og risikoen ved materialefejl. Ud fra ovenstående analyser og undersøgelse kan følgende konkluderes.

Entrepriseretten er en del af obligationsrettens specielle del. Det vil sige, at mangler følger udgangspunktet i obligationsretten. Aftalegrundlaget i entreprisen er således AB-vilkårene og obligationsretten som baggrundsret. Mangelsbedømmelsen er opdelt i det konkrete mangelbegreb og det generelle mangelbegreb. Der sondres mellem at fortolke aftalen konkret, alene på aftale indholdet, og at fortolke generelt, fortolke på den udfyldende det. Mangelsbedømmelsen følger risikoens overgang, men mangler kan også påberåbes efter afleveringen. For at entreprenørens ydelse skal være mangelfri, skal entreprenøren tilvejebringe det aftalte resultat. Dette gælder både i relation til byggeriet, men også materialer. Entreprenøren har nemlig, som udgangspunkt, både resultatforpligtelsen og materialeforpligtelsen. Udgangspunktet for materialeforpligtelsen er, at entreprenøren har det frie materialevalg, hvis bygherren ikke har foreskrevet anvendelsen af bestemte materialer.

Entreprenøren har således ansvaret for at udvælge materialerne, således han kan tilvejebringe det aftalte resultat. Udvælger entreprenøren materialer, som ikke er fejlfri, så hæfter entreprenøren for fejlene. For at simplificere hvilken part, som har truffet materialevalget, anvendes i praksis hovedreglen om "idemande bærer risikoen for materialets kvalitet". Hvorved den som bringer ideen, også må bære risikoen. Undtagelsen til entreprenørens materialeansvar ved frembringelse af en idé er bygherregodkendelse. Godkender bygherren eller bygherrens rådgiver materialevalget, vil mangelshæftelsen som udgangspunkt overføres til bygherren. Det er dog kun gældende for formålsuegnede materialer, hvorfor entreprenøren stadig hæfter for fejlbehæftede materialer. Entreprenørens indsigelses pligt og anvendelsen af nye og ikke gennemprøvede materialer kan også have indflydelse på entreprenørens ansvar og risiko ved materialefejl. Det er entreprenørens pligt

at gøre indsigelse overfor projektfejl. Hvornår entreprenøren har denne pligt er en konkret vurdering, men entreprenøren stilles også til ansvar for "burde viden" – altså hvis et forhold kan medføre tab eller ulempe for bygherren, og entreprenøren burde vide dette.

Ligesom entreprenørens forhold kan påvirke ansvar- og risikoplaceringen, så gælder det samme for bygherren. Udgangspunktet er, at materialefejl og materialevalg er forbundet. Har bygherren indflydelse eller bestemt materialet, må denne acceptere overførelsen af risikoen og ansvaret. Bygherreleverancer er et af tilfældene, hvor bygherren må bære risikoen for materialefejl. Bygherren kan til brug i entreprisen, foreskrive anvendelsen af bestemte materialer, produkter, materiale typer og referenceprodukter. Alt efter hvor meget indflydelse bygherren har haft på materialevalget, og om der er tale om et formålsuegnet materiale eller fejlbehæftet, så hæfter bygherren.

Byggetidens viden og bygherrens udviklingsrisiko er undtagelser til det konkluderet udgangspunkt om, at entreprenøren bærer materialeansvaret ved det frie materialevalg. Begrebet udviklingsskader opstiller to problemstillinger for materialeansvaret. Det scenarie hvor der er tale om materialer, der anses for forsvarlige og fornuftige på anvendelsestidspunktet, men senere viser sig at være uegnet. Et andet hvor der er tale om nye og ikke gennemprøvede materialer. Bygherren må bære risikoen for af ham foreskrevet eller godkendte nye og ikke gennemprøvede materialer, selv når det er entreprenøren, som bringer materialet i forslag. Træffer entreprenøren valget om de nye og ikke gennemprøvede materialer, må entreprenøren bære materialeansvaret. Omvendt forholder det sig, hvis der er tale om gennemprøvede materialer. Foreskriver bygherren anvendelsen af bestemte gennemprøvede materialer, må denne naturligvis også bære materialeansvaret herfor. Har entreprenøren imidlertid det frie materialevalg, og anvender et gennemprøvet materiale, så kan entreprenøren undgå materialeansvaret og mangelshæftelsen ved at godtgøre, at anvendelsen var i overensstemmelse med byggetidens viden. Entreprenøren skal godtgøre, at materialet efter byggetidens viden blev anset som egnet til formålet.

