



**Copenhagen
Business School**

HANDELSHØJSKOLEN

Kandidatafhandling – Cand.merc.(jur.), Juridisk Institut
Copenhagen Business School 2014

**Den effiente risikoallokering i entrepriserforhold
baseret på en komparativ kontraktanalyse**

The efficient risk allocation in construction relations
based on a comparative contract analysis

Af
Sabine Lohse

Afleveret den 28. august 2014

Forfatter Sabine Lohse

**Vejledere Professor, Peter Møgelvang-Hansen (juridisk vejleder)
Christian Romer Løvendal (økonomisk vejleder)**

Anslag: 177.566 inkl. 6 figurer (svarende til 79 normalsider)

Abstract

This master thesis examines the factors decisive for an efficient risk allocation in construction contracts, and in the light of the findings decides whether a re-allocation should be made.

As the construction industry isn't regulated by statute the construction contract constitutes the legal basis between the employer and the contractor (the parties). The contract is primarily based on a set of standard terms due to its adaption to the industry. Two standard forms of contracts is in focus in the thesis: the int. FIDIC 'Yellow Book' (FIDIC) and the Danish AB 92.

The scope of the legal analysis has been to analyse differences and similarities in the risk allocation between the parties in the two standard forms of contracts. The risk allocation has been compared within three areas: risk and responsibilities, force majeure and insurance. The analysis of the risk allocation disproves the hypothesis saying that the risk allocation is *more* in favour of the employer in FIDIC compared to AB 92. Despite of the disproof the risk allocation in FIDIC still tends to favour the employer by putting the risk on the contractor in a considerable number of the (sub-)provisions.

The economic analysis focuses on optimizing the risk allocation. Crucial for an efficient risk allocation is the parties' ability to manage risk: assess the risk accurately, control the risk and manage its consequences if it happens. A risk allocation favouring the employer does therefore not necessarily create the most efficient allocation, as he might overcompensate the contractor for bearing the risk due to inefficient risk management.

The cost of risk transfer must be taking into consideration when assessing the re-allocation's economic savings, which are a condition for realizing the re-allocation.

A re-allocation will not cause a Pareto improvement (PI), as the contractor becomes worse off by being imposed the risk. But as the re-allocation allots both parties a saving a PI is a reality, as the allocation makes none of the parties worse off. If the re-allocation is Pareto efficient as well, depends on the parties' view on the level of information as efficiency presupposes full information.

The winner compensating the loser makes the re-allocation Kaldor-Hicks efficient.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1: Problemstilling	5
1.1 Indledning	5
1.2 Problemformulering	8
1.3 Synsvinkel.....	8
1.4 Afgrænsning.....	9
1.5 Metode	11
1.5.1 Juridisk metode	12
1.5.2 Økonomisk metode	13
1.6 Disposition	15
Kapitel 2: Entrepriseretten	17
2.1 Entreprisekontrakten	17
2.1.1 Om standardaftalevilkår	19
2.2 Introduktion til FIDIC og deres standardaftalevilkår.....	20
2.2.1 Yellow Book, first edition 1999.....	22
2.3 Almene karakteristika; AB 92 kontra FIDIC's standardvilkår	22
Kapitel 3: Juridisk komparativ analyse.....	29
3.1 Typologien	29
3.2 Risiko og ansvar.....	29
3.2.1 Risiko og ansvar efter FIDIC Clause 17 og AB 92 § 12 primært.....	30
3.3 Force Majeure	39
3.3.1 Force majeure efter FIDIC Clause 19 og AB 92 §§ 24 og 27	39
3.4 Afdækning af risiko	45
3.4.1 Forsikring efter FIDIC Clause 18 og AB 92 § 8.....	45
3.5 Juridisk konklusion	51
Kapitel 4: Allokering af risiko	54
4.1 Risiko	54
4.2 Udgangspunktet for at diskutere efficiens	56
4.3 Allokering af risiko	59
4.3.1 Styrende faktorer for en efficient risikoallokering.....	63

4.4 Ændring af risikofordelingen	70
4.5 Optimering af allokeringen i FIDIC	75
4.6 Økonomisk konklusion	79
Kapitel 5: Konklusion	81
Anvendte forkortelser	83
Litteraturliste	83
Voldgiftsafgørelser	86

Kapitel 1: Problemstilling

1.1 Indledning

”It is claimed that a significant portion of the considerable cost wastage identified within the last 20 years by the Construction Industry Institute may be attributed to unbalanced risk allocation in contracts.”¹

Denne udtalelse sammenholdt med, at risikofordelingen alt for ofte er styret af *”economics, commercial requirements, debt financier’s requirements, bargaining power and company culture and policies”*² støtter relevansen af at foretage en analyse af den efficiente risikoallokering i entreprisekontrakter.

I forbindelse med entreprisearbejder sker det ikke sjældent, at parterne påtager sig risiko de ikke er klar over, ikke er i stand til og har incitamentet til at bære, og ikke kan opkræve passende kompensation for.³ Denne ubalanceret allokering af risiko hævdes at fordyre kontrakten. Fordelingen af risiko kan således påvirke aftalens samlede efficiens. De besparelser, der kan opnås ved at optimere allokeringen af risiko, kan derfor være væsentlige og af stor betydning for parterne.

Ud fra et optimeringsperspektiv synes det derfor at være relevant at beskæftige sig med, hvordan der kan opnås en afbalanceret fordeling af risiko.

Det entrepriseretlige teoretiske fundament blev etableret på baggrund af *værkslejebegrebet*⁴ og er i dag fast forankret i kontraktretten. Udviklingen af entrepriseretten er sket med afsæt i den klassiske kontraktrets aftaleforståelse, dvs. med afsæt i aftaleforholdets gensidigheds- og udvekslingselement.⁵

Det er generelt anerkendt, at formålet med en entreprisekontrakt er at identificere de risici, som parterne er eksponeret for, og herefter foretage en risikofordeling parterne imellem.⁶ At entreprisekontraktens hovedformål ikke er regulering af entreprisens ydelser, men i stedet fordeling af risiko, skal primært ses begrundet i byggeindustriens særlige risikofyldte natur; *”The*

¹ Khazaeni et al., 2012, s. 511

² Ng og Loosemore, 2007, s. 72 ff.

³ IBID., s. 70 ff.

⁴ Hansen, 2008, s. 4

⁵ IBID., s. 62

⁶ Andersen et al., 2003, s. 319

construction industry and its clients are widely associated with a high degree of risk due to the nature of construction business activities, processes, environment and organization.”⁷

Kendetegnende for risikofordelingen er, at mange bygherrer allokerer så meget finansiel risiko over på entreprenøren som muligt.⁸ For bygherren udgør denne fordeling dog ikke nødvendigvis den mest efficiente allokering, da risikoen med stor sandsynlighed vil blive tilbageført til ham, i form af bl.a. øget risiko, højere risikopræmier og kontraktuelle problemer.⁹ I stedet bør risiko forsøges fordelt mellem bygherren og hans entreprenør ”*in order to utilize the incentive value of bearing risk while minimizing a contingency charged for accepting the risk.*”¹⁰ Risici bør således bæres af den part, der kræver den laveste compensation, underforstået af den part der kan håndtere disse risici til de laveste omkostninger.

I entrepriseforhold er der en særlig tradition for parternes aftalefrihed, idet retsområdet er ulovreguleret. Som følge af fraværet af lovgivning, udgøres det entrepriseretlige aftalegrundlag mellem parterne i stedet primært af standardaftalevilkår, hvori blandt andet fordelingen af risiko er fastlagt.

Det er parterne frit for, hvorvidt de vil benytte sig af standardaftalevilkår, og i så fald hvilke, og i hvilket omfang. Denne frivillighed muliggør fravigelser fra det fastlagte udgangspunkt.

Der findes i dag flere forskellige sæt af danske og internationale standardaftalevilkår.¹¹ I afhandlingen tages der udgangspunkt i de danske ’Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed’¹², i daglig tale benævnt AB 92, og et internationalt entrepriseregelsæt, kaldet ’The Yellow Book’¹³, udarbejdet af den internationale organisation for rådgivende ingeniører ’Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils’ (FIDIC). FIDIC har udgivet forskellige standardvilkår med varierende sigte anvendt afhængig af entreprisens type. For eksempel er ’The Yellow Book’ bl.a. tiltænkt anvendt ved entrepriser forbundet med store uforudsete risici.

Fra og med kapitel 2 vil begrebet ’FIDIC’ dække over FIDIC’s ’Yellow Book’.

⁷ Kartam og Kartam, 2001, s. 325

⁸ Gordon, 1994, s. 198

⁹ Ng og Loosemore, 2007, s. 70

¹⁰ Gordon, 1994, s. 198

¹¹ Fx internationale standardvilkår udarbejdet af The Joint Contracts Tribunal og Association of Consulting Engineers og danske vilkår som ABR 89 og ABT 93, ’Danske Entreprenørers (med fleres) standardforbehold’ og ’Håndværksrådets standardforbehold’, jf. Iversen, 2004, s. 65

¹² Betænkning nr. 4040 af 10. december 1992

¹³ FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build, first edition 1999

Den danske standardaftale, AB 92, der finder anvendelse på arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, jf. AB 92 § 1, stk. 1, vil blive analyseret og sammenlignet med FIDIC's internationale standardaftalevilkår, 'The Yellow Book'.

Den komparative analyse har til formål at fastlægge risikofordelingen mellem entreprenøren og bygherren i henholdsvis AB 92 og FIDIC's 'Yellow Book' med henblik på at give et grundlag for at be- eller afkræfte den generelle opfattelse om, at FIDIC's standardaftalevilkår i højere grad end AB 92 er til bygherrens fordel.¹⁴

Efficiensen af kontrakternes risikofordeling testes efterfølgende ved en analyse af den efficiente risikoallokering. Således undersøges, hvilke parametre der er afgørende for en efficient risikoallokering, og om bygherren på baggrund heraf bør foretage en re-allokering med henblik på at gøre aftalen så efficient som mulig for ham selv.

¹⁴ Andersen et al., 2003, s. 31 underbygget af Kartam og Kartam, 2001, s. 326 ff. samt Gordon, 1994, s. 198

1.2 Problemformulering

Afhandlingens formål er at fastslå, hvad der skaber en efficient allokering af risiko, og hvorvidt undersøgelsesresultatet foranlediger en re-allokering af den risikofordeling, der følger af FIDIC's 'Yellow Book'. Dette giver, sammen med den introducerede problemstilling, anledning til følgende todelte problemformulering:

I hvilket omfang stiller FIDIC's 'Yellow Book' bygherren bedre end AB 92 i de udvalgte bestemmelser?

Og i forlængelse heraf:

Hvorvidt repræsenterer denne risikofordeling i FIDIC's 'Yellow Book' en inefficent allokering af risiko for bygherren, således at en re-allokering bør foretages?

Den juridiske del af problemformuleringen søges besvaret ud fra en komparativ analyse af AB 92 og FIDIC's 'Yellow Book', bygget op om den opstillede hypotese om, at risikoallokeringen er mere 'bygherrevenlig' i FIDIC end i AB 92.

Analysen og dens konklusioner er udgangspunktet for den økonomiske efficiensanalyse.

Til hjælp for besvarelsen af andet led af problemformuleringen opstilles følgende underspørgsmål:

Hvilke faktorer er afgørende for en efficient allokering af risiko?

I hvilket omfang allokerer de analyserede aftalevilkår risikoen til den hensigtsmæssige part?

1.3 Synsvinkel

Afhandlingens analyse foretages ud fra bygherrens synsvinkel.

At vælge en af de kontraherende parter vinkel er begrundet i forhandlingsteorien, hvorefter parterne vil fokusere på egenoptimering frem for det samlede ressourceniveau i aftalen. I forbindelse med allokering af risiko vil bygherrens overvejelser derfor gå på, hvordan *han* opnår

den mest efficiente allokering. Afgørende herfor vil således være om han billigere end entreprenøren kan bære risikoen og dermed bør påtage sig den.

Den anlagte synsvinkel vil således sikre, at afhandlingens analyser afspejler en virkelig forhandlingssituation mest muligt.

Bygherren vil i gennem afhandlingen sidestilles med begrebet 'virksomhed' og 'individ'.

1.4 Afgrænsning

Afhandlingen er bygget op om en komparativ analyse efterfulgt af en efficiensanalyse, og har dermed karakter af en ren teoretisk afhandling. Som følge af denne teoretiske tilgang vil konklusionerne, der drages, være generelle, hvormed de ikke nødvendigvis vil kunne overføres på en mere konkret situation, da efficiens er kontraktsspecifik og afhænger af de givne forudsætninger og forhold.

En entrepriseaftale indgås mellem bygherren og entreprenøren¹⁵, men vil i langt de fleste tilfælde også omfatte ingeniører, underentreprenører, rådgivere etc. I afhandlingen vil kun forholdet mellem bygherren og entreprenøren dog berøres, hvormed der afgrænses fra øvrige involverede aktører.

Der tages udgangspunkt i, at bygherren *har* valgt sin entreprenør og nu står overfor aftalens risikofordeling, og hvorvidt denne bør ændres i forhold til det anlagte udgangspunkt i FIDIC's 'Yellow Book'. Der ses derfor ikke på bevæggrundene for valg af entreprenør, og de problemstillinger, dette valg måtte indebære. Begge parter handler inden for deres erhverv, hvormed der afgrænses fra aftaler indgået mellem forbruger og erhvervsdrivende. Endvidere tages der udgangspunkt i en privat entreprise, hvormed udbudsloven¹⁶ og tilbudsloven¹⁷ i forbindelse med offentlige entrepriser ikke berøres.

Standardaftalevilkårenes karakter giver parterne mulighed for fravigelse, således at vilkårene udelukkende udgør et *udgangspunkt* for entrepriseaftalen. Til trods for fravigeligheden er

¹⁵ Nærmere uddybet i kapitel 2

¹⁶ Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (udbudsloven), lov nr. 492 af 12. maj 2010, som ændret ved lov nr. 511 af 27. maj 2013

¹⁷ Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven), lov nr. 1410 af 7. december 2007, som ændret ved lov nr. 1234 af 18. december 2012. Tilbudsloven erstatter Lov om licitation m.v. (licitationsloven), lov nr. 216 af 8. juni 1966

analyserne valgt foretaget på baggrund af de nedfældede bestemmelser i standardvilkårene. Begrundelsen herfor er, at denne fordeling afspejler forfatterens holdning til, hvordan de ser risiko fordelt.

Som følge af at bygherren sidestilles med 'et individ' antages det implicit, at bygherren er risikoavers, hvilket er af afgørende betydning i forhold til fordelingen af risiko.

Behandlingen af risikofordelingen foretages på baggrund af en analyse af tre udvalgte områder. Således analyseres ikke samtlige af standardaftalernes vilkår. Efficiensbetragtningerne begrænses derfor til reguleringen vedrørende risiko og ansvar, force majeure og forsikring.

Der tages udgangspunkt i FIDIC's kategorisering af de udvalgte bestemmelser, hvilke sammenholdes med de tilsvarende bestemmelser i AB 92.

Bestemmelsen 'risiko og ansvar' belyses, da denne regulerer fordeling af risiko og ansvar på nogle centrale punkter, og dermed giver en god indikation af den overordnede risiko- og ansvarsfordeling mellem entreprenøren og bygherren. Indikationen er udgangspunkt for opfattelsen af risikofordelingen, da en fuld analyse af parternes ansvar ikke er mulig som følge af de regler, der gælder for afhandlingens omfang.

Force majeure er en speciel type af risiko, der er kendetegnet ved, at hændelserne ligger uden for parternes kontrolsfære. Ingen af parterne er således 'nærmest' til at bære risikoen herfor, hvilket gør en inddragelse af risikotypen interessant, og begrunder en selvstændig behandling. Bestemmelsens inddragelse synes endvidere oplagt, da risikoen ved force majeure-lignende omstændigheder bør sammenholdes med først nævnte område, idet bestemmelserne i et vist omfang griber ind i hinanden.

Da parternes ansvar i flere tilfælde kan mindskes gennem forsikring, bør bestemmelserne ses i forhold til reguleringen vedrørende afdækning af risiko. Forsikringspligten indikerer endvidere, hvem af parterne, der bærer risikoen. Disse forhold er baggrunden for medtagelsen af tredje og sidste område.

Praksis vil inddrages i det omfang, det findes relevant. Kun danske (voldgifts)kendelser vil dog anvendes, som følge af at udenlandske voldgiftsafgørelser ikke publiceres af voldgiftsretten. Parterne kan dog vælge at offentliggøre deres kendelse,¹⁸ såfremt bilaterale klausuler ikke

¹⁸ <http://www.iccwbo.org/FAQs/Frequently-asked-questions-on-ICC-Arbitration/#Q4>, den 22. august 2014

forbyder det. Denne sporadiske offentliggørelse synes dog ikke at kunne skabe et retvisende billede af praksis, hvormed der afgrænses herfra.

1.5 Metode

Overordnet er metode et fags anvisning om, på hvilken måde og under hvilke forudsætninger et genstandsfelt behandles.¹⁹

Nærværende afhandling vil behandles med afsæt i den integrerede metodiske tilgang, benævnt erhvervsjuridiske metode.

Denne tværfaglige metode tager afsæt i, ”*at der med udgangspunkt i en virksomhedssynsvinkel inden for primært privatrettens deklatoriske regler ved hjælp af økonomiske modeller og teorier kan ske forbedring og supplerung af den institutionelle ramme som juraen udgør*”.²⁰ Den erhvervsjuridiske metode er således en problemorienteret metode med udgangspunkt i en eller flere juridiske og økonomiske problemstillinger set fra virksomhedens synsvinkel, forsøgt løst med optimering for øje.

Fastlæggelsen af den gældende ret anvendes i den erhvervsjuridiske metode som et grundlag for beslutningstagning i en virksomhed, hvorfor retsdogmatikken²¹ kan anskues som grundstenen i denne metodiske tilgang. Retsdogmatikken kan dog ikke udgøre den erhvervsjuridiske metode alene. For at opnå et selvstændigt videnskabeligt indhold er det derfor nødvendigt at inddrage økonomisk teori i samspil med retsdogmatikken.²²

Juridisk metode benyttes til at beskrive og analysere et nærmere fastlagt retsområde, hvorfor der ikke opereres med en på forhånd fastlagt problemejer. Det gøres der derimod ved den erhvervsjuridiske metode, hvor problemejeren er kendetegnet ved at være en given virksomhed, hvormed analysen flyttes fra samfundsniveau til virksomhedsniveau.²³ Denne ’virksomhed’ er som følge af afhandlingens valgte synsvinkel, jf. afsnit 1.3, repræsenteret ved bygherren.

Kendetegnende for den erhvervsjuridiske metode er den ex ante tilgang til problemstillingen. Således har bygherren truffet beslutning om valg af entreprenør, men spørgsmålet om den

¹⁹ Østergaard, 2003, s. 270

²⁰ IBID., s. 274

²¹ Nærmere herom i afsnit 1.5.1

²² Østergaard, 2003, s. 280

²³ IBID., s. 280

efficiente risikofordeling er endnu uafklaret mellem de to aftaleparter. Denne fordeling gøres til genstandsfelt for den økonomiske analyse i kapitel 4, der bygger på undersøgelsesresultaterne fra kapitel 3.

Kravet om integration af juridisk og økonomisk teori vil i afhandlingen således ses opfyldt ved, at det samme genstandsfelt belyses juridisk såvel som økonomisk.

1.5.1 Juridisk metode

Den juridiske analyse udgøres af en komparativ analyse mellem FIDIC's 'Yellow Book' og AB 92. En komparativ analyse kendetegnes ved, at ligheder og forskelle mellem to sæt af regler analyseres. Retssammenligningen vil have karakter af en 'speciel sammenligning' – også kaldet en mikrosammenligning.²⁴ I stedet for fokus på retssystemernes opbygning²⁵ behandles enkeltproblemer.²⁶ Den overordnede nærmere specificerede problemstilling er i afhandlingen spørgsmålet om, hvordan risiko er fordelt mellem entreprenøren og bygherren i de to forskellige sæt af standardaftalevilkår; FIDIC's 'Yellow Book' og AB 92.

Den juridiske analyse foretages ud fra retsdogmatisk metode.

Retsdogmatisk metode er ikke en empirisk metode men i stedet en overvejende analyserende metode, der fortolker og systematiserer et retligt materiale.²⁷

Retsdogmatisk fortolkning omfatter den juridiske metode, ved hjælp af hvilken, retskilderne analyseres og anvendes.²⁸ Den retsdogmatiske fortolkning er måden, hvorpå gældende ret *systematiseres, beskrives og fortolkes/analyseres*.²⁹ Gældende ret er det resultat, en domstol vil nå frem til ved at anvende retskilderne og retsdogmatisk analyse.³⁰ Retkilderne inddeles i regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur.³¹

Entrepriseretten omfatter traditionelt alle de juridiske problemstillinger, gennemførelsen af en entreprise medfører. Størstedelen af entrepriseretten er ulovreguleret, hvorfor det som udgangspunkt gælder, at almindelige formueretlige regler skal anvendes ved løsning af

²⁴ Lando, 2009, s. 187

²⁵ Den generel sammenligning, også kaldet en makrosammenligning, behandler retssystemernes opbygning

²⁶ Lando, 2009, s. 187

²⁷ Nielsen, 2002, s. 177

²⁸ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 31

²⁹ IBID., s. 28

³⁰ IBID., s. 29

³¹ IBID., s. 28

konflikter.³² Da den kontraktretlige relation imellem bygherren og entreprenøren er kendetegnet ved ikke at være reguleret ved lov^{33 34} er udgangspunktet, at entrepriseretten bliver styret af almindelige retsgrundsætninger. I praksis beror entrepriseretten primært på den af en af parterne skriftligt nedfældede aftale, der fastlægger det interne retsforhold samt rets- og voldgiftspraksis. Den vigtigste aftaleretlige regulering sker gennem standardvilkår, som f.eks. AB 92 eller de af FIDIC udarbejdede, der dog kun finder anvendelse på et konkret aftaleforhold, såfremt der er indgået aftale herom mellem parterne.³⁵

1.5.2 Økonomisk metode

Som angivet oven over, danner den erhvervsjuridiske metode ramme for opgavens metodiske tilgang. Den retsdogmatiske metode kombineret med anvendelsen af økonomiske modeller og teorier skal gøre en integreret besvarelse af den opstillede problemstilling mulig.

I neoklassisk teori tages der udgangspunkt i et marked med fuldkommen konkurrence, hvor aktørerne er fuldt rationelle, der er perfekt information, virksomhedens beslutninger kan analyseres uafhængigt af hinanden, produktet på markedet er homogent, antallet af sælgere er stort og der er fri adgang og afgang på markedet. Modsat forholder det sig i ny institutionel økonomi. Her antages det i stedet, at der er asymmetrisk information, aktørerne er begrænset rationelle og vil maksimere egne interesser.³⁶

Denne ny institutionelle økonomi er afhandlingens udgangspunkt. Metodevalget vil ses afgørende i forbindelse med parternes optimering af risikofordelingen, der vil påvirkes af antagelser, jf. kapitel 4.

På baggrund af den valgte økonomiske metode og –teori vælges en kontraktøkonomisk tilgang, henset til afhandlingens genstandsfelt, hvor fokus er på kontraktforholdet mellem to eller flere parter på markedet.³⁷ I nærværende afhandling vil forholdet mellem bygherre og entreprenør være omdrejningspunktet.

³² Iversen, 2004, s. 65

³³ For offentlige byggerier gælder dog en række bekendtgørelser og cirkulærer, der i varierende omfang stiller krav til indholdet af entrepriseaftalerne, som indgås af offentlige myndigheder mv., jf. Hansen, 2008, s. 16

³⁴ når bortses fra aftalelovens almindelige bestemmelser om blandt andet vedtagelse og ugyldighed

³⁵ Betænkning nr. 1246 s. 61 (bemærkningerne til § 1)

³⁶ Østergaard, 2003, s. 272 – 273

³⁷ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 440

Konciperingen af en kontrakt har juridiske såvel som økonomiske følger, hvorfor kontraktøkonomien, der vedrører analyseniveauet mellem markedets aktører, kan anskues som en del af den erhvervsjuridiske metode, når synsvinklen er virksomhedens³⁸ – denne synsvinkel i afhandlingen repræsenteret via bygherren.

Med valget af den kontraktøkonomiske tilgang, og som følge af problemstillingen, vil en økonomisk efficiensanalyse være styrende for afhandlingens økonomisk del. Anvendelsen af en sådan efficiensbetragtning er udtryk for en normativ tilgang, der er holdnings- og ændringsorienteret.

Til at vurdere efficiens anvendes Pareto-kriteriet samt Kaldor-Hicks-kriteriet.

For at opnå en Pareto-optimal tilstand, gælder det, at grundantagelserne om fuld information og aktørernes rationalitet skal være opfyldt.³⁹ Fuld information er tilstedeværelsen af al nødvendig information forud for en beslutning, mens rationalitet i bred forstand betegner *”a style of behavior that is appropriate to the achievement of given goals, within the limits imposed by certain conditions and constraints.”*⁴⁰

I en imperfekt verden er opfyldelsen af disse grundantagelser dog ikke mulig, som følge af den usikkerhed, som kendetegner risiko. Den ufuldstændige information og tidspresset i forbindelse med at træffe beslutninger medfører parternes irrationelle adfærd.⁴¹ Begrænset rationalitet kan endvidere forklares ved manglende viden som følge af en selektiv søgning af information. Denne selektivitet skal ses i forhold til *”what paths should be traced and what ones can be ignored.”*⁴² Søgningen stopper så snart et tilfredsstillende resultat er fundet, uagtet at alternativer ikke er undersøgt og kortlagt.

