

Direkte deliktskrav i entrepriseforhold

Direct claims in Construction Law



Kandidatafhandling

Erhvervsøkonomi og jura - Cand.merc.(jur.)

Gruppenummer: 16902

Afleveringsdato: 15. Maj 2020

Antal anslag inkl. mellemrum: 223.804

Antal sider: 98,4

Gruppemedlemmer:

Ajda Rostami (101951)

Seyedeh Lawin Babataheri, (102593)

Vejledere:

Juridisk vejleder: Marie-Louise Holle

Økonomisk vejleder: Henrik Lando

Copenhagen Business School

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	5
Kapitel 1 – Indledning	6
1.1 Introduktion.....	6
1.2 Problemformulering.....	7
1.3 Synsvinkel	7
1.4 Afgrænsning.....	9
1.5 Metodeafsnit	10
1.5.1 Juridisk metodeafsnit	10
1.5.2 Økonomisk metodeafsnit	11
Kontrakters ufuldstændighed.....	12
Rationalitet	12
Pareto-optimalitet	12
Asymmetrisk information.....	12
Risikoallokering	13
Fortolkning	13
1.5.3 Integreret metodeafsnit	13
1.6 Afhandlingens opbygning	14
Kapitel 2 – Den juridiske analyse	16
2.1 Entrepriseretten i perspektiv	16
2.1.1 Entrepriseretten som juridisk disciplin	16
2.1.2 Entreprenøransvaret – et professionsansvar?.....	16
2.2 Direkte krav og ansvarsbegrænsninger indenfor entrepriseretten	17
2.2.1 Princippet om aftalers relativitet.....	17
2.2.2 Direkte krav i entrepriseretten	18
Begrebet direkte krav	18
2.2.3 Direkte krav efter øvrige obligationsretlige grundsætninger.....	19
Den traditionelle sondring mellem delikt og cession	19
Cessionssynspunktet.....	20
2.2.4 Nyere teorier indenfor direkte krav.....	21
Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar.....	21
Vibe Ulfbecks blandingsteori.....	22
2.2.5 Direkte krav efter AB 18.....	22
2.2.6 Direkte krav efter retsbrudssynspunktet	24
2.2.7 Ansvarsbegrænsninger	25
Begrebet ansvarsbegrænsninger	25
Ansvarsbegrænsningers virkning ved direkte deliktskrav.....	27
2.3 Forfatternes fortolkning af culpavurderingen	28
2.4 Culpavurderingen i retspraksis	33
2.4.1 Retsspraksis’ opfattelse af ansvarsnormen.....	34
2.4.2 Domsopsamling	44
2.4.3 Dom U.2014.2042.....	46
Betydningen af sag U.2014.2042	48
2.5. Juridisk delkonklusion.....	50
Kapitel 3 – Den økonomiske analyse	54

3.1 Introduktion til den økonomiske analyse.....	54
3.2 Entrepriseretlige kontrakter	54
3.2.1 Generelt om repriseretlige kontrakter	54
3.2.2 Ufuldstændige kontrakter	55
Ufuldstændige kontraktens karakteristika.....	55
Transaktionsomkostningens betydning for den optimale kontrakt	56
3.2.3. Den Pareto-optimale kontrakt.....	58
Det Pareto-optimale udgangspunkt	58
Fuld rationalitet	58
3.3 Symmetrisk information.....	59
3.3.1 Introduktion til ufuldstændig information	59
3.3.2 Principal-agent teorien	59
3.3.3 Incitamentsforenelige kontrakter	62
Garanti	62
Risikobestemt honorar	63
3.4 Optimal risikoallokering.....	64
3.4.1 Generelt om risikoallokering	64
3.4.2 Forsikrings betydning for risikoallokeringen i reprisekontrakten	65
Forsikringer – en allokering af risikoen	65
Det kontraktuelle set up	66
Forsikringsformer	66
Forsikrings effektivitet	68
3.4.3 Knock-for-knock klausuler	69
Generelt om Knock-for-knock klausuler.....	69
Knock-for-knock klausuler – en effektiv risikoallokering?	70
3.4.4 Himalaya-klausuler	72
Introduktion til Himalaya-klausulen.....	72
De økonomiske betydninger af Himalaya-klausuler	73
3.4.5 Betydningen af hovedentreprenørens insolvens for repriseforholdet	74
Betydning af solvens for direkte krav og ansvarsbegrænsninger	74
Betydningen af insolvens i kontraktkæden ved direkte aftaler mellem alle byggeriets parter.....	75
3.5 Fortolkning af repriseretlige kontrakter	77
3.5.1 Introduktion til ukomplette kontrakter og fortolkning af disse.....	77
3.5.2 Kontraktøkonomisk perspektiv på kontraktfortolkning	77
3.5.3 Domstolens ansvar for fortolkning.....	79
3.5.4 Fortolkning contra Knock-for-knock klausuler og Himalaya-klausuler.....	80
3.5.5 Opsamling af domstolens fortolkning.....	80
3.6 Økonomisk delkonklusion	80
Kapitel 4 – Den integrerede analyse	84
4.1 Introduktion.....	84
4.2 Vedtagelse af effektive ansvarsbegrænsninger.....	84
4.3 Revision af repriseretlige kontrakter	85
4.3.1 Kontraktens revidering	85
4.3.2 Den optimale kontrakt.....	86
Betydningen af asymmetrisk information for den optimale kontrakt	86
Betydningen af risikoallokering for den optimale kontrakt	87
Den optimale kontrakt - et værdimaksimerende udgangspunkt	90

4.4 De juridiske og økonomiske virkninger af den optimale kontrakt.....	93
4.4.1 De juridiske virkninger	94
De aftaleretlige betingelser	94
Erstatningsreglernes gyldighed	94
Fortolkning	95
Parternes retsstilling	96
4.4.2 De økonomiske virkninger.....	96
Risikoallokering	96
Incitament til agtpågivenhed	97
Transaktionsomkostninger	97
Forsikringsretlige aspekter	98
4.5 Integreret delkonklusion.....	98
Kapitel 5 – Konklusion	101
Litteraturliste	105

Abstract

This thesis scrutinizes the Danish Construction Law in order to obtain a coherent understanding of the direct claim. The Danish Construction Law entails the opportunity of filing a direct claim against one of the construction parties. A direct claim regulates the circumstances where the nearest contracting party is excluded and instead claims are rectified against the non-contracting party.

In extension of the above, the thesis examines the legal position of the parties in the contract chain, primarily the sub-contractor. The legal effects and consequences of a direct claim against the sub-contractor is that valid signed limitation of liability clauses with the main-contractor can be disregarded.

To comprehend the complex of problems, the thesis' point of departure is in a number of arbitral awards and court rulings in order to not only elucidate but also analyze how these problems are treated. Concurrently, an analysis of the legal literature has been carried out in order to emphasize the development of the negligent behavior that has provided access to direct claims.

