

TBB2018.416

## Forældelsesmæssige snubletråde i det nye AB-system – tanker om tvungen forhandling, afhjælpningsforsøg og forholdet til forældelsesloven

♦ *Artiklen behandler nogle forældelsesmæssige spørgsmål, som AB-udvalget kan overveje inden den endelige vedtagelse, og som byggeriets parter konkret – afhængigt af reglernes endelige udformning – bør overveje efter AB-reglernes vedtagelse.*

*af advokat Signe Dierks Bakkeng, SIRIUS advokater, og advokat (H) Michael Vindfeldt, SIRIUS advokater*

### Indledning

Byggesager og de krav, parterne under en byggesag kan have over for hinanden, strækker sig ofte over længere tid, hvorfor forældelsesreglerne i praksis tit kommer til at spille en stor rolle inden for dette retsområde. Dette vidner den relativt righoldige retspraksis også om. Man kan sige det på den måde, at advokatens værste mareridt er forældelsesfrister, da beregning af frister kan være en kompliceret affære, navnlig når det ikke nødvendigvis er helt klart, hvornår forældelsesfristen rent praktisk skal regnes fra.

Ved vores gennemgang af udkastet til den nye AB 18 og ABR 18 har to grundlæggende spørgsmål i forhold til forældelse rejst sig:

- 1) Afbryder den nu tvungne forhandlingsproces i AB 18 § 64 og ABR 18 § 59 forældelse på samme måde, som eksempelvis anlæg af en voldgiftssag vil gøre det?
- 2) Lukker det nye AB 18 ned for den diskussion, der har rejst sig om, hvorvidt entreprenørens (utjenlige) afhjælpningsforsøg afbryder forældelse efter forældelsesloven?

### Tvungen forhandling i entreprisesager samt lidt om mægling/mediation

Indledningsvis kan det konstateres, at der ikke i det nye AB-regelsæt er indsat regler om samspillet med forældelsesloven.

Med det nye AB-system indføres tvungen forhandling på hhv. projektleder- og ledelsesrepræsentantsniveau, jf. AB 18 § 64, stk. 1 og stk. 2, samt ABR 18 § 59, stk. 1 og stk. 2.

En part kan således ensidigt efter AB 18 § 64, stk. 1, og ABR 18 § 59, stk. 1, anmode om forhandling, hvor den anden part har pligt til at møde op.

Det følger videre af AB 18 § 64, stk. 4, og ABR 18 § 59, stk. 4, at:

*»Mediation, mægling, hurtig afgørelse og voldgift kan ikke iværksættes, før forhandlingsproceduren efter stk. 1 og stk. 2 er gennemført. Det samme gælder syn og skøn, medmindre syn og skøn iværksættes for at sikre bevis.«*

Yderligere fremgår det af AB 18 § 69, stk. 2, (og ABR 18 § 63, stk. 2), at:

*»En voldgiftssag kan ikke anlægges før 4 uger efter, at et forhandlingsforløb om tvisten efter § 64 er afsluttet. Voldgiftssag kan endvidere ikke anlægges, hvis der verserer en sag om mediation, mægling eller hurtig afgørelse angående samme tvist.«*

Aftales AB/ABR §§ 64 og 59 uden ændringer, er der således pligt til at forhandle. Finder parterne under den formaliserede forhandling

en løsning, er det naturligtvis en hurtig og effektiv model for tvisteløsning. Finder parterne ikke en løsning, vil det formentlig af nogle parter opleves som en tvungen forhindring, der skal overstås, førend parterne kan benytte de øvrige processuelle værktøjer i AB-systemet – herunder de retslige skridt, der udtrykkeligt er forældelsesafbrydende.

### Forældelseslovens ramme

Det følger af den gældende forældelseslovs § 3, stk. 1, at forældelsesfristen er 3 år, medmindre andet følger af andre bestemmelser.

