

Direkte krav i entreprise- og rådgiverforhold

Direct Claims in Construction and Adviser Relations

af FREDERIK VON FINTEL

Specialet undersøger de krav, der stilles før direkte krav indrømmes i entreprise- og rådgiverforhold. I denne sammenhæng analyseres krav til uagtsomhedsgrad samt om og hvilke yderligere momenter, der er blevet tillagt vægt i retspraksis. Derefter behandles hvilke konsekvenser direkte krav har for indsigelser om modregning, reklamationsfrister, ansvarsbegrænsninger og voldgiftsklausuler. Specialets analyser og konklusioner bygger på en gennemgang af doms- og voldgiftspraksis.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	INDLEDNING	3
1.1	Introduktion til emne	3
1.2	Problemformulering	3
1.3	Terminologi, anvendte forkortelser og omfang af inddragelse af praksis	3
1.4	Metode	4
1.5	Emneafgrænsning	4
1.6	Opbygning	5
2.	RELATIVITETSPRINCIPPET SOM UDGANGSPUNKT	5
3.	TEORIER OM DIREKTE KRAV	6
3.1	Indtrædelsessynspunktet	6
3.2	Retsbrudssynspunktet	6
3.3	Berigelsessynspunktet	7
3.4	Ulfbecks blandingsteori	8
3.5	Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar	9
4.	DIREKTE KRAV MOD ENTREPRENØRER, RÅDGIVERE OG SELVBYGGERE	10
4.1	Direkte krav mod entreprenører	10
4.1.1	Direkte krav fra bygherre mod underentreprenør	10
4.1.1.1	U 2004.114 H (TBB 2004.56)	10
4.1.1.2	TBB 2007.487/2	12
4.1.1.3	U 2010.365 V (TBB 2010.125)	13
4.1.1.4	TBB 2013.343	14
4.1.2	Direkte krav fra efterfølgende erhververe mod entreprenører	15
4.1.2.1	TBB 2003.302 V	15
4.1.3	Sammenfattende om direkte krav mod entreprenører	15
4.2	Direkte krav mod rådgivere	17
4.2.1	Direkte krav fra bygherre mod underrådgiver	17
4.2.1.1	TBB 2004.149	17
4.2.1.2	TBB 2014.531 - Bobledæk-afgørelsen	18
4.2.2	Direkte krav fra efterfølgende erhververe mod rådgivere	19
4.2.2.1	U 1995.484 H	19
4.2.2.2	TBB 2003.196	21
4.2.2.3	U 2012.2255 H	22

4.2.3	Sammenfattende om direkte krav mod rådgivere	24
4.3	Direkte krav mod selvbyggere	25
4.3.1	U 2000.471 V	25
4.3.2	U 2004.2496 V	26
4.3.3	U 2013.140 H	26
4.3.4	Sammenfattende om direkte krav mod selvbyggere	27
5.	INDSIGELSER MOD DIREKTE KRAV	28
5.1	Ansvarsbegrænsninger	28
5.2	Reklamationsfrister	29
5.3	Voldgiftsklausuler	30
5.3.1	U 2013.1195 Ø og sag 216/2013	31
5.3.2	U 2014.2042 H (sag 216/2013)	32
5.4	Modregning	34
5.4.1	TBB 2007.487/2	35
5.4.2	U 2010.365 V (TBB 2010.125)	36
5.4.3	TBB 2015.557	37
5.4.4	Sammenfattende om modregning i direkte krav	37
6.	KONKLUSIONER	38
7.	LITTERATURLISTE	39
7.1	Bøger	39
7.2	Artikler	40
8.	DOMSLISTE	41
8.1	TBB	41
8.2	KFE	41
8.3	UfR	41

ABSTRACT

The thesis begins by presenting different theories of direct claims. This is followed by an examination of when direct claims against contractors, advisers and private people who carry out construction work have been admitted. Furthermore, the thesis contains analyses of the courts and arbitral tribunals' application of the theories of direct claims, including analyses of the influencing factors on admittance of direct claims. Lastly, the thesis contains analyses of how direct claims affect limitations of liability, claims' deadlines, arbitration clauses and counterclaims.

Case law from the Supreme Court, the high courts and arbitral tribunals indicates that direct claims are mainly based on tort and to some degree subrogation. Direct claims based on tort are admitted when tortfeasor has shown a degree of negligence between ordinary negligence and gross negligence. Case law focuses exclusively on negligence in some cases, but includes other factors such as the materiality of the caused defect in other cases. Conclusively, it cannot be stated with certainty whether future disputes will be decided with exclusive focus on negligence.

The current legal position affects limitations of liability and claims' deadlines. These terms of contract are discriminated in favour of the claimant since they are easier to bypass in disputes regarding direct claims than in disputes between parties to a contract. On the other hand, the thesis shows - contrary to conventional wisdom - that arbitration clauses can be effective in disputes regarding direct claims based on tort. Furthermore, it is tentatively concluded that tortfeasors' (connected) counterclaims cannot be deducted in the claimants direct claim based on tort.

1. INDLEDNING

1.1 Introduktion til emne

Ved bygge- og anlægsprojekter antages i dag en flerhed af aktører. Ved nogle byggerier administrerer bygherren alle kontrakter, mens bygherren i andre situationer alene indgår én kontrakt. Jeg vil i afhandlingen afdække skadelidtes mulighed for at rejse et direkte mangelskrav mod de entreprenører og rådgivere, skadelidte ikke har indgået aftale med. Bygherrens motivation kan være medkontrahentens konkurs eller betalingsudygtighed, reklamationsfrister, ansvarsbegrænsninger, forumovervejelser, eller at skadelidte blot ønsker to skyldnere¹. Det juridiske resultat vil have betydelige økonomiske konsekvenser, idet nægtelse af direkte krav ofte medfører, at tabet alene dækkes delvist med dividende fra medkontrahentens konkursbo.

Entreprenører og rådgivere leverer forskellige ydelser; rådgiveren leverer en rådgivningsydelse, mens entreprenøren udfører et håndværk. Fælles for ydelserne er, at de vedrører et formuegode - f.eks. en bygning eller et anlæg - som typisk er genstand for flere efterfølgende overdragelser. Af denne grund inddrages både direkte krav fra bygherrer og efterfølgende erhververe.

Direkte krav rejser spørgsmål, som domstolene i mangel af lovgrundlag må tage stilling til. Skal den skadelidte bygherre tillades at rejse et direkte krav mod den, der har begået fejlen, men som ikke er skadelidtes medkontrahent? Hvad kræves, før kravet indrømmes? Hvilken rolle spiller indholdet af aftalerne for kravet? I afhandlingen afdækkes, hvordan (og om) domstolene har besvaret disse spørgsmål for så vidt angår direkte krav mod entreprenører, rådgivere og private selvbyggere.

Når det er afgjort, at betingelserne for et direkte krav er opfyldt, er den juridiske opgave ikke altid færdigløst. I afhandlingen vil udvalgte indsigelser, som skadevolder kan tænkes at rejse over for direkte krav, også blive behandlet.

Uden at foregribe afhandlingens konklusioner, har domstolene været og bliver fortsat stillet over for juridiske dilemmaer, når de skal fastlægge indholdet af den gældende retstilstand for direkte krav.

1.2 Problemformulering

Jeg vil undersøge, hvilke krav rets- og voldgiftspraksis stiller til indrømmelse af direkte krav mod entreprenører, rådgivere og selvbyggere, samt hvilke retlige udfordringer og overvejelser et direkte krav giver anledning til, herunder konsekvenser for reklamationsfrister, ansvarsbegrænsninger, voldgiftsklausuler og modregning.

1.3 Terminologi, anvendte forkortelser og omfang af inddragelse af praksis

I afhandlingen anvender jeg begrebet *direkte krav*. Andre forfattere anvender begrebet *springende regres*.

I afhandlingen anvender jeg følgende forkortelser, når bestemte aktører behandles i domme og voldgiftsafgørelser:

BH=bygherre
UE=underentreprenør
HE=hovedentreprenør
TE=totalentreprenør

¹ Jf. Hørlyck: *Entreprise*, s. 94 og Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen: *U 1995B.385*. Se som eksempel TBB 2014.531, hvor UR fandtes solidarisk ansvarlig med PR over for BH.

TR=totalrådgiver
UR=underrådgiver
PR=projektrådgiver
UL=underleverandør

Ved generel behandling af direkte krav, anvendes terminologien *skadelidte - mellemed - skadevolder*.

Andre fremstillinger anvender terminologien A - B - C til illustration af omsætningskæden. Afhandlingen vil ved citering af andre fremstillinger anvende parenteser til at tydeliggøre, hvem der rejser krav mod hvem.

Doms- og voldgiftspraksis medtages og gengives alene i det omfang, det er relevant for behandlingen af afhandlingens emne.

1.4 Metode

I afhandlingen anvendes almindelig retsdogmatisk metode. Målet med afhandlingen er følgelig at fremstille den gældende retstilstand på en systematisk og overskuelig måde. I afhandlingen analyseres til brug herfor relevante dele af den nationale rets- og voldgiftspraksis. Internationale afgørelser danner ikke præjudikat i Danmark, hvorfor disse ikke inddrages. Det var hensigten at inddrage nordisk ret som komparativt grundlag, idet de nordiske nabolande i vidt omfang har en fælles retlig tradition med Danmark. Af pladshensyn er en komparativ behandling udeladt.

De adgange til direkte krav, der behandles i afhandlingen, er ulovregulerede. Lovforarbejder inddrages derfor ikke i afhandlingen.

I afhandlingen anvendes sekundære kilder i form af bøger og artikler. Der er foretaget en kildekritisk vurdering af forfatterne, som alle har en juridisk baggrund.

1.5 Emneafgrænsning

I litteraturen er en flæthed af retsgrundlag for direkte krav fremført. Heraf er indtrædelsessynspunktet og retsbrudssynspunktet de to væsentligste. Ud over disse vil berigelsessynspunkter, *Ulfbecks* blandingsteori og det kontraktsafhængige retsbrudsansvar blive inddraget. Med udgangspunkt i denne teoretiske redegørelse behandles, hvilke krav der stilles til indrømmelse af direkte krav. Det vil i første omgang være en undersøgelse af den udviste culpograd, men også andre momenter betydning for vurderingen af, om direkte krav indrømmes, vil blive undersøgt.

Dermed er der ikke gjort op med samtlige retsgrundlag for direkte krav. Et direkte krav kan også tænkes rejst på baggrund af garanti², lovhjemmel³, AB 92 § 5, stk. 5⁴, stråmandskonstruktioner⁵, transport⁶ og produktansvar⁷. Disse retsgrundlag er ikke behandlet i afhandlingen.

² Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 442 og *Edlund: U 2006B.173*.

³ F.eks. lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom. Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 446 og *Edlund: U 2006B.173*.

⁴ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet, kapitel 4, II*, *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 447f og *Hørlyck: Entrepriseret*, s. 97.

⁵ Jf. *Hørlyck: Entrepriseret*, s. 98.

⁶ Jf. *Vagner: Entrepriseret*, s. 216 og *Edlund: U 2006B.173*.

⁷ Både det lovregulerede og det i retspraksis udviklede. Jf. TBB 2012.3 - Om entreprenørens produktansvar i dansk entrepriseret.

I afhandlingen undersøges derudover, hvilke konsekvenser et direkte krav har for skadevolders indsigelser om manglende reklamation, ansvarsbegrænsninger, voldgiftsklausuler og modregning.

I afhandlingen fokuseres på entreprenører, rådgivere og selvbyggere.

1.6 Opbygning

Afhandlingen er opdelt i følgende fire hoveddele:

- En indledende del bestående af afsnit 1.
- En redegørende del bestående af afsnit 2 om relativitetsprincippet som retligt udgangspunkt og afsnit 3 om teorier om direkte krav.
- En analyserende del bestående af afsnit 4 om direkte krav mod entreprenører, rådgivere og selvbyggere og afsnit 5 om udvalgte indsigelser mod direkte krav.
- En konkluderende del bestående af afsnit 6 om afhandlingens konklusioner.

2. RELATIVITETSPRINCIPPET SOM UDGANGSPUNKT

Relativitetsprincippet er en formueretlig grundsætning, som fastslår, at en aftale kun har retsvirkninger for dens parter⁸. Hvis en aftale mellem en hovedentreprenør og dennes underentreprenør skal skabe retsvirkninger for bygherren, kræves et særligt grundlag. En bygherre vil som hovedregel holde sig til sin medkontrahent (hovedentreprenøren), ligesom underentreprenøren vil holde sig til sin medkontrahent (hovedentreprenøren)⁹. Et direkte krav fra en bygherre eller en senere erhverver mod en underentreprenør, underrådgiver eller underleverandør er en fravigelse af relativitetsprincippet, hvis bygherren støtter kravet på rettigheder i henhold til hovedentreprenørens aftale med underentreprenøren.

En kontrakt kan have virkning for andre end kontrahenterne på forskellige måder¹⁰. Den mest vidtgående virkning er, at tredjemand opnår partstatus. En anden virkning er, at kontrakten skaber visse rettigheder og/eller pligter for tredjemand, uden at der dog herved tillægges ham partstatus. *Ulfbeck* anførte i sin doktordisputats, *Kontraktens relativitet*, at *forestillingen om en sondring mellem parten, der nyder alle kontraktens virkninger, og tredje mand for hvem kontrakten ingen virkning har, ikke længere kan opretholdes*. Som eksempel fra nyere retspraksis kan U 2015.3845 H nævnes, hvor Højesteret udtalte, at en efterfølgende erhverver kunne indtræde i en bygherres rettigheder i henhold til en garanti stillet over for bygherren for totalentreprenørens forpligtelser. Garantien, som var stillet over for bygherren, var ikke transporteret til den efterfølgende erhverver. Garantien fik følgelig virkning for en efterfølgende erhverver, som var tredjemand, for så vidt angik garantien.

Bryde Andersen anbefaler, at opdelingen af kontrakts- og deliktsregler opretholdes som to principielt forskellige veje til at begrunde et direkte ansvar¹¹. I samme retning anfører *Vagner*, at *mens direkte krav i form af deliktskrav kan begrundes (om end det er diskutabelt, hvor groft deliktet skal være), kan direkte krav i form af kontraktskrav ikke begrundes. Sådanne krav er og bliver systemstridige*¹².

⁸ Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 434. Smh. *Vibe Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 70, hvoraf mange forskellige udlægninger af relativitetsprincippet fremgår.

⁹ En underentreprenør, underrådgiver eller underleverandør kan f.eks. ikke rette et honorarkrav mod bygherren, jf. TBB 1998.16. Hvis man ikke er part i et kontraktforhold, kan man som udgangspunkt ikke støtte ret på aftalen mellem kontraktens parter, jf. TBB 2005.79.

¹⁰ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens Relativitet*, s. 67f.

¹¹ Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 440. Se endvidere *Bryde Andersen: U2001B.119 - Opgør med relativitetsprincippet*.

¹² Jf. *Vagner: Entrepriseret*, s. 217.

3. TEORIER OM DIREKTE KRAV

3.1 Indtrædelsessynspunktet

Indtrædelsessynspunktet bygger på skadelidtes mulighed for at indtræde i hovedentreprenørens krav mod underentreprenøren. Tanken er, at underentreprenøren i kraft af sin aftale med hovedentreprenøren afgiver et slags uegentligt tredjemandsløfte til de senere led i omsætningskæden - f.eks. en bygherre eller senere erhverver¹³. Indtrædelsessynspunktet følger som udgangspunkt principperne for overdragelse af simple fordringer. Det betyder, at bygherren ikke opnår bedre ret end hovedentreprenøren, hvis han indtræder i hovedentreprenørens krav mod underentreprenøren, jf. princippet i gældslovens § 27. Har underentreprenøren således indsigelser mod hovedentreprenøren, kan indsigelserne også gøres gældende over for bygherren¹⁴. Bygherrens krav mod underentreprenøren kan derfor ikke overstige det krav, hovedentreprenøren kunne have gjort gældende mod sin underentreprenør i kraft af aftalen mellem hovedentreprenøren og underentreprenøren¹⁵. På denne baggrund kan det uden store betænkeligheder tillades, at bygherren indrømmes et direkte krav mod underentreprenøren, idet bygherren har samme ret mod underentreprenøren, som en egentlig transport af hovedentreprenørens krav på underentreprenøren ville give ham¹⁶. Bygherren eller den efterfølgende erhverver behøver imidlertid ikke at få egentlig transport i hovedentreprenørens krav. Herved gøres en undtagelse fra principperne for overdragelse af simple fordringer, idet der ikke stilles krav om foretagelse af sikringsakt, jf. princippet i gældslovens § 31.

Et direkte krav efter indtrædelsessynspunktet fraviger ikke relativitetsprincippet og den traditionelle sondring mellem delikt og kontrakt i materiel henseende, idet skadevolder stilles som om, kravet blev rejst af skadevolders medkontrahent. Formelt er indtrædelsessynspunktet en fravigelse fra relativitetsprincippet, da kravet rettes af en anden end medkontrahenten.

Indtrædelsessynspunktet er typisk mindre attraktivt end et krav efter retsbrudsprincippet, da kontraktuelle indsigelser bevares efter indtrædelsessynspunktet. Et anbringende om direkte krav efter indtrædelsessynspunktet bør derfor være subsidært i forhold til et anbringende om direkte krav efter retsbrudsprincippet, jf. eksempelvis U 1995.484 H¹⁷.

3.2 Retsbrudssynspunktet

Direkte krav begrundet i retsbrudssynspunktet forudsætter, at skadevolderen har begået retsbrud overfor skadelidte. Det retsstridige forhold kan både være en aktiv handling og en undladelse¹⁸. En grundlæggende forskel på et direkte krav efter retsbrudssynspunktet og indtrædelsessynspunktet er, at retsbrudssynspunktet er et deliktskrav, der behandles efter reglerne om erstatning uden for kontrakt. Et direkte krav begrundet i retsbrud er derfor ikke størrelsesmæssigt begrænset, ligesom kontraktuelle indsigelser traditionelt set ikke kan gøres gældende. Ansvarsvurderingen foretages efter aftaleafhængige standarder, idet ansvaret er uden for kontrakt. Det vil således stride med ansvarsgrundlagets karakter, hvis ansvaret blev vurderet efter en aftale, som begge tvistende ikke er part i.

¹³ Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 437.

¹⁴ Jf. f.eks. U 1992.2 V, hvor den nuværende ejer af en ejendom ikke kunne kræve erstatning for mangler hos den oprindelige bygherre, idet der var tale om et ansvar efter reglerne om ansvar i kontrakt. Bygherren kunne derfor påberåbe sig manglende reklamation.

¹⁵ Det anføres af *Vinding Kruse i Ejendomskøb*, s. 303, at indtrædelsessynspunktet ikke nødvendigvis indeholder en forudsætning om, at kravet også må begrænses til erhververens eget krav mod overdrageren.

¹⁶ Jf. *Vagner: Entrepriseret*, s. 218

¹⁷ Jf. *Melchior: Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 194, hvor det anføres, at cessionssynspunktet har - i hvert fald hidtil - været anvendt i de tilfælde, hvor skadevolderen ikke har optrådt groft uagtsomt. I øvrigt er der adgang til at påberåbe sig flere regelsæt på samme tid. Jf. også *Edlund: U 2006B.173*.

¹⁸ Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 443.

Der er i den juridiske litteratur generel enighed om, at direkte krav indrømmes efter retsbrudssynspunkt og indtrædelsessynspunktet¹⁹. Uenigheden handler om, hvilken culpagråd der skal til, før et direkte krav efter retsbrudssynspunktet indrømmes²⁰. Nogle forfattere mener, at direkte krav efter retsbrudsprincippet kun indrømmes ved forsæt, svig og grov uagtsomhed (Wittrup²¹, Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen²²). Andre forfattere mener, at der alene stilles krav om simpel culpa (Hørlyck²³, Edlund²⁴, Iversen²⁵, Vagner²⁶, Gomard²⁷). En tredje gruppe af forfattere befinder sig et sted imellem (Adamsen²⁸, Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen²⁹, Bryde Andersen³⁰, Clausen, Edlund og Ørgaard³¹). Forskellene mellem holdningerne er mere nuancerede end den kategoriske opdeling antyder. Nogle forfattere inddrager en flerhed af forhold - såsom kravets størrelse, tredjemands skuffelse, fejlens karakter, om skadevolder fungerer som kontraktshjælper og hvem kravet rettes mod - som kan påvirke kravet til den udviste culpa, mens andre forfattere er uklare. Der er i opdelingen taget udgangspunkt i, at kravet rejses direkte mod en underentreprenør.

Ikke alle forfattere kan placeres i ovennævnte grupper. Nogle forfattere mener, at domstolene anvender en rimelighedsafvejning/risikoafvejning. Se i denne forbindelse Melchior³² og Kvist-Kristensen og Rise Jensen³³.