Further, the thesis analyzes the contractual conditions from an economic perspective hence, to elucidate the challenges that may be associated with a contract.

Conclusively, based on the results this thesis will provide two proposals of efficient solutions so that the sub-contractor's limitation of the liability clause will be recognized and respected in the future.

Kapitel 1 – Indledning

1.1 Introduktion

I entrepriseforhold optræder en række aktører – disse betegnes navnlig som henholdsvis bygherre, hovedentreprenør, underentreprenør mv. Til trods for at de forskellige aktører spiller en rolle i entreprisaftalen og byggeriet, foreligger der ikke nødvendigvis en aftale mellem disse. Afhandlingen vil beskæftige sig med bygherrens erstatningskrav mod parter i byggeriet, som denne ikke har aftaler med, og dermed ikke står i et kontraktforhold til. Bygherrens krav mod medkontrahents medkontrahent kan betegnes som et direkte krav, da dette rettes udenom den nærmeste aftalepart. Det direkte krav i entrepriseforhold kan bedst forklares ved, at der foreligger en aftale mellem bygherre og hovedentreprenør, og ligeledes en aftale mellem hovedentreprenør og underentreprenør. Såfremt den i kontrakten aftalte ydelse lider af en mangel, kan bygherren rette et direkte krav, udenom den nærmeste aftalepart, og således direkte mod underentreprenøren – uagtet at der ikke foreligger en aftale mellem disse.

Men hvorfor kan bygherren have interesse i at rette et krav udenom dennes medkontrahent, og dermed overfor de øvrige parter i byggeriet? Et direkte krav kan resultere i, at indgåede klausuler og underliggende aftaler i kontraktkæden kan tilsidesættes, og dermed ikke påberåbes af underentreprenøren. De omtalte motivationsfaktorer for bygherrens direkte krav kan herunder være voldgiftsklausuler, ansvarsfraskrivelser, ansvarsbegrænsninger mv.

Da direkte krav ikke er reguleret i dansk ret anvendes i stedet agreed documents i branchen. AB 18 er blandt de standardvilkår der særligt anvendes indenfor entrepriseområdet, hvor direkte krav er reguleret, hvorfor der således ikke hersker retsusikkerhed såfremt denne er vedtaget. Afhandlingen vil tage afsæt i de situationer, hvor AB 18 ikke er vedtaget mellem parterne, og hvor der rettes et direkte krav.

Princippet om aftalers relativitet, hvorefter aftaler kun skaber pligter og rettigheder mellem de kontraherende parter, fraviges i en række tilfælde. Disse har traditionelt hjemmel i blandt andet obligationsrettens principper, AB 18 mv. Afhandlingen vil beskæftige sig med direkte krav i delikt – også kaldet retsbrudssynspunktet. Omdrejningspunktet heraf vil ligeledes være ansvarsbegrænsningers manglende virkning herved.

1.2 Problemformulering

Afhandlingen vil behandle kravene for indrømmelse af direkte deliktskrav i entrepriseforhold. Endvidere vil de kontraktuelle udfordringer, som ansvarsbegrænsningers manglende virkning medfører, som følge af direkte deliktskrav, ligeledes blive undersøgt. For at imødekomme de juridiske samt økonomiske udfordringer som direkte krav giver anledning til, vil muligheden for at vedtage effektive ansvarsbegrænsninger ligeledes blive undersøgt.

Ovenstående problemfelt vil i afhandlingen blive undersøgt ud fra tre separate problemformuleringer, som er præsenteret nedenfor.

Juridisk

Under hvilke betingelser indrømmes direkte krav efter retsbrudssynspunktet således, at gyldigt indgående ansvarsbegrænsninger mister gennemslagskraft som følge heraf?

Økonomisk

Hvilke kontraktuelle udfordringer giver indrømmelse af direkte deliktskrav anledning til, med særlig fokus på risikoallokering samt incitamenter heraf?

Integreret

Hvorledes bør de entrepriseretlige kontrakter udformes, således at disse skaber større efficiens for parterne?

1.3 Synsvinkel

Afhandlingen beskæftiger sig med kædeansvaret indenfor entrepriseretten, hvor navnlig bygherren, hovedentreprenøren og underentreprenøren opererer.¹ For at simplificere rollerne betegnes bygherren som det øverste led i kæden, hvorefter denne dækker udgifterne som afholdes i forbindelse med opførelse af entreprisen, hvoraf arbejdet udføres af hovedentreprenøren som kan uddelegere dele af eller hele arbejdet til en underentreprenør.² Parterne vil undervejs i afhandlingen blive tildelt andre titler i forbindelse med analyse af en række domstolsafgørelser samt voldgiftskendelser, hvor blandt andet underrådgivere samt totalrådgivere indgår. Underrådgivere skal i afhandlingen sidestilles med

¹ Holle og Nielsen, 2017, s. 181

² Holle og Nielsen, 2017, s. 181

³ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29 ff.

⁴ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 56

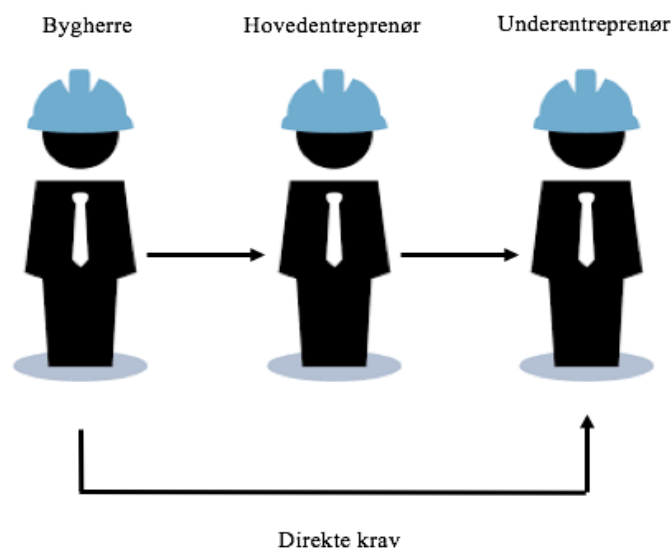
⁵ Lynge Andersen & Bo Madsen, 2017 – s. 19 ff. og Hørlyck, 2019, s. 47

underentreprenører, og totalrådgivere sidestilles med hovedentreprenører. Med andre ord skal retsforholdet behandles på samme måde.

Det kontraktuelle set up indenfor entrepriseretlige sammenhænge kan bedst karakteriseres ved, at der består et kontraktforhold mellem bygherren og hovedentreprenøren, hvorefter der ligeledes består et kontraktforhold mellem denne og underentreprenøren. I henhold til dette må bygherren betragtes som værende tredjemand i forhold til aftalen mellem hovedentreprenøren og underentreprenøren, hvorfor underentreprenøren ligeledes anses som værende tredjemand i aftaleforholdet mellem bygherren og hovedentreprenøren. I begge konstellationer kan hovedentreprenøren derfor betragtes som mellemløbet i kontraktkæden.