Forældelseslovens bestemmelser er i medfør af lovens § 26, stk. 1, beskyttelsespræceptive for skyldneren, idet de ikke ved forudgående aftale kan fraviges til skade for skyldneren. Omvendt følger det modsætningsvis, at lovens bestemmelser vil kunne fraviges, efter at forældelsen er begyndt at løbe, eksempelvis ved en suspensionsaftale.<sup>1</sup> Skyldner kan også gøre det til en betingelse for eventuelle forhandlinger, at disse netop ikke er forældelsesafbrydende.<sup>2</sup>

Forældelsesfristen afbrydes bl.a. endeligt efter forældelseslovens § 16, når skyldneren indleder retslige skridt til erhvervelse af dom eller voldgiftskendelse.

Samtidig følger det af forældelseslovens kap. 20, at forældelsen kan afbrydes foreløbigt, herunder eksempelvis ved forhandlinger, jf. forældelseslovens § 21, stk. 5.

Bestemmelsens ordlyd er som følger:

*»Stk. 5. Er der inden forældelsesfristens udløb indledt forhandlinger om fordringen mellem skyldneren og fordringshaveren, eventuelt under medvirken af en uafhængig tredjemand, indtræder forældelse tidligst 1 år efter det tidspunkt, hvor forhandlingerne må anses for at være afsluttet.«*

Formålet med bestemmelsen er således at undgå unødvendige sagsanlæg.<sup>3</sup>

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen,<sup>4</sup> at den hjemler en tillægsfrist på 1 år, hvis der indledes egentlige forhandlinger, hvilket her forstås som realitetsforhandlinger mellem parterne om kravet. Kreditor skal dermed være bragt i den tro, at det ikke er nødvendigt at foretage retslige skridt for at afbryde forældelsen, idet debitor er tilstrækkelig imødekommende over for kravet til, at kreditor har kunnet gå ud fra, at der var en rimelig udsigt til en forligsmæssig løsning. Er debitor konsekvent afvisende over for kravet, udskydes forældelsen ikke.<sup>5</sup> Fra praksis kan der henvises til bl.a. **FED2015 18 Ø**.

<sup>1</sup> *Bo von Eyben*, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2012), side 126-128.

<sup>2</sup> *Bo von Eyben*, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2012), side 929.

<sup>3</sup> *Bo von Eyben*, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2012), side 928.

<sup>4</sup> Folketingstidende 2006-07, tillæg A, lovforslag nr. L 165, side 5639.

<sup>5</sup> *Bo von Eyben*, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2012), side 928-930.

Forholder debitor sig ikke til kravet, eller svarer debitor henholdende, er forældelsen som udgangspunkt heller ikke afbrudt. I tilfælde, hvor debitor svarer henholdende, kan der eksempelvis henvises til **H2018.93.2017** om en kommunes regreskrav vedrørende udbetalte sygedagpenge. I sagen svarede forsikringssselskabet på kommunens anmeldelse af kravet, at kravet var modtaget og med en bemærkning om ikke at kunne tage stilling til kravet på nuværende tidspunkt, idet sagen mellem skadelidte og skadevolder verserede ved retten. Kravet var imidlertid ikke forældet, idet Højesteret fandt, at der var indledt forhandlinger, da kommunen havde haft rimelig anledning til at afvente sagens udfald og forsikringssselskabets endelige stillingtagen. Et henholdende svar kan således medføre, at forligsforhandlinger anses for påbegyndt, hvis der er stillet en stillingtagen til kravet i udsigt.