3.3 Berigelsessynspunktet

Efter berigelsessynspunktet indrømmes direkte krav for at undgå en ubegrundet berigelse. En entreprenør eller rådgiver, der har begået en fejl, vil opnå en berigelse, hvis bygherren

¹⁹ Jf. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 433ff, Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: *ABR 89*, s. 271f, Melchior: *Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 193f, Hørlyck: *Entreprise*, s. 94f, Vagner: *Entrepriseseret*, s. 216f., Clausen, Edlund og Ørgaard: *Købsretten*, s. 353f, Kvist-Kristensen og Rise Jensen: *U 2013B.129* og Irene Wittrup: *U 1988B.129*.

²⁰ Smh. Vibe Ulfbeck: *Kontraktens relativitet*, s. 306, hvor det fremgår, at diskussionen af om der skal være handlet "culpøst" eller "groft culpøst", eller om der ligefrem skal være handlet "retsstridigt", lider under disse begrebers uklare indhold.

²¹ Jf. Wittrup: *U 1988B.129*

²² Jf. Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen: *U 1995B.385*.

²³ Jf. Hørlyck: *Totalentreprise*, s. 64, Hørlyck: *Entreprise*, s. 94 og *U 1988B.43*.

²⁴ Jf. *U 2006B.173*. Edlund er medforfatter på *Købsretten*, hvor det lader til at holdningen er en lidt anden.

²⁵ Jf. Iversen: *Finansjura*, s. 153f. Iversen anfører, at krav fra en bygherre mod en underentreprenør adskiller sig fra et krav fra en køber mod en tidligere sælger, idet underentreprenøren er hovedentreprenørens kontraktshjælper over for bygherren. Der er ikke tale om at springe tilbage i omsætningskæden som ved krav mod tidligere sælgere. Der er derimod tale om, at det direkte krav mod underentreprenøren springer frem i kæden, idet bygherren har indgået aftale med en hovedentreprenør, som har indgået aftale med en underentreprenør. Iversen mener på denne baggrund, at der ikke kan stilles særlige krav for at tillade bygherren at rejse et mangelskrav direkte over for underentreprenøren.

²⁶ Jf. Vagner: *Entrepriseseret*, s. 216f, hvoraf fremgår, at efter *U 2004.114 H* synes der ikke at kunne opstilles særlige betingelser for at indrømme bygherren et direkte erstatningskrav imod underentreprenøren, når der er tale om udførelsesfejl. Vagner mener dog ikke, at der kan sættes lighedstegn mellem retsbrud og culpa i alle situationer.

²⁷ Jf. Gomard: *Obligationsretten, 1. del*, s. 197f. Gomard mener på baggrund af *U 2004.114 H* og *U 2004.2496 V*, at direkte krav indrømmes efter den almindelige erstatningsregel, hvis der er udvist en adfærd, der er uforsvarlig og ansvarspådragende efter culpapreglen over for skadelidte. Gomard mener i modsætning til f.eks. Vagner, at adgangen til direkte krav er fælles for både sælgere af fast ejendom, sælgere af løsøre og i entrepriseforhold - og måske også for andre kontraktsforhold.

²⁸ Jf. Adamsen: *U 1996B.124*. Adamsen anbefaler det dog som mere stringent og i bedre overensstemmelse med hensynet til forudberegnelighed i kontraktsforhold, at direkte krav ud fra et retsbrudssynspunkt kun tillades ved grov uagtsomhed.

²⁹ Jf. Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: *ABR 89*, s. 276, hvor det anføres, at *det ikke er muligt at reservere det direkte krav / deliktkravet til retsbrudstilfælde, hvis der herved alene forstås tilfælde af groft uforsvarlige forhold*. Der kan ud fra formuleringen være tvivl om forfatterne mener, at der alene stilles krav om simpel culpa.

³⁰ Jf. Bryde Andersen: *Lærebog i obligationsret I*, s. 444f., som ikke kan placeres i én gruppe, idet retsbrudslæren ikke er en videreførelse af en traditionel culpa-tankegang. Den skuffelse, der udløser det direkte krav, skal befinde sig over et vist mindstsmål. Ikke enhver form for culpa begrunder et direkte krav, og man skal utvivlsomt også over visse minimumsbeløb, før kravet kan gøres gældende. Omvendt vil selv grovere uagtsomhedsformer efter omstændighederne kunne falde udenfor, hvis tredjemand ikke lider skuffelse. Formålet med retsbrudssynspunktet er at sammenfatte de forskellige betragtninger i en integreret afvejning. Det er af denne grund nødvendigt at vurdere hver tilfældegruppe for sig.

³¹ Jf. Clausen, Edlund og Ørgaard: *Købsretten*, s. 353f., hvor det anføres, at det næppe er alle faglige fejl, der berettiger til at gøre et direkte krav gældende.

³² Jf. Melchior: *Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 195.

³³ Jf. Kvist-Kristensen og Rise Jensen: *U 2013B.129*, hvor det anføres, at Højesteret med ordene "sådanne håndværksmæssige fejl" i *U 2004.114 H* anvendte et mere elastisk begreb, som domstolene kan anvende til i den konkrete sag at vurdere, om et direkte krav ud fra karakteren af den begåede fejl forekommer mest rimeligt

ikke indrømmes et direkte krav i en situation, hvor underentreprenørens medkontrahent (f.eks. en hovedentreprenør) kunne have rejst et krav mod underentreprenøren. Berigelsessynspunktet fremstilles i litteraturen både som et argument for, at indtrædelse bør tillades³⁴, som et argument for underentreprenørens ansvar efter almindelige erstatningsretlige regler³⁵, som en del af en rimelighedsbetragtning³⁶ og som et selvstændigt retsgrundlag for et direkte krav³⁷. Et selvstændigt krav efter berigelsessynspunktet er karakteristisk derved, at kravet ikke kan overstige berigelsen³⁸. Anvendes berigelsessynspunktet derimod som et argument for et andet ansvarsgrundlag, følger kravets størrelse ansvarsgrundlaget.

3.4 Ulfbecks blandingsteori

Ulfbeck introducerede i sin doktordisputats, *Kontraktens relativitet*, direkte ansvar som et selvstændigt ansvarsgrundlag, der skal fungere i stedet for de øvrige ansvarsgrundlag³⁹. A's (skadevolder) kontraktsindgåelse med B (mellemlidte) bør betragtes som en handling, der etablerer et selvstændigt retsforhold mellem A (skadevolder) og C (skadelidte), der kan begrunde et tilsvarende selvstændigt direkte ansvar over for C (skadelidte). Blandingsteorien stiller ikke krav om en særlig begrundelse for indrømmelse af direkte krav, idet der findes så mange undtagelser til relativitetsprincippet, at en streng opretholdelse af grundsætningen ikke er i tråd med udviklingen. Adgangen til direkte krav er særlig stor ved mellemlidtes konkurs. Teorien er procesbesparende, idet søgsmål led for led undgås.

Blandingsteorien afviser både regrestankegangen og retsbrudssynspunktet. Regrestankegangen er praktisk u håndterbar og unødigt kompliceret. Anerkendelse af en almindelig adgang for C (skadelidte) til at rette direkte krav mod A (skadevolder) uafhængigt af indholdet af kontraktsforholdet mellem A (skadevolder) og B (mellemlidte) efter retsbrudsprincippet, vil indebære et for vidtgående indgreb i aftalefriheden mellem A (skadevolder) og B (mellemlidte). Blandingsteorien er en blanding mellem kontraktsansvar og deliktsansvar, idet ansvaret i visse henseender har deliktuel præg, i andre kontraktuel. Det vil bero på en konkret vurdering at afgøre, hvilken regel der er bedst egnet til at regulere forholdet i den enkelte situation.

Blandingsteorien gør således op med den traditionelle dualistiske opfattelse af kontrakt (indtrædelse) og delikt (retsbrud) som adskilte systemer.

Bryde Andersen forholder sig i U 2001B.119 kritisk til *Ulfbecks* opgør med den dualistiske opfattelse. *Bryde Andersen* problematiserer den retsikkerhed, som anvendelse af rimeligheds- eller hensigtsmæssighedsovervejelser medfører. Ifølge *Bryde Andersen* dokumenterer *Kontraktens relativitet* ikke, at retsikkerheden er større ved fastholdelse af indtrædelses- og retsbrudslæren. Smh. *Edlund* i U 2006B.173, som på baggrund af en gennemgang af

³⁴ Jf. *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, s. 439f. Se TBB 2003.302 V som tilsyneladende anvender berigelsessynspunktet som argument for indtrædelsessynspunktet. Se også U 2015.3845 H, hvor berigelsessynspunktet anvendes i en sag om en efterfølgende erhververs indtrædelse i en garanti stillet over for bygherren.

³⁵ Jf. *Hørlyck: Entreprise*, s. 94, hvor det anføres, at underentreprenøren i modsat fald ofte vil opnå en ugrundet berigelse trods begået fejl, idet den insolvente hovedentreprenør i mange tilfælde ikke har interesse i at rejse krav.

³⁶ Jf. *Melchior: Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 195, hvor det anføres, at det ikke skal komme underentreprenøren til gavn, at han havde indgået underentrepræseaftale med en hovedentreprenør, der ikke kan kende en håndværksmæssig fejl, når han ser en.

³⁷ Jf. *Rosenmeier: Mangler ved fast ejendom*, s. 40f. og *Vinding Kruse: Ejendoms køb*, s. 302. Vinding Kruse anfører samtidig s. 295, at berigelsessynspunkter kan tænkes inddraget i begrundelsen for et direkte krav. Se også *Ussing: Erstatningsret*, s. 212f, hvor det indledningsvist anføres: *naar en person lider et Tab, men en anden Person beriges derved, kan der efter Omstændighederne være Grund til at give den første et Krav paa den Berigelse, den anden har faaet paa hans Bekostning. Det har praktisk Betydning, hvor der ikke er fornødent Grundlag for at give den tablidende et egentligt Erstatningskrav.* Ussing er opmærksom på den medfølgende retsikkerhed.

³⁸ Jf. *Ussing: Erstatningsret*, s. 212f.

³⁹ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 185f.

retspraksis delvist støtter både det kontraktsafhængige retsbrudsansvar og blandingsteori-
en⁴⁰.

Når et krav på grund af mangelfuld ydelse rettes imod ens medkontrahent, vil aftalen være udgangspunktet for mangelsvurderingen, idet aftalen fastlægger ydelsen. Dette er hverken mærkeligt eller problematisk. Problemet opstår derimod, hvis den samme vurdering anlægges, når et direkte krav rettes mod andre end medkontrahenten, idet der ikke består et aftaleforhold. Problemet tydeliggøres, hvis aftalen tillægges betydning for vurderingen af, om direkte krav indrømmes, men ikke tillægges betydning for så vidt angår aftalte ansvarsbegrænsninger og reklamationsfrister.

3.5 Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar

Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen har i U 1995B.385 introduceret det kontraktsafhængige retsbrudsansvar som et selvstændigt ansvarsgrundlag. Efter teorien kan ethvert forhold hos skadevolder, der kan medføre ansvar efter kontraktsregler, medføre et kontraktsafhængigt retsbrudsansvar overfor skadelidte tredjemand. Det vil typisk være et culpaansvar, men det kan også være et objektivi ansvar.

Der stilles for det første krav om, at skadevolderen kan pålægges et kontraktsansvar over for sin medkontrahent.

Skadevolderens ansvar begrænses, bortfalder og udelukkes efter reglerne om ansvar i kontraktsforhold og ifølge aftalerne mellem skadevolderen og mellemlidte, samt aftalerne mellem skadelidte og mellemlidte. En væsentlig forskel fra indtrædelsessynspunktet er, at skadelidtes kontraktsafhængige retsbrudskrav mod skadevolderen ikke i enhver henseende er beløbsmæssigt begrænset til det krav, mellemlidte ville kunne rette mod skadevolder.

Der stilles dernæst betingelse om, at der foreligger *særlige omstændigheder*, som begrundet fravigelsen af relativitetsgrundsætningen.

Endelig stilles der betingelse om, at kontraktsansvaret i sidste omsætningsled ikke er udelukket, bortfaldet eller begrænset på grund af den sidste erhververs forhold. Som eksempler nævnes reklamationsregler, ansvarsfraskrivelse og aftaler i sidste omsætningsled om at fejl ved genstanden ikke er en mangel. Reglen begrundes med, at skadelidte ikke må beriges, fordi en anden end hans oprindelige kontraktspart er ansvarlig for den mangelfulde ydelse, hvis grunden til, at skadelidtes krav mod mellemlidte er udelukket, bortfaldet eller begrænset, er skadelidtes egne forhold. Reglen bygger på skadelidtes egen skyld eller en objektiv risikofordeling.

Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar reguleres som udgangspunkt efter reglerne om ansvar uden for kontraktsforhold, men det kan tillige udelukkes, bortfalde eller begrænses efter kontraktsregler og kontraktsbestemmelser. Kontraktsregler mellem skadevolder og dennes medkontrahent vil være gældende. Kontraktsregler i sidste omsætningsled vil være gældende, hvis manglende ansvar skyldes skadelidtes forhold.

Forfatterens sondring mellem retsbrudsansvar efter deliktsregler og det kontraktsafhængige retsbrudsansvar forudsætter, at skadevolder vil kunne mødes med et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, hvis der er *udvist svig eller de højeste grader af tilregnelser, dvs. forsæt og evt. bevidst grov uagtsomhed*. Som det vil fremgå af gennemgangen af rets- og voldgifts-

⁴⁰ Jf. *Edlund: U 2006B.173*, s. 3 samt note 23., hvor det anføres, at *ved anlæggelsen af den særlige culpavurdering for direkte krav involveres - ud over alle de sædvanlige elementer i uagtsomhedsvurderingen - tillige indholdet af kontrakten indgået mellem A og B. Edlunds udsagn kan betragtes som en forlængelse af Ulfbeck, der i Kontrakters relativitet, s. 190 anfører: Er ydelsen ikke mangelfuld mellem A og B, må direkte krav fra C som hovedregel være udelukket.*

praksis i afsnit 4, passer denne sondring ikke med den gældende retstilstand for indrømmelse af direkte krav efter retsbrudsprincippet.

Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar er blevet mødt med kritik af *Adamsen*⁴¹, *Rosenmeier*⁴² og *Ulfbeck*⁴³.

4. DIREKTE KRAV MOD ENTREPRENØRER, RÅDGIVERE OG SELVBYGGERE

4.1 Direkte krav mod entreprenører

4.1.1 Direkte krav fra bygherre mod underentreprenør

I en sædvanlig enterprisesituation indgår bygherren et kontraktsforhold med en hovedentreprenør, som herefter antager en række underentreprenører til at lave dele af byggeriet. Den herved dannede kontraktskæde adskiller sig fra en kontraktskæde ved salg af løsøre eller salg af fast ejendom. Underentreprenøren er klar over, hvad den endelige ydelse er, og hvem hovedentreprenøren skal opfylde over for. Underentreprenøren er antaget af hovedentreprenøren til at hjælpe med opfyldelse over for bygherren. Dette forhold beskrives i litteraturen med, at underentreprenøren er hovedentreprenørens kontraktshjælper⁴⁴. Hvis underentreprenøren ikke på det foreliggende grundlag har nok information, må han undersøge, hvordan hovedentreprenøren skal opfylde over for bygherren. Når et krav rejses mod underentreprenøren springer bygherren ikke *tilbage* til et tidligere led i omsætningskæden som ved salg af løsøre eller fast ejendom - bygherren springer derimod *frem* i kæden⁴⁵. Spørgsmålet er, om dette særlige forhold medfører, at vejen til direkte krav mod underentreprenøren er kortere.

4.1.1.1 U 2004.114 H (TBB 2004.56)

I 1985 købte et ægtepar (BH) en grund med henblik på opførelse af et parcelhus til privat beboelse. BH antog en hovedentreprenør (HE) til at stå for opførelse af huset. HE antog en tømrer som underentreprenør (UE) til at udføre taget. HE gik i 1989 konkurs. Da der skete vandindtrængning i 1999, rettede BH et erstatningskrav mod UE. Det fremgik af en syn- og skønserklæring fra 2001, at der var flere fejl ved taget. Undertaget var udført mangelfuldt, ventilationskanaler gennem undertaget var ikke udført korrekt, der var ikke udført korrekt samling mellem aftrækskanaler og hætter, ventilationskanaler var ikke fastgjort til spær og lægter, der var ikke udført korrekt afslutning af undertaget ved gavle og kip, og undertaget var ikke opbygget i overensstemmelse med dagældende vejledninger eller angivelserne på tegningerne.

BH gjorde for byretten gældende, at sagen drejede sig om et fagligt ansvar, og at der kun krævedes et almindeligt culpaansvar, idet det kontraktsafhængige retsbrudsansvar ikke var betinget af grov uagtsomhed. UE gjorde heroverfor gældende, at der ikke var tale om alvorlige fejl, ligesom det ikke var bevist, at HE havde reklameret rettidigt over for UE.

Byretten udtalte, at spørgsmålet om, hvorvidt BH kunne gøre krav gældende mod UE som udgangspunkt måtte være afhængigt af, om UE hæftede for mangler over for HE. Retten afviste erstatningskravet og udtalte derudover, at der heller ikke på anden måde var påvist et selvstændigt ansvarsgrundlag.

⁴¹ Jf. *Adamsen: U 1996B.124.*

⁴² Jf. *Rosenmeier: Mangler ved fast ejendom s. 40f.*

⁴³ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet, s. 187f.*

⁴⁴ Jf. *Vagner: Entrepriseret, s. 216f* og *Iversen: Finansjura, s. 153f.*

⁴⁵ *Ibid.*

Byretten anvendte herved indtrædelsessynspunktet, idet det afgørende var, om HE kunne gøre kravet gældende mod UE. Idet HE ikke reklamerede, kunne BH ikke gennemføre et direkte krav efter indtrædelsessynspunktet. Som anført udtalte byretten, at der ikke på anden måde var påvist et selvstændigt ansvarsgrundlag, selvom BH havde gjort det kontraktsafhængige retsbrudsansvar gældende.

For landsretten præciserede BH, at det til støtte for påstanden alene blev gjort gældende, at det direkte erstatningsansvar fulgte af reglerne om erstatningsansvar uden for kontraktsforhold, og at det derfor var uden betydning, om HE kunne gøre kravet gældende over for UE. Landsretten fandt efter en samlet bedømmelse ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at UE havde udvist *grov uagtsomhed* ved arbejdets udførelse. Landsretten stadfæstede herefter byrettens dom.

Vestre Landsrets afgørelse er bemærkelsesværdig af to grunde. For det første fordi BH specifikt gjorde et erstatningsansvar uden for kontrakt gældende. For det andet fordi landsretten afviste et ansvar under henvisning til, at der ikke var udvist grov uagtsomhed. Både det kontraktsafhængige retsbrudsansvar (som hovedregel) og retsbrudsprincippet er regler om erstatningsansvar uden for kontrakt. Vestre Landsret afviste herved det kontraktsafhængige retsbrudsansvar som et selvstændigt ansvarsgrundlag, idet det kontraktsafhængige retsbrudsansvar ikke betinges af grov uagtsomhed, jf. U1995B.385. Vestre Landsrets afgørelse kan derfor tages til indtægt for, at det var landsrettens opfattelse af den dagældende retstilstand, at grov uagtsomhed var en betingelse for et direkte krav uden for kontrakt efter retsbrudssynspunktet.

Højesteret lagde i sin afgørelse til grund, at UE havde begået *flere fejl*, som var hovedårsag til vandindtrængen, at undertagets baner var oplagt vandret uden tilstrækkeligt overlæg i længdesamlingerne, og at gennemførelse af ventilationskanaler, samlinger mellem aftrækskanaler og hætter samt afslutning af undertaget ved gavle og kip ikke var udført korrekt. Højesteret fandt herefter, at UE var erstatningsansvarlig direkte over for BH for *sådanne håndværksmæssige fejl*, og at UE ikke over for BH kunne påberåbe sig, at HE burde have opdaget fejlene og reklameret herover.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af Højesterets præmisser, hvilket ansvarsgrundlag Højesteret anvendte⁴⁶. Hvis indtrædelsessynspunktet blev anvendt, skulle Højesteret tage stilling til, om HE var afskåret fra at rette et krav mod UE på grund af manglende reklamation. Højesteret foretog imidlertid ikke en materiel behandling af reklamationsspørgsmålet. Højesteret udtalte blot, at UE ikke kunne *påberåbe* sig, at HE burde have opdaget fejlene og reklameret. Det er derfor naturligt at anse Højesterets afvisning af UE's mulighed for at påberåbe sig manglende reklamation som en konsekvens af anvendelsen af retsbrudsprincippet som ansvarsgrundlag, idet reklamationsfrister ikke kan gøres gældende efter retsbrudsprincippet.

