

TBB2018.373

Mangler i høringsudkastet til AB 18

- ◆ *Grundlæggende ændrer høringsudkastet til AB 18 ikke på, hvad der udgør en mangel ved entreprenørens ydelse. Nye bestemmelser om bl.a. aftaledokumenternes rangorden, projektgennemgang, digitale modeller og entreprenørprojektering vil imidlertid få betydelig indflydelse på kravene til entreprenørens ydelse. Høringsudkastets bestemmelser om direkte krav og produktansvar retter op på en uhenigtsmæssig retstilstand for entreprenører, men åbner måske utilsigtet op for, at produktansvar ikke er omfattet af ansvarsbegrænsningerne i ABR.*

af advokat, partner, ph.d. Anders Vestergaard Buch, Molt Wengel

1. Indledning

Høringsudkastet til AB 18 ændrer ikke på den grundlæggende systematik fra AB 92. Reglerne om mangler findes stadig i kapitel G, og grundlæggende er der ikke ændret på, hvad der udgør en mangel.

Afsnit 2 giver en kortfattet oversigt over og perspektivering af de væsentligste ændringer af reglerne om mangler i AB.

Selv om de grundlæggende bestemmelser om mangler i kapitel G ikke ændrer på selve mangelsbegrebet, er der en række nye og ændrede bestemmelser i AB og ABR, som kan få væsentlig betydning for, hvem der bærer risikoen og ansvaret for et givent svigt ved arbejderne. Disse bestemmelser behandles i afsnit 3.

Høringsudkastet til AB 18 indeholder en række bestemmelser, der har til formål at afskære bygherrens mulighed for at bruge reglerne om produktansvar og erstatning uden for kontrakt til at rette krav mod entreprenøren og entreprenørens underentreprenører og leverandører. Disse vellykkede bestemmelser behandles i afsnit 4.

2. AB 18

2.1 Mangelsbegrebet i § 47

AB 18 § 47 bærer overskriften »Mangelbegreb« og svarer stort set til AB 92 § 30. Der er indføjet en ny bestemmelse om uanvendelighedsfejl i § 47, stk. 3, men den ændrer næppe på, hvem der bærer risikoen for en uanvendelighedsfejl.

§ 47, stk. 4, 2. og 3 pkt., indeholder imidlertid en væsentlig nyskabelse om de tilfælde, hvor bygherren forlanger særlige garantier for materialer:

»Hvis nogle materialer skal leveres med en garanti med forpligtelser, der går ud over det almindelige mangelsansvar efter disse almindelige betingelser, er entreprenøren alene forpligtet deraf, i det omfang det er muligt for entreprenøren at købe materialerne med den krævede garanti, og leverandøren vedstår og opfylder garantien. Hvis entreprenøren konstaterer, at materialer ved væsentlige leverancer ikke kan købes med garantien, skal entreprenøren snarest muligt give bygherren meddelelse derom.«

Det er ret udbredt, at materialeleverandører gennem såkaldte garantier forlænger køberens mulighed for at gøre mangler ved materialerne gældende. Bygherren foretrækker i sagens natur, at entreprenøren leverer f.eks. vinduer, hvor bygherren kan kræve fabrikationsfejl udbedret i 15 år, i stedet for vinduer, hvor mangler kun kan forlanges udbedret af entreprenøren i fem år efter afleveringen, jf. AB 92 § 36, stk. 1, og AB 18 § 55. Derfor fremgår det ofte af bygherrens udbudsmateriale, at visse materialer skal leveres med særlige »garantier« fra leverandøren.

Den nye bestemmelse indeholder to elementer. *For det første* fritages entreprenøren fra at leve op til et krav om særlige garantier for bestemte materialer, hvis det ikke er muligt at købe materialer

med den krævede garanti. *For det andet* forpligtes entreprenøren kun af garantien, i det omfang entreprenørens leverandør rent faktisk opfylder sine forpligtelser i henhold til garantien. Dette sidste element i bestemmelsen er rimeligt og let at håndtere i praksis.

Til gengæld kan det første element give anledning til en lang række praktiske udfordringer. Særligt i udbud omfattet af tilbuds- eller udbudsloven vil bestemmelsen gøre det muligt for bydende entreprenører at spekulere i muligheden for at tilbyde en lavere enterprisesum ved at anvende materialer fra leverandører, som ikke tilbyder de ønskede garantier. I eksemplet med vinduer vil bygherren i udbudsmaterialet ofte skrive, at vinduer skal leveres på vilkår, der sikrer, at bygherren kan forlange fabrikationsfejl udbedret i 15 år. På grund af udbudslovens § 42, stk. 1, nr. 1, må bygherren imidlertid ikke angive et bestemt vinduesfabrikat i udbudsmaterialet.