Afhandlingen vil beskæftige sig med bygherrens direkte krav mod underentreprenøren således, at hovedentreprenøren springes over i kontraktkæden. Endvidere vil afhandlingen særligt behandle direkte krav på et deliktsretlig grundlag, også kaldet retsbrudssynspunktet, samt dets betydning for indgåede ansvarsbegrænsninger i aftalekæden. Projektets synspunkt vedrører således i højeste grad kontraktens betydning ved direkte krav samt parternes retsstilling heraf.

Ovenstående karakterisering af byggeriets parter, samt direkte krav, kan illustreres i følgende figur:



Figur 1: Kontraktkædens parter
Kilde: Egen tilvirkning

1.4 Afgrænsning

I det følgende afsnit vil der kort blive præsenteret en række aspekter og spørgsmål, som afhandlingen vil afgrænse sig fra at behandle.

I en entrepriseretlig sammenhæng kan parterne aftale en række kontraktuelle indsigelser som kan påberåbes, såfremt der skulle opstå mangler eller skader på byggeriet. Afhandlingen vil særligt fokusere på indsigelser i form af ansvarsbegrænsninger, og vil således afgrænse sig fra øvrige underliggende klausuler, som byggeriets parter kan indgå. På trods af afgrænsningen af øvrige indsigelser, vil voldgiftsklausuler samt ansvarsfraskrivelser kort blive belyst i forbindelse med analysen af en dom, som kan få betydning for ansvarsbegrænsningers virkning ved deliktskrav, samt i forbindelse med behandlingen af kontraktens optimalitet.

Da afhandlingen vil behandle spørgsmålet om direkte deliktskrav i de tilfælde hvor de almindelige betingelser, også kaldet agreed documents, ikke er vedtaget, afgrænses der således fra disse. De omtalte betingelser som der i projektet vil blive afgrænset fra, er navnlig Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, VEJ nr. 9632 af 10/08/2018 (herefter benævnt som AB 18), Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed, VEJ nr. 9633 af 10/08/2018 (herefter benævnt som ABR 18) samt Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed, VEJ nr. 9634 af 10/08/2018 (herefter benævnt som ABT 18). Disse betingelser spiller en væsentlig rolle indenfor entrepriseforhold, da området ikke er lovreguleret, hvorfor parterne har aftalefrihed, og kan vedtage disse i forbindelse med indgåelse af entreprisekontrakter.

Den økonomiske analyse vil afgrænse sig fra at forfølge de kontraktøkonomiske virkninger af retssikkerheden, der behandles i den juridiske analyse. Fokus vil i den økonomiske analyse i stedet være på ansvarsbegrænsningers manglende virkning ved deliktskrav, og de kontraktuelle udfordringer dette giver anledning til.

Der afgrænses ligeledes sig fra at behandle produktansvarsreglerne i indeværende projekt, da afhandlingen vil behandle spørgsmålet om bygherrens direkte krav mod underentreprenøren og dets betydning for parterne ud fra et juridisk samt økonomisk perspektiv, hvorfor produktansvarsreglerne ikke vil bidrage til besvarelse af problemformuleringen.

Afhandlingen vil fokusere på bygherrens direkte krav mod underentreprenøren samt disses betydning for parterne, hvorfor der afgrænses fra at inddrage samt behandle udenforstående tredjemand i analysen.

Slutteligt afgrænses der fra at behandle spørgsmålet om prisfastsættelse i forbindelse med de entrepriseretlige kontrakter, herunder særligt hvorledes disse påvirkes som følge af kontraktens revision. Baggrunden herfor er den manglende tilgængelighed af data på området.

1.5 Metodeafsnit

I det følgende afsnit vil metoden for besvarelsen af den juridiske, økonomiske samt integrerede analyse blive præsenteret. Formålet med dette er, at belyse de teorier samt tilgange der er benyttet til at komme frem til resultaterne, og dermed hvorledes problemformuleringen er besvaret med afsæt i de tre delanalyser.

1.5.1 Juridisk metodeafsnit

Den retsdogmatiske metode anvendes til at behandle det juridiske spørgsmål i afhandlingen. Retsdogmatik er en retsvidenskab som går ud på at systematisere, beskrive, analysere og fortolke retskilder for at nå frem til de *lega lata*.³ Der findes forskellige typer af retskilder, og disse kan med udgangspunkt i Alf Ross' retsrealisme opstilles i følgende rækkefølge: regulering, retspraksis, sæd-vane og forholdets natur.⁴ Det er således nødvendigt at redegøre for retskilderne i entrepriseretten, for at fastslå hvilke forhold der gør sig gældende.

I Danmark gælder der aftalefrihed hvilket også omfatter entreprisforhold,⁵ hvorfor Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, LBK nr. 193 af 02/03/2016 (herefter benævnt som aftaleloven) finder anvendelse i forbindelse med kontraktens tilblivelse, og en eventuel tilsidesættelse som følge af aftalelovens § 36.⁶ Entrepriseområdet er ikke lovreguleret, men vedtagelse af AB 18 mellem byggeriets parter er særligt udbredt. Disse er et sæt *agreed documents*,

³ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29 ff.

⁴ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 56

⁵ Lynge Andersen & Bo Madsen, 2017 – s. 19 ff. og Hørlyck, 2019, s. 47

⁶ Lynge Andersen & Bo Madsen, 2017 – s. 201 ff.

også betegnet som standardvilkår, der frivilligt kan indgås mellem aftaleparterne.⁷ I forlængelse heraf skal det påpeges, at direkte krav ikke alene er et forhold der eksisterer på byggepladsen, men ligeledes er en del af obligationsretten.⁸ Afhandlingen vil tage afsæt i almindelige obligationsretlige grundsætninger, for at belyse adgangen til direkte krav, og parternes indbyrdes retsstilling såfremt dette indrømmes.

Retspraksis, herunder domstolsafgørelser og voldgiftskendelser, er en væsentlig del af direkte krav, og vil derfor blive anvendt for at beskrive hvorledes direkte krav samt kravene herfor, har udspillet sig i gennem tiden. I forlængelse af anvendelsen af voldgiftskendelser skal det påpeges, at grundet det forhold, at voldgiftskendelser alene offentliggøres såfremt parterne tillader det, er der begrænset offentliggørelse af disse på området. Afhandlingen vil grundet den begrænsede tilgængelighed dermed tage afsæt i de tilgængelige domme, hvorfor der tages forbehold for, at der findes andre sager på området.

God-skik-regler vil blive inddraget i afhandlingen i forbindelse med analysen af retspraksis' vurderinger ved indrømmelse af direkte krav. Her vil culpavurderingen tage udgangspunkt i professionsnormen, som blandt andet fastlægges og fortolkes ud fra god-skik-regler indenfor branchen.