Det næste naturlige (og omdiskuterede) spørgsmål var, hvor grove fejlene var. Afgørelsen er af flere forfattere blevet taget til indtægt for, at simpel culpa er tilstrækkeligt til at indrømme et direkte krav mod underentreprenører⁴⁷. Højesterets beskrivelse af de enkelte fejl ved udførelsen af undertaget er så konkret, at den næppe siger noget vejledende for culpagraden. Andre dele af præmisserne kan imidlertid bruges til at udlede noget generelt om krav til culpagraden. Højesteret lagde til grund, at der var begået *flere fejl*. Simpel culpa forudsætter alene, at der er begået fejl - en enkelt fejl er i princippet nok. Syn- og skønserklæringens beskrivelse af fejlene pegede i retning af en culpagrad, der var mere kvalificeret end simpel culpa. Afgrænsningen mellem simpel og grov culpa er en retlig vurdering, som en skønsmænd principielt ikke kan foretage. Højesteret lagde imidlertid alene skønsmændens erklæ-

⁴⁶ Se Melchior: *Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 195, hvor det anføres, at Højesteret ikke tog stilling til, hvilket af synspunkterne [retsbrud eller indtrædelse] man anvendte, ligesom Højesteret ikke tog stilling til uagtsomhedsgraden.

⁴⁷ Jf. Hørlyck: *Entreprise*, s. 94f., Vagner: *Entrepriseret*, s. 220 og Edlund: *U 2006B.173*, s. 3.

ring og forklaring til grund ved vurderingen af udførelsesfejlene. Indholdet af erklæringen kan derfor bruges vejledende for vurderingen af culpagraaden. Højesteret formulering - *sådanne* håndværksmæssige fejl - indicerede grovere culpa end simpel culpa, idet ikke alle håndværksmæssige fejl - men alene *sådanne håndværksmæssige fejl* - begrundede et direkte krav⁴⁸. Edlunds anfører følgende i U 2006B.173:

I UfR 2004.114 H fik to bygherrer C Højesterets ord for, at de pågældende kunne indtale et krav direkte over for den underentreprenør A, der havde begået "håndværksmæssige fejl" ved udførelse af undertag. Fejlene er hverken beskrevet som "grove" eller "klare". Med dette ordvalg påviser Højesteret, at det er tilstrækkeligt, at der i en sådan situation er handlet culpøst.

Det er en fejl at udelade ordet *sådanne*, når man citerer fra en afgørelse - særligt når man derefter skriver, at fejlene hverken blev beskrevet som grove eller klare. Edlunds argument skal derfor ikke tillægges vægt.

Det har været anført, at Højesterets afgørelse var udtryk for en rimelighedsbetragtning⁴⁹. Hvis Højesteret anlagde en sådan betragtning - f.eks. at det var synd, at BH havde indgået aftale med konkursramte HE, som ikke kunne se forskel på godt og dårligt håndværk - kan det ikke læses i præmisserne.

Det afgørende for Højesteret var, at den udviste adfærd kunne kvalificeres som *sådanne håndværksmæssige fejl*. Højesteret opstillede herved en målestok, som tilsyneladende lagde vægt på karakteren af den udviste adfærd⁵⁰. Højesterets afgørelse adskilte sig herved fra landsrettens afgørelse. I vurderingen af om der forelå grov uagtsomhed, lagde Vestre Landsret vægt på både selve skaden på undertaget og de faglige fejl.

4.1.1.2 TBB 2007.487/2

En bygherre (BH) indgik i 2004 aftale med en hovedentreprenør (HE) om opførelse af en staldbygning. HE antog en murermester (UE) som underentreprenør. HE gik efterfølgende konkurs. I forbindelse med UE's søgsmål mod BH gjorde BH et direkte krav mod UE gældende til modregning. Modregningsspørgsmålet er behandlet i afsnit 5.4.

Det fremgår af byrettens præmisser, at det i forbindelse med spørgsmålet om direkte krav skulle tillægges betydning, at UE havde et krav mod HE (under konkurs), som ikke kunne benyttes, hvis BH blev inddrømmet et direkte krav. På denne baggrund fandt byretten ikke grundlag for at tillade BH at rejse et direkte krav mod UE.

Byretten anlagde herved en slags rimelighedsbetragtning til fordel for UE, hvori UE's modregningsadgang var afgørende. Hvis byretten anvendte retsbrudsprincippet, ville det afgørende være, om UE havde begået retsbrud (*sådanne håndværksmæssige fejl*). Byrettens begrundelse blev ændret af Vestre Landsret.

Vestre Landsret placerede sig i forlængelse af Højesteret i U 2004.114 H, idet det afgørende var, at BH ikke havde godtgjort, at UE havde begået *sådanne håndværksmæssige fejl*, at der var grundlag for en fravigelse af udgangspunktet om, at der ikke bestod et retsforhold mellem UE og BH for så vidt angik manglerne. TBB 2007.487/2 bekræftede herved relativitetsprincippet som udgangspunkt og kriteriet *sådanne håndværksmæssige fejl* som en mulig undtagelse til relativitetsprincippet.

⁴⁸ Jf. Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 140.

⁴⁹ Se Melchior: *Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 195 og Kvist-Kristensen og Rise Jensen: *U 2013B.129*.

⁵⁰ Smh. Munk-Hansen: *Fast ejendom I*, s. 449, som anfører, at når retspraksis anvender ord som *fejl*, lægges der undertiden et slør over, om bedømmelsen angår den uagtsomme handling/undladelse eller dennes konsekvenser.

4.1.1.3 U 2010.365 V (TBB 2010.125)

En feriepark (BH) indgik aftale med en hovedentreprenør (HE) om et nybyggeri af et badeland på 2400 kvm. HE antog en murermester (UE) som underentreprenør til at udføre murerarbejde ved lægning af gulv i badelandet. Underentreprisaftalen havde en værdi af ca. 1,3 mio. kr. Det fremgik af en skønserklæring, at *klinkegulvet i opholdsarealet i badelandet ikke var udført håndværksmæssigt korrekt, idet der forekom lunger med vandansamlinger flere steder på klinkegulvet*. Det var skønsmandens vurdering, at omkostningerne til udbedring var ca. 65.000 kr. ekskl. moms. BH anlagde voldgiftssag mod HE som ansvarlig for manglerne. HE gik imidlertid konkurs inden sagen kunne afsluttes ved Voldgiftsnævnet. BH anlagde derfor sag mod UE ved de almindelige domstole og påstod denne dømt som ansvarlig for manglerne.

Byretten fandt, at der var tale om en væsentlig mangel. Byretten lagde til grund, at der ikke bestod et kontraktsforhold mellem BH og UE. Herefter fandt byretten, at UE i forbindelse med etablering af klinkegulvet havde begået *håndværksmæssige fejl* ved at undlade at sørge for, at vand på opholdsstedet kunne løbe til afløb. Byretten udtalte herefter, at for disse fejl fandtes såvel HE som UE at være direkte erstatningsansvarlige *efter reglerne om springende regres*⁵¹.

Vestre Landsret delte sig i et flertal på 2 og et mindretal på 1. Flertallet gjorde det indledningsvist klart, at sagen måtte afgøres efter reglerne om erstatning uden for kontrakt. Herefter tiltrådte flertallet, at UE's udførelse af klinkegulvet ikke var håndværksmæssigt korrekt. Flertallet udtalte, at *i forhold til en samlet underentreprise på ca. 1,3 mio. kr. udgør udgiften til udbedring af lungerne ifølge skønserklæringen ca. 65.000 kr.* Endvidere påpegede flertallet, at BH ikke havde gjort gældende, at der var vidererækkende konsekvenser, ligesom BH ikke havde ladet lungerne udbedre. På denne baggrund fandt flertallet, at lungerne ikke udgjorde *sådanne håndværksmæssige fejl*, at BH kunne rette et direkte krav mod UE.

Mindretallet fandt derimod, uanset at der ikke var bevist *væsentlige mangler*, at der forelå *sådanne håndværksmæssige fejl*, at UE var direkte erstatningsansvarlig over for BH. Herved adskilte mindretallet manglernes væsentlighed fra den udviste adfærd. Om mangler er væsentlige er en vurdering, der foretages i forbindelse med et hæveopgør - altså en vurdering i kontraktsforhold. Mindretallets afgørelse kom derfor tættere på Højesterets begrundelse i U 2004.114 H end flertallet, idet der blev foretaget en vurdering af UE's fejl (retsbrud) løsrevet fra en væsentlighedsvurdering⁵².

Sammenholdes byrettens afgørelse med landsrettens afgørelse, er det bemærkelsesværdigt, at ordet *sådanne* fremgår i landsrettens afgørelse (både flertallet og mindretallet) men ikke i byrettens afgørelse. Landsretten tillagde tilsyneladende herved ordet *sådanne* en selvstændig betydning. Flertallets frifindelse fastslog, at simpel culpa ikke var tilstrækkeligt til indrømmelse af et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, idet flertallet fandt, at UE havde begået *håndværksmæssige fejl*, men på trods heraf kunne UE ikke mødes med et direkte krav. *Sådanne håndværksmæssige fejl* befandt sig derfor et sted imellem simpel culpa og grov culpa ifølge landsretsflertallet.

Ved vurderingen af om der forelå *sådanne håndværksmæssige fejl*, inddrog flertallet forholdet mellem udgiften til udbedring på 65.000 kr. og størrelsen på underentreprisen på 1,3 mio. kr. Flertallet udvidede herved vurderingen af kriteriet *sådanne håndværksmæssige fejl*, idet den i forhold til underentreprisens summen relativt lave udgift til udbedring samt det forhold, at BH ikke havde udbedret fejlen, talte imod indrømmelse af et direkte krav efter rets-

⁵¹ Byrettens afgørelse er et eksempel på, at en BH kan opnå at få to solidariske skyldnere ved at komme igennem med et direkte krav.

⁵² Det fremgår udtrykkeligt af mindretallets præmisser, at kriteriet i U 2004.114 H blev anvendt, og at der var tale om et direkte erstatningsansvar beroende på *et retsbrudssynspunkt*.

brudssynspunktet⁵³. Culpagraden stod derfor ikke alene i vurderingen af, om der var begået *sådanne håndværksmæssige fejl*. Sammenholdt med U 2004.114 H, synes TBB 2010.125 at inddrage yderligere momenter i vurderingen af retsbrudskrav end den udviste adfærd.

Entreprenesummen var en del af kontraktgrundlaget mellem HE og UE. Hvis HE havde opdelt udførelsen i flere, mindre underentrepriser, ville størrelsesforholdet have været anderledes. Ville det medføre indrømmelse af direkte krav, hvis HE havde antaget en underentreprenør til at lægge en mindre del af gulvet til f.eks. 200.000 kr.? Ud fra præmisserne ville det i højere grad tale for indrømmelse af direkte krav, idet udbedringsudgiften på 65.000 kr. relativt set ville være større i forhold til en underentreprenesum på 200.000 kr. Det er tilfældigt for BH, hvor mange underentrepriser HE opdeler udførelsen i, ligesom BH ikke har kontrol over hvilke og hvor mange underentreprisaftaler HE indgår. Det er derfor uhenigtsmæssigt, at det har betydning for BH's direkte krav.

4.1.1.4 TBB 2013.343

En selskab (E) opførte et sommerhus, som erhvervedes af et ægtepar. Det opførende selskab antog et elektrikerfirma (UE) som underentreprenør til at udføre elarbejdet på ejendommen. Det var parterne bekendt, at ejendommen ville blive overdraget til ægteparret (BH) straks efter opførelsen⁵⁴. En flerhed af mangler viste sig efterfølgende, herunder mangler ved elarbejdet. BH havde tidligere anlagt retssag mod E, men manglerne ved elarbejdet var ikke opdaget på dette tidspunkt. I forbindelse med afslutningen af retssagen blev E opløst. BH anlagde derfor retssag mod UE under anbringende af, at UE var ansvarlig efter *den almindelige obligationsretlige grundsætning om retsbrudslæren*. Det fremgik af syn- og skønserklæringen, at elarbejdet ikke var udført håndværksmæssigt korrekt og i strid med gældende forskrifter.

Byretten fandt efter karakteren af manglerne ved installationen ved lampeudtagene, herunder den manglende forskriftsmæssige reetablering af dampspærren, at UE havde pådraget sig erstatningsansvar direkte over for BH som køber af ejendommen. Denne mangel udgjorde alene en post på i alt 4.375 kr. ud af en samlet påstand på 219.375 kr.

Vestre Landsret fandt i modsætning til byretten UE ansvarlig for den fulde påstand.

Vestre Landsret udtalte følgende:

Da elinstallationerne ifølge skønsmanden generelt ikke er udført håndværksmæssigt korrekt og til dels i strid med gældende forskrifter, hvorfor en udbedring er nødvendig, må [UE] som underentreprenør anses for direkte erstatningsansvarlig herfor over for [BH].

For Vestre Landsret var det et moment, der talte for indrømmelse af et direkte krav, at *udbedring [var] nødvendig*, idet elinstallationerne var i strid med gældende forskrifter. TBB 2013.343 inddrog derved yderligere momenter end blot den udviste adfærd.

For så vidt angår culpagraden adskilte dommen sig fra U 2004.114 H, TBB 2007.487/2 og TBB 2010.125, hvor domstolene anvendte udtrykket *sådanne håndværksmæssige fejl*. Vestre Landsret anførte alene, at arbejdet *generelt ikke var udført håndværksmæssigt korrekt og til dels i strid med gældende forskrifter, hvorfor udbedring var nødvendig*. Udeladelsen af ordet *sådanne* tyder på, at simpel culpa var tilstrækkeligt i denne sag.

⁵³ Jf. i denne forbindelse *Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 444f.*, der bl.a. anfører, at ikke enhver form for culpa begrunder et direkte krav, og man skal utvivlsomt også over visse minimumsbeløb, før kravet kan gøres gældende.

⁵⁴ Af denne grund er dommen placeret i dette afsnit om krav fra bygherre mod underentreprenør.

Vestre Landsret udtalte, at BH ikke havde haft indflydelse på, hvem der skulle udføre entreprisen. Dette kan være en henvisning til problematikken omkring nominerede underentreprenører. På den ene side kan man holde fast i det formelle; bygherren har alene indgået kontrakt med hovedentreprenøren. På den anden side kan man holde fast i det reelle; bygherren har betinget sig, at en bestemt underentreprenør anvendes. Spørgsmålet om nominerede underentreprenører rejses typisk i forbindelse med hovedentreprenørens hæftelse for underentreprenørers arbejde. Nominerede underentreprenører kan imidlertid også have en betydning for direkte krav, idet man kan argumentere for, at bygherrens forhold til underentreprenøren får et mere kontraktuelt præg. Det ses ikke tydeligt i afgørelsen, hvad Vestre Landsret brugte informationen til. Det kan være, at Vestre Landsret subsumerede kravet som et direkte krav (uden for kontrakt), fordi bygherrerne ikke havde haft indflydelse på, hvem der skulle udføre arbejdet.

4.1.2 Direkte krav fra efterfølgende erhververe mod entreprenører

4.1.2.1 TBB 2003.302 V

I sagen antog en bygherre (BH) en hovedentreprenør (HE) til at opføre 15 andelsboliger. HE antog herefter underentreprenøren (UE) til at udføre VVS-delen i underentreprise. BH overdrog efterfølgende byggeriet til en nystiftet andelsboligforening (A).

Vestre Landsret udtalte om A's direkte krav mod HE:

Under hensyn til manglernes karakter er betingelserne for at gøre et krav gældende direkte mod [HE] ud fra retsbrudssynspunkter ikke opfyldt.

Det er ejendommeligt, at Vestre Landsret fandt manglernes karakter afgørende. Hvis man tager landsretten på ordlyden, spillede den udviste adfærd tilsyneladende ikke en rolle i vurderingen af retsbrudssynspunktet. Hvis man derimod betragter præmisserne som en culpavurdering, stillede landsretten krav om en culpograd, der var mere kvalificeret end simpel culpa, idet HE havde handlet culpøst. Uanset hvilken fortolkning, der lægges til grund, kan TBB 2003.302 V næppe anses som gældende ret for så vidt angår retsbrudssynspunktet, jf. U 2004.114 H.

Vestre Landsrat udtalte endvidere, at som følge af BH's insolvens og det forhold, at HE var ansvarlig for de konstaterede mangler ved andelsboligerne, kunne A indtræde i BH's krav mod HE, som således hæftede solidarisk med BH. BH's insolvens og HE's ansvar var det afgørende for anvendelse af indtrædelsessynspunktet. Henvisningen til BH's insolvens kan være udtryk for en berigelsesbetragtning; hvis direkte krav efter indtrædelsessynspunktet ikke blev indrømmet, ville skadelidte alene have et krav mod en insolvent medkontrahent. Samtidig ville HE, som var ansvarlig for manglerne, opnå en ugrundet berigelse. TBB 2003.302 fremstår herved som et eksempel på, at berigelsesgrundsætningen anvendes som argument for indtrædelsessynspunktet⁵⁵.

4.1.3 Sammenfattende om direkte krav mod entreprenører

Den nyeste retspraksis om direkte krav fra bygherrer mod underentreprenører er ikke fuldstændig harmonisk⁵⁶. Med U 2004.114 H indførte Højesteret en ny målestok for, hvornår et

⁵⁵ Se også U 2015.3845 H, som vedrørte en efterfølgende erhververs mulighed for at indtræde i en entreprenørgaranti stillet over for bygherren. Højesteret inddrog både rimelighedsbetragtninger (*det kan derfor ikke anses for... en urimelig ulempe*) og berigelsessynspunkter (*[garantistiller] vil kunne opnå en uforudset berigelse på bekostning af [den efterfølgende erhverver]*).

⁵⁶ Fra tidligere praksis om bygherrens krav mod underentreprenører kan også KFE 1983.274 og KFE 1983.299 nævnes. KFE 1983.274: Totalentreprenørens underentreprenør (som var hovedentreprenør på byggeriet) fandtes direkte ansvarlig over for bygherren. Der var begået *alvorlige fejl* ved byggeriet. Voldgiftsretten udtalte, at der ikke kunne gives underentreprenøren medhold i, at der ikke påhvilede denne et direkte ansvar over for bygherren for *håndværksmæssige fejl*, idet sådant

direkte krav efter retsbrudsprincippet indrømmes. Direkte krav indrømmes herefter, når underentreprenøren har begået *sådanne håndværksmæssige fejl*. Højesteret foretog en vurdering af den udviste adfærd, og indrømmede på baggrund heraf et direkte krav. Vurderingen skete ud fra en almindelige fagmæssig standard, og kontrakten mellem underentreprenøren og hovedentreprenøren spillede ikke en rolle i vurderingen. Højesterets formulering antydede, at det alene var adfærden (fejlen) der blev vurderet. Vestre Landsret har imidlertid efterfølgende indlagt flere forhold i vurderingen end blot den udviste adfærd. Efter Vestre Landsrets praksis taler det *imod* indrømmelse af direkte krav mod underentreprenører:

- at udgiften til udbedring er lav i forhold til underentreprisesummen (TBB 2010.125),
- at bygherren ikke fået foretaget udbedring (TBB 2010.125), og
- at manglerne ikke har vidererækkende konsekvenser (TBB 2010.125).

Det taler omvendt *for* indrømmelse af direkte krav mod underentreprenører:

- at udbedring er nødvendig, fordi arbejdet er i strid med gældende forskrifter (TBB 2013.343).

De efterfølgende afgørelser fra Vestre Landsret inddrager forhold i vurderingen af retsbrudssynspunktet, som ikke blev inddraget i U 2004.114 H. Det er uafklaret, om Højesteret vil inddrage ovenstående momenter i vurderingen af, om der er begået *sådanne håndværksmæssige fejl*. Det taler imod inddragelse af sådanne yderligere momenter, at Højesteret valgte ordene *sådanne håndværksmæssige fejl*. Fejl relaterer sig til en adfærd - ikke om der er tale om væsentlige mangler eller en dyr eller billig udbedring. Der kan måske findes en vis vejledning i U 2004.114 H, hvor Højesteret ikke inddrog karakteren af skaden på undertaget - et forhold, som Vestre Landsret ellers havde lagt vægt på. Endvidere fandt landsrettens mindretal i TBB 2010.125 efter en henvisning til U 2004.114 H, at *uanset at det ikke [var] bevist, at der [var] tale om fejl, der [havde] medført væsentlige mangler ved den udførte gulventreprise*, at der forelå *sådanne håndværksmæssige fejl*. Mindretallet forstod altså Højesterets vurdering i U 2004.114 H som en vurdering af den udviste adfærd, og inddrog ikke kontraktuelle momenter (væsentlige mangler) i vurderingen⁵⁷. Endvidere taler U 1983.139 H for, at Højesteret ikke vil lade omfanget af skaderne være afgørende. I dommen blev et direkte krav indrømmet selvom skaderne havde et *[beskedent] omfang* og ikke *nævneværdig indflydelse på ejendommens brugsværdi*. Det ville have været afklarende for retstilstanden, at TBB 2010.125 havde været indbragt for Højesteret. Om end Vestre Landsrets fokus på manglernes karakter ikke har støtte i U 2004.114 H, så kan der dog findes støtte i lignende afgørelser afsagt af Højesteret, jf. U 1995.484 H, hvor fejlen vedrørte *væsentlige egenskaber ved ejendommen*. Dommen er behandlet i afsnit 4.2.2. Idet retspraksis ikke entydigt har taget stilling til, om alene adfærden er afgørende, vil det henstå som usikkert, om yderligere momenter, herunder væsentlighedsvurderinger og udbedringsomkostninger, vil blive inddraget i kommende tvister. Det kan endvidere ikke afvises, at de to vurderinger har en indbyrdes sammenhæng, således at manglers væsentlighed påvirker vurderingen af den udviste adfærd.