Aktørernes begrænsede rationalitet er netop udgangspunktet i den ny institutionelle økonomi, og forklares blandt andet af Herbert A. Simons ’bounded rationality’ teori. Begrebet blev introduceret af Simon i 60’erne *”to focus attention upon the discrepancy between the perfect human rationality that is assumed in the classical and neoclassical economic theory and the reality of human behaviour as it is observed in economic life.”*⁴³

³⁸ Østergaard, 2003, s. 284

³⁹ Raaschou-Nielsen og Foss, 1997, s. 14

⁴⁰ Simon, 1992, s. 123

⁴¹ IBID., s. vii

⁴² IBID., s. 4

⁴³ IBID., s. 3

Teorien ”[...] distinguishes the reality of human behaviour from the 'perfect' rationality implied in classical economic theory”⁴⁴, og udgør således et alternativ til den matematiske model for beslutningstagen, hvor beslutningstageren anses for fuld rationel.

Efficiensanalysen vil således tage afsæt i teorien om bounded rationality, mens efficiensvurderingen vil ske ud fra Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet.

1.6 Disposition

Kapitel 1 rummer nærværende kapitel og har til formål at præsentere læseren for afhandlingen. Først og fremmest ved at introducere emnets problemstilling, men lige såvel ved at behandle opgavens synsvinkel, metodiske valg samt afgrænsninger. Delelementerne, der tilsammen udgør kapitel 1, er alle med til at give de nødvendige forudsætninger og skabe det overblik, der gør læseoplevelsen og forståelsen komplet.

Kapitel 2 indeholder indledningsvis en introduktion til entrepriseretten, herunder selve entrepriseaftalen og en kort omtale af standardaftalevilkår. Herefter følger en introduktion af FIDIC og deres standardvilkår samt en sammenligning af FIDIC's vilkår og AB 92. Sammenligningen vil ske på et overordnet niveau, der ikke omfatter behandling af de udvalgte bestemmelser om risiko, men derimod udelukkende sammenligner almene karakteristika. Således vil kapitel 2 præsentere forudsætningerne for de efterfølgende analyser i kapitel 3 og 4.

Kapitel 3 udgøres af den juridiske komparative analyse mellem FIDIC's 'Yellow Book' og AB 92's bestemmelser om fordeling af risiko inden for tre områder; risiko og ansvar, force majeure og afdækning af risiko. En vurdering af risikofordelingen vil ligeledes være indeholdt i kapitlet.

Kapitel 4 indeholder den økonomiske analyse, der har til hensigt at undersøge, hvilke faktorer, der er afgørende for en afbalanceret allokering af risiko, og om dette vil foranledige en omfordeling i forhold til allokeringen i FIDIC's 'Yellow Book'.

Forinden analyserne foretages, findes det relevant indledningsvist at kortlægge, hvad risiko er som følge af, at afhandlingen er bygget op omkring dette begreb. Endvidere fastlægges

⁴⁴ Simon, 1992, s. vii

efficiensbegrebet med inddragelse af Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet, da kapitlets konklusioner drages på baggrund af en efficiensbetragtning.

Kapitel 5 afslutter nærværende afhandling med konkluderende bemærkninger, der besvarer den i kapitel 1 præsenterede problemformulering.

Kapitel 2: Entrepriseretten

Forinden den juridiske og økonomiske analyse, i henholdsvis kapitel 3 og 4 foretages, findes en indføring i entrepriseretten og –kontrakten hensigtsmæssig.

Nærværende kapitel indledes derfor med en introduktion til det entrepriseretlige hjemmelsspørgsmål, entreprisekontrakten og dens opbygning. Dernæst præsenteres FIDIC og deres standardvilkår, således at det afslutningsvist er muligt at sammenligne disse internationale standardvilkår med AB 92 på et overordnet niveau.

2.1 Entreprisekontrakten

Entreprisekontrakten indgås mellem to parter; entreprenøren, der forpligter sig til at tilvejebringe et bestemt arbejdsresultat, i form af opførelse eller reparation af en fast ejendom, og bygherren, der ejer denne faste ejendom, og for hvis regning arbejdet udføres.⁴⁵ Entrepriseretlige aftaler indebærer således et uundgåeligt projektfællesskab mellem bygherre og entreprenør, hvorfor relationen i almindelighed hverken kan karakteriseres som et entydigt modsætningsforhold eller et forbeholdsløst fællesskab.⁴⁶

Typisk vedrører entrepriseaftaler opførelse/reparation af en bygning, eller dele heraf, men omfatter tillige, hvor entreprenørens forpligtelser vedrører et anlægsarbejde; det være sig broer, vej- og havneanlæg, naturgasledning, etc.⁴⁷ Entrepriseaftaler er således aftaler om at frembringe byggerier og anlæg gennem indsættelse og koordinering af ofte betydelige ressourcer.⁴⁸

Det entrepriseretlige hjemmelsproblem kendetegnes ved, at det nærmere indhold af den retlige relation mellem bygherre og entreprenør kun i hovedtræk lader sig fastlægge på tidspunktet for aftalens indgåelse.⁴⁹ Årsagen hertil er, at entrepriseaftaler omhandler aktiver, der enten ikke består, eller ikke består i den ønskede form, på aftaletidspunktet.

Byggeprocessens særlige karakteristika bevirker, at entreprisekontrakten adskiller sig fra andre aftaleforhold. For eksempel omfatter entrepriseaftalen et tidsforløb modsat det almindelige køberetlige udgangspunkt om samtidig erlæggelse af ydelse og modydelse.⁵⁰ Herudover kan

⁴⁵ Dahl, 2012, s. 239

⁴⁶ Hansen, 2008, s. 9

⁴⁷ Iversen, 2004, s. 65

⁴⁸ Hansen, 2008, s. 4

⁴⁹ IBID., s. 31

⁵⁰ Ulrik, 2003, s. 18

tilføjes, at processen med stor sandsynlighed påvirkes og forsinkes af vejr-, vind- og strømforhold, idet meget af arbejdet foregår i det fri. Også bygherres centrale rolle kontra den passive bestiller samt de mange sideordnede aftaleparter, arbejdet kræver, gør aftaleforholdet specielt.⁵¹

Disse særegne forhold foranlediger en anderledes udformning af retsreglerne på området. Således omhandler entrepriseretten særligt spørgsmålet om samarbejde, hensynspligten, tidsfrister og forsinkelse, fordeling af risiko og ansvar, kvalitet, ændringer, reklamation, betaling og sikkerhed samt retten til at hæve aftalen.⁵² Entrepriseretten udvikler de særlige regler, der er behov for, samtidig med at den så vidt muligt fastholder tilknytningen til de almindelige formueretlige regler.

Flere formueretlige love har betydning for aftaleforholdet,⁵³ men selve entrepriseretten er ulovbestemt.

I købeloven⁵⁴ § 2, stk. 2 er det direkte anført, at ”Loven [ikke] gælder for opførelse af bygning eller andet anlæg på fast ejendom.” Ligeledes fremgår det af CISG⁵⁵, art. 3, stk. 2, at entreprisforhold ikke er omfattet af den internationale købelov.

Kontraktforhold omhandlende entrepriser indtager dermed en særstilling inden for formueretten.⁵⁶

Som følge af fraværet af regler til at regulere det obligationsretlige forhold mellem byggeriets parter, udgøres retsgrundlaget mellem entreprenør og bygherre af entreprisekontrakten.⁵⁷ Det har skabt en særlig tradition for parternes aftalefrihed, støttet af interessenterne i branchen, der aktivt har arbejdet for vedtagelsen af standardvilkår til indføjelse i selve entrepriseaftalen.⁵⁸

Den enkelte entreprise repræsenterer sædvanligvis store summer og kapitalinteresser for parterne, hvorfor kontrakterne som regel bliver formuleret skriftligt i meget detaljeret form. Entreprisekontrakten vil således typisk henvise til et sæt juridiske standardvilkår,⁵⁹ suppleret med

⁵¹ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 11

⁵² IBID., s. 11

⁵³ F.eks. aftaleloven og konkursloven

⁵⁴ Lov om køb (købeloven), lov nr. 140 af 17. februar 2014

⁵⁵ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), vedtaget 11. april 1980

⁵⁶ Dahl, 2012, s. 238

⁵⁷ IBID., s. 239

⁵⁸ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 12

⁵⁹ Møgelvang-Hansen, 2013, s. 157

individuelle vilkår forskellige fra entreprise til entreprise, og dokumenter i form af bilag af teknisk karakter.

2.1.1 Om standardaftalevilkår

Da entrepriseretten ikke er reguleret ved lov, bør standardvilkårene fungere som en manual for god kontraktadministration, hvor vilkårene for transaktionen er fastlagt, samt indeholde regler om, hvordan nødvendige tilpasninger af aftalen til parternes faktiske behov kan ske over tid. Hensigten med standardaftalevilkår er således at lade dem fungere som et redskab til løbende styring af byggeprocessen og at danne grundlag for afgørelser af tvister i aftaleforholdet.⁶⁰

Standardaftalevilkårene kan have karakter af at være tiltænkt nationale entrepriser, eller de kan være mere internationalt orienteret. Idet der er tale om ulovhjemlet vilkår, er parterne frit stillet ved valget af standardaftalevilkår, og ikke mindst i hvilket omfang – hvis overhovedet – de ønsker at lade dem indgå i/udgøre entreprisekontraktens aftalegrundlag.

Anvendelsen af standardvilkår på et konkret aftaleforhold er betinget af, at de er vedtaget af parterne som en del af aftalen, modsat lovregler, der finder anvendelse uden særlig vedtagelse.⁶¹ I forhold til AB 92 er dette slået fast i Betænkning nr. 1246 af 1993 i bemærkningerne til § 1: ”AB skal for at finde anvendelse være vedtaget af parterne i det konkrete entrepriseforhold.”⁶² Såfremt vedtagelse ikke er sket, kan standardvilkårene højst være af vejledende betydning på områder, hvor der ikke gælder særlige regler.⁶³ Lignende bestemmelse findes ikke i FIDIC’s vilkår.

Standardaftalevilkår har spillet en afgørende rolle for udviklingen af entrepriseretten og har i hvert fald i Danmark været tillagt fremtrædende retskildemæssig betydning i entrepriseretten som følge af den udbredte anvendelse.⁶⁴ Dette faktum har været betydende for, at en række af AB 92’s mere principielle bestemmelser i visse tilfælde betragtes som udtryk for entrepriseretlige udfyldningsregler indenfor entrepriseforhold, til trods for at AB 92 ikke er

⁶⁰ Hansen, 2013, s. 37

⁶¹ Ulrik, 2003, s. 17

⁶² AB 92 finder tillige anvendelse på underentrepriseraftaler, men kun når AB 92 er vedtaget i disse aftaler. Vedtagelsen af AB 92 i en hovedentreprise medfører således ikke, at AB 92 også finder anvendelse i et underentrepriseforhold, jf. AB 92, § 1, stk. 2 samt Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 157

⁶³ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 61, jævnfør bemærkningerne til § 1

⁶⁴ Hansen, 2008, s. 17

vedtaget.⁶⁵ ⁶⁶ Dermed må reglerne i vid udstrækning anses for at afspejle den almindeligt gældende entrepriseretlige baggrundsret samt at have skabt sædvane på området.⁶⁷ Dette er ligeledes opfattelsen blandt byggeriets og anlægsvirksomhedernes nationale parter, der anser AB 92 som et sæt egentlige retsregler, der så vidt muligt bør følges og dermed ikke som et sæt tilbagefaldsregler, der er til fri afbenyttelse.⁶⁸

Et stigende antal entrepriser gennemføres med international deltagelse, hvilket aktualiserer brugen af standardaftalevilkår.⁶⁹

Ensartede regelsæt og standardvilkår skaber en form for neutralitet mellem udbyder og tilbudsgiver, idet begge parter da er fortrolige med det retslige fundament. For udenlandske entreprenører betyder det, at de undgår at skulle orientere sig om en kompliceret entreprislovgivning i landet for entreprisens udførelse, hver gang de afgiver tilbud på en entreprise udenfor deres hjemland.⁷⁰

Anvendelsen af ensartede og afvejede vilkår indebærer således en ressourcebesparelse for aftaleparterne, hvis respektive forventninger til den retlige ramme hurtigere kan afstemmes. De standardiserede vilkår medfører endvidere øget sammenlignelighed og øget konkurrence, som følge af at kontrakterne ikke skal udarbejdes fra bunden fra entreprise til entreprise men i stedet har samme afsæt, samt flere afgivne tilbud grundet mindre lovgivningsmæssig usikkerhed. Denne begrænsning af transaktionsomkostninger har blandt andet været medvirkende til standardaftalevilkårenes popularitet.⁷¹

2.2 Introduktion til FIDIC og deres standardaftalevilkår

'Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils', forkortet FIDIC, blev grundlagt i 1913 af ingeniørsammenslutninger fra Belgien, Frankrig og Schweiz og har i dag 97 medlemmer⁷² – herunder den danske sammenslutning 'Foreningen af Rådgivende Ingeniører'.

⁶⁵ Eksempelvis reglerne om ansvar og risikoens overgang

⁶⁶ Ulrik, 2003, s. 17

⁶⁷ Hansen, 2008, s. 17

⁶⁸ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 13

⁶⁹ Andersen et al., 2003, s. 5

⁷⁰ Dog med forbehold for forholdene beskrevet sidst i afsnit 2.3 in mente (fortolkning og lovvalg)

⁷¹ Hansen, 2008, s. 17

⁷² Pr. 18. september 2013, <http://fidic.org/members>, den 20. august 2014

'The International Federation of Consulting Engineers', sammenslutningens engelske navn, er en international organisation, der repræsenterer den rådgivende ingeniørbranche, og som arbejder på at fremme forretningsmæssige interesser for virksomheder, der udbyder teknologibaseret intellektuelle serviceydelser.⁷³

Mest kendt er FIDIC formentlig for deres arbejde med at designe standardkontrakter, der har til hensigt at dække behov for kontraheringsspørgsmål på internationalt plan mellem bygherre og entreprenør i bygge- og anlægsindustrien.

FIDIC's standardvilkår er opdelt i tre hovedafsnit: afsnit 1 udgøres af de generelle vilkår ('General Conditions'), afsnit 2 indeholder vejledning for udarbejdelse af individuelle vilkår ('Guidance for the preparation of Particular Conditions') og afslutningsvis rummer afsnit 3 et udvalg af modelkontrakter.

Modsat AB 92, der tilstræbes anvendt i sin fulde form, er formålet med FIDIC's individuelle vilkår, at gøre de generelle bestemmelser kontraktsspecifikke og tilpasset aftaleforholdet. Dermed udgør de generelle betingelser ikke retsgrundlaget alene i entreprisaftaler, der bygger på FIDIC's standardvilkår. Det er ved anvendelsen af FIDIC's vilkår således afgørende, at der udarbejdes et sæt supplerende betingelser ('Particular Conditions'), og at der foreligger et udbudsmateriale, bestående af øvrige kontraktdokumenter, der specificerer og gør opgaven entydig.

Fra 1994 frem til 1999 udførte en nedsat 'Update Task Group' en revision af henholdsvis 'Red Book' og 'Yellow Book'. Resultatet af revisionen var udgivelsen af 'New Rainbow of Contracts, first edition' i 1999,⁷⁴ der giver valget mellem seks forskellige standardvilkår: 'Red Book', 'Pink Book', 'Yellow Book', 'Silver Book', 'Green Book' og 'Blue Book'.⁷⁵

Standardkontrakterne har forskelligt fokus, alt efter i hvilken relation kontrakten skal anvendes. Afgørende for valg af standardkontrakt vil som oftest være entreprisens omfang og karakter, placering af ansvar (designansvar/projekteringsansvar), samt hvilken type entreprise der er tale om.⁷⁶

⁷³ <http://fidic.org/about-fidic/federation>, den 4. maj 2014

⁷⁴ Andersen, 2003, s. 20

⁷⁵ <http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>, den 17. juni 2014

⁷⁶ Andersen et al, 2003, s. 21-22

2.2.1 Yellow Book, first edition 1999

'Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor', fra 1999, er den opdaterede version af 'FIDIC Yellow Book' fra 1987.

Standardvilkåret 'The Yellow Book' er tiltænkt anvendt på ofte teknisk komplicerede proces(anlæg) og er kendetegnet ved, at entreprenøren varetager planlægningen og har design/projektansvaret, således at projektet opfylder de af entreprenøren fremsatte specifikationer. Endvidere anvendes 'Yellow Book', hvor der er risiko for store uforudsete risici.⁷⁷

2.3 Almene karakteristika; AB 92 kontra FIDIC's standardvilkår

Selvom der ved både AB 92 og FIDIC's 'Conditions of Contract' er tale om standardvilkår adskiller de to sæt af vilkår sig på flere områder fra hinanden, bl.a. som følge af deres forskellige sigte og karakter.

Dette afsnit har til hensigt at introducere de to sæt standardvilkår samt give et overblik over overordnede forskelle og ligheder, således at den komparative analyse i kapitel 3 kan fokusere på en sammenligning på bestemmelsesniveau.

Oprindelse

Siden slutningen af 1800-tallet har man haft kendskab til 'Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer'. Dengang var anvendelsen tilsigtet jernbane- og vandbygningsanlæg.⁷⁸ I 1915 udsendte Ministeriet for Offentlige Arbejder et nyt sæt 'Almindelig betingelser', der var resultatet af forhandlinger mellem bygge- og anlægsområdets parter.⁷⁹ En revision i 1949 førte til tilblivelsen af AB 1951. Denne blev revideret ved en revision i 1966 og mundede ud i AB 72. I 1984 blev sager indenfor AB's område flyttet fra Ministeriet for Offentlige Arbejder til Boligministeriet, der efter en konference i april 1987 nedsatte et udvalg til at revidere den dagældende version, AB 72.⁸⁰ Revisionen indledtes i januar 1988 og førte til AB 92 udfærdiget

⁷⁷ <http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>, den 5. maj 2014

⁷⁸ Hansen, 2013, s. 36

⁷⁹ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 5

⁸⁰ IBID., s. 5

af 'Boligministeriet' den 10. december 1992.⁸¹ I revisionsarbejdet har der været opmærksomhed på, og søgt taget udgangspunkt i, udviklingen i byggeprocessen og rets- og voldgiftspraksis samt entrepriseretligt litteratur⁸², for at opnå et standardaftalevilkår tilpasset og afspejlende nugældende forhold og dermed sikre en effektiv anvendelse.

FIDIC's standardvilkår er til sammenligning noget 'yngre', qua sammenslutningens stiftelse i 1913. De første publikationer, 'Red Book' og 'Yellow Book', blev udgivet i 1987, og genudgivet i 1999 efter revisions afslutning. Vilkårene må således tilmed anses for at afspejle nutidige forhold og dermed være aktuelle ved kontrahering inden for entrepriser.

Ajourføring af standardvilkårene i forhold til markedets behov, herunder navnlig den teknologiske og organisatoriske udvikling i byggeriet, har således løbende sikret standardvilkårenes aktualitet og dermed deres fremtrædende retskildemæssige status.⁸³ Den generelle opfattelse i byggeindustrien er da også, at "[...] *standard forms of contract are the best way of arriving at a set of contract terms.*"⁸⁴

Anvendelse

Det er frivilligt, hvorvidt parterne ønsker at benytte sig af de udarbejdede standardvilkår, men på baggrund af deres løbende tilpasning til branchen, vil en anvendelse som oftest være tilfældet. For både AB 92 og FIDIC's 'Yellow Book' gælder det, at deres anvendelse på et konkret aftaleforhold er betinget af, at vilkårene er vedtaget af parterne som en del af aftalen.

Er entreprisen udelukkende dansk, vil parterne formentlig vælge at anvende AB 92, men intet er reelt set til hinder for, at FIDIC's standardaftalevilkår med internationalt sigte benyttes. Omkostningerne i forbindelse med tilpasning af vilkåret, til en ren dansk entreprise vil dog formentlig holde parterne herfra, da omkostningerne kan spares ved at anvende AB 92.

FIDIC's vilkår er designet til at kunne afdække behov for en fælles ramme af kontrakter i hele verden. Standardvilkårene, med tilhørende individuelle vilkår og bilag, er således udarbejdet med det formål at kunne finde anvendelse i stort set alle landes retssystemer.⁸⁵

⁸¹ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 9

⁸² IBID., s. 21

⁸³ Hansen, 2013, s. 36

⁸⁴ Hughes og Murdoch, 2001, s. 1

⁸⁵ <http://fidic.org/about-fidic/federation/fidic-history>, den 17. juni 2014

Transaktionsomkostninger eller ej. Det som udgangspunkt tiltænkte nationale og internationale fokus opstiller dog ingen begrænsninger for parternes valg af standardaftlevilkår.

Hvor FIDIC som bekendt i afsnit 2 indeholder forslag til udarbejdelsen af særlige, individuelle vilkår til supplerende af de generelle bestemmelser i afsnit 1, er AB 92 derimod tiltænkt anvendt i dens bestående form. I betænkningerne til AB 92 § 1, stk. 3 hedder det, at *”selvom der efter udvalgets opfattelse er en formodning for, at AB lægges til grund i et entreprisforhold, og at AB anvendes i sin helhed, mener udvalget ikke at kunne gå videre end sket i stk. 3 med hensyn til at betone, at der kun efter nøje overvejelser bør gribes ind i AB’s tekst. Begrundelsen for dette standpunkt er, at det principielt er frivilligt at bruge AB.”* Således bør fravigelser, ensidige fortolkninger af AB og overflødige omskrivninger eller præciseringer dermed undgås. Suppleringer og uddybninger af konkret betydning i de enkelte entreprisforhold kan dog naturligvis være velbegrundet, ligesom der i de enkelte aftaler kan indgå bestemmelser om forhold, som der ikke er taget stilling til.⁸⁶ At ændringer ikke billiges, ses endvidere tydeligt i AB 92 § 1, stk. 3, hvor det fremgår, at fravigelser kun er gældende, når de tydeligt og udtrykkeligt angiver, på hvilke punkter de skal ske.

Denne opfattelse har branchen tilsyneladende taget til sig, idet AB 92 anses for at være et sæt rimelige retsregler for byggeprocessen og ikke blot et udgangspunkt for, at de enkelte bygherrer eller entreprenører selv kan udforme vilkårene på de entrepriseretlige områder.⁸⁷

I forhold til tilføjelser, ændringer etc. til vilkår, der tilsigtes brugt i deres eksisterende form, bør det påpeges, at såfremt individuelle aftaleklausuler, der har til formål at ændre væsentligt ved aftaleforholdets grundlæggende ydelses- og ansvarsfordeling, er almindeligt forekommende, må dette være udtryk for, at det praktiske aftaleliv er på vej til at bevæge sig væk fra standardvilkårene. Dette betydende, at vilkårene er ude af trit med virkeligheden og de forhold, der gør sig gældende i branchen.

Standardvilkårenes karakter

I de nordeuropæiske lande⁸⁸ er der tradition for udvikling af standardvilkår med karakter af 'agreed documents' modsat i England og USA, hvor udviklingen af standardaftaler i højere grad synes at finde sted i privat regi. 'Agreed documents' er aftalevilkår der er, om ikke

⁸⁶ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 19 – 20

⁸⁷ IBID., s. 22

⁸⁸ Danmark, Norge, Sverige, Tyskland

interesseneutrale, så i hvert fald afvejede i deres indhold og afstemt efter det retslige tidsbillede, hvilket bevirker, at 'agreed documents' i et samfundsmæssigt perspektiv udgør et fleksibelt og mere præcist alternativ til lovreguleringen.⁸⁹

FIDIC's standardvilkår er et produkt af en enkelt brancheorganisationsarbejde⁹⁰ og er dermed ikke tilvejebragt ved forhandling mellem jævnbyrdige brancheorganisationer.⁹¹ Således er der ikke tale om et 'agreed document', hvilket bør have in mente ved anvendelse. FIDIC's regelkomité har dog ganske vist indhentet høringssvar fra blandt andet European International Contractors (EIC)⁹², men dette ændrer ikke ved den manglende balance, idet de af EIC afgivne indlæg kun er imødekommet i det omfang regelkomitéen har fundet dem acceptable.⁹³

Til trods for, at FIDIC's standardvilkår ikke kan klassificeres som værende et 'agreed document', må det dog tillægges vægt, at deres standardvilkår benyttes ved bygge- og anlægsarbejder over det meste af verden, jf. de 97 ingeniørforeninger repræsenterende hver deres land. Dette faktum taler for, at standardaftalerne alt andet lige af brugerne opfattes som afbalancerede, dog med den tilføjelse, at 'Particular Conditions' er tiltænkt parternes specificering. I modsætning hertil skal AB 92's tilblivelse ses. Standardvilkåret er udarbejdet af Boligministeriet i samarbejde med branchens parter, og er således produktet af forhandlinger mellem repræsentanter for modstående interessegrupper.⁹⁴ Dermed hører standardvilkåret til den undergruppe af standardkontrakter, der betegnes som 'agreed documents'⁹⁵, kendetegnet ved, at alle betydende interessenter på området har været med til at afbalancere det konkrete dokumentets vilkår.⁹⁶ Parterne har en fælles interesse i at få gennemført et aftalt byggeri, men har modstående interesser når det kommer til prisen og de øvrige vilkår for entreprisen. AB 92 må således opfattes som et udtryk for parternes enighed om en balance mellem pris og øvrige vilkår, som begge finder tilfredsstillende i forhold til at opnå en gennemførelse af entreprisen.⁹⁷

At begge interessegrupper har været med til at affatte dokumentet er årsagen til, at den juridiske teori sædvanligvis antager, at såvel vedtagelses- som gyldighedstærsklen er lav for et sådan type

⁸⁹ Hansen, 2013, s. 36

⁹⁰ International Federation of Consulting Engineers, FIDIC

⁹¹ Andersen et al, 2003, s. 21

⁹² Den internationale entreprenørsammenslutning

⁹³ Iversen, 2009, s. 10: Om reklamations- og præklusionsregler i national og international entreprise – et forslag til næste revision af AB af Thomas Ilsøe Andersen

⁹⁴ Ulrik, 2003, s. 16

⁹⁵ IBID., s. 16

⁹⁶ Iversen, 2009, s. 10: Om reklamations- og præklusionsregler i national og international entreprise – et forslag til næste revision af AB af Thomas Ilsøe Andersen

⁹⁷ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 16

dokument.⁹⁸ I praksis medfører dette, at fortolkningen af AB 92 må følge samme objektive principper som ved fortolkning af love; at man *ikke* benytter fortolkningsregelen om, at uklarheder fortolkes til skade for dokumentets forfatter, der ellers er et hyppigt anvendt princip i forbindelse med kontraktfortolkning.⁹⁹

Indholdet af standardvilkårene

Hovedindholdet i standardvilkårene er fordelingen af opgaver mellem bygherre og entreprenør under byggeriets udbud og udførelse, parternes stilling ved ændringer og uforudsete hændelser, samvirke, risikofordeling, følgerne af forsinkelse og mangler, aflevering, sikkerhedsstillelse og betalingsregler.¹⁰⁰ Vilkårene regulerer dermed ikke entreprisens materielle indhold såsom arbejdets art, prisen på arbejdet, tidsfristerne og de tekniske fremgangsmåder.¹⁰¹ Således er der ved standardvilkårene tale om overordnede aftaleretlige regler for byggeprocessens afvikling fremfor en egentlig regulering af selve entreprisen.