De bydende entreprenører kan derfor i deres tilbud anføre, hvilket vinduesfabrikat de konkret tilbyder. Opfylder dette vinduesfabrikat udbudsmaterialets tegninger og tekniske beskrivelser, kan bygherren ikke modsætte sig dette materialevalg uden at instruere det som ændringsarbejde. Hvis det tilbudte vinduesfabrikat ikke kan leveres med den krævede mulighed for at forlange fabrikationsfejl udbedret i 15 år, vil entreprenøren måske senere påberåbe sig den foreslåede bestemmelse i AB 18 § 47, stk. 3, 2. pkt., som årsag til, at mangler ved vinduerne kun kan gøres gældende i 5 år fra afleveringen, jf. AB 18 § 55, stk. 1.

Hvis dette bliver retstilstanden, vil det reelt kunne blive afgørende for, hvem der vinder et udbud, hvem der tør spekulere i at anføre (billige) fabrikater, der ikke kan leveres med de garantier, der fremgår af udbudsmaterialet. Det ville derfor være formålstjenligt, at det præciseres i AB 18, at det afgørende for bedømmelsen af, om det i bestemmelsens forstand er muligt at levere et givent materiale med en given garanti, er, om det er muligt inden for rammerne af udbudsmaterialets krav. Med andre ord: Hvis det skyldes entreprenørens eget valg af (et billigt) fabrikat, at de tilbudte materialer ikke kan leveres med den krævede garanti, skal entreprenøren ikke kunne påberåbe sig de nye bestemmelser i AB 18 § 47, stk. 4, 2. og 3. pkt.

Med en sådan tilføjelse undgås det også, at bygherren i et udbud efter udbudsloven eller tilbudsloven skal foretage den ubehagelige og risikofyldte vurdering, om angivelse af et givent materiale udgør et udbudsretligt forbehold. Bygherren er i et vist omfang forpligtet til at verificere, at udbudsmaterialets krav er opfyldt, jf. udbudslovens § 159, stk. 2. Hvis bygherren ved, at et tilbudt fabrikat ikke kan leveres med den krævede garanti, vil bygherren i visse situationer ikke blot være berettiget, men også forpligtet til at kassere entreprenørens tilbud.

I praksis vil bygherren i disse tilfælde løbe en risiko for klager over udbuddet, uanset om tilbuddet kasseres eller ej. *Enten* kasseres

bygherren tilbuddet med risiko for, at den kasserede entreprenør klager, fordi fabrikatet efter vedkommendes opfattelse godt kan leveres med den krævede garanti. Eller også kasserer bygherren ikke tilbuddet med risiko for, at en af de andre bydende klager, fordi fabrikatet ikke kan leveres med den krævede garanti. Situationer som disse opstår jævnlig og stiller både rådgivere, bygherrer og entreprenører i nogle meget uheldige situationer, der bestemt ikke er værdiskabende.

2.2 Entreprenørens afhjælpningsret og -pligt i §§ 48-50

Som i AB 92 har entreprenøren efter høringsudkastet ret og pligt til at afhjælpe mangler i 5 år efter afleveringen, jf. AB 18 §§ 48, stk. 1, 49, stk. 1, og 55, stk. 1. De tidsmæssige rammer for entreprenørens afhjælpningsret bliver imidlertid ændret.

Som efter AB 92 § 31, stk. 2, bestemmer AB 18 § 48, stk. 2, at bygherren skal fastsætte en frist for afhjælpning af mangler påvist ved afleveringen. Bestemmelsen indeholder imidlertid den nyskabelse, at der skal afholdes en »afhjælpningsgennemgang« på det tidspunkt, hvor hovedparten af manglerne forventes at være afhjulpet. Afhjælpningsgennemgangen er nærmere reguleret i § 28, stk. 3. Der er tilsyneladende først og fremmest tale om en ordensforskrift, for der er ikke knyttet retsvirkninger til afhjælpningsgennemgangen.

Også reglerne i AB 18 § 49 om mangler påvist efter afleveringen svarer grundlæggende til den velkendte bestemmelse i AB 92 § 32.

Til gengæld indfører høringsudkastet med § 50 som en nyskabelse fælles bestemmelser om ophør af entreprenørens afhjælpningsret. I hvert fald på papiret afskaffes således den forskel på mangler påberåbt ved og efter afleveringen, der følger af AB 92 § 31, stk. 3 og stk. 4 (om mangler påberåbt ved afleveringen), og AB 92 § 32, stk. 3 og 4 (om mangler påberåbt efter afleveringen).

Høringsudkastet indeholder således i § 50, stk. 2, følgende nye bestemmelse om de tilfælde, hvor entreprenøren ikke overholder en retmæssigt fastsat frist for udbedring af mangler:

»Bygherren har herefter ret til at lade de påberåbte mangler udbedre for entreprenørens regning (udbedringsgodtgørelse) eller til afslag i entreprisensummen.«

Den netop citerede bestemmelse indebærer tilsyneladende, at entreprenøren ikke som efter AB 92 § 31, stk. 4, skal have en yderligere mulighed for at udbedre mangler påvist ved afleveringen »straks«, inden entreprenørens afhjælpningsret bortfalder. Læst på denne måde indebærer bestemmelsen i AB 18 § 50 en skærpelse i forhold til AB 92.