Den traditionelle culpaterminologi er ikke anvendt i nyere rets- eller voldgiftspraksis. Tværtimod synes sondringen mellem simpel culpa og grov culpa at være forladt, jf. forskellen på Vestre Landsrets og Højesterets præmisser i U 2004.114 H. U 2010.125 tyder på, at

direkte ansvar tværtimod måtte antages at være hjemlet i dansk ret. På den ene side taler voldgiftsrettens udtalelse for, at direkte krav indrømmes allerede ved simpel uagtsomhed. Omvendt taler det for, at der var tale om et mere kvalificeret forhold, idet der var begået alvorlige fejl.

⁵⁷ Præjudikatværdien af mindretalsafgørelsen er begrænset, idet mindretallet blev udgjort af en konstitueret landsdommer. Se også afsnit 5.4.

simpel culpa ikke kan fastholdes som eneste betingelse for et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Hvis culpa skal stå alene i vurderingen, er det min vurdering, at *sådanne håndværksmæssige fejl* svarer til en culpagrad, der ligger mellem simpel og grov culpa. Det kan dog ikke afvises, at simpel culpa efter en professionsnorm kan være tilstrækkeligt i samspil med andre momenter, jf. TBB 2013.343 V, hvor et direkte krav blev indrømmet, *da arbejdet ikke var udført håndværksmæssigt korrekt og til dels i strid med gældende forskrifter, hvorfor en udbedring var nødvendig*. Se også U 1983.139 H, hvor en senere køber af en ejendom blev indrømmet et direkte krav mod bygherre og udførende entreprenør for *håndværksmæssige fejl* ved funderingen.

4.2 Direkte krav mod rådgivere

4.2.1 Direkte krav fra bygherre mod underrådgiver

4.2.1.1 TBB 2004.149

En bygherre (BH) indgik aftale med en rådgiver (R) om udarbejdelse af hovedprojekt til opførelse af en svinestald. BH indkøbte de bærende konstruktioner ved et byggecenter (M), som havde indkøbt de bærende konstruktioner (spær) ved en leverandør (L). L havde forinden aftaleindgåelse med M modtaget en tegning, hvoraf fremgik:

Leverandøren dimensionerer spær med tilhørende vindafstivning, kipningsafstivning efter D.I.F.-normer.

Landsretten fandt, at L havde været i besiddelse af tegningen, ligesom L ikke havde taget forbehold over for pligten til at beregne vindafstivning. På denne baggrund lagde landsretten til grund, at L havde en forpligtelse til at dimensionere spær med tilhørende vindafstivning. Idet L havde undladt at dimensionere spærene med tilhørende vindafstivning, fandt landsretten, at L havde begået en *graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet*. L var følgelig erstatningsansvarlig for BH's afhjælpningsomkostninger. Endvidere udtalte landsretten, at efter karakteren af L's fejl, var L tillige ansvarlig for BH's driftstab uden ansvarsbegrænsning på trods af, at L havde fraskrevet sig ansvar for driftstab over for M ved vedtagelsen af salgsbetingelserne Plakon 96.

Afgørelsen har været betragtet som et eksempel på leverandøransvar. Det var imidlertid ikke leverancen, L ifaldt ansvar for. L ifaldt ansvar for den manglende rådgivning i form af dimensionering af spær med tilhørende vindafstivning. Enhver anden, som ikke leverede spær, men som havde påtaget sig den samme rådgivningsforpligtelse, ville ifalde samme rådgiveransvar.

Det første skridt imod ansvar var, at landsretten fandt, at L havde en forpligtelse. Hvis landsretten havde fundet, at L ingen forpligtelse havde, ville resultatet have været frifindelse. Idet L havde en forpligtelse, var der mulighed for et direkte krav. Landsretten foretog en vurdering i tråd med U 1995.484 H (*klar, professionel fejl vedrørende væsentlige egenskaber*, jf. herom i afsnit 4.2.2), idet L's undladelse af dimensionering af spærene med tilhørende vindafstivning fandtes at udgøre en *graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet*. Tager man landsretten på ordene, var der tale om kvalificeret culpa, men ikke nødvendigvis grov uagtsomhed.

Ansvarsgrundlaget i sagen var retsbrudssynspunktet, idet landsretten anvendte kriteriet opstillet i U 1995.484 H samt udtalte, at *efter karakteren af [L]'s fejl var [L] tillige ansvarlig for [BH]'s driftstab uden ansvarsbegrænsning*.

4.2.1.2 TBB 2014.531 - Bobledæk-afgørelsen

En bygherre (BH) opførte fra 2002 til 2007 et større, kompliceret etagebyggeri. BH antog en totalrådgiver (TR) til at varetage arkitekturrådgivningen. TR antog herefter en underrådgiver (UR) vedrørende ingeniørdelen. BH indgik tillige aftale med en projekterende rådgiver PR om udførelse af bl.a. statiske beregninger for et bobledæk. Endvidere skulle PR efter aftalen tilknytte en anerkendt statiker til at kontrollere og godkende PR's projekt. PR antog UR til denne opgave. Der var aftalt en ansvarsbegrænsning i forholdet BH-PR på 1 mio. kr., og der var aftalt ansvarsbegrænsning i forholdet PR-UR på 80.000 kr. De statiske beregninger var særdeles mangelfulde. Det resulterede i nedbøjninger og utilsigtet fald i bobledækket. På baggrund heraf indledte BH voldgiftssag mod flere, herunder UR med en påstand om erstatning af mere end 100 mio. kr.

Voldgiftsretten udtalte indledningsvist følgende om UR's ansvar:

Spørgsmålet er dernæst, om UR over for BH har pådraget sig direkte erstatningsansvar som følge af fejl ved udførelsen af anerkendt statikerkontrol på PR's projekt, idet bemærkes, at PR ifølge det oplyste er uden aktiviteter og uden aktiver.

Bemærkningen om manglende aktiviteter og aktiver synes uden relevans for vurderingen af UR's fejl. PR's manglende aktiver påvirker ikke den udviste culpa i op- eller nedadgående retning. Hvis PR's manglende aktiver havde betydning for UR's *erstatningsansvar som følge af fejl*, kan bemærkningen forstås som inddragelse af rimelighedsbetragtninger; idet PR ingen aktiver havde, og BH følgelig ikke kunne få dækket sit tab ved PR, ville det være mest rimeligt, at BH kunne rette et direkte krav mod UR.

Bobledækket udgjorde en vigtig del af hele bygningens statik. UR måtte ifølge voldgiftsretten vide, at PR var en lille virksomhed med ganske få medarbejdere, ligesom PR's projekt *fremtrådte på en usædvanlig måde, der ikke indebar en klar og gennemskuelig opstilling, ikke var i overensstemmelse med god projekteringskik og ikke bar påtegning om, at det var kontrolleret af en anden end den projekterende. UR burde på denne baggrund være særligt agtpågivende ved tilrettelæggelse og udførelse af den anerkendte statikerkontrol. Culpavurderingen af UR's fejl blev skærpet af, at bobledækket var en vigtig del af bygningens statik samt af PR's forhold, der burde have foranlediget en grundigere kontrol. UR burde ifølge voldgiftsretten have sikret sig, at projektet var kontrolleret af en anden end den projekterende, idet UR's kontrol byggede på en forudsætning herom. A, som havde udført en væsentlig del af arbejdet for UR, havde alene haft mulighed for en overfladisk gennemgang af materialet samt fået mangelfuld instruktion. Endvidere var en del spørgsmål ikke besvaret, ligesom de mange fejl ved projektet ikke var opdaget. På baggrund heraf fandt voldgiftsretten, at UR's statikerkontrol af PR's projekt var blevet udført i strid med *god rådgiverskik*⁵⁸. UR's udførelse af anerkendt statikerkontrol af PR's projekt indebar derfor *professionelle fejl af en sådan karakter, at de var erstatningspådragende efter almindelige regler om erstatning uden for kontrakt på grundlag af culpa*. UR havde herved pådraget sig et direkte erstatningsansvar over for BH, som ikke var begrænset af ansvarsbegrænsninger i forholdene BH-PR og PR-UR. Voldgiftsretten fastslog samtidig, at UR ikke havde udvist grov uagtsomhed.*

Ansvarsgrundlaget var retsbrudssynspunktet, idet der var tale om erstatningsansvar uden for kontrakt med den følge, at ansvarsbegrænsningerne ikke kunne gøres gældende. Culpavurderingen var efter ordlyden afgørende for det direkte krav, jf. ordene *på grundlag af culpa*. På trods heraf kan det ikke med sikkerhed afvises, at rimelighedsbetragtninger spillede en rolle, jf. ovenfor om bemærkningerne om manglende aktiviteter og aktiver. De professionel-

⁵⁸ Voldgiftsretten bemærkede endvidere, at UR's udførelse af kontrollen i øvrigt også var i strid med deres egen beskrivelse af omfang og forudsætninger for gennemførelsen. Beskrivelsen og forudsætningerne udledes af aftaleforholdet UR-PR. Bemærkningen fremstår derfor som en inddragelse af aftaleforholdet mellem PR og UR, selvom der blev rettet et krav uden for kontrakt fra BH mod UR. Der er imidlertid tale om en bemærkning, hvorfor det ikke synes tillagt afgørende betydning.

le fejl var af en *sådan karakter*, at de var erstatningspådragende efter *almindelige regler om erstatning uden for kontrakt*. Herved tilkendegav voldgiftsretten, at culpagraden var mere kvalificeret end simpel culpa, idet professionelle fejl per definition statuerer simpel culpa. Ved samtidig at afvise grov uagtsomhed placerede voldgiftsretten sig et sted imellem simpel og grov culpa.

UR's statikerkontrol var i strid med *god rådgiverskik*, ligesom det blev tillagt vægt ved afvisningen af grov uagtsomhed, at der *på daværende tidspunkt ikke var en fælles opfattelse og forståelse af omfanget og kvaliteten af de kontroller, der skulle udføres af anerkendt statiker*⁵⁹. Statikerkontrollen indebar *professionelle fejl*. Det vil sige fejl, som bedømmes efter en professionsstandard frem for en aftalt ydelse. Størrelsen af UR's vederlag på 80.000 kr. indgik ikke i voldgiftsrettens vurdering af BH's direkte krav mod UR. Det kan ud fra en konsekvensmæssig synsvinkel anklages for at være uhensigtsmæssigt, idet risikoen for rådgivere ikke modsvares af vederlaget. Ud fra en retlig vurdering er det i overensstemmelse med en dualistisk opretholdelse af kontrakts- og deliktskrav som adskilte systemer. Vederlaget (og ansvarsbegrænsningen) vedrører aftaleforholdet PR-UR og hører ud fra en systematisk betragtning ikke hjemme i vurderingen af et ansvar *uden for kontrakt*⁶⁰. Hvis vederlaget blev tillagt betydning, ville et følgespørgsmål være, om ikke også ansvarsbegrænsningerne skulle tillægges tilsvarende vægt? Det ville være uhensigtsmæssigt, hvis aftalerne blev et slags "tagselvbord" ved direkte krav uden for kontrakt, hvor dele af aftalen blev tillagt betydning.

Dommen er også behandlet i afsnit 5.1 og 5.3.

4.2.2 Direkte krav fra efterfølgende erhververe mod rådgivere

4.2.2.1 U 1995.484 H

Et anpartsselskab (S) købte i 1983 en ejendom med henblik på ombygning og videresalg. En rådgivende ingeniør (R) blev af S antaget til at forestå ombygningen som rådgivende og tilsynsførende ingeniør. R havde været med til at oprette S og havde tidligere været med til lignende projekter med videresalg for øje. S videresolgte ejendommen til sagsøger (K1) som videresolgte ejendommen til en anden køber (K2). I 1987 konstateredes svampeangreb i ejendommen. Det fremgik af en erklæring fra Jysk Teknologisk Institut, at det var et ældre angreb af ægte hussvamp, og at der tidligere var udført bekæmpelse af svampeangrebet. Bekæmpelsen havde ikke været tilstrækkelig og anvisningerne i BYGERFA bladene 790215 og 840215 var ikke overholdt. K1 indgik på baggrund af manglerne forlig med K2, hvorefter K1 betalte 900.000 kr. til K2. På baggrund af dette tab sagsøgte K1 bl.a. R.

K1 gjorde til støtte for påstanden gældende, at R havde begået faglige fejl ved ikke at erkende omfanget af svampeangrebet på ejendommen og undlade sikring af effektiv restaurering af skaderne i overensstemmelse med den almindelige fremgangsmåde. K1 gjorde endvidere gældende, at fejlene var af så grov karakter, at de statuerede retsbrud, hvorfor K1 kunne gøre et krav gældende efter retsbrudsprincippet og ikke blot efter indtrædelsessynspunktet.

⁵⁹ Det kan overvejes, om statikergodkendelsen kunne medføre, at vejen til indrømmelse af direkte krav var kortere. Det fremgik ikke af voldgiftsrettens afgørelse, at statikerordningen i sig selv talte for en strengere bedømmelse, eller at statikergodkendelsen udgjorde et særligt grundlag for indrømmelse af direkte erstatningskrav mod den anerkendte statiker. Dette kan skyldes, at der *på daværende tidspunkt ikke var en fælles opfattelse og forståelse af omfanget og kvaliteten af de kontroller, der skulle udføres af anerkendt statiker*. I det omfang en branchemæssig fælles opfattelse etableres, vil vejen til direkte krav mod statikere måske være kortere. Så meget desto mere, idet der med BR (Bygningsreglement) er indført regler om anerkendelsesordning for statikere.

⁶⁰ I øvrigt bør vederlaget ikke have betydning mellem kontraktsparter, jf. *Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89, s. 175f*. Dog medgives det, at vederlagets størrelse kan have vejledende betydning ved fastlæggelsen af den aftalte ydelses omfang og indhold, hvis dette er uklart i aftalen.

Landsretten fandt, at R havde begået faglige fejl, men at de begåede faglige fejl ikke var af en sådan beskaffenhed, at de kunne begrunde et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Landsretten synes herved at have stillet krav om en culpograd, der var grovere end simpel culpa, idet faglige fejl ikke var tilstrækkeligt.

For Højesteret gjorde K1 principalt gældende, at R var direkte erstatningsansvarlig over for K1, fordi R havde begået *klare og erkendte professionelle fejl og forsømmelser*. K1 uddybede, at der var tale om et *erstatningsansvar uden for kontraktsforhold, at R var ansvarlig, uanset om ansvaret krævede retsbrud fra R's side, og at K1 satte lighedstegn mellem retsbrud og culpa under de i sagen foreliggende omstændigheder*. Subsidiært anførte K1, at ansvaret kunne støttes på et indtrædelsessynspunkt. R havde over for retsbrudssynspunktet *alene* gjort gældende, at ansvarsgrundlaget var *dolus eventualis* eller i det mindste grov uagtsomhed⁶¹.

Højesteret fandt, at R havde begået en *klar, professionel fejl vedrørende væsentlige egenskaber ved ejendommen*, da han vurderede svampeangrebets omfang, og hvad der skulle til for at bekæmpe angrebet. Herefter udtalte Højesteret:

På denne baggrund finder Højesteret endvidere, at der må gives [K1] medhold i hans principale anbringende om at have et erstatningskrav direkte mod [R].

Højesteret kan have ment to ting med denne udtalelse:

(1) at R havde et direkte erstatningsansvar over for K1 på grund af klare og erkendte professionelle fejl og forsømmelser.

eller

(2) at R havde et direkte erstatningsansvar over for K1 på grund af klare og erkendte professionelle fejl og forsømmelser, at der var tale om et erstatningsansvar uden for kontraktsforhold, at R var ansvarlig uanset krav om retsbrud fra R's side, og at der kunne sættes lighedstegn mellem retsbrud og culpa under de i sagen foreliggende omstændigheder⁶².

Det er min opfattelse, at Højesteret alene gav K1 medhold i et direkte erstatningskrav mod R - og ikke de nærmere betingelser for et direkte krav efter retsbrudsprincippet som anbragt af K1. Hvis Højesteret havde ment, at der kunne sættes lighedstegn mellem retsbrud og culpa, ville det have været nærliggende at indføje i formuleringen, at Højesteret gav K1 medhold i det principale anbringende om, at have et erstatningskrav direkte mod R, *idet der kunne sættes lighedstegn mellem retsbrud og culpa*.

Højesterets begrundelse er bemærkelsesværdig, idet der tilsyneladende var to ting der begrundede det direkte krav. For det første var der begået en *klar, professionel fejl*. For det andet vedrørte fejlen *væsentlige egenskaber ved ejendommen*⁶³.

Det første kriterium - *klar, professionel fejl* - var en culpavurdering efter en professionsmålestok. Ved at anvende ordet *klar*, tilkendegav Højesteret, at der ikke blot var tale om simpel culpa, idet en professionel fejl havde været simpel culpa efter en professionsmålestok. Om-

⁶¹ Jf. Vagner: *Entrepriseret*, s. 222, hvor det anføres, at Højesteret ved at anvende ordet *alene* tilkendegav, at R kunne have gjort noget mere gældende.

⁶² Jf. Hørlyck: *Totalentreprise*, s. 65, hvor det anføres, at Højesteret tilsluttede sig et anbringende om, at der under de i sagen foreliggende omstændigheder måtte sættes lighedstegn mellem retsbrud og culpa. Smh. Vagner: *Entrepriseret*, s. 222.

⁶³ Jf. Vagner: *Entrepriseret*, s. 222, hvor det anføres, at det af Højesteret anvendte kriterium ikke lader sig indpasse i en traditionel culpaterminologi og ikke kan tages til indtægt for, at enhver form for culpøs adfærd skulle kunne begrunde et deliktskrav.

vendt anvendte Højesteret ikke ordet *grov*. Ordlydsmæssigt placerede Højesteret sig herved mellem simpel og *grov culpa*^{64,65}.

Det andet kriterium - *at fejlene skal vedrøre væsentlige egenskaber ved ejendommen* - vedrører efter ordlyden manglens karakter. Det er min opfattelse, at Højesteret i tillæg til *culpa* inddrog en væsentlighedsvurdering af manglerne. Det er muligt, at kriterierne påvirker hinanden indbyrdes; hvis fejlene vedrører væsentlige egenskaber, skærpes kravet til uagtsomhedsgraden.

Kriterierne er anvendt i efterfølgende praksis, f.eks.:

- TBB 2004.149, hvor BH kunne rette et direkte krav mod L, idet L's undladelse af at dimensionere spær med tilhørende vindaflastning fandtes at være *en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet*.
- TBB 2007.442, hvor BH (Byggeskadefonden var indtrådt) kunne rette direkte krav mod UR, idet UR's ingeniørprojekt fandtes at være behæftet *med klare professionelle fejl vedrørende den væsentlige egenskab ved bygningerne, at de skulle have fornøden stabilitet over for vindlast*.

4.2.2.2 TBB 2003.196

En professionel bygherre og entreprenør (E) indgik aftale med tegnestuen (T), ingeniøren (R) og geoteknikeren (G). Aftalerne vedrørte et andelsboligprojekt på E's grund, som blev tilskødet andelsboligforeningen (A) inden færdigopførelse. Betydelige jordskred i en skråning medførte beskadigelse på en af A's bygninger og nødvendiggjorde sikring mod fremtidige skred. Det fremgik af en syn- og skønserklæring, at den væsentligste årsag til jordskreddet var, at støttemuren var dimensioneret uden hensyntagen til vandspejlet på grunden. Skønsmanden forklarede for retten, at havde den gældende funderingsnorm været fulgt, ville beregningerne have vist den manglende styrke i skråningen, og at den påtænkte fremgangsmåde var uforsvarlig. Byggeskadefonden dækkede andelsboligforeningens (A) tab, og indtrådte herefter i A's retsstilling og anlagde sag mod T, R og G.

