

Titelblad

Specialets titel: Fit for purpose – en del af dansk ret?
(Fit for purpose – a part of danish law?)

Forfatter: Amalie Motzfeldt
(201506788)

Vejleder: Torsten Iversen

Antal anslag: 118.089 (eksklusive indholdsfortegnelse, abstract og
litteraturliste)

Dokumentation for anslag vedlagt som Bilag 2

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
DEL 1: OM SPECIALET	3
1.1. PRÆSENTATION AF EMNET	3
1.2. SPECIALETS OPBYGNING.....	4
1.3. EMNEAFGRÆNSNING OG BEGREBSAFKLARING.....	4
1.5. METODISKE OVERVEJELSER OG RETSKILDER	5
DEL 2: »FIT FOR PURPOSE«	6
2.1. HVAD ER »FIT FOR PURPOSE«?	6
2.2. MT HØJGAARD VS. E.ON. CLIMATE & RENEWABLES LTD.	7
2.3. ÆLDRE PRAKSIS FRA COMMON LAW.....	8
DEL 3: OM BAGGRUNDSRETEN – FORMÅLSEGNETHED I DANSK ENTREPRISERET	9
3.1. DE FORSKELLIGE ENTREPRISEFORMER – OG DERES BETYDNING FOR EGNETHEDSVURDERINGEN	9
3.2. ENTREPRENØRENS YDELSE.....	10
3.2.1. »I overensstemmelse med aftalen«.....	11
3.2.2. Fejl og mangler i udbudsmaterialet.....	12
3.2.3 Entreprenørens indsigelsespligt.....	15
3.3. BEDØMMELSESNORMEN	17
3.4. UDVIKLINGSSKADER – »BYGGETIDENS VIDEN«.....	18
3.4.1. Særligt om nye og uprøvede metoder og materialer.....	21
3.5. SAMMENFATNING	22
DEL 4: FIT FOR PURPOSE I DANSK RET	23
4.1. HVAD OMFATTER ET GARANTITILSAGN?.....	23
4.2.1. Bygherres specifikationer.....	25
4.2.2. Udviklingsskader.....	26
4.1. FIT FOR PURPOSE – EN GARANTI?	28
4.3. UTRYKT KENDELSE I VOLDGIFTSSAG NR. D-2981 AF 29. JUNI 2020	31
4.4. AGREED DOCUMENTS	32
DEL 5: AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER/ KONKLUSION	33
LITTERATURLISTE	35

Abstract

With danish construction law as the underlying basis, this thesis seeks to examine the extend to which danish authorities would be willing to give effect to a fit for purpose-clause. The term »fit for purpose« originates from common law where it is used to impose a duty of result upon the contractor. Accordingly, if a warranty is given that the works will be fit for purpose, the contractor will be held to that obligation regardless of the reason why the works does not meet its intended purpose. The inspiration for the thesis is the Supreme Court of the United Kingdoms ruling in the so-called »MT Højgaard« case in which the danish contractor MT Højgaard was held liable for a flaw in a calculation model pointed out by the employer all because MT Højgaard had agreed to deliver the works »fit for purpose«. There is no equivalence to the term in danish law but with the still growing market for international construction works, the term does occasionally show up in contracts governed by danish law, which makes it relevant to examine the effect of such a clause in danish law.

The examination begins with an assessment of the contractor's responsibility and risk under danish construction law. It is concluded that design build contractors have an implied obligation to secure that the final result is fit for its intended purpose. However, the contractor is only obliged to operate with »reasonable skill and care« and cannot be held responsible for nonconformity if all used methods and materials was known to be sound and sensible at the time it was used. As a consequence, the employer stands alone with the risk, if the construction turns out to be unfit for the purpose but the contractor has delivered in accordance with the contract and conducted the work with reasonable skill and care.

The last part of the thesis examines whether an explicit fit for purpose-clause is fit to replace the risk balance that follows from the background law. The question examined is whether fit for purpose will be treated as a warranty under danish law. It is first concluded that warranties are object to restricted interpretation under danish law, which speaks against treating the clause as a warranty. Based on some case-law concerning clauses with a similar purpose – such as »GMP«-clauses (guaranteed maximum price) and »turnkey«-clauses – it is also concluded, that at least the danish »Voldgiftsnævn« is indisposed to give effect to such clauses.

However, the assessment shows, that it is more likely that a specific warranty is given full effect in danish law (e.g. a warranty that a specific function will be achieved) then a general warranty (e.g. that the construction will have a certain lifetime). It is therefore argued that a distinction must be made between general fit for purpose-clauses (»fit for its intended purposes« or similar) and more specific fit for purpose clauses.

Finally, a recent unpublished ruling (2020) from a danish arbitral tribunal that concerned a contractors liability under a fit for purpose clause is analysed. The case shows that a fit for purpose clause does not replace the risk of employer appointed materials to the contractor under danish law (as it was the case in the MT Højgaard-case). The remaining question is whether a fit for purpose clause entails that the contractor is liable for so called »development damages«. It is argued that the question is of little relevance in practice, as a »fit for purpose« clause is normally accompanied by a regular warranty – that covers development damages. Given the other findings of the thesis it is further argued, that it is unlikely that a »fit for purpose«-clause would entail, that the contractor is liable for development damages.

DEL 1: Om specialet

1.1. Præsentation af emnet

I 2017 afsagde den engelske Supreme Court dom i sagen MT Højgaard A/S vs. E.ON. Climate and Renewables Ltd. Dommen skabte en del debat i både ind- og udland, fordi den med stor klarhed illustrerede, hvilken risiko entreprenøren kan udsætte sig selv for, når han indgår kontrakter på udebane.

Det store tvistepunkt i sagen var, om MT Højgaard under en fit for purpose-klausul havde påtaget sig risikoen for egnetheden af en metode udpeget af bygherre (E.ON). Metoden viste sig, mod alles bedre vidende, at indeholde en alvorlig regnefejl, som fik fundamenterne i en vindmøllepark opført af MT Højgaard på vegne af E.ON til at svigte. Supreme Court gav E.ON. medhold i, at risikoen for svigtet var MT Højgaards og sendte dermed bølger af modvilje ud til alle entreprenører, som i de efterfølgende år blev præsenteret for en fit for purpose-klausul.¹

Fit for purpose-formuleringer er velkendte fra både dansk og international køberet, hvor det solgte skal være »(...) fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller (...)« og »egnet til køberens særlige formål«. ^{2,3} I dansk ret kender vi imidlertid ikke fit for purpose som et egentligt juridisk begreb med tilknyttede retsvirkninger, som tilfældet er i engelsk ret.

Der findes så vidt ses endnu ingen trykt praksis, hvor danske retsanvendere har taget stilling til udstrækningen af en fit for purpose-klausul undergivet dansk ret. I en enkelt artikel fra T:BB behandler advokat Niels Jørgen Oggesen emnet med udgangspunkt i spørgsmålet om, hvorvidt en fit for purpose-klausul indebærer, at entreprenøren overtager risikoen for udviklingsskader. Oggesen opstiller tre muligheder: 1) at »fit for purpose« allerede er en del af dansk ret, 2) at den engelske eller internationale forståelse vil blive anvendt, eller 3) at begrebet skal fortolkes som en garanti i dansk ret.⁴

Oggesen konkluderer, at der ikke kan gives et klart og entydigt svar på, hvilken retsvirkning danske retsanvendere vil tillægge en fit for purpose-klausul. Den manglende retspraksis gør det unægtelig svært at sætte to streger under et resultat. MT Højgaard-sagen og Oggesens overvejelser har imidlertid givet mig anledning til med dette speciale at foretage en nærmere undersøgelse af fænomenet »fit for purpose« i dansk ret.

¹ Se blandt andet dansk omtale af sagen: <https://energiwatch.dk/Energinyt/Renewables/article7056494.ece>; <https://dk.linkedin.com/pulse/robin-rigg-sagen-hvilken-indvirkning-har-fit-purpose-nattes%C3%B8vn>; <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/her-kan-mt-hojgaard-bremse-vindmolle-mareridt>; <https://wscoweb.dk/download/Nyhedsbrev-MTH.pdf> (samtlige sidst besøgt 29. maj 2021).

² CISG art. 35, stk. 2, litra b. Hæftelsen er dog begrænset af tilfælde, hvor køber ikke med rimelighed kunne forlade sig på sælgers viden, f.eks. hvor køber har opgivet en lang række specifikationer. Se herom L. H. Kristensen, *m.fl.*: Lærebog i køberet, s. 288.

³ T. Iversen: Obligationsret 1, s. 207; L. H. Kristensen, *m.fl.*: Lærebog i køberet, s. 113 ff. om det danske mangelsbegreb; se i øvrigt kbl. § 75 a, stk. 2, nr. 2 og 3, om mangler i forbruger køb.

⁴ Oggesen i T:BB 2014.441 (s. 443-444).

1.2. Specialets opbygning

Specialet har som nævnt til formål at undersøge, hvilken betydning en fit for purpose-klausul vil blive tillagt i dansk ret. Eftersom begrebet er relativt ukendt i dansk ret, kastes blikket i første omgang på et andet retssystem, nemlig common law, hvor klausulens vidtrækkende konsekvenser synes relativt godt afdækket. I DEL 2 behandles derfor tre afgørelser, herunder MT Højgaard-sagen, som alle er afsagt af domstole under common law. Formålet er at undersøge, hvor absolut en forpligtelse entreprenøren er underlagt i de lande, hvor klausulen har sit ophav.

Der er ingen tvivl om, at fit for purpose-klausuler har til formål at forrykke den risiko- og ansvarsbalance, som ellers følger af baggrundsretten. Udgangspunktet for vurderingen af, hvilken betydning klausulen vil kunne tillægges herhjemme, må derfor tages i, hvilket ansvar entreprenører normalt har for, at byggeriet opfylder bygherrens særlige formål. Den danske baggrundsret behandles derfor i DEL 3, som indeholder en gennemgang af særligt totalentreprenørens ydelse og ansvar.

Herefter bliver spørgsmålet, hvorvidt fit for purpose-klausuler er egnede til at rykke på den balance, som kan udledes af baggrundsretten. I mangel på praksis om netop dét spørgsmål, må der søges inspiration i andre klausuler med tilsvarende formål. DEL 4 behandler derfor garantier og andre individuelle aftaler om ydelse og ansvar med det formål at undersøge, hvordan danske retsanvendere forholder sig til den slags aftaler.

Endelig samles der op på de foregående dele med en samlet konklusion i DEL 5.

1.3. Emneafgrænsning og begrebsafklaring

Den entrepriseretlige begrebsterminologi inden for spørgsmålet om mangler og ansvar er indimellem genstand for debat, og flere fremstillinger indledes da også med en kvalificering af de anvendte begreber.⁵ Særligt gælder det, at »ansvar« ofte bruges til at beskrive alle situationer, hvor en fejl udgør en mangel.⁶ I det følgende sondres der mellem den situation, hvor entreprenøren er ansvarlig for en mangel, fordi den skyldes hans culpøse adfærd, og den situation hvor entreprenøren hæfter for en mangel, fordi entreprenøren i medfør af kontrakten bærer risikoen for det forhold, som har forårsaget manglen. I førstnævnte situation kan bygherren rette et erstatningskrav mod entreprenøren, fordi den culpøse adfærd udgør et ansvarsgrundlag. I sidstnævnte har bygherren alene krav på opfyldelse af kontrakten – eller efter omstændighederne et forholdsmæssigt afslag i entreprisesummen.

Specialet beskæftiger sig hovedsageligt med dansk ret. Eftersom fit for purpose-klausuler udspringer af engelsk ret, inddrages imidlertid afgørelser og litteratur fra common law-lande med det formål at fastlægge retsvirkningerne af klausulen i engelsk ret. Det er dog ikke hensigten at foretage en egentlig komparativ analyse, og der gøres intet forsøg på at redegøre fuldstændigt for ansvars- og ydelsesbalancen i engelske entreprisetrakter.

Specialet søger at klarlægge, hvornår *entreprenøren* hæfter for manglende opfyldelse af bygherrens særlige formål. Det har vist sig primært at være tilfældet, hvor entreprenøren har påtaget sig en

⁵ Se til eksempel *Vestergaard Buch* i U 2004B.64 (64); Betænkning 1246/1993 s. 117

⁶ Samme kvalifikation af begrebet anvendes i AB – se herom Betænkning 1246/1993 s. 117

rådgivningsforpligtelse. I forlængelse af den opdagelse synes det oplagt at undersøge, i hvilket omfang *rådgiveren* bærer ansvaret for bygherrens særlige formål og i den sammenhæng at sammenligne hæftelsen med entreprenørens. Af hensyn til plads og grundighed har jeg imidlertid valgt ikke at beskæftige mig hverken med forholdet mellem bygherre og rådgiver eller forholdet mellem entreprenøren og bygherrens rådgiver. ABR inddrages af samme grund ikke ud over i de tilfælde, hvor det har været nødvendigt for at forstå entreprenørens hæftelse og ansvar.

Hvor der konstateres en mangel, som entreprenøren hæfter for, er det næste relevante spørgsmål naturligvis, hvilke misligholdelsesbeføjelser bygherren kan gøre gældende over for entreprenøren. Selvom det spørgsmål er egnet til at danne grundlag for mange gode diskussioner, har jeg valgt at skære den del af diskussionen fra. Specialet strækker sig derfor kun til det punkt, hvor det er konstateret, at entreprenøren i et eller andet omfang skal sikre opfyldelse af bygherrens formål.

Endelig må der tages det forbehold, at det ikke er realistisk at foretage en fuldstændig afdækning af risikofordelingen i danske entreprisekontrakter i et enkelt speciale. Jeg har derfor begrænset risikospørgsmålene til de to, som efter min vurdering har størst relevans for fit for purpose-klausuler, navnlig til spørgsmålet om fejl og mangler i udbudsmaterialet og risikoen for udviklingskader. Øvrige spørgsmål om risiko, herunder risikoen for uforudsete jordforhold og byggeriets hændelige undergang inden aflevering, behandles ikke i nærværende sammenhæng.

1.5. Metodiske overvejelser og retskilder

Specialet er udarbejdet efter almindelig retsdogmatisk metode med henblik på at redegøre for, analysere og systematisere gældende ret.⁷

Der findes ingen egentlig lovregulering af dansk entrepriseret. En række bekendtgørelser regulerer forholdene for offentlige bygherrer (IKT-bekendtgørelsen og kvalitetssikringsbekendtgørelsen), og en del af den offentligretlige regulering har snitflader til entreprise (f.eks. byggeloven og bygningsreglementet med tilhørende bekendtgørelser og miljøbeskyttelsesloven). En egentlig hovedlov, som regulerer forholdet mellem bygherre og entreprenør, findes imidlertid ikke.⁸ Området er derfor i hovedsagen reguleret af standardvilkår – såkaldte »agreed documents« – som parterne i entrepriseforholdet aftaler at anvende.

I danske entrepriseforhold anvendes typisk de såkaldte almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB), som antages at være vedtaget for 90 % af alle danske byggerier.⁹ AB er i det væsentligste udtryk for en systematisering og kodificering af almindeligt gældende obligationsretlige grundsætninger og dermed i ganske vidt omfang udtryk for, hvad der gælder som udfyldende regler i dansk entrepriseret.¹⁰ Når det, som i nærværende sammenhæng, søges afklaret, hvorledes risikoen fordeles mellem parterne i danske entrepriseforhold, giver det derfor mening at skele til, hvad der gælder efter AB. I forbindelse med ændringer af aftalevilkårene har de respektive udvalg udgivet en betænkning med såvel generelle bemærkninger som bemærkninger til de enkelte

⁷ *Evald*: Juridisk teori, metode og videnskab, s. 13.

⁸ Eksempel på en sådan hovedlov findes på området for løsøre køb med Købeloven.

⁹ Jf. T. Iversen: *Entrepriseretten*, s. 51.

¹⁰ Jf. T. Iversen i TBB 2003.480.

bestemmelser.¹¹ AB er ikke lov, og betænkningerne har derfor ikke karakter af lovmotiver. Betænkningerne, som indeholder væsentlige fortolkningsbidrag til AB-bestemmelserne, ligestilles imidlertid retskildemæssigt med almindelige sagkyndige betænkninger. Afsættet i dette speciale tages i den nyeste udgave af AB-aftaledokumenterne fra 2018, og de tidligere udgaver inddrages kun, hvor det er relevant for forståelsen af de nye.

Der findes i tillæg hertil righoldig praksis på området for entreprise. En konsekvens af den store udbredelse af AB er, at langt de fleste sager ender hos Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed (VBA), jf. AB 18 § 69 (og AB 92 § 47). Voldgiftssagerne fra VBA har, grundet nævnets sammensætning og behandling af sager, samme retskildemæssig værdi som afgørelser fra de almindelige domstole.¹² Hvor intet andet er anført, er de refererede kendelser afsagt ved VBA.

De væsentligste kilder til afgørelser er Tidsskrift for Bolig- og Byggeret (T:BB), Kendelser om Fast Ejendom (KFE) og Ugeskrift for Retsvæsen (UfR), som alle har dannet grundlag for min søgen efter praksis vedrørende entreprenørens hæftelse for formålsegnet.

DEL 2: »Fit for purpose«

2.1. Hvad er »fit for purpose«?

I international entrepriseret anvendes fit for purpose-klausuler hyppigt i kontrakter, som indebærer, at entreprenøren skal levere hele eller dele af designet.¹³ Det gælder for eksempel som standard efter alle FIDIC's design-build kontrakter, at det leverede »shall be fit for the purpose(s) for which they are intended, as defined and described in the Employer's Requirements«¹⁴

Forpligtelsen under en sådan klausul beskrives i engelsk litteratur som »absolut«, forstået på den måde, at den omfatter hele entreprenørens ydelse – materialer, metoder og design – og at det er underordnet, hvad der er årsagen til, at det leverede ikke er »fit for purpose«. ¹⁵ Entreprenøren vil derfor efter engelsk ret hæfte for fejl og mangler ved designet, materialer og metoder, uanset om der er noget at bebrejde ham.¹⁶

¹¹ Bemærkninger til AB 92 findes i bet. 1246/1993 og til AB 18 i bet. 1570/2018.