Slutteligt skal det pointeres, at juridisk litteratur tillige finder anvendelse i afhandlingen, hvor forfatteres lærebøger samt videnskabelige artikler indenfor emnet vil blive inddraget, som fortolkningsbidrag.⁹

1.5.2 Økonomisk metodeafsnit

I den økonomiske analyse vil de kontraktuelle udfordringer, og kontrakternes efficiens i entrepriserelationer, blive analyseret i lyset af direkte deliktskrav. Det økonomiske spørgsmål i problemformuleringen vil derfor blive besvaret ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv med afsæt i en række teorier heraf. Da den økonomiske analyse behandles ud fra konkrete modeller og teorier, vil den deduktive metode blive anvendt i afhandlingen.¹⁰

⁷ Hørlyck, 2019, s. 18 ff.

⁸ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, 433 ff.

⁹ Tvarnø & Denta, 2015, s. 53

¹⁰ Eide & Stavang, 2008, s. 52 ff. og Knudsen, 1997, s. 307

I det følgende afsnit vil metoden ved brug af de forskellige teorier og modeller indenfor kontraktøkonomien blive præsenteret.

Kontrakters ufuldstændighed

I forbindelse med analysen af de entrepriseretlige kontrakter vil forudsætningen om kontrakters ufuldstændighed blive anvendt til at belyse, at det i almindelighed kan forekomme vanskeligt, at skrive fuldstændige kontrakter, der tager stilling til alle eventualiteter og begivenheder. I forlængelse af behandlingen af kontrakters ufuldstændighed, vil George M. Cohens synspunkt omkring ufuldstændige kontrakter blive inddraget, da han blandt andet beskriver, at ingen kontrakter i den virkelige verden er fuldstændige.¹¹ Teorien anvendes således til at belyse de udfordringer der opstår ved indgåelse af fuldstændige kontrakter.

Rationalitet

I den økonomiske analyse vil teorien om fuld rationalitet blive anvendt, hvorefter der gøres en antagelse gældende om, at individet handler rationelt. Teorien tilsigter, at individer træffer de beslutninger der fremmer samt gavner disse og som er nyttemaksimerende. Teorien vil således blive anvendt med henblik på at belyse, om byggeriets parter er rationelle ved indgåelse af kontrakter.

Pareto-optimalitet

Med afsæt i teorien om kontrakters ufuldstændighed i den økonomiske analyse, anvendes i forlængelse heraf teorien om Pareto-optimalitet. Det belyses herudfra, at trods forudsætningen om, at kontrakter er ufuldstændige, må disse alligevel anses som Pareto-optimale i aftalemomentet, da disse bliver indgået på baggrund af parternes ønsker og behov ved indgåelsen.¹²

Asymmetrisk information

Teorien om asymmetrisk information bliver ligeledes anvendt i den økonomiske analyse hvor formålet er, at belyse i hvilket omfang der hersker informationsasymmetri indenfor entrepriseforhold. I

¹¹ Cohen, 1999, s. 80 ff.

¹² Eide & Stavang, 2008, s. 285

analysen heraf vil principal-agent teorien samt incitamentsteori også blive inddraget med henblik på, at undersøge hvordan udfordringen omkring asymmetrisk information kan afhjælpes.

Risikoallokering

Teorien om risikoallokering er central at inddrage, da den har en betydelig rolle for forståelsen af de entrepriseretlige kontraktors efficiens. Den økonomiske analyse af risikoallokeringen vil herunder tage afsæt i blandt andet forsikringsretlige elementer, Knock-for-knock klausuler samt Himalaya-klausuler. Formålet med dette er, at belyse risikoallokeringen i de entrepriseretlige kontrakter ud fra en række forskellige aspekter, for derved at kunne vurdere disses efficiens.

Fortolkning

I den økonomiske analyse vil teorien omkring fortolkning af kontrakter slutteligt blive anvendt. Analysen tager udgangspunkt i fortolkning af kontrakter ud fra et kontraktøkonomisk udgangspunkt, hvorefter det vil blive undersøgt hvilken økonomisk betydning fortolkning har for de entrepriseretlige kontrakter, samt hvorvidt fortolkning fremmer eller er til ugunst for de kontraherende parter.

1.5.3 Integreret metodeafsnit

Den integrerede analyse i afhandlingen vil fokusere på at undersøge, hvorledes kontrakter bør udformes som følge af direkte deliktskrav. Analysen skal således betragtes som en selvstændig analyse, der hviler på en retsøkonomisk analyse.

Den integrerede analyse vil blive behandlet ud fra en retsøkonomisk vinkel, hvorefter det vil blive undersøgt hvorledes kontrakter bør udformes, med afsæt i de virkninger der vil blive fremhævet i den juridiske samt økonomiske analyse, for herved at opnå ønsket om ansvarsbegrænsningers gennemslagskraft i aftalekæden. Afhandlingen vil ligeledes belyse hvilken indflydelse den reviderede kontrakt vil have på parterne samt kontrakterne indenfor entrepriseområdet, med afsæt i et juridisk samt økonomisk perspektiv heraf.

1.6 Afhandlingens opbygning

Formålet med indeværende afsnit er, at overskueliggøre afhandlingens opbygning. I det følgende vil det i grove træk blive beskrevet hvad de forskellige kapitler indeholder.

Kapitel 1 danner fundamentet for afhandlingen, hvor problemformuleringen, metodeafsnit, synsvinkel, afgrænsning, mv. fremgår. Formålet med kapitlet er med andre ord, at skabe overblik over afhandlingens opbygning.