For at kortlægge hvornår et materiale kan defineres som gennemprøvede, må der skeles til retspraksis. Før MgO-plade sagerne var kravet for at et materiale kunne anses som gennemprøvede ikke så skærpet og restriktive. Det skyldes at voldgiftsretten med afgørelsen T:BB 2018.907 opstillede en række betingelser, for hvornår et materiale kan anses for gennemprøvede. Endvidere udelukkede voldgiftsretten også i det konkrete tilfælde for det konkrete materiale, hvornår materialet ikke kunne anses for gennemprøvede.

Det er vigtigt at pointere, at ovenstående konklusioner om ansvar- og risikoplaceringen ved materialefejl for bygherren og entreprenøren, grundet entrepriserettens aftalefrihed, blot er et udgangspunkt. Parterne kan således forhandle, og aftale det mest hensigtsmæssige for den konkrete entreprise.

7 Litteraturliste

7.1 Bøger

- Anders Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2007
- Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2014
- Christina Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier, 5. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2017
- David Kjær Hermansen, Mangler og produktansvar ved byggematerialer, 1. udgave, Bogunivers, 2018
- Eric Boesgaard, Henrik Fausing og Mogens Hansen, AB 18 for praktikere, 1. udgave, Molio, 2018
- Eric Hørlyck, Entreprise – AB 18 med kommentarer, 8. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019
- Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 4. udgave, Karnov Group Danmark A/S, 2015
- Torsten Iversen, Entrepriseretten, 1. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2016
- Torsten Iversen, Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret, 1. udgave, Thomson Reuters, 2009
- Torsten Iversen (Bernhard Gomards Obligationsrets 1. del), Obligationsret 1. del, 5. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2016

7.2 Rets- og voldgiftspraksis

Ugeskrift for Retsvæsen (UfR)

- U 1967.305 H
- U 1973.53/2 H
- U 2002.1619 V
- U.1937.1055 H

Tidsskrift for Bolig- og Byggeret (T:BB)

- T:BB 1998.141 V
- T:BB 1999.380 V
- T:BB 2000.86 VBA
- T:BB 2000.86 VBA
- T:BB 2002.230 VBA
- T:BB 2002.230 VBA
- T:BB 2003.83 VBA

- T:BB 2004.224 VBA
- T:BB 2004.419 Ø
- T:BB 2004.423 V
- T:BB 2004.89 VBA
- T:BB 2006.378 Ø
- T:BB 2010.140
- T:BB 2017.779 VBA
- T:BB 2018.907
- T:BB2009.224 VBA
- T:BB2020.524
- T:BB 2001.421 VBA

Tidsskrift for Kendelser om Fast Ejendom (KFE)

- KFE 1976.28 DIV
- KFE 1982.47 VBA
- KFE 1983.231 VBA
- KFE 1983.299 VBA
- KFE 1983.304 VBA
- KFE 1986.12 VBA
- KFE 1986.165 VBA
- KFE 1994.113 VBA
- KFE 1996.75 VBA
- KFE 2001.35 VBA
- KFE 2015.090 VBA

7.3 Artikler

- Anders Vestergaard Buch, "Entreprenørens risiko for materialefejl", U.2004.64
- Bjørn Saltorp, "Bygherrerisikoen", U.1981B.339
- Erik Hørlyck, "MgO-kendelsen og materialeansvaret", T:BB 2017.647
- Torsten Iversen, "Udfyldende entrepriseret - Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?", T:BB 2003.480
- Torsten Iversen, "Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler", U.2013B.351

7.4 Standard vilkår for byggeri og anlæg

- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed AB 18
- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge og anlægsvirksomhed AB 92

7.5 Betænkninger, forarbejder og vejledninger

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

7.6 Dokumentation for omfang

7.5 Betæ

Ordoptælling

Statistik:

Sider 50

Ord 18.036

Tegn (uden mellemrum) 113.002

Tegn (med mellemrum) 130.863

Afsnit 478

Linjer 1.931

☒ Medtag fodnoter og slutnoter

Luk

48

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

7.6 Dokumentation for omfang