Spørgsmålet om, hvornår der mellem parterne er forhandlinger af en sådan karakter, at disse er egentlige forhandlinger og dermed forældelsesafbrydende, er en konkret vurdering mellem yderpunkterne om debitorens afvisning af et krav og erkendelse af kravet.<sup>6</sup>

For så vidt angår bestemmelsens indskudte sætning »eventuelt under medvirken af en uafhængig tredjemand« sigter denne del af bestemmelsen til alternativ konfliktløsning. Forældelseslovens § 21, stk. 5, omfatter således både forhandlinger direkte mellem kreditor og debitor samt alle former for alternativ konfliktløsning. Typisk forstås med alternativ konfliktløsning tilfælde, hvor parterne bliver enige om at bede en uafhængig tredjemand om at bistå parterne med selv at finde frem til en løsning, som begge parter kan acceptere. Årsagen til, at mægling og anden form for konfliktløsning er sidestillet med direkte forhandlinger mellem parterne, er ifølge Bo von Eyben<sup>7</sup> netop, at parterne skal være enige om at anvende alternativ konfliktløsning. Skyldneren skal altså acceptere denne proces. Det følger endvidere også af bemærkningerne til lovforslaget,<sup>8</sup> at:

*»For så vidt angår »almindelige« forligsforhandlinger, dvs. forhandlinger, der ikke foregår under medvirken af en uafhængig tredjemand, skal der være tale om egentlige forhandlinger mellem parterne om kravet eller grundlaget for dette, således at kreditor har føje til at antage, at det ikke er nødvendigt at iværksætte retslige skridt for at undgå forældelse.« (vores understregning)*

Heraf kan umiddelbart udledes, at forhandlinger, der foregår uden medvirken af en uafhængig tredjemand, således skal være egentlige realitetsforhandlinger, jf. ovenfor, ligesom parterne skal være enige om anvendelse af alternativ konfliktløsning.

Imidlertid indføres der med det nye AB-system den tvungne forhandling direkte mellem parterne uden medvirken af tredjemand, og spørgsmålet bliver herefter: Hvad hvis nu den ene part ikke vil deltage i en (tvungen) forhandling? Eller vælger at møde op til en tvungen forhandling, men betinger sig, at hans/hendes deltagelse i mødet ikke er en forhandling i forældelseslovens forstand? I denne situation bliver det helt afgørende for kreditor at være sikker på sin retsstilling i forhold til, om den tvungne forhandling er fristafbrydende, således at han/hun ikke risikerer at fortabe sit krav midt under et sådant forløb.

Hjælp til afklaring heraf kan eventuelt søges i bemærkningerne til forældelseslovens § 21, stk. 5,<sup>9</sup> idet disse endvidere henviser til, at iværksættelse af fagretlig behandling ved indkaldelse til mægling/møde eller fællesmøde vil være omfattet af

forældelseslovens bestemmelse om forhandling og dermed være fristafbrydende.

Spørgsmålet er derfor, om tvungen forhandling efter AB 18 § 64 og ABR 18 § 59 er at sidestille med mæglingsmøder og fællesmøder i det fagretlige system, således at indledning af en forhandlingsproces efter disse bestemmelser vil være (foreløbig) fristafbrydende efter forældelseslovens § 21, stk. 5? Hvis dette ikke er tilfældet, er den tvungne forhandling så en aftale i strid med forældelseslovens § 26, stk. 1, fordi begrebet »forhandling« i forældelsesloven reelt udvides i AB-systemet? I AB-systemet er forhandlingen ikke frivillig, og den ene part kan møde op og konsekvent afvise et krav, hvorved den tvungne forhandling i AB-systemet ikke umiddelbart vil konstituere egentlig forhandling, som dette begreb er defineret i litteratur og praksis om forældelsesloven.

Mæglingsmøder og fællesmøder i det fagretlige system er aftalt i den såkaldte Norm mellem Dansk Arbejdsgiverforening (DA) og Landsorganisationen i Danmark (LO) (herefter »Normen«). Normen har i medfør af lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter § 33, stk. 2,<sup>10</sup> status af en deklatorisk lovregel. Det fremgår af Normen, at der af en part kan indkaldes til tvungne mæglingsmøder, jf. § 1, stk. 2.