Derudover regulerer standardaftalevilkårene spørgsmålet om løsning af tvister. I tilfælde af uoverensstemmelser skal disse afgøres ved voldgift jævnfør AB 92 § 47 og FIDIC Clause 20.6. I og med at tvister mellem parterne ikke anlægges ved de ordinære domstole, har retspraksis inden for entrepriseretten karakter af voldgiftspraksis i nationale såvel som internationale entrepriser.

Voldgiftsklausulen i AB 92's § 47 bestemmer, at tvister afgøres af Voldgiftsretten for Bygge- og Anlægsvirksomhed, hvis afgørelser er endelige. Disse afgørelser offentliggøres i Tidsskrift for Bolig- og Byggeret (T:BB) samt i Kendelser om Fast Ejendom (KfE).

Clause 20.6 indeholder standardvilkårets regler om voldgift og svarer dermed til § 47 i AB 92. Inden der indledes voldgift er der dog i Clause 20.5 en pligt for parterne til at søge at nå en for begge parter tilfredsstillende løsning inden for 56 dage. Når parterne ikke til enighed, afgøres tvisten endeligt ved voldgift. Afgørelserne er fortrolige og offentliggøres derfor ikke af voldgiftsretten.¹⁰²

I forbindelse med voldgiftskendelser bør vigtigheden af, at modparten har processuelt hjemting i et land, der har tiltrådt New York-konventionen af 10. juni 1958¹⁰³, påpeges. Konventionen

⁹⁸ Iversen, 2009, s. 10: Om reklimations- og præklusionsregler i national og international entreprise – et forslag til næste revision af AB af Thomas Ilsøe Andersen

⁹⁹ Ulrik, 2003, s. 17

¹⁰⁰ IBID., s. 17

¹⁰¹ IBID., s. 17

¹⁰² <http://www.iccwbo.org/FAQs/Frequently-asked-questions-on-ICC-Arbitration/#Q4>, den 17. august 2014

¹⁰³ Inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 733 af 7. december 1988

indebærer efter art. 1.1 en anderkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser.¹⁰⁴ Har modparten således ikke tiltrådt konventionen, er der ikke mulighed for at tvangsfuldbyrde en voldgiftskendelse afsagt i en anden stat end den, hvori afgørelsen søges anerkendt og fuldbyrdet. Rent praktisk giver det dog ikke anledning til de store problemer, da de fleste lande har tiltrådt konventionen.¹⁰⁵

Retssystem

Som det meste af det øvrige Europa, opfattes dansk ret som tilhørende civil law-traditionen.¹⁰⁶ Også AB 92 følger dette juridiske retssystem. FIDIC's standardvilkår er derimod i vid udstrækning præget af angelsaksisk kontraktret og dermed en common law-tilgang. Common law adskiller sig i sin opbygning og form grundlæggende fra dansk ret, ved blandt andet at være langt mere detaljeret. Kontrakter udarbejdet på baggrund af common law er derfor traditionelt væsentlig mere omfangsrige end kontrakter underlagt f.eks. dansk ret¹⁰⁷, hvilket ligeledes gør sig gældende for FIDIC's standardvilkår set i forhold til AB 92.

Derudover er det kendetegnende for common law lande, at forarbejder anvendes sparsomt, og at deres retssystem i langt højere grad bygger på præjudikater (praksis).¹⁰⁸ Dermed får domstolene (her tvistløsningsorganerne) karakter af at være en lovgivende funktion i noget videre udstrækning, end det er tilfældet i civil law lande, hvor lovgivningen anses for at være den primære retskilde.¹⁰⁹ For entrepriseretten har dette dog ikke den store betydning som følge af fraværet af lovgivning på området og retspraksis i form af voldgiftskendelser.

Fortolkning og lovvalg

Da entrepriseaftalen udgør retsgrundlaget mellem parterne vil uoverensstemmelser først og fremmest søges afgjort ved fortolkning af kontrakten. Et særligt fortolkningsbidrag er givet til FIDIC's standardvilkår i form af 'The FIDIC Contracts Guide'.¹¹⁰ Guiden beskriver baggrunden for bestemmelserne og indeholder bemærkninger om forskelle i forhold til de tidligere

¹⁰⁴ Andersen et al, 2003, s. 346

¹⁰⁵ Jf. UNCITRAL har 149 lande tiltrådt 'Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)'

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, den 16. juni 2014

¹⁰⁶ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 69

¹⁰⁷ Andersen et al., 2003, s. 20

¹⁰⁸ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 69

¹⁰⁹ IBID., s. 69

¹¹⁰ Andersen et al., 2003, s. 23

standardvilkår.¹¹¹ Ved anvendelse af AB 92 bør Betænkning nr. 1246 af 1993 fra Udvalget til revision af 'Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB 72)' inddrages.

Hvis kontrakten er tavs eller uklar om, hvordan den pågældende tvist skal løses og fortolkningsredskaberne ikke giver nogen entydige svar, vil man falde tilbage på udfyldning af kontrakten. I den forbindelse vil der lægges vægt på, hvad parterne rimeligvis har forudsat på tidspunktet for kontraktindgåelsen.^{112 113}

Kontrakten skal udfyldes i overensstemmelse med reglerne i det land parterne har aftalt, suppleret med relevante sædvaner og kutymer, herunder retspraksis.¹¹⁴

I FIDIC er der i Clause 1.4 en forudsætning om, at parterne foretager et lovvalg, hvilket der ikke er fremsat krav om i AB 92, som følge af, at AB 92 tænkes anvendt på rent nationale forhold, hvormed lovvalget som udgangspunkt vil være dansk. Lovvalget vil som oftest være lovgivningen i det land, hvor entreprisen udføres.¹¹⁵ Når lovvalget bestemmes, vælges samtidig det pågældende lands udfyldende retsregler, herunder fortolkningsregler og principper til brug for eventuel afklaring af entreprisaftalens bestemmelser.¹¹⁶ Til trods for at parterne har indgået aftale om anvendelse af FIDIC's standardvilkår, kan der altså meget sandsynligt ske udfyldning efter AB 92, såfremt entreprisekontrakten ved en dansk voldgift underlægges dansk ret, eftersom at mange af reglerne i AB 92 anses for at udgøre entrepriseretlige udfyldningsbestemmelser.¹¹⁷

I forbindelse med lovvalget bør parterne således være opmærksomme på, hvorvidt lovvalget indeholder præceptive regler, der vil påvirke aftalen. Samtlige bestemmelser i det valgte standardaftalevilkår skal derfor læses med det forbehold, at de kan være helt eller delvist i strid med præceptive regler i det valgte lands lovgivning. Retsvirkningen vil i sådanne tilfælde som regel og som minimum være ugyldighed af den pågældende bestemmelse.¹¹⁸ Ved lovvalget vælges tillige det pågældende lands internationale privatretlige regler, herunder lovgivning vedrørende voldgiftsaftalens eksistens og gyldighed.¹¹⁹

¹¹¹ The FIDIC Contracts Guide, 2000, s. 4

¹¹² Iversen, 2004, s. 69

¹¹³ Ved kontraktens uklarhed vil man ofte tilkende entreprenøren ekstrabetaling ud fra et synspunkt om, at bygherren burde have klargjort kontraktgrundlaget nøjere, jf. Iversen, 2004, s. 69

¹¹⁴ Ulrik, 2003, s. 17

¹¹⁵ Andersen et al., 2003, s. 24

¹¹⁶ IBID., s. 25

¹¹⁷ Iversen, 2004, s. 65

¹¹⁸ Andersen et al., 2003, s. 25

¹¹⁹ IBID., 2003, s. 25

Kapitel 3: Juridisk komparativ analyse

Udførelsen af entrepriser vil altid være forbundet med risiko, der kan medføre hel eller delvis undergang, forringelser af det udførte arbejde eller de medgåede byggematerialer og forsinkelser. Hændelserne kan både skyldes parternes adfærd, eller være udenfor deres kontrol, og dermed have karakter af force majeure. Risikoen for hændelserne bæres af parterne, der dog kan vælge at afdække den gennem forsikring.

3.1 Typologien

Afhandlingens juridiske del vil, på baggrund af FIDIC og AB 92, sammenligne risikoallokeringen mellem entreprenør og bygherre på tre områder.

Indledningsvis sammenlignes den overordnede regulering af risiko og ansvar i afsnit 3.2. Herefter følger i afsnit 3.3 en komparativ behandling af en særlig type af risikoskabende begivenheder, force majeure, hvis hændelse ingen af parterne er ansvarlige for. Afslutningsvis i afsnit 3.4 sammenlignes FIDIC og AB 92's regulering vedrørende forsikring, da risikoen kan afdækkes og ansvaret dermed mindskes.

Den komparative analyse vil belyse forskelle og ligheder i risikofordelingen i de to sæt vilkår, hvilket muliggør en vurdering af risikofordelingen og dennes betydning for parterne. Vurderingen vil udformes således, at den besvarer hypotesen om, at risikoallokeringen er mere 'bygherrevenlig' i FIDIC end i AB 92.

Hypotesen opstilles ud fra det faktum, at der ved AB 92 er tale om et 'agreed document' samt på baggrund af den generelle opfattelse om, at FIDIC er udarbejdet til bygherrens fordel.

En analyse af risikofordelingen skal tilvejebringe den nødvendige viden, der muliggør en be- eller afkræftelse af hypotesen.

3.2 Risiko og ansvar

Entreprenørens og bygherrens risiko og ansvar er reguleret i FIDIC Clause 17 og primært i AB 92 § 12.

Hvor hele FIDIC's afsnit 17 omhandler risiko- og ansvarsfordelingen mellem entreprenør og bygherre i en række forskellige spørgsmål, er AB 92 § 12 en del af Afsnit C omhandlende entreprisens udførelse. Da der i AB 92 ikke er dedikeret et helt afsnit til risiko- og ansvarsspørgsmålet, vil området foruden § 12 ses reguleret af øvrige bestemmelser i standardvilkåret.

Clause 17 er noget mere omfangsrig end AB 92 § 12, og indeholder seks underbestemmelser, der samlet dækker over parternes skadesløsholdelse af hinanden ved person- eller tingskade (på tredjemands ejendom) i forbindelse med entreprisen, entreprenørens omsorgspligt for arbejderne, bygherrens risiko for arbejderne, parternes skadesløsholdelse af hinanden ved krænkelse af immaterielle rettigheder samt ansvarsbegrænsning.

3.2.1 Risiko og ansvar efter FIDIC Clause 17 og AB 92 § 12 primært

Parternes skadesløsholdelse er reguleret i Clause 17.1, hvorefter der mellem parterne gælder en inter partes skadesløsholdelse.

Skadesløsholdelse ved tingskader kræver for begge parter en ansvarspådragende handling, mens forpligtelser for personskader ikke er ens for bygherre og entreprenør; entreprenørens forpligtelser for personskader gælder på et objektivi grundlag, mens bygherren kun er forpligtet til at skadesløsholde entreprenøren, hvis skaden er begrundet i hans ansvarspådragende handling. Årsagen hertil skal formentlig findes i alvorligheden af personskader i forhold til materielskade. Denne objektive forpligtelse ved personskader medfører et øget risikoansvar for entreprenøren, idet skadesløsholdelsen af bygherren, dennes personel og andre af bygherrens involverede folk, for krav som følge af personskader og skader på ting, skal dækkes uanset ansvar.

Ved tingskader er risikoen den samme for de to parter.

Skadesløsholdelserne dækker bredt, men ikke nødvendigvis alle typer af krav. Således vil der være krav, som ingen af parterne er forpligtet til at skadesløsholde hinanden for.

Efter Clause 18.3 og 18.4 er entreprenøren forpligtet til at forsikringsafdække de forpligtelser, der følger af skadesløsholdelseserklæringerne i Clause 17.1, hvormed hans reelle risiko dermed neutraliseres.

Kravet om parternes skadesløsholdelse i Clause 17.1 er ikke udtømmende, da FIDIC indeholder yderligere situationer¹²⁰, hvor den ene part må holde den anden part skadesløs.

¹²⁰ Blandt andet i følgende situationer: Clause 1.13, 4.2, 4.14, 4.16, 5.2 og 17.5

Lignende udtrykkelige bestemmelse om parternes skadesløsholdelse af hinanden ved person- og tingskader findes ikke i AB 92, idet det blot følger af AB 92 § 8, stk. 3, at *”Entreprenøren [...] skal have sædvanlig ansvarsforsikring for skader, for hvilke der er ansvar efter dansk rets almindelige regler.”* Yderligere om forsikring og parternes pligt hertil i afsnit 3.4.

Efter dansk rets almindelige regler vil entreprenøren, dog som i Clause 17.1 være ansvarlig for person- og tingskader; enten i henhold til produktansvarsloven¹²¹ eller som følge af retspraksis udviklede bestemmelser om erstatningsansvar uden for kontraktforhold.

I sagen 12554¹²², hvor et ventilationsanlæg skulle monteres i en svinestald, led det leverede ventilationsanlæg på et helt afgørende punkt af en mangel. Herfor var ventilationsfirmaet i første omgang ansvarlig, men som hovedentreprenør hæftede indklagede, hvormed denne var erstatningsansvarlig efter de regler, der i dansk retspraksis er udviklet vedrørende produktansvar. Som følge af det mangelfulde ventilationsanlæg og montering døde 200 svin, som indklagede tilmed blev kendt erstatningsansvarlig for som følge af kausaliteten.

Clause 17.2 omhandler entreprenørens omsorgspligt for arbejderne indtil afleveringen/ibrugtagen¹²³ og svarer dermed i princippet til AB 92 § 12, stk. 1, hvis hensigt er at fastslå, hvorvidt det er entreprenøren eller bygherren, der skal bære de økonomiske virkninger af forhold, der indtræffer inden afleveringstidspunktet, jf. bemærkningerne til § 12 i Betænkning nr. 1246 af 1993. Endvidere tilsigter bestemmelsen at klarlægge risikoforholdet ved udefrakommende begivenheder, der medfører undergang eller forringelse af byggematerialer og af det udførte arbejde. Bestemmelsen omfatter således blandt andet tyveri, hærværk og vejrpåvirkning, jf. bemærkningerne til § 12, stk. 1.

Entreprenørens omsorgspligt for arbejderne under FIDIC betyder, at entreprenøren som altovervejende hovedregel må bære de økonomiske konsekvenser af hændelige begivenheder fra entreprisens påbegyndelse og indtil afleveringen (/ibrugtagningen) og dermed som hovedregel ikke har krav på tidsfristforlængelse eller godtgørelse/erstatning. Entreprenøren må således på egen bekostning rette op på f.eks. eget forkert materialevalg og installationer, der ikke har aftalt ydeevne eller lignende, hvilket følger af kravet om rigtig ydelse.

¹²¹ Lov om produktansvar (produktansvarsloven), lovbekendtgørelse nr. 261 af 20. marts 2007 som ændret ved lov nr. 523 af 6. juni 2007

¹²² AFG nr. 12554 af 26. september 2001. Ej offentliggjort

¹²³ Bruges dele af det ikke-afleverede arbejde som et naturligt led i at holde bygningen i orden, er der dog ikke tale om 'ibrugtagning'. Et sådanne tilfælde kunne f.eks. være anvendelse af forsynings- og afløbsledninger i byggeperioden, uden at anvendelsen er et led i virksomhed fra bygherrens side

Risikofordelingen synes naturlig, idet entreprenøren er nærmest til at forvolde skade på entreprisen og dermed nærmest til at dække konsekvenserne heraf.

Denne risikofordeling er ligeledes tilfældet efter AB 92 § 12, stk. 1, der har følgende ordlyd:

”Forringes, ødelægges eller bortkommer arbejdet eller dele af dette inden afleveringen, skal entreprenøren for egen regning sørge for kontraktmæssig ydelse, medmindre forholdet kan henføres til bygherren. Hvis bygherren leverer materialer til entreprenørens arbejde, gælder det samme vedrørende disse i tiden fra entreprenørens modtagelse heraf og indtil arbejdets aflevering.”

De to bestemmelser adskiller sig dog fra hinanden, når det drejer sig om, hvem der bærer risikoen i tilfælde af force majeure. Efter § 12, stk. 1 bærer entreprenøren de økonomiske følger og risikoen for skader på ikke afleverede arbejder, *selvom* sådanne skader er en følge af force majeure og dermed ikke kan henføres til aftalens parter. Modsat forholder det sig i Clause 17.2, hvor entreprenøren bærer risikoen for hændelige begivenheder, der indtræffer inden afleveringen, *med mindre* den skadesforvoldende begivenhed kan henføres til en af de i Clause 17.3 omfattede situationer, herunder force majeure. I tilfælde af sådanne skader bærer bygherren risikoen, og entreprenøren vil efter 17.4 være berettiget til både tidsfristforlængelse og godtgørelse eller erstatning til trods for, at begivenheden er hændelig¹²⁴ – i overensstemmelse med risikoforholdene i FIDIC Clause 19.4. Efter AB 92 § 24, stk. 1, nr. 3 eller nr. 4 sammenholdt med § 27, vil entreprenøren kun have mulighed for tidsfristforlængelse, idet han naturligvis ikke vil kunne kræve erstatning/godtgørelse (fra bygherren), i og med han selv bærer risikoen. Yderligere om parternes risikofordeling ved force majeure i afsnit 3.3.

Foruden at bære risikoen for hændelige begivenheder, har entreprenøren efter AB 92 endvidere ansvaret for at vedligeholde arbejdet frem til overdragelsen, jf. § 12, stk. 3. Dette gælder ligeledes efter Clause 17.2 om entreprenørens omsorgspligt, jf. Clause 10. Ansvarer tænkes begrundet i, at entreprenøren er nærmest til at foretage de nødvendige foranstaltninger, der sikrer entreprisens opretholdelse og gennemførelse.

¹²⁴ Hvis en hændelig begivenhed tilmed opfylder betingelserne for at statuere force majeure vil konsekvenserne behandles under hhv. Clause 19.4 og § 27. Yderligere herom i afsnit 3.3

Som det fremgår af afsnit 3.4 har entreprenøren efter Clause 18.2 pligt til at forsikre entreprisen m.v., og er dermed i princippet forpligtet til at forsikringsafdække sin risiko. Efter AB 92 § 8, stk. 1 har entreprenøren ligeledes pligt til at afdække de hændelige begivenheder, der kan henføres til sædvanlig brand- og stormskadeforsikring samt tegne sædvanlig ansvarsforsikring for skader efter § 8, stk. 3. Dermed begrænses rækkevidden af entreprenørens forpligtelser.

Efter afleveringen overgår risikoen som udgangspunkt til bygherren, jf. formuleringen i Clause 17.2: *”If a Taking-Over Certificate is issued (or is so deemed to be issued) for any Section or part of the Work, responsibility for the care of the Section or part shall then pass to the Employer.”* Tilsvarende kan ligeledes modsætningsvis slutes af § 12, stk. 1.

Ved ibrugtagning overgår risikoen til bygherren, uanset om der endnu ikke er foretaget aflevering af det pågældende arbejde. Risikoens overgang skal naturligvis begrundes med, at når et arbejde tages i brug, er bygherren nærmere til at tage vare på det end entreprenøren.

Samtidig gælder det dog i AB 92, såvel som i FIDIC Clause 17.1, at entreprenøren stadig vil være ansvarlig for tab eller skader, der udspringer af ansvarspådragende forhold fra før afleveringen, eller hvis tabet kan henføres til entreprenørens arbejde efter afleveringen.¹²⁵

Efter AB 92 gælder en femårige reklamationsregel, der medfører, at entreprenøren har afhjælpningspligt og –ret i fem år efter afleveringen, såfremt arbejdet og materialerne er behæftet med mangler i AB 92’s forstand. Således skal bygherrens krav mod entreprenøren, som følge af mangler, være fremsat senest fem år efter arbejdets aflevering, da hans mulighed for at rejse krav mod entreprenøren ophører efter dette tidspunkt. I overensstemmelse hermed, og efter dansk rets almindelige regler, er parterne tillige ansvarlige overfor hinanden for udgifter vedrørende arbejdet, som culpa fra den ene parts side påfører den anden part – uden hensyn til, om det sker før eller efter afleveringstidspunktet.

Bestemmelsen om den femårige reklamationsfrist kan dog, sluttet modsætningsvist af C-9898¹²⁶, tilsidesættes såfremt der er tale om groft uforsvarlige forhold fra entreprenørens side. I voldgiftsafgørelsen var mangler ved arbejdet (løs gipspuds på en hovedbygning) ikke af en sådan karakter, at de i sig selv kunne karakteriseres som et groft uforsvarligt forhold. Som følge heraf bortfaldt bygherrens krav i medfør af 5-årsreglen i AB 92 § 36, stk. 1.

¹²⁵ F.eks. i forbindelse med mangelahjælpning

¹²⁶ Kendelse af 16. juni 2010, omtalt i T:BB (November 2010, 5), s. 676

I forbindelse med reklamationsfristen bør voldgiftsafgørelsen C-4368¹²⁷ fra 2005 tilmed nævnes. Kendelsen omhandler en entreprise afleveret til bygherre i april-august 1989. I slutningen af november 1988, altså inden afleveringen, blev der konstateret usædvanlig vandindtrængning i bygningen, hvilket medførte iværksættelse af forskellige foranstaltninger. Efter garantiårets udløb blev der igen konstateret tilfælde af vandindtrængning, og efter et kraftigt regnvejr den 14. september 1993 viste skalmuren sig særdeles utæt, hvormed bygherren i april-maj 1994 indgav klageskrift mod rådgiver og entreprenører. Voldgiftsretten fandt ikke, at bygherre havde reklameret for sent, idet tidspunktet for begyndelse af 5-års forældelsesfristen og for rettidig reklamation tidligst måtte antages at løbe fra et tidspunkt efter garantiårets udløb, hvilket af Voldgiftsretten regnedes at være datoen for det kraftige regnvejr, nemlig 14. september 1993. Dette som følge af, at det måtte formodes, at klageren (bygherren) havde haft grund til at tro, at årsagerne til vandindtrængningsproblemerne, der viste sig inden aflevering, var blevet udbedret i forbindelse med de iværksatte foranstaltninger. Bygherren kunne dog ikke godtgøre, at der forud for indgivelsen af klageskrifterne henholdsvis den 6. april 1994 og 31. maj 1994, var reklameret over mangler, hvormed Voldgiftsretten fandt, at reklamationen var sket for sent, jf. ordlyden af AB 92's § 32, stk. 2, 1. pkt.: ”inden rimelig tid efter, at manglerne er eller burde være opdaget.”

Til udgangspunktet i Clause 17.2 om entreprenørens risiko for arbejdet frem til afleveringen knytter sig dog nogle undtagelser. Foruden ved ansvarspådragende forhold, bærer bygherren under FIDIC, i en række specifikt oplyste tilfælde i Clause 17.3, risikoen.

Clause 17.3 indeholder en udtømmende liste over forskellige situationer fordelt på litra (a) til (h). Dog vil der kunne forekomme andre situationer end de i 17.3 omtalte, hvor bygherren bærer risikoen.

Litra (a) – (d) og (h)¹²⁸ omfatter alle begivenheder, der kan statuere en force majeure situation, hvormed disse tilmed findes i Clause 19.1, der regulerer risikofordelingen ved force majeure. Litra (e)¹²⁹ omfatter situationer, der kan karakteriseres som ekstreme naturbegivenheder til trods for, at de er menneskeskabt, mens litra (f) og (g) ikke er hændelige begivenheder, men i stedet udspringer af bygherrens kontraktlige forpligtelser, der ikke er omfattet af force majeure. Litra (f) omhandler bygherrens brug eller ”besættelse” af arbejderne i strid med kontrakten, mens litra

¹²⁷ Kendelse af 21. december 2005, omtalt i T:BB (Oktober 2006, 3), s. 467

¹²⁸ FIDIC Clause 17.3 litra (h) omhandler ’unforeseeable operation of the force of nature’. ’Unforeseeable’ defineres i 1.1.6.8 som ’not reasonable foreseeable by an experienced contractor by the date for submission of the Tender’

¹²⁹ FIDIC Clause 17.3, litra (e): ”Pressure waves caused by aircraft or other aerial devices travelling at sonic or supersonic speeds”

(g) omfatter fejlagtig projektering udført af bygherren. Situationer som dem i litra (f) og (g) listede vil ligeledes være bygherrens risiko under AB 92, idet det i undtagelsen i § 12, stk. 1 hedder; ”[...] *medmindre forholdet kan henføres til bygherren*”, hvilket netop er tilfældet i litra (f) og (g), hvormed der statueres en undtagelse til udgangspunktet i § 12, stk. 1 om entreprenørens risiko. Undtagelsen gælder naturligvis i andre tilfælde, hvor forholdet kan tilskrives bygherren. En anden undtagelse til § 12, stk. 1, findes i § 8, stk. 1. Herefter ”[tegner] *bygherren sædvanligvis brand- og stormskadeforsikring fra arbejdets begyndelse, indtil mangler, der er påvist ved afleveringen, er afhjulpet*”, hvormed det implicit må gælde, at bygherren bærer risikoen.