¹² Jf. T. Iversen: Entrepriseretten, s. 60 ff.

¹³ Bestemmelsen supplerer en »implied« forpligtelse, som entreprenøren har under engelsk ret, til at opfylde bygherrens behov, jf. Baker et al: FIDIC Contracts: Law and Practice, s. 98 (fodnote 116 og 117 med henvisning til praksis) og Krammer i Klee: International Construction Contract Law, s. 647 ff.

¹⁴ Se FIDIC Yellow og Silver book 2017 sub clause 4.1. og FIDIC Gold book 2008.

¹⁵ Nicolas Dennys og Ellis Baker et al FIDIC Contracts: Law and Practice, para 3.193

¹⁶ Der lader imidlertid til at ske en gradvis opblødning af begrebets »absolutitet«, jf. Atkin Chambers; Hudson's Building and Engineering Contracts, 14th edn. s. 408 »Nevertheless, it may assist to identify two reasons why the general proposition may not apply. First, as perhaps goes without saying, all cases concerning express terms ultimately turn on the words actually used, and their interpretation in accordance with normal principles. Secondly, in any contract where the Contractor has some design responsibility, the more explicit and detailed the specification as to how the contractor should carry out the design, the more areas there may be where the risk of error in the specification falls onto the Employer. In particular, where the specification contains many relevant stipulations referred to in the term of fitness for purpose, it may not on analyses be a separate and free-standing term, but one that has been modified or qualified to something very much less onerous«, smh. 12th edn. »a 'fitness for purpose' obligation is, once the purpose is communicated to the contractor and there is reliance on his design, absolute«

Retsvirkningerne af fit for purpose-klausuler er, som det oftest er tilfældet i common law, blevet fastlagt i praksis. Senest med den tidligere omtalte MT Højgaard-sag, som gennemgås i det følgende.

2.2. MT Højgaard vs. E.ON. Climate & Renewables Ltd.

I sagen¹⁷ havde det danske selskab MT Højgaard a/s (»MTH«) i totalentreprise opført fundamenterne på to vindmølleparker for det britiske selskab E.ON. Climate and Renewables Ltd. (»E.ON«). Kort efter opførelsen svigtede fundamenterne på grund af en fejl i en beregningsmetode udpeget af E.ON. Tvisten drejede sig om, hvem af de to parter der skulle bære udgiften til udbedring.

Det fulgte af kontraktmaterialet, at projektet skulle være »fit for purpose«, defineret som: *»fitness for purpose in accordance with, and as can properly be inferred from, the Employer's Requirements«*. Employer's Requirements indeholdt af interesse for sagen særligt to vilkår. For det første et krav om, at fundamenterne skulle designes i overensstemmelse med en standard kendt som J101, og for det andet et krav om garanteret designlevetid med følgende ordlyd: *»The design of the foundations shall ensure a lifetime of 20 years in every aspect without planned replacement (...)«*.

Kort efter byggeriets afslutning blev det kendt, at den foreskrevne standard – J101 – indeholdt en fejl i beregningsmetoden, som betød, at fundamenterne ikke ville holde. Da standarden var udpeget af bygherre, blev spørgsmålet for retten, om MTH havde afgivet en garanti, som omfattede de af bygherre foreskrevne standarders egnethed.

Om det spørgsmål udtalte én dommer, Lord Neuberger: *»While each case must turn on its own facts, the message from decisions and observations of judges in the United Kingdom and Canada is that the courts are generally inclined to give full effect to the requirement that the item as produced complies with the prescribed criteria, on that basis that, even if the costumer or employer has specified or approved the design, it is the contractor who can be expected to take the risk if he agreed to work to a design which would render the item incapable of meeting the criteria to which he has agreed«* (para 44) (mine fremhævninger).

Det var med andre ord Supreme Courts opfattelse, at forpligtelsen til at opnå et bestemt resultat (»criteria«) – her en levetid på 20 år – trumfede kravet om at opfylde specifikationerne. Efterfølgende afviste retten MTH's argumenter om det modsatte med henvisning til, at det var op til MTH at ændre designet, så det opfyldte det påkrævede kriterie om en levetid på 20 år. MTH blev herefter dømt til at afholde udgiften til afhjælpning af manglerne (para 45).

En del af den diskussion, der fulgte i kølvandet på MTH-sagen, var motiveret af, at Court of Appeal var nået til det modsatte resultat i samme sag. Court of Appeal lagde de samme regler til grund for vurderingen som Supreme Court, men fandt ikke, at bestemmelsen i Employer's Requirements om en designlevetid på 20 år skulle tages så bogstaveligt, navnlig fordi der var uoverensstemmelse mellem den bestemmelse og kontraktens øvrige bestemmelser.¹⁸

Efter Supreme Court's afgørelse må det imidlertid konkluderes, at reglen i engelsk ret er, at hvor parterne udtrykkeligt har aftalt, at et byggeri inklusive design skal være »fit for purpose«, er forpligtelsen

¹⁷ MT Højgaard a/s v E.ON Climate and Renewables UKSC 59 [2017].

¹⁸ Se herom bl.a. *Atkin Chambers: Hudson's Building and Engineering Contracts* 13th edn. (para 3-097).

i sandhed absolut.¹⁹ Risikoen for fejl i specifikationerne påhviler altså entreprenøren, i hvert fald i det omfang disse fejl er årsag til, at et garanteret formål ikke opnås.²⁰ Der kan selvfølgelig være situationer, hvor forpligtelsen er begrænset af kontraktens øvrige bestemmelser. Det er f.eks. tilfældet i FIDIC's Yellow Book, som udtrykkeligt fritager entreprenøren for risikoen for fejl i specifikationerne.²¹ Men som hovedregel – hvor intet andet er aftalt – bærer entreprenøren risikoen.

2.3. Ældre praksis fra common law

Afgørelsen i MT Højgaard-sagen finder støtte i to lidt ældre afgørelser var Canada. Den første vedrørte fejl på et tag, som selskabet »Steel Company of Canada« havde opført i tagentreprise. Det fulgte af kontraktmaterialet, at taget skulle opføres i overensstemmelse med specifikationerne, som blandt andet krævede, at de isolerende plader blev fastgjort på tagets stålplader med et produkt ved navn Curadex (eller tilsvarende). Skaderne på taget opstod, fordi Curadex viste sig at være uegnet til formålet. Entreprenøren havde garanteret, at »*all work as above specified will remain weather tight*«, hvilket af retten fandtes at omfatte utætheder, som skyldtes anvendelsen af det af bygherre specificerede materiale.²²

Den anden afgørelse vedrørte leverancen af nogle vandrør, som af bygherre (Greater Vancouver Water District) var specificeret både hvad angik type og coating metode. Rørene viste sig at være uegnede til formålet netop på grund af coatingen. Entreprenøren havde garanteret, at: »*the Goods (...) will conform to all applicable Specifications (...) and, unless otherwise specified, will be fit for the purpose for which they are used (...). The Supply Contractor warrants and guarantees that the Goods are free from all defects arising at any time from faulty design in any part of the Goods*« (mine fremhævninger). Retten fandt, at garantien omfattede fejlen, selvom den skyldtes købers specifikationer. I den forbindelse formulerede dommeren følgende generelle regel:

»*The general rule is that defects caused by an owner's specification are not the responsibility of the contractor, unless the contractor expressly guarantees that the construction would be fit for a specific purpose, or a warranty can be implied by the owner's actual reliance on the contractor's skill and judgement*«²³ (mine fremhævninger).

Det er således ikke udgangspunktet, at entreprenøren bærer risikoen for fejl i bygherrens specifikationer. Entreprenørens gennemgang af bygherrens projekt sker typisk under et almindeligt »reasonable skill and care« ansvar.²⁴ Præmissen bekræfter imidlertid også, at en entreprenørs garanti for opnåelsen af et udtrykkeligt defineret formål overfører risikoen for sådanne fejl til entreprenøren.

¹⁹ Jf. også *Atkin Chambers: Hudson's Building and Engineering Contracts 14th edn.*, s. 408.

²⁰ Se eksempelvis *Charrett: The Application of Contracts in Engineering and Construction Projects (2019)*, s. 86.

²¹ Se FIDIC Yellow Book, sub clause 1.9 »*If, under sub-paragraph (b) above, an experienced contractor would not have discovered the error, fault or other defect: (i) Sub-Clause 13.3.1. [Variation by Instruction] shall apply to the measures that the Contractor is required to take (if any) (...)*«.

²² *Steel Co. of Canada v. Willand Management Ltd.*, SCR 746, [1966] (para 754).

²³ *Greater Vancouver Water District v. North American Pipe and Steel Ltd*, BCCA 229 [2012] (para 15).

²⁴ Se *Klee: International Construction Contract Law*, s. 95; FIDIC's bøger opererer desuden med en tilsvarende sondring. Både Yellow, Silver og Gold-bøgerne, som alle er design-build kontrakter, indebærer et »fit for purpose« ansvar, mens det alene er Silver-bogen, der lægger ansvaret for fejl i specifikationerne over på entreprenøren med ordlyden »(...) and, notwithstanding that he may not have designed the works, is expressly responsible for accuracy of the Employer's Requirements (including design criteria and calculations) (...)« (Sub-Clause 5.1). Se også om sondringen *Baker et al*: FIDIC Contracts: Law and practice (para 3.182 og 3.189), som godt nok behandler 1999 udgaven af bøgerne. Samme principper gælder imidlertid i dag.

MTH-sagen er således ikke udtryk for et nyt udgangspunkt i engelsk ret, men som et udtryk for at den uforsigtige kontraktsskriver, som indgår aftale på udebane let kommer galt afsted.

DEL 3: Om baggrundsretten – formålssegner i dansk entrepriseret

3.1. De forskellige entreprisformer – og deres betydning for egnethedsvurderingen

I traditionel entreprise²⁵ eller udførelsesentreprise består entreprenørens ydelse i at udføre og levere et stykke arbejde, som er nøje specificeret af bygherre både med hensyn til design og materiale.²⁶ Entreprenøren er ansvarlig for fejl, som skyldes 'dårligt arbejde'. Det vil sige arbejde, der ikke er udført »håndværksmæssigt korrekt«, eller materiale, som ikke er af en ordentlig eller aftalt kvalitet.²⁷ Entreprenøren træffer ikke selvstændige valg af betydning for projektets egnethed, og han kan derfor med rette gå ud fra, at projektet opfylder bygherrens behov, jf. således TBB 2012.423 (en tagentreprenør hæftede alene for udførelsesfejl, ikke dårligt design) og U 2010.213 H (entreprenøren fandtes ikke ansvarlig for et underdimensioneret ventilationsanlæg i en gokarthal, som opfyldte de af bygherren opstillede krav).²⁸

Illustrativ er i den sammenhæng desuden U 1985.320 H, hvor sælger ikke fandtes at bære risikoen for, at et tilvirket fabriksanlæg ikke opfyldte køberens særlige formål.

En betonvarefabrik (K) købte hos en maskinvirksomhed (S) et fabriksanlæg til fremstilling af bloksten. Anlægget omfattede en krydspalleringsfunktion, som automatisk flyttede stenene over på paller. Til anlægget hørte desuden en række forme med forskellig størrelse til fremstilling af betonblokkene. K sendte efter aftaleindgåelsen en tegning til S med dimensioner til en særligt fremstillet form i et andet mål end de til maskinen hørende. Da S havde produceret og leveret den specialfremstillede form, viste det sig, at den ikke kunne anvendes til støbning af klodser af tilstrækkeligt god kvalitet, og at blokkene på grund af deres dimension ikke kunne krydspaltes på anlægget. S foretog efter opfordring fra K de nødvendige tilpasninger af blokformen og maskinen og krævede efterfølgende betaling. K, som mente, at der var tale om en mangel, nægtede at betale for udbedringen. Højesteret gav S medhold i sin betalingspåstand. Af landsrettens præmisser, som blev tiltrådt af Højesteret, fremgår det, at: »[S] har fremstillet den særskilt bestilte oprindelige form i nøje overensstemmelse med tegning ST 33, som var udfærdiget af [K], som [S] måtte gå ud fra havde kendskab til blokstensproduktion også af den her omhandlede specielle type«. Det fandtes derfor betænkeligt at pålægge S risikoen for, at formen ikke kunne anvendes til formålet.

Sagen omhandler et tilvirkningskøb, men den anvendte argumentation er lige så relevant i entreprisforhold: Hvor bygherres udbudsmateriale er så specifikt, at der ikke reelt overlades nogen projektering til entreprenøren, hæfter entreprenøren ikke for formålssegner. Det kan også formuleres sådan, at bygherre som udgangspunkt hæfter for egne valg i relation til projektets og materialernes egnethed.²⁹ En enkelt undtagelse må gøres, hvor projektet er behæftet med så åbenbare

²⁵ Se om sondringen mellem traditionel og moderne entreprise T. Iversen i U 2013B.351 (352).

²⁶ Se herom O. Hansen: Entrepriseretlige mellemformer s. 20 f.

²⁷ Jf. T. Iversen i U 2013B.351 (s. 352). Se også AB 18 § 47, stk. 1, jf. § 12, stk. 1.

²⁸ Se desuden KFE 1983.318 (Med udtalelsen: »Entreprenøren har været uden indflydelse på, at byggeriet blev udført med fladt tag (...)«); TBB 2000.252 (Med udtalelsen: »(...) hvor [entreprenøren] ikke har haft indflydelse på materialevalget, (...) kan heller ikke bestemmelsen i AB 92 § 30, stk. 2, føre til, at der pålægges [entreprenøren] ansvar«) og TBB 2010.140 (Med udtalelsen »Det må efter forklaringerne lægges til grund, at [Bygherre] selv har indkøbt armaturer der (...) ikke forskriftsmæssigt kan anvendes i en gipsvægskonstruktion. Herefter, og som sagen foreligger oplyst, er der ikke grundlag for at pålægge [entreprenøren] risikoen herfor«).

²⁹ Jf. om denne »regel« Vestergaard Buch i U 2004B.64 (65).

og indlysende fejl, at entreprenøren er forpligtet til at advare bygherre. Den problematik behandles nedenfor i afsnit 3.2.3.

Med denne »regel« er det klare udgangspunkt, at entreprenøren alene hæfter for formålsegnethed i det omfang, han har påtaget sig en projekteringspligt, og det savner derfor oftest mening at diskutere formålsegnethed i kontrakter om ren udførelsesentreprise.^{30,31} Den følgende gennemgang fokuserer derfor på den projekterende entreprenørs ansvar og hæftelse.

Hvor parterne har aftalt totalentreprise, er udgangspunktet, at entreprenøren har den fulde projekteringsforpligtelse, jf. ABT 18 § 2, stk. 1, mens det modsatte er tilfældet uden for totalentreprise, jf. AB 18 § 17, stk. 1.³² I området mellem ren udførelsesentreprise og totalentreprise findes desuden en række entreprisekontrakter, som er kendetegnet ved, at entreprenøren i et vist omfang har påtaget sig en forpligtelse til at projektere uden dog at bære samme ansvar for projektet som en totalentreprenør. Disse kontrakter betegnes i litteraturen som entrepriseretlige mellemformer.³³

Mellemformerne giver i sig selv anledning til at behandle en række spørgsmål om risiko og ansvar blandt andet i grænseområdet mellem entrepriser. For klarhedens skyld tages der i det følgende udgangspunkt i kravene til totalentreprenørens ydelse og ansvar, mens den projekterende entreprenørs hæftelse i øvrigt alene inddrages, hvor det giver mening. Vedtagelsesproblematikken – dvs. spørgsmålet om, hvorvidt der er indgået aftale om totalentreprise eller ej – behandles desuden ikke yderligere, idet det i det følgende forudsættes, at entreprenøren har påtaget sig en forpligtelse til at projektere.

3.2. Entreprenørens ydelse

Hverken AB eller ABT indeholder egentlige regler om formålsegnethed, hvorfor afsættet i dansk ret må tages i den generelle ydelsesbeskrivelse, som er enslydende for AB 18 og ABT 18:³⁴

»§ 12, stk. 1. 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.«^{35,36}

³⁰ Hvor den udførende entreprenør træffer valg på vegne af bygherren – f.eks. med hensyn til materiale, hæfter han for egnetheden heraf på lige fod med den projekterende entreprenørs hæftelse for designets egnethed, jf. gennemgangen i de følgende afsnit.

³¹ Jf. også *Jost Buch*, mfl: AB 18, s. 734 i petitaafsnittet: *»dette såkaldte fit for purpose-ansvar er der ikke grundlag for at anvende i aftaler omfattet af AB 18«.*

³² Bestemmelsen giver muligheden for at overføre dele af projekteringspligten til entreprenøren. Det kræver imidlertid »klar aftale«, jf. således betænkning nr. 1570/2018, s. 103.

³³ Se herom *O. Hansen: Entrepriseretlige mellemformer*, s. 30 ff., og *T. Iversen: Entrepriseretten*, s. 424.

³⁴ I norske NS 8407 om totalentreprise er det i pkt. 14.3. foreskrevet, at *»Kontraktgjenstanden skal passe for de formål som bygherren har med denne, og som totalentreprenøren var eller måtte være kjent med da kontrakten ble inngått«.* Se herom *Giverholt*, m.fl.: NS 8407, s. 234 ff. og *Hagstrøm og Bruslerud: Entrepriserett*, s. 370.

³⁵ »Arbejdet« omfatter også entreprenørens projektering, jf. ABT § 2, stk. 4.

³⁶ Både ydelsesbeskrivelsen og mangelsbegrebet i AB er udtryk for almindelige obligationsretlige regler, hvorfor tilsvarende regler gælder uden for AB-regi, jf. *T. Iversen* i TBB 2003.480 om tilsvarende regler i AB 92 (under overskrifterne 5 og 9).