AB 18 og ABR 18 har ikke samme status af en deklatorisk lovregel og ej heller samme kollektive status som Normen, og bl.a. derfor er det usikkert, om en sådan aftalt »institutionaliseret forhandling« tillige er omfattet af forældelseslovens § 21, stk. 5. Det må dermed – med forbehold for, at betænkningen til AB/ABR ikke kendes endnu – forsigtigt konstateres, at hvis parterne ikke er enige om, at der skal realitetsforhandles, kan der være et forældelsesmæssigt problem.

Samme overvejelse bør gøres, når der af en part ensidigt indledes en mægling/mediation, jf. AB 18 § 65, stk. 1, samt ABR § 60, stk. 1, idet voldgiftssag ikke kan indledes, hvis der verserer en mediation eller mægling, jf. AB 18 § 69, stk. 2, samt AB 18 § 63, stk. 2. Begge parter er ifølge mediations- og mæglingsbestemmelserne »forpligtet til at medvirke til gennemførelse« af sådanne forløb, jf. AB 18 § 65, stk. 6, og ABR 18 § 60, stk. 6, hvilket indikerer, at situationen ikke behøver at være frivillig.

Der ses ikke i praksis at være taget direkte stilling til spørgsmålet, om en kontraktuel forudgående aftale om mægling/mediation er forældelsesafbrydende, men indirekte er forholdet behandlet i U 2015.1412 SH, hvoraf fremgår, at:

*»Uanset at Siemens burde være gået frem efter rammeaftalens pkt. 18 om tvistløsning ved mediation, er det rettens opfattelse, at det forhold, at der ikke har været forsøgt mediation, ikke afskærer Siemens fra at anlægge retssag i en situation, hvor et sagsanlæg er nødvendigt for at afbryde en forældelse af Siemens' eventuelle krav.«*

I sagen var mediation aftalt mellem parterne, hvilken proces ikke blev fulgt. Det følger indirekte af Sø- og Handelsrettens afgørelse, at havde Siemens valgt at starte en mæglingsproces op, ville den med Sø- og Handelsrettens formulering ikke (nødvendigvis) have været fristafbrydende. Spørgsmålet blev dog, som dommen er formuleret, ikke problematiseret af parterne, hvorfor Sø- og Handelsretten ikke har forholdt sig konkret hertil.

Hvis den tvungne forhandling samt mægling/mediation findes at være fristafbrydende i forældelseslovens forstand, vil dette på den

<sup>6</sup> Bo von Eyben, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2012), side 928.

<sup>7</sup> Bo von Eyben, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2012), side 947-948.

<sup>8</sup> Folketingstidende 2006-07, tillæg A, lovforslag nr. L 165, side 5639.

<sup>9</sup> Folketingstidende 2006-07, tillæg A, lovforslag nr. L 165, side 5639.

<sup>10</sup> Senest ved lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1003 om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter.

anden side være i overensstemmelse med mæglingdirektivet,<sup>11</sup> hvorefter mægling/mediation eksplicit er fristafbrydende, jf. artikel 8.

Der er dog den ret afgørende detalje, at direktivet ikke er implementeret i dansk ret i forlængelse af folkeafstemningen den 3. december 2015 om EU-retsforbeholdet, ligesom direktivet umiddelbart kun finder anvendelse i tilfælde af mægling i grænseoverskridende tvister. Om direktivet eventuelt kunne forventes at blive tillagt direkte virkning, ligger uden for rammerne af denne artikel.

## Konklusion

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at der ikke i forældelseslovens § 21, stk. 5's, ordlyd eller praksis herom er sikkert grundlag for at antage, at tvungen forhandling eller mægling/mediation afbryder den løbende forældelse. Meget kan selvfølgelig løses, hvis parterne aftaler, at forældelse suspenderes under sådanne forløb, men hvis den ene part ikke er interesseret heri og tager forbehold for, at forældelsesfrister ikke suspenderes under det tvungne forhandlingsforløb eller et mægling-/mediationsforløb, løber den anden part umiddelbart en risiko for at blive mødt med (berettigede?) forældelsesindsigelser under en efterfølgende voldgiftssag. Vil kreditor sikre sin ret, kan det således ikke afvises, at kreditor er nødsaget til både at iværksætte forhandlingsprocessen og at indlede voldgiftssag, uagtet at dette er i strid med AB-systemets obligatoriske løsningsstrappe, jf. herved U 2015.1412 SH.