Det blev til støtte for den nedlagte påstand gjort gældende, at alle vidste, at byggeriet blev opført af E med henblik på overdragelse til A, hvorfor sagsøger kunne rette et direkte krav mod de sagsøgte, såfremt der var handlet ansvarspådragende. Det blev endvidere gjort gældende, at da ansvaret således blev gjort gældende efter et retsbrudssynspunkt, kunne der ikke ske identifikation mellem E og A.

Landsretten udtalte indledningsvist, at alle sagsøgte var klar over, at byggeriet var eller ville blive overdraget til en andelsboligforening. Vurderingen af de sagsøgtes mulige erstatningsansvar måtte derfor ske uden hensyn til, om E ville have kunnet rejse tilsvarende krav. Landsretten afviste herved et indtrædelsessynspunkt, fordi R, T og G var bekendt med, at byggeriet skulle overdrages til A. Landsretten kan hermed have ment, at R, T og G ved deres kendskab til overdragelsen havde forpligtelser direkte over for A, som kunne danne grundlag for et direkte krav⁶⁶. Dette understøttes af, at landsretten fandt, at R *fremtrådte som rådgiver og sælger af et projekt til sikring af skråningen i forbindelse med et andelsboligbyggeri*.

⁶⁴ Jf. *Adamsen: U 1996B.124*, der kritiserer denne yderligere graduering af skadevolders uagtsomhed. Det påpeges endvidere i artiklen, at denne graduering kan være begrundet i beskyttelseshensyn til skadelidte, idet der var risiko for, at skadevolders ansvarsforsikring ikke ville dække, såfremt den begåede fejl var blevet betegnet som groft uagtsom.

⁶⁵ Jf. *Melchior: Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres*, s. 194, hvoraf fremgår, at der var tale om en culpam, som var strengere end simpel uagtsomhed.

⁶⁶ Jf. i denne forbindelse *Kvist-Kristensen og Rise Jensen: U 2013B.129*, hvoraf fremgår, at professionelle rådgivere kan pådrage sig erstatningsansvar over for tredjemand, hvis han har forpligtelser over for den skadelidte tredjemand.

Vestre Landsret udtalte i relation til kravet mod T, at det blev tillagt betydning, at det måtte fremstå klart for en professionel entreprenør og bygherre, at skråningens sikkerhed skulle undersøges, inden byggeriet blev iværksat. Det virker ejendommeligt, at Vestre Landsret først afviste betydning af om E kunne rejse tilsvarende krav og derefter inddagede en slags vurdering af E's egen skyld. Hvis kravet fra A mod T, R og G måtte ske uden hensyn til, om E ville kunne rejse et tilsvarende krav, måtte det være ligegyldigt for vurderingen, om E måtte indse, at skråningens sikkerhed skulle undersøges, inden byggeriet blev iværksat⁶⁷.

For så vidt angår kravet fra A mod G fandt Vestre Landsret, at G's forudsætninger og beregninger på nogle punkter var urigtige og for optimistiske, men ikke kunne begrunde et direkte erstatningsansvar. Landsretten frifandt herefter G på trods af begåede (mindre) fejl. G's simple culpa begrundede således ikke et direkte krav.

Det fremgik af en skønsrapport, at R's projekt ikke tog højde for vandspejlet i skråningen, hvilket var i strid med funderingsnormens bestemmelser, og at det af R foreskrevne drænsystem under disse omstændigheder var utilstrækkeligt til at sikre skråningens stabilitet. Vestre Landsret fandt, at denne projektmangel måtte anses som en *klar professionel fejl* - særligt når hensås til G's rapport om, at der var vandspejl i skråningen. R havde herved handlet ansvarspådragende over for A.

4.2.2.3 U 2012.2255 H

Vestas (S), producent af vindmøller, solgte en vindmølle til Dansk Vindkraft (K1). S udarbejdede en produktionsevneberegning til K1 ud fra vindmøllens placeringssted. Vindmøllen blev efterfølgende solgt videre fra K1 til K2, fra K2 til K3, og fra K3 til K4. S var klar over, at K1 videresolgte vindmøllerne, ligesom S var klar over, at produktionsevneberegningerne blev videregivet, og at køberne lagde vægt på produktionsevneberegningerne, særligt i forbindelse med finansiering af vindmølleløbene. Vindmøllen producerede mindre end beregnet af S. K4 rettede derfor et direkte krav mod S.

K4 gjorde i tråd med U 1995.484 H gældende, at S havde begået en *klar professionel fejl vedrørende væsentlige egenskaber ved vindmøllen*.

Vestre Landsret fandt, at S havde begået en professionel fejl ved vurderingen af den ruhedsfaktor, der indgår i beregningen af vindmøllens forventede energiproduktion. Det var imidlertid ikke godtgjort, at den begåede fejl var *så grov*, at K4, som ikke var S' kontraktspart, kunne rette et erstatningskrav direkte mod S. Vestre Landsret afviste endvidere et direkte krav efter indtrædelsessynspunktet, idet S over for K1 havde fraskrevet sig ansvaret for vindmøllens energiproduktion. På baggrund heraf frifandt Vestre Landsret S.

K4's anbringende om *væsentlige egenskaber ved vindmøllen*, blev ikke behandlet af Vestre Landsret. Culpavurderingen efter en professionsmålestok var følgelig eneste moment i vurderingen efter retsbrudssynspunktet. Simpel culpa var ifølge landsretten ikke tilstrækkeligt.

Højesteret var enig med Vestre Landsret i, at S havde begået en *professionel fejl*. Højesteret fandt i modsætning til landsretten, at S var direkte erstatningsansvarlig over for K4.

Højesteret udtalte, at det var uden betydning for S' erstatningsansvar over for K4, om K4 havde reklameret over for K3, ligesom det endvidere var uden betydning, om S havde fraskrevet sig ansvaret over for K1. Indtrædelsessynspunktet var derfor ikke ansvarsgrundlaget, idet både reklamation og ansvarsfraskrivelse i så fald ville have betydning. K4 havde for landsretten gjort gældende, at han kunne støtte et direkte krav om springende regres på *såvel*

⁶⁷ Jf. *Vagner: Entrepriseret*, s. 223, hvoraf fremgår, at note 2 til afgørelsen er forkert, da domfældelsen er begrundet i et retsbrudssynspunkt - ikke et indtrædelsessynspunkt.

delikts- som cessionssynspunktet (indtrædelsessynspunktet). For Højesteret gjorde han derimod det kontraktsafhængige retsbrudsansvar gældende. Ændringen kan have været en konsekvens af, at den begåede fejl ifølge landsretten ikke var *så grov*, at et direkte krav kunne indrømmes efter retsbrudsprincippet. Højesterets udtalte, at en eventuel ansvarsfraskrivelse mellem S og K1 var uden betydning. S' kontraktsansvar over for K1 var altså uden betydning for det direkte krav. Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar forudsætter, at skadevolder har et kontraktsansvar over for sin medkontrahent. Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar var derfor ikke ansvarsgrundlaget.

Ser man isoleret på vurderingen af de begåede fejl, må Højesteret have indrømmet et krav på baggrund af simpel uagtsomhed (*culpa*), idet fejlene hverken blev beskrevet som *klare* eller *grove*. Det er herefter besnærende at tage afgørelsen til indtægt for, at simpel culpa er tilstrækkeligt til indrømmelse af et direkte krav efter retsbrudsprincippet. De begåede fejl stod imidlertid ikke alene i vurderingen, idet Højesteret lagde til grund, at S var bekendt med, at de produktionsevneberegninger, som S foretog i forbindelse med salg af vindmøller til Dansk Vindkraft, blev anvendt og videregivet i forbindelse med senere erhververs finansiering af deres køb. Det var derfor *påregneligt for [S], at det kunne medføre tab for senere erhververe, hvis produktionsevneberegningerne ikke var udført fagligt korrekt*.

Kvist-Kristensen og Rise Jensen forklarer i U 2013B.129 afgørelsen ud fra en rådgiveransvarstankegang. Forfatterne mener, at rådgiveren ifaldt erstatningsansvar over for tredjemand, fordi rådgiveren ansås for at have forpligtelser over for tredjemand⁶⁸.

Ansaret kan forklares ud fra følgende tænkte eksempel:

S producerer og sælger vindmøller. S har lavet produktionsevneberegninger til brug for medkontrahenten, men har betinget sig, at alene medkontrahenten anvender produktionsevneberegningerne. Der er begået en fejl, der svarer til simpel culpa efter en professionsmålestok. Et senere omsætningsled får ad omveje produktionsevneberegningen i hænde. Det senere omsætningsled anvender produktionsevneberegningen, herunder i forbindelse med finansiering af vindmøllekøbet. Det senere omsætningsled lider et tab ved at stole på produktionsevneberegningerne.

Ville S i denne situation være ansvarlig over for det sidste omsætningsled? Sandsynligvis ikke. S ifaldt i U 2012.2255 H ansvar ved simpel culpa, *fordi S* var bekendt med, at senere omsætningsled lagde vægt på produktionsevneberegningerne. S havde ved sit kendskab stiftet en forpligtelse over for senere omsætningsled, og simpel culpa var i en sådan situation tilstrækkelig til indrømmelse af et direkte krav. Det kan imidlertid ikke på grundlag af eksemplet med sikkerhed afvises, at Højesteret anlagde en adækvansvurdering, idet sammenhængen mellem S' produktionsevneberegninger i eksemplet og den indtrådte skade er spinkel⁶⁹. Havde S været bekendt med senere omsætningsleds anvendelse af produktionsevneberegningerne, kunne adækvansbetragtninger også forklare ansaret. Idet Højesteret ikke udtrykkeligt udtalte, at S havde en rådgivningsforpligtelse over for K4, men derimod anvendte ordet *påregnelig*, som typisk bruges som synonym for adækvans, er konklusionen behæftet med usikkerhed.

I U 2002.249 H kunne producenten ikke mødes med et direkte krav uden om reklamationsfrister allerede ved simpel uagtsomhed. I U 2012.2255 H leverede S en rådgivningsydelse i tillæg til vindmøllen. U 2012.2255 H kan følgelig alene forstås som et direkte krav mod et tidligere omsætningsled som følge af rådgivning. U 2012.2255 H danner derfor ikke præju-

⁶⁸ Smh. *Munk-Hansen: Fast ejendom I, s. 447f*, der anfører, at Højesteret fremhævede et *særligt* adækvanskrav. Se i denne forbindelse *Adamsen: U 1996B.124*, som dengang anbefalede, at domstolene anlagde en særdeles restriktiv bedømmelse af årsagssammenhæng og adækvans f.s.v.a. erstatningskrav, som fremsættes på grundlag af et retsbrudssynspunkt. På denne måde kunne domstolene begrænse virkningerne af U 1995.484 H, som ifølge *Adamsen* var for *vidtgående*.

⁶⁹ Jf. *von Eyben og Isager: Lærebog i erstatningsret, s. 309f*.

dikat for direkte krav ved salg af vindmøller. U 2012.2255 H er udtryk for den risiko, rådgivere tager, når de yder rådgivning, som kendeligt benyttes af senere omsætningsled. I disse situationer vil rådgivere være direkte erstatningsansvarlige ved simpel culpa efter en professionsmålestok⁷⁰. Om den retlige begrundelse findes i rådgiveransvar eller i en udvidelse af adækvansgrænsen ændrer ikke på den medfølgende risiko.

4.2.3 Sammenfattende om direkte krav mod rådgivere

Det fremgår af den gennemgåede retspraksis, at rådgivere er blevet mødt med direkte krav ved udvisning af:

- *graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet* (TBB 2004.149)
- *professionelle fejl af en sådan karakter, at de var erstatningspådragende efter almindelige regler om erstatning uden for kontrakt på grundlag af culpa* (TBB 2014.531)
- *klar, professionel fejl vedrørende væsentlige egenskaber ved ejendommen* (U 1995.484 H)
- *klar professionel fejl* (TBB 2003.196)
- *professionel fejl* (U 2012.2255 H)

Endvidere kan følgende afgørelser nævnes:

- TBB 2000.269, hvor UR (geotekniker) blev frifundet for BH's direkte krav, idet der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at statuere, at UR's medarbejder overså tydelige tegn på manglende bæredygtighed og derved begik *en klar, professionel fejl*.
- TBB 2009.677, hvor BH kunne rette et direkte krav mod UR, idet UR fandtes ansvarlig som følge af dennes *klare projekteringsfejl*.

Domstolene har som klar hovedregel anlagt en aftaleafhængig vurdering, hvor sammenligningsgrundlaget har været *god rådgiverskik* (TBB 2014.531), en fælles branchemæssig opfattelse (TBB 2014.531), *fagligt korrekt* (U 2012.2255 H) og i øvrigt hvad der almindeligvis kræves af en professionel. Skadevolders kontraktmæssige opfyldelse over for medkontrahenten ses ikke inddraget i nyere retspraksis som afgørende for skadelidtes direkte krav mod skadevolder efter reglerne om erstatning uden for kontrakt.

Der er i alle tilfælde bortset fra U 2012.2255 H tale om professionelle fejl, som er mere kvalificerede end simpel culpa. Den krævede culpagrad befinder sig tættere på grov culpa end på simpel culpa. Det har været fremført, at årsagen hertil er, at domstolene anlægger en rimelighedsbetragtning, hvori muligheden for f.eks. forsikringsdækning indgår. *Adamsen* har anført, at gradueringen af ansvaret i U 1995.484 H kan være udtryk for en beskyttelse af skadelidte, idet ansvarsforsikringen ikke ville dække ved grov uagtsomhed⁷¹. TBB 2014.531 fremstår som et muligt eksempel herpå. Den udviste culpagrad var tilstrækkelig til indrømmelse af et direkte krav, men lige netop ikke så grov, at forsikringen ikke dækkede. Tilsvarende kan det overvejes, om mellemleddets insolvens indgår i en eventuel rimelighedsbetragtning, derved at det vil være mere rimeligt, at skadelidte indrømmes et direkte krav mod skadevolder i stedet for et dividendekrav mod mellemleddets. I TBB 2014.531 bemærkede voldgiftsretten, at PR (mellemleddets) var *uden aktiver*. Hvilken betydning forholdet havde for indrømmelsen af kravet fremgår ikke, men oplysningen var uden relevans for, hvor grov UR's fejl var. Det fremgår ikke klart af præmisserne i nogen afgørelse, at forsikringsdækning eller rimeligheden i, at skadelidte indrømmes et direkte krav uden om mellemleddets konkursbo, har været motivet bag den yderligere graduering af culpabedømmelsen. Selvom rimelighedsbetragtninger ikke har været udtalt som et moment i vurderingen af direkte krav

⁷⁰ Jf. *Kvist-Kristensen og Rise Jensen: U 2013B.129*. Forfatterne peger i øvrigt på en række problemstillinger denne retstilstand medfører, herunder manglende mulighed for forsikringsdækning af indirekte tab.

⁷¹ Jf. *Adamsen: U 1996B.124*

mod rådgivere, må slægtskabet til direkte krav mod entreprenører medføre, at fremtidig inddragelse af rimelighedsbetragtninger ikke kan afvises med sikkerhed, jf. TBB 2003.302 V om direkte krav mod en entreprenør, hvor mellemliddets insolvens havde betydning. Jf. også U 2015.3845 H om indtrædelse i en garanti, hvor berigelsessynspunkter blev inddraget.

Culpabedømmelsen står ikke alene i vurderingen af, om et direkte krav indrømmes mod rådgivere. Karakteren af den mangel, som fejlen har medført, er blevet inddraget i vurderingen efter retsbrudssynspunktet (U 1995.484 H, TBB 2004.149 og TBB 2007.442). Vigtigheden af rådgiverens opgave for hele bygningen har påvirket culpabedømmelsen i skærpende retning (TBB 2014.531). Det har tilsvarende påvirket culpabedømmelsen i skærpende retning, at der er forhold, der giver grund til at frygte, at andre har begået fejl (TBB 2014.531). Det hang selvsagt sammen med, at UR i TBB 2014.531 skulle sikre, at PR ikke havde begået fejl. Endvidere kan rådgivere ifalde direkte ansvar ved simpel culpa i det omfang rådgiveren anses for at have forpligtelser direkte over for tredjemand (U 2012.2255 H). Der ses ikke at være forskel på, om direkte krav rettes af bygherren eller en efterfølgende erhverver mod rådgiveren.

4.3 Direkte krav mod selvbyggere

Direkte krav mod selvbyggere omhandler situationer, hvor en tidligere ejer af en fast ejendom alene eller sammen med andre har udført arbejde på en ejendom med henblik på beboelse⁷². Selvbyggers mulige erstatningsansvar skal ikke sammenblandes med professionelle bygherrers, som har bygget med henblik på salg⁷³. Situationen adskiller sig fra den situation, hvor kravet rettes mod en entreprenør eller rådgiver, idet selvbyggeren ikke optræder som erhvervsdrivende. Nogle forfattere har derfor anført, at selvbyggere ikke bør vurderes efter en professionsmålestok⁷⁴. Selvbyggere har ikke mulighed for at indregne et risikotillæg i vederlaget, ligesom selvbyggere ikke har mulighed for at tegne en erhvervsansvarsforsikring⁷⁵. Endvidere fremgår det af praksis, at det er blevet tillagt betydning, at der var tale om en professionel entreprenør og bygherre, jf. TBB 2003.196⁷⁶. Modsætningsvist kan spørges - og det vil i det følgende blive undersøgt - om selvbyggere bedømmes under hensyntagen til, at de er selvbyggere?

4.3.1 U 2000.471 V

En selvbygger (S) havde opført et hus. En senere ejer (E), som ikke havde et kontraktsforhold med S, konstaterede fugtproblemer, der skyldtes en fejlkonstruktion ved gulvene, hvor isoleringen var fejlplaceret, ligesom S havde undladt at opsætte fugtspærre.

Byretten fandt, at S som selvbygger var ansvarlig over for senere erhververe af ejendommen i kraft af *reglerne om springende regres for håndværksmæssige fejl ved at overisolere gulvet og undlade at montere dampspærre*. Byretten bedømte herved S efter en professionsmålestok, idet fejlen blev karakteriseret som *håndværksmæssig*.

Landsretten fandt, at S havde *begået fejl* ved placeringen af isoleringen og ikke at etablere fugtspærre. *Efter karakteren* af fejlen, tiltrådte landsretten, at der kunne foretages *springende regres*. Det fremgår således ikke klart, hvilken culpagrad der var udvist, dog krævedes en særlig karakter, før direkte krav kunne indrømmes. Hvis et direkte krav kunne indrømmes ved simpel culpa, var det naturligt at indrømme direkte krav allerede af den grund, at der var begået håndværksmæssige fejl.

⁷² Jf. Rosenmeier: *Mangler ved fast ejendom*, s. 285.

⁷³ Ibid, s. 285.

⁷⁴ Jf. Rosenmeier: *Mangler ved fast ejendom*, s. 41, som anfører, at springende regres først og fremmest er tilknyttet professionsansvaret og at det som konsekvens normalt ikke kan gøres gældende mod private sælgere. Smh. sagsøgerens anbringende i U 2004.2496 V om, at sagsøgte har *professionsansvar som selvbygger*.

⁷⁵ Jf. Munk-Hansen: *Fast ejendom I*, s. 445.

⁷⁶ Se gennemgangen af dommen i afsnit 4.2.2.2, hvor bemærkningen kritiseres for at sammenblende flere synspunkter.

4.3.2 U 2004.2496 V

En selvbygger (S) havde i 1983 omdannet sin carport til en tilbygning. I den forbindelse havde S også lavet en ny tagkonstruktion. S solgte ejendommen videre til en køber (K1). Realkreditinstituttet (N), som havde overtaget ejendommen som ufyldstgjort panthaver efter K1, overdrog ejendommen til K2. I 2000, hvor K2 var ejer af ejendommen, konstateredes fugtindtrængen i tagkonstruktionen på tilbygningen. Det fremgik af en syn- og skønserklæring, at der var omfattende råd- og svampeskader som følge af konstruktions- og udførelsesfejl.

Vestre Landsret udtalte indledningsvist, at følgende måtte lægges til grund:

S aldrig [havde] drevet virksomhed som tømrer, at han erhvervede ejendommen til beboelse, og at han ejede ejendommen i i hvert fald 12 år, inden han solgte den til [K1]. Hans ansvar [måtte] på denne baggrund bedømmes ud fra, at han [ansås] som selvbygger.

Derved spillede det en rolle for landsretten, at S var selvbygger.

Landsretten tiltrådte, at manglen havde *såvel konstruktionsmæssig som udførelsesmæssig karakter, og at [S var] erstatningsansvarlig herfor*. Endvidere fandt landsretten, at S' fejl, der [havde] bevirket, at tagkonstruktionen fuldstændig [måtte] udskiftes, måtte anses for grov. K2 kunne derfor gøre et direkte krav gældende over for S, *selv om der ikke [havde] været noget kontraktforhold mellem dem*. En ansvarsfraskrivelse mellem N og K2 afskar ikke K2's direkte krav mod S.