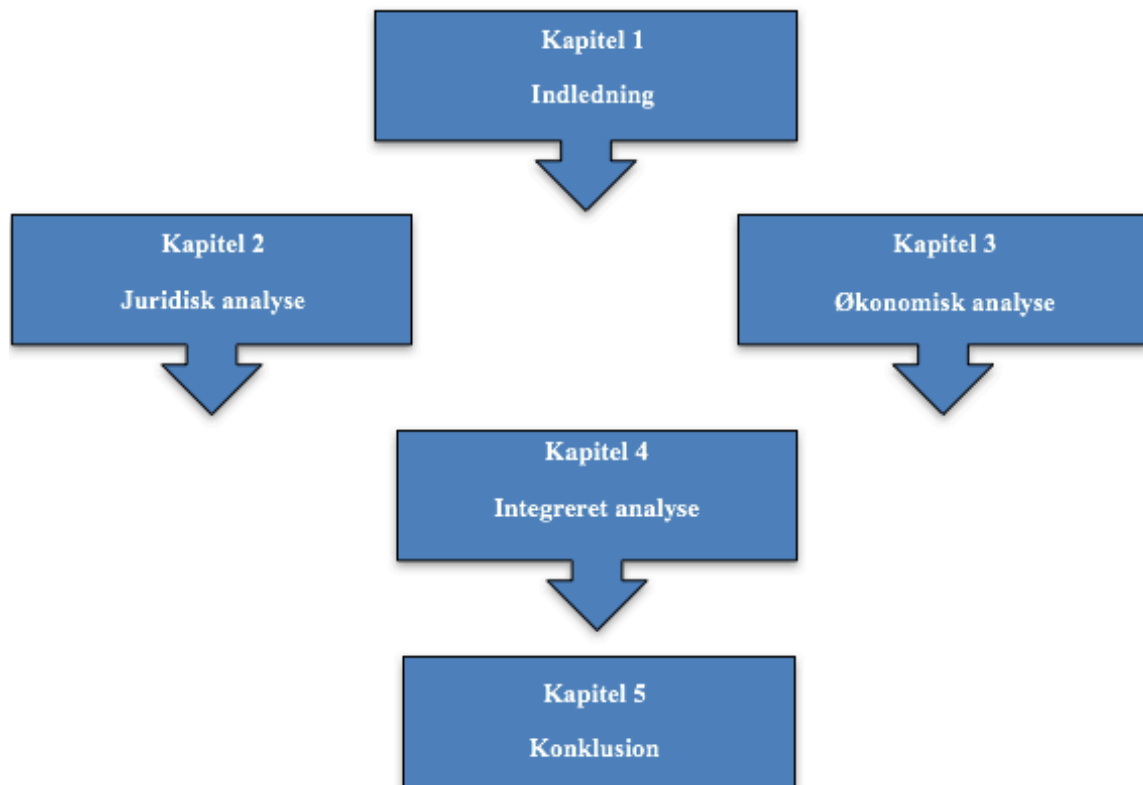
Kapitel 2 indeholder den juridiske analyse, hvor det juridiske spørgsmål i problemformuleringen vil blive besvaret med afsæt i den retsdogmatiske metode. Herefter vil kravene for indrømmelse af direkte krav fremgå.

I afhandlingens kapitel 3 vil den økonomiske analyse fremgå, hvor det økonomiske spørgsmål i problemformuleringen, vedrørende de kontraktuelle udfordringer indenfor entrepriseforhold, vil blive behandlet. Dette vil blive besvaret ved brug af diverse teorier indenfor kontraktøkonomien.

Kapitel 4 omfatter den integrerede analyse, hvor resultaterne fra den juridiske og økonomiske analyse vedrørende direkte krav vil blive præsenteret. Den integrerede analyse skal betragtes som en særskilt analyse, på trods af, at denne behandler samspillet mellem det juridiske og økonomiske. Med afsæt heri vil forfatterne komme med et bud på hvorledes udfordringerne kan imødekommes.

I kapitel 5 fremgår afhandlingens konklusion af de tre særskilte analyser, og dermed besvarelse af problemformuleringen i form af de tre selvstændige spørgsmål. Projektets afsluttende kapitel skal ikke betragtes som et teoretisk kapitel, men derimod blot en oversigt over anvendte kildefortegnelser samt litteraturoversigt.

Projektets opbygning er grafisk illustreret nedenfor:



Figur 2: Afhandlingens opbygning
Kilde: Egen tilvirkning

Kapitel 2 – Den juridiske analyse

2.1 Entrepriseretten i perspektiv

2.1.1 Entrepriseretten som juridisk disciplin

En entreprise kan defineres som et særligt obligationsretligt aftaleforhold, og hører hjemme i obligationsretten.¹³ I aftalekæden bliver der indgået aftaler mellem byggeriets parter, med henblik på opførelse af bygge- og anlægsarbejde.¹⁴ I forbindelse med opførelsen af bygge- og anlægsarbejdet, vil parterne indgå entrepriseaftaler som regulerer forholdet. Disse karakterises som langvarige kontraktforhold, hvilket kræver grundige kontrakter, som danner gennemsigtighed af rettigheder og pligter for aftaleparterne.¹⁵

Som det blev fremhævet i afsnit 1.5.1 er parternes pligter og rettigheder indenfor entrepriseområdet ikke reguleret i lovgivningen, hvorfor disse i vis udstrækning har aftalefrihed. Da der ikke findes lovgivning inden for området, anvendes oftest de omtalte kontraktvilkår indenfor branchen, navnlig AB 18.¹⁶ Såfremt parterne ikke aftaler kontraktvilkår i kontrakten, vil de almindelige formueretlige principper regulere disses pligter og rettigheder.¹⁷ De omtalte kontraktvilkår samt formueretlige principper vil blive yderligere behandlet senere i afhandlingen.

2.1.2 Entreprenøransvaret – et professionsansvar?

Ved beskæftigelse med direkte krav indenfor entrepriseretten vil det være oplagt at belyse professionsansvaret, da dette har en betydning for culpavurderingen, som den juridiske problemformulering tager udgangspunkt i. I den forbindelse vil det derfor være nærliggende at undersøge, hvilke kendetegn der er ved professionsansvaret. Der er tale om et professionsansvar i de tilfælde, hvor der vol-des skade af en fagperson, der har en specifik faglig uddannelse, og der sker en skade i forbindelse med, at denne har handlet indenfor sit hverv.¹⁸ Indenfor erstatningsretten foreligger der professions-

¹³ Iversen, 2016, s. 28

¹⁴ Hørlyck, 2019, s. 57+46

¹⁵ Hørlyck, 2019 s. 46

¹⁶ Hørlyck, 2019, s. 46 ff.

¹⁷ Hørlyck, 2019, s. 46 ff.

¹⁸ Eyben & Isager, 2015 s. 120 ff.

ansvar, såfremt der er tale om en branche eller fagområde, hvor der synes at være normer for, hvorledes ydelsen skal udføres eller leveres.¹⁹

Vurderingen af den culpøse handling efter professionsansvaret vil ske ud fra en professionsmålestok. Der gælder efter erstatningsretten, at der pålægges et strengere culpaansvar, såfremt der er tale om et professionsansvar.²⁰ Den professionelle vil derfor ikke blive bedømt efter den traditionelle culpavurdering, samt hvorledes den ansvarlige og fornuftige person burde have handlet, men derimod efter hvordan en fagperson indenfor området ville have handlet.²¹ For uddybning heraf, henvises til Eyben & Isager, 2015, s. 119-123.

På trods af ovenstående fremstilling, falder entreprenøransvaret ikke under det klassiske professionsansvar, da der er en klar sondring mellem disse som skyldes, at entreprenørens ydelse basalt set er anderledes. Dette skyldes, at der ikke er tale om en intellektuel indsats, med derimod en håndværks ydelse.²² For nærmere fremstilling af entreprenøransvaret henvises til Ulfbeck, 2010, s. 141 ff.