Til gengæld indebærer høringsudkastets § 50, stk. 2, sidste pkt., en forøgelse af entreprenørens afhjælpningsret:

Hvis entreprenøren har søgt at udbedre alle de tidligere påberåbte mangler, og de mangler, der fortsat påberåbes, kun udgør en mindre del deraf, er entreprenøren dog, uanset 1. pkt., berettiget til at afhjælpe disse, hvis afhjælpningen iværksættes straks efter bygherrens meddelelse efter stk. 1.«

Som det fremgår, indebærer bestemmelsen, at entreprenøren har afhjælpningsret, selv om entreprenøren har overskredet en retmæssigt fastsat frist for afhjælpning af mangler. Dette er en nyskabelse i forhold til AB 92. Det bliver interessant at få belyst kriterierne for denne yderligere afhjælpningsret nærmere i AB-udvalgets betænkning over AB 18. Ordlyden giver således ikke megen hjælp til dem, der skal vurdere, om betingelserne er opfyldt eller ej: Hvor meget skal der til, for at entreprenøren har »søgt« at afhjælpe alle påberåbte mangler, og hvor mange mangler kan udgøre »en mindre del«?

Bestemmelser med et så stort skønmæssigt element fører i praksis til en lang række unødige konflikter. Det er ikke svært at forestille sig både bygherrer og entreprenører bruge ordlyden af bestemmelsen til at indtage urimelige og/eller forkerte standpunkter. Ud fra en juridisk betragtning er det et mindre problem, men for praktikere, som ikke kan forventes at kende AB-udvalgets betænkning eller de finere nuancer i voldgiftspraksis, vil bestemmelsen indebære en ubehagelig uvished.

Det er også interessant, at bestemmelsen rent sprogligt indebærer, at det afgørende for, om entreprenøren fortsat har afhjælpningsret, er, hvorvidt de resterende mangler kun udgør en mindre del af de tidligere påberåbte mangler. Det er efter ordlyden forholdet mellem antallet af oprindelig påberåbte mangler og resterende mangler, der er afgørende.

Strengt taget vil den entreprenør, der har afleveret et byggeri med et utal af mangler, derfor kunne fastholde sin afhjælpningsret længere end den entreprenør, der har afleveret et byggeri med meget få mangler. Dette er ikke nødvendigvis forkert eller urimeligt, for bygherren er i hvert fald teoretisk beskyttet af sin mulighed for at afvise aflevering på grund af væsentlige mangler, jf. AB 18 § 45, stk. 2. Men for en umiddelbar betragtning ville det virke mere rimeligt, om bagatelgrænsen blev fastsat i forhold til de samlede arbejders omfang i stedet for i forhold til omfanget af mangler.

2.3 Mangelsansvarets ophør i § 55

Høringsudkastet ændrer ikke på, at der gælder en femårig reklamationsfrist for mangler ved entreprenørens arbejder, jf. § 55. Til gengæld omfatter denne frist nu også mangler ved anlægsarbejder.

Der er imidlertid foretaget to væsentlige indskrænkninger i den tidsmæssige udstrækning af bygherrens mulighed for at gøre mangler gældende over for entreprenøren.

For det første indføres med stk. 3 den regel, at der gælder en absolut reklamationsfrist på kun to år fra afleveringen, hvis manglen angår løseregenstande og inventar, som ikke er særligt tilpasset eller fast monteret. Det virker som en rimelig løsning på det praktiske problem, at mange entreprenører ikke er opmærksomme på, at de kan blive mødt med krav i anledning af mangler ved f.eks. hårde hvidevarer i fem år efter afleveringen, men ofte kun kan videreføre kravet mod deres leverandører i to år.

For det andet gælder der efter stk. 2 en ny reklamationsfrist på fem år, hvis en mangel, som entreprenøren har forsøgt at afhjælpe, bryder op. Den nye reklamationsfrist udløber dog senest »3 år efter udløbet af den oprindelige 5-års frist«, det vil sige otte år efter afleveringen. AB 92 indeholder ikke nogen regler om en absolut reklamationsfrist for mangler, der er forsøgt afhjulpet, men bryder op igen. Det betyder, at for genopbrudte mangler gælder efter AB 92 kun forældelsesloven og et krav om, at bygherren reklamerer inden rimelig tid over den genopbrudte mangel¹.

Den nye bestemmelse i § 55, stk. 2, virker i og for sig rimelig. Det bliver imidlertid interessant at læse AB-udvalgets betænkning om samspillet mellem den nye regel og forældelseslovens regler.