Ligesom entreprenøren, kan bygherren afdække sin risiko efter henholdsvis Clause 18.2 og 18.3, der er behandlet i afsnit 3.4.

Konsekvenserne af bygherrens risiko er reguleret i Clause 17.4.

Medfører en af de oplistede begivenheder tab eller skade på entreprisen, entreprenørens udstyr, materialer eller entreprenørens dokumenter, gives entreprenøren ret til tidsfristforlængelse (jf. litra (a)) og godtgørelse for de forbundne udbedringsomkostninger (jf. litra (b)). I særlige tilfælde er entreprenøren tilmed berettiget til godtgørelse for tabt dækningsbidrag, jf. litra (b):

- a) *an extension to time for any such delay, if completion is or will be delayed, under Sub-Clause 8.4, and*
- b) *payment of any such cost, which shall be included in the Contract Price. In the case of sub-paragraphs (f) and (g) [...] reasonable profit on the Cost shall also be included.*

Noget dårligere er entreprenøren stillet efter AB 92. Såfremt forholdet er opstået uden entreprenørens skyld, og udenfor dennes herredømme, vil størsteparten af tilfældene nævnt i Clause 17.3 som overvejende hovedregel kun give entreprenøren ret til tidsfristforlængelse, jf. AB 92 § 24, stk. 1, nr. 3 og nr. 4, og dermed hverken godtgørelse eller erstatning, jf. § 27, stk. 3. Kun i de tilfælde, der er nævnt i Clause 17.3, litra (f) og (g), hvor et forhold kan henføres til bygherren, vil entreprenøren under AB 92 tillige kunne kræve erstatning (§ 27, stk. 1) eller godtgørelse (§ 27, stk. 2), som følge af, at det skadeforvoldende forhold kan henføres til bygherren.

Dette var tilfældet i sag C-8686¹³⁰, hvor entreprenøren, som følge af projektmangler dokumenteret af 'afvigerrapporter' og projektændringer, foruden fristforlængelse også havde krav på godtgørelse. Voldgiftsnævnet slog fast, at ”de i AB 92 § 24, stk. 1 nr. 1, til og med § 24, stk. 1, nr. 5, nævnte forsinkelsesårsager [kun] berettiger til tidsfristforlængelse, såfremt forsinkelsen ligger på den kritiske vej i arbejdsplanen. [...] Eventuelle krav om erstatning eller godtgørelse i forbindelse med forsinkelse skal af entreprenøren fremsættes skriftligt samtidig med [...] påberåbelse af ret til tidsfristforlængelse.”

De adskillige afvigerrapporter, indeholdende flere projektændringer, berettigede entreprenøren til tidsfristforlængelse som følge af ændringernes karakter. Den økonomiske kompensation blev begrundet i entreprenørens øgede udgifter til administration af byggepladsen, øgede byggepladsudgifter og forsinkelseserstatning, i medfør af § 27, stk. 2, nr. 1 og nr. 2. Herudover havde entreprenøren krav på kompensation i forbindelse med bygherres uberettigede tilbagehold af dagbøder.

Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse vil for bygherren betyde en forsinkelse af arbejdet, og som konsekvens heraf ofte medføre et betydeligt krav om merbetaling. Konsekvenserne bevirker, at bygherren pålægges den tidsmæssige såvel som den økonomiske risiko.

Også på erstatningsområdet synes AB 92 mere restriktiv end FIDIC, idet entreprenørens erstatningskrav i henhold til AB 92 forudsætter bygherrens fejl eller forsømmelse, hvorimod entreprenøren efter FIDIC har ret til erstatning, inkl. tabt dækningsbidrag, i tilfælde af bygherrens forhold uden supplerende krav om et ansvarsgrundlag.

Spørgsmålet om parternes ansvar i forbindelse med immaterielle rettigheder er ej reguleret i AB 92. I FIDIC er området behandlet i Clause 17.5, hvorefter bygherren skal holde entreprenøren skadesløs overfor krav, der er ”an avoidable result of the Contractor’s compliance with the Employer’s Requirements” eller ”a result of any Works being used by the employer”, jf. Clause 17.5, litra (a) og (b). Denne risikofordeling er, som tidligere omtalt, en naturlig følge af, at kravet udspringer af bygherrens adfærd, som han da må tage konsekvensen af. Entreprenøren skal modsætningsvis skadesløsholde bygherren overfor krav som følge af en krænkelse, der er begrundet i produktionen, brugen, salget eller importen af ethvert materiale eller udstyr, eller design som entreprenøren er ansvarlig for.

¹³⁰ Kendelse af 18. marts 2008, omtalt i T:BB (December 2008, 4), s. 418

Til bygherrens og entreprenørens pålagte risiko gælder dog efter FIDIC Clause 17.6 en ansvarsbegrænsning, hvoraf begge parter er omfattet.

Efter Clause 17.6 gælder det, at:

”Neither Party shall be liable to the other Party for loss of use of any Works, loss of profit, loss of any contract or for any indirect or consequential loss or damage which may be suffered by the other Party in connection with the Contract [...]”

Ingen af parterne hæfter således for driftstab, avancetab, tab af andre kontrakter eller andet indirekte tab. Ansvarsbegrænsning omfatter dog ikke forhold omfattet af Clause 16.4 og 17.1, der regulerer henholdsvis bygherrens hæftelse ved entreprenørens ophævelse (Clause 16.4) og parternes hæftelse som følge af skadesløsholdelsen (Clause 17.1).

Begge parter er omfattet af bestemmelsen, men kun for entreprenøren gælder en beløbsmæssig begrænsning, der ikke må overstige den af parterne aftalte i 'Particular Conditions'. Også til entreprenørens beløbsmæssige ansvarsbegrænsning gælder der undtagelser. Disse fire dækker over:

- 1) Entreprenørens ansvar for forsyningen med strøm, vand og andre forsyninger, der er nødvendige for entreprisens udførelse (Clause 4.19).
- 2) Entreprenørens ansvar for brugen af bygherrens udstyr (Clause 4.20).
- 3) Entreprenørens skadesløsholdelse af bygherren for person- og tingskader (Clause 17.1).
- 4) Entreprenørens skadesløsholdelse af bygherren for tredjemands krav ved entreprenørens krænkelse af immaterielle rettigheder (Clause 17.5).

Specielt i situation 3) og 4) synes en ikke-beløbsmæssig ansvarsbegrænsning velbegrundet, idet der her er tale om entreprenørens skadesløsholdelse af bygherren for tredjemandskrav, overfor hvem en sådan ansvarsbegrænsning ikke ville kunne gøres gældende uden en særskilt aftale herom.

Endvidere gælder ansvarsbegrænsningen selvsagt ikke ved bedrageri eller ved en parts forsættelige eller hensynsløse misligholdelse.

Muligheden for ansvarsbegrænsning skal i AB 92 findes i § 35, stk. 2, hvorefter entreprenøren, som under FIDIC, ikke hæfter for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab. Dette udgangspunkt kom ligeledes til udtryk i sagen 19200¹³¹, hvor det ikke i sig selv fandtes, at indklagede var ansvarlig for utætheder, som ikke kunne henføres til dennes arbejde. Dette til trods for, at ”*entreprenøren i henhold til udbudsmaterialet havde påtaget sig "det fulde ansvar" for, at de monterede konstruktioner var absolut tætte.*”

§ 35 finder anvendelse på entreprenørens mangelsansvar efter AB 92 §§ 31 og 32 og på følgeskader efter AB 92 § 35, stk. 1.

Ansvarsbegrænsningen i AB 92 er således mindre vidtgående end FIDIC ved kun at omfatte entreprenøren og dennes ret til ikke at hæfte for indirekte tab.

Endvidere gælder det efter almindelige obligationsretlige grundsætninger i dansk ret,¹³² at hvis en udbedring bliver ekstraordinær byrdefuld for entreprenøren, vil denne efter omstændighederne kunne blive fritaget for pligten, hvormed endnu en ansvarsbegrænsning for entreprenørens vedkommende tilføjes.

Selve bestemmelsen, Clause 17, vurderes overordnet at være til fordel for bygherren på baggrund af to centrale ansvarsområder; entreprenørens objektive ansvar ved personskade i forbindelse med parternes skadesløsholdelse, og entreprenørens risiko og omsorgspligt for ufærdige arbejder.

Også AB 92 synes til fordel for bygherren, som følge af § 8, stk. 3 om entreprenørens pligt til at tegne ansvarsforsikring og entreprenørens ansvar i forbindelse med ufærdige arbejder, til trods for at hændelsen skyldes force majeure.

Bestemmelserne om entreprenørens risiko i Clause 17 er dog i et vist omfang noget mere lempelige overfor entreprenøren, end det er tilfældet i de tilsvarende bestemmelser i AB 92. Først og fremmest som følge af bygherrens ansvar ved force majeure, men også entreprenørens beløbsmæssige ansvarsbegrænsning i Clause 17.6.

¹³¹ AFG nr. 19200 af 9. juni 1999. Ej offentliggjort

¹³² Der ligeledes afspejles i AB 92 § 34, stk. 3

3.3 Force Majeure

Force majeure forhold er en særlig type af omstændigheder, som ingen af parterne er ansvarlige for, hvormed fordelingen af risiko udfordres.

I tilfælde af upåregnelige forhold må risikoen fordeles mellem bygherren og entreprenøren, der herefter kan lægge risiciene fra sig gennem forsikring. Denne afdækning er nærmere behandlet i afsnit 3.4.

Begrebet force majeure er i 'The FIDIC Contract Guide' defineret som *"an exceptional event or circumstance satisfying the criteria specified in sub-paragraphs (a) to (d)."*¹³³

I FIDIC er force majeure reguleret i Clause 19, der udover at indeholde definition og procedurebeskrivelser tillige omfatter en nøje regulering af konsekvenserne ved force majeure, hvilke efter omstændighederne kan berettige entreprenøren til tidsfristforlængelse, erstatning eller ophævelse.

I AB 92 har force majeure ikke fået sit eget afsnit, men har i stedet måtte nøjes med en enkelt bestemmelse, der som en 'lex specialis' findes i § 24, der overordnet omhandler entreprenørens muligheder for at opnå tidsfristforlængelse. Force majeure er således én af måderne, hvorpå dette kan opnås med den følge, at entreprenøren – i hvert fald indtil tidsfristforlængelsens udløb – undgår at ifalde et erstatningsansvar.

3.3.1 Force majeure efter FIDIC Clause 19 og AB 92 §§ 24 og 27

Som det fremgår, har reguleringen af force majeure en langt mere fremtrædende rolle i FIDIC end det er tilfældet i AB 92. Dette skal formentlig ses begrundet i FIDIC's internationale rolle og afledte øgede risiko for force majeure.

Til trods for omfanget af force majeure's forskellige behandling i de to sæt af standardaftalevilkår, svarer de materielle betingelser, for at kunne statuere force majeure, i deres indhold dog ganske meget til hinanden.

FIDIC's force majeure bestemmelse under Clause 19 omfatter begge parter, der *"[...] will be prevented from performing any of its obligations under the Contract by Force Majeure [...]"*,

¹³³ Litra (a) til (d) svarer i denne fremstilling til de i nr. 2) – 5) listede forhold

modsat AB 92's § 24, der alene omhandler entreprenørens ret og mulighed for tidsfristforlængelse.

Clause 19.1 indeholder en definition af force majeure, hvori findes fire kumulative betingelser for, hvornår en part kan fritages for sine forpligtelser som følge af udefrakommende omstændigheder. Ud fra bestemmelsens ordlyd, kan seks kumulative betingelser dog opstilles:

- 1) Der skal være tale om en exceptionel begivenhed eller omstændighed, jf. Clause 19.1.
- 2) Begivenheden/omstændigheden skal være udenfor parternes kontrol, jf. Clause 19.1, litra (a), hvormed i hvert fald handlinger foretaget af parternes ansatte udelukkes.
- 3) Den berørte part må ikke på rimeligvis kunne have taget højde for begivenheden/omstændigheden inden kontrakten blev indgået, jf. Clause 19.1, litra (b). Således er begivenheder, der havde en rimelig sandsynlighed for at indtræffe i løbet af udførelsen ikke omfattet.
- 4) Parten må ikke på rimeligvis have haft mulighed for at undgå eller overvinde den pågældende begivenhed/omstændighed med passende tiltag, jf. Clause 19.1, litra (c). Begivenheder, der kunne have været undgået ved at iværksætte passende foranstaltninger karakteriseres således ikke som force majeure.
- 5) Begivenheden/omstændigheden må ikke kunne tilskrives den anden part, jf. Clause 19.1, litra (d). Dermed udelukkes begivenheder, der normalt ville udgøre et brud på kontrakten, og berettige den berørte part til fritagelse, som følge af kontraktbrud. Kan en begivenhed tilskrives den anden part, vil det være usandsynligt, at denne parts ansvar begrænses til konsekvenserne af force majeure.
- 6) Den indtrufne begivenhed/omstændighed skal afskære den berørte part fra helt eller delvist at opfylde sin forpligtelse, jf. Clause 19.1 sammenlæst med 19.2. Dette kriterium er ikke en del af definitionen i 19.1, men er i stedet statueret som en forudsætning i henholdsvis 19.2 og 19.4.

Endvidere indeholder Clause 19.1 en ikke-udtømmende liste over fem typer af 'exceptionelle begivenheder', hvor force majeure kan tænkes at opstå. Det påpeges i bestemmelsen, at for at force majeure kan statueres, skal betingelserne i ovenstående punkt 1) – 6) være opfyldt.

Clause 19.1's eksempler på omstændigheder, der kan karakteriseres som force majeure:

- i. Krig m.m.
- ii. Oprør, terrorisme, revolution m.m.

- iii. Optøjer, uroligheder, strejke etc. af andre personer end entreprenørens ansatte.
- iv. Krigsammunition, sprængstopper, radioaktivt materiale eller 'forurening' med radioaktivitet, medmindre de kan tilskrives entreprenørens brug heraf.
- v. Naturkatastrofer (jordskælv, orkaner, tyfoner etc.).

AB 92 § 24 indeholder en liste over forhold, der berettiger entreprenøren til tidsfristforlængelse, som følge af forsinkelse¹³⁴ af arbejdet, og er dermed som nævnt ikke en 'force majeure-bestemmelse' i sig selv. Kun § 24, stk. 1, nr. 3 omhandler begivenheder, der opfylder betingelserne for at udgøre force majeure, og har følgende ordlyd: *"forhold, der opstår uden entreprenørens skyld, og over hvilke entreprenøren ikke er herre, f.eks. krig, usædvanlige naturbegivenheder, brand, strejker, lock-out eller hærværk."* Til trods for denne ene bestemmelse, svarer § 24, stk. 1, nr. 3 til i hvert fald Clause 19.1, nr. i, iii og v. Formentlig er også nr. ii og iv indeholdt i nr. 3's omfang, idet der i bestemmelsen står 'f.eks.', hvormed indikeres, at listen over eksempler ikke er udtømmende.

§ 24, stk. 1, nr. 3 opstiller to kumulative betingelser for, at tidsfristforlængelse kan kræves:

- forsinkelsen skal være opstået uden entreprenørens skyld, og
- den skal være en følge af forhold, som entreprenøren ikke er herre over.

I deres indhold svarer disse to betingelser dermed overordnet til de i FIDIC nævnte i henholdsvis 19.1 og 19.1, litra (a) krævende, at der foreligger en 'exceptionel begivenhed', der skal være udenfor den berørte parts kontrol. De øvrige krav, der efter Clause 19.1 er nødvendige for at statuere force majeure, er at konkludere ikke nødvendige efter AB 92 § 24, stk. 1.

En vigtig forskel mellem Clause 19.1 og AB 92 § 24, stk. 1, nr. 3 er, at der efter FIDIC er krav om, at omstændigheden umuliggør opfyldelse, mens AB 92 blot kræver forsinkelse – og ikke nødvendigvis væsentlig – af arbejdet.

Både efter Clause 19.3 og AB 92 § 24, stk. 2 er parterne forpligtet til, efter hvad der med rimelighed måtte forventes, at søge forsinkelsen undgået.

¹³⁴ Forsinkelse forstås som den faktiske overskridelse af tidsfrister, hvormed udførelsen udsættes

Efter FIDIC Clause 19.2 skal den *berørte* part, inden to uger¹³⁵, give meddelelse om de begivenheder/omstændigheder, han mener giver ham ret til ansvarsfritagelse. Da AB 92 § 24, stk. 3 'kun' omhandler entreprenørens mulighed for tidsfristforlængelse, er meddelelseskrevet begrænset til entreprenøren, der skal give skriftlig besked til bygherren, jf. § 24, stk. 3. Tidspunktet for skrivelsen til bygherren er ikke præcist angivet, som i FIDIC, men derimod fastsat til '*snarest muligt*'.

Efter FIDIC kan *begge* parter påberåbe sig force majeure, jævnfør betegnelsen 'the Party'. Som ofte vil det dog være entreprenøren, der påberåber sig force majeure, i og med at de hændelser, der kan statuere force majeure, er hændelser, der typisk er knyttet til entreprenørens arbejde og ikke bygherrens betalingssevne. Listen i Clause 19.1 er som nævnt ikke udtømmende, hvormed der *kan* tænkes at findes situationer – vel typisk knyttet til betalingsforpligtelsen – der berettiger bygherren til at påberåbe sig force majeure. Praktisk set må bestemmelsen i Clause 19 dog tænkes at sigte mod *entreprenørens* muligheder som det er tilfældet i AB 92 § 24, hvilket tilmed underbygges af tilstedeværelsen af Clause 19.4 om entreprenørens muligheder, såfremt han er forhindret i at udføre sine forpligtelser grundet force majeure.

Hvor de materielle betingelser for, at en situation kan karakteriseres som force majeure minder om hinanden i AB 92 og FIDIC, forholder det sig anderledes med parternes rettigheder i tilfælde af force majeure.

I FIDIC ses risikoen fordelt i Clause 19.4, idet bestemmelsen omhandler entreprenørens rettigheder ved force majeure. Bestemmelsen giver mulighed for tidsfristforlængelse efter litra (a), jf. Clause 8.4, såfremt færdiggørelsen bliver forsinket, og godtgørelse eller erstatning efter litra (b), dersom der er tale om en i – iv-situation, og såfremt ii – iv indtræffer i landet for entreprisens udførelse. Bygherren bærer således ikke risikoen for omkostninger ved naturkatastrofer, såsom jordskælv, orkaner, tyfoner og vulkansk aktivitet m.m. I disse tilfælde bærer entreprenøren altså risikoen, da Clause 19.1, nr. v ikke er omfattet af 19.4 litra (b). Forrige afsnit bør dog her have in mente, da bygherren efter Clause 17.3 bærer risikoen for en række forhold, herunder uforudseelige naturbegivenheder (litra (h)), der berettiger entreprenøren til både tidsfristforlængelse og erstatning i henhold til Clause 17.4, litra (a) og (b). Efter Clause

¹³⁵ Inden for to uger efter, at den berørte part blev eller burde være blevet opmærksom på den potentielle ansvarsfritagende begivenhed/omstændighed

17.4 har entreprenøren dermed ret til erstatning ved uforudseelige naturbegivenheder, modsat situationen i Clause 19.4, litra (b).

Denne begrænsning synes ikke logisk, men ændrer dog ikke på, at det vil være underordnet for entreprenøren, om denne vælger godtgørelse/erstatning efter 17.4 eller 19.4, så længe begivenheden er omfattet af både 17.3 og 19.1, idet entreprenøren i begge tilfælde vil kunne kræve sine omkostninger dækket. Formentlig vil Clause 19.4 dog påberåbes fremfor Clause 17.4 som følge af bestemmelsens direkte regulering af force majeure's konsekvenser.

For AB 92's vedkommende foretages risikoallokeringen i § 24, idet bestemmelsen oplister tilfælde, hvor entreprenøren har ret til tidsfristforlængelse. I § 24, stk. 1, nr. 3 har entreprenøren således ret til forlængelse af tidsfrister ved forsinkelse af arbejdet, der er en følge af forhold, der ikke kan tillægges entreprenørens handlinger og som er udenfor hans kontrol. Det kunne f.eks. tænkes at være krig, usædvanlige naturbegivenheder, brand, strejker og hærværk.

Endvidere er § 27 relevant i en force majeure-situation. Paragraffen er ikke som FIDIC's Clause 19.4 en bestemmelse, der udelukkende regulerer konsekvenserne af force majeure, men derimod en konsekvensbestemmelse knyttet til § 24-hændelser, idet den omhandler bygherrens hæftelse ved forsinkelse – der blandt andet kan forårsages af force majeure. § 27, stk. 1 regulerer entreprenørens ret til erstatning for lidt tab i forbindelse med forsinkelse, mens stk. 2 oplister entreprenørens muligheder for godtgørelse. § 24, stk. 1, nr. 3 falder dog ikke ind under én af de to stykker, og i stk. 3 står der specifikt: *"Kan forsinkelsens årsag henføres til § 24, stk. 1, nr. 3 eller nr. 4, har entreprenøren hverken ret til erstatning eller til godtgørelse."*

Dermed må det konkluderes, at i tilfælde af force majeure har entreprenøren efter AB 92 udelukkende ret til tidsfristforlængelse. Under dansk entrepriseret pålægges entreprenøren altså implicit risikoen for skader på ufærdige arbejder, selvom disse kan henføres til uforudsete hændelser (force majeure), idet han ikke overfor bygherren kan gøre krav på erstatning eller godtgørelse. Entreprenøren vil naturligvis kun bære risikoen for force majeure i forbindelse med ufærdige arbejder. Indtræffer begivenheden efter entreprisens aflevering, vil entreprenøren ikke længere være ansvarlig herfor.

Almindelige retsprincipper, som forudsætningssynspunktet, kan dog tænkes at føre til erstatning/godtgørelse. Endvidere åbner Voldgiftspraksis muligheden for, at entreprenøren som følge af force majeure kan friholdes for sine udgifter. Voldgiftssagen 9161¹³⁶ omhandler en

¹³⁶ AFG nr. 9161 af 30. april 2002. Ej offentliggjort

tagentreprise, der i særlig grad var udsat for ekstraordinære begivenheder, som uundgåeligt bevirkede væsentlige forsinkelser af reoveringen, blandt andet som følge af opretning af samtlige tagspær. Vedrørende klagers krav om betaling som følge af stormskader, fastslog Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed, at indklagede (entreprenøren) efter AB 92 § 27, stk. 3 burde friholdes for sine merudgifter (opretholdelse af stillads i længere tid end forventet) i forbindelse med de skader, som orkanen den 3. december 1999 fremkaldte.

Foruden FIDIC Clause 19.4, rummer 19.6 og 19.7 tilmed regulering af force majeure konsekvenser. Clause 19.6 indeholder en udtrykkelig regulering af parternes mulighed for at ophæve kontrakten som følge af force majeure, mens 19.7 omhandler frigørelse for opfyldelse af den resterende del af kontrakten, der er umulig/ulovlig at opfylde pga. force majeure m.m.¹³⁷ Parternes hæveret er i AB 92 reguleret i henholdsvis §§ 40 og 41, men er dog tavs om adgangen til at hæve i forbindelse med force majeure. Til trods for, at dette forhold ikke er reguleret i AB 92, vil almindelige retsprincipper formentlig føre til samme resultat under dansk ret. Naturligvis gælder det, at såfremt forholdet kan henføres til bygherren, bærer entreprenøren ikke længere risikoen. Kan forholdet det, vil der dog som oftest ikke foreligge nogen hændelig begivenhed, hvormed situationen ikke kan karakteriseres som værende omfattet af force majeure. I stedet vil den berørte part være berettiget til at påberåbe sig misligholdelse. Denne opfattelse under dansk ret svarer til FIDIC, Clause 19.1, litra (d), der er én af betingelsen for, at der kan statueres force majeure efter FIDIC.

Samlet kan det således konkluderes, at under FIDIC pålægges bygherren risikoen for force majeure, mens det ved dansk entrepriseret gælder, at entreprenøren bærer ansvaret herfor. Dog bærer entreprenøren efter FIDIC Clause 19.1, litra (d) risikoen i tilfælde af naturkatastrofer. Er naturkatastrofen uforudsigelig, vil bygherren dog efter Clause 17.3, litra (h) tillægges risikoen. På baggrund heraf må AB 92's regler anses for værende mest 'bygherrevenlige', som følge af entreprenørens ansvar for uforudsete hændelser.

¹³⁷ I Clause 16.6 hedder det: included but not limited to, force majeure

3.4 Afdækning af risiko

Parterne i et aftaleforhold er som udgangspunkt risikoaverse.¹³⁸ Som følge heraf, vil de enten helt forsøge at undgå risiko, eller såfremt dette ikke er muligt, forsøge at afdække den. I flere tilfælde er det tilmed et krav, at parterne forsikringsafdækker deres forpligtelser. Pligten hertil indikerer implicit, at den ansvarlige part herfor bærer risikoen.

3.4.1 Forsikring efter FIDIC Clause 18 og AB 92 § 8

FIDIC Clause 18 indeholder i alt fire afsnit; et generelt afsnit i 18.1 om 'General Requirements for Insurances' og en beskrivelse af tre pligtige forsikringstyper: 18.2 'Insurance for Works and Contractor's Equipment', 18.3 'Insurance against Injury to Persons and Damage to Property' og afslutningsvis afsnit 18.4 omhandlende 'Insurance for Contractor's Personal'.

Til sammenligning omhandler kun AB 92 af § 8, stk. 1, 1. pkt. og stk. 3 selve ansvarsfordelingen mellem bygherre og entreprenør. Heri fastlægges det, hvem der er ansvarlig for tegning af forsikring og betaling heraf.

Clause 18 indeholder således langt mere detaljerede beskrivelser af både procedurer, varighed og de enkelte forsikrings dækningsomfang end AB 92.