2.2 Direkte krav og ansvarsbegrænsninger indenfor entrepriseretten

2.2.1 Princippet om aftalers relativitet

Det gælder efter dansk ret, at aftaler kun har retsvirkning overfor de parter der har indgået den. Denne grundsætning betegnes som relativitetsprincippet eller princippet om aftalers relativitet.²³ Efter relativitetsprincippet stilles der krav om lovhjemmel, såfremt en tredjepart ønsker at støtte ret på en aftale indgået mellem to kontrahenter. Med andre ord danner aftalen mellem de to kontrahenter det overordnede faktum, hvor aftalen som udgangspunkt ikke skaber retsvirkning overfor en tredjepart, medmindre der udspringer et retsgrundlag, som tildeler denne retsvirkning.²⁴

¹⁹ Eyben & Isager, 2015, s. 119 ff.

²⁰ Eyben & Isager, 2015, s. 120 ff.

²¹ Eyben & Isager, 2015, s. 120 ff.

²² Ulfbeck, 2010, s. 141

²³ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 434 og Holle & Nielsen, 2017, s. 183

²⁴ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 434

Relativitetsprincippet omfang blev blandt andet diskuteret i dom TBB1998.16 V, hvor direkte krav blev afvist med henvisning til princippet om aftalers relativitet.²⁵

Til trods for det altovervejende udgangspunkt om, at aftaler kun har virkning overfor de parter der har indgået dem, er dette modificeret ved direkte krav, som afhandlingen beskæftiger sig med. Der er en lang række måder hvorpå direkte krav kan indrømmes, og hvor relativitetsprincippet fraviges.²⁶

2.2.2 Direkte krav i entrepriseretten

Begrebet direkte krav

Som nævnt i foregående afsnit, er direkte krav en modifikation af relativitetsprincippet, hvorefter kontrakter kun har virkning overfor de parter der har indgået dem.²⁷ Direkte krav, også kaldet springende regres, defineres som krav mod medkontrahentens medkontrahent i aftalekæden.²⁸ Det omtales dermed som den situation, hvor en ydelse ikke opfylder kravene der er stillet, hvorefter der bliver rejst et krav fra en person, som ikke er part i aftaleforholdet.²⁹ Direkte krav må derfor synes at være en forkastelse af princippet om aftalers relativitet.

Der kan stilles spørgsmål ved, hvorfor bygherren ønsker at rette et krav direkte mod underentreprenøren, og ikke blot retter et krav indenfor kontrakt mod sin nærmeste aftalepart. Erstatningsrettens klare formål er, at skadevolder skal holdes ansvarlig for de skader denne har påført skadelidte.³⁰ I praksis er det set at en bygherre har betydelig interesse i, at rette et direkte krav mod sin medkontrahents medkontrahent. Det er typisk i situationer, hvor medkontrahenten ikke er betalingsdygtig eller i værste fald er gået konkurs. I sådanne tilfælde vil det være fordelagtigt for bygherren at springe medkontrahenten over, og rette et krav direkte mod medkontrahentens medkontrahent.³¹

²⁵ I sagen blev spørgsmålet om en arkitekts ret til, at fremsætte krav om honorar mod sin medkontrahents medkontrakt behandlet. I sagen blev denne ikke indrømmet et krav mod medkontrahentens nærmeste aftalepart, til trods for at denne havde leveret ydelsen som fremgik af aftalen. Dette blev begrundet i princippet om aftalers relativitet. Med henvisning til Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 434.

²⁶ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 436

²⁷ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 433 ff.

²⁸ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 433

²⁹ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 433

³⁰ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

³¹ Hørlyck, 2019, s. 139

Forfatter Vibe Ulfbeck sætter spørgsmålstegn ved begrebet springende regres.³² I sin diskussion heraf udtrykker hun, at det ikke synes at være retvisende, fordi regres generelt omfatter situationer, hvor der kræves tilbagebetaling for udlæg. Begrebet bliver i obligationsretten anvendt i situationer, hvor der bliver sprunget et led over, altså det led som der i realiteten bør rettes et krav i mod, da denne er den nærmeste aftalepart.³³ Forfatterne i afhandlingen er enige med Ulfbecks diskussion og fremstillingen af begrebet, da det vurderes at være misvisende.

På baggrund af ovenstående fremstilling af betegnelsen direkte krav, vil det nærliggende spørgsmål herefter være, hvordan dette tildeles? Størstedelen af reglerne for direkte krav er ikke lovfæstet i dansk ret. Der er dog en række områder, hvor der gives hjemmel hertil, herunder bl.a. ved tredjemandsrelationer og forsikring.³⁴ Det skal ligeledes påpeges, at direkte krav har hjemmel i de obligationsretlige grundsætninger.³⁵ Slutteligt skal det fremhæves, at direkte krav tillige kan begrundes efter AB 18, såfremt denne er vedtaget mellem parterne³⁶.

Afhandlingen vil behandle det deliktsretlige grundlag for at rette et direkte krav, som navnlig betegnes som retsbrudssynspunktet samt betingelserne herfor. I det følgende afsnit vil en række af de centrale teorier indenfor litteraturen, der ligeledes kan begrunde direkte krav, kort blive inddraget med henblik på at sætte disse i perspektiv i henhold til retsbrudssynspunktet. En del af disse er hjemlet i obligationsrettens almindelige principper, hvorimod andre er fremlagt af forfattere indenfor litteraturen. Afhandlingen vil ligeledes kort belyse direkte krav indrømmet efter AB 18, da disse standardvilkår spiller en væsentlig rolle indenfor entrepriseretten.

2.2.3 Direkte krav efter øvrige obligationsretlige grundsætninger

Den traditionelle sondring mellem delikt og cession

Som nævnt i foregående afsnit, har direkte krav blandt andet hjemmel i de almindelige obligationsretlige grundsætninger. Herefter kan der traditionelt tildeles direkte krav efter deliktssynspunktet samt cessionssynspunktet, som skaber retsgrundlag efter deliktsreglerne samt reglerne om erstat-

³² Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 433, med henvisning til Ulfbeck, 2000, s. 139

³³ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 433, med henvisning til Ulfbeck 2000, s. 139

³⁴ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 435

³⁵ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, 433 ff.