Siden forældelsesloven fra 2008 afløste den gamle forældelseslov fra 1908 er bygherrer løbende kommet i klemme, fordi deres mangelskrav er blevet forældede inden udløbet af den femårige reklamationsfrist i AB 92 § 36, stk. 1. Selv i dag, små 10 år efter loven trådte i kraft, møder jeg jævnlig bygherrer, hvis mangelskrav er forældede, selv om de er fremsat inden for femårsfristen.

Denne problematik vil fremover også – og måske endda i endnu videre omfang – opstå vedrørende fristen for at gøre gældende, at der trods entreprenørens afhjælpning fortsat er mangler ved

arbejderne. Sagt på en anden måde er jeg bekymret for, at den nye regel i § 55, stk. 2, giver landets bygherrer en falsk tryghed og fornemmelse af, at de kan gøre genopbrudte mangler gældende i fem år efter entreprenørens afhjælpning, selv om realiteten måske ofte vil være, at kravet er forældet lang tid forinden.²

Det er vanskeligt at give nogen god løsning på problemstillingen, men AB-udvalget kunne måske overveje at indføje i bestemmelserne noget i retning af »medmindre kravet forinden er forældet efter dansk rets almindelige regler om forældelse«. Løsningen er hverken særlig elegant eller præcis, men kan måske i det mindste bidrage til at minde bygherrer og deres rådgivere om, at forældelse efterhånden bør være en større bekymring end reklamationsfristerne i AB.

3. Relevante bestemmelser ud over kapitel G

3.1 Indledning

Som det fremgår ovenfor, ændrer reglerne om mangler i kapitel G ikke grundlæggende på parternes retsstilling. Der er imidlertid en række bestemmelser uden for kapitel G, der kan få væsentlig betydning for, hvad der udgør en mangel. Disse bestemmelser gennemgår artiklen i de følgende afsnit.

3.2 Rangorden af dokumenter i § 6, stk. 3

Allerede i dag indeholder mange entrepris kontrakter bestemmelser, der rangordner de dokumenter, der udgør aftalens grundlag. Det sker ved bestemmelser a la: »Ved uoverensstemmelser mellem dokumenterne skal de gælde i den anførte rangorden«. I de fleste udbud er det et fælles træk, at bygherrens udbudsmateriale skal gælde forud for entreprenørens tilbud.

Der er både gode og dårlige grunde til, at udbudsmaterialet typisk rangeres højere end entreprenørens tilbud.

Blandt de dårlige grunde finder man bekvemmelighed hos bygherren og dennes rådgivere, som med bestemmelsen om rangorden forsøger at slippe for at gennemgå entreprenørens tilbud i detaljer. Det er en dårlig grund, fordi den overser, at selv med retten på hans side gavner det sjældent bygherren, hvis entreprenøren populært sagt taber penge, inden arbejderne er gået i gang, fordi entreprenøren på grund af en bestemmelse om rangorden er forpligtet til at levere dyrere materialer, end entreprenøren har indregnet i entreprisens summen.

Blandt de gode grunde finder man bygherrens ønske om, at entreprenørerne gør udtrykkeligt opmærksom på, hvor deres tilbud fraviger udbudsmaterialet.

Udkastet til AB 18 indeholder i § 6, stk. 3, en bestemmelse om rangorden, der enten vil blive fraveget meget ofte eller også vil ændre på, hvilken rangorden der gælder i de fleste entrepris kontrakter. Det fremgår af § 6, stk. 3, at entreprenørens tilbud skal gælde forud for udbudsmaterialet, idet aftaledokumenterne skal være gældende i følgende rangorden, »medmindre andet følger af almindelige fortolkningsprincipper«:

- Entrepriseaftalen,
- Brevveksling, mødereferater og andet skriftligt materiale, der indeholder vedtagne ændringer, tilføjelser eller præciseringer af udbuds- eller tilbudsmaterialet, og som er senere end tilbuddet,
- Entreprenørens tilbud,

d) Brevveksling, mødereferater og andet skriftligt materiale, der indeholder ændringer, tilføjelser eller præcisering af udbudsmaterialet, og som er senere end udbuddet og tidligere end tilbuddet,

- Bygherrens udbudsmateriale,
- AB.

Det bliver interessant at se, hvilke overvejelser der har ført AB-udvalget frem til, at udgangspunktet skal være en rangorden, der er anderledes end den, der typisk anvendes i dag.

Fra et praktisk synspunkt er min væsentligste bekymring ved bestemmelsen i § 6, stk. 3, at bestemmelsen kan føre til, at bygherren i udbud efter udbudsloven og tilbudsloven bliver tvunget til i videre omfang end i dag at betragte uklarheder i tilbuddets beskrivende dele som forbehold eller alternative tilbud. Dette er på den ene side helt legitimt og vil understøtte udbudsreglernes formål. På den anden side vil det også kunne føre til en oplevelse af øget formalisme, hvor flere tilbud kasseres. For entreprenørerne kan der altså vise sig at være en bagside af medaljen ved, at deres tilbud rangeres over udbudsmaterialet.