Ydelsesbeskrivelsen har nær sammenhæng med mangelsvurderingen, som i begge regelsæt tager udgangspunkt i § 12.³⁷ Der foreligger således som udgangspunkt en mangel, hvis kravene i bestemmelsen ikke er opfyldt.

Som det fremgår, er aftalen central for vurderingen af, hvilken ydelse entreprenøren skal levere. I litteraturen anvendes begreberne »konkrete« og »abstrakte« mangler.³⁸ En konkret mangel er en afvigelse fra den aftalte ydelse, som kan udledes af kontraktmaterialet ved hjælp af almindelige fortolkningsregler. Hvor aftalegrundlaget ikke indeholder tilstrækkelig vejledning for vurderingen af mangelsspørgsmålet, anvendes den abstrakte mangelsvurdering, som baseres på, hvad bygherre med rette kunne forvente både i forhold til byggeriets egenskaber og entreprenørens faglighed.³⁹

Bygherren har således krav på en ydelse, der er som lovet af entreprenøren eller med rette forudsat af bygherren.⁴⁰

3.2.1. »I overensstemmelse med aftalen«

Ved vurderingen af, om entreprenøren hæfter for manglende opfyldelse af bygherrens formål, må der tages udgangspunkt i samme standard: I det omfang formålet direkte eller indirekte kan udledes af udbudsmaterialet, vil manglende opfyldelse som udgangspunkt udgøre en mangel.

Hvor projektet er beskrevet med funktionskrav⁴¹ eller formålet på anden måde fremgår direkte af aftalen, er det sjældent et problem at definere rammerne for aftalen. Uden for disse tilfælde anvendes det abstrakte mangelsbegreb, og der må tages udgangspunkt i, hvad bygherre med rette kunne forvente.⁴² Fra praksis kan nævnes TBB 2011.213, hvor totalentreprenøren blev dømt til at erstatte bygherrens (en zoologisk have) merudgift til nedkøling af et polaranlæg, fordi det af entreprenøren opstillede anlæg ikke fandtes at være det mest effektive, selvom det var en »klar og kendelig forudsætning« fra bygherres side, at energiforholdene var en væsentlig faktor, og TBB 2021.182, hvor voldgiftsretten fremhævede, at entreprenøren var bekendt med, at bygherrens formål med at få lagt nyt asfalt var at opnå en pæn, sammenhængende overflade uden revner. Som det fremgår, baseres resultatet ofte på en begrundelse, der tager afsæt i forudsætningslæren, og bygherren har således krav på en ydelse, som lever op til hans berettigede forventning.⁴³

Entreprenøren kan omvendt ikke holdes ansvarlig for, at et projekt ikke har egenskaber, som ligger uden for rammerne eller forudsætningerne for udbuddet. Fra praksis kan nævnes KFE 1982.83, der omhandlede skader på et gulv, som i det væsentligste fandtes at skyldes overbelastning af gulvene under

³⁷ Jf. AB 18 § 47, stk. 1, og ABT § 45, stk. 1.

³⁸ Se herom *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 147 (som anvender begreberne »individuelle« og »generelle« mangler), og *T. Iversen*: Entrepriseretten, s. 572 f.; Betænkning nr. 1246/1993 s. 119 f.

³⁹ Entreprenøren skal f.eks. udføre arbejdet »fagmæssigt korrekt« og levere materialer af »sædvanlig god kvalitet«, jf. AB 18 § 12, stk. 1 og stk. 2.

⁴⁰ Jf. *Jost Buch*, m.fl.: AB 18, s. 202; *T. Iversen*: Entrepriseretten, s. 349 f; *Vestergaard Buch*: Entrepriseretlige mangler, s. 23 ff.

⁴¹ I bet. 1570/2018 beskrevet som, »(...) krav, der beskriver et arbejde ved krav til det færdige arbejdes funktion, herunder de resultater og effekter der skal opnås (...) Funktionskrav med beskrivelse af opnåelse af en bestemt effekt kan f.eks. være krav til et ventilationsanlægs kapacitet eller energiforbrug i drift«, s. 104.

⁴² Se også *T. Iversen*: Entrepriseretten, s. 349 samt *Hagstrøm og Bruserud*: Entrepriserett, s. 195.

⁴³ Se også om forudsætningslærens anvendelighed på bedømmelsen af entreprenørens ydelse *T. Iversen*: Entrepriseretten, s. 349 f. og *samme*: Obligationsret I, s. 230 f.

brug. Udbudsmaterialet havde ikke indeholdt oplysninger om, at gulvet skulle kunne holde til særlige belastninger, og voldgiftsretten fandt derfor ikke, at entreprenøren hæftede for den del af skaderne, som skyldtes overbelastning. Se også KFE 1997.28, hvor bygherrens krav i forbindelse med lugtgener ved et biogasanlæg blev delvist nedsat, fordi afhjælpningsomkostningerne også fandtes at være nødvendiggjort af, at anlægget havde været drevet i strid med forudsætningerne i kontraktmaterialet.

Foreløbigt kan det herefter konkluderes, at entreprenøren hæfter for formålsegnethed, når formålet er kendt af entreprenøren, eller når bygherren ud fra forudsætningssynspunkter med rette kunne gå ud fra, at byggeriet ville have en bestemt egenskab og entreprenøren burde være bekendt hermed. I det følgende undersøges det, hvordan fejl og mangler i udbudsmaterialet påvirker den vurdering.

3.2.2. Fejl og mangler i udbudsmaterialet

Det følger af såvel AB som ABT 18, at entreprenøren byder på grundlag af de oplysninger, der er indeholdt i udbudsmaterialet.⁴⁴ Bestemmelserne opstiller desuden krav om, at udbudsmaterialet er udformet på en måde, så der er klarhed over ydelser og vilkår.⁴⁵ Udbudsfejl og -mangler er således som udgangspunkt en bygherrisiko.⁴⁶

Det betyder imidlertid ikke, at fejl ved det færdige resultat, som kan henføres til udbudsmaterialet, også er en bygherrisiko. Spørgsmålet om totalentreprenørens ansvar for projekteringen skal således holdes adskilt fra spørgsmålet om entreprenørens krav på ekstrabetaling og tidsfristforlængelse i tilfælde af mangelfuldt udbudsmateriale.⁴⁷

Svaret på sidstnævnte spørgsmål afhænger af, hvorvidt entreprenøren burde have opdaget, at projektet var fejlbehæftet og mangelfuldt allerede inden, han afgav tilbuddet. Det er almindeligt antaget, at entreprenøren kun skal opdage »åbenbare og indlysende« fejl i udbudsfasen.⁴⁸ Det skyldes, at entreprenøren ofte kun har kort tid til at granske udbudsmaterialet, inden der afgives tilbud, og entreprenøren må derfor som udgangspunkt kunne lægge de af bygherren i udbudsmaterialet fremsatte projektanvisninger til grund.⁴⁹

Til illustration kan nævnes TBB 2017.758, hvor entreprenøren blev tilkendt betaling for ekstraarbejde, som var nødvendiggjort af fejl i udbudsmaterialet.

Sagen omhandlede en større el-entreprise, som blev udbudt i forbindelse med udbygning af et sygehus. Det fremgik af udbudsmaterialet, at opgaven blandt andet bestod i »færdig projektering af beskyttelses udstyr med RCMS relæer«. Af specifikationerne fremgik det blandt andet, at der skulle anvendes »RCMS relæer som beskyttelse mod indirekte berøring«, og at der ved aflevering skulle »afleveres en overensstemmelseserklæring«. Efter at have vundet udbuddet påbegyndte entreprenør (E) arbejdet med færdigprojekteringen. Det viste sig, at der ikke kunne opnås en overensstemmelseserklæring med de produkter, som bygherren (BH) havde anført i

⁴⁴ § 4, stk. 2, 1. og 3. pkt.

⁴⁵ Kravene til udbudsmaterialet anses for at være en kodifikation af voldgiftspraksis og gælder også, hvor AB ikke er vedtaget, jf. T. Iversen i TBB 2003.480 (overskrift 3) med yderligere henvisninger til blandt andre Hørlyck: Entreprenørvederlaget, s. 34. Begge disse henvisninger/værker vedrører den tilsvarende bestemmelse i AB 92 § 2, stk. 2.

⁴⁶ Kommentaren til ABT 18 (22).

⁴⁷ T. Iversen: Entrepriseretten, s. 423 f.

⁴⁸ Jf. Hørlyck: Totalentreprise – ABT 18, s. 289. Vurderingen svarer nok i et vist omfang til den udførende entreprenørs pligt til at advare bygherren mod åbenbare og indlysende fejl i udbudsmaterialet, som behandles nedenfor i afsnit 3.2.3.

⁴⁹ Jf. Hørlyck: Totalentreprise – ABT 18, s. 289 med henvisning til Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89, s. 252-253.

udbudsmaterialet. E gjorde gentagne gange BH opmærksom på problemstillingen, men BH fastholdt, at den udbudte løsning var lovlig. Da det var magtpåliggende for BH, at entreprisen blev afleveret på det aftalte tidspunkt, opstillede E en alternativ (og lovlig) løsning i tillæg til den krævede løsning. I den efterfølgende voldgiftssag krævede E betaling for begge løsninger. BH bestred betalingspåstanden og gjorde gældende, at E i henhold til udbudsmaterialet var forpligtet til at forestå projekteringen. Voldgiftsretten lagde til grund, at det ikke var muligt for E at opfylde kontrakten efter sit indhold. Det var imidlertid voldgiftsrettens opfattelse, at E havde haft føje til at gå ud fra, at det projekterede anlæg lovligt kunne opføres, hvorfor E ikke forud for tilbudsafgivelsen var forpligtet til selv at foranstalte en omfattende og dyr undersøgelse af, om det overhovedet var muligt. Vedrørende udbudsmaterialets krav om »færdig projektering af beskyttelses udstyr med RCMS relæer« udtalte voldgiftsretten, at vilkåret i lyset af AB's krav om udbudsmaterialets entydighed og klarhed ikke kunne føre til et andet resultat.

Se desuden KFE 2009.245 (Totalentreprenør indrømmet tidsfristforlængelse, fordi forsinkelsen skyldtes kommunale krav om vinduer til en mindre støjbelastet side. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet ikke havde været klart på dette punkt, og at det måtte have stået klart for bygherre, at entreprenøren ikke havde undersøgt lovligheden af udbudsmaterialet) og KFE 2009.265 (Totalentreprenørs krav om merbetaling i anledning af uforudsete vanskeligheder med spunsning pga. store sten alene tilsidesat, fordi totalentreprenøren udtrykkeligt havde påtaget sig ansvaret herfor).⁵⁰

Som særligt de to første afgørelser illustrerer, er diskussionen om fejlbehæftet udbudsmateriale navnlig relevant, når udbudsmaterialet omfatter projektmæssige anvisninger. I de tilfælde kan entreprenøren som udgangspunkt gå ud fra, at bygherren har tænkt sig om. Hvis det efterfølgende viser sig, at der er behov for korrektion af projektet, må bygherren derfor betale for de nødvendige tilpasninger.⁵¹ I Hagström og Bruseruds generelle fremstilling om norsk entrepriseret formuleres det som et princip om, at entreprenøren, i tilfælde hvor bygherren har specificeret ydelsen, hæfter for »det gjenværende »beslutningsrommet« (det resterende beslutningsrum) og altså ikke fejl og mangler ved bygherrens egne krav.⁵² I tilbudsfasen slår klarhedsprincippet således igennem – også i totalentreprise.

Med projekteringspligten følger imidlertid et ansvar for at foretage de undersøgelser, der er nødvendige for at sikre, at projektet er funktionsdygtigt.⁵³ Hvis entreprenøren forsømmer sin undersøgelsespligt, og produktet som følge heraf er mangelfuldt, er entreprenøren ansvarlig, også selvom det skyldes forhold, som kan henføres til udbudsmaterialet. Klarhedsprincippet har derfor begrænset betydning for spørgsmålet om, hvorvidt entreprenøren kan holdes ansvarlig for, at det færdige produkt ikke er i overensstemmelse med aftalen. Et illustrativt eksempel er TBB 2013.754.⁵⁴

Sagen vedrørte en aftale om, at E skulle foretage opfyldning af en lergrav, så der blev etableret en sø af nærmere angiven størrelse og dybde. E løste opgaven ved at doze en større mængde materiale ned i lergraven uden i øvrigt at foretage undersøgelser af bundforholdene i søen. Efter nogle år opstod problemer med opskudte øer og blød bund i den nyetablerede sø. BH krævede fejlene udbedret af E, som nægtede hæftelsen. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet havde været mangelfuldt, men gav BH medhold i sin påstand. Voldgiftsretten udtalte i den forbindelse, at E, som havde påtaget sig opgaven i totalentreprise, havde »(...) en forpligtelse til at foretage de undersøgelser, der var nødvendige for at udføre den komplicerede opgave, og kunne ikke blot (...) påbegynde uddozningen af jord uden de undersøgelser, som opgaven gav anledning til. Det mangelfulde udbudsmateriale kan således ikke – heller ikke ud fra risikobetræktninger – føre til, at E var fritaget for det projektansvar, som fulgte med totalentreprisen«.

⁵⁰ Jf. også om sagen *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 290.

⁵¹ Jf. *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 290.

⁵² *Hagström og Bruserud*: Entrepriserett, s. 205.

⁵³ Jf. *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 292.

⁵⁴ Se også *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 290.

Hvis entreprenøren havde foretaget de nødvendige undersøgelser og opdaget, at opgaven blev væsentligt dyrere end forudsat, havde han nok været berettiget til merbetaling. Fordi han *ikke* foretog de nødvendige undersøgelser, blev han imidlertid ansvarlig for fejlen og måtte sikre udbedring. Afgørelsen viser dermed forskellen på undersøgelsespligten i tilbudsfasen og den efterfølgende projekteringsfase.⁵⁵

Entreprenørens undersøgelsespligt lempes ikke ved, at bygherren gøres bekendt med, at entreprenøren har lagt bestemte forhold til grund for sit tilbud.⁵⁶ I grænsefladen mellem entrepriser under samme byggeri er der imidlertid tilbøjelighed til at lempe entreprenørens undersøgelsespligt, således at bygherren i større grad bærer risikoen, jf. blandt andet TBB 2019.191 om mangler ved tagkonstruktionen til nogle olietanke.

Sagen omhandlede blandt andet spørgsmålet om, hvem af parterne der bar risikoen for, at overfladebehandlingen af tankene var en anden end forudsat af parterne. Udtalt af voldgiftsretten, at det ved vurderingen: *»bl.a. [må] indgå, at en bygherre som udgangspunkt bærer risikoen for, at der ikke er fejl og mangler ved tidligere udførte arbejder, som kan få indflydelse på den nye entreprise«*. TE havde foretaget en række forsøg med lim på tankene, som alle havde vist, at der skete brud på limen, inden der skete brud på den maledede overflade, hvorfor TE ikke havde haft anledning til skærpet opmærksomhed omkring det punkt. På den baggrund fandtes bygherren at måtte bære risikoen. Sagen omtales yderligere nedenfor i afsnit 4.2. om garantier. Se også TBB 2008.211, hvor E blev frifundet for ansvar for mangler ved nogle af ham leverede kviste. Det var uklart, hvem der havde ansvaret for inddækningen, hvilket ifølge voldgiftsretten måtte komme bygherre til skade.

Som påpeget af Hørlyck, er det netop undersøgelsespligten, der adskiller totalentreprise fra traditionel entreprise.⁵⁷ Den udførende entreprenør kan tillade sig at gå ud fra, at projektet opfylder bygherrens behov, mens totalentreprenøren har en pligt til at sætte sig ind i, hvilke behov bygherren har og til at sikre, at disse behov indfries.⁵⁸ Det betyder også, at totalentreprenøren i ret vidt omfang er ansvarlig for, at byggeriet i sidste ende opnår det tiltænkte formål. TBB 2013.654 er et illustrativt eksempel herpå:

Sagen vedrørte projektering og opførelse af et større byggeri udbudt af en kommune (BH). Byggeriet omfattede blandt andet en multihal, som skulle bygges ind i terræn. BH havde i udbudsmaterialet beskrevet placeringen af hallen i terræn, og parterne havde under et byggemøde diskuteret hensigtsmæssigheden af placeringen, men i sidste ende besluttet at følge planen i udbuddet. Efter opførelsen blev det klart, at afløbs- og drænsystemet fra multihallen var utilstrækkeligt, så der ved kraftige regnskyl trængte vand ind i hallen. Voldgiftsretten fandt TE ansvarlig for det utilstrækkelige dræningsanlæg og udtalte i den forbindelse, at TE ved ikke at gøre BH opmærksom på de forskellige risici ved hallens placering havde tilsidesat sin forpligtelse til at få »totalentreprisen til at fungere som helhed«.

Netop pligten til at få byggeriet til at »fungere som helhed« er kendetegnende for totalentreprise, og i det krav ligger også en forpligtelse til at sikre, at byggeriets særlige formål indfries.⁵⁹

⁵⁵ Se også TBB 2015.534 (E havde tilsidesat sin dimensioneringspligt og var derfor delvist ansvarlig for underdimensioneret ventilationssystem, som var udført i overensstemmelse med bygherrens projekt) og KFE 1998.7 (TE, som hævdede at have baseret sig på oplysninger afgivet af bygherre, fandtes ansvarlig for fejldimensionering af slambehandlingsanlæg. TE havde anvendt en tysk beregningsmetode uden skyldig hensyntagen til danske tal og erfaringer).

⁵⁶ Anderledes forholder det sig naturligvis, hvis entreprenøren har taget *udtrykkeligt* forbehold for, at undersøgelsespligten begrænses til konkrete forhold, jf. også ABT 18 § 5, stk. 1.

⁵⁷ Hørlyck: Totalentreprise – ABT 18, s. 292.