Vestre Landsret anvendte ikke ordet *håndværksmæssig* fejl. Set i sammenhæng med U 2000.471 V og landsrettens bemærkning om, at S' ansvar måtte bedømmes ud fra, at han var selvbygger, kan muligvis forklares med, at S blev bedømt mildere, fordi han var selvbygger. Herfor taler, at det havde betydning, at S aldrig havde drevet virksomhed som tømrer. Havde han det, var han modsætningsvist blevet bedømt strengere.

K2 havde gjort gældende, at det direkte krav kunne ske enten efter indtrædelsessynspunktet eller retsbrudssynspunktet. Landsrettens afgørelse må anses for anvendelse af retsbrudssynspunktet, idet ansvarsfraskrivelsen ikke afskar kravet.

4.3.3 U 2013.140 H

En selvbygger (S) tegnede, ansøgte om byggetilladelse og var med til at opføre fundamentet ved en tilbygning på et fritidshus. S forklarede for retten, at han på daværende tidspunkt kørte lastbil, men også hjalp til som arbejdsmand. Fritidshuset var først blevet solgt til en kvinde (K1), som derefter havde solgt til ægteparret (K2). Funderingen af tilbygningen var ikke udført korrekt, hvorved der kom revner i fritidshuset. S havde foretaget en vingeprøve. Skønsmanden forklarede, at det ikke var nok at foretage en vingeprøve. Endvidere fremgik det af skønserklæringen, *at de konstaterede sætninger alene skyldes en fejlfundering af selve tilbygningen ved opførelsen*. Byretten fandt på trods heraf ikke, at der forelå en *så grov fejl, at der var grundlag for springende regres eller direkte ansvar*.

Østre Landsret udtalte:

Efter bevisførelsen for landsretten, herunder [S]' forklaring om, at han selv har tegnet tilbygningen, har ansøgt om byggetilladelse og har været med til at opføre fundamentet med bistand af to bekendte og kollegaer, findes [S] at måtte anses som selvbygger, og hans ansvar skal bedømmes på baggrund heraf.

Landsretten vurderede herved S' ansvar under hensyntagen til, at han var selvbygger på samme måde som U 2004.2496 V.

Henset til *karakteren* af fejlen fandt landsretten, at [S] var *direkte erstatningsansvarlig* over for K2. Culpagraden var tilsyneladende den samme som i U 2000.471 V. S blev ikke vurderet i forhold til en fagmæssig standard som *god håndværksskik*, ligesom fejlene heller ikke blev beskrevet som *professionelle* eller *håndværksmæssige*.

S ankede ikke dommen. Højesterets afgørelse indeholder derfor ikke en behandling af det direkte krav mod S.

4.3.4 Sammenfattende om direkte krav mod selvbyggere

Selvbyggere er dømt som direkte ansvarlige over for senere erhververe i praksis efter reglerne om erstatning uden for kontraktforhold (retsbrudssynspunktet).

Rosenmeier anfører følgende⁷⁷:

Efter min opfattelse er springende regres først og fremmest knyttet til professionsansvar, dvs. at springende regres normalt kan og kun kan rettes mod personer eller virksomheder, der har optrådt erhvervsomt.

Professionsansvaret medfører, at erhvervsdrivende bedømmes efter en særlig målestok baseret på fagets standard. En privat bedømmes derimod efter, hvordan en ikke-faguddannet person bør forholde sig. At det hovedsageligt er erhvervsdrivende (som bedømmes efter en professionsmålestok), der bliver mødt med direkte krav, medfører ikke, at selvbyggere ikke kan mødes med direkte krav.

Der er eksempler på, at direkte krav mod selvbyggere indrømmes ved grov culpa (U 2004.2496 V) og ved forhold, som ikke med sikkerhed er grov culpa, men som ikke er simpel culpa (U 2000.471 V og U 2013.140 H). Der ses ikke nyere eksempler i praksis på, at simpel culpa har været tilstrækkelig til indrømmelse af direkte krav mod selvbyggere. Omvendt ses der heller ikke eksempler på, at selvbyggere er blevet frifundet efter at have begået fejl svarende til simpel culpa⁷⁸. De forhold, der dannede grundlag for indrømmelse af direkte krav i U 2000.471 V, U 2004.2496 V og U 2013.140 H (landsrettens afgørelse), havde enten en særlig karakter (*efter karakteren af fejlen*) eller blev anset som *grov*. Både U 2000.471 V og U 2004.2496 V er afsagt før U 2004.114 H, som vedrørte en erhvervsdrivende. Kriteriet *sådanne håndværksmæssige fejl* har derfor ikke været til overvejelse i disse sager. Kriteriet blev imidlertid heller ikke anvendt i U 2013.140 H. Kriteriet om *sådanne håndværksmæssige fejl* fra U 2004.114 H er derfor muligvis ikke gældende for selvbyggere. Det kan forklares med, at selvbyggere bliver bedømt efter en anden standard end erhvervsdrivende entreprenører. Det fremgår således særligt af U 2004.2596 V og U 2013.140 H, at ansvaret bedømmes på baggrund af, at skadevolder er selvbygger. Det kan ikke på baggrund af disse domme siges, at bedømmelsen af selvbyggere svarer til en professionsmålestok. Det kan imidlertid med sikkerhed siges, at private risikerer at blive mødt med direkte krav, hvis de foretager selvbyg på deres ejendom. Det kan ikke afvises med sikkerhed, at understregningen af, at selvbyggeres ansvar bedømmes under hensyntagen til, at de er selvbyggere, er begrundet i, at selvbyggere bærer et ansvar i kraft af at have udført selvbyg.

For den efterfølgende erhverver er det lige føleligt, om fejlen er begået af en selvbygger eller en erhvervsdrivende. Det vil være u hensigtsmæssigt, at skadelidte får sværere ved at inddække sit tab ved den for ham tilfældige omstændighed, at arbejdet på ejendommen er udført af en privat. Derudover er selv private klar over, at ejendomme videresælges flere gan-

⁷⁷ Jf. Rosenmeier: *Mangler ved fast ejendom*, s. 41.

⁷⁸ Jf. Munk-Hansen: *Fast ejendom I*, s. 445.

ge. En privat er derfor i lige så høj grad som en erhvervsdrivende klar over, at fejl ved ejendommen medfører risiko for tab for senere omsætningsled. De i afsnit 4.3 reale hensyn til en lempelig bedømmelse af selvbyggere har til fælles, at de vedrører skadevolders mulighed for at indrette sig. Spørgsmålet er, om ovennævnte hensyn til skadelidte ikke bør veje tungere.

Selvom ovenstående indicerer, at selvbyggere bedømmes under hensyntagen til deres status af selvbyggere, må det nærmere indhold af ansvarsbedømmelsen anses for usikkert. Højesteret har endnu ikke taget stilling til spørgsmålet.

5. INDSIGELSER MOD DIREKTE KRAV

5.1 Ansvarsbegrænsninger

Den traditionelle opfattelse er, at et direkte krav baseret på delikt (retsbrud) bryder igennem ansvarsbegrænsninger, mens et krav efter indtrædelsessynspunktet respekterer ansvarsbegrænsninger. Gennembrud af en ansvarsbegrænsning mellem to kontraktsparter kræver grov uagtsomhed⁷⁹. Det fremgår af den i afsnit 4 gennemgåede rets- og voldgiftspraksis, at direkte krav efter et retsbrudssynspunkt ikke betinges af grov uagtsomhed, men at mildere former for culpa er tilstrækkeligt. Særligt i TBB 2014.531 blev det udtrykkeligt udtalt, at ansvarsbegrænsningerne mellem bygherren og projektrådgiveren og mellem projektrådgiveren og underrådgiveren ikke kunne gøres gældende, på trods af at der ikke forelå *grov uagtsomhed*⁸⁰. Se også TBB 2004.149, hvor leverandøren tillige var ansvarlig for bygherrens driftstab uden ansvarsbegrænsning *efter karakteren af [leverandørens] fejl*. Smh. U 2004.2496 V, hvor en selvbyggers *grove fejl* medførte, at ansvarsfraskrivelsesklausulen ikke afskar det direkte erstatningskrav. Det er paradoksalt, at et direkte krav efter retsbrudsprincippet ikke betinges af grov uagtsomhed, når konsekvensen er, at ansvarsbegrænsninger ikke kan gøres gældende⁸¹. Efter den gældende retstilstand medfører den samme culpagrad forskellige resultater afhængigt af, om kravet rejses mellem kontraktsparter eller mellem ikke-kontraktsparter. En bygherres retsstilling forbedres derved af den for ham tilfældige omstændighed, at hovedentreprenøren har indgået aftale med en underentreprenør, som kan gøres ansvarlig efter retsbrudssynspunktet.

Tabet, der danner grundlag for erstatningskravet, ville aldrig være lidt, hvis kontrakten ikke var indgået. Derudover er det sædvanligt og kendeligt for bygherren, at underentreprenører og underrådgivere indgår underentrepriseaftaler og underrådgiveraftaler indeholdende en ansvarsbegrænsning. Der er derfor en så tæt sammenhæng mellem tabet og aftalen indeholdende en ansvarsbegrænsning, at det forekommer urimeligt, at ansvarsbegrænsninger ikke kan gøres gældende ved direkte krav efter retsbrudssynspunktet, når der ikke er udvist grov culpa. Det må imidlertid fastholdes som en juridisk konsekvens af anvendelse af reglerne om erstatning uden for kontrakt, at kontraktbestemmelser ikke kan påberåbes. Problemet er således snarere, at man har tilladt direkte krav efter reglerne om erstatning uden for kontrakt ved udvisning af en culpagrad, der inter partes ikke kan begrunde tilsidesættelse af ansvarsbegrænsninger. Det vil være systemstridigt at indrømme et direkte krav efter reglerne om erstatning uden for kontrakt (retsbrud) og derefter tillægge ansvarsbegrænsninger betydning.

⁷⁹ Jf. *Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89, s. 268f.* Forfatterne anfører i øvrigt, at en påstand om grov uagtsomhed kan medføre, at ansvarsforsikringen ikke dækker tabet.

⁸⁰ Jf. også *Gomard: Obligationsret I, s. 201*, som anfører, at *senere købers krav mod den oprindelige sælger begrundet i culpa afskæres ikke af ansvarsfraskrivelse i aftalen med mellemløbet*, jfr. *UfR 2004.114 H og 2497 V*. Se også *Hørlyck: Totalentreprise, s. 65*.

⁸¹ For så vidt angår rådgiverforhold anfører *Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89, s. 276*, at *det bør overvejes - i alt fald inden for rådgivningsområdet - om der er anledning til at strække deliktsansvaret så langt som det tilsyneladende er sket med den seneste praksis... ansvarsbegrænsningsklausuler inden for dette område [er] bredt anvendt og accepteret, ligesom der næppe heller er afgørende hensyn at tage til senere led i en kontraktkæde / omsætningskæde*.

Det er anført af *Ulfbeck*, at *A (skadevolder) og C (skadelidte) er de reelle parter*, hvorfor det ikke er givet, at en *ansvarsfraskrivelse, der giver en rimelig byrdefordeling i forholdet mellem A og B (mellemed) også gør det i forholdet mellem A og C. En vidtgående ansvarsfraskrivelse kan være rimelig at opretholde over for B, alene fordi B udtrykkeligt har accepteret den*. *Ulfbeck* mener på denne baggrund, at der bør foretages en konkret vurdering af individuelt forhandlede fraskrivelser, hvor man ser på, om den pågældende fraskrivelse giver en rimelig fordeling af ansvaret mellem A og C⁸². En sådan retstilstand er behæftet med usikkerhed. Det vil for det første være svært at forudberegne, om en given fraskrivelse kan gøres gældende. Dernæst kan en sådan retstilstand medføre, at skadevolder stilles dårligere - det vil sige mere risikabelt - jo bedre en ansvarsbegrænsning han har forhandlet sig frem til; anses ansvarsbegrænsningen for en urimelig ansvarsfordeling kan den blive tilsidesat. Den af *Ulfbeck* foreslåede løsningsmodel er ikke slået igennem i praksis. Derimod har det afgørende været *karakteren af fejlen* (TBB 2004.149), at fejlen var *grov* (U 2004.2496 V) og at der var tale om *erstatning uden for kontrakt på grundlag af culpa* (TBB 2014.531). Det vil sige, at ansvarsgrundlaget har været afgørende. Hvis domstolene og voldgiftsretterne anlagde *Ulfbecks* rimelighedsvurdering på ansvarsfordelingen, ville TBB 2014.531 have været et åbenlyst tilfælde af urimelig byrdefordeling. UR havde en ansvarsbegrænsning på 80.000 kr. i en sag hvor BH led et tab på mange millioner. På trods heraf begrundede voldgiftsretten ikke ansvarsbegrænsningens bortfald med, at ansvarsfordelingen var urimelig i forholdet mellem BH og UR.

5.2 Reklamationsfrister

I entreprise- og rådgiverforhold vedtages ABR 89, AB 92 og ABT 93 ofte mellem parterne. AB 92 og ABT 93 indeholder i § 32, stk. 2 og § 36, stk. 1 den relative og absolutte reklamationsfrist. ABR 89 indeholder en absolut og relativ reklamationsfrist i pkt. 6.2.3.1 og pkt. 6.2.3.2.

Den relative reklamationsfrist medfører, at mangelskrav i anledning af entreprise- eller rådgivningsydelsen ikke kan fremsættes mod entreprenøren eller rådgiveren, hvis bygherren ikke reklamerer *inden rimelig tid efter, at manglerne er eller burde være opdaget*, jf. AB 92 og ABT 93 § 32, stk. 2 og hvis *klienten ikke skriftligt reklamerer over for rådgiveren, så snart klienten er eller burde være blevet opmærksom på tilstedeværelsen af rådgiverens mulige erstatningsansvar*. Den absolutte reklamationsfrist medfører, at krav mod entreprenøren som følge af mangler skal fremsættes senest 5 år efter arbejdets aflevering, jf. AB 92 og ABT 93 § 36, stk. 1⁸³ og at rådgiverens ansvar ophører 5 år efter afslutningen af den rådgivningsopgave, som fejlen eller forsømmelsen vedrører, jf. ABR 89 pkt. 6.2.3.1.

Det fremgår af AB 92 og ABT 93 § 32, stk. 2, 2. pkt., at groft uforsvarlige forhold medfører, at entreprenøren ikke kan påberåbe sig reklamationsfristerne. Det kan herfra modsætningsvist slutes, at hvis entreprenøren har udvist mindre kvalificeret culpa end groft uforsvarlige forhold, vil reklamationsfristerne slå igennem med fuld kraft inter partes. Selvom det ikke fremgår af ABR 89, følger det af almindelige regler, at indsigelser ikke fortabes ved manglende reklamation, såfremt rådgiveren har handlet svigagtigt eller groft uagtsomt⁸⁴.

Idet direkte krav efter retsbrudssynspunktet indrømmes ved forhold, som på culpaskalaen befinder sig under *groft uforsvarlige*, er retsstillingen for bygherren forskellig afhængig af, hvem kravet rejses mod. Rejser bygherren mangelskrav mod en hovedentreprenør, vil hovedentreprenøren kunne påberåbe sig reklamationsfristen, hvis han ikke har handlet groft uagtsomt. Rejser bygherren et direkte krav mod en underentreprenør, vil underentreprenøren ikke kunne påberåbe sig reklamationsfristen, selvom han ikke har handlet groft uagtsomt,

⁸² Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 197f

⁸³ Denne regel er en særregel inden for AB. Uden for AB forældes bygherrens mangelskrav efter forældelsesloven, jf. *Iversen: TBB 2003.480 - Udfyldende entrepriseret*.

⁸⁴ Jf. *Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89*, s. 306.

idet kravet følger erstatningsreglerne uden for kontrakt. Den samme culpagrad medfører altså forskelligt udfald afhængig af, om man er underentreprenør/underrådgiver eller bygherrens direkte medkontrahent⁸⁵.

Direkte krav efter indtrædelsessynspunktet medfører, at reklamationsfrister, som skadevolder kan gøre gældende over for mellemedet, også kan gøres gældende over for skadelidte⁸⁶. I U 1992.2 V udtalte Vestre Landsret, at *ansvaret [var] imidlertid et ansvar efter reglerne om ansvar i kontraktsforhold. Appellanten [kunne] derfor påberåbe sig manglende reklamation ikke blot fra de indstævntes side, men også fra tidligere ejere.*

Reklamationsreglerne har til formål at sikre en part i et kontraktsforhold mod krav i anledning af ikke-kontraktsmæssige ydelser. På denne måde kan kontraktsparten beregne sin risiko. I almindelig erstatningsret uden for kontrakt gælder derimod ikke en almindelig pligt til at reklamere. Begrundelsen herfor er, at der ikke er særlige hensyn at tage til skadevolderen, der gøres ansvarlig på grund af delikt. Han må i stedet ty til reglerne om passivitet⁸⁷. Problemet er, at underentreprenører og underrådgivere efter den gældende retstilstand må påregne, at de i stigende omfang mødes med direkte krav efter retsbrudssynspunktet fra andre end deres kontraktsparter. Reklamationsreglerne udgør i denne henseende ikke et effektivt værktøj til håndtering af deres ansvar efter underentreprise- og underrådgiveraftalerne.

Ulfbecks forslag om rimelighedsbetragtninger har ikke slået igennem i praksis. I TBB 2007.442 udtalte voldgiftsretten, at *efter ansvarsgrundlagets karakter findes det uden betydning for klageren om reklamationsfristen i ABR 89, pkt. 6.2.3.1 er overholdt i forholdet mellem BH og [UR]*. I U 2004.114 H kunne UE ikke påberåbe sig manglende reklamation over for BH, idet UE var direkte erstatningsansvarlig efter retsbrudssynspunktet. I U 2012.2255 H var den efterfølgende erhververs manglende reklamation uden betydning, idet rådgiveren var direkte erstatningsansvarlig. Se også om U 1992.2.V ovenfor i nærværende afsnit. Ansvarsgrundlaget - ikke rimelighedsbetragtninger - er således afgørende for reklamationsspørgsmålet⁸⁸.

5.3 Voldgiftsklausuler

Det har traditionelt været antaget, at direkte krav i medfør af retsbrudssynspunktet ikke er underlagt voldgiftsbestemmelser i aftalen mellem mellemedet og skadevolderen, idet der er tale om et ansvar uden for kontraktsforhold^{89,90}. Tidligere praksis har været i overensstemmelse hermed:

⁸⁵ Kvist-Kristensen og Rise Jensen mener, at man bør holde sådanne køberetlige og obligationsretlige grundsætninger for øje ved vurderingen af, hvornår der er tale om et sådant retsbrudstilfælde, at en slutkunde eller en senere erhverver skal have adgang til at rette et direkte mangelskrav mod sin kontraktparts tidligere omsætningsled uafhængig af slutkunders overholdelse af reklamationsfrister, jf. U 2013B.129.

⁸⁶ Smh. *Kvist-Kristensen og Rise Jensen: U 2013B.127*, som vil åbne op for, at domstolene ud fra rimelighedsbetragtninger skal bortse fra mellemedets ikke-rettidige reklamation eller aftalte ansvarsbegrænsninger mellem mellemedet og skadevolder. *Kvist-Kristensen og Rise Jensen* anfører, at kendskab til, at ydelsen endeligt skal tilfalde skadelidte, kan medføre, at aftalte ansvarsbegrænsninger eller for sen reklamation mellem mellemedet og skadevolder ikke afskærer skadelidtes indtrædelseskra. Forfatterne vil dog begrænse undtagelsen til situationer, hvor salgskonstruktionen er urimelig for skadelidte og/eller hvor skadevolder er bekendt med, at skadelidte er slutkunden, der risikerer at lide tab, og skadelidte får vanskeligt ved at gennemføre mangelskrav mod mellemedet. Der findes mig bekendt ikke domspræmisser, der støtter en sådan undtagelsesadgang til at tilsidesætte reklamationsfrister i indtrædelsessituationer, hvor der ikke er handlet groft uagtsomt. I øvrigt er det min opfattelse, at de opstillede situationer i stedet kan løses ved at tillægge kendskabet til tabsrisiko og indskud af selskab betydning ved uagtsomhedsvurderingen.

⁸⁷ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet s. 200f*

⁸⁸ Om ansvarsgrundlaget påvirkes af rimelighedsbetragtninger er et andet spørgsmål.