³⁶ Hørlyck, 2019, s. 139 ff.

ning i kontrakt.³⁷ Det nærliggende spørgsmål vil herefter være hvorfor der sondres mellem krav i delikt og kontrakt, samt hvilken betydning dette har for kravet? Marie-Louise Holle og Ruth Nielsen beskriver sondringen mellem erstatning i og udenfor kontrakt som værende central, da kædeansvaret viderebygger hæftelsesansvaret. Dette begrundes af forfatterne med, at hæftelsesansvaret indenfor kontrakt rækker en del længere end det gør i delikt.³⁸

Cessionssynspunktet

Cessionssynspunktet, subrogationstilfældet samt indtrædelsessynspunktet dækker alle over samme situation og betragtes som et af de grundlag, der traditionelt indenfor litteraturen begrundes direkte krav.³⁹ Situationen er karakteriseret ved, at en bygherre indtræder i hovedentreprenørens krav mod underentreprenøren.⁴⁰ Dette forekommer ved, at underentreprenøren ved sin aftale med hovedentreprenøren samtidig giver et uegentligt tredjemandsløfte til bygherren i tilfælde af, at ydelsen overdrages til denne.⁴¹ For nærmere fremstilling heraf henvises til Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 437 ff. Ansvarsgrundlaget udspringer af de samme regler som ved overdragelse af simple fordringer, hvorfor erhververen ikke opnår bedre ret end overdrageren, jf. Bekendtgørelse af lov om gældsbreve, LBK nr. 333 af 31/03/2014 (gældsbrevsloven) § 27.⁴²

Det oplagte spørgsmål vil herefter være, hvorledes cessionssynspunktet forholder sig til ansvarsbegrænsninger, samt hvorvidt dette er mere fordelagtigt for parterne at påberåbe sig kontra retsbrudssynspunktet? Det gælder efter synspunktet, at fordi der er tale om et afledet krav, forekommer der således ingen indskrænkninger eller udvidelser i parternes retsstilling, hvorfor det er uden betydning, hvem der retter kravet. Modsat retsbrudssynspunktet, følger de kontraktuelle indsigelser med.⁴³ Med andre ord vil et direkte krav på baggrund synspunktet, ikke indskrænke underentreprenørens ret til at påberåbe sig ansvarsbegrænsninger. Disse begrænsninger er med til, at indtrædelsessynspunktet må anses for mindre fordelagtig for den nye erhverver, da kravet bliver udmålt i overensstemmelse med skadevolders ansvarsbegrænsninger uden nærmere hensyn til skadelidtes reelle tab.

³⁷ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 434+440 og Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4

³⁸ Holle & Nielsen, 2017, s. 182

³⁹ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 437 ff.

⁴⁰ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 441

⁴¹ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 337

⁴² Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 437

⁴³ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 442

Berigelsessynspunktet

Endvidere kan direkte krav tildeles på baggrund af det obligationsretlige princip, restitutionsskænkningen også kaldet berigelsessynspunktet.⁴⁴ Berigelsessynspunktet er et af de retsgrundlag, som kort vil blive inddraget i analysen, for at sammenholde et direkte krav tildelt på baggrund heraf med retsbrudssynspunktet. Der gælder efter berigelsessynspunktet *eller* restitutionsskænkningen⁴⁵, at såfremt direkte krav ikke tildeles en bygherre i de situationer, hvor en underentreprenør har udvist en skadevoldende adfærd, vil underentreprenøren opnå berigelse ved, at der ikke rejses et krav mod denne.⁴⁶

Berigelsessynspunktet udgør ifølge forfatterne Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky ikke en individuel hjemmel, men bør ud fra ovenstående situation tale for, at et direkte krav bliver indrømmet bygherren. Dette skal ske ved, at denne tiltræder i hovedentreprenørens krav mod underentreprenøren, på samme vis som tiltrædelsessynspunktet, dog uden samme aftaleindgåelse som der kræves ved det kontraktuelle retsgrundlag.⁴⁷ For nærmere fremstilling af synspunktet henvises til Ulfbeck, 2000, s. 175-176.

I henhold til spørgsmålet om ansvarsbegrænsningers virkning, forholder berigelsesskænkningen sig ikke eksplicit til dette, og hvorvidt disse skal respekteres ved et eventuelt direkte krav. Dog må det lægges til grund, at såfremt bygherren indtræder i kravet, vil det på baggrund af ovenstående forhold tale for, at ansvarsbegrænsninger og øvrige indsigelser vil få retsvirkning i lighed med cessionssynspunktet.

2.2.4 Nyere teorier indenfor direkte krav

Det kontraktsafhængige retsbrudsansvar

I nyere tid er der opstået en række teorier som behandler det direkte krav, og som gør op med delikts- samt cessionssynspunktet. En af disse teorier betegnes under det kontraktsafhængige retsbrudsansvar, som er præsenteret af forfatterne Søren Borup Nørgaard og Per Vestergaard.⁴⁸ Teorien svæver mellem kontrakts- og deliktsreglerne, og dermed udfordrer det traditionelle retsbrudssyns-

⁴⁴ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 439 ff. og Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4

⁴⁵ Borup Nørgaard & Vestergaard Pedersen, U.1995B.385 s. 4

⁴⁶ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 439

⁴⁷ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, 439

⁴⁸ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4 og Borup Nørgaard & Vestergaard Pedersen, U.1995B.385, s. 4

punkt og indtrædelsessynspunkt. I deres teori fremhæver forfatterne, at det kontraktsafhængige retsbrudsansvar udfolder sig således, at bygherrens retsstilling i forbindelse med direkte krav minder om den samme som i aftalt cession. Det skal dog bemærkes, at bygherrens krav – i modsætning til indtrædelsessynspunktet – ikke altid er begrænset til de kontraktbestemte ansvarsbegrænsninger.⁴⁹ Tankegangen bag teorien må synes at komme til udtryk i afgørelsen af dom U.2014.2042, som vil blive yderligere behandlet i afsnit 2.4.3.

Vibe Ulfbecks blandingsteori

Ulfbecks blandingsteori er ligeledes en af de nye teorier der er fremstillet indenfor litteraturen og som behandler det direkte krav.⁵⁰ Ud fra Ulfbecks blandingsteori skal ansvarsgrundlaget indeholde en blanding af det kontraktuelle og deliktuelle retsgrundlag, da ansvaret ofte bærer præg af begge former.⁵¹ Ifølge Ulfbeck bør ansvarsbegrænsninger gennemgå en rimlighedsvurdering således, at de er tilpasset den nye situation, hvor direkte krav er blevet tildelt.⁵²

Det er omdiskuteret hvorvidt dette opgør med systemtænkningen har haft en betydelig gennemslagskraft i retspraksis.⁵³ Et eksempel hvorpå blandingsteorien har været savnet er sag TBB2014.531, som vil blive analyseret senere i afhandlingen. Såfremt voldgiftsretten i den pågældende sag havde taget udgangspunkt i Ulfbecks fremstilling, ville underrådgiverens erstatningsansvar ud fra en rimelighedsvurdering næppe have ført til samme resultat.

2.2.5 Direkte krav efter AB 18

Det er vigtigt at pointere, at afhandlingen beskæftiger sig med direkte krav begrundet i retsbrudstilfældet, som har hjemmel i de almindelige obligationsretlige principper. Til trods for dette vil det være nærliggende at fremhæve sammenspillet mellem disse og AB 18 for at undersøge, om direkte krav efter AB 18 vil føre til samme resultat som principperne.