⁵⁸ Jf. Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89, s. 203-204 og J. Hansen: Teknikeraftalen, s. 48.

⁵⁹ Se også TBB 2011.413/2 om en forbrugerentreprise, hvor totalentreprenøren burde have opdaget at den af bygherre udpegede konstruktion ville have nogle u hensigtsmæssige følger for resten af byggeriet, herunder kuldenedslag og konvektion).

Om totalentreprenørens ydelse kan det herefter sammenfattende anføres, at projekteringspligten indebærer en pligt til at sikre, at byggeriet har de i udbudsmaterialet forudsatte egenskaber. Omvendt hæfter totalentreprenøren ikke for egenskaber, som falder uden for udbudsmaterialets forudsætninger. I det omfang bygherren specificerer ydelsen, hæfter han som udgangspunkt selv for, at de angivne projektanvisninger muliggør opfyldelsen af det tiltænkte formål. Bygherrens risiko for udbudsmangler har imidlertid alene betydning for spørgsmålet om, hvorvidt totalentreprenøren har krav på merbetaling eller tidsfristforlængelse. Det kommer til udtryk i det forhold, at totalentreprenøren ifalder et ansvar, hvis han i forbindelse med projekteringen ikke foretager de nødvendige undersøgelser og opdager eventuelle u hensigtsmæssigheder.

3.2.3 Entreprenørens indsigelsespligt

Over for den projekterende entreprenørs undersøgelsespligt står den udførende entreprenørs indsigelsespligt. Som tidligere anført kan den udførende entreprenør i meget vidt omfang gå ud fra, at det af bygherre udbudte projekt opfylder bygherrens behov og derfor blot udføre opgaven i overensstemmelse med aftale og anvisninger. Den udførende entreprenør har ikke – som tilfældet er med totalentreprenøren – en pligt til at foretage undersøgelser af projektets egnethed og skal altså ikke – med Torsten Iversens ord – agere »bagstopper« for projektfejl.⁶⁰

Entreprenøren har imidlertid en vis pligt til at gøre indsigelse over for åbenlyse projektfejl og -mangler og kan i den forbindelse indirekte blive pålagt et ansvar for manglende opfyldelse af byggeriets formål.⁶¹

Indsigelsespligten udledes traditionelt af den almindelige samarbejds- og loyalitetspligt, men finder også støtte i AB 18 §§ 22, stk. 2, og 26, som indebærer, at entreprenøren skal indhente en afgørelse fra bygherren, »hvis aftalen ikke yder tilstrækkelig vejledning til at udføre arbejdet« og give meddelelse til bygherren, »hvis arbejdet ikke kan udføres i overensstemmelse med den indgåede aftale«.⁶²

Selvom der på sin vis er tale om en rådgivningsydelse, indebærer indsigelsespligten ikke, at entreprenøren skal fremkomme med et alternativt forslag.⁶³ Hvis bygherren fastholder, at anvisningen eller aftalen skal udføres (eller ingenting siger), bærer bygherren selv risikoen for egnetheden af designet.⁶⁴ Det kom blandt andet til udtryk i den tidligere omtalte TBB 2017.758, hvor bygherrens krav om RCMS-anlæg ikke lovligt kunne udføres. Entreprenøren gjorde bygherre bekendt hermed et antal gange og fik i sidste ende betaling for de ekstraarbejder, der var forbundet med at opføre anlægget i overensstemmelse med anvisningen.

Målestokken for, hvad entreprenøren *burde* opdage og advare bygherre om, er i praksis sat lavt.⁶⁵ Hvor anvendelsen af det af bygherre foreskrevne materiale eller metode må anses for forsvarligt efter

⁶⁰ T. Iversen i TBB 2013.351 (352).

⁶¹ Jf. Vestergaard Buch: Entrepriseretlige mangler, s. 112; T. Iversen: Entrepriseretten, s. 401 ff.; Skovsgaard: Entreprenørens ekstraarbejder, s. 43 f. og O. Hansen: Entrepriseretlige mellemformer, s. 120.

⁶² I hvilket omfang loyalitetspligten i sig selv udgør et hjemmelsgrundlag kan diskuteres, jf. således T. Iversen i TBB 2008.103, afsnit 8 smh. O. Hansen: Det repriseretlige hjemmelsproblem, s. 175 ff. At pligten til at advare om åbenlyse fejl og mangler kan udledes af loyalitetspligten, står imidlertid uimodsagt i teorien.

⁶³ Jf. T. Iversen i TBB 2013.351 (353).

⁶⁴ Jf. Betænkning 1570/2018 s. 119 f.

⁶⁵ Hørlyck: Entreprise – AB 18, s. 189.

»byggetidens viden«, kan entreprenøren i hvert fald ikke forventes at skulle advare bygherren. I KFE 2000.161, som omhandlede en tvist om, hvorvidt entreprenøren burde have opdaget, at der var byttet rundt på verdenshjørnerne på en konstruktionstegning, udtalte voldgiftsretten, at *»entreprenøren kun er ansvarlig i det omfang, projektfejlen er så åbenbar og indlysende, at entreprenøren burde have set den og gjort indsigelser«* (min fremhævninng). Det er på den baggrund tvivlsomt, om simpel uagtsomhed er tilstrækkelig til at statuere ansvar, men en klar, professionel fejl, som entreprenøren »måtte indse«, skal flages.⁶⁶

I TBB 2016.838 frifandt voldgiftsretten to underentreprenører for mangelfuld, fordi manglen skyldtes en fejl i en kompleks projekteringsdetalje, som ikke var så »åbenlys«, at det kunne lastes dem. I TBB 2011.547 fandt voldgiftsretten, at E, som havde opsat en dampspærre helt i overensstemmelse med bygherrens tegninger, var ansvarlig for manglen, fordi der var tale om *»en så klar fejl, at [E] som udførende entreprenør burde have påtalt forholdet over for bygherren«*, og i TBB 2009.677 fandt voldgiftsretten ikke, at entreprenøren havde haft anledning til at gøre opmærksom på fejlprojekteringen af en tagflade.

Alle tre afgørelser synes at være på linje med den generelle udtalelse i KFE 2000.161, som opstillede en regel om, at fejlen skal være »åbenbar og indlysende«. En nyere afgørelse, TBB 2019.700, om mangelfuld ventilering af en krybekælder, følger trop med tilsvarende terminologi, idet voldgiftsretten – imod skønsmandens vurdering – udtalte, at *»(...) voldgiftsretten er ikke enig i, at E burde have gjort opmærksom på behovet for yderligere udluftning. Behovet for etablering af yderligere udluftning var således ikke så åbenlyst, at E burde have indset det«* (min fremhævninng).

TBB 2021.182 omhandler en situation, hvor en så indlysende fejl forelå.

Sagen vedrørte et belægningsarbejde udført af en entreprenør (E) på bygherrens (BH's) ejendom. Opgaven bestod blandt andet i at påføre et nyt asfaltslidlag oven på det gamle. E tog i såvel tilbud som ordrebekræftelse forbehold mod sætninger og revner, som kunne henføres til det underliggende lag. Kort efter udførelsen opstod imidlertid revner i det nyanlagte asfaltslidlag, hvilket BH reklamerede over. E nægtede at bære noget ansvar for revnerne. BH endte med at få udbedret manglerne af en anden entreprenør, for derefter at rette krav mod E om betaling af udbedringsomkostningerne. Om E's ansvar, udtalte voldgiftsretten: *»Voldgiftsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at E var bekendt med, at BH's formål med at få udlagt et nyt asfaltslidlag var at opnå en pæn, sammenhængende overflade uden revner. Uanset at E ikke var antaget som rådgiver for BH, burde E som professionel asfaltentreprenør tydeligt i tilbud og ordrebekræftelsen have advaret BH om, at den løsning, som BH havde bestilt – lægning af et nyt slidlag oven på en gammel, revnet belægning – ikke ville kunne lade sig gøre, uden at der efter ganske kort tid ville opstå nye revner«*. Voldgiftsretten tilkendte herefter BH et skønsmæssigt fastsat beløb.

Afgørelsen er illustrativ på flere måder. For det første er den udtryk for, at et generelt forbehold ikke i sig selv kan friholde entreprenøren for ansvar, hvis denne burde have advaret mod uhensigtsmæssigheder. Det er almindeligt antaget, at en kontraktspart ikke kan fraskrive sig ansvaret for ved grov uagtsomhed at tilsidesætte sine kontraktuelle pligter.⁶⁷ Fordi indsigelsespligten begrænser sig til det »åbenbare og indlysende«, kan der med rette argumenteres for, at indsigelsespligten først aktiveres i tilfælde af grov uagtsomhed. Desuden er dommen udtryk for, at entreprenørens særlige viden har betydning for vurderingen af, om han burde have opdaget fejlen, jf. fremhævelsen af E's egenskab af »professionel asfaltentreprenør«.

⁶⁶ Jf. T. Iversen i U 2013B.351 (355 lige under petit-afsnittet).

⁶⁷ Lyng Andersen og P. B. Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 356; P. B. Madsen i U 2018B.131 (afsnit 5.1.).

Omvendt vil *bygherrens* særlige viden om et forhold lempe entreprenørens pligt til at gøre indsigelse, jf. tidligere omtalte U 1985.320 H om tilvirkning af en maskine til produktion af bloksten. Voldgiftsretten lagde ved afgørelsen af sælgers hæftelse for købers særlig formål vægt på, at sælger »måtte gå ud fra [at K] havde kendskab til blokstensproduktion også af den her omhandlede specielle type«. Af forklaringerne for retten fremgår det blandt andet, at køber havde givet udtryk for, at han tidligere havde fået produceret sten af den nævnte type, hvilket må være lagt til grund af retten. Desuden kan nævnes TBB 2007.772 (KFE 2008.152), hvor voldgiftsretten fandt, at en entreprenør burde have opdaget, at nogle tagspær skulle være sikret bedre, men nedsatte ansvaret med 1/3 fordi totalentreprenøren, som havde udarbejdet projektet, var et »specialiseret byggefirma med mange års erfaring«.

Det er anført i litteraturen, at det strenge krav, der stilles til klarheden af *bygherrens* udbud, jf. foregående afsnit, medfører, at de krav, der kan stilles til entreprenørens pligt til at gøre indsigelse over for projektmangler, er tilsvarende lempelige.⁶⁸ Retsstillingen synes også at være den, at entreprenørens indsigelsespligt fortsat alene indebærer en pligt til at advare *bygherren* om »åbenbare og indlysende fejl«. Hvornår en fejl er åbenbar og indlysende, må afgøres på baggrund af de konkrete omstændigheder – herunder forholdet mellem entreprenørens hhv. *bygherrens* særlige viden.⁶⁹

3.3. Bedømmelsesnormen

Som det fremgår af de foregående afsnit, skal den projekterende entreprenør som alle andre realdebitorer levere en ydelse, der opfylder aftalen, jf. således ABT 18 § 45, stk. 1 og 2. Hvis *bygherren* har bestilt linoleumsgulve, og entreprenøren lægger fliser, vil der i almindelighed være tale om en mangel, som entreprenøren hæfter for, uanset om der er noget at bebrejde entreprenøren eller ej.⁷⁰

Totalentreprise udbydes imidlertid oftest på funktionskrav eller meget sparsomt projektmateriale. Når det i disse tilfælde skal vurderes, om entreprenøren bærer ansvaret for, at det færdige byggeri ikke opfylder *bygherrens* særlige formål, er den relevante vurdering, om arbejdet er udført »fagmæssigt korrekt«.⁷¹ Den vurdering sker efter en professionsculpamålestok.⁷²

Der er i litteraturen enighed om, at projektmangler skal vurderes efter samme retlige standard som udførelsesmangler og dermed ikke som rådgiverens ansvar for projektering.⁷³ Som anført af Hørlyck har det imidlertid næppe nogen praktisk betydning. I begge tilfælde er vurderingen, om der er handlet i overensstemmelse med branchemæssige normer – det vil sige ud fra en professionsculpamålestok.⁷⁴

⁶⁸ Jf. O. Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 122 f.

⁶⁹ Af andre forhold, som eventuelt kan påvirke entreprenørens forpligtelse i skærpet retning, kan nævnes entreprenørens deltagelse i projektgennemgang. Se herom O. Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 123 og T. Iversen i U 2013B.351 (afsnit 8). Desuden kan henvises til N. Korsgaard i TBB 2018.358, som behandler AB 18 § 19 om projektgennemgang som en automatisk del af entreprenørens ydelse.

⁷⁰ Se også U 1925.371 H, hvor BH havde bestilt håndbankede mursten til facaderne. E brugte maskinbankede mursten, fordi de håndbankede ikke var til at skaffe. Selvom der ikke kunne påvises nævneværdige forskelle i kvaliteten, var det leverede mangelfuldt.

⁷¹ Jf. T. Iversen: *Entrepriseretten*, s. 853 og Hørlyck: *Totalentreprise – ABT 18*, s. 147.

⁷² Jf. O. Hansen i TBB 2005.95 (under overskriften »Entreprenørens ansvar for mangler«); Hørlyck: *Totalentreprise – ABT 18*, s. 286.

⁷³ Se herom Hørlyck: *Totalentreprise – ABT 18*, s. 286 med yderligere henvisninger.

⁷⁴ Jf. Hørlyck: *Totalentreprise – ABT 18*, s. 286 med henvisning til Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: *ABR 89* s. 245-46.

Hvorvidt entreprenøren i det enkelte tilfælde har handlet ansvarspådragende, beror på en konkret vurdering, og grænserne for ansvaret søges ikke afdækket her. Det kan imidlertid med relativt stor sikkerhed anføres, at entreprenøren er ansvarsfri, i det omfang han har projekteret på en måde, som blev anset for forsvarlig inden for branchen på daværende tidspunkt. Det kan også formuleres sådan, at entreprenørens hæftelse er begrænset af grundsætningen om byggetidens viden, jf. straks nedenfor.⁷⁵

3.4. Udviklingskader – »byggetidens viden«

Det følger af grundsætningen om byggetidens viden, at entreprenøren ikke bærer risikoen for, at et materiale eller en metode viser sig at være generelt uegnet til formålet, hvis materialet eller metoden ifølge byggetidens viden på udførelsestidspunktet blev anset for at være både forsvarligt og fornuftigt at anvende.⁷⁶

I betænkningen til AB 92 formuleres reglen således: *»En særlig form for svigt er de såkaldte udviklingssvigt. Herved forstås svigt i en aftalt ydelse – først og fremmest i konstruktioner og bygningsdele – som måtte opstå, uagtet at arbejdet er udført fagmæssigt forsvarligt, idet det er udført i overensstemmelse med god byggeskik på udførelsestidspunktet. – Udviklingssvigt kan ligeledes forekomme vedrørende materialer og som en kombination af udførelsesmåde og materialevalg. Udviklingssvigt er således normalt ikke mangler i AB's forstand, og de vil derfor som regel være omfattet af bygherrerisikoen.«*⁷⁷

Citatet er kritiseret af Hørlyck, som anfører, at det åbenlyst er møntet på ren udførelsesentreprise.⁷⁸ Mens det er klart, at princippet gælder, hvor bygherre har udvalgt materialet – det følger allerede af det faktum, at entreprenørens projekteringsansvar er et culpaansvar – er det ifølge Hørlyck mindre oplagt, hvor bygherren ingen indflydelse har haft på konstruktionen eller materialet. Hørlyck anfører til støtte herfor, at: *»En bygherre kan lade være med at vælge et fladt tagpaptag eller et fugtfølsomt isoleringsmateriale, hvis han får valgmuligheden, men hvis bygherren slet ikke har haft valget, må dette valg være truffet af en anden – nemlig rådgiveren eller entreprenøren – som i så fald er den part, der set i bagklogskabens lys burde være klogere.«*⁷⁹

Det fremstår ikke ganske klart, hvad der menes med kritikken. Selvom argumentet har meget for sig – der kan stilles spørgsmålstegn ved, hvorfor en entreprenørens ansvar for udviklingskader adskiller sig så væsentligt fra sælgerens, som ikke fritages for hæftelse i tilfælde af udviklingssvigt – er der næppe nogen tvivl om, at entreprenørens hæftelse er begrænset af byggetidens viden.

Det er derfor mest nærliggende at læse Hørlycks bemærkning som en kritik af teoriens anvendelse af »byggetidens viden« og »udviklingsrisikoen« som to sider af samme sag. Hørlyck synes at være fortalende for en opdeling af begreberne. Han anerkender formentlig, at bygherren bærer risikoen for »byggetidens viden«, og argumentet er derfor, at *udviklingsrisikoen* – risikoen for at ikke-gennemprøvede metoder og

⁷⁵ Hørlyck: Entrepriseret – AB 18, s. 194 samt T. Iversen: Entrepriseretten, s. 425.

⁷⁶ Jf. om materialers egnethed ABT 18 § 47, stk. 3, samt kommentaren til ABT 18 (270). Reglen gælder for alle dele af entreprenørens ydelse – hvis entreprenøren har projekteret eller udført arbejdet i overensstemmelse med byggetidens viden, vil han således heller ikke hæfte for mangler som skyldes, at metoden senere viser sig uegnet, jf. ovenfor i afsnit 3.3. Se også Vestergaard Buch: Entrepriseretlige mangler, s. 143-149 og T. Iversen: Entrepriseretten, s. 585 ff. og s 853 ff.

⁷⁷ Betænkning 1246/1993 s. 123.

⁷⁸ Hørlyck; Totalentreprise – ABT 18, s. 295.

⁷⁹ Hørlyck: Totalentreprise – ABT 18, s. 298.

materialer – alene er bygherrens, i det omfang han faktisk har truffet afgørelse om anvendelsen.⁸⁰ Det er en oplagt sandhed, som der redegøres for i afsnit 3.4.1.

At der næppe er grundlag for at diskutere, hvorvidt »byggetidens viden« er en bygherre risiko følger også af den noget sparsomme praksis på området, jf. således blandt andre TBB 2008.1861 H og TBB 2004.183.