Det bør derfor efter vores opfattelse overvejes at indsætte en bestemmelse i AB 18/ABR 18, der tager højde for denne forældelsesmæssige usikkerhed. Dette uddybes nærmere nedenfor under afsnittet »Eftertanker«.

## Afhjælpning, reklamation og forældelse

I de senere år har der været afgørelser fra såvel voldgiftsretten som de ordinære domstole, der har beskæftiget sig med, hvilken betydning afhjælpningsforsøg har for forældelse efter forældelsesloven.

Sagt på en anden måde: Skal den bygherre, der får sin entreprenør til at afhjælpe (forgæves), være bange for, om forholdet forældes fra første reklamation eller fra afhjælpningsforsøget?

I **T:BB 2016.856** havde bygherre iværksat syn og skøn og dokumenteret, at der forelå mangler. På den baggrund indgik bygherre og totalentreprenør forlig, hvorefter entreprenøren skulle udbedre manglerne. Imidlertid mislykkedes disse udbedringsforsøg.

Spørgsmålet under den efterfølgende voldgiftssag blev så, hvorvidt entreprenøren med indgåelsen af aftalen og udbedring havde erkendt manglen, hvorefter en ny, 3-årig forældelsesfrist løber, jf. forældelseslovens § 15.

Det fremgår nemlig af § 15, at:

*»Forældelsen afbrydes, når skyldneren over for fordringshaveren udtrykkeligt eller ved sin handlemåde erkender sin forpligtelse.« (vores understregning)*

Voldgiftsretten konkluderede, at:

*»Uanset om TE måtte have accepteret at udbedre forholdet i forbindelse med 5-års gennemgangen, kan en ny forældelsesfrist ikke begynde at løbe fra dette tidspunkt, jf. det ovenfor anførte om forældelseslovens § 15, idet der ikke heri ligger en erkendelse af forpligtelsen.«*

Et eksempel på en afgørelse, der tillige afviste, at afhjælpningsforsøg afbrød forældelsen, er dommen afsagt af Vestre Landsret den 28. april 2017 (**FED 2017.5**).

AB-udvalget ses således også at have behandlet denne problemstilling, idet det fremgår af forslaget til AB 18 § 55, stk. 2, at:

*»Hvis entreprenøren har afhjulpet mangler, som bygherren har reklameret over, løber der en ny frist efter stk. 1 for fremsættelse af krav som følge af udbedringen, men dog ikke længere end til 3 år efter udlobet af den oprindelige 5-års frist.« (vores understregning)*

Bestemmelsen omfatter ganske sikkert ud fra en ordlydsfortolkning en situation, hvor bygherren reklamerer over mangler, og entreprenøren afhjælper med succes, jf. formuleringen »har afhjulpet«, men det viser sig, at selve udbedringen lider af en mangel, jf. »krav som følge af udbedringen«.

Men hvad med (utjenlige) afhjælpningsforsøg? Altså den situation, hvor entreprenøren forsøger at afhjælpe, men det efter 5-årsgennemgangen viser sig, at afhjælpningen ikke har virket?

Et tænkt eksempel kan illustrere dilemmaet: I en sag konstateres vandindtrængen på et tag 2 år efter afleveringen, hvorefter bygherre og entreprenøren indgår aftale om, at entreprenøren forsøger at afhjælpe. I aftalen insisterer entreprenøren på, at afhjælpningen sker pr. kulance, dvs. uden anerkendelse af ansvar fra entreprenørens side.

Herefter forsøger entreprenøren flere forskellige ting for at afhjælpe problemet, og forsøgene strækker sig over mere end 3 år, og pludselig er man ude over den 5-årige mangelsperiode.