3.3 Entreprenørens ydelse i § 12

Høringsudkastet indeholder i § 12 en bestemmelse, der fastlægger kravene til entreprenørens ydelse, og som i vidt omfang svarer til AB 92 § 10. Den væsentligste ændring i forhold til AB 92 er formentlig følgende bestemmelse i § 12, stk. 3:

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

Bestemmelsen er tilsyneladende inspireret af både de mange byggerier med svigt i form af fugtsugende MgO-plader og reglerne om kvalitetssikring i almene byggerier.³ I hvert fald er der fællestræk mellem bestemmelsen og bl.a. de erklæringer om risikobehæftede forhold, som entreprenører og rådgivere er forpligtet til at afgive i medfør af kvalitetssikringsbekendtgørelsens § 7 om byggerier og renoveringer omfattet af Byggeskadefonden.

Som Erik Hørlyck har påpeget vedrørende MgO-sagerne, har det ikke betydning for entreprenørens risiko for materialefejl, om kvalitetssikringsbekendtgørelsen finder anvendelse på byggeriet eller ej.⁴ På samme måde vil den nye bestemmelse i § 18, stk. 3, næppe ændre på retsstillingen efter AB 92. I lyset af MgO-sagernes omfang er det formentlig alligevel i alle parter interesse at skærpe entreprenørens opmærksomhed på, at entreprenøren også pådrager sig selv en øget risiko ved at anvende uprøvede materialer.

3.4 Digitale bygningsmodeller i AB 18 § 16 og ABR 18 § 15

De foreslåede bestemmelser i AB 18 § 16 og ABR 18 § 15 om digitale bygningsmodeller kan også få indflydelse på, hvad der udgør en mangel ved arbejderne. Dette skyldes først og fremmest, at § 16 med stk. 2 indfører selvstændige forpligtelser for den, der stiller en digital bygningsmodel til rådighed for andre, og at bygherren med stk. 1 og 3 pålægges forpligtelser, der skal sikre koordination mellem byggeriets parter.

Disse overordnede forpligtelser virker rimelige og velvalgte. Til gengæld indeholder §§ 16/15 også bestemmelser, der i hvert fald i nogle år endnu vil føre til overraskende mangler.

Det følger af §§ 16/15, stk. 4, at data skal leveres og indlæses i åbne dataformater. Jeg skal ikke på nogen måde foregive at være ekspert i dataformater, men jeg har under forskellige dialogbaserede udbud også for ganske nylig hørt projekterende udtrykke bekymring

² Voldgiftsrettens kendelse gengivet i T:BB 2016.856 VBA gør i hvert fald mig bekymret for, om en genopbrudt mangel i nogle tilfælde forældes lang tid inden den forlængede reklamationsfrist i § 55, stk. 2.

³ Jf. kvalitetssikringsbekendtgørelsen, bekendtgørelse nr. 773 af 27. juni 2011 om kvalitetssikring af byggearbejder i alment byggeri m.v. og ombygninger efter lov om byfornyelse og udvikling af byer.

⁴ Jf. Hørlyck, Erik i T:BB 2017 s. 647 ff. om voldgiftsrettens kendelse i den førte MgO-sag gengivet i T:BB 2017.779 VBA.

for, at et krav om åbne dataformater kan føre til overraskende projekteringsfejl. Det skulle angiveligt kunne ske, fordi data undertiden forsvinder i forbindelse med konvertering fra lukkede til åbne dataformater og tilbage igen. Jeg håber, at AB-udvalget har sikret sig, at disse bekymringer på grund af den stigende brug af åbne dataformater ikke længere er relevante.

Til gengæld kan bestemmelsen i §§ 16, stk. 4/15, stk. 5, sammen med bestemmelsen i §§ 16, stk. 6/15, stk. 7, føre til, at det udgør en mangel ved entreprenørens ydelse, hvis referater leveres i Microsoft Word-format, budgetter som Microsoft Excel-regneark etc. Det fremgår således af §§ 16, stk. 6/15, stk. 7:

»Bestemmelserne i stk. 1-[5]/[6] om digitale bygningsmodeller finder tilsvarende anvendelse på andre digitale data med de fravigelser, der følger af forholdets natur.«

Hvis min forståelse af rækkevidden af bestemmelsen i § 16, stk. 6, er korrekt, vil AB 18 § 16 enten blive fraveget meget ofte eller med tiden gøre byggebranchen til spydspids i udbredelsen af åbne filformater i Danmark. Byggebranchen beskyldes tit for at være konservativ, men med kravet om åbne filformater går de brancheorganisationer, der har plads i AB-udvalget, forrest i landets digitale udvikling.