⁸⁹ Jf. *Juul og Thommesen: Voldgiftsret, s. 102ff.*

⁹⁰ Jf. *Edlund* i U 2006B.173 og *Adamsen* i U 1996B.124. *Adamsen* anfører, at den mest vidtgående konsekvens (af U 1995.484 H) kan vise sig at være det forhold, at *hjemmelsmanden inddrages i en retssag ved de civile domstole af en tredjemand, som påberåber sig et retsbrudsansvar efter reglerne om erstatning uden for kontraktsforhold p.g.a. klare professionelle fejl, uanset at den aftale, der ligger til grund for ydelsen, indeholder en voldgiftsklausul.*

- I TBB 2005.336 rejste en efterfølgende erhverver et krav mod bygmesteren, der i sin tid havde opført villaen, hvori der blev konstateret alvorlige revnedannelser. Byretten udtalte, at kravet ikke blev støttet på indtræden i bygherrens krav mod bygmesteren efter den oprindelige kontrakt mellem disse. Byretten udtalte derimod, at der var tale om et krav om erstatning uden for kontrakt. *Allerede som følge heraf [var de efterfølgende erhververe] berettigede til at indtale deres krav ved de civile domstole.* Vestre Landsret stadfæstede kendelsen.
- I TBB 2006.451 rejste en bygherre (BH) krav mod hans medkontrahent (en totalentreprenør), mod totalentreprenørens underentreprenør samt mod en producent af spær. Vestre Landsret fandt, at voldgift var aftalt mellem BH og TE, idet ABT 93 ansås for vedtaget. Af denne grund var BH afskåret fra at anlægge sag mod TE ved domstolene uden TE's accept. For så vidt angår kravet mod underentreprenøren og producenten lagde landsretten til grund, at der ikke var et kontraktsforhold og dermed ikke nogen voldgiftbestemmelse. BH var derfor ikke *forpligtet til ved voldgift at gøre springende regres gældende, under anbringende af at underentreprenør og leverandør [var] ansvarlige på selvstændigt grundlag.* BH kunne følgelig anlægge sag ved domstolene⁹¹.

Både i TBB 2005.336 og TBB 2006.451 var det afgørende, hvilket ansvarsgrundlag kravet blev støttet på. Da der i begge sager var tale om et krav på erstatning uden for kontrakt, var domstolene kompetente.

Med U 2014.2042 H (TBB 2014.527) og sag 216/2013 har Højesteret muligvis sat ny kurs.

5.3.1 U 2013.1195 Ø og sag 216/2013

Iversen og Bryde Andersen anfører i U 2014B.317, at der bør anlægges en udvidende fortolkning af voldgiftsaftaler, der i højere grad lægger vægt på parternes fælles intention med voldgiftsaftalen og på formålet med aftalen. Forfatterne anfører endvidere, at *hvilke synspunkter kravet støttes på - kontrakt, delikt, restitution eller andet - er uden enhver relevans, blot tvisten angår det pågældende retsforhold*

U 2013.1195 Ø er et eksempel på, at de anbringender, der gøres gældende, er anset for afgørende for domstolenes kompetence. Bygherrens forsikringsselskab havde udbetalt erstatning til en nabo i anledning af skader på dennes ejendom. Forsikringsselskabet rettede derefter et krav mod bygherrens medkontrahent, en rådgiver. Der var aftalt ABR 89 mellem parterne, herunder pkt. 9.0.1. om at *tvister mellem klienten og rådgiveren i anledning af løsningen af opgaven* afgøres ved voldgift. Forsikringsselskabet støttede sit krav på reglerne om erstatning uden for kontrakt efter retsbrudssynspunktet. Landsretten udtalte, at da forsikringsselskabets indtræden og krav ifølge de fremsatte anbringender ikke støttedes på krav efter aftalen mellem parterne, var forsikringsselskabet ikke forpligtet til at lade sagen afgøre ved voldgift. En konsekvens af denne retstilstand er, at man ved at støtte kravet på retsbrudssynspunktet kan komme uden om aftalte voldgiftsbestemmelser inter partes⁹². Det har næppe været parternes fælles vilje, da de indgik aftalen. En sådan fortolkning af en voldgiftsaftale mellem to parter må følgelig afvises.

Højesteret ændrede Østre Landsrets afgørelse i sag 217/2013 afsagt fredag den 11. april 2014. Højesteret fandt, at forsikringsselskabet subrogerede i forsikringstagerens (bygherrens) retsstilling over for rådgiveren. Det afgørende var herefter, om bygherren var bundet af

⁹¹ Vestre Landsret udtalte, at BH i overensstemmelse med ABT 93 kunne inddrage underentreprenør og leverandør under en voldgiftssag mod TE. Endvidere bemærkede landsretten, at *det kan forekomme u hensigtsmæssigt, at sagen ikke kan afgøres i et samlet forum... har landsretten - således som påstandene er formuleret - ikke mulighed for at træffe bestemmelse om, at sagen skal afgøres samlet i et forum.*

⁹² Smh. Juul og Thommesen: *Voldgiftsret*, s. 105, hvor det anføres, at *adgangen til på denne måde at sætte voldgiftsaftalen ud af kraft er i TBB 2002.410 V anset for betinget af, at sagsøgeren under retssagen ikke også påberåber sig kontraktansvar.*

voldgiftsaftalen med rådgiveren. Højesteret fandt, at kravet udsprang af en tvist om rådgiverens løsning af opgaven. *Kravet ville derfor have været omfattet af voldgiftsbestemmelsen, hvis [bygherren] efter selv at have betalt erstatning rettede kravet mod [rådgiveren].* Bygherren var følgelig bundet af voldgiftsbestemmelsen⁹³.

5.3.2 U 2014.2042 H (sag 216/2013)

En bygherre (BH) havde antaget en totalrådgiver (TR) til opførelse af en skolebygning. TR havde antaget en underrådgiver (UR) til projekteringen. ABR 89 var vedtaget i forholdet BH-TR og TR-UR, herunder pkt. 9.0.1, hvoraf fremgår, at *tvister mellem klienten og rådgiveren i anledning af løsningen af opgaven* afgøres ved voldgift. Bygningsskade på naboejendommen blev konstateret. BH's forsikringsselskab (FS) havde udbetalt erstatning til naboen, og rejste herefter et krav mod UR ved domstolene. Højesteret udtalte indledningsvis, at sagen angik, om BH's forsikringsselskab FS var bundet af voldgiftsaftaler mellem et byggeris parter, når FS gjorde krav gældende mod UR efter at have betalt erstatning for skader på en naboejendom. Højesteret fandt, at FS som ansvarsforsikringsselskab var subrogeret i BH's retsstilling. Der var følgelig ikke tale om, at kravet skulle anses for rettet af naboen - en udenforstående tredjemand. Højesteret udtalte herefter følgende:

Det krav, der er rejst i denne sag, udspringer efter Højesterets opfattelse af en tvist om den tekniske rådgivers løsning af opgaven. Kravet ville derfor have været omfattet af voldgiftsbestemmelsen i begge rådgivningsaftaler. I en situation som den foreliggende, hvor der er en voldgiftsbestemmelse i begge rådgivningsaftaler, finder Højesteret, at [BH] ville have været bundet af voldgiftsbestemmelserne, hvis [BH] selv efter at have betalt erstatning rettede et krav direkte mod [UR] for at blive friholdt for tabet. Højesteret finder herefter, at også [FS] som ansvarsforsikringsselskab er bundet af voldgiftsbestemmelserne.

De første to sætninger af citatet vedrørte fortolkning af, om selve tvisten var omfattet af ABR 89, pkt. 9.0.1, hvis tvisten var mellem kontraktsparterne (hhv. BH-TR og TR-UR). Denne del af præmisserne kan sammenlignes med Højesterets præmisser i sag 217/2013. De sidste to sætninger får imidlertid en yderligere konsekvens, idet præmisserne udvider, *hvem* der er omfattet af voldgiftsklausulerne. Der er således den væsentlige forskel på sagerne, at 217/2013 vedrørte et krav mellem to kontraktsparter, som havde aftalt voldgift, hvorimod U 2014.2042 H vedrørte et direkte krav mellem ikke-kontraktsparter. Ordlyden af ABR 89, pkt. 9.0.1: *at tvister mellem klienten og rådgiveren* skal afgøres ved voldgift, taler imod, at en tvist mellem bygherren og underrådgiveren omfattes. Jeg er enig med *Iversen og Bryde Andersen* i, at det ikke er afgørende, om kravet betegnes som et krav om erstatning i eller uden for kontrakt, og at den generelle tendens er at se på parternes fælles formål og hensigt på aftaletidspunktet. Dette forklarer sag 217/2013, men det forklarer ikke U 2014.2042 H. Der var ikke ét aftaletidspunkt, idet totalrådgiveraftalen og underrådgiveraftalen blev indgået på forskellige tidspunkter. Endvidere er det vanskeligt at tale om en *fælles vilje*, når der ikke er et kontraktsforhold eller en ordlyd, der støtter fortolkningen af, at tvister mellem bygherre og underrådgiver omfattes. U 2014.2042 H fremstår på denne baggrund betydeligt mere vidtgående end sag 217/2013.

I en sag, hvor der ikke er indgået aftale mellem de stridende parter, bør det første skridt være at fastslå, om voldgift er *vedtaget* mellem parterne. Først derefter er *fortolkning* relevant. Det lader til, at Højesteret vendte processen om. Det fremstår ikke med sikkerhed, om Højesteret anvendte fortolkning til at fastslå, at voldgift var vedtaget, jf. ordene *ville have været bundet af voldgiftsbestemmelserne*. Det er muligt, at ordvalget blot tjente til forklaring af indtrædelse.

⁹³ Højesteret udtalte endvidere, at *den omstændighed, at naboejendommen [havde] givet transport til [forsikringsselskabet] på sit krav mod bygherren og den tekniske rådgiver... [ikke kunne føre til et andet resultat].*

I TBB 2014.531, som behandles i afsnit 4.2.1.2, var der aftalt ansvarsbegrænsning i forholdet BH-PR og PR-UR på samme måde som voldgift var aftalt i forholdet BH-TR og TR-UR i U 2014.2042 H. Voldgiftsbestemmelserne i U 2014.2042 H var identiske. Ansvarsbegrænsningerne i TBB 2014.531 var derimod formelt forskellige, idet ansvarsbegrænsningen i forholdet BH-PR var på 1 mio. kr. og 80.000 kr. i forholdet PR-UR. Det formelle fællesindholdet var dog, at ansvar ud over 1 mio. kr. ikke kunne gøres gældende bortset fra ved forsæt og grov uagtsomhed. Voldgiftsretten udtalte, at der ikke var udvist grov uagtsomhed, jf. afsnit 4.2.1.2. På trods heraf blev et direkte krav indrømmet uden hensyntagen til ansvarsbegrænsningerne i TBB 2014.531. Afgørelserne kan forklares på følgende måder, som vil blive undersøgt umiddelbart nedenfor:

- 1) Grunden til, at voldgiftsbestemmelserne slog igennem, var, at det direkte krav fra bygherren i U 2014.2042 H var et direkte krav efter indtrædelsessynspunktet.
- 2) Voldgiftsklausuler og ansvarsbegrænsninger behandles forskelligt.

TBB 2014.531 byggede på retsbrudssynspunktet, hvilket forklarer, at ansvarsbegrænsningerne blev illusoriske. Af U 2014.2042 H fremgår det ikke, om Højesteret henviste til et direkte krav efter indtrædelsessynspunktet eller retsbrudssynspunktet. Hvis voldgiftsklausulernes gennemslagskraft var begrundet i indtrædelse, ville det have været naturligt, at det fremgik af Højesterets præmisser. I KFE 1994.16 fremgik det af voldgiftsrettens præmisser, at voldgiftsretten var kompetent i kraft af indtrædelsessynspunktet, idet kravene blev fremsat gennem mellemedet⁹⁴. Endvidere ville forudsætningen om, at kravet var omfattet af begge bestemmelser være overflødig efter et indtrædelsessynspunkt, idet en voldgiftsklausul i forholdet mellemed-skadevolder ville være tilstrækkelig. U 2014.2042 H er derfor formentlig udtryk for, at voldgiftsklausuler indtager en særlig stilling og således kan påberåbes ved direkte krav efter retsbrudssynspunktet mellem ikke-kontraktsparter. Idet ABR 89, AB 92 eller ABT 93 ofte aftales både i forholdet bygherre-mellemed og mellemed-skadevolder, vil dommen sandsynligvis få vidtrækkende konsekvenser fremadrettet⁹⁵.

Når en bygherre indgår én aftale med en total- eller hovedentreprenør, som indeholder aftale om voldgift, har det sandsynligvis været hensigten, at alle tvister relaterende til byggeriet omfattes af aftalen om voldgift. Bygherren har ofte valgt netop én medkontrahent for at undgå administration af mange kontrakter og mange tvister i forskellige fora. Underrådgiveren eller underentreprenøren har sandsynligvis haft samme hensigt ved kontrahering med totalrådgiveren. Indgår bygherren derimod flere aftaler, hvor voldgift ikke aftales med alle, er det næppe bygherrens hensigt, at alle tvister skal afgøres ved voldgift - slet ikke tvister med ikke-kontraktsparter. Forudsætningen om, at voldgift både var aftalt i forholdet BH-TR og TR-UR medfører modsætningsvis, at en voldgiftsklausul i mellem mellemedet og skadevolder ikke er tilstrækkelig. Afgørelsen vil i dette lys næppe få konsekvenser for tvister vedrørende direkte krav fra efterfølgende erhververe, hvor voldgift sjældent er aftalt i sidste omsætningsled

Som det fremgår ovenfor i afsnit 5.1 og 5.2 medfører den nugældende retstilstand, at ansvarsbegrænsninger og reklamationsfristers gennemslagskraft får et tilfældigt præg, idet det kræver grov uagtsomhed at gennembyrde disse inter partes men et mindre kvalificeret forhold ved direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Det samme gør sig ikke gældende ved voldgiftsklausuler. Voldgiftsklausuler bliver ikke gennembrudt ved grov uagtsomhed inter partes⁹⁶.

⁹⁴ Der var tale om en tilsvarende situation, hvor voldgift var aftalt i begge led.

⁹⁵ Jf. *Vibe Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 318f, at det er nærliggende at antage, at der i sådanne situationer er indgået en form for "trepartsaftale" mellem A, B og C, som forpligter C til at anvende voldgift også ved krav, der rettes direkte mod A.

⁹⁶ Jf. *Juul og Thommesen: Voldgiftsret*, s. 111, hvor det anføres om ABR 89 pkt. 9.0.1., at klienten kan dog næppe bringe sig ud af voldgiftsklausulen ved i dette indbyrdes forhold at gøre gældende, at der foreligger et retsbrud i form af en "klar professionel fejl" eller lign.

Uanset ovennævnte overvejelser, repræsenterer U 2014.2042 H et grundlæggende, aftaleretligt problem.

5.4 Modregning

Tvungen modregning er betinget af, at fordringerne er udjævnelige, afviklingsmodne, retskraftige og gensidige. Alene kravet om gensidighed behandles i det følgende.

Når skadelidte rejser et direkte krav mod skadevolder, er skadelidte kreditor ifølge denne fordring. Skadelidte er imidlertid ikke debitor i henhold til modfordringen. Det er derimod mellemeddet, der er debitor efter modfordringen. Betingelsen om gensidighed er derfor ikke opfyldt.

Gældsbrevslovens § 28, 1. pkt., fastslår følgende: *en fordring på overdrageren kan skyldneren benytte til modregning, medmindre han har erhvervet fordringen efter det tidspunkt, da han fik kundskab eller formodning om overdragelsen*. Som det fremgår af afsnit 3.1 sker der efter indtrædelsessynspunktet ikke en egentlig transport⁹⁷. Tilsvarende sker der ikke en transport efter retsbrudssynspunktet, idet kravet baseres på skadevolders retsbrud. Gældsbrevslovens § 28 kan derfor ikke udgøre en hjemmel til modregning⁹⁸.

Ulfbeck anfører, at skadevolder i almindelighed bør kunne modregne sine konnekse modkrav mod mellemeddet over for skadelidte⁹⁹. Endvidere anfører hun, at modregningsreglerne ikke indeholder en forudsætning om, at skyldneres modregningsadgang afskæres, hvis der er handlet *særligt groft culpøst eller lignende*. *En sådan regel bør heller ikke gælde ved indrømmelsen af direkte krav*¹⁰⁰. Ifølge *Ulfbeck* er det afgørende derfor ikke, om det direkte krav bygger på indtrædelse eller retsbrud.

Heroverfor har *Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen* anført, at krav på betaling af honorar eller andre modkrav¹⁰¹ mod mellemeddet ikke kan bringes i modregning ved deliktskrav, idet konsekvensen af deliktskrav er, *at rådgiveren ikke over for tredjemand bevarer de indsigelser, han i forhold til [mellemeddet] havde i kraft af aftaleforholdet*¹⁰². Smh. *Moltke Jensen*, der i sin behandling af direkte krav mod lovpligtige ansvarsforsikringer anfører, at konneks modregning ikke er udtryk for en *indsigelse*, hvorfor det heraf ikke automatisk kan udledes, hvorvidt der er adgang til en konneks modregning eller ej¹⁰³.

I det følgende vil omsætningskæden BH-HE-UE blive anvendt, hvor BH rejser et direkte krav (hovedkravet) mod UE, fordi HE er gået konkurs. UE vil modregne/gøre indsigelse over for BH med sit krav (modkravet) på HE.

Hvis UE har adgang til at modregne, får han sin fordring på HE opfyldt. BH har herefter et udækket tab (det fulde tab minus modkravet), som BH kan anmelde i konkursboet efter HE. Nægtes UE adgang til modregning, får han ikke sin fordring på HE opfyldt (via modregningen), og han må følgelig anmelde kravet i konkursboet efter HE. Om modregning tillades el-

⁹⁷ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 199 og *Munk-Hansen: Overdragelse af fast ejendom I*, s. 422.

⁹⁸ Det samme gør sig gældende ved et forsikringsselskabs modregning i skadelidtes afledede krav mod forsikringsselskabet, jf. FAL § 95, jf. *Moltke Jensen: Konneksitet*, s. 93.

⁹⁹ Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 198ff.

¹⁰⁰ *Ibid.* s. 199.

¹⁰¹ Forpligtelsen til at betale honorar er ikke blot et konnekst modkrav. Honoraret er en hovedforpligtelse. Hvis honoraret ikke bliver betalt, har UE en indsigelse imod at blive afkrævet en ydelse, jf. *Gomard: Obligationsret 2*, s. 98. Hvis UE's krav beror på HE's culpøse beskadigelse af materiel, er der derimod tale om et konnekst modkrav. Konnekse modkrav og indsigelser behandles antageligt ens, hvorfor sondringen ikke gør en forskel i denne sammenhæng.

¹⁰² Jf. *Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen: ABR 89*, s. 272. Se også *Gomard: Obligationsret I*, s. 202, der anfører, at den ansvarlige ikke kan modregne krav på sin medkontrahent i den senere erhververs krav mod ham.

¹⁰³ Jf. *Moltke Jensen: Konneksitet*, s. 101f.

ler ej, er derfor reelt en placering af risikoen for HE's dårlige betalingsevne. Efter en betalings teori betyder det, at BH betaler UE's fordring mod HE, mens det efter en sikkerhedsteori betyder, at UE opnår sikkerhed i BH's krav for HE's manglende betaling¹⁰⁴.

UE's krav vil typisk være et honorarkrav efter underentreprisekontrakten med HE. BH's direkte krav udspringer af UE's forpligtelse efter underentrepriseaftalen. I det omfang BH rejser et direkte krav mod UE i anledning af dennes mangelfulde udførelse af underentreprisen, er der afhængighed mellem kravene, idet UE ikke ville have udført arbejdet og for den sags skyld påtaget sig en forpligtelse, hvis han ikke havde udsigt til et honorar¹⁰⁵. Hvis UE aldrig havde påtaget sig arbejdet, ville BH ikke have et krav.

Det kan overvejes, om UE er nærmere til at bære risikoen for HE's manglende betalingsevne (som er konsekvensen af modregning), idet UE har handlet ansvarspådragende med tab for skadelidte BH til følge. Heroverfor kan anføres, at både BH og UE havde mulighed for at sikre sig over for HE¹⁰⁶. Hvis BH handler som privatperson og UE som erhvervsdrivende, er situationen måske en anden, idet UE som erhvervsdrivende kan indregne risikoen. Smh. *Ulfbeck* ovenfor om, at culpa ikke er en forudsætning bag modregningsreglerne.

Det kan endvidere overvejes, om den øgede risiko for at blive mødt med direkte krav efter retsbrudsprincippet skal modsvares af en udvidet modregningsadgang.

Mig bekendt har domstolene i to tilfælde og Voldgiftsretten for Byggeri og Anlæg i ét tilfælde taget stilling til spørgsmålet om modregning i entreprise over for direkte krav efter retsbrudssynspunktet.