U 2008.1861 H vedrørte tæringsskader i nogle lukkede spærprofiler på et drivhus, som fandtes at skyldes kemikalierester, der blev efterladt i spærprofilerne efter galvanisering. Galvaniseringen var udført efter den såkaldte »dobbelt dyb«-metode, og det blev under sagen gjort gældende, at metoden ikke var forsvarlig. Højesteret lagde til grund, at udførelsen var i overensstemmelse med almindelig praksis i galvaniseringsbranchen, og at der derfor ikke var grundlag for at fastslå, at arbejdet var fagligt uforsvarligt efter forholdene på udførelsestidspunktet.

I TBB 2004.183 (KFE 2005.34) havde en entreprenør påtaget sig at etablere et køleanlæg til bortkøling af overskudsvarme fra et kraftvarmeværk. Udbudsmaterialet opstillede et funktionskrav om nedkøling til 14 MW. Efter udførelsen viste det sig, at den påkrævede køleeffekt ikke kunne opnås. Det blev lagt til grund, at hvis der ikke havde været tale om særlige bygningsmæssige forhold (en høj kedelbygning kastede varm køleluft tilbage i anlægget.), ville anlægget kunne bortkøle de krævede 14 MW. Voldgiftsretten udtalte, at det fulgte af udbuddets karakter, at entreprenøren havde påtaget sig ansvaret (risikoen) for projekteringen, således at anlægget kunne opfylde de stillede effektkrav. Med den dagældende viden (byggetidens) fandtes det imidlertid ikke at være en ansvarspådragende projektfejl, at entreprenøren ikke havde foretaget vindforsøg, da det ikke på projekteringstidspunktet var sædvanlig praksis.

Se desuden TBB 2011.502 og TBB 2007.634 (Begge om mangelfuld montering af hygrodioder og afvisning af argumenter om udviklingsskade), TBB 2018.781 (Tagentreprenør frifundet for mangler ved ståltag, der var monteret i overensstemmelse med byggetidens viden) samt om rådgiveransvaret blandt andet TBB 2020.533 (Rådgiver delvist frifundet for mangler, idet en af skadesårsagerne var, at der, i overensstemmelse med den daværende praksis, ikke var anvendt sokkelprofilvæv på sokkelprofilen) og TBB 2018.826 (Rådgiver fandtes ikke ansvarlig for problemer med skimmel i fugerne på en svømmehal. Det blev lagt til grund af voldgiftsretten, at anvendelsen af elastiske fuger i svømmebade var konventionel på daværende tidspunkt).

Reglen må således være den, at entreprenøren kun hæfter for materialers og metoders egnethed, i det omfang det ikke på anvendelsestidspunktet blev anset for forsvarligt og fornuftigt at anvende dem.

Hagström og Bruserud anfører om princippet, som gælder tilsvarende i norsk ret: *»Dersom entreprenørens arbeid med prosjektet må sies å ha vært forsvarlig etter kunnskapen den gang, har han ikke risikoen for at senere erfaring tilsier at løsningene likevel ikke var tilfredsstillende. Det er altså i realiteten spørsmål om risikoen for at den tekniske utviklingen på et gitt tidspunkt i etterkant viser seg å være mangelfull«.*⁸¹ Den risiko har både dansk og norsk ret fundet det rettest at placere hos bygherren.

Anderledes forholder det sig måske i svensk ret, som i hvert fald på forbrugerområdet har vist sig mindre entreprenørvenerlig. I et bidrag til Joseph Lookofsky's festskrift gennemgår Torgny Håstad den såkaldte »Myresjöhus-sag« og stiller i den sammenhæng spørgsmål ved det retfærdige i at lade bygherren stå tilbage med risikoen, når totalentreprenørens valg af metode efterlader byggeriet uanvendeligt.⁸²

⁸⁰ Se om nævnte sontring *Hørlyck* i TBB 2017.647 (under overskriften »Byggetidens viden« og udviklingsskader).

⁸¹ *Hagström og Bruserud: Entrepriserett*, s. 203, se også *Giverholt, m.fl.*: NS 8407, s. 689 f.

⁸² *Håstad* i *A Tribute to Joseph Lookofsky* s. 203 ff.

Sagen omhandlede udviklingsfejl på 60 mindre huse, som TE havde opført i totalentreprise for forskellige forbrugere i perioden 1999-2003. Husenes vægkonstruktion bestod af såkaldt »enstegstatede« (direkte oversat »etlagstættede«) facader, som var almindelige at anvende i Sverige fra 1990'erne frem til ca. 2007. I 2007 fremkom eksperter imidlertid med en rapport, som beskrev problemer med fugtoptagelse i »enstegstatede« huse. Rapporten kaldte metoden en »högriskkonstruktion« og fastslog, at den burde udfases. Da der senere i 2011 blev konstateret problemer med byggeriet svarende til de i rapporten beskrevne, rettede forbrugerne krav mod TE og påstod, at TE var forpligtet til at udskifte facaderne eller til at afholde udgiften til udskiftning. Det var vedtaget, at ABS 95⁸³ skulle gælde for entreprisen. Af ABS 95 fremgår det blandt andet, at entreprenøren skal udføre sit arbejde »fackmässigt« (kap. 2, § 1), og at der foreligger »fel« ved det leverede, hvis »entreprenörens arbete avviker från vad som har avtalats« (kap 2, § 6).

Hovrätten slog indledningsvist fast, at husene var behæftet med fejl. Spørgsmålet var herefter, om entreprenøren hæftede for de konstaterede fejl. Det blev lagt til grund af retten, at problemerne med konstruktionen ikke var kendt i branchen, da husene blev bygget, og at TE heller ikke burde have indset, at konstruktionen var forbundet med særlige risici. Retten henviste herefter til en ændring af den svenske forbrugerlov (kosumenttjänstlagen), som indebar, at denne ville blive præceptiv for forbrugerentreprise. Af forarbejderne til loven fremgik det, at erhvervsdrivende ikke burde holdes ansvarlige for fejl, når arbejdet udføres på en måde, som anses for fagmæssigt korrekt på tidspunktet for arbejdets udførelse.⁸⁴ I tilslutning hertil anførte retten, at kravet om »aktsamhet« ikke bør sættes så højt, at det i praksis bliver til et objektivi ansvar for den erhvervsdrivende. Hovrätten frifandt derfor entreprenøren.

Sagen blev af forbrugerne indbragt for den svenske Högsta domstolen, som ved fortolkning af de påberåbte regler i ABS 95 nåede til det modsatte resultat. Högsta domstolen fandt, at det ligger i forpligtelsen til at levere i overensstemmelse med aftalen, at bygherren har krav på den standard, som han har føje til at forudsætte. Högsta domstolen fastslog herefter, at bygherre, i tilfælde hvor entreprenøren har forestået projekteringen, med føje kan gå ud fra, at konstruktionen er egnet til det tiltænkte formål (*»när det som här rör sig om en totalentreprenad och alltså entreprenören svarer för projekteringen har entreprenören ett sådant funktionsansvar«*). Det indebar ifølge Högsta domstolen, at en entreprenør kan have et »fellansvar«, selv hvor han har udført arbejdet »fackmässigt«. Högsta domstolen vurderede, at de konstaterede fejl indebar, at byggeriet ikke var egnet til sit formål, og at det af den grund var uden betydning, om der var handlet »fackmässigt« eller ej.

Afgørelsen er helt på linje med den almindelige obligationsret for så vidt, at culpa ikke er en forudsætning for mangelshæftelse. Det var for Högsta domstolen alene et spørgsmål om, hvad der skal til for at anse aftalen for opfyldt efter sit indhold. Såfremt den leverede ydelse afviger fra det aftalte, hæfter entreprenøren. Rækkevidden af afgørelsen kan dog diskuteres. Det var en forbrugerentreprise, hvilket kan have haft betydning for udfaldet. Som anført af Högsta domstolen *»det rör sig här om en riskfördelning, som följer av vad parterna avtalat och övriga omständigheter, en riskfördelning som är särskilt motiverad på konsumentområdet«* (min fremhævnings).⁸⁵ Argumentet er generelt, men henvisningen til forbrugerområdet kan forstås derhen, at resultatet muligvis ville være anderledes uden for

⁸³ Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader 1995.

⁸⁴ Håsted i A Tribute to Joseph Lookofsky, s. 206.

⁸⁵ Citatet stammer fra Torgny Håstedes gennemgang af sagen i A Tribute to Joseph Lookofsky, s. 212.

forbrugerforhold. Afgørelsen opstiller imidlertid med meget stor klarhed den situation, hvor der kan argumenteres *imod* rimeligheden af at fritage entreprenøren for hæftelse; hvis entreprenøren har truffet alle relevante valg, og bygherre ingen indflydelse har haft på materialevalg eller konstruktion, kan det være svært at forsvare, at bygherre skal stå med »smerten«, når de foretagne valg viser sig uegnede.⁸⁶

Som tidligere anført er det imidlertid utvivlsomt tilfældet i dansk ret. Grundsætningen om »byggetidens viden« udgør som formuleret af Torsten Iversen »en temmelig vidtgående undtagelse til mangelshæftelsen«.⁸⁷ Som det vil fremgå af de følgende afsnit, finder reglen imidlertid kun anvendelse på gennemprøvede metoder og materialer. Der vil relativt sjældent opstå en situation, hvor »uegnethed« først viser sig efter et materiale eller en metode er gennemprøvet, jf. også det begrænsede antal sager, som vedrører spørgsmålet. Anvendelsesområdet for byggetidens viden er derfor ud fra en praktisk synsvinkel begrænset.⁸⁸

3.4.1. Særligt om nye og uprøvede metoder og materialer

Som pendant til udviklingsrisikoen står risikoen for anvendelse af nye og uprøvede metoder og materialer. En forudsætning for, at entreprenøren kan se sig fri for hæftelse i tilfælde, hvor en anvendt metode viser sig uegnet, er, at metoden efter »byggetidens viden« blev anset for forsvarlig på udførelsestidspunktet. Nye og uprøvede metoder og materialer er i sagens natur ikke forsvarlige at anvende. »Byggetidens viden« giver derfor ikke entreprenøren carte blanche til at anvende nye og uprøvede metoder på bygherrens regning.⁸⁹ Hvor en ny og uprøvet metode eller materiale bringes i anvendelse, har entreprenøren pligt til at varsko bygherre og klarlægge alle risici forbundet hermed. Forsømmes denne pligt, bærer entreprenøren risikoen for metoden eller materialets egnethed, jf. også forudsætningsvist AB 18/ABT 18 § 12, stk. 3.

Det giver anledning til to spørgsmål: For det første hvad entreprenøren skal gøre for at opfylde sin »advarselspligt«; og for det andet hvornår et materiale er så gennemprøvet, at entreprenøren ansvarsfrit kan anvende det.

Illustrerende er i den forbindelse de såkaldte MgO-sager,⁹⁰ som til dels besvarer begge spørgsmål.

I den første sag TBB 2017.779 frifandt voldgiftsretten entreprenøren for mangelshæftelse, fordi valget af pladerne reelt fandtes at være foretaget af bygherrens rådgiver. Entreprenøren havde bragt pladerne i forslag, men i samme ombæring havde han gjort opmærksom på, at han intet kendskab havde til pladerne. Han havde desuden overleveret alle de oplysninger om pladerne, som han var i besiddelse af, hvilket var tilstrækkeligt til at opfylde »advarselspligten«.⁹¹

Året efter kom TBB 2018.907, hvor entreprenøren blev fundet ansvarlig for mangler ved MgO-pladerne. Pladerne var bragt i forslag af HE. Voldgiftsretten indledte afgørelsen med at konstatere, at pladerne var almindelige at anvende på anvendelsestidspunktet. Det var imidlertid voldgiftsrettens

⁸⁶ Jf. også *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 298.

⁸⁷ T. Iversen: *Entrepriseretten*, s. 588.

⁸⁸ Jf. også *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 297.

⁸⁹ T. Iversen: *Entrepriseretten*, s. 701-704.

⁹⁰ Om anvendelsen af MgO-vindspærreplader, der efter en periode viste sig uegnet til anvendelse under danske klimaforhold.

⁹¹ Se i øvrigt udførligt om kendelsen *Hørlyck* i TBB 2017.647

vurdering, at det er en forudsætning for, at byggetidens viden kan virke ansvarsfritagende, med den virkning at bygherren bærer et objektivi ansvar, at der »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«. Voldgiftsretten fandt ikke, at det var tilfældet på anvendelsestidspunktet. Da der ikke i øvrigt var påvist subjektive forhold, som berettigede, at HE fandt anvendelsen forsvarlig og fornuftig, kunne byggetidens viden ikke fritage ham for ansvar. Voldgiftsretten fandt det desuden ikke godtgjort, at entreprenøren havde oplyst, at der var tale om et nyt materiale, hvorfor der ikke var grundlag for at anse rådgiverens godkendelse af materialet for at være en projektændring – som tilfældet var i TBB 2017.779. De efterfølgende sager fulgte i store træk de linjer, som var oplyst i de netop refererede afgørelser.⁹²

Sammenfattende kan det herefter konkluderes, at byggetidens viden er ansvarsfritagende for entreprenøren, når et materiale – eller en metode – er almindelig at anvende, og der er indhøstet tilstrækkelig erfaring med den pågældende metode eller materiale. Forud for det tidspunkt, hvor anvendelsen anses for forsvarlig og fornuftig, hæfter entreprenøren selv for materialets eller metodens egnethed, medmindre bygherren er informeret om, at der er tale om et nyt og uprøvet materiale og er blevet gjort bekendt med de risici, der er forbundet med anvendelsen. Hvis bygherren på det grundlag har truffet beslutningen om anvendelse, anses valget for taget af bygherren, som derfor bærer risikoen for udviklingsvigt.⁹³

Særligt det sidste led – om at bygherren skal træffe beslutning om anvendelsen af et nyt og uprøvet produkt på et informeret grundlag – anvendes indimellem som argument for, at der gælder en særlig skærpet oplysningspligt ved parcelhusbyggerier.⁹⁴

3.5. Sammenfatning

Herefter kan det sammenfattende anføres, at entreprenøren alene hæfter for manglende opfyldelse af bygherrens særlige formål, hvis den manglende opfyldelse skyldes et forhold, som entreprenøren er ansvarlig for.

Totalentreprenøren er ansvarlig for manglende opfyldelse af bygherrens formål, hvis manglende opfyldelse skyldes fejl ved projekteringen, valget af materiale eller udførelsesmetode. For alle deles vedkommende begrænser hæftelsen sig til fejl, som skyldes culpøs adfærd, og totalentreprenøren er ikke ansvarlig, hvis de foretagne valg var forsvarlige og fornuftige efter byggetidens viden.

For så vidt angår den udførende entreprenør, kan denne i øvrigt indirekte ifalde ansvar for manglende formålsegnet, hvis pligten til at gøre indsigelse over for åbenbare og indlysende fejl i bygherrens specifikationer forsømmes.

⁹² Jf. også *Hørlyck* i TBB 2017.647 (under overskriften »Ansvaret for MgO-vindspærrepladerne«). I TBB 2019.369, TBB 2019.677 og TBB 2020.524 blev entreprenøren frifundet, mens voldgiftsretten i TBB 2019.791 pålagde entreprenøren hæftelse.

⁹³ Se også TBB 2020.799 (Totalentreprenør ansvarlig for anvendelse af nyt og uprøvet materiale – ej tilstrækkelig oplysning af bygherre) og TBB 2017.915 (Totalentreprenør ansvarlig for utilstrækkelig undersøgelse af nyt produkt).

⁹⁴ *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 300.

Bygherre bærer således risikoen for udviklingssvigt og egne specifikationer, og entreprenørens hæftelse er begrænset til mangler der skyldes entreprenørens ansvarspådragende adfærd. Med den definition af risiko, som er givet i afsnit 1.3. i nærværende afhandling, har de nævnte forhold den konsekvens, at det må anses for udgangspunktet i dansk ret, at entreprenøren *ikke* bærer risikoen for formålsegnethed, idet han ikke hæfter for manglende opfyldelse af bygherrens formål, hvis der ikke er noget at bebrejde ham.

DEL 4: Fit for purpose i dansk ret

Som det fremgår af de foregående afsnit, afviger entreprenørens hæftelse efter baggrundsretten markant fra den absolutte forpligtelse, som en fit for purpose-klausul indebærer i engelsk ret. Der er ingen tvivl om, at fit for purpose-klausuler har til formål at rykke ved den risikobalance, der følger af netop baggrundsretten, hvorfor det relevante spørgsmål er, om klausulen konkret er egnet til det formål. I engelsk ret tillægges klausulen garantivirkning, og det er derfor nærliggende at tage afsæt i en vurdering af, om klausulen også i dansk ret må behandles som en garanti.

I afsnit 4.1. undersøges det, hvilke retsvirkninger klausulen vil blive tillagt, hvis det antages, at den har karakter af et garantitilsagn. I afsnit 4.2. undersøges det om klausulen – med de retsvirkninger – kan tillægges garantivirkning i dansk ret.

4.1. Hvad omfatter et garantitilsagn?

En garanti udgør et selvstændigt ansvarsgrundlag, som ikke grunder sig i udvist uagtsomhed, men derimod i et løfte om, at det leverede har en bestemt egenskab, eller at en bestemt egenskab består i en årrække.⁹⁵

Vurderingen af, om entreprenøren er ansvarlig under en garanti, er derfor ikke afhængig af, hvem der har truffet valget af materialet, eller om der er begået fejl i udførelsen. Den relevante vurdering er alene, om en konstateret skade ligger inden for rammerne af garantien, hvilket er et spørgsmål om almindelig aftalefortolkning. Garantier er imidlertid – som ansvarsfraskrivelser – en fravigelse af den normale risikofordeling, hvorfor de undergives en indskrænkende fortolkning.⁹⁶

Det kommer først og fremmest til udtryk ved afgørelsen af, om der er afgivet en garanti eller ej. Retsanvendere vil, grundet de omfattende konsekvenser en garanti kan have for fordelingen af risiko, i almindelighed være forsigtige med at statuere garantiansvar, jf. således blandt andet U 1973.675 H (Som illustrerer, at entreprenørens blotte anbefaling af et materiale ikke kan betragtes som en tilsikring) og TBB 2004.183 (Ej afgivet garanti for funktionskrav). Michael Gjedde-Nielsen, m.fl. formulerer det som et udtryk for, at »domstolene alene vil statuere garanti, hvis aftalens ordlyd giver sikker hjemmel herfor«.⁹⁷

⁹⁵ Jf. T. Iversen: *Obligationsret* 2, s. 264.