AB 18 § 16 byder på endnu en bestemmelse, der måske kan føre til overraskende resultater. Det fremgår således af stk. 5:

»Den, der stiller en digital bygningsmodel til rådighed[,] er ansvarlig for fejl i den digitale model, eget input og grænseflader til andres projektering i modellen, men ikke for fejl ved brug af modellen, i andres input eller i den standard software, som bruges til udarbejdelse af modellen.« (min fremhævelse)

Bestemmelsen bør ikke anvende ordet »ansvarlig«. Dette ord bør reserveres til de situationer, hvor entreprenøren pådrager sig et erstatningsansvar, idet bestemmelsen med fordel kunne bruge udtrykket, at entreprenøren »bærer risikoen for«.

Mere væsentligt er det imidlertid, hvilken praktisk rækkevidde det kan få, at den, der laver den digitale model, ikke bærer risikoen for fejl i »standard software«. Konsekvensen af bestemmelsen er således, at bygherren bærer risikoen for fejl i den software, som entreprenøren eller rådgiveren vælger at udføre projekteringen i.

Hvis en bygning styrtter sammen, fordi den aktuelle version af TEKLA eller et andet program til beregning af belastninger i konstruktioner indeholder en uopdaget kodningsfejl, vil bygherren således stå tilbage med et tab, han ikke kan gøre den rådgiver, der valgte at bruge TEKLA, ansvarlig for.

Dette vil også kunne være tilfældet uden bestemmelserne i AB 18 § 16 og ABR 18 § 15. Den entreprenør, der anvender standardsoftware, vil formentlig under alle omstændigheder kunne påberåbe sig reglerne om udviklingsskader, hvis softwaren indeholder fejl, ligesom den rådgiver, der anvender standardsoftware, ikke har handlet ansvarspådragende. Det bliver interessant at få belyst AB-udvalgets overvejelser om, hvorvidt §§ 16/15 er tænkt som en stadfæstelse af, hvad der allerede er gældende, eller som en ændring af retstilstanden.

Det er klart, at min bekymring over bestemmelsens rækkevidde kan virke teoretisk, men i en ikke så fjern fremtid vil endnu større dele af projekteringen af vores bygninger formentlig ske automatisk via et stykke software, som ovenikøbet må forventes at blive opdateret med stadigt kortere mellemrum. Uanset om §§ 16/15 blot nedfælder, hvad der allerede gælder, er jeg i tvivl om, om det med den teknologiske udvikling er hensigtsmæssigt, at bygherren i enhver situation bærer risikoen for fejl i sådan software, blot den kan betegnes som standard.

3.5 Projekt mangler i § 18

Det er en kendt sag, at det selv i fagentrepriser i stigende grad er entreprenøren, der detailprojekterer byggeriet, f.eks. de tekniske

installationer. Derfor er der i høringsudkastet indarbejdet en del nye bestemmelser, der regulerer entreprenørens projekteringsindsats, herunder særligt §§ 17 og 18.

§ 17 fastsætter groft sagt de proceduremæssige rammer for entreprenørens projekteringsforpligtelser, mens § 18 handler om mangler ved entreprenørens projektering.

Rent systematisk er det lidt overraskende, at en bestemmelse om mangler er placeret i kapitel C om udførelse af entreprisen i stedet for i kapitel G om mangler.

På samme måde undrer det mig, at § 18 om mangler ikke som AB 18 § 47 eller ABR 18 § 30 indeholder en definition af mangler. Det har dog ikke nogen materiel betydning, om definitionen indføres eller ej, for det er klart, at der foreligger en mangel ved projekteringen, hvis den ikke lever op til de krav, der fremgår af § 17, stk. 3.

Det indebærer til gengæld en væsentlig og velkommen nyskabelse, at høringsudkastets § 18 giver bygherren ret til at kræve mangler ved entreprenørens projektering udbedret ved afslutningen af hver af projekteringsfaser, jf. § 18, stk. 1. Det er ikke sikkert, at den nye bestemmelse reelt ændrer på bygherrens muligheder, for bygherren må principielt kunne bruge AB 92 § 11, stk. 4, til at kassere mangelfulde dele af entreprenørens projektering. Til gengæld er det sikkert, at det virker underligt og fremmed for de fleste at kassere entreprenørens projektering, og at kassation spiller en overordentlig tilbagetrukket praktisk rolle i sådanne tilfælde.

Udbedrer entreprenøren ikke projekteringsmanglerne inden en rimelig frist i henhold til § 18, stk. 2, kan bygherren lade de påberåbte mangler udbedre for entreprenørens regning eller kræve afslag i entreprisesummen, jf. § 52.

Den bygherre, der vil udnytte muligheden for at udbedre mangler ved entreprenørens projektering for entreprenørens regning, vil skulle tænke sig usædvanlig godt om. Der må således meget let kunne opstå en lang række problemer med grænseflader, hvis bygherren lader projekteringsmanglen udbedre af en anden end entreprenøren. Disse vanskeligheder ændrer imidlertid ikke på, at det er en tiltrængt nyskabelse, at bygherren kan forlange projektmangler udbedret inden aflevering.