Hvor forsikringskravene i FIDIC blandt andet omfatter dækning af entrepris og entreprenørens udstyr (Clause 18.2), person- og tingskade (Clause 18.3) og entreprenørens mandskab (Clause 18.4), omhandler AB 92, § 8 kun tegning af brand- og stormskadeforsikring samt entreprenørens almindelige ansvarsforsikring, der blandt andet omfatter ansvar for skade på bygherrens eller tredjemands ejendom samt ansvar for personskade, men ikke mangelsansvaret. Ved større entrepriser under AB 92 vil parterne dog ofte tegne en entreprisforsikring med vid dækning, en såkaldt 'all-risk forsikring', der sammen med objektforsikringer, eller anden forsikring, kan tegnes uafhængigt af AB 92.¹³⁹ Forsikringerne skal dog minimum dække som fastsat i § 8.¹⁴⁰

Foruden dækningsomfanget består en væsentlig forskel i, at det i AB 92 er specificeret, hvem af parterne, der er forsikringstager i forbindelse med tegning af de forskellige forsikringstyper, mens det under FIDIC er op til parterne at definere, hvem der er forsikringstager for hver enkel

¹³⁸ Eide og Stavang, 2013, s. 581

¹³⁹ Andersen et al., 2003, s. 317

¹⁴⁰ Betænkning nr. 1246 af 1993

forsikringstype, og dermed hvem der er ansvarlig for at tegne og vedligeholde forsikringen. Denne definition fastlægges af parterne i 'Particular Conditions'. Der lægges op til, at 'The Insuring Party' er entreprenøren, jf. Clause 18.2, litra (a), 18.3, litra (a) og 18.4.

Såfremt entreprenøren er forsikringstager, er han forpligtet til at opnå bygherres godkendelse af forsikringsselskab og –vilkår, jf. Clause 18.1. Er forsikringstager derimod bygherre, forudsættes det, at forsikringsselskab og –vilkår er beskrevet i 'Particular Conditions'. Ved at forsikringsbetingelserne m.m. direkte skal godkendes af bygherren, tildeles denne en væsentlig kontrol- og bestemmelsesmulighed, hvilken ikke tilsvarende gives til entreprenøren, i de tilfælde hvor bygherren er 'The Insuring Party' og bærer risikoen.

§ 8 i AB 92 svarer indholdsmæssigt til en simpel version af 'General Requirement for Insurances' i FIDIC Clause 18.1.

AB 92 § 8, stk. 1 indledes med, at bygherren sædvanligvis betaler brand- og stormskadeforsikring, hvilket er til trods for, at det er entreprenøren, der bærer risikoen for arbejdet indtil aflevering eller bygherres ibrugtagen. Modsat forholder det sig i Clause 18, hvor det forudsættes, at entreprenøren som hovedregel tegner de beskrevne forsikringer.

Bygherrens forsikringspligt under AB 92 betyder, at bygherren har risikoen for følger af brand- og stormskader, i det omfang denne risiko kan forsikringsafdækkes. Dette må ses som en undtagelse til den almindelige entreprenørrisiko omfattet af AB i § 12 og behandlet i afsnit 3.2.

Entreprenøren har dog efter § 8, stk. 3 pligt til at tegne ansvarsforsikring, hvilken da vil dække de af ham direkte og indirekte forvoldte skader. Dette findes at være helt i overensstemmelse med branchepraksis.¹⁴¹ Entreprenøren skal på anmodning kunne dokumentere, at forsikringen er i kraft, jf. stk. 3, 2. pkt., for dermed at skabe den nødvendige sikkerhed overfor bygherren.

Lignende dokumentationspligt er også tilstede i FIDIC, hvor det efter Clause 18.1 hedder, at:

"The relevant insuring Party shall, within the respective periods stated in the Appendix to Tender [...] submit to the other Party:

(a) evidence that the insurances described in this Clause have been effected, and

(b) copies of the policies for the insurances described in Sub-Clause 18.2."

¹⁴¹ Betænkning nr. 1246 af 1993, s. 77

Således er bevis af forsikringens gyldighed ligeledes omtalt i FIDIC. Dog er det i Clause 18.1 et krav, at forsikringstageren ('The Insuring Party') beviser, at forsikringen er gældende, modsat § 8, stk. 3, hvor dette blot skal ske på anmodning.

Misligholdes pligten til at tegne og vedligeholde forsikringen, hæfter "forsikringstageren" for beløb, der ville have været dækket, hvis forsikringen havde været tegnet korrekt, jf. Clause 18.1. Konsekvensen af, at forsikringer ikke tegnes som aftalt, er § 8 tavs om.

AB 92 § 8, stk. 1 og FIDIC Clause 18.1 indeholder begge muligheden for, at en forsikring kan omfatte flere som 'sikrede' under policen, hvormed dækningen betragtes som var der for hver af de sikrede tegnet separat forsikring med samme dækningsomfang, hvor hver enkelt har samme rettigheder, jf. Clause 18.1.

Hensigten med at omfatte flere under policen vil primært være at afskære brandforsikringsselskabets mulighed for regres mod skadevoldende entreprenører og disses ansvarsforsikringsselskaber for udbetalte dækningsbeløb, hvilket giver en yderligere sikkerhed for parterne omfattet af forsikringen. Forsikringsselskabet vil dog kunne gøre regres, såfremt der er tale om entreprenørens groft uforsvarlige forhold. Hvis bygherren efter anmodning undlader at få medtaget entreprenørerne på policen, må han friholde dem for eventuelle regreskrav fra forsikringsselskabet.¹⁴²

Clause 18 indeholder som præsenteret yderligere tre pligtige forsikringer modsat § 8.

Udgangspunktet er stadig det samme for de tre pligtige forsikringer som i 18.1; at entreprenøren er forsikringstageren.¹⁴³ Selve risikofordelingen ændrer sig således ikke i Clause 18.2 til og med 18.4, hvor entreprenøren således tillægges yderligere forsikringspligtige forhold og dermed risiko.

Første pligtige forsikring er 'forsikring af entreprisen og entreprenørens udstyr' i Clause 18.2. Herefter er der pligt til at forsikre både entreprisen, udstyr, materialer og entreprenørens dokumenter til minimum fuld genanskaffelsesværdi omfattende omkostninger til nedrivning, bortskaffelse, rådgivning og avance. Anses entreprenøren som 'The insuring party' forsikringsafdækker han således i princippet den risiko, han pålægges efter Clause 17.2

¹⁴² Andersen et al., 2003, s. 312

¹⁴³ Med mindre andet aftales i 'Particular Conditions', hvilke der afgrænses fra

(entreprenørens omsorgspligt for arbejdet). At entreprenøren pålægges risikoen må antages at være rimeligt, da han er nærmest til at undgå, at udstyret lider skade. Hvad angår forsikring af selve entreprisen, synes kravet om entreprenøren som forsikringstager ligeledes retfærdigt, idet entreprenøren udfører arbejdet, og dermed har de bedste forudsætninger for at kende sandsynligheden for hændelser, der kan være risikofyldte.

Efter FIDIC skal policen oprettes fælles i parternes navne, medførende at begge er berettiget til at modtage udbetaling fra forsikringsselskabet i tilfælde af skade, jf. 18.2, litra (b).

Forsikringen skal efter Clause 18.2, litra (c) dække ethvert tab og skade, der ikke er bygherrens risiko, hvilket afgøres efter en negativ afgrænsning fra Clause 17.3. Dog skal den af entreprenøren tegnede forsikring dække 'oprør og undtagelsestilstand' (Clause 17.3, litra (c)), 'bygherres mulige designopgaver' (Clause 17.3, litra (g)) og 'uforudsete naturfænomener' (Clause 17.3, litra (h)), til trods for at disse forhold ellers er omfattet af bygherrens risiko i Clause 17.3, jf. undtagelsesbestemmelsen i Clause 18.2, litra (d). Entreprenøren får således efter Clause 18.2, litra (d) pålagt yderligere risiko, der skal afdækkes.

Forsikringspligten af de i litra (c), (g) og (h) omfattede forhold tilsidesættes dog, såfremt det i det konkrete tilfælde ikke er muligt at tegne forsikringen på 'forretningsmæssige vilkår', jf. Clause 18.2, litra (d). Yderligere undtagelser til forsikringens dækning er statueret i Clause 18.2, litra (e). Hvis de i litra (e) listede undtagelser efterfølgende og mere end ét år efter 'base day'¹⁴⁴ ikke længere kan ske på 'forretningsmæssige vilkår', skal entreprenøren give besked til bygherre, der herefter er berettiget til et beløb, der modsvarer entreprenørens sparede præmie. Denne handling må tolkes som, at bygherren godkender, at forsikringen undlades.¹⁴⁵

En tilsvarende pligt til at forsikringsafdække risikoen, herunder ved hændelige skader og forringelser, gælder ikke under AB 92, når der bortses fra den sædvanlige brand- og stormskadeforsikring i AB 92 § 8, stk. 1, der tegnes af bygherren. Aftalemæssigt vil parterne dog sædvanligvis i netop sådanne situationer sikre sig ved at supplere med en 'all-risk forsikring', der som regel ligeledes tegnes af bygherren. Som ofte vil 'all-risk-forsikringen' dække både entreprenøren og bygherren.¹⁴⁶

Denne 'all-risk-forsikring' kan dog ikke helt sammenlignes med FIDIC's forsikring af entreprisen og entreprenørens udstyr, da forsikringen blandt andet kan tegnes både med og uden

¹⁴⁴ Base day = the date 28 days prior to the latest date for submission of the tender, jf. Clause 1.1.3.1

¹⁴⁵ Andersen et al., 2003, s. 316

¹⁴⁶ IBID., s. 316

ansvarsdækning ved skade på tredjemands ejendom (erstatning uden for kontrakt). Endvidere vil 'all-risk-forsikringen' normalt undtage dækning ved afhjælpning af fejl og mangler samt driftstab.¹⁴⁷

Anden lovpligtige forsikring er 'forsikring mod personskade og tingskade' i Clause 18.3. Parterne skal herefter tegne forsikring mod ethvert ansvar, som de kan pådrage sig for tab og skade på ting og personer, herunder død og personskade, der udspringer af entreprenørens arbejder udført inden udstedelsen af udførelsescertifikat.¹⁴⁸

Forhold forsikret under 18.2 og 18.4 er undtaget fra 18.3-forsikringspligten, hvormed det reelle hoveddækningsområde bliver ansvar i forhold til tredjemand. Forsikringen skal ligeledes oprettes fælles for parterne og dermed dække både bygherres og entreprenørs ansvar, jf. Clause 18.3, litra (b). Som i Clause 18.2 er der mulighed for undtagelser til dækningsomfanget af 18.3. Disse findes i Clause 18.3, litra (d).

Under AB 92 stilles der som nævnt ikke umiddelbart krav om en objektorienteret ansvarsforsikring, der svarer til den i Clause 18.3 beskrevne. Efter AB 92 skal entreprenøren have en almindelig ansvarsforsikring, hvilken dog ikke yder tilsvarende beskyttelse som 'forsikring mod personskade og tingskade', idet vilkårene ikke vil være tilpasset den enkelte entreprise.

Afslutningsvis omhandler Clause 18.4 'forsikring af entreprenørens arbejdskraft', hvorefter entreprenøren er forpligtet til at tegne en ansvarsforsikring overfor sine ansatte omfattende ethvert tab som følge af ulykke, sygdom eller død hos entreprenørens arbejdskraft.¹⁴⁹ Dækningen begrænses i tilfælde, hvor forholdet udspringer af uagtsom adfærd eller undladelse fra bygherrens side eller dennes ansatte.

At det er entreprenørens egne ansatte, han skal tegne ansvarsforsikring overfor efter Clause 18.4, berettiger kravet om, at det også er ham, der har ansvaret for at tegne forsikringen. Entreprenørens forsikring skal dog også dække bygherren, hvilket vurderes efter samme begrundelse som ved Clause 18.3.

¹⁴⁷ Andersen et al., 2003, s. 316

¹⁴⁸ 'Performance Certificate': defineret i Clause 11.9: certifikat der fastslår, hvilken dag (dato) entreprenøren har opfyldt sine forpligtelser under kontrakten

¹⁴⁹ Svarende til en arbejdsgivertegnet ulykkesforsikring

Dækningsperiode

§ 8 brand- og stormskadeforsikringen (og 'all-risk-forsikringen') løber fra entreprisens påbegyndelse og indtil mangler er afhjulpet.

I Clause 18 er forsikringens krævede varighed beskrevet under hver af de tre respektive pligtige forsikringer.

For alle forsikringstyperne gælder det, at forsikringen bør træde i kraft, før entreprisarbejdet påbegyndes. Således vil det være hensigtsmæssigt at lade forsikringens ikrafttræden følge entreprisens begyndelsesdag ("Commencement Date").¹⁵⁰

Efter 18.2 skal forsikringen af entreprisen og entreprenørens udstyr gælde indtil udstedelse af 'Taking-over Certificate'¹⁵¹, hvilket synes logisk eftersom entreprenørens forsikring kun bør dække indtil bygherren overtager arbejdet, idet risikoen da overgår til denne. Dækningsperioden ved forsikring af entreprisen og entreprenørens udstyr adskiller sig således ikke væsentligt fra hinanden i de to sæt af vilkår.

Ved dækning af person- og tingskade i Clause 18.3 skal forsikringen derimod gælde indtil udstedelse af 'Performance Certificate' udledt af formuleringen "*[...] liability for any loss, damage, death or bodily injury [...] which may arise out of the Contractor's performance of the Contract and occurring before the issue of the Performance Certificate*" (min understregning). Dét tidspunkt må antages at være sammenfaldne med det i Clause 18.4 beskrevne: "*The insurance shall be in [...] effect during the whole time that these personnel are assisting in the execution of the Works.*"

Forsikringen gælder således indtil arbejdet er udført, men ikke nødvendigvis afleveret, som under Clause 18.2.

Når entreprenøren har opfyldt sine forpligtelser, vil hans personale og udstyr ikke længere have noget at gøre på byggepladsen, hvormed en forsikring af skader de kan påføre er unødvendig. Som følge af medarbejderne ikke længere er tilstede på pladsen vil forsikring efter Clause 18.4 ligeledes heller ikke være nødvendig.

¹⁵⁰ Andersen et al., 2003, s. 315

¹⁵¹ 'Taking-over Certificate': defineret i Clause 10 som et certifikat der udstedes (til entreprenøren) når entreprisen er fuldført og klar til at blive overdraget til bygherre (afleveringscertifikat)

Ved at pålægge entreprenøren forsikringspligten under FIDIC, modsat under AB 92, fritages bygherren for at bære risikoen i en række tilfælde knyttet til entreprisen og udførelsen heraf. FIDIC's bestemmelser om forsikring må derfor anses for at tilgodese bygherren – og specielt, hvis der sammenlignes med AB 92.

At bygherren efter dansk entrepriseret er forpligtet til at tegne forsikring for en risiko entreprenøren i princippet bærer (ansvaret for entreprisen frem til aflevering), findes at være en ulempe for bygherren. Mere naturligt er det, at det efter FIDIC er entreprenøren, der tegner disse forsikringer, da forsikringsområderne som oftest udspringer af entreprenørens arbejder og dermed omhandler udførelsen af selve entreprisen, hvor entreprenøren i særlig grad synes at være nærmest til at forsikre sit udstyr, materialer og personel. Dette stemmer tilmed overens med, at entreprenøren bærer risikoen for ikke-afleverede arbejder.

3.5 Juridisk konklusion

En komparativ analyse er valgt udført for at klarlægge ligheder og forskelle mellem AB 92 og FIDIC, til videre brug for den økonomiske analyse i kapitel 4. Sammenligningen af de to sæt standardaftalevilkår er begrænset til at omfatte bestemmelser omhandlende risiko og ansvar, force majeure og afslutningsvis afdækning af risiko.

Den juridiske analyse påviser karakteren af common-law tilgangen, idet FIDIC's bestemmelser er væsentlig mere omfangsrige end AB 92.

Parternes ansvar og risiko er under FIDIC reguleret af Clause 17. Herefter gælder en inter partes skadesløsholdelse. En tilsvarende bestemmelse er ikke indeholdt i AB 92, der blot i § 8, stk. 3 kræver, at entreprenøren har sædvanlig ansvarsforsikring for skader.

Efter FIDIC Clause 17.2 og AB 92 § 12, stk. 1 har entreprenøren omsorgspligten for arbejderne indtil afleveringen. Rammes entreprisen af hændelser karakteriseret som force majeure, bærer entreprenøren (stadig) de økonomiske følger, jf. § 12, stk. 1, modsat under FIDIC, hvor bygherren pålægges risikoen, og dermed har omsorgspligten.

Såfremt entreprenøren lider tab, hvor bygherren bærer risikoen efter Clause 17.3, er han efter FIDIC berettiget til tidsfristforlængelse, erstatning og godtgørelse samt erstatning af tabt dækningsbidrag, i de tilfælde, hvor det skadeforvoldende forhold kan tillægges bygherren. Efter

AB 92 er entreprenøren som udgangspunkt kun berettiget til tidsfristforlængelse ved Clause 17.3-tilfælde. Kan forholdet henføres til bygherren, vil entreprenøren da ligeledes kunne tilkendes erstatning eller godtgørelse.

Endvidere gælder det efter begge standardvilkår, at bygherren bærer risikoen for begivenheder, der udspringer af hans kontraktlige forpligtelser.

Efter afleveringen/ibrugtagningen overgår risikoen som udgangspunkt til bygherren. Entreprenøren vil dog være ansvarlig for tab eller skader, der skyldes ansvarspådragende forhold fra før afleveringen, eller hvis tabet kan henføres til entreprenørens arbejde efter afleveringen, jf. FIDIC Clause 17.2 og AB 92 § 12, stk. 3 modsætningsvis.

Ingen af parterne hæfter under FIDIC eller AB 92 for driftstab, avancetab, tab af andre kontrakter eller andet indirekte tab, hvormed en ansvarsbegrænsning introduceres.

FIDIC Clause 19 pålægger bygherren risikoen ved uforudsete hændelser, og giver entreprenøren ret til både tidsfristforlængelse og erstatning/godtgørelse samt i visse tilfælde erstatning af tabt dækningsbidrag. I AB 92 er force majeure ikke direkte reguleret, men findes i stedet som en *lex specialis* i § 24. Bestemmelsen omhandler forhold, der berettiger entreprenøren til forlængelse af tidsfrister, som følge af forsinkelse af arbejdet. Hvis en sådan forsinkelse er forårsaget af force majeure, er entreprenørens rettigheder efter AB 92 § 27, stk. 3 begrænset til tidsfristforlængelse. Foruden tidsfristforlængelse, kan det af voldgiftspraksis udledes, at entreprenøren tillige kan friholdes for sine udgifter. Endvidere kan almindelige retsprincipper tænkes at føre til erstatning/godtgørelse under AB 92.

Under visse omstændigheder berettiger force majeure aftalens ophævelse. Herom er AB 92 tavs.

Forsikring er under flere af bestemmelserne i Clause 17 et krav. Tilmed er forsikring et værktøj for parterne til at afdække deres risiko på, hvormed deres ansvar og sårbarhed overfor risiko mindske.

Under AB 92 § 8 bærer bygherren forsikringspligten for brand- og stormskader. Dog er entreprenøren pligtig til at tegne ansvarsforsikring. Modsat forholder det sig i FIDIC, hvor udgangspunktet i Clause 18 er, at entreprenøren er ansvarlig for at tegne forsikringerne. Entreprenørens forsikringspligt pålægger ham implicit risikoen, hvilket stemmer overens med hans ansvar for igangværende arbejder.

Af ovenstående vurdering af risikofordelingen i FIDIC og AB 92 mellem bygherren og entreprenøren, foretaget på baggrund af den komparative analyse, konkluderes det, at risikofordelingen ved både bestemmelserne om risiko og ansvar samt force majeure er mere lempelige overfor entreprenøren efter FIDIC end under AB 92. Som følge heraf, forkastes hypotesen om, at risikoallokeringen er mere 'bygherrevenlig' i FIDIC end i AB 92. Dette er dog ikke ensbetydende med, at hypotesen er usand, blot at analysen ikke er i overensstemmelse hermed.

Til trods for at hypotesen afkræftes, synes tendensen i FIDIC dog at være, at entreprenøren bærer risikoen. Dette udledes af, at entreprenøren pålægges risikoen i bestemmelserne om skadesløsholdelse og omsorgspligt under Clause 17 samt bærer forsikringspligten i Clause 18.

Således konkluderes det, at bygherren under FIDIC generelt fritages for at bære risiko, idet denne pålægges entreprenøren i en ikke uvæsentlig del af de undersøgte bestemmelser. Denne risikofordeling synes at vidne om, at der er forsøgt skabt en fordel for bygherren, hvilket ligeledes underbygges af, at FIDIC er udarbejdet af en enkelt brancheorganisation og dermed ikke har karakter af at være et 'agreed document'.

Kapitel 4: Allokering af risiko

Afhandlingens økonomiske del foretages på baggrund af den komparative juridiske analyse. Omdrejningspunktet i kapitel 4 vil være, hvorvidt bygherrens risikofralæggelse i FIDIC medfører en efficient fordeling af risiko for den fralæggende part, og hvis ikke, hvilke faktorer der da er bestemmende for denne efficiens. På baggrund af analysen vil det vurderes, om en reallokering, i forhold til fordelingen i FIDIC, bør foretages.

Førend analysen af den efficiente risikoallokering foretages, findes det relevant indledningsvis at kortlægge, hvad risiko er, som følge af at afhandlingen er bygget op herom. Endvidere fastlægges efficiensbegrebet, da kapitlets konklusioner drages på baggrund af en efficiensbetragtning.

4.1 Risiko

I værket *'The Policy Implications of Risk Compensation and Plural Rationalities'* inddrager John Adams Britain's Royal Society's rapport fra 1983. I rapporten diskuterer en *study group* risiko og kommer med følgende videnskabelige definition af begrebet:

*"[...] the probability that a particular adverse event occurs during a stated period of time, or results from a particular challenge."*¹⁵²

Ifølge Britain's Royal Society er risiko altså sandsynligheden for, at en ikke-planlagt (*adverse*) begivenhed indtræffer i et givent tidsrum.

Denne definition støttes af Kartam og Kartam¹⁵³, hvor risiko defineres som: *"The probability of occurrence of some uncertain, unpredictable and even undesirable event(s) that would change the prospect for the probability on a given investment."*

Således må risiko konkluderes at være et udtryk for sandsynlighed og konsekvensen af en usikker, uforudsigelig, uønsket hændelse, der indtræffer i et bestemt tidsrum.

¹⁵² Adams, 1995, s. 7

¹⁵³ Kartam og Kartam, 2001, s. 325

Uagtet tidsrummets varighed, synes det udfordrende at forestille sig ét uden risiko. John Adams er ligeledes af denne opfattelse; det er umuligt at tænke sig en situation uden risiko.¹⁵⁴

Entrepriser er ingen undtagelse. Langt størstedelen af alle entrepriser har et naturligt element at risiko i sig, som følge af forskellige parterers indblanding, ulykker, økonomiske omstændigheder, uforudsete hændelser (force majeure), etc.¹⁵⁵ Denne risiko kan sjældent elimineres, hvorfor det er nødvendigt at parterne påtager sig og deler den mellem sig.

Det er en kendt antagelse, at individet som udgangspunkt bærer risiko modvilligt, hvilket medfører en villighed til at betale for at undgå risikobyrdens.¹⁵⁶ Prisen herfor vil dog afhænge af forholdet til usikkerhed, hvorfor det er nødvendigt at definere den forventede værdi heraf.¹⁵⁷

Antag at en handling har n mulige resultater ($X_1, X_2 \dots X_n$), hvor resultatet X_1 har sandsynligheden P_1 , X_2 har sandsynligheden P_2 og så fremdeles. Den forventede værdi af usikkerheden defineres da som:

$$P_1X_1 + P_2X_2 + \dots + P_nX_n.$$
¹⁵⁸

Er aktøren indifferent mellem flere muligheder, foreligger der risikoneutralitet. I forhold til risikoallokering vil dette betyde, at det for aktøren er underordnet, hvor meget risikoen aftalen tillægger ham. Dermed spiller usikkerhed ingen rolle for aktøren.

Er der derimod tale om, at aktøren er risikoavers, vil han ved valget mellem to lige store gevinster, vælge den med størst spredning, for at reducere sandsynligheden for tab. Usikkerhed er altså en ulempe for en risikoavers aktør, hvorfor en værdiansættelse heraf netop er aktuel.

Differencen mellem de forventede værdier af to alternativer benævnes sikkerhedsækvivalenten og er udtryk for den omkostning usikkerheden repræsenterer for aktøren.¹⁵⁹ Er omkostningen for stor for den risikoaverse aktør, vil den potentielle aftale ikke blive indgået, og en gevinst således heller ikke realiseret. Et sådan scenarie 'efterlader' værdi og repræsenterer en inefficent løsning, hvorfor det er interessant at undersøge, hvordan risikoen fordeles mest optimalt, således at de aftaler der bør indgås, også bliver det.