⁹⁶ Jf. Lynge Andersen og P. B. Madsen: *Aftaler og Mellemmænd*, s. 355 med henvisning til blandt andre S. Jørgensen: *Kontraktret* 1, s. 183.

⁹⁷ Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: *ABR* 18, s. 285.

Selv hvor der udtrykkeligt er afgivet en garanti, undergives de i reglen en ganske indskrænkende fortolkning. Fra nyere praksis kan nævnes TBB 2019.191 om mangler ved tagdækningen på nogle olietanke.

BH sendte i forsommeren 2010 en opgave om isolering af 4 fuelolietanke i udbud. TE vandt udbuddet på det billigste af sine to tilbud og afgav i den forbindelse en garanti om »tagtæthed og kondensfri isolering« i »garantiperioden«, som var 5 år. TE's konstruktion indebar montering af afstandsben på tankene, som efter seks måneder slap den overflade, som de var påmonteret. BH reklamerede over manglerne, men TE afviste reklamationen med henvisning til, at overfladebehandlingen ikke havde den fornødne vedhæftningsevne i de områder, hvor afstandsbenene havde sluppet. TE tilføjede, at: *»Overfladebehandlingen samt reparation af overfladebehandlingen, som blev udført, inden vi påbegyndte vores entreprise, var ikke en del af [TE's] ydelsesomfang og kan derfor ikke dækkes under vores garantiforpligtelser«*. Det blev lagt til grund af voldgiftsretten, at malingsopbygningen på tankene var en anden, end parterne havde forudsat. Om garantien anføres det, at: *»Voldgiftsretten finder, at TE indestod for, at den lim (...), som var stillet i forslag af TE, kunne holde i mindst 5 år. Såfremt der skete brud i limen mellem aluzink-beslaget (afstandsbenet) og underlaget, ville det således være noget, som TE skulle hæfte for. Omvendt finder voldgiftsretten, at TE ikke ved denne formulering har forpligtet sig til at indestå for, at også underlaget (malingen) kunne holde«*. Voldgiftsretten fandt herefter og efter en samlet vurdering, at risikoen for, at den malede overflade ikke havde de forudsatte egenskaber, måtte bæres af bygherren.

Voldgiftsretten tillagde det blandt andet betydning, at bygherre selv havde foreskrevet en metode, som ikke indebar svejsearbejde. Som sagen er refereret i TBB, fremgik det ikke af kontraktmaterialet, at garantien skulle begrænse sig til de beslutninger, som entreprenøren selv traf – konstruktion og anvendt materiale. Afgørelsen må imidlertid tages til indtægt for, at voldgiftsretten er utilbøjelig til at lade en generelt formuleret garanti omfatte forhold, som ligger uden for entreprenørens ydelse.⁹⁸

Et andet eksempel er TBB 2018.555, som friholder entreprenøren for ansvar under en garanti, fordi den manglende opfyldelse skyldtes bygherrens egne forhold.

E havde opført et solcelleanlæg på en større bygning ejet af BH og i den forbindelse afgivet en produktionsgaranti. Det fremgik af kontrakten, at der i forhold til garantien blev taget forbehold for såvel *»udefra kommende skyggevirksomheder«* som *»mislighold jf. D&V eller udefrakommende forhold«*. Efter en årrække viste det sig, at anlægget kun leverede ca. 83-86 % af den garanterede ydelse. BH rejste derfor krav mod E om erstatning for den mindre produktion. Det blev lagt til grund af voldgiftsretten, at den mindre produktion skyldtes tilsmudsning af panelerne med mågeekskrementer. BH påstod, at årsagen var sagen uvedkommende, idet erstatningskravet udsprang af en ydelsesgaranti. Voldgiftsretten fandt imidlertid med henvisning til E's forbehold, at der ikke var *»afgivet garanti for, at den angivne produktion kan nås, såfremt der ikke foretages den fornødne afrensning af panelerne«*. Da afrensning ikke var en del af E's pligter i henhold til en mellem parterne indgået serviceaftale, blev E frifundet for de rejste krav.

Resultatet i sagen var – efter det blev konstateret at mågeekskrementerne var årsag til den mindre produktion – temmelig oplagt. Et grundlæggende princip for at kræve erstatning er, at den, der søger erstatning, ikke har udvist egenskyld af betydning for tabet.⁹⁹ Selv uden forbehold kan en bygherre derfor ikke påberåbe sig en garanti, når han selv er en medvirkende årsag til, at ydelseskravet ikke opfyldes.

Hvor et forhold umiddelbart er omfattet af garantien, hæfter entreprenøren imidlertid som udgangspunkt. I det følgende undersøges det, om entreprenørens hæftelse under en garanti – som

⁹⁸ Hørlyck: Entreprise – AB 18, s. 189. Se muligvis anderledes KFE 2003.56 om en entreprenørs hæftelse for utætte fuger og KFE 1983.294 om etablering af en havledning.

⁹⁹ T. Iversen: Obligationsret 2, s. 290.

under en fit for purpose-klausul i engelsk ret – er absolut. Undersøgelsen tager afsæt i de to forhold, som efter baggrundsretten er en bygherrerisiko: bygherrens egne specifikationer og udviklingssvigt.

4.2.1. Bygherres specifikationer

Bortset fra de tilfælde, hvor bygherren har udvist egen skyld, er det uden betydning for garantiens dækning, om materialevalget har været frit eller ej. Det er dog i praksis en sandhed med modifikationer. I hvert fald hvor garantien er generelt udformet, er der en vis tilbøjelighed hos domstolene og voldgiftsnævnet til at anlægge en fortolkning, som undtager de af bygherre udvalgte materialer fra garantien, jf. således blandt andet U 1994.612 H:

Sagen vedrørte en bygherres krav på betaling af omkostningerne til udbedring af utætheder ved et tag opført af E i tagentreprise. Bygherre havde i udbudsmaterialet specificeret, at der skulle anvendes expanderet polystyren som underlag for tagpapet. Det foreskrevne materiale viste sig senere uegnet til formålet. Entreprenøren havde i sit tilbudsmateriale oplyst, at der »på tagdækning med Phønix Bitu-montage ydes 10 års skriftlig fabriksgaranti«. Bygherre gjorde gældende, at garantien omfattede pladerne af polystyren. Om spørgsmålet udtalte Højesteret, at: *»Appellantens tilbud (...) kunne have været klarere, specielt fordi polystyrenpladerne – af hensigtsmæssighedsgrunde – ville blive leveret med påsvejet tagpap som et enhedsprodukt. Mod garantiens ordlyd finder Højesteret dog ikke grundlag for at fastslå, at appellant har påtaget sig en 10-årig holdbarhedsgaranti også for isoleringen.»* (min fremhævning). Højesteret henviste blandt andet til, at E var beskæftiget med at fabrikere tagpap og udføre tagdækningsentreprise.

En anden måde at anskue problemet på er ud fra lex specialis-betragtninger. Hvor bygherre (som i den netop refererede afgørelse) har foreskrevet anvendelsen af et bestemt materiale og samtidig krævet en holdbarhedsgaranti, står vi i en situation meget lig den, som de engelske domstole var stillet over for i MT Højgaard-sagen. Der er umiddelbar konflikt mellem kontraktens klausuler, idet entreprenøren ikke både kan anvende det krævede materiale og levere et projekt, som har den ønskede holdbarhed.

I dansk ret løses en konflikt mellem et generelt og et specifikt krav oftest ved at anlægge en fortolkning, som tillægger det specifikke krav betydning frem for det generelle.¹⁰⁰ Et eksempel ses i TBB 2019.320, som omhandlede renoveringsarbejde på en rampe. Det fremgik af kontrakten, at der skulle foretages en gennemgribende renovering, således at rampen fremstod med »nyrenoveret belægning og renoveret beton på over- og underside«. Kontrakten indeholdt desuden en detaljeret beskrivelse af, hvordan renoveringen skulle foretages. Det viste sig, at der var behov for en mere omfattende betonrenovering end forudsat, og den aftalte metode kunne ikke afhjælpe de konstaterede og nødvendige renoveringsarbejder. Voldgiftsretten fandt ikke, at den generelle formulering om det ønskede resultat kunne forstås sådan, at HE var forpligtet til uden ekstrabetaling at udføre en renovering, der var mere omfattende end den nærmere beskrevne.

De danske standardvilkår indeholder ikke – som norske NS 8407¹⁰¹ – en regel om fortolkning til fordel for specifikke vilkår.¹⁰² Det er imidlertid et almindeligt fortolkningsprincip, som finder anvendelse også

¹⁰⁰ T. Iversen: Entrepriseretten, s. 345 ff.

¹⁰¹ Pkt. 2.2. med ordlyden: *»De dokumentene som inngår i kontrakten utfyller hverandre. Inneholder kontraktdokumentene bestemmelser som strider mot hverandre, gjelder yngre dokumenter foran eldre. Løser ikke dette motstriden, gjelder spesielle bestemmelser foran generelle, og bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten foran standardiserte bestemmelser.»*

¹⁰² AB 18 § 6, stk. 3, indeholder en regel om rangfølgen mellem aftaledokumenterne, men ingen regel om indbyrdes modstrid på samme niveau. Herom anfører udvalget, at forrangen må »bestemmes af almindelige fortolkningsprincipper, herunder (...) at specielle bestemmelser går forud for generelle« (Bet. 1570/2018, s. 76).

uden særskilt vedtagelse herom.¹⁰³ Højesteret nåede i den førnævnte U 1994.612 H til det resultat, at garantien »mod dennes ordlyd« undtog de af bygherre udpegede materialer. Ved anvendelse af *lex specialis* betragtninger (generel garanti mod specifikt krav) kunne man nok være nået til samme resultat.

Hvor det af bygherre udvalgte materiale er direkte omfattet af garantiens formulering, er der ikke grundlag for at undtage materialet fra garantihæftelse, jf. således KFE 1978.169, som pålagde entreprenøren hæftelse for materiale udpeget af bygherre, fordi entreprenøren forud for arbejdets udførelse havde udsendt en brochure indeholdende en 10-årig garanti for det pågældende produkt.¹⁰⁴

Hvis særlige omstændigheder tilsiger, at entreprenøren ikke har ønsket at afgive en garanti, som går videre end eget arbejde, er det en selvfølge, at voldgiftsretten vil fortolke garantien indskrænkende, jf. også KFE 1983.304.

I sagen fandtes entreprenøren ikke at være ansvarlig for svigtende fuger, bl.a. fordi der forud for arbejdet havde fundet drøftelser sted mellem bygherre og entreprenør om hensigtsmæssigheden af fugeløsningen. Entreprenøren havde ikke ønsket at påtage sig en generel garanti for tæthed, hvorfor garantien blev begrænset til »udførelsen af samlingerne«. Da det senere viste sig, at fugerne ikke holdt, blev entreprenøren frifundet for ansvar. Voldgiftsretten lagde ved vurderingen af garantiens udstrækning til grund, at det ikke var særlig sandsynligt, at entreprenøren, som havde nægtet at afgive en generel garanti, skulle have ændret standpunkt og uden modydelse have påtaget sig den »åbenbare og meget betydelige risiko« for konstruktionens holdbarhed.

Det kan herefter forsigtigt konkluderes, at entreprenøren ved at påtage sig en garanti for holdbarhed forpligter sig til at sikre, at eget design og udførelse er egnet til formålet. Det af bygherren specificerede design vil imidlertid som udgangspunkt ikke være omfattet af garantien, og entreprenøren hæfter derfor kun for fejl i specifikationerne, hvis de er åbenbare og indlysende, jf. ovenfor i afsnit 3.2.3. Det indebærer i praksis, at en udførende entreprenør, som har afgivet en holdbarhedsgaranti, vil blive pålagt en undersøgelsespligt, som svarer til totalentreprenørens, jf. ovenfor i afsnit 3.2., hvilket er en betragtelig skærpelse af entreprenørens ansvar. Da totalentreprenøren allerede er forpligtet til at foretage de nødvendige undersøgelser, indebærer praksis imidlertid også, at holdbarhedsgarantier får begrænset – hvis nogen – i totalentreprise i hvert fald når det kommer til spørgsmålet om risiko for fejl i udbudsmaterialet.¹⁰⁵

4.2.2. Udviklingsskader

Garantiansvaret beror på et *løfte* – ikke culpa – og entreprenøren kan derfor som udgangspunkt ikke undgå hæftelse med henvisning til, at bygherren bærer udviklingsrisikoen.¹⁰⁶ Særligt ældre praksis peger imidlertid i retning af, at det ikke altid er reglen, jf. således blandt andet KFE 1983.318:

En entreprenør havde i sit tilbud om udførelse af tag- og terrassedækning afgivet en 10-årig garanti »på hele entreprisen«. Tagdækningen blev udført med tagpap på polystyren med en hård træfiberplade på oversiden. Efter arbejdets udførelse begyndte træfiberpladerne at bule, og der opstod utætheder i taget. Årsagen fandtes på

¹⁰³ Jf. *Lyng Andersen og P. B. Madsen: Aftaler og mellemmand*, s. 393. Se også bet. 1570/2018, s. 76 og Kommentaren til AB 18 (47).

¹⁰⁴ Afgørelsen er kritiseret af blandt andre *Vestergaard Buch* i U 2004B.64.

¹⁰⁵ Se *Just Buch mfl.*: AB 18, s. 734, som anfører at entreprenøren derved overtager *risikoen* for fejl i bygherrens udbuds- og projektmateriale. Som redegjort for i afsnit 3.2.2. er undersøgelsespligten fortsat begrænset af i hvert fald »byggetidens viden«, hvorfor valget af ordet »risiko« måske ikke er helt velvalgt. Se også *Erik Hørlyck: Totalentreprise – ABT 18*, s. 306.

¹⁰⁶ Kommentaren til ABT 18 (272), *Jost Buch, mfl.*: AB 18, s. 733.

baggrund af skønserklæringen primært at være tagets flade konstruktion, idet de valgte materialer ikke under de forhold kunne modstå fugtbetingede bevægelser i underlaget. Bygherre krævede afhjælpningsomkostningerne erstattet af entreprenøren. Voldgiftsretten udtalte, at der ikke kunne pålægges entreprenøren ansvar for de skete skader under garantien, fordi de anvendte materialer på udførelsestidspunktet var almindeligt kendt og anvendt. Det blev desuden fremhævet, at entreprenøren havde været uden indflydelse på tagets konstruktion (som han dog kendte til, da han valgte materialet).

Se også KFE 1983.299 (10-årig garanti for »tagdækningens tæthed og holdbarhed« omfattede ikke utætheder, som skyldtes fugtoptagelse og bevægelse i tagets træfiberplader. Udtalt af voldgiftsretten, at det omhandlede fugtfænomen havde været ukendt på byggeriets tidspunkt, og at arbejdet måtte anses for veludført), KFE 1985.11 (10-årig garanti for »tagdækningens tæthed og holdbarhed« omfattede ikke konstaterede utætheder, som skyldtes en kombination af det valgte isolationsmateriale og tagets flade konstruktion. Da manglerne ved pladerne havde karakter af generelle mangler (som entreprenøren ikke burde kende til), kunne erstatningsansvar ikke støttes på garantien, som var i overensstemmelse med den af tagpapbranchen almindeligt anvendte) og KFE 1985.157 (10-årig garanti for tagdækning fandtes ikke at omfatte udviklingsskade ved brug af Roof-mate plader).

Som det fremgår, vedrører samtlige de citerede sager en 10-årig branchegaranti, som blev ydet ved tagdækning. Afvigelsen kan derfor forklares med, at fortolkning af garantierne er sket i overensstemmelse med den almindelige forståelse af tilsvarende garantier (kutymen), som i dette tilfælde afveg fra almindelige regler om tilsikrede egenskaber.¹⁰⁷

En nyere sag (TBB 2019.505) om en 15-årig produktgaranti for netop tagdækning er måske udtryk for, at praksis på det område har ændret sig.

En underentreprenør (UE) havde påtaget sig en 15-årig produktgaranti i forbindelse med en tagentreprise. Da der efter udførelsen viste sig problemer med utætheder i taget, gjorde BH garantien gældende over for HE (som UE skulle friholde, hvis garantien dækkede skaden). Utæthederne skyldtes revnedannelser forårsaget af et utilsigtet stort tab af blødgørere i membranen. Manglen fandtes ikke at skyldes oprindelige materialefejl eller udførelsesfejl, men taget ville formentlig have haft en længere levetid, hvis det var konstrueret med en større hældning. Det blev lagt til grund af voldgiftsretten, at en produktgaranti som den omhandlede omfattede enhver utæthed i taget. Herved lagde voldgiftsretten vægt på, at det afgørende ved en garanti for et byggeris tag er, at taget er »tæt og sikrer mod vandindtrængen«, samt at opførelsen af et byggeri i den omhandlede størrelsesorden normalt sker med henblik på og forventning om lang holdbarhed og levetid. Voldgiftsretten lagde desuden vægt på, at garantien var afgivet med fuldt kendskab til det flade tag. Voldgiftsretten nåede herefter – modsat resultatet i de ovenfor refererede kendelser fra 80'erne – til det resultat, at den 15-årige garanti omfattede den generelle uegnet ved materialet, også selvom fejlen nok delvist skyldtes bygherrens design.