3.6 Projektgennemgang i § 19

Høringsudkastets forslag til § 19 indebærer en væsentlig udvidelse af bestemmelserne om projektgennemgang. Grundlæggende ændrer bestemmelsen ikke på entreprenørens pligt til at gøre indsigelser mod fejl i projektmaterialet, men følger parterne bestemmelsen, vil entreprenøren i videre omfang, end det typisk sker under projektgennemgange i dag, få anledning til at opdage projekteringsfejl. Dermed vil entreprenøren også ofte få pligt til at gøre indsigelse mod sådanne fejl.

I praksis vil det imidlertid fortsat være bygherren, der skal bevise, at en projekteringsfejl var så klar, at entreprenøren burde have opdaget den under projektgennemgangen. Medmindre bygherren gennem referater eller andet sikrer dokumentation for, hvad der faktisk er foregået under projektgennemgangen, er det derfor tvivlsomt, om den nye bestemmelse vil få den store betydning i praksis. For at animere bygherren og bygherrens rådgivere til at sikre, at der gennemføres en struktureret og dokumenteret gennemgang af projektmaterialet, kunne AB-udvalget derfor overveje at beskrive, at bygherrens rådgiver er forpligtet til forud for projektgennemgangen at fastlægge skriftligt, hvilke dele af projektmaterialet der skal gennemgås for hvilke fejl og uklarheder. Dette kunne også være et godt emne for et senere appendiks til AB eller til brancheorganisationernes nye versioner af rådgivernes ydelsesbeskrivelser.

§ 19, stk. 5, indeholder en nyskabelse, der måske ændrer på, hvornår entreprenøren bærer risikoen for en fejl ved arbejderne. Det fremgår af bestemmelsen:

»Entreprenørens fremsættelse af forslag under projektgennemgangen indebærer ikke, at denne er ansvarlig for forslaget, selv om det implementeres. Projekteringsansvaret påhviler således den, der udfører projekteringen af den foreslåede ændring af projektet.«

Det er min oplevelse, at entreprenørerne kan være tilbageholdende med at komme med forslag til ændringer eller optimeringer af projektet, fordi de er bange for at bære risikoen for deres forslag. Den nye bestemmelse i § 19, stk. 5, kan medvirke til at betrygge entreprenøren og dermed forbedre parternes samarbejde.

AB-udvalget bør imidlertid overveje at præcisere bestemmelsens 1. pkt. og/eller at ændre ordlyden af bestemmelsens 2. pkt.

Læses bestemmelsens 1. pkt. isoleret, omfatter den ethvert forslag, entreprenøren fremsætter under projektgennemgangen. Læst på denne måde indebærer bestemmelsen en væsentlig ændring af, hvad der udgør en mangel ved de anvendte materialer, idet entreprenøren som udgangspunkt bærer risikoen for fejl ved materialer, entreprenøren har bragt i forslag. Henset til, at projektgennemgangen skal medvirke til at skabe et bedre byggeri, er det min opfattelse, at en sådan ændring af ansvaret er velbegrundet, fordi entreprenøren med bestemmelsen kan komme med gode forslag uden at være bekymret for at øge sin risiko ved byggeriet.

Ordlyden af bestemmelsens 2. pkt. kan imidlertid forstås sådan, at det ikke er ethvert forslag, men kun forslag, der fører til »projektering«, der er omfattet af 1. pkt. Det skyldes, at ordet »projektering« undertiden i praksis forbindes med en indsats, der går ud over det blotte materialevalg. Fortolkes bestemmelsen på denne, indskrænkende, måde, vil der fortsat være forslag, som entreprenøren skal være påpasselig med at fremsætte, fordi entreprenøren så bærer risikoen for forslaget.

Endvidere bør AB-udvalget overveje at ændre sidste led af bestemmelsens 2. pkt., således at projekteringsansvaret påhviler den, der forud for projektgennemgangen havde projekteret den del af projektet, der nu ændres, medmindre der indgås skriftlig aftale om, at ændringen skal projekteres af en anden. På den måde undgås fejl som følge af uklarhed om, hvem der var forpligtet til at udføre projekteringen af den foreslåede ændring af projektet, idet parterne erfaringsmæssigt kan have opfattet drøftelserne herom forskelligt. Samtidig vil voldgiftsretten få en formodningsregel at støtte sig til, når det skal afklares, hvorvidt parterne aftalte, at det var entreprenøren eller rådgiveren, der skulle projektere en given ændring.

4. Direkte krav og følgeskader

4.1 Indledning

Reglerne om produktansvar og direkte krav har altid givet mig anledning til store hovedbrud. Jeg bilder mig ind, at jeg ikke er den eneste, der har svært ved at gennemskue, om rets- og voldgiftspraksis anvender reglerne korrekt og konsistent, og om reglerne fører til rimelige resultater.

Udkastet til AB 18 indeholder en række bestemmelser, der et langt stykke hen ad vejen forholder sig til problemstillingerne på en rimelig og letforståelig måde.