Hvis afhjælpningsforsøg på afhjælpningsforsøg ikke virker, forekommer det i den situation usikkert, om forholdet omfattes af § 55, stk. 2. Entreprenøren har jo netop ikke afhjulpet manglen, og de krav, som bygherren (fortsat) har mod entreprenøren, skyldes jo ikke afhjælpningsforsøgene, men det oprindelige problem.

Efter bestemmelsens ordlyd og formuleringen »har afhjulpet« og »krav som følge af udbedringen« er det svært at læse direkte ind i bestemmelsen, at utjenlige afhjælpningsforsøg også udløser en ny reklamationsperiode. Navnlig i kombination med praksis på området, hvorefter det på ingen måde er klart, at den entreprenør, der måske udtrykkeligt »pr. kulance«, jf. eksemplet ovenfor, forsøger at afhjælpe uden succes, dermed »ved sin handlemåde« har erkendt forpligtelsen i forældelseslovens forstand med den virkning, at forældelsen afbrydes.

Dertil kommer det forhold, at hvis skyldner i entrepriseaftalen har accepteret § 55, stk. 2, uden ændringer, kan det reelt ende med at være en forudgående aftale om fravigelse af forældelseslovens præceptive bestemmelser, jf. forældelseslovens § 26, stk. 1, hvorefter en skyldner ikke på forhånd kan indgå aftale om at blive stillet ringere end efter lovens almindelige bestemmelser, herunder hovedreglen om 3 års forældelse.

## Konklusion

Det bør overvejes i AB § 55, stk. 2, eller/og i betænkningen at præcisere, om mislykkede (utjenlige) afhjælpningsforsøg også er omfattet af bestemmelsen.

Til byggeriets parter og deres rådgivere må anbefalingen nok fortsat være, at der indgås suspensionsaftaler i forbindelse med afhjælpningsforsøg – uanset om disse viser sig succesfulde eller ej.

## Eftertanker

Vi begyndte denne artikel med at konstatere helt overordnet, at forældelsesregler er »advokaters værste mareridt«, da forældelsesfrister kan være komplicerede at beregne. I artiklen har vi påpeget et par overvejelser, man i hvert fald som part eller rådgiver bør gøre sig.

<sup>11</sup> Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2008/52/EF af 21. maj 2008 om visse aspekter af mægling på det civil- og handelsretlige område.

Det er klart, at i en lang række tilfælde vil denne artikels temaer måske ikke give de store udfordringer, enten fordi parterne er langt fra en forældelse i forældelseslovens forstand, eller fordi parterne er enige om, at der konstitueres en forhandling i forældelseslovens forstand, eller at nye frister løber fra nye afhjælpningsforsøg.

I den virkelige verden viser det sig imidlertid ofte, at man i hvert fald som rådgiver eller advokat for en part først hører om en sag, når forældelsesfristerne rykker faretruende tæt på.

Det kan derfor overvejes i relation til tvisteløsningssystemet i det nye AB, om der i disse tilfælde alligevel bør gives mulighed for at anlægge voldgiftssag direkte og uden om den obligatoriske løsningstrappe, dog således at sagen med det samme sættes i bero

på opfyldelse af AB-systemets normalt aftalte proces. Hvis en sådan bestemmelse indføres, vil det være vanskeligt at forestille sig, at en part kan misbruge det nye system i relation til forældelse, ligesom det vil øge chancen for, at bestemmelsen ikke blot fraviges mellem parterne.

For at sikre retsstillingen i forhold til utjenlige afhjælpningsforsøg kan der med fordel ske en præcisering af bestemmelsen, enten direkte eller i betænkningen.

Det nye AB-system byder på spændende tiltag som alternativ konfliktløsning og nye forældelsesfrister ved afhjælpninger, men det ændrer ikke ved den grundlæggende forældelseslovs præceptive bestemmelser.