Sagsfremstillingen er ikke refereret i kendelsen og det er derfor uvist, hvilken præcis ordlyd garantien havde. Afgørelsen er desuden konkret begrundet, og det er derfor begrænset, hvor stor betydning man kan tillægge resultatet. Resultatet harmonerer imidlertid bedre med den almindelige forståelse af garantier som et løfte om, at produktet har en vis holdbarhed under de givne omstændigheder, end den refererede praksis fra voldgiftsnævnet, som undtager udviklingsskader fra entreprenørens garantihæftelse.

¹⁰⁷Det er ikke ualmindeligt at anlægge en sådan fortolkningstilgang, jf. f.eks. U 1941.61 H med note 1 (Garanti om, at en ko ikke er syg, omfattede ikke garanti for, at den ikke smittede andre køer, hvis den var syg. Fandtes ikke »i almindelighed« at være tilfældet for sådanne garantier). Se også. *Jost Buch, mfl.*: AB 18 s. 733.

Hvor entreprenøren garanterer opnåelse af en bestemt funktion, bliver garantien i almindelighed respekteret af voldgiftsretten, jf. således KFE 1977.159 DIV (Entreprenør ansvarlig for, at en tilsikret effekt på et rensningsanlæg ikke kunne opnås. Erstatning inkluderede udgifter til biologisk renselanlæg, selvom garantien kun havde omfattet kemisk renselanlæg, som ikke kunne opnå garanteret effekt), KFE 1985.117 (Rensningsanlægget kunne ikke opnå den tilsikrede effekt. Entreprenøren påstod, at dette skyldtes sammensætningen af spildevand, til hvilket voldgiftsretten bemærkede, at entreprenøren havde haft adgang til at gøre sig bekendt med spildevandets sammensætning, inden han »som totalleverandør afgav så vidtgående en garanti«. Da det blev lagt til grund, at anlægget ikke ville kunne præstere den garanterede ydelse, måtte bygherre »nøjes« med et afslag i prisen).

Udgangspunktet om, at en garanti omfatter udviklingskader, må herefter fastholdes. Desuden kan det konstateres, at entreprenøren hæfter på et objektive grundlag under en funktionsgaranti og skal bære de nødvendige foranstaltninger, for at en tilsikret funktion opnås.¹⁰⁸

4.1. Fit for purpose – en garanti?

Som det fremgår af de foregående afsnit, fortolkes garantier ganske indskrænkende i dansk ret. Også anfører i TBB 2014.441, at det derfor har »formodningen imod sig«, at en fit for purpose-klausul vil blive fortolket som et garantitilsagn i dansk ret.¹⁰⁹

Der findes ingen trykt praksis, som tager direkte stilling til spørgsmålet. Voldgiftsnævnets afgørelser i sager om andre individuelle aftaler om entreprenørens ydelse og ansvar er imidlertid i et vist omfang vejledende for, hvordan fit for purpose-klausuler vil blive behandlet, jf. følgende gennemgang.

I international entrepriseret er det – modsat dansk entrepriseret – almindeligt at indføre vilkår i kontrakten, som overfører risikoen for uforudsigelige udfordringer fra bygherre til entreprenør. Fit for purpose-klausuler er blot et eksempel herpå. Andre eksempler er »turn-key« kontrakter, som overfører store dele af risikoen for uforudsete forhold til entreprenøren¹¹⁰, og GMP-klausuler (Guaranteed Maximum Price) som sætter en øverste ramme for entreprenørens krav på betaling for ekstraarbejder.¹¹¹

Lignende klausuler finder indimellem vej til danske entreprisekontrakter, og der findes derfor en smule praksis herom, som kort gennemgås i det følgende:

TBB 2016.387 Ø vedrørte et parcelhusbyggeri, som ifølge aftalen skulle leveres »nøglefærdigt« med fastprisgaranti. Der opstod efter aflevering tvist om en række forhold, blandt andet om E's ret til betaling af ekstraarbejder. BH gjorde gældende, at der var indgået aftale om »fast pris« for entreprisen, hvorfor E ikke var berettiget til ekstrabetaling. Landsretten fandt imidlertid ikke, at aftalen om fast pris omfattede fundamentet, hvorfor E blev tilkendt et beløb for ekstraarbejderne.

TBB 2007.662 vedrørte spørgsmål om tidsfristforlængelse ved opførelsen af et »indflytningsklart« byggeri. TE kunne ikke levere til tiden blandt andet på grund af langsommelig sagsbehandling og nogle særlige detailkrav fra

¹⁰⁸ Jf. også *Hørlyck*: Totalentreprise – ABT 18, s. 307; *Jost Buch*, mfl.: AB 18, s. 734 med yderligere henvisning til blandt andet *Krag Jespersen* i TBB 1998.18, pkt. 3 og 4; *T. Iversen*: Entrepriseretten, s. 640 og *Buch Vestergaard*: Entrepriseretlige mangler s. 262.

¹⁰⁹ Også anført i TBB 2014.441 (under overskrift 9.2.).

¹¹⁰ Se til eksempel FIDIC silverbook og om risikofordelingen deri *J. B. Sørensen*: »FIDIC Silver Book«, s. 11.

¹¹¹ Jf. *O. Hansen* i TBB 2010.539 (under overskriften »Andre individuelle klausuler«).

kommunens side. Voldgiftsretten indrømmede TE fristforlængelse og tillagde øjensynlig ikke vilkåret om, at byggeriet skulle leveres »indflytningsklart« på en bestemt dato nogen selvstændig betydning.

Se også KFE 2003.33 (hvor entreprenøren blev indrømmet tidsfristforlængelse på trods af vilkår om at »der ikke kunne indrømmes tidsfristforlængelse, med mindre der var tale om forhold over hvilke totalentreprenøren ikke er herre«) og KFE 1997.11 (hvor et vilkår om, at entreprenøren skulle »udføre bebyggelsen for en sådan pris, at ejendommens samlede anskaffelsessum kan holdes inden for de økonomiske rammer, som af boligministeriet sættes som maksimum for almenyttigt byggeri«, ikke fandtes at berettigede til krav mod entreprenøren ved budgetoverskridelse).

Som det fremgår af kendelserne, finder voldgiftsretten ofte konkrete grunde til at fravige selv meget tydelige klausuler, og det må derfor sluttes fra praksis, at voldgiftsretten er utilbøjelig til at tillægge den slags klausuler nogen egentlig (selvstændig) betydning i praksis.¹¹²

Beslægtet hermed er i et vist omfang spørgsmålet om vedtagelsen af såkaldte »as is«-klausuler, som har til formål at begrænse bygherrens oplysningspligt til de oplysninger, som fremgår af kontrakten.¹¹³ I køberetten er det helt almindeligt antaget, at »som beset«-bestemmelser hverken har nogen selvstændig betydning for sælgers oplysningspligt eller for købers undersøgelsespligt.¹¹⁴ Samme tilgang er anvendt af voldgiftsnævnet i en sag fra 2008 om en generelt formuleret »as is«-klausul:

TBB 2008.701 omhandlede mangler i forbindelse med opførelsen af et større boligbyggeri. Det fremgik af udbudsmaterialet, at: »Det påhviler totalentreprenøren at kontrollere alt materiale samt om nødvendigt at udføre supplerende projektering, idet krav som følge af mangelfuldt projektmateriale ikke vil blive honoreret af bygherren, ligesom totalentreprenøren ej heller i øvrigt på nogen måde vil kunne påberåbe sig, at projektmaterialet har været utilstrækkeligt og/eller mangelfuldt«. Efter indgåelse af kontrakten viste det sig nødvendigt at omprojektere hele bygningen for at opfylde nogle krav om udluftning, der fulgte af bygningsreglementet. TE krævede på baggrund heraf tidsfristforlængelse, hvilket bygherre afviste med henvisning til det citerede vilkår. Voldgiftsretten lagde til grund, at udbudsmaterialet ikke havde været i overensstemmelse med de kommunale krav til udluftning og udtalte herefter, at: »det må endvidere med det korte forhandlingsforløb, der lå forud for kontraktindgåelsen og de tidsfrister, som blev aftalt for udførelsen af entreprisen have stået [BH] klart, at TE ikke inden kontraktens indgåelse kunne nå at efterprøve lovligheden af projektet, og at det ville blive nødvendigt for TE i det væsentligste at lægge projektmaterialet fra udbudsmaterialet uprøvet til grund for det videre projekteringsarbejde«. Under de omstændigheder fandt voldgiftsretten, at udbudsmaterialet ikke opfyldte kravene til klarhed, og at TE derfor var berettiget til tidsfristforlængelse.

Med de relativt strenge krav, der stilles til bygherrens medvirken ved udarbejdelse af udbudsmaterialet og det faktum, at bygherre som udgangspunkt bærer risikoen for eventuelle fejl og mangler, jf. ovenfor i afsnit 3.2.2., er det ingen overraskelse, at et så generelt vilkår får begrænset, hvis overhovedet nogen, betydning.¹¹⁵

Afgørelsen må alligevel forstås sådan, at der i AB-regi gælder snævre grænser for tilpasning af parternes ydelse med hensyn til udbudsmaterialets klarhed og bygherrens oplysningspligt.¹¹⁶ Entreprenøren blev stillet, som havde parterne ikke vedtaget »as is«-klausulen, hvilket bekræfter den generelle antagelse, at der skal mere end en generelt formuleret klausul (f.eks. som den i sagen omhandlede) til for at rykke

¹¹² Jf. også O. Hansen i TBB 2010.539 (under overskriften »Andre individuelle klausuler«).

¹¹³ Jf. KlingbergJensen i ET 2019.28 (under overskrift 3.2. »As-is«-bestemmelser).

¹¹⁴ Jf. T. Iversen: Obligationsret I, s. 289 f.

¹¹⁵ Se dog KlingbergJensen i ET 2019.28, som argumenterer for, at »as is« klausuler må tillægges en vis betydning i de såkaldte EPRD-kontrakter (Engineering, Preparation, Removal & Disposal). Hvorvidt den slags kontrakter er entreprisekontrakter, er en diskussion for sig, men afviklingsarbejdet har visse ligheder med større anlægsopgaver.

¹¹⁶ Jf. også O. Hansen i TBB 2010.539 (pkt. »5. Kravet til bygherrens udbud i ABT 93 § 2, stk. 2«).

på ansvarsfordelingen. Voldgiftsretten noterede også, at der ikke var »taget forbehold om, at den valgte løsning i miljømæssig henseende ikke var udtrykkeligt godkendt af kommunen«, hvilket kan forstås derhen, at voldgiftsretten havde været villig til at tillægge klausulen virkning, såfremt bygherre havde taget et specifikt forbehold om manglende kommunal godkendelse.¹¹⁷

Denne praksis med at bortfortolke – eller »censurere« – parternes aftalevilkår anfægtes til en vis grad i teorien.¹¹⁸ Retsstillingen beskrives af Ole Hansen i TBB 2010.539 som et udtryk for, at voldgiftsdommere udviser en meget udstrakt loyalitet over for AB-systemet, som nok blandt andet grunder i det forhold, at det kan være vanskeligt at overskue de økonomiske konsekvenser af at fravige den almindelige risikofordelingen. Et tilsvarende synspunkt gøres gældende af Oggesen i TBB 2014.441 som argument for, at fit for purpose-klausuler ikke skal fortolkes som et garantitilsagn.¹¹⁹

AB-systemet er med andre ord udtryk for en nøje tilpasset balance mellem bygherrens og entreprenørens ydelse og ansvar, hvilket gør, at der – i hvert fald når rammen er ABT – skal noget til, før en voldgiftsret vil tillægge fit for purpose-klausuler selvstændig værdi. Praksis om tilsvarende klausuler, herunder generelle ansvarsfraskrivelser, »fast pris«-klausuler og bestemmelser om »nøglefærdige« byggerier støtter umiddelbart den tilgang.

Der findes imidlertid også vægtige argumenter for at tillægge fit for purpose-klausuler garantivirkning. Dansk kontraktsret hviler på et grundlæggende princip om aftalefrihed, og det bør derfor tilstræbes at tillægge alle aftalte vilkår et indhold ved aftalefortolkningen. Navnlig det faktum, at parterne i større entrepriser ofte er store professionelle aktører, der må antages at være bekendt med den internationale forståelse af begrebet og derfor er gået ind på vilkåret med »åbne øjne«, taler for at tillægge klausulen en vis betydning.¹²⁰ Entreprenørens tilbud og pris vil i så fald til en vis grad være tilpasset den risiko, som han antager at have påtaget sig, hvorfor det ikke synes helt rimeligt at tilsidesætte klausulen.

Som det fremgår af ovenstående gennemgang af praksis, er voldgiftsretten tilbageholdende med at overføre risikoen for bygherrens forhold til entreprenøren, hvor entreprenøren har afgivet en generel garanti for holdbarhed. De mere konkret formulerede funktionsgarantier bliver til gengæld i ganske vidt omfang tillagt betydning efter deres indhold.

Meget taler derfor for en sondring mellem fit for purpose-klausuler i kontrakter med et konkret formuleret formål og fit for purpose-klausuler i kontrakter uden et specificeret formål.

Hvis den tidligere opstillede generelle antagelse – at fit for purpose-klausuler kan sammenlignes med as is-klausuler – accepteres, kan der forsigtigt opstilles en formodning om, at en generelt formuleret fit for purpose-klausul, f.eks. »fit for its intended purposes« eller lignende, vil blive underlagt en meget indskrænkende fortolkning og i praksis behandlet som en henvisning til baggrundsretten.

¹¹⁷ Afgørelsen kan også forstås derhen, at bygherren ved ikke at afgive den nævnte oplysning ved grov uagtsomhed havde tilsidesat sin oplysningspligt, hvilket ansvar det i almindelighed er vanskeligt at skrive sig ud af, jf. således *P. B. Madsen* i U 2018B.131 (136 ff.).

¹¹⁸ Jf. *O. Hansen* i TBB 2010.539 (pkt. 9), se også *P. B. Madsen* i U 2018B.131 (pkt. 2.).

¹¹⁹ Under pkt. 9.2.

¹²⁰ Jf. også *Oggesen* i TBB 2014.441 (pkt. 9.2.) og *O. Hansen* i TBB 2010.539 (pkt. 9).

Er bestemmelsen derimod konkret formuleret med et udtrykkeligt formål, kan det ikke afvises, at den i et eller andet omfang vil påvirke en voldgiftsrets vurdering af sagen, jf. også de anførte argumenter for at tillægge klausulen betydning.

4.3. Utrykt kendelse i voldgiftssag nr. D-2981 af 29. juni 2020

Den – så vidt vides – eneste danske kendelse, som vedrører ansvaret under en fit for purpose-klausul (voldgiftssag nr. D-2981 af 29. juni 2020),¹²¹ er helt på linje med det netop anførte:

Sagen drejede sig om en tvist opstået mellem køber og leverandør af en række kondensatorer til en køleinstallation på et offshoreanlæg. Af udbudsmaterialet – og senere kontrakten – fremgik det, at kondensatorerne skulle være lavet af en bestemt type stål. Kontrakten indeholdt en generelt formuleret fit for purpose-klausul, ifølge hvilken leverandøren gav tilsagn om, at kondensatorerne ville være »fit for their intended purpose«. Kontrakten indeholdt desuden en almindelig 5-årig garanti.

Kort efter at kondensatorerne var leveret og installeret, opstod utætheder i køleinstallationerne. Ved syn og skøn blev det fastslået, at fejlen skyldtes den anvendte ståltype, som ikke var egnet til anvendelse under de pågældende fugt- og temperaturforhold.

Fejlen blev udbedret, hvorefter køber påberåbte sig garantien og fit for purpose-klausulen med påstand om, at disse indebar, at leverandøren havde påtaget sig risikoen for materialets egnethed. Leverandøren bestred påstanden og fastholdt, at det leverede var i overensstemmelse med kontrakten.

Voldgiftsretten gav leverandøren medhold i sine påstande, idet det fandtes, at køber, som var ansvarlig for valget af den pågældende ståltype, også måtte bære risikoen for følgerne heraf. Om fit for purpose-klausulen anførte voldgiftsretten, at:

»De pågældende bestemmelser må fortolkes i lyset af, at [Køber] er ansvarlig for anvendelsen af AISI 316L rustfrit stål, og bestemmelserne kan derfor efter det foreliggende ikke føre til, at [Leverandøren] har et ansvar for følgerne af materialevalget«.

Voldgiftsretten afviste desuden med samme begrundelse, at garantien kunne udstrækkes til at omfatte kravsspecifikationerne.

Voldgiftsretten fandt ikke, at der var fornødent grundlag for at fastslå, at leverandøren burde have frarådet anvendelsen af den pågældende ståltype. Leverandøren blev derfor frifundet for bygherrens betalingspåstand.

Havde sagen været afgjort efter engelsk ret, var resultatet nok blevet det modsatte jf. ovenfor i DEL 1. Afgørelsen bekræfter derfor for det første, at fit for purpose-klausuler ikke tillægges samme virkning i dansk ret som i engelsk ret. Afgørelsen bekræfter desuden, at klausulen er underlagt en indskrænkende fortolkning, som undtager de af bygherre udpegede metoder og materialer. Når en klausul fortolkes indskrænkende, skaber det plads for reglerne i baggrundsretten. Voldgiftsrettens vurderede i overensstemmelse hermed, om entreprenøren burde have advaret bygherren, hvilket han i medfør af

¹²¹ Vedlagt som bilag 1.

baggrundsretten alene er forpligtet til i tilfælde af åbenbare og indlysende fejl, jf. ovenfor i afsnit 3.2.3. Som det fremgår, havde bygherren »stor erfaring med offshore-anlæg«, hvilket givetvis har lempet kravene til entreprenørens agtpågivenhed.