4.2 Direkte krav som følge af regler om erstatning uden for kontrakt i § 8, stk. 4, 4. og 5. pkt.

Det er langtfra noget nyt, at en bygherre kan bruge reglerne om erstatning uden for kontrakt til under visse omstændigheder at rette et såkaldt deliktskrav direkte mod entreprenørens underentreprenør, leverandør eller rådgiver. Traditionelt antages det, at sådanne krav kan gennemføres i tilfælde af retsbrud, således at en given skade eller et givent tab skulle være forvoldt med en vis grad af tilregnelse.

Selv om jeg ikke hører til dem, der mener, at simpel uagtsomhed er tilstrækkelig til at kunne begrunde et direkte krav, er der dog næppe nogen tvivl om, at direkte krav på deliktssynspunkter har spillet en større og større rolle de senere år.

Bygherrens deliktskrav mod entreprenørens underentreprenør, leverandør eller rådgiver er formentlig ikke begrænset af ansvarsbegrænsninger i aftalen mellem entreprenøren og hans kontraktmedhjælpere. Det betyder, at byggeriets parter som følge af den stadig større rolle, sådanne krav har spillet, er blevet påført en stadig større risiko for at blive mødt med krav, som de troede, de var beskyttet mod som følge af ansvarsbegrænsninger i aftalen med deres umiddelbare medkontrahent.

AB 18 § 8, stk. 4, 4. og 5. pkt., indeholder en bestemmelse, der afskærer bygherren fra at rette direkte krav efter regler om erstatning uden for kontrakt mod entreprenørens underentreprenører og leverandører:

»Bygherren giver afkald på krav mod underentreprenører og leverandører på erstatning uden for kontrakt i anledning af forhold, der er omfattet af det direkte mangelskrav efter denne bestemmelse. Hvis det direkte krav skyldes et forsættigt eller groft uagtsomt forhold hos underentreprenøren eller leverandøren, finder 2. og 4. pkt. ikke anvendelse.«

Bestemmelsen indeholder et egentligt tredjemandsløfte fra bygherren til entreprenørens underentreprenører og leverandører, der afskærer bygherren fra at rette deliktskrav mod dem. Dette forudsætter dog, at underentreprenørerne og leverandørerne har accepteret, at bygherren kan rette direkte mangelskrav mod dem efter bestemmelsens 1. pkt., der svarer til AB 92 § 5, stk. 5.

Den nye bestemmelse er en god løsning på en vanskelig problemstilling.

Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at bestemmelsen i modsætning til den korresponderende bestemmelse i ABR 18 § 7, stk. 4, ikke omfatter entreprenørens rådgivere, herunder underentreprenørers og leverandørers rådgivere. Det betyder, at bygherren fortsat vil kunne gøre et direkte krav gældende mod disse rådgivere, og at kravet ikke vil være begrænset af ansvarsbegrænsningen i ABR 18 § 50.

Endelig skal byggeriets parter være opmærksomme på, at de selv med den nye bestemmelse i AB 18 § 8, stk. 4, 4. og 5. pkt., langtfra er beskyttet mod ethvert direkte krav, f.eks. vil senere købere af byggeriet ikke være afskåret fra at rette direkte krav mod entreprenøren, underentreprenører, leverandører eller rådgivere.

4.3 Produktansvar og følgeskader i §§ 53 og 54

Højesterets nåede med sin dom gengivet i U 2008.982 H frem til, at AB 92 § 35, stk. 2, ikke finder anvendelse på produktansvar. Det betyder, at entreprenører under AB 92 i ganske mange tilfælde hæfter for indirekte tab, der er forårsaget af mangler ved arbejderne, selv om AB 92 § 35, stk. 2, siger det modsatte⁵.

AB 18 § 54 lukker denne ladeport for at kræve indirekte tab erstattet af entreprenøren. Det fremgår således af bestemmelsen, at entreprenørens ansvar for produktansvar er begrænset til

⁵ Højesterets dom i U 2008.982 H og dommens konsekvenser er grundigt beskrevet af *Iversen, Torsten*, Juristen (2008), s. 188 ff.

dækningen på produktansvarsforsikring, som entreprenøren skal tegne i medfør af § 11, stk. 3.

Bestemmelsen virker som en god og rimelig løsning på en vanskelig problemstilling. Som jurist ærgrer det mig dog at se, at høringsudkastet til AB 18 tilsyneladende er baseret på den antagelse, at de i retspraksis udviklede regler om produktansvar er et særligt

væsen med selvstændig eksistens ved siden af regler om erstatningsansvar i og uden for kontrakt. Jeg har fortsat vanskeligt ved at se, hvad der vindes ved at give produktansvar selvstændig eksistens i de omhandlede tilfælde⁶, men accepterer dog også, at min holdning desværre nok altid har været en anakronisme.

⁶ Se nærmere *Buch, Anders Vestergaard, Entrepriseretlige Mangler, København (2007)*, s. 231.