¹⁵⁴ Adams, 1995, s. 1

¹⁵⁵ Khazaeni et al., 2012, s. 511

¹⁵⁶ Eide og Stavang, 2013, s. 581

¹⁵⁷ IBID., s. 120

¹⁵⁸ IBID., s. 120

¹⁵⁹ IBID., s. 121

4.2 Udgangspunktet for at diskutere efficiens

Når optimering anvendes i den økonomiske verden, er det ofte nødvendigt at supplere med antagelser omhandlende 'surrounding conditions of action'. Disse antagelser er primært antagelser om begrænset viden eller begrænset rationalitet.¹⁶⁰

Coase-teoremet foreskriver, at såfremt ejendomsrettighederne er veldefinerede og der ikke eksisterer transaktionsomkostninger, vil parterne, uagtet deres forhandlingsstyrke, gennem forhandling opnå et Pareto-optimalt resultat¹⁶¹. Det vil sige, at ressourcerne vil allokeres derhen, hvor de tillægges størst værdi. Som omtalt i kapitel 1¹⁶² er det ved ny institutionel økonomi kendetegnende for aktørerne, at de er begrænset rationelle. Denne erkendelse kan benyttes til at mindske den begrænsede rationalitet ved at indhente yderligere information, såfremt det er tilgængeligt. Fremskaffelsen af denne yderligere information kan dog være temmelig omkostningstung og vanskelig, hvormed indhentningen må anses for at være forbundet med visse transaktionsomkostninger. Disse transaktionsomkostninger må i en sådan sammenhæng kunne betegnes som værende informationsomkostninger.¹⁶³ For visse kontrakttyper, må det endvidere være tilfældet, at information ikke er tilgængelig ved kontrahering. Dette er blandt andet situationen ved entreprisekontrakter, hvor usikkerheden i forbindelse med risikoens indtræffen udgør denne informationsbegrænsning. Som følge af parternes forskellige syn på risikoens sandsynlighed for at indtræffe, eksisterer der ingen optimal fordeling af risiko forud for dens indtræffen. Der findes derfor ej heller én løsning på allokeringproblemet på forhandlingstidspunktet. Kun i en verden med fuld information, og hvor parterne er rationelle, vil der ex ante være én efficient løsning, hvilket ved ufuldstændig information kun vil være tilfældet ex post. Dette udfordrer indgåelsen af en efficient aftale.

Efficiens er kriteriet, der udtrykker økonomisk velfærd, dvs. når ressourcerne allokeres derhen, hvor de tillægges størst værdi.¹⁶⁴ Der opereres generelt med to efficienskriterier, hvorefter efficiens vurderes; Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Simon, 1992, s. 4

¹⁶¹ Eide og Stavang, 2013, s. 137

¹⁶² Under afsnit 1.5.2 Økonomisk metode

¹⁶³ Østergaard, 2003, s. 273

¹⁶⁴ Riis, 1999, s. 1155

¹⁶⁵ IBID., s. 1155

Pareto-optimalitet er karakteriseret ved, at ingen kan stilles bedre, uden at andre vil få det værre.¹⁶⁶ Ressourcerne anvendes altså der, hvor de værdsættes mest,¹⁶⁷ hvormed en omfordeling ikke vil kunne foretages, uden at mindst én agent bliver stillet dårligere end udgangspunktet. Hvis situationen i stedet er den, at mindst ét individ får det bedre (baseret på ens egen vurdering) uden nogle stilles dårligere, foreligger der en Pareto-forbedring.¹⁶⁸ Generelt set fører aftaler i al almindelighed til Pareto-forbedringer, idet de indgås på grund af den gensidige fordelagtighed og som oftest ikke vedrører andre end parterne selv.¹⁶⁹ Ved en omfordeling af risiko vil der dog være tale om, at risikoen flyttes fra én part til en anden, hvormed denne vil stilles værre. Således kan det være svært at forestille sig en re-allokeringsituation, som ikke vil stille bare ét enkelt individ dårligere end udgangspunktet, hvilket Pareto-kriteriet vil kræve, førend der er tale om en velfærdsforøgelse. I praksis betyder dette, at de fleste tilstande er optimale efter Pareto-kriteriet, da den Pareto-optimale tilstand eksisterer i de situationer, hvor Pareto-forbedringer ikke er mulige.¹⁷⁰

Vilfredo Pareto baserede sit optimalitetsprincip på den præmis, at den enkelte agent er bedst egnet til at vurdere sin egen nytte. Derudover antages det, at samfundets nytte eller velfærd udelukkende afhænger af den velfærd, som de individuelle agenter opnår, og at samfundets velfærd øges, når der gennemføres ændringer i ressourceallokeringen, der øger velfærden hos mindst én agent uden at formindske andre agents velfærd.¹⁷¹

En anden måde at vurdere efficiens på er ud fra Kaldor-Hicks-kriteriet, der ”går ut på å maksimalisere verdien av det ressursene brukes til.”¹⁷² Kriteriet rummer, at ’noget’¹⁷³ er efficient, hvis der skabes nok værdi for ’vinderen’ til at kunne kompensere ’taberen’ (og at én får lidt mere).¹⁷⁴ Det vil sige, at Kaldor-Hicks-kriteriet støtter en ændret retstilstand, hvis omfordelingen af ressourcerne bevirker, at den gevinst som vinderne opnår, er større end det tab, taberne lider.¹⁷⁵ Det er ikke et krav, at der rent faktisk sker en kompensation, men blot at det er teoretisk

¹⁶⁶ Eide og Stavang, 2013, s. 34

¹⁶⁷ IBID., s. 107

¹⁶⁸ IBID., s. 35 – 36

¹⁶⁹ Eide og Stavang, 2013, s. 36

¹⁷⁰ Riis, 1999, s. 1155

¹⁷¹ Raaschou-Nielsen og Foss, 1997, s. 13

¹⁷² Eide og Stavang, 2013, s. 36

¹⁷³ Værende en retsregel, et projekt, en aftale, en allokering, etc.

¹⁷⁴ Eide og Stavang, 2013, s. 36

¹⁷⁵ Riis, 1999, s. 1156

muligt,¹⁷⁶ sådan at hvis kompensationen kom til udbetaling, ville taberne acceptere omfordelingen. Med den rette fordeling af 'gevinsten' vil der samtidig være tale om en velfærdsforøgelse efter Pareto-kriteriet, dvs. en Pareto-forbedring.

Nedestående figur¹⁷⁷ (*Figur 4.1*) forklarer Pareto-optimalitet samt Kaldor-Hicks-kriteriet grafisk. Kurven *LM* repræsenterer de højeste nyttekombinationer som de to individer *A* og *B* kan opnå ved den bedst tænkelige allokering af de tilstedeværende ressourcer.

Er allokeringen af ressourcerne inefficent, vil parterne befinde sig i et punkt afgrænset af koordinatsystemets akser og buestykket *LM* – f.eks. i punktet *P*. For begge parter vil punkter i området *PQR* udgøre en Pareto-forbedring, idet en af parterne stilles bedre, uden at den anden stilles ringere. Bevæger vi os op ad linjestykket *PQ* vil *B* stilles bedre uden at *A* stilles dårligere – *A* har stadig en nytte på U_A , mens *B* opnår en nytte $> U_B$. Det modsatte gælder, hvis vi bevæger os langs linjestykket *PR*.

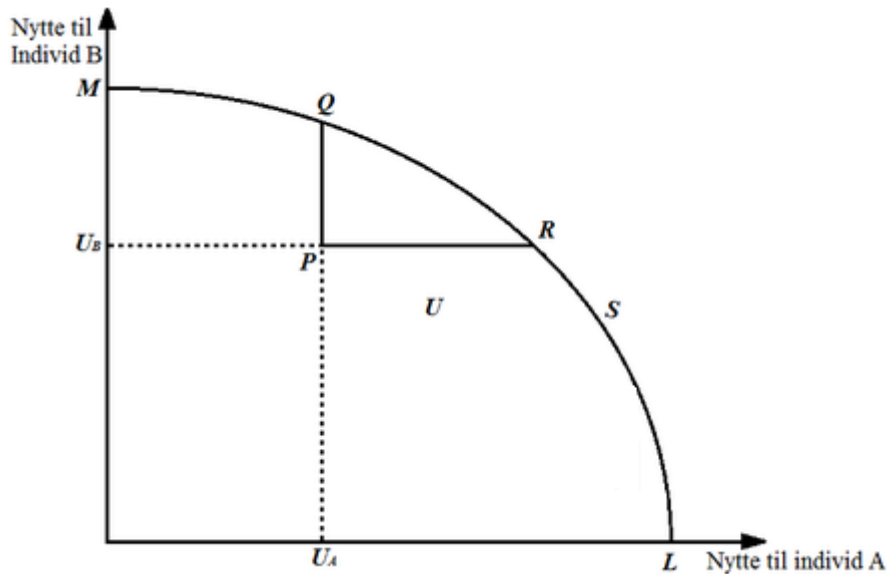
Alle Pareto-forbedringer er udtryk for inefficiens i det henseende, at der stadig er mulighed for at opnå en mere efficient løsning. Denne inefficiens, udtrykt via et dødvægtstab, vil være tilstede indtil parterne ender i et punkt på buestykket *LM*, der repræsenterer alle de mulige Pareto-optimale situationer, der findes i den givne situation. Punktet *L* er en Pareto-optimal løsning, men ikke nødvendigvis en retfærdig løsning, idet *A* har alt og *B* har intet.

Ændringer, der ikke stiller nogen parter værre end udgangspunktet, er relativ ukompliceret. Vanskeligere er det ved omfordelinger, hvor en af parterne stilles værre.

Dette vil være tilfældet ved alle flytninger fra punktet *P* til et punkt på *LM*, der *ikke* ligger på kurvestykket *QR* – f.eks. punktet *S*. *S* er en Pareto-optimal løsning, men stiller *A* bedre og *B* dårligere i forhold til udgangspunktet i *P*. I sådanne situationer, hvor nogle får det bedre og andre dårligere, vil Pareto-kriteriet være uden interesse. I stedet vil Kaldor-Hicks-kriteriet være relevant. På baggrund af ovenstående definition af Kaldor-Hicks-kriteriet, vil det betyde, at flytningen fra *P* til *S* bør gennemføres, såfremt *A* vinder nok til at kunne kompensere *B*.

¹⁷⁶ Raaschou-Nielsen og Foss, 1997, s. 14

¹⁷⁷ Eide og Stavang, 2013, s. 109



Figur 4.1: Pareto-optimalitet og Kaldor-Hicks efficiensbetragtningen

Kilde: Eide og Stavang

Det er vigtigt at notere sig Pareto-optimalitet og Kaldor-Hicks-kriteriets forskellige sigte og anvendelsesformål. Hvor Pareto-optimalitet karakteriserer en tilstand sammenlignet med andre tilstande, der er potentielt mulige i en given situation, udtrykker Kaldor-Hicks-kriteriet resultatet af en ændring i en given situation og er dermed udtryk for en interpersonel nyttesammenligning¹⁷⁸ mellem to tilstande¹⁷⁹; tilstanden før og tilstanden efter ændringen. Kaldor-Hicks-kriteriet tager således ikke hensyn til de fordelingsmæssige konsekvenser, men fokuserer udelukkende på, om allokeringen medfører en velfærdsforøgelse og dermed bør foretages.¹⁸⁰

4.3 Allokering af risiko

Ejeren af risiko, til hvem risikoen er allokert, antages at være ansvarlig for håndtering, og de finansielle konsekvenser risikoen kan tænkes at medføre.¹⁸¹

Al risiko tilhører som udgangspunkt bygherren, der dog kan overflytte den til entreprenøren mod en kompensation: ”[...] all risks are rightfully the owner’s, unless transferred or assumed by another party for fair compensation.”¹⁸²

¹⁷⁸ Riis, 1999, s. 1156

¹⁷⁹ Eide og Stavang, 2013, s. 36

¹⁸⁰ Riis, 1999, s. 1156

¹⁸¹ Khazaeni et al., 2012, s. 513

Ud fra konklusionerne i den juridiske komparative analyse, findes bygherren under FIDIC at have overført sin risiko til entreprenøren. Hvorvidt en re-allokering i forhold til fordelingen i FIDIC bør foretages, vil derfor reelt set være spørgsmålet om bygherren bør tage risikoen *tilbage* i forhold til at opnå en efficient allokering.

Den juridiske konklusion, sammenholdt med det faktum, at FIDIC ikke er et 'agreed document', understøtter den generelle opfattelse af, at risikofordelingen i FIDIC's standardaftalevilkår er udarbejdet for at tilgodese bygherren, ved netop at fritage ham for at bære risikoen.

Denne risikodeling, kendetegnende for FIDIC's standardkontrakter,¹⁸³ står således i kontrast til 'agreed document'-klassifikationen, der indebærer, at den aftalemæssige balance ligger i, at parterne bærer risikoen for det, de er nærmest til at kunne påvirke. Således må bygherren eksempelvis som udgangspunkt bære risikoen for det, som bygherren stiller til rådighed for entreprenøren, først og fremmest byggegrunden og udbudsmaterialet, mens entreprenøren blandt andet bærer risikoen for selve udførelsen af entreprisen og for, at ydelserne og beskaffenheden heraf er som aftalt.¹⁸⁴

At risikoen, i hvert fald i internationale entreprisekontrakter, primært pålægges entreprenøren synes dog ikke kun at være tendensen under FIDIC standardaftalevilkår. I et studie, foretaget af Kartam og Kartam¹⁸⁵, viste resultaterne, at halvdelen af de forskellige typer af identificerede risici (13 ud af 26) blev pålagt entreprenøren. Kun fire typer af risici blev til sammenligning pålagt bygherren.¹⁸⁶

Den teoretiske idé bag at overflytte risiko er, at en anden part anses for at kunne håndtere risikoen mere efficient.¹⁸⁷ I virkeligheden vil fralæggelsen af risiko dog typisk set være foretaget som følge af modviljen i at bære risiko, hvormed der skabes et incitament til at betale for at undgå risikobyrdens.¹⁸⁸

Som følge af, at risiko kan "[be] transferred [...] for fair compensation", antages prisen for at undgå at bære risiko således at være compensation til risikotageren. Denne antagelse støttes af

¹⁸² Kartam og Kartam, 2001, s. 325

¹⁸³ Andersen, 2003, s. 31

¹⁸⁴ Ulrik, 2003, s. 16

¹⁸⁵ Kartam og Kartam, 2001, s. 326 ff.

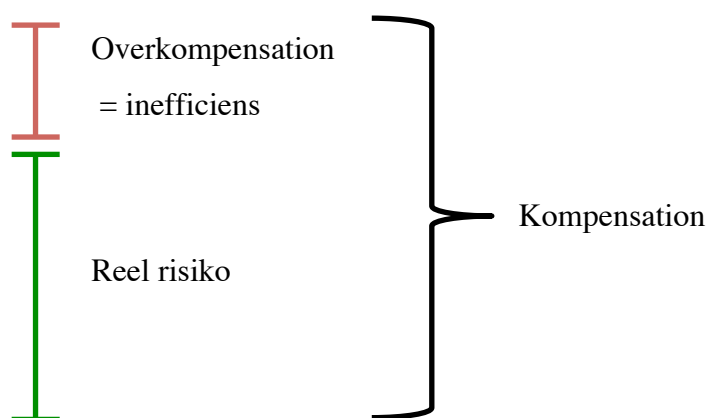
¹⁸⁶ De øvrige risici var delt mellem parterne

¹⁸⁷ Ng og Loosemore, 2007, s. 70

¹⁸⁸ Eide og Stavang, 2013, s. 581

John Adams med afsnittet i 'The Policy Implications of Risk Compensation and Plural Rationalities' bærende overskriften "The response to risk: risk compensation."¹⁸⁹

Det er da også et kendt scenarie, at bygherren mod en kompensation lægger så meget finansiel risiko over på entreprenøren som muligt, uagtet at denne ikke nødvendigvis er den oplagte til at bære den.¹⁹⁰ En ubalanceret risikoallokering medfører øget omkostninger de to parter imellem, idet en sådan fordeling foranlediger, at bygherren overkompenserer entreprenøren for dennes påtagelse af risikoen,¹⁹¹ og i værste fald medfører det en fejlslagen entreprise.¹⁹² Overkompensationen vil overordnet skyldes, at entreprenøren ikke er den rette til at bære risikoen, underforstået at bygherren kunne have båret risikoen bedre og dermed billigere.¹⁹³ Såfremt risikoen viser sig mindre end kompensationens pålydende, opstår der et 'gab', hvilket repræsenterer overkompensationen, manifesteret i form af inefficiens.



Figur 4.2: Overkompensation
Kilde: Egen tilvirkning

Som oftest når risiko allokeres uhensigtsmæssigt fra bygherre til entreprenør, ender overførslen således med at være en illusion, idet der vil være stor sandsynlighed for, at risikoen indirekte føres tilbage til bygherren i form af mere risiko, højere risikotillæg og projektproblemer.¹⁹⁴ Bygherren kommer dermed selv til at bære konsekvenserne af den inefficente allokering af risiko, han foretog.

¹⁸⁹ Adams, 1995, s. 14

¹⁹⁰ Khazaeni et al., 2012, s. 511

¹⁹¹ IBID., s. 511

¹⁹² Ng og Loosemore, 2007, s. 75

¹⁹³ Khazaeni et al., 2012, s. 511

¹⁹⁴ Ng og Loosemore, 2007, s. 70

”*The process of risk allocation should be analysed as a bargaining process.*”¹⁹⁵ Dette følger naturligt af, at al allokering som udgangspunkt vil være forbundet med forhandling, medmindre fordelingen er fastsat ved lov. Vælger bygherren således at overføre sin risiko til entreprenøren, vil forhandlingerne om en passende kompensation indledes.

Grundlæggende omhandler forhandling ”[...] *the important process of making a deal and agreeing the arrangements on which it is arranged.*”¹⁹⁶

Kontraheres der på baggrund af standardvilkår, vil dele af forhandlingsprocessen umiddelbart ikke findes aktuel, idet aftalens grundlæggende betingelser da er fastlagt. Kræver standardvilkåret parternes tilføjelse, som det er tilfældet under FIDIC med ’Particular Conditions’, vil forhandling i dette henseende dog være nødvendig. Ligeledes vil forhandlinger være aktuelle i forbindelse med ændring af en allerede given fordeling, hvorfor en re-allokering i forhold til standardbestemmelsernes udgangspunkt tilmed vil have karakter af en ’*bargaining process*’.

Som følge af parternes opportunistiske adfærd, sigtes der ikke mod at skabe en allokering, der samfundsmæssigt er efficient, men derimod en allokering, der er værdiskabende for den enkelte part. En sådan fordeling, karakteriseret ved ’slicing the pie’ fremfor ’expanding the pie’, vil typisk skabe en ’lose-lose’-situation, idet den samlede aftales potentiale ikke identificeres og udnyttes,¹⁹⁷ hvormed værdi ’efterlades på bordet’.¹⁹⁸ Den efficiente løsning udfordres således af et forhandlingsmæssigt fordelingsaspekt forårsaget af parternes egenoptimering.

Forhandlinger er ofte komplekse, idet der netop er at gøre med en proces, hvor parter med forskellige mål og agendaer forsøger at opnå en aftale om et fælles afsæt.¹⁹⁹ Samtidig besværliggøres forhandlinger af, at forhandlerne er afhængige af hinanden; hvad den ene part ønsker, påvirker hvad den anden kan få, og omvendt.²⁰⁰

Forhandlinger vedrørende risikoallokering udfordres og påvirkes imidlertid yderligere af, at mange parametre i forbindelse med risiko er behæftet med usikkerhed.

¹⁹⁵ Khazaeni et al., 2012, s. 512

¹⁹⁶ Jacks, 2011, s. 9

¹⁹⁷ Thompson, 2012, s. 25

¹⁹⁸ IBID., s. 25

¹⁹⁹ Brett, 2014, s. 33

²⁰⁰ IBID., s. 33

4.3.1 Styrende faktorer for en efficient risikoallokering

Hvorvidt bygherrens fralæggelse af risiko i FIDIC foranlediger den for ham mest efficiente risikofordeling vil her undersøges, idet der foretages en analyse af, hvilke kriterier, der er afgørende for en afbalanceret og efficient allokering.

Identificeringen af de allokeringskriterier, der sikrer, at den bedste part til at bære risikoen også er ham, der påtager sig den, er nødvendig for at kunne afgøre, hvorvidt en re-allokering, fra entreprenør til bygherre, vil skabe mere efficiens for bygherren, og dermed bør gennemføres.

Kriterierne vil således diskuteres på et teoretisk niveau og afslutningsvis holdes op imod risikofordelingen i FIDIC.

Fordelingen af risiko bør søges fordelt mellem bygherre og entreprenør på en sådan måde, at incitamentsværdien for at påtage sig risikoen udnyttes, mens det vederlag, der gives for at acceptere risikoen minimeres.²⁰¹

Risikofordeling er altså et element i vurderingen af det enkeltes individs velfærd, hvorfor risiko bør fordeles mellem parterne i overensstemmelse med deres præferencer.

En efficient og afbalanceret risikodeling kræver, at begge parter er bekendte med omfanget af risikoen, risikoens konsekvenser samt evnen til at håndtere denne risiko.²⁰² Som oftest har kontraherende parter dog en forskellig forståelse og opfattelse af risiko.

Det er bredt accepteret, at *"the risks in a project should be apportioned to those parties who can best manage them"*,²⁰³ hvorfor det er af afgørende betydning at fastlægge de faktorer, der er styrende for en efficient risikohåndtering.

Det, der for risikoejer er afgørende i forbindelse med fordelingen af risiko, er således overordnet hensynet til parternes evne til at håndtere risikoen. Håndteringen omfatter, hvorvidt parten, der tildeles risiko, har tilfredsstillende kompetencer til at værdiansætte risikoen tilstrækkelig nøjagtigt og den nødvendige ekspertise til at kontrollere og/eller minimere denne risiko. Derudover vil det for risikoejeren være centralt, hvorvidt værdien af risikoallokeringen tilfalder ham selv eller samfundet.²⁰⁴

²⁰¹ Khazaeni et al., 2012, s. 511

²⁰² IBID., s. 511

²⁰³ Macdonald, 2001, s. 346

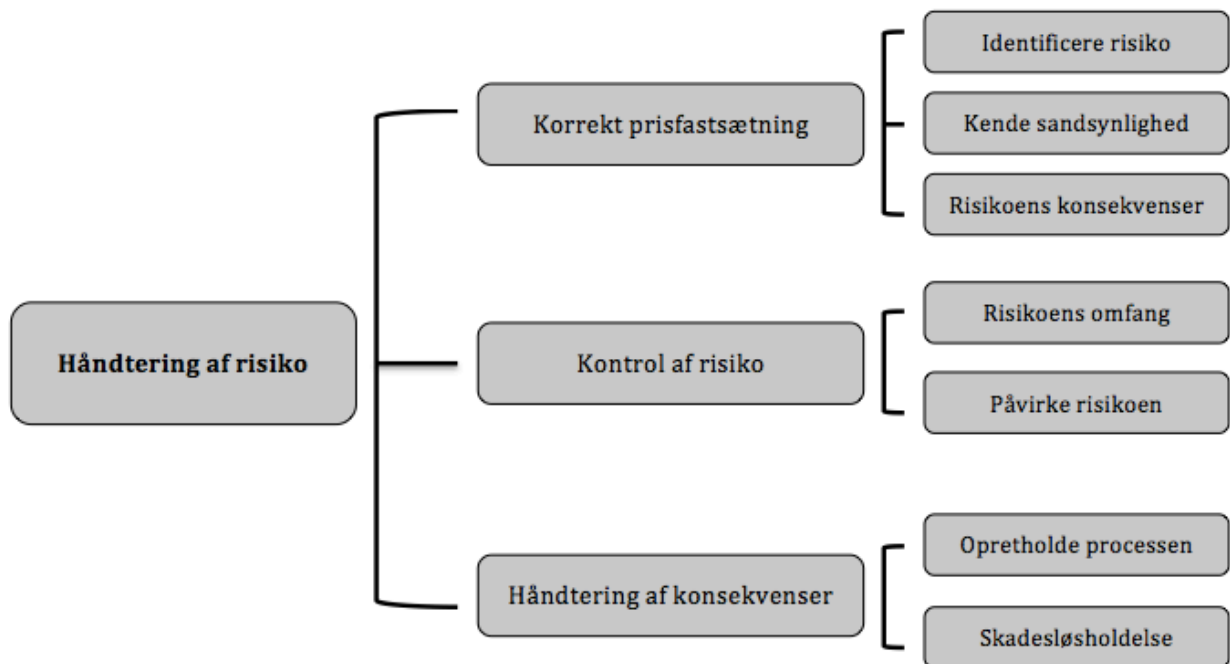
²⁰⁴ Khazaeni et al., 2012, s. 513

4.3.1.1 Håndtering af risiko

Håndtering af risiko er ikke ensbetydende med ”merely passing them [risiciene] off onto another part”,²⁰⁵ blot for at undgå selv at være den risikobærende part, som følge af udgangspunktet om, risikoaversion. Håndtering dækker derimod over efficient at kunne foretage en korrekt prisfastsætning af risikoen, kunne kontrollere risikoen samt evnen til at håndtere risikoens konsekvenser, såfremt den indtræffer.

Disse tre afgørende faktorer for risikohåndtering styres hver især af forhold, der i nærværende afsnit belyses, for dermed at opnå en forståelse af de bærende faktorer for en efficient håndtering af risiko. En allokering, der fraviger disse kriterier, ”[...] will compromise the success and efficiency of the project since it will produce higher risk premiums than necessary, increase the chance of risk arising and the consequences if they do arise.”²⁰⁶

Nedenstående figur (Figur 4.3) skaber et overblik over faktorerne afgørende for håndtering af risiko.



Figur 4.3: Håndtering af risiko
Kilde: Frit efter Khazaeni et al.

²⁰⁵ Kartam og Kartam, 2001, s. 328

²⁰⁶ Ng og Loosemore, 2007, s. 70

Prisfastsætning

En prisfastsætning af risikoen vil primært være afgørende i forbindelse med udmålingen af en kompensation. Den risikobærende part vil til enhver tid kræve sig kompenseret for at bære ukendt risiko.²⁰⁷ Da entrepriser som oftest udføres over en længere periode, vil risikopåtagelsen ligeledes være af en vis varighed. Visse typer af risiko vil dog aftage som entreprisen skrider frem. Risikoen vil være ukendt for begge parter, hvorfor dette faktum ikke vil være afgørende for parternes (forskellige) prisfastsætning.

At foretage en korrekt prisfastsætning vil derimod primært kræve, at risikoen er identificeret, at sandsynligheden for risikoen er kendt, samt et kendskab til risikoens konsekvenser.