Tilbage står spørgsmålet om, hvorvidt fit for purpose-klausuler dækker udviklingskade på materialer udvalgt af entreprenøren. Hvis fit for purpose-klausuler tillægges garantivirkning i dansk ret – hvilket næppe er tilfældet, i hvert fald for så vidt angår de generelt formulerede klausuler, jf. ovenfor i afsnit 4.1. – kan det ikke afvises.

Eftersom fit for purpose-klausuler i reglen er suppleret af en almindelig holdbarhedsgaranti, som jo allerede dækker udviklingskader, jf. ovenfor i afsnit 4.2.2, er spørgsmålet imidlertid næppe relevant i praksis.¹²² Noget andet er, at fraværet af en almindelig garanti i sig selv er et udmærket argument for, at parterne ikke har sigtet efter et garantiansvar, selvom de har vedtaget en fit for purpose-klausul. Det må derfor formodes, at retsanvendere vil være tilbageholdende med at tillægge en »selvstændig« fit for purpose-klausul garantivirkning.

4.4. Agreed documents

Hvor parterne har aftalt et sæt standardvilkår, som omfatter en fit for purpose-klausul, gælder de ovenfor omtalte hensyn til baggrundsretten ikke i tilsvarende grad. Der kan derfor med rimelighed argumenteres for, at fit for purpose-klausuler i standardvilkår som f.eks. FIDIC skal tillægges en anden betydning i dansk ret, end de fit for purpose-klausuler der indimellem dukker op i »skræddersyede« kontrakter.

Standardaftaler eller »agreed documents« er kendetegnet ved, at de er blevet til ved forhandling mellem jævnbyrdige brancheorganisationer. Som det anføres af Palle Bo Madsen i U 2018B, opnår den slags aftaler gennem tilblivelsesprocessen »en særlig status«, og de »fremstår med en autoritet, som i almindelighed vil bevirke, at domstolene ikke ser samme behov for at kontrollere og eventuelt censurere deres vedtagelse, indhold og konsekvenser«.¹²³ Domstolene vil med andre ord i meget vidt omfang respektere de enkelte vilkår i standardaftalerne ud fra den betragtning, at de er udtryk for en balanceret risikofordeling.¹²⁴

Hvilken konkret betydning fit for purpose-klausuler vil blive tillagt i standardaftaler, må i så fald afgøres ud fra, hvor de pågældende vilkår har deres oprindelse. Illustrativ er i den sammenhæng FED 2018.4 Ø, som blandt andet vedrørte forståelsen af begrebet »Sue and Labour« i en all risk forsikring. Om fortolkning af begrebet udtalte landsretten bl.a., at:

»Bestemmelsen i Section 1, punkt 26, om Sue and Labour anvender et særligt begreb (»Sue and Labour«), som ikke kendes i dansk ret, men som er velkendt i engelsk ret og nærmere fastlagt i engelsk retspraksis fra før parternes aftaleindgåelse. Der er endvidere enighed mellem parterne om, at parterne ved formuleringen af policen, herunder Section 1, punkt 26, har taget udgangspunkt i London Standard

¹²² Som det også var tilfældet i den refererede sag og de sager, der er gengivet i Del 1 om fit for purpose-klausuler i common law-lande.

¹²³ P. B. Madsen i U 2018B.113 (s. 143 under overskrift 7.). Artiklen vedrører i øvrigt spørgsmålet om vedtagelse af ansvarsfraskrivelse, som i et vist omfang er beslægtet diskussionen om indholdet af en fit for purpose-klausul.

¹²⁴ Jf. blandt andet U 2006.632 H, hvor en ansvarsbegrænsning ikke kunne tilsidesættes, fordi vilkårene måtte »antages at hvile på en samlet vurdering« – se også KlingbergJensen eksempler fra norsk ret i ET 2019.28.

Platform Form, og at denne udspringer af engelsk søforsikringsret. Landsretten finder på den baggrund, at den nærmere afgrænsning af Section I, punkt 26, må ske i lyset af den praksis vedrørende begrebet »Sue and Labour«, som er udviklet i navnlig engelsk ret, og at bestemmelsen således ikke i første række skal fortolkes ud fra dansk retspraksis vedrørende bestemmelserne i forsikringsaftalelovens §§ 52-53«.

Som det fremgår, var det en forudsætning for rettens anvendelse af den engelske forståelse, at der var taget udgangspunkt i en engelsk standard. For at anvende argumentationen i fit for purpose-regi på et sæt standardaftalevilkår undergivet dansk ret, vil det således være en forudsætning, at de pågældende vilkår udspringer af engelsk ret – som det for eksempel er tilfældet med NEC¹²⁵, der også som standard indeholder en fit for purpose-klausul. FIDIC er, modsat NEC, en international sammenslutning, hvorfor en 1:1 anvendelse af den engelske forståelse ikke er givet under FIDIC.¹²⁶

DEL 5: Afsluttende bemærkninger/ Konklusion

Udgangspunktet i engelsk ret er, at entreprenørens hæftelse under en fit for purpose-klausul er absolut. Det er derfor underordnet, om den manglende opfyldelse skyldes fejl i udbudsmaterialet eller manglende teknologisk viden på udførelsestidspunktet, som har ledt til et uhensigtsmæssigt valg af materiale eller metode (udviklingsfejl).

En undersøgelse af dansk ret har vist, at entreprenørens hæftelse for formålsegnethed (ikke overraskende) afviger markant fra det engelske udgangspunkt under en fit for purpose-klausul.

Hæftelsen for formålsegnethed i dansk ret bliver navnlig relevant, når der er tale om totalentreprise. Totalentreprenøren har en pligt til at sætte sig ind i bygherrens behov og til at sikre, at det opfyldes. Totalentreprenørens ansvar begrænser sig imidlertid til at undersøge bygherrens udbud for fejl og til at sikre, at disse bliver afhjulpet. Ansvar vurderes efter en professionsculpamålestok, og totalentreprenøren forventes ikke at opdage uhensigtsmæssigheder ved en metode eller et materiale, som efter byggetidens viden var almindelig og forsvarlig at anvende på udførelsestidspunktet. Tilsvarende gælder for entreprenørens egne valg af metoder og materialer. Det formuleres ofte sådan, at udviklingsrisikoen er en bygherrisiko.

I tilbudsfasen skal totalentreprenøren kun opdage åbenbare og indlysende fejl ved materialet, hvilket formentlig svarer til den udførende entreprenørs ansvar for at opdage fejl og mangler ved projektet.

Det netop anførte er udtryk for, at dansk ret hviler på et afbalanceret forhold mellem bygherrens og entreprenørens risiko og ansvar. Praksis viser, at danske retsanvendere er utilbøjelige til at acceptere vilkår, som fraviger den balance, medmindre det fremgår med stor tydelighed, at det har været parternes intention at fravige baggrundsretten.

Det kommer også til udtryk ved fortolkning af garantier. Det er således et gennemgående træk i praksis, at garantier undergives en indskrænkende fortolkning. Hvis entreprenøren afgiver en almindelig

¹²⁵ »New Engineering Contract« er oprettet af UK institution of Civil Engineers.

¹²⁶ Et argument for at anvende den engelske forståelse ved fortolkning af FIDIC kunne være, at den engelske forståelse i virkeligheden er udtryk for lex mercatoria (international standard). Det falder imidlertid uden for rammerne af nærværende fremstilling at undersøge det spørgsmål nærmere.

holdbarhedsgaranti, overtager han som udgangspunkt risikoen for udviklingsskader, men de af bygherre udpegede metoder og materialer fortolkes oftest som forhold, der ligger uden for garantiens forudsætninger.

I MT Højgaard-sagen var et af de spørgsmål, som domstolene så sig nødsaget til at besvare, hvordan konflikten mellem to kontraktvilkår, som er indbyrdes uforenelige, skal løses.

Den engelske Supreme Court løste som bekendt »problemet« ved at fastslå, at entreprenøren havde overtaget risikoen for den uanvendelige metodes egnethed. På baggrund af dansk praksis om fortolkning af garantier i entrepriseret, er der imidlertid grund til at tro, at danske retsmyndigheder vil have mere sympati for den afgørelse, som den engelske Court of Appeal afsagde i sagen, nemlig at der ikke var afgivet en garanti for den af bygherre udpegede metode. En generelt udformet fit for purpose-klausul vil – i lyset af praksis om tilsvarende klausuler – næppe blive tillagt nogen større betydning i den sammenhæng.

Kendelsen i voldgiftssag nr. D-2981 af 29. juni 2020 bekræfter det netop anførte, idet entreprenøren, som havde påtaget sig at levere produktet »fit for purpose«, blev frifundet for ansvaret for, at et af bygherren udpeget materiale viste sig at være generelt uegnet til det konkrete formål.

I almindelighed vil kontrakter med en fit for purpose-klausul også indeholde en generel produktgaranti, hvorfor der i lyset af kendelsen næppe er noget selvstændigt rum til fit for purpose-klausuler i praksis. Garantier dækker som hovedregel udviklingsskader, når entreprenøren har valgt materialet. Det eneste relevante argument for at vedtage en fit for purpose-klausul skulle derfor være, at den var egnet til at overføre risikoen for det af bygherre udpegede materiale til entreprenøren. Det er imidlertid med den utrykte kendelse foreløbig tilbagevist, hvorfor relevansen af en fit for purpose-klausul i kontrakter undergivet dansk ret, må anses for at være forsvindende lille.

Skulle der en dag opstå en situation, hvor en entreprenør påtager sig at levere byggeriet »fit for purpose«, uden samtidig at påtage sig en almindelig holdbarhedsgaranti, kan det ikke afvises, at klausulen vil få selvstændig betydning for vurderingen af ansvaret – herunder omfatte udviklingsskader. Bygherrens dækning vil imidlertid næppe være bedre end under en almindelig produktgaranti.

Undtaget fra ovenstående betragtninger er muligvis de tilfælde, hvor kontrakten mellem parterne baserer sig på et sæt standardvilkår (»Agreed Documents«). Navnlig i de tilfælde, hvor standardvilkårene udspringer af engelsk ret, er der grund til at tillægge klausulen samme betydning som i engelsk ret, fordi vilkårene som udgangspunkt må være udtryk for en generelt afbalanceret fordeling af risiko mellem parterne.

Litteraturliste

Almindelige betingelser, betænkninger, vejledninger mv.

AB 18	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (VEJL 2018-08-10 nr. 9632)
AB 92	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, AB 1992-12-10
ABT 18	Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed (VEJL 2019-01-01 nr. 9022)
ABS 95	Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader 1995
Betænkning om AB 92	Betænkning nr. 1246 fra Udvalget til revision af "Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB72)", Bygge- og Boligstyrelse, marts 1993. [citeret bet. 1246/1993]
Betænkning om AB 18	Betænkning nr. 1570 afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018 [citeret bet. 1570/2018]
CISG	Convention on Contracts for the International sale of goods
FIDIC Gold book	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, Design, Build and Operate Contracts, 1 st edn. (2008)
FIDIC Yellow book	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, Plant and Design-Build Contract, 2 nd edn., (2017)
FIDIC Silver book	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, EPC/Turnkey Contract 2 nd edn. (2017)
Kbl.	Købeloven (Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17. februar 2014)
Kommentaren til AB 18	Karnov-kommentar til AB 18 af Torsten Iversen. Notehenvisninger er angivet ()
Kommentaren til ABT 18	Karnov-kommentar til ABT 18 af Torsten Iversen. Notehenvisninger er angivet ()
NEC	NEC Engineering and Construction Contract (ECC)

NS 8407 Almindelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, Norsk Standard, 2011

Litterære værker

- Andersen, Flemming
Horn, Niels W.
Brorson, Holger Schöer "FIDIC - International entrepriseret i et dansk perspektiv", Gjellerup, 2003
- Baker, Ellis, Ben
Mellors, Scott Chalmers
og Anthony Lavers "FIDIC Contracts: Law and Practice", Informa Law, London, 2009
- Buch, Anders Jost, Anja
Ristorp Heidelberg,
Heidi Melchiorsen og
Christian Molt Wengel "AB 18 - Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer, 1. udgave, Karnov Group, København, 2020
- Buch, Anders
Vestergaard "Entrepriseretlige mangler - kravene til entreprenørens ydelse", Forlaget Thomson, u.s., 2007
- Charrett, Donalds "The Application of Contracts in Engineering and Construction Projects", 1. Udgave, Taylor & Francis Group, Oxon, United Kingdom, 2019
- Elliot, Fenwick "Dictionary of Construction Terms", Informa Law, London, 2012
- Evald, Jens "Juridisk teori, metode og videnskab", DJØF Forlag, København, 2020
- Giverholt, Heikki,
Hans-Jørgen Arvesen og
Karl Marthinussen "NS 8407 - Almindelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer", Gyldendal Norsk Forlag, 1. udgave, Oslo, 2012
- Gjedde-Nielsen, Michael
og Hans Lykke Hansen "ABR 89 - Almindelige Bestemmelser for teknisk Rådgivning og bistand", Karnov Group, 3. udgave, 2013
- Gjedde-Nielsen,
Michael, Morten R.
Brage, Steen Hellmann,
Henrik H. Andersen og
Peter F. Thommesen "ABR 18 - Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed", Karnov Group, 2021
- Hagstrøm, Viggo og
Herman Bruserud "Entrepriserett", Universitetsforlaget, Oslo, 2014

- Hansen, Ole "Det entrepriseretlige hjemmelsproblem", Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København, 2008
- Hansen, Ole "Entrepriseretlige mellemformer", Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København, 2013
- Hansen, Jørgen "Teknikeraftalen", Juraconsult, København, 1984
- Hedberg, Stig "Kommentarer till AB 04 och ABT 06", AB Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2007
- Hørlyck, Erik "Entreprenørvederlaget", Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2002
- Hørlyck, Erik "Entreprise – Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18) med kommentarer", 8. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, København, 2019
- Hørlyck, Erik "Totalentreprise – Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed (ABT 18) med kommentarer", 5. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, København, 2019
- Iversen, Torsten "Entrepriseretten", Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København, 2016
- Iversen, Torsten "Obligationsret 1", DJØF forlag, København, 2019
- Iversen, Torsten "Obligationsret 2", Jurist- og Økonomiforbundets forlag, København, 2019
- Jørgensen, Stig "Kontraktsret - 1. bind - Aftaler", Juristforbundets Forlag, København, 1971
- Klee, Lukas "International Construction Contract Law", 2. udgave, Wiley Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2018
- Kristensen, Lars
Hedegaard, Anne-Dorte
Bruun Nielsen og
Torsten Iversen "Lærebog i dansk og international køberet", 5. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, København, 2017
- Skovsgaard, Kristian "Entreprenørens ekstraarbejder", Jurist- og økonomiforlaget, København, 2017
- Sørensen, Jakob B "FIDIC Silver Book", ICE Publishing, London, 2019

Titler uden forfatterangivelse

A Tribute to Joseph Lookofsky	Redigeret af Mads Bryde Andersen og René Franz Henschel. DJØF Forlag, København 2015
Hudson's Building and Engineering Contracts	Redigeret af Nicholas Dennys og Robert Clay, 13. udgave, Sweet and Maxwell, London, 2015
Hudson's Building and Engineering Contracts	Redigeret af Nicholas Dennys og Robert Clay, 14. udgave, Sweet and Maxwell, London, 2019

Artikler

Hansen, Ole	"Er entreprenørens ydelse en resultatforpligtelse?" i TBB 2005 s. 95
Hansen, Ole	"Individuelle aftaler om totalentreprenørens ydelse og ansvar" i T:BB 2010.539
Hørlyck, Erik	"MgO-kendelsen og materialeansvaret" i TBB 2017 s. 647
Iversen, Torsten	"Udfyldende entrepriseret – hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?" i TBB 2003, s. 480
Iversen, Torsten	"Loyalitetspligten i entrepriseforhold – refleksioner i anledning af Ole Hansen: Det entrepriseretlige hjemmelsproblem" i T:BB 2008, s. 103
Iversen, Torsten	"Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler" i UfR 2013B s. 351
Jespersen, Halfdan Krag	"Funktions- eller procesgarantier ctr. produktions- eller tabsgarantier i entrepriseretten – et spørgsmål om entreprenørens hæftelse for indirekte tab, AB 92 § 35 stk. 2" i T:BB 1998 s. 18
Klingberg-Jensen, Klint	"Afvikling af offshore-installationer – operatørens fraskrivelse af ansvaret for installationens tilstand" i ET 2019.28
Korsgaard, Niklas	"Nye regler om projektgennemgang" i T:BB 2018 s. 358
Madsen, Palle Bo	"Aftalte ansvarsfraskrivelse i erhvervsforhold" i UfR 2018B s. 131
Vestergaard, Anders Buch	"Entreprenørens risiko for materialefejl" i UfR 2004B s. 64

Internationale afgørelser

Canada:

The Steel Company of Canada Ltd v Willand Management Ltd [1966] SCR 746

Tilgængelig på: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4061/index.do> (sidst besøgt 29. maj 2021)

Greater Vancouver Water District v. North American Pipe & Steel Ltd. and Moody International [2012] BCCA 337

Tilgængelig på: <https://www.bccourts.ca/jdb-txt/CA/12/03/2012BCCA0337.htm> (sidst besøgt 29. maj 2021)

England:

MT Højgaard a/s v E.ON Climate and Renewables UK Robin Rigg East Limited and another:

Court of Appeal: EWCA Civ 407 afsagt den 30. april 2015

Tilgængelig på <http://www.keatingchambers.com/wp-content/uploads/2016/02/M-T-H%C3%B8jgaard-AS-v-E.ON-Climate-and-Renewables-UK-Robin-Rigg-East-Ltd-E.ON-Climate-and-Renewables-UK-Robin-Rigg-West-Ltd.pdf> (sidst besøgt 29. maj 2021)

Supreme Court: UKSC 59 afsagt den 3. august 2017

Tilgængelig på: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0115-judgment.pdf> (sidst besøgt 29. maj 2021)

BILAG:

Kendelse af 29. juni 2020, nr. D-2981 – Bilag 1