5.4.1 TBB 2007.487/2

Byretten udtalte følgende vedrørende bygherrens direkte krav mod underentreprenøren:

Med hensyn til den af [bygherren] påberåbte modregning vedrørende påståede mangler finder retten, at det i forbindelse med spørgsmålet om springende regres skal tillægges betydning, at sagsøgeren har oplyst, at han har et tilgodehavende på ca. 135.000 kr. hos [hovedentreprenøren] under konkurs. Hvis der i denne situation blev givet tilladelse til springende regres, ville [underentreprenøren] blive afskåret fra at benytte sin modregningsret overfor konkursboet, og som følge heraf finder retten, at der ikke er grundlag for at give [bygherren] tilladelse til at rejse mangelsindsigelse direkte overfor [underentreprenøren].

Det ligger implicit i byrettens citerede præmis, at underentreprenøren ikke ville kunne modregne sit krav mod hovedentreprenøren i bygherrens direkte krav. For landsretten forklarede underentreprenøren supplerende, at kravet mod hovedentreprenøren *fuldt ud [stammede] fra det omhandlede byggeri*. Det vil sige, at modfordringen var konnekst¹⁰⁷, idet den udsprang af samme retsforhold som det direkte mangelskrav. Byrettens præmis kan følgelig ses som en afvisning af modregning med et konnekst modkrav i et direkte mangelskrav. Landsretten afviste direkte krav, idet der ikke var begået *sådanne håndværksmæssige fejl*. Som følge heraf tog landsretten ikke stilling til modregningsspørgsmålet. Dommen er også behandlet i afsnit 4.1.1.

¹⁰⁴ Ibid, s. 82ff om teorierne anvendt på en ikke helt tilsvarende situation.

¹⁰⁵ Ibid s. 92ff om modregning med krav på præmierestance i krav på erstatning, jf. FAL § 95, hvor det anføres, at modkravet er en nødvendig forudsætning for hovedkravets opståen, hvorfor der består en afhængighed mellem kravene. Direkte krav efter FAL § 95 kan der modregnes i med konnekst modkrav, der er opstået før forsikringsbegivenhedens indtræden.

¹⁰⁶ BH har typisk sikret sig ved en garanti fra HE.

¹⁰⁷ Kravet var rettere en indsigelse, men idet indsigelser behandles på samme måde som konnekst modkrav, anvendes begrebet konnekst modkrav.

5.4.2 U 2010.365 V (TBB 2010.125)

Bygherren gjorde vedrørende modregning gældende, at underentreprenøren *ikke [kunne] foretage modregning i [bygherrens] krav for det af [underentreprenøren] anmeldte krav i konkursboet [efter hovedentreprenøren], idet det anmeldte krav i konkursboet ikke [relaterede] sig til entreprisen udført hos [bygherren], men derimod for en anden murerentreprise som [underentreprenøren havde] udført for [hovedentreprenøren].* Underentreprenøren gjorde heroverfor gældende, at han var berettiget til at modregne. Der var følgelig tale om et ikke-konnekst modkrav.

Byretten fandt underentreprenøren *erstatningsansvarlig direkte over for [bygherren]* og udtalte herefter:

Da retten således lægger til grund, at [underentreprenøren] er direkte erstatningsansvarlig over for [bygherren], kan det modkrav, som [underentreprenøren] ubestridt har over for hovedentreprenøren... ikke anvendes til modregning over for [bygherren].

Byretten afviste herved modregning med underentreprenørens ikke-konnekse modkrav. Det fremgår imidlertid ikke, at grunden til afvisning af modregning var manglende konneksitet. Grunden var derimod, at *[underentreprenøren var] direkte erstatningsansvarlig.* Hvis byretten afviste på grund af manglende konneksitet, ville det have været nærliggende at anføre dette i præmisserne. Afgørende var sandsynligvis, at underentreprenøren var direkte erstatningsansvarlig efter et retsbrudssynspunkt.

Mindretallet i Vestre Landsret fandt også underentreprenøren *direkte erstatningsansvarlig over for bygherren.* Mindretallet udtalte følgende vedrørende modregning¹⁰⁸:

(1) Da det anmeldte krav ikke udspringer af samme entreprise, (2) da [underentreprenøren] efter det oplyste ikke har afgivet modregningserklæring over for hovedentreprenøren, (3) og da kravet fra [bygherren] følger af et direkte erstatningsansvar, som beror på et retsbrudssynspunkt, kan det anmeldte krav ikke anvendes til modregning over for [bygherren].

Landsretten fremhævede ordet *da* ved at sætte det i kursiv samt anvendte ordet *og* inden den tredje betingelse. De tre betingelser fremstod herved som kumulative for nægtelse af modregning. Modsætningsvist kan følgende udledes om de tre betingelser for nægtelse af modregning:

(1) Den første betingelse vedrører modkravets konneksitet. Modsætningsvist ville et konnekst modkrav - det vil sige et krav, der udspringer af samme entreprise - kunne modregnes i et direkte krav under visse omstændigheder. Hvis konnekse modkrav ikke kunne modregnes i direkte krav efter retsbrudsprincippet, ville den tredje betingelse være tilstrækkelig begrundelse i sig selv.

(2) Den anden betingelse vedrører modregningserklæring. Konnekse modkrav kræver principielt en modregningserklæring, men når modregningserklæring er afgivet, har modregningen tilbagevirkende kraft¹⁰⁹. Modkravet udsprang ikke af samme entreprise og var derfor ikke konnekst. Ikke-konnekse modkrav synes derfor forudsætningsvist modregnelige, hvis modregningserklæring afgives over for hovedentreprenøren. Sammenholdt med tredje betingelse om, at retsbrudssynspunktet var begrundelse imod modregningsadgang med et ikke-konnekst modkrav, kan modregning med ikke-konnekse modkrav alene ske i direkte krav

¹⁰⁸ Idet flertallet i Vestre Landsret frifandt underentreprenøren, tog flertallet ikke stilling til modregningsspørgsmålet. Mindretallets afgørelse blev derfor ikke underkendt af flertallet for så vidt angår modregningsspørgsmålet. Se om præjudikatværdien af mindretalsafgørelsen i afsnit 5.4.4.

¹⁰⁹ Jf. von Eyben, Mortensen og Sørensen: *Lærebog i obligationsret II*, s. 177.

efter indtrædelsessynspunktet. Det stemmer overens med, at ikke-konnekse modkrav - i modsætning til konnekse modkrav - ikke begrundes af kravet om gensidighed.

(3) Den tredje betingelse vedrører det ansvar, der danner grundlag for indrømmelse af direkte krav. Ansvarsgrundlaget havde følgende betydning for modregningsadgangen. Dette står i kontrast til *Ulfbeck*, jf. ovenfor, som ikke vil tillægge culpa og forsæt betydning for modregningsadgangen.

Dommen er også behandlet i afsnit 4.1.1.3.

5.4.3 TBB 2015.557

BH havde gjort et krav på mere end 3,5 mio. kr. gældende direkte mod UE. UE havde heroverfor *nedlagt selvstændig påstand om betaling af 144.000 kr... Den selvstændige påstand [var] nedlagt til kompensation*. Det fremgår af afgørelsen, at modkravet stammede fra UE's pris med tillæg af ekstraarbejder og fradrag af betalte beløb. Det fremgår ikke udtrykkeligt af afgørelsen, hvem UE havde et krav mod, men det formodes, at det var HE¹¹⁰. UE's krav var derfor sandsynligvis et honorarkrav hidrørende fra samme entreprise.

Voldgiftsretten indrømmede BH et direkte krav fastsat skønsmæssigt til 40.000 kr. Voldgiftsretten tog herefter stilling til UE's modkrav:

Da [BH's] krav er fremsat som et direkte krav med henvisning til erstatningsbegrundende forhold, hvor parterne ikke står i et kontraktmæssigt forhold til hinanden, kan modkravet ikke fradrages i [BH's] krav på erstatning.

BH's direkte krav var begrundet i retsbrudsprincippet, idet kravet beroede på *erstatningsbegrundende forhold*. Hvis kravet blev indrømmet efter indtrædelsessynspunktet, ville parterne stå i *et kontraktmæssigt forhold til hinanden*. Det kan herefter udledes af TBB 2015.557, at honorarindsigelser ikke kan modregnes i direkte krav efter retsbrudsprincippet.

5.4.4 Sammenfattende om modregning i direkte krav

Retspraksis har forudsætningsvist i to tilfælde (byretsafgørelserne i TBB 2007.487/2 og TBB 2010.125) og udtrykkeligt i et tilfælde (TBB 2015.557) afvist modregning med indsigelser, konnekse og ikke-konnekse modkrav i et direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Mindretallet i landsretten i TBB 2010.125 forudsatte i modsætning til byretterne og voldgiftsretten, at modregning kunne ske i direkte krav efter retsbrudssynspunktet, såfremt modkravet havde været konnekst. Det synes endvidere forudsætningsvist at ligge i mindretallets afgørelse i TBB 2010.125 V, at der ikke stilles krav om konneksitet ved modregning i direkte krav efter indtrædelsessynspunktet. Mindretallet i TBB 2010.125 V bestod af en konstitueret landsdommer. Dette svækker præjudikatværdien af dommen betydeligt. Selvom retspraksis er broget, peger de fleste afgørelser (TBB 2007.487/2, byretsafgørelsen i U 2010.365 V og TBB 2015.557) på, at modregning - selv med konnekse modkrav - ikke kan ske, når det direkte krav begrundes i retsbrudssynspunktet. Afgørende synes derfor at være, hvilket ansvarsgrundlag det direkte krav beror på. Indtil modregningsspørgsmålet forelægges Højesteret eller en landsret træffer afgørelse om spørgsmålet, må konklusionen anses for usikker, idet der er tale om byretsafgørelser og en voldgiftskendelse, der alene er gengivet summarisk.

¹¹⁰ Det fremgår af kendelsen, at parterne havde aftalt, at kendelsen skulle *udfærdiges i kort form uden fuldstændig sagsfremstilling og uden gengivelse af forklaringerne og proceduren, men alene med gengivelse af parternes påstande, voldgiftsretens resultat og begrundelsen herfor*. Faktum i kendelsen er derfor forbundet med usikkerhed.

6. KONKLUSIONER

Culpavurderingen ved direkte krav mod entreprenører, rådgivere og selvbyggere har i rets- og voldgiftspraksis været fokuseret på skadevolder. Skadevolderen vurderes ud fra, om han er selvbygger eller professionel. Det er (tilsyneladende) ikke blevet tillagt vægt i præmisserne, om skadelidte er en privatperson eller erhvervsdrivende, ligesom det heller ikke har haft betydning, om skadelidte har været bygherre eller efterfølgende erhverver.

Retsbrudssynspunktet er det dominerende ansvarsgrundlag i rets- og voldgiftspraksis (U 1995.484 H, TBB 2003.196, U 2004.114 H, TBB 2004.149, TBB 2007.487/2, TBB 2010.125, TBB 2013.343, TBB 2014.531). Indtrædelsessynspunktet anvendes også som selvstændigt ansvarsgrundlag for direkte krav (U 1992.2 V, TBB 2003.302 V). Berigelsessynspunktet er ikke anvendt som et selvstændigt ansvarsgrundlag, men muligvis anvendt som begrundelse for indtrædelsessynspunktet (TBB 2003.302 V)¹¹¹. Berigelsessynspunktet ses ikke anvendt som begrundelse for retsbrudssynspunktet. Se i denne sammenhæng U 2015.3845 H, hvor det var en forudsætning, at den efterfølgende erhverver ikke opnåede en bedre retsstilling end mellemeleddet. Modsætningsvist har berigelsessynspunkter ikke samme gennemslagskraft ved retsbrudsansvar, idet skadelidte opnår bedre ret end mellemeleddet. Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar er påberåbt i afgørelser (U 2004.114 H, U 2012.2255 H), men ses ikke lagt til grund i afgørelserne. Tilsvarende er blandingsteorien heller ikke slået igennem i rets- og voldgiftspraksis, hverken ved indrømmelse af selve kravet eller ved indsigelser om manglende reklamation og ansvarsbegrænsninger.

Som det fremgår af afsnit 4.1.3 og afsnit 4.2.3, indrømmes direkte krav mod entreprenører og rådgivere efter retsbrudsprincippet ved udvisning af en culpograd, der befinder sig imellem simpel og grov culpa. Der er dog afgørelser om direkte krav mod entreprenører, som tilsyneladende indrømmer direkte krav efter retsbrudsprincippet ved udvisning af simpel culpa (U 1983.139 H, TBB 2013.343). Samtidig er der eksempler på, at simpel culpa ikke har været tilstrækkeligt (TBB 2010.125). Culpavurderingen har ikke altid stået alene i vurderingen. For så vidt angår direkte krav mod entreprenører, er skadens økonomiske omfang i forhold til underentreprisesummen inddraget (TBB 2010.125). For så vidt angår direkte krav mod rådgivere, er manglernes karakter og om fejlene vedrørende væsentlige eller vitale dele af byggeriet eller opgaven inddraget, jf. i det hele afsnit 4.2.3. For så vidt angår selvbyggere fastslår retspraksis, at selvbyggere kan mødes med direkte krav. Selvbyggere er dømt ved udvisning af grov culpa og ved culpa imellem simpel og grov culpa. Der er ikke afgørelser om frifindelse eller domfældelse af selvbyggere ved simpel culpa. Domstolene har vurderet selvbyggeres ansvar under hensyntagen til, at de er selvbyggere. Det fremstår usikkert, hvad der nærmere ligger i denne hensyntagen. Den er sandsynligvis begrundet i, at selvbyggere bedømmes mildere end erhvervsdrivende.

Samlet set fremstår doms- og voldgiftspraksis broget. Dette kan skyldes, at domstolene og voldgiftsretterne foretager en samlet bedømmelse af alle sagens omstændigheder og herudfra vurderer, om direkte krav bør indrømmes. Culpagraden kommer herved ikke til at stå alene i vurderingen, men suppleres af yderligere momenter.

Reklamationsfrister og ansvarsbegrænsninger er efter den gældende retstilstand ikke nyttige redskaber til at håndtere og styre mangelskrav fra andre end medkontrahenten. ABR 89, AB 92 og ABT 93 er utilstrækkelige i kraft af deres status af *agreed documents*. Løsningen bør ikke være de af *Ulfbeck* fremførte rimelighedsbetragtninger, idet disse medfører for stor retsusikkerhed¹¹².

¹¹¹ Jf. også U 2015. 3845 H som vedrører et beslægtet område, hvor berigelsessynspunkter blev inddraget som argument for indtrædelse i en garanti.

¹¹² Jf. *Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, s. 200f

Højesteret har med U 2014.2042 H sandsynligvis givet voldgiftsklausuler en særlig position. Fremover vil voldgiftsklausuler i forholdet skadelidte-mellemlid og mellemlid-skadevolder være bindende i en sag om direkte krav fra skadelidte mod skadevolder. Det fremgår ikke med sikkerhed, om det gælder ved direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Det er forudsat i præmisserne i U 2014.2042 H, at voldgift er aftalt i begge led.

Retsstillingen for modregning i direkte krav er fortsat usikker. Det er forudsat af landsretsmindretallet i TBB 2010.125, at modregning kan ske med konnekse modkrav i direkte krav efter retsbrudsprincippet, og at modregning kan ske med ikke-konnekse modkrav i direkte krav efter indtrædelsessynspunktet, hvis modregningserklæring afgives til mellemlid. Afgørelsen har imidlertid ringe præjudikatværdi, jf. afsnit 5.4.4, og TBB 2007.487/2, byretsafgørelsen i U 2010.365 V og TBB 2015.557 tyder på, at modregning med selv konnekse modkrav ikke kan ske i direkte krav efter retsbrudsprincippet.

7. LITTERATURLISTE

7.1 Bøger

Bryde Andersen, Mads og Lookofsky, Joseph: Lærebog i obligationsret I - ydelsen, beføjelser, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2015.

Clausen, Nis Jul, Edlund, Hans Henrik og Ørgaard, Anders: Købsretten, 6. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2015.

Gam Madsen, Lars Henrik: Modregning med uklare krav, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009.

Gjedde-Nielsen, Michael og Lykke Hansen, Hans: ABR 89 - Almindelige betingelser for teknisk Rådgivning og bistand, 3. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København 2013.

Gomard, Bernhard: Obligationsret - 1. del, 4. udgave, 3. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.

Gomard, Bernhard: Obligationsret - 2. del, 4. udgave ved Torsten Iversen, 2. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Gomard, Bernhard: Obligationsret - 3. del, 2. udgave ved Torsten Iversen, 2. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.

Hørlyck, Erik: Totalentreprise - Almindelige betingelser for totalentreprise med kommentarer, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Hørlyck, Erik: Entreprise - Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer, 7. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2014.

Iversen, Torsten: Finansjura, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

Juul, Jakob og Thommesen, Peter Fauerholdt: Voldgiftsret, 2. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2008.

Melchior, Michael: Lidt om AB 92, forældelsesloven... og springende regres, Festskrift til det danske selskab for byggeret, Torsten Iversen (red.), 1. udgave, 1. oplag, Thomson Reuters Professional A/S, København 2009.

Moltke Jensen, Pia: Konneksitet - forskellige aspekter af modregning og tilbageholdsret, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007.

Munk-Hansen, Carsten: Fast ejendom I - Overdragelsen, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015.

Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik og Højlund Christensen, Lasse: Den civile retspleje, 3. udgave, 1. oplag, Forlaget Pejus 2015.

Rosenmeier, H.P.: Mangler ved fast ejendom, 6. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2013.

Ulfbeck, Vibe: Kontraktens relativitet, 1. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2000.

Ussing, Henry: Erstatningsret, G.E.C. Gads Forlag - København, 1937.

Vagner, Hans Henrik: Entrepriseret, 4. udgave ved Torsten Iversen, 4. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005.

Vestergaard Buch, Anders: Entrepriseretlige Mangler - kravene til entreprenørens ydelse, 1. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2007.

Vinding Kruse, A: Ejendoms køb, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992.

von Eyben, Bo, Sørensen, Peter og Sørensen, Ivan: Lærebog i obligationsret II - Personskifte i skyldforhold, fordringers ophør, hæftelsesformer, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2014.

von Eyben, Bo og Isager, Helle: Lærebog i erstatningsret, 8. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.

7.2 Artikler

Adamsen, John: U 1996B.124 - Er retsbrudssynspunktet en farbar vej?

Bloch Ehlers, Andreas: TBB 2012.3 - Om entreprenørens produktansvar i dansk entrepriseret.

Borup Nørgaard, Søren og Vestergaard Pedersen, Per: U 1995B.385 - Springende regres - kontraktsafhængigt retsbrudsansvar.

Bryde Andersen, Mads: U 2001B.119 - Opgør med relativitetsprincippet

Edlund, Hans Henrik: U 2006B.173 - Direkte krav i de seneste års retspraksis.

Hørlyck, Erik: U 1988B.43 - Forældelse af entreprenøransvar

Iversen, Torsten: TBB 2003.480 - Udfyldende entrepriseret

Iversen, Torsten og Bryde Andersen, Mads: U 2014B.317 - Voldgiftsklausulers rækkevidde.

Kvist-Kristensen, Allan og Rise Jensen, Henrik: U 2013B.129 - Direkte krav efter U 2012.2255 H.

Svith, Kristian: TBB 2012.134 - Den projekterende entreprenørs forsikringsmuligheder.

Vestergaard Pedersen, Per: U 2003B.173 - Skadelidtes direkte krav mod skadevolderens ansvarsforsikringsselskab - seneste retspraksis og ændringsforslagene vedrørende FAL § 95.

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

Wittrup, Irene: U 1988B.129 - Forældelse af entreprenøransvar ved springende regres.

8. DOMSLISTE

8.1 TBB

TBB 1998.16
TBB 2000.269
TBB 2003.196
TBB 2004.56 (U 2004.114 H)
TBB 2004.149
TBB 2005.224
TBB 2005.336
TBB 2006.451 (U 2006.1638 V)
TBB 2007.442
TBB 2007.487/2
TBB 2009.677
TBB 2010.125
TBB 2013.343
TBB 2014.527 (U 2014.2042 H)
TBB 2014.531
TBB 2015.557

8.2 KFE

KFE 1983.274
KFE 1983.299
KFE 1994.16

8.3 UfR

U 1983.139 H
U 1992.2 V
U 1995.484 H
U 2000.471 V
U 2002.249 H
U 2004.114 H (TBB 2004.56)
U 2004.2496 V
U 2006.1638 V (TBB 2006.451)
U 2012.2255 H
U 2013.140 H
U 2013.1195 Ø og den efterfølgende sag 217/2013 afsagt af Højesteret 11. april 2014

U 2014.2042 H (TBB 2014.527)
U 2015.3845 H