Identifikation af risikoen er afgørende for alle øvrige forhold i forbindelse med håndteringen. Er risikoen således ikke identificeret, vil det ikke være muligt at fastlægge sandsynligheden, kende konsekvenserne, bestemme omfanget samt iværksætte nødvendige foranstaltninger.

Risikoen identificeres ved at fastlægge, hvilken type risiko, der er tale om og vil have forskellige karaktertræk alt efter processen, den er knyttet til.

Ved entrepriser vil risiko sædvanligvis kunne klassificeres som enten projektrelateret risiko eller som generel risiko.²⁰⁸ Projektrisici opstår i forbindelse med den måde, hvorpå entreprisen udføres eller som følge af omgivelsesmæssige forhold i og omkring byggepladsen. Det kan f.eks. være risici knyttet til tekniske problemer i forbindelse med konstruktionen, anlæg og udstyr, materialeproblemer i forhold til leverandører, jordbundsproblemer og vejrmæssige udfordringer. Generelle risici har derimod ikke direkte forbindelse til entreprisen. Disse opstår i stedet som følge af begivenheder på et samfundsmæssigt plan. Det være sig politiske beslutninger, ændringer i lovgivningen, konjunkturer, force majeure etc. Således er der tale om en inddeling af risici på et mikro- og et makroniveau.

På tværs af de to overordnede typer af risiko, vil risiko hyppigst være en af følgende ni undertyper: materiel, vejr/miljø, design, logistisk, finansiel, juridisk, politisk, opførelse eller drift.²⁰⁹

²⁰⁷ Ng og Loosemore, 2007, s. 68

²⁰⁸ IBID., s. 69

²⁰⁹ Kartam og Kartam, 2001, s. 326

Foruden risikotypen spiller sandsynlighed en central rolle ved prisfastsætningen af risiko, da denne som omtalt i kapitel 2 beregnes ved at multiplicere en handlings mulige resultater, X , med sandsynligheden for resultatet, P .

Sandsynligheden for risiko vil være forbundet med usikkerhed, idet risiko netop er sandsynligheden for, at en ikke-planlagt begivenhed indtræffer.²¹⁰

Særligt parternes opfattelse af risiko og forhold til usikkerhed har en afgørende effekt, og især vil det have betydning, hvis parterne, som det ofte er tilfældet, har en forskellig opfattelse.²¹¹

Er en af parterne risikoavers, vil der være en tendens til, at denne overvurderer sandsynligheden for risiko og dermed overprisfastsætter den. En høj sikkerhedsækvivalens vil her ikke medføre at kontrakten ikke indgås, men derimod udmåling af en kompensation, der afspejler den øgede usikkerhed. Er den ene part således risikoavers og den anden risikoneutral, bør den risikoneutral bære risikoen, idet usikkerhed for ham ikke spiller nogen rolle, hvormed dennes lave sikkerhedsækvivalens reflekteres i prisfastsættelsen.

Sandsynligheden er således behæftet med usikkerhed, hvilket medfører en ubalanceret allokering af risiko. Dette forårsager, at den ikke-risikotagende part (benævnt K ²¹²) tvinges til at betale risikotager (kaldet RT ²¹³) mere herfor end risikoenes reelle værdi,²¹⁴ dvs. svarende til værdien af risikoen ex post, beregnet ud fra den fastsatte værdi og en 'kendt' sandsynlighed, P . Dette underbygger, som ovenover angivet, at usikkerhed skaber inefficiens.

Skal en ukendt sandsynlighed prisfastsættes, vil dette ofte ske til en højere værdi, end hvad der ex post viser sig at være den faktuelle pris, for netop økonomisk at 'sikre' sig mod usikkerheden. Jo større usikkerhed, desto større vil udsigten til en fordyrende fejlprissætning derfor være.

RT vil som vederlag for hans risikopåtagelse (svarende til en ydelse) opkræve K kompensation herfor. Foretages prisfastsætningen således af parten med det dårligste kendskab til risikoenes sandsynlighed, vil risikoen overprisfastsættes. Overprisfastsætningen medfører, at kompensationen fordyres i forhold til, hvis sandsynligheden var kendt, og risikoen dermed prisfastsat korrekt. Som følge af, at K opkræves kompensationen, ender han således med at være dén, der betaler for RT 's (øgede) usikkerhed. Havde parten med størst kendskab til risikoen

²¹⁰ Adams, 1995, s. 7

²¹¹ Khazaeni et al., 2012, s. 511

²¹² K = kompensationsudbetaler

²¹³ RT = risikotager

²¹⁴ Khazaeni et al., 2012, s. 511

sandsynlighed i stedet prisfastsat risikoen, var denne prissætning sket til en lavere pris og mere i overensstemmelse med værdien ex post.

Som oftest vil tilfældet være, at én af parterne er nærmere til at kende sandsynligheden end den anden.

Ikke kun overvurdering af sandsynligheden for risiko skaber dog inefficiens. Alt for ofte sker det, at risikoen underestimeres og således allokeres til en part, der ikke har den nødvendige viden, ressourcer og kvalifikationer til at håndtere den effektivt.²¹⁵ Konsekvenserne heraf vil typisk være øgede omkostninger og forsinkelser, der medfører fordyrelser, hvilket ligesom overvurdering af sandsynlighed vil have en fordyrende effekt og en negativ påvirkning på efficiensen af risikoallokeringen.

Pålægges entreprenøren per se således risikoen som følge af, at dette er udgangspunktet i aftalevilkårene, vil risikoen for en fordyrede aftale dermed være tilstede, idet entreprenøren ikke *nødvendigvis* er den nærmeste til at kende sandsynligheden for risikoens indtræffen.

Ved prisfastsætningen af risiko indgår tilmed en vurdering af risikoens konsekvenser og disses betydning for den samlede entreprise og færdiggørelsen heraf. Konsekvenserne vil afhænge af, hvilken type risiko, der er tale om, hvormed væsentligheden af at identificere risikoen viser sig afgørende. Risikoens konsekvenser vil således følge risikotypen. Konsekvenserne i en enterprisesituation vil typisk være forsinkelse, fordyrelse, forringelse og enterprises undergang. Vil en hændelse f.eks. medføre en signifikant forsinkelse af virksomheden, der bevirker en fordyrelse af projektet, vil prisen på risikoen stige. Er konsekvenserne af mindre betydning og ikke nær så omfangsrige, vil dette have en mindre påvirkning på prisfastsætningen.

Kontrol

For at kunne kontrollere risiko er det nødvendigt at kende risikoens omfang samt have kompetencerne til at påvirke den.

Som følge af risikoens upræcise karakter, vil omfanget som oftest tilmed være behæftet med usikkerhed. En idé om omfanget kan dog opnås ved f.eks. at holde sig ajour med, hvad lignende hændelser har omfattet og bevirket.²¹⁶ Viden herom er afgørende i det henseende at forberedelse

²¹⁵ Ng og Loosemore, 2007, s. 66

²¹⁶ Kartam og Kartam, 2001, s. 331

og iværksættelse af passende og målrettede kontrolforanstaltninger muliggøres. Endvidere vil risikotypen kunne give et præj om risikoens tænkelige omfang.

Kendes omfanget helt eller delvist, vil passende foranstaltninger kunne iværksættes, hvormed risikoen bliver mere kontrollerbar.

Muligheden for at kunne kontrollere risiko afhænger endvidere af parternes muligheder for at påvirke risikoen. Påvirkningen vil hovedsagligt manifestere sig i parternes mulighed for at forbygge, således at risikoen mindskes eller helt afværges.

Forebyggende handlinger vil typisk have til formål at reducere risikoen i de tidlige stadier af en opførelse.²¹⁷ Dette skyldes, at *"risk management is most valuable at an early stage in a project"*,²¹⁸ hvorfor en så tidlig forebyggelse som muligt er at foretrække. Begrundelsen herfor antages at være, at skadens omfang, samt risikoen for eventuelle følgeskader, da minimeres.

Handlinger af denne type kunne blandt andet tænkes gennemført ved at tilvejebringe relevante undersøgelser samt rådføre sig med eksperter og fagfolk.

Også parternes adfærd vil i nogle tilfælde kunne have en betydning for risikoens sandsynlighed.

Generelt set vil det at kunne påvirke risikoen have en positiv effekt i forhold til at kende sandsynligheden for risiko, idet denne mindskes væsentligt.

Er hændelsen forårsaget af force majeure, er der tale om en risiko uden for parternes kontrol, hvormed denne ikke kan påvirkes. En sådan situation er behandlet længere nede.

Konsekvenser

Den sidste af de tre faktorer, der er af afgørende betydning i forhold til håndteringen af risiko, er håndtering konsekvenserne i tilfælde af, at risikoen indtræffer.

Primært vil konsekvenserne af risiko bestå i forsinkelse, fordyrelse, forringelse og/eller undergang. Dette kan vise sig at blive meget omkostningsfyldt for parterne, hvormed kontrol heraf spiller en afgørende rolle i forhold til den overordnede håndtering af risiko.

Håndteringen vil primært bestå i at sikre fortsat fremdrift af processen, evne skadesløsholdelse samt foretage afhjælpning. Parternes evner til at opretholde entrepriseforløbet til trods for eventuelle forsinkelser, skader m.m., vil være af afgørende betydning i forhold til at undgå at

²¹⁷ Kartam og Kartam, 2001, s. 328

²¹⁸ IBID., s. 328

entreprisen rammes af yderligere negative konsekvenser. Holdes processen således i gang, vil yderligere forsinkelser, end de af hændelsen allerede direkte påførte, f.eks. mindskes. Dette vil blandt andet have en positiv effekt på en påregnelig, nødvendig tidsfristforlængelse, der netop er en af mulighederne i forbindelse med risiko under både AB 92 og FIDIC.

En konkret måde at sikre entrepriseprocessen er gennem mitigerende tiltag, der har karakter af at være afhjælpende i forsøget på at minimere effekten af risikoen.²¹⁹ ”*When delays happens, contractors can adopt various mitigative actions to minimize the effects of the delay.*”²²⁰ Typisk vil der være tale om f.eks. at koordinere med underentreprenører, tilføre ekstra mandskab og udstyr, øge arbejdstiden samt iværksætte passende foranstaltninger.

”*Whilst some projects delay risks can be reduced through various preventive actions at early stages, the delay of progress still occurs in many projects during the construction process.*”²²¹

Derfor er netop afhjælpning et yderst anvendeligt tiltag i forsøget på at håndtere konsekvenserne af risiko. Endvidere vil afhjælpning af en hændelse være en aktiv og konkret måde at håndtere konsekvenser på. Selve afhjælpningen kan være af større eller mindre omfang, men vil alt andet lige have en positiv effekt på entreprisen, idet der skrives til handling.

Herudover er parternes adgang til ressourcer til brug for skadesløsholdelse, afgørende for, hvem der bedst kan håndtere konsekvenserne. Muligheden for udbetaling af erstatning er ligeledes en af måderne den skadelidte part kan kompenseres på, såfremt omstændighederne tillader det. Tilkendelsen af erstatning/godtgørelse sker uagtet risikotagerens økonomiske forhold. Udbetaling vil dog afhænge af dennes finansielle situation. Er risikotager således ikke i stand til at udbetale retmæssig erstatning m.m., vil dette skabe usikkerhed omkring hele entrepriseprocessen, i og med at skadelidte vil stilles i en dårlig og usikker position.

Risikoallokering ved force majeure

Force majeure udgør en speciel type af risiko, idet ingen af parterne kan påvirke sandsynligheden for at hændelsen indtræffer. I stedet kan risikoen potentielt mitigeres. Specielt i forbindelse med force majeure, vil parternes evne til at håndtere risiko derfor være af afgørende betydning.²²²

²¹⁹ Kartam og Kartam, 2001, s. 329

²²⁰ IBID., s. 330

²²¹ IBID., s. 329

²²² Ng og Loosemore, 2007, s. 70

Spørgsmålet er derfor, hvordan denne ukontrollerbare risiko fordeles på den billigste måde og dermed den mest efficiente måde.

Særligt to faktorer synes at spille ind og være afgørende for denne fordeling.

Som ovenover diskuteret er prisfastsætningen af risiko styret af sandsynligheden for dens indtræffen. Dette gør sig ligeledes gældende under force majeure, dog med den forskel, at sandsynligheden må antages at være lige ukendt for både entreprenør og bygherre, og at ingen af parterne har indflydelse på den.

Som følge af usikkerheden omkring, hvorvidt hændelsen indtræffer, vil det generelt ikke være muligt at vurdere risikoen ud fra faktorer, der ligger *forud* for begivenheden. I stedet vil det være nødvendigt at lade fordelingen afhænge af faktorer, der knytter sig til tiden post force majeure.

Overvejelserne bør således omfatte, hvem der billigst kan håndtere hændelsens konsekvenser. Håndtering vil som udgangspunkt inkludere, at få situationen under kontrol, herunder iværksætte de nødvendige procedurer, sikre nødvendigt mandskab og så fremdeles, for dermed at sikre fortsat fremdrift af processen om muligt. Afhjælpning derimod vil blandt andet tænkes at omfatte, hvem af parterne, der har de nødvendige ressourcer til at genetablere entreprisen helt eller delvist samt de direkte og indirekte følger. Afhjælpning vil endvidere indeholde de foranstaltninger, der vil være af afgørende betydning for, at entreprisen fuldføres, og at entreprisekontrakten dermed opfyldes.

Afslutningsvis bør muligheden for at forsikre sig mod force majeure tilmed inddrages. Her gælder det, som ved alle andre typer af risiko, at den part, der billigst kan tegne dækkende forsikringer, bør forestå afdækningen. Fastsættelsen af forsikringens pris, besværliggøres dog igen af den ukendte sandsynlighed, hvormed forsikringsselskaberne vil have en tendens til at overprisfastsætte forsikringen.

4.4 Ændring af risikofordelingen

Som særligt omtalt i kapitel 2 er AB 92 og FIDIC begge standardaftalevilkår, der af parterne skal vedtages – og ikke nødvendigvis i deres eksisterende form²²³ – førend de er gældende for

²²³ I AB 92 lægges der dog op til at sættet anvendes uden ændringer, modsat FIDIC hvor det er tiltænkt at parterne foretager ændringer til bestemmelserne ved at udfærdige et sæt af 'Particular Conditions'

aftaleforholdet. Dette faktum betyder, at parterne frit kan foretage ændringer til de forskellige bestemmelser, hvormed standardvilkårene anvendes som et vejledende værktøj for den endelige aftale. Ved at parterne har mulighed for at tilpasse bestemmelserne til den konkrete entreprise, opstår muligheden ligeledes for at fravige den allokering af risiko, der udgør udgangspunktet.

Konkluderes det således på baggrund af ovenstående faktorer, at entreprenøren ikke er den bedst egnede part til at bære risikoen i de situationer, hvor den er allokeret til ham, bør en ændring af risikofordelingen foretages, med henblik på at optimere aftalen. Således er der tale om, at bygherren *tilbagetager* risikoansvaret.

Som følge af at det er bygherren, der bestiller et stykke arbejde udført, er han som udgangspunkt risikoens ejer. Hvorvidt denne risiko vælges overført til entreprenøren, mod en kompensation, er bygherrens valg – et valg der primært afhænger af transaktionsomkostningerne: *”The main concern or objective of owner in allocation process, regardless of the ability of the party to manage the risk, is the cost of the risk transfer.”*²²⁴ Tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger vil have en negativ indflydelse på effciensen af aftalen jf. Coase.²²⁵

Rent omkostningsmæssigt vil det være billigere at anvende en standardkontrakt fremfor at skulle forhandle samtlige vilkår på plads fra projekt til projekt.

Foretages der ændringer til standardkontrakten, vil dette tilmed have karakter af en transaktionsomkostning, der fordyrer kontrakten. Fordyrelsen kan følge af en konkret omkostning, f.eks. juridiskbistand, men kan også ses manifesteret ved medgået tid etc.

Transaktionsomkostninger vil altid være tilstede i forbindelse med forhandlinger, men kan altså nedbringes ved blandt andet at anvende standardaftalevilkår.

I FIDIC udgøres udgangspunktet af, at bygherrens risiko *er* valgt pålagt entreprenøren, hvormed spørgsmålet for bygherren vil være, om han bør forhandle sig frem til at tage risikoen ’tilbage’, og hvad disse forhandlinger da vil koste ham.

Afgørende for beslutningen vil være størrelsen af entreprenørens (over)kompensation sammenholdt med, hvilken pris bygherren selv kan bære risikoen for, heri netop indregnet

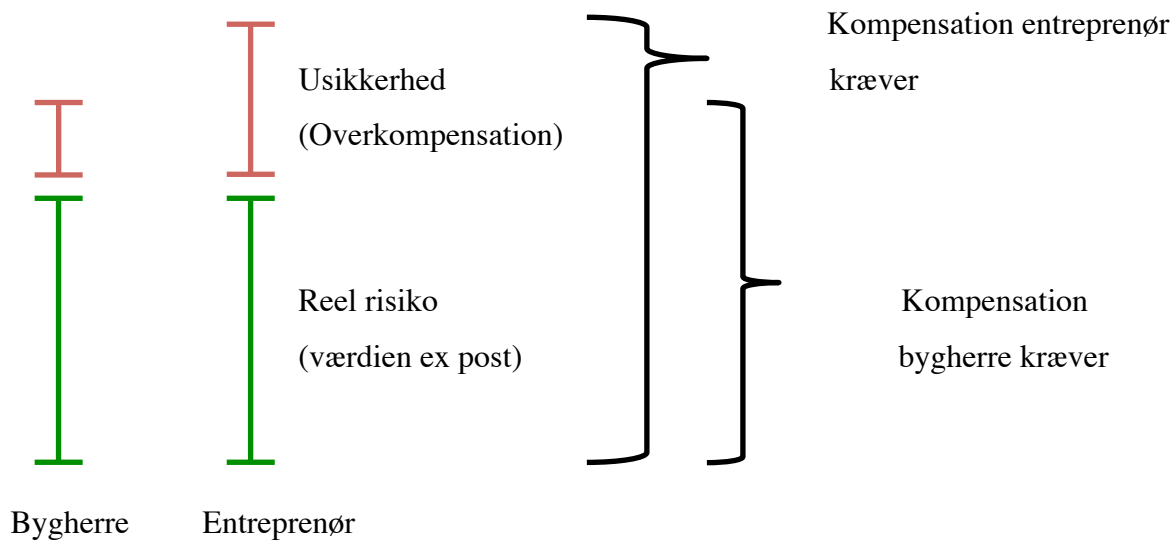
²²⁴ Khazaeni et al., 2012, s. 513

²²⁵ Eide og Stavang, 2013, s. 137

transaktionsomkostninger (udgifter i forbindelse med forhandling), administration samt andre former for relaterede udgifter.

Er omkostningerne ved at bygherren påtager sig risikoen samt værdien af hans usikkerhed lavere, end den gevinst entreprenøren opnår ved at have overprisfastsat, bør bygherren påtage sig risikoen.

Grafisk kan dette illustreres på følgende måde:



Figur 4.4: Re-allokering af risiko

Kilde: Egen tilvirkning

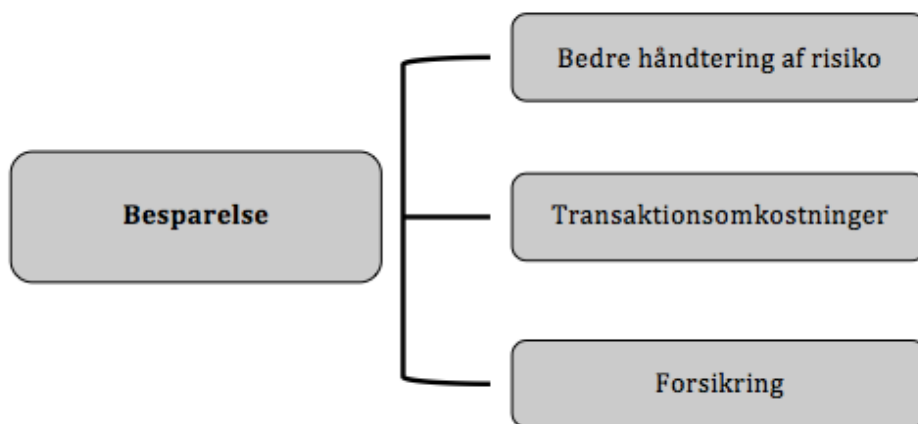
Besparelse

For at en re-allokering er aktuel, er det essentielt, at risikooverførslen resulterer i en besparelse. Besparelsen vil dog direkte afhænge af parternes evne til at foretage en korrekt prisfastsætning af risikoen, hvilket overordnet afhænger af parternes evne til at håndtere risiko, herunder kontrollere risiko og dens konsekvenser. Besparelse og håndtering er indbyrdes afhængige, i og med at den bedste håndtering af risiko i et økonomisk henseende samtidig være den billigste håndtering.

Dermed er netop evnen til at håndtere risiko, samt hvorvidt en besparelse er mulig, afgørende for, hvem der bør bære risiko, og dermed om risikofordelingen skal ændres eller ej.²²⁶

²²⁶ Khazaeni et al., 2012, s. 513

Derudover spiller yderligere to kriterier ind i forhold til at opnå den afgørende besparelse: transaktionsomkostningernes størrelse og prisen for at afdække risikoen. *Figur 4.5* giver et overblik over de afgørende faktorer for at opnå en besparelse og dennes størrelse.



Figur 4.5: Besparelse

Kilde: Frit efter Khazaeni et al.

Håndtering

Besparelser opstår primært ved, at én af parterne billigere kan bære risikoen end sin modpart.

I forhold til afhandlingens udgangspunkt, vil den konkrete besparelse således udgøre det beløb bygherren sparer ved selv at påtage sig risikoen. Som følge af, at *"A party has [...] more tendencies to bear a risk when he gains more benefit from managing it by himself"*²²⁷, skal bygherren dermed undersøge, hvorvidt han kan påtage sig risikoen billigere end entreprenøren, hvilket vil være afgørende for hans incitament til at påtage sig den.

Parternes værdiansættelse af risikoen skal ses i forhold til risikoens reelle værdi, dvs. værdien ex post.

Den part, der på baggrund af ovennævnte faktorer, håndterer risiko dårligst, vil have en tendens til at ansætte værdien af risikoen højere end hans modpart, der håndterer risiko bedre. Såfremt entreprenøren er den part, der håndterer risiko dårligst, vil hans (over)prisfastsætning overstige bygherrens. Bygherren vil dog qua kompensation, være ham, der betaler for entreprenørens dårligere håndtering af risiko, og således komme til at betale for forskellen mellem de to parter værdiansættelser.

²²⁷ Xu et al., 2010, s. 894

Bygherrens bedre håndtering af risiko vil afspejles i hans prisfastsætning. Er den billigere håndtering, tillagt transaktionsomkostninger m.m., mindre end kompensationen entreprenøren opkræver, bør risikoen pålægges bygherren, jf. *Figur 4.4*.

Besparselsen som denne re-allokering medfører, vil på *Figur 4.4* være udtrykt ved forskellen mellem søjlernes højde.

Transaktionsomkostninger

At allokere risiko fra en part til en anden, vil altid pålægge ejeren nogle omkostninger. Disse transaktionsomkostninger skal derfor medtages i den samlede beregning, førend en besparelse kan konkluderes at foreligge eller ej.

Transaktionsomkostninger kan forekomme som en direkte målbar økonomisk udgift, men kan ligeledes ses manifesteret som en medgået ikke-økonomisk faktor, der dog repræsenterer en økonomisk værdi. Af direkte målbare omkostninger kan f.eks. nævnes udgifter til juridisk arbejde nødvendig for kontraktændringerne, mens et eksempel på en ikke-økonomisk faktor typisk vil være 'tid'.

I nærværende afhandling vil de konkrete transaktionsomkostninger, såfremt en re-allokering er aktuel, bestå i at foretage ændringer til udgangspunktet om entreprenøren som risikotager i FIDIC's standardaftalevilkår. Transaktionsomkostningerne vil også omfatte udgifterne i forbindelse med undersøgelsen af, hvorvidt en re-allokering bør foretages.

Forsikring

Endvidere vil også en parts adgang til at forsikre sig kunne medføre en besparelse. Her vil det være af afgørende betydning, hvilken part, der billigst kan tegne dækkende forsikring, da parterne ligeledes vil have mulighed for at foretage ændringer i forhold til de bestemmelser, der regulerer, hvem der har tegningspligten. Visse forsikringer er dog lovpligtige for parterne, hvormed disse ikke vil være interessante i forhold til at opnå en besparelse på baggrund af valget af forsikringstager.

En re-allokering bør således foretages i de tilfælde, hvor en besparelse opstår ved at lade modparten bære risikoen. Konkret skabes besparelse som følge af en bedre håndtering af risiko og billigere afdækning heraf. I forhold til den reelle besparelse skal der dog tages højde for de transaktionsomkostninger, en omfordeling af risiko vil medføre.

4.5 Optimering af allokeringen i FIDIC

En af grundantagelserne i forbindelse med optimering er antagelsen om fuld information. Eksisterer der således f.eks. et element af usikkerhed, hvilket er tilfældet og kendetegnende i forbindelse med risiko, vil muligheden for at opnå en Pareto-optimal aftale således ikke være til stede. Denne begrænsede information påvirker parternes rationalitet. Parterne vil dog qua deres forskellige syn på risiko have en forskellig opfattelse af, hvad summen af fuld information er. Som følge heraf kan en aftale derfor godt synes Pareto-optimal for én af parterne, uden at være det for begge.

Specielt byggebranchen er kendetegnet ved en høj tilstedeværelse af risiko, hvormed imperfekte aftaler, er yderst påregnelige. Da imperfekte aftaler er meget omkostningsfulde for parterne, er det i deres største interesse at finde metoder, der kan optimere entrepriseaftalen.²²⁸

En måde hertil er at sikre, at den part, der kan håndtere risiko billigst også er den, der bærer den. Antages det, at bygherren er bedst til at håndtere risikoen, vil en re-allokering skulle foretages i forhold til udgangspunktet i FIDIC.

En sådan re-allokering af risikoen, vil medføre, at bygherren i de tilfælde, hvor han overtager risikoen fra entreprenøren, foruden risiko bliver pålagt diverse omkostninger i forbindelse hermed. Re-allokeringen vil således for bygherren betyde, at han stilles værre, hvilket han næppe forhandlingsmæssigt vil indvillige i, medmindre han kompenseres tilstrækkeligt.

Kompensationen vil være et forhandlingsspørgsmål mellem bygherren og entreprenøren. Entreprenøren vil højst udbetale en kompensation svarende til den værdi²²⁹, risikoen har for ham, dvs.:

$$\text{Kompensation}_{\text{MAX}} = \text{Risikoen værdi}_{\text{ENTREPRENØR}}$$

Som følge af, at bygherren håndterer risiko bedre end entreprenøren, vil risikoen have en højere værdi for entreprenøren end for bygherren, hvormed det vil gælde, at:

$$\text{Risikoen værdi}_{\text{ENTREPRENØR}} > \text{Risikoen værdi}_{\text{BYGHERRE}}$$

Da $\text{Risikoen værdi}_{\text{ENTREPRENØR}} = \text{Kompensation}_{\text{MAX}}$, vil det dermed gælde, at:

²²⁸ Kartam og Kartam, 2001, s. 331

²²⁹ Værdi skal her ses som den økonomiske omkostning risikoen, af parten selv, vurderes at have for ham

$$\text{Kompensation}_{\text{MAX}} > \text{Risikoens værdi}_{\text{BYGHERRE}}$$

Således vil entreprenøren altid være villig til at kompensere bygherren tilstrækkeligt, da kompensationen vil være mindre (eller lige med) end risikoens værdi for ham, hvormed han opnår en besparelse. Bygherren vil tilmed realisere en besparelse, som følge af, at han nu selv bærer risikoen og gør dette billigere end entreprenøren, hvormed han undgår at betale en overkompensation til entreprenøren, svarende til:

$$\text{Risikoens værdi}_{\text{ENTREPRENØR}} - \text{Risikoens værdi}_{\text{BYGHERRE}}$$

Re-allokeringen vil således medføre følgende besparelser for de to parter:

- Entreprenør: $\text{Kompensation}_{\text{MAX}} - \text{Risikoens værdi}_{\text{BYGHERRE}}$
- Bygherre: $\text{Risikoens værdi}_{\text{ENTREPRENØR}} - \text{Risikoens værdi}_{\text{BYGHERRE}}$

Det faktum at bygherren pålægges risikoen vil betyde, at han stilles værre, hvormed re-allokeringen ikke som udgangspunkt vil medføre en Pareto-forbedring for parterne.

Der vil dog i aftalen skabes en forbedring som følge af den besparelse, der opstår ved, at overkompensationen elimineres, eller i hvert faldt minimeres, på grund af bygherrens bedre og dermed billigere håndtering af risiko i forhold til entreprenøren og dennes værdiansættelse. Re-allokeringen medfører således, som påvist, en besparelse for begge parter, hvormed kriteriet for en Pareto-forbedring er opfyldt, idet én af parterne stilles bedre, uden at den anden stilles værre. Så længe bygherren kan håndtere risikoen bedre end entreprenøren, bør en omfordeling således finde sted.

Som følge af usikkerhed omkring risikoen, vil der ikke være tale om tilstedeværelsen af fuld information, der er afgørende for, hvorvidt en situation er Pareto-optimal.

Tilstanden efter re-allokeringen vil dog være kendetegnet ved, at begge parter er blevet stillet bedre. Opnås der en højere grad af fuld information, ved at risikoens usikkerhed mindskes, vil dette øge besparelsen. Besparelsen vil stille én af parterne bedre, men *uden* at den anden stilles værre. Dette er netop kriteriet for en Pareto-optimal situation, hvormed situationen efter re-

allokeringen må konkluderes at have karakter af en sådan. Denne konklusion underbygges endvidere af den foregående diskussion om parternes syn på summen af fuld information. Rent faktisk kan der være tale om en situation præget heraf, såfremt den pågældende part føler sig fuldt informeret.

Det må således gælde, at en kontrakt, hvor den part, der er nærmest til at håndtere risiko også er den, der bærer den, vil have karakter af at være Pareto-optimal.

Til trods for en gevinst for begge parter ved en re-allokering, er faktum stadig, at bygherren pålægges risiko. Kan gevinsten ved entreprenørens fralæggelse, kompensere bygherren fuldt ud for hans tab (risikopåleggelse), vil der være tale om en velfærdsforøgelse, hvormed re-allokeringen opfylder Kaldor-Hicks-kriteriet. Da begge parter 'vinder' ved at foretage ændringen i risikofordelingen, vil det dog ikke risikeres, at det samfundsmæssige overskud går tabt, hvis ændringen ikke gennemføres, da en ændring da altid vil gennemføres.

I forbindelse med at bære risiko, som det er tilfældet i nærværende situation, vil bygherre dog altid forlange sig kompenseret for at bære risikoen. Tabet, som efter Kaldor-Hicks-kriteriet skal kunne indeholdes i vinderens gevinst, vil derfor ikke reelt være til stede. Ved netop re-allokeringer vil der derfor i langt de fleste tilfælde være tale om, at situationen er Kaldor-Hicks efficient, da de reelle udgifter dækkes via compensation fra modparten, mens den påkrævede besparelse sikrer realiseringen af Kaldor-Hicks' påkrævede compensationselement.

Da Kaldor-Hicks-kriteriet foreskriver, at risici i et kontraktforhold skal bæres af den part, der til de laveste omkostninger kan sikre sig herimod, vil en allokering efter denne model altid maksimere det samlede overskud i kontraktforholdet.

Denne tilgang til risikoallokering vil derfor altid kunne karakteriseres som efficient.²³⁰

Nedenstående figur (*Figur 4.6*) er en grafisk illustration af, hvordan fordelingen af risiko forbedres ved at foretage ændringer.

Det gælder stadig, at arealet under *LM* repræsenterer alle inefficente allokeringer, mens punkter på kurvestykket *LM* er udtryk for efficiente løsninger.

Antages det således, at bygherren er den part, der bedst håndterer risiko, men at der til trods herfor kontraheres på baggrund af den bygherrevenlige risikofordeling i FIDIC, repræsenterer

²³⁰ Raaschou-Nielsen og Foss, 1997, s. 14

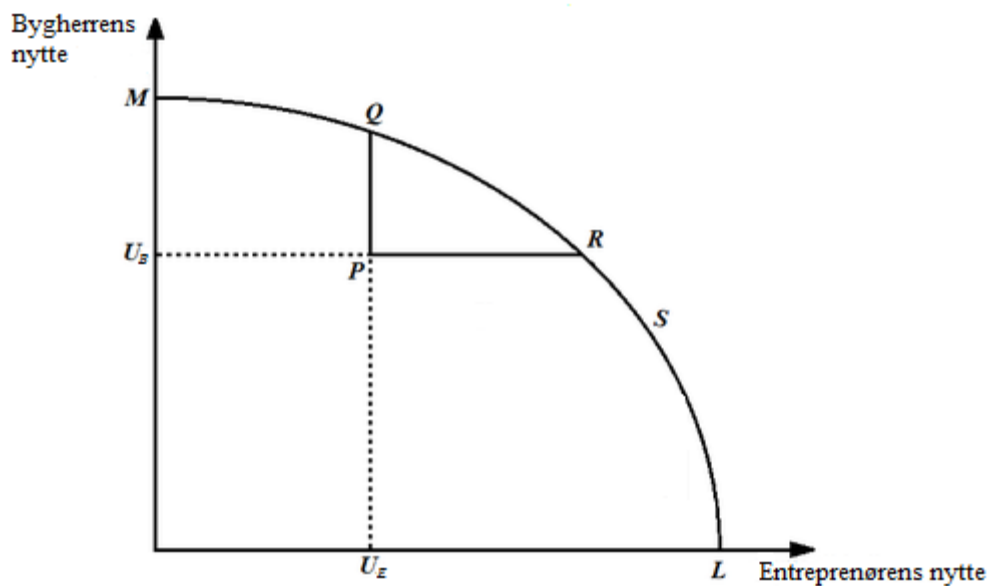
fordelingen en inefficent allokering af risiko. Grafisk vil dette placere parterne i et punkt *under* LM-kurven – lad dette punkt være *P*.

Antag nu, at parterne indgår en aftale på baggrund af FIDIC's standardaftalevilkår, men at bygherre og entreprenør har fraveget standardrisikoallokeringen, og valgt at bygherren bærer risikoen, i de tilfælde, hvor han håndterer risiko mest efficient.

Dette vil som følge af bygherrens forringelse som udgangspunkt ikke medføre en Pareto-forbedring af allokeringen, hvormed parterne ikke bevæger sig fra punktet *P* til et punkt inden for område *PQR*, der repræsenterer forbedringer. De besparelser ændringen medfører, vil dog have en positiv effekt for begge parter, hvormed en forbedring må konkluderes at være sket. En re-allokering af risikofordelingen vil således sikre, at parterne lander i området *PQR*.

Til trods for, at der er sket en forbedring, vil området *PQR* dog stadig være udtryk for en inefficent løsning, som følge af et dødvægtstab repræsenteret ved en potentiel overkompensation, forårsaget af usikkerhed. Elimineres al usikkerhed, vil en præcis prisfastsætning og dermed en nøjagtig kompensation være mulig, hvormed dødvægtstabet forsvinder. Denne situation vil medføre en efficient allokering og dermed placere fordelingen på buestykket *LM*, da alle punkter på dette linjestykke repræsenterer en Pareto-optimal løsning karakteriseret ved, at ændringer i fordelingen ikke kan stille én af parterne bedre, *uden* at den anden stilles værre. En placering på *LM* vil ligeledes kunne opnås afhængigt af parternes opfattelse af fuld information, som ovenover diskuteret.

Bygherrens påtagelse af risiko stiller ham, hvis der ses bort fra besparelsen, værre, hvilket på grafen vil være udtrykt ved, at aftalen bevæger sig væk fra punktet *P* og over til et punkt på *LM*, der *ikke* ligger på kurvestykket *QR* – fx *S*. *S* er som beskrevet en Pareto-optimal løsning i og med det ligger på buestykket *LM*. Dette ændrer dog ikke på, at bygherren ved denne flytning stilles dårligere i forhold til udgangspunktet i *P*. Punktet *S* vil dog repræsentere en samfundsmæssig efficient situation, idet der i punktet skabes et overskud, som følge af, at entreprenørens gevinst er større end bygherrens tab. Det faktum medfører, at punktet *S* opfylder kriterierne for at være Kaldor-Hicks efficient.



Figur 4.6: Den Pareto-optimale og Kaldor-Hicks efficiente allokering af risiko
 Kilde: Frit efter Eide og Stavang

4.6 Økonomisk konklusion

En efficient aftale afhænger blandt flere ting af en efficient håndtering af risiko.

Af den økonomiske analyse kan det udledes, at overordnet tre faktorer er af central betydning for at opnå en efficient håndtering af risiko. Foruden en korrekt prisfastsætning af risiko samt kontrol over risikoen, spiller også håndteringen af risikoens konsekvenser en afgørende rolle.

Korrekt prisfastsætning er primært afhængig af, at risikoen er identificeret korrekt samt at sandsynligheden for, og konsekvenserne af, risici kendes.

Evnen til at kontrollere risiko er derimod styret af, at risikoens omfang er kendt samt muligheden for at kunne påvirke risikoen. Dette er kun muligt, såfremt risikoen er identificeret korrekt. Den bedste måde at håndtere risikoens konsekvenser på, er ved at opretholde entreprisprocessen, for således at mindske følgeskader. Dette kan konkret gøres ved f.eks. at foretage afhjælpning. Derudover er det vigtigt for selve aftaleforholdet, at risikobærer kan skadesløsholde skadelidte i forbindelse med lidt tab.

Findes det i en konkret aftale på baggrund af ovenstående faktorer, at entreprenøren ikke er den bedst egnede part til at håndtere risikoen, bør en ændring af risikoallokeringen foretages, således at bygherren pålægges risikoen.

Altafgørende for, hvorvidt bygherren bør re-allokere risikoen, således at han selv påtager sig den, er transaktionsomkostningernes størrelse. Omkostningerne ved blandt andet at forhandle sig frem til en løsning, der afviger fra den i standardvilkårene fastsatte, skal således medregnes i den samlede prisfastsætning, hvormed en potential besparelse alt andet lige vil mindskes.

Den bedste håndtering af risiko vil tilmed være den billigste, idet efficiens i entreprisekontrakten måles økonomisk.

Foretages der dermed ændringer i allokering, således at den part, der bedst kan håndtere risikoen også pålægges den, vil dette medføre en besparelse, der netop er afgørende for, at en re-allokering realiseres.

Bygherrens formål med en re-allokering vil, som følge af hans opportunistiske adfærd, være at optimere risikoallokeringen for hans eget vedkommende. Foretages der dog en afbalanceret omfordeling af risikoen, vil dette som minimum medføre en Pareto-forbedring, som følge af at begge parter opnår en besparelse, hvormed ingen stilles værre som konsekvens af ændringen. Hvorvidt der er tale om, at re-allokeringen er Pareto-optimal, afhænger af parternes opfattelse af fuld information.

Til trods for parternes besparelse, stilles bygherren efter en Pareto-tankegang værre ved, at han pålægges risikoen. Entreprenøren vil dog gennem hans besparelse kunne kompensere bygherren, hvormed der vil være tale om, at allokeringen er Kaldor-Hicks efficient. Entreprenørens besparelse består i, at værdien af compensationen (han skal betale til bygherren for at bære risiko), er mindre end den værdi, risikoen har for ham. Således øges samfundets velfærd, når der gennemføres ændringer i ressourceallokeringen, jf. Vilfredo Paretos optimalitetsprincip.

Den samfundsmæssige forbedring vidner om, at den opportunistiske adfærd ikke medfører en inefficent aftale.

Dermed kan det konkluderes, at en mere ligelig fordeling af risiko, som i AB 92, eller en for én af parterne fordelagtig fordeling, som i FIDIC, ikke nødvendigvis vil skabe en efficient risikoallokering. Selvom risikofordelingen er til bygherrens fordel er det altså ikke nødvendigvis det mest efficiente for ham, da det afgørende er, hvem der billigst håndterer risiko – heri taget højde for transaktionsomkostninger. Bygherren bør således kun påtage sig risikoen, såfremt han er den bedste af de to parter til at håndtere den. Risikofordelingen behøves ikke være den samme for alle bestemmelser. Afgørende er her igen, hvilken part der bedst håndterer risiko.

Kapitel 5: Konklusion

Det faktum, at en signifikant del af spildomkostningerne i byggeindustrien skyldes en ubalanceret risikoallokering i entreprisekontrakter og risikofordelingen alt for ofte er styret af irrelevante faktorer, støttede relevansen af at foretage en analyse af den efficiente allokering.

Entrepriseretten er ulovreguleret, hvorfor retsgrundlaget udgøres af entreprisekontrakten, der primært er baseret på et sæt af standardaftalevilkår.

På baggrund af to udvalgte entreprisestandardaftalevilkår; de nationalt orienterede AB 92 og de mere internationalt fokuserede 'Conditions of Contract for Plant and Design-Build' ('Yellow Book'), udarbejdet af FIDIC, blev en komparativ analyse foretaget. Hensigten hermed var at fastlægge forskelle og ligheder i risikofordelingen, på tre udvalgte områder omhandlende risiko og ansvar, force majeure og afdækning af risiko. Analysen afkræftede hypotesen om, at risikoallokeringen i større grad var til bygherrens fordel i FIDIC end i AB 92, som følge af at både reguleringen af risiko og ansvar og force majeure i højere grad syntes at være *mere* entreprenørløst under FIDIC, end det var tilfældet i AB 92.

At hypotesen afkræftes, betød dog ikke nødvendigvis, at den var usand, blot at analysen ikke stemte overens med den.

Selvom de tre udvalgte områder fandtes *mere* bygherrevenlige i AB 92 end i FIDIC, syntes tendensen dog at være, at bygherren forsøgtes tilgodeset i FIDIC. Dette ved at entreprenøren havde omsorgspligten for arbejdet, øget risiko ved skadesløsholdelse samt var pålagt forsikringspligten.

Med risikoen lagt over på entreprenøren i en ikke uvæsentlig andel af bestemmelserne i FIDIC, undgik bygherren at skulle bære den. Til gengæld skulle bygherren kompensere entreprenøren herfor.

I afhandlingen blev det derfor undersøgt, om denne fralæggelse af risiko per se skabte mest efficiens for bygherren, eller om han burde forhandle sig frem til en løsning, hvor han selv bar risikoen.

Da en omfordeling ville være en afvigelse fra standardvilkårets udgangspunkt, måtte transaktionsomkostninger påregnes. Omkostningernes størrelse antoges således at være afgørende for, hvorvidt en re-allokering ville finde sted, idet de ville påvirke den besparelse, der

skulle kunne realiseres førend en re-allokering blev foretaget. Besparelsen ville tilmed afhænge af parternes evne til at håndtere risiko. Den bedste håndtering ville økonomisk også være ensbetydende med den billigste, hvormed den part, der bedst kunne håndtere risikoen burde bære den ud fra en efficiensbetragtning.

Korrekt prisfastsætning, kontrol af risiko og håndtering af konsekvenser fandtes at være de tre overordnede kriterier afgørende for den bedste håndtering.

Den efficiente allokering af risiko blev således ikke nødvendigvis opnået ved fralæggelsen af al risiko. I stedet var det afgørende, hvilken part der bedst kunne håndtere risiko. Bygherren burde derfor påtage sig risikoen i de tilfælde, hvor han bedst kunne håndtere denne, da dette ville øge efficiensen af risikoallokeringen som følge af den besparelse, der blev realiseret.

Ud fra et rent Pareto synspunkt, ville en re-allokering dog ikke kunne skabe en forbedring, idet risiko flyttedes fra én part til en anden. Bygherren blev således stillet værre ved at påtage sig risikoen, som konsekvens af at entreprenøren blev stillet bedre. Re-allokeringen medførte dog, at begge parter opnåede en besparelse: bygherren som følge af ikke at skulle overkompensere entreprenøren, og entreprenøren ved at kompensere bygherren mindre end den værdi risikoen havde for ham. Dermed blev ingen af parterne stillet værre som konsekvens af den anden parts forbedring. En re-allokering fandtes derfor at medføre en Pareto-forbedring. Hvorvidt allokeringen tilmed medførte Pareto-optimalitet, ville afhænge af parternes opfattelse af tilgængelig information, da fuld information var en forudsætning herfor.

Kravet om at en besparelse skulle kunne realiseres, i forbindelse med en omfordeling, sikrede, at en re-allokering ville øge efficiensen af risikoallokeringen og dermed i den samlede aftale, hvormed Kaldor-Hicks-kriteriet sås opfyldt. Entreprenørens gevinst kunne således kompensere bygherrens tab (risikopålæggelsen).

Et besparelseelement som forudsætning for en omfordeling af risiko, konkluderedes da at skabe samfundsmæssig efficiens, til trods for udgangspunktet for re-allokeringen var opportunistisk.

Således kan det konkluderes, at til trods for at FIDIC er mere entreprenørlempelig end AB 92, findes FIDIC stadig at være udarbejdet til fordel for bygherren, ved at pålægge entreprenøren risikoen. Denne risikoallokering er dog ikke nødvendigvis efficient, da afgørende herfor er den bedste håndtering af risiko. En re-allokering bør således foretages, såfremt entreprenøren under det konkrete entrepriseforhold ikke er den bedste part til at håndtere risiko.

Anvendte forkortelser

AB 92	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomheder
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
FM	Force Majeure
KfE	Kendelser om fast ejendom
T:BB	Tidsskrift for Bolig- og Byggeret
VBA	Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed

Litteraturliste

Bøger

- Adams, John. 1995. *Risk: The Policy Implications of Risk Compensation and Plural Rationalities*. London: Routledge
- Andersen, Flemming Horn, Niels W. Brorson og Holger Schøer. 2003. *FIDIC – International entrepriseret i et dansk perspektiv*. København: Gjellerup
- Brett, Jeanne M. 2014. *Negotiating Globally*. Sommerset: John Wiley & Sons, Inc. 3. edition
- Dahl, Børge. 2012. *Erhvervsjura*. København: Handelshøjskolens Forlag. 12. udgave, 1. oplag
- Eide, Erling og Endre Stavang. 2013. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappelen
- Fisk, R.E. 1997. *Construction Project Administration*. New Jersey: Prentice-Hall Inc. 5. udgave
- Hansen, Ole. 2008. *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem – modsætningsforhold eller fællesskab?* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave, 1. oplag
- Hansen, Ole. 2013. *Entrepriseretlige mellemformer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave, 1. oplag

- Hughes, Will og John Murdoch. 2001. *Roles in construction projects: Analysis & Terminology*. Birmingham: Construction Industry Publications Limited
- Hørlyck, Erik. 2009. *Entreprise*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave. 1. oplag
- Iversen, Torsten. 2004. *Formueretlige emner (side 63 – 80: Kapitel 3: Entreprise)*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 4. udgave
- Iversen, Torsten. 2009. *Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*. København: Thomson Reuters. 1. udgave, 1. oplag
- Jacks, Anthony. 2011. *Smart Skills: Negotiation*. London: Legend Business
- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi bind 2 – Virksomhedsteori og industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave
- Lando, Ole. 2009. *Kort indføring i komparativ ret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 3. udgave
- Møgelvang-Hansen et al. 2013. *Commercial Law and Economic Law in Denmark*. Alpen aan den Rijn: Wolters Kluwer
- Nielsen Ruth. 2002. *Retskilderne*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø. 2011. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Raaschou-Nielsen, Agnete og Nicolai Juul Foss. 1997. *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*. København: GadJura
- Simon, Herbert. 1992. *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Aldershot: Edward Elgar Publishing Limited
- Thompson, Leigh L. 2012. *The mind and heart of the negotiator*. Upper Saddle River: Pearson Education. 5. edition
- Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur. studiet – Julebog 2003*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Artikler

- Day, Richard H. 1988. The Economics of Bounded Rationality, Entrepreneurship and Institutional Evolution. Paper prepared for the IUI Conference on Markets for Innovation, Ownership and Control. *The Industrial Institute for Economic and Social Research*, No. 210

- Hartman, Francis og Patrick Snelgrove. 1996. Risk allocation in the lump-sum contracts – concept of latent dispute. *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 122(3): side 291 – 269
- Gordon, Christopher M. 1994. Choosing appropriate construction contracting method. *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 120(1): side 196 – 210
- Khazaeni, Garshasb, Mostafa Khanzadi og Abas Afshar. Maj 2012. Fuzzy adaptive decision making model for selection balanced risk allocation. *International Journal of Project Management*, vol. 30(4): side 511 – 522
- Kartam, Nabil A. og Saied A. Kartam. 2001. Risk and its management in the Kuwaiti construction industry: a contractor's perspective. *International Journal of Project Management*, vol. 19(6): side 325 – 335
- Ng, A. og Martin Loosemore. 2007. Risk allocation in the private provision of public infrastructure. *International Journal of Project Management*, vol. 25(1): side 66 – 76
- Macdonald, Charles C. 2001. Allocation of risk in major infrastructure projects – why do we get it so wrong. *The International Construction Law Review*, vol. 18(2): side 345 – 352
- Riis, Thomas. 1999. Retsøkonomi. Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.-20. august 1999. Del 2. – 2000, De nordiske Juristmøder, side 1145 – 1163
- Xu, Yelin., Albert P. C. Chan, John F. Y. Yeung. 2010. Developing a fuzzy risk allocation model for PPP projects in China. *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 136(8): side 894 – 903
- Ulrik, Thomas. 2003. AB 92 i hovedtræk. *INSPI*, vol. 33(12): side 16 – 21

Retskilder

- Betænkning nr. 4040 af 10. december 1992 (Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92))
- Betænkning nr. 1246 af 1993 fra Udvalget til revision af 'Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB 72)'. (AB 92-betænkning). Bygge- og Boligstyrelsen
- Cirkulæreskrivelse nr. 39 af 17. februar 1994 (Cirkulæreskrivelse om vejledende mindstegrænser for sikkerhedsstillelse efter AB92)
- EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction. March 2002. European International Contractors 2002

- FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build ('The Yellow Book') first edition 1999 – General Conditions
- FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build ('The Yellow Book') first edition 1999 – Guidance for the preparation of Particular Conditions
- Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven), lov nr. 781 af 2. august 1996 som ændret ved lov nr. 1376 af 28. December 2011
- Lov om køb (købeloven), lov nr. 140 af 17. februar 2014
- Lov om produktansvar (produktansvarsloven), lov nr. 261 af 20. marts 2007 som ændret ved lov nr. 523 af 6. juni 2007
- New York-konventionen af 10. juni 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser. Ratificeret af Danmark den 24. november 1979, jf. Bekendtgørelse nr. 24 af 17. marts 1976
- The FIDIC Contracts Guide, first edition 2000
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), vedtaget 11. april 1980. Inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 733 af 7. december 1988
- Vejledning nr. 22 af 31. januar 1994 (Vejledning om AB 92 Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i Bygge- og anlægsvirksomhed af 10.12.1992 Bygge- og Boligstyrelsen, januar 1994)

Voldgiftsavgørelser

Voldgiftskendelser afsagt af Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed (VBA)

Publiceret på Retsinfo.dk

- AFG nr. 9161 af 30. april 2002
<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=26244>
- AFG nr. 12554 af 26. september 2001
<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=26042>
- AFG nr. 19200 af 9. juni 1999
<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=4025>

Trykt i Tidsskrift for Bolig- og Byggeret (T:BB)

- C-4368, Kendelse af 21. december 2005
- C-8686, Kendelse af 18. marts 2008
- C-9898, Kendelse af 16. juni 2010