Som nævnt i den juridiske metode, findes der ikke lovgivning indenfor entrepriseområdet, hvorfor der i stedet kan anvendes en række standardvilkår, som frivilligt kan vedtages mellem parterne.⁵⁴

⁴⁹ Borup Nørgaard & Vestergaard Pedersen, U1995B.385

⁵⁰ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4

⁵¹ Bryde Andersen, U.2001B.119, s. 10

⁵² Bryde Andersen, U.2001B.119, s. 11

⁵³ Bryde Andersen, U.2001B.119, s. 18 ff.

⁵⁴ Hørlyck, 2019, s. 46 ff.

Da der er aftalefrihed på området, kan der forekomme tilfælde, hvor AB 18 ikke er vedtaget, hvilket kan skabe usikkerhed omkring parternes pligter og rettigheder. I sådanne tilfælde vil de almindelige obligationsretlige principper finde anvendelse.⁵⁵

På en række områder fraviger standardvilkårene de almindelige obligationsretlige principper indenfor branchen.⁵⁶ Disse standardvilkår er overordnet baseret på de almindelige principper indenfor obligationsretten, og de er således implementeret i AB 18.⁵⁷ I forbindelse med mangler og mangelskrav i entreprisforhold, er AB 18 i overvejende grad forenelig med de almindelige regler. Disse finder således anvendelse, såfremt denne ikke er vedtaget.⁵⁸ Spørgsmålet vil herefter være, om et deliktskrav efter henholdsvis AB 18 samt de obligationsretlige principper, vil føre til samme resultat?

Reglerne om mangelskrav i AB 18 er reguleret af § 8, stk. 4 og 5, hvorefter bygherren er berettiget til at gøre et direkte krav gældende mod underentreprenøren, såfremt det vil være vanskeligt for denne, at rette kravet mod hovedentreprenøren. For at bygherre kan springe *sin* nærmeste aftalepart over og rette krav i mod aftalepartens medkontrahent, skal denne ud fra bestemmelsen, imødekomme de ansvarsbegrænsninger der er blevet indgået mellem dem.⁵⁹ Dette modificeres ved grov uagtsomhed og forsæt således, at den misligholdende part som der rettes et direkte krav mod, ikke kan påberåbe sig de indgåede ansvarsbegrænsninger med den oprindelige kontraktpart.⁶⁰

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at såfremt AB 18 er vedtaget mellem parterne, synes der at foreligge samme krav herfor, som nogle af forfatterne indenfor litteraturen samt retspraksis stiller, hvorfor et krav begrundet efter AB 18, formodes at føre til samme resultat, som et krav begrundet efter obligationsrettens principper.

Det skal afslutningsvis påpeges, at der er en formodning om, at retspraksis – i de tilfælde hvor AB 18 ikke er vedtaget – alligevel vil afgøre tvisten på baggrund af AB 18 eller i givet fald vil lade sig

⁵⁵ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 82

⁵⁶ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 82

⁵⁷ Hørlyck, 2019, s. 44

⁵⁸ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 82

⁵⁹ Hørlyck, 2019, s. 140+144

⁶⁰ Hørlyck, 2019, s. 144

inspirere af AB-reglerne, da disse er anvendt indenfor området, og må syntes at være afbalanceret i henhold til entrepriseretlige spørgsmål.

2.2.6 Direkte krav efter retsbrudssynspunktet

I afsnit 2.2.1 blev relativitetsprincippet fremstillet, og heri blev der fremhævet en række modifikationer som kunne udløse et direkte krav. Afhandlingen vil, som tidligere nævnt, beskæftige sig med et direkte krav indrømmet på baggrund af retsbrudssynspunktet. Retsbrudstilfældet eller retsbrudssynspunktet kan betragtes som en forlængelse af de almindelige obligationsretlige bestemmelser om erstatning i delikt.⁶¹ Med andre ord forstås, at såfremt der indrømmes direkte krav begrundet i retsbrudstilfældet, vil der navnlig være tale om erstatning udenfor kontrakt.⁶²

Et direkte krav begrundet i retsbrudstilfældet forudsætter, at der foreligger en retsstridig handling.⁶³ Det oplagte spørgsmål vil herefter være, hvornår der foreligger en retsstridig handling, som kan begrunde et krav? Der synes ikke at kunne sættes to streger under hvornår der foreligger en retsstridig handling, herunder hvilken grad af culpa retten bedømmer dette efter. Det skal ligeledes påpeges, at forfatterne indenfor litteraturen, har forskellige holdninger hertil.⁶⁴ Dette vil blive yderligere behandlet senere i afhandlingen.

I forbindelse med behandlingen af direkte krav efter retsbrudssynspunktet, er det centralt at inddrage ansvarsbegrænsninger, samt hvorledes disse påvirkes af et eventuelt krav. Forskellen mellem direkte krav begrundet i eller udenfor kontrakt, har betydning for hvorvidt ansvarsbegrænsninger skal respekteres.⁶⁵ I det følgende afsnit vil ansvarsbegrænsninger bliver uddybet, samt hvorledes disse påvirkes af et direkte deliktskrav.

⁶¹ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 436

⁶² Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, 443

⁶³ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, 443

⁶⁴ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 443 ff.

⁶⁵ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 440

2.2.7 Ansvarsbegrænsninger

Begrebet ansvarsbegrænsninger

Aftalefrihed i dansk ret giver parterne adgang til, at kontraktregulere aftalevilkår.⁶⁶ Spørgsmålet er derfor hvorledes aftalers bestemmelser får retsvirkning ved mangler eller skader? Det gælder som udgangspunkt ved de almindelige obligationsretlige regler, at såfremt der foreligger en gyldigt indgået aftale, vil denne finde anvendelse. De almindelige regler har dog i sådanne tilfælde en udfylgende rolle, hvorefter disse vil finde anvendelse såfremt kontrakten ikke har taget udgangspunkt i alle forhold, eller hvis indholdet er vanskeligt at tyde.⁶⁷

De kontraherende parter i byggeriet kan med andre ord indgå aftaler, hvorefter disse på forhånd indgår en række kontraktuelle indsigelser, som kan påberåbes i tilfælde af tvister mellem disse. Herved kan parterne således på forhånd tilrettelægge deres retsstilling, såfremt de kontraktuelle indsigelser er gyldigt vedtaget. Med andre ord er det muligt for disse, at udarbejde kontrakten således, at retsvirkningerne ved mangler eller skader ved byggeriet harmonerer med den investering, disse har foretaget ved arbejdet.⁶⁸

De ovenstående omtalte kontraktuelle indsigelser kan herunder blandt andet omfatte ansvarsbegrænsninger, ansvarsfraskrivelser, voldgiftsklausuler, reklamationsfrister mv. Afhandlingen vil som nævnt i afgrænsningen særligt behandle underentreprenørens indsigelser ved direkte krav i form af ansvarsbegrænsninger.

Som det blev påpeget ovenfor, vil afhandlingen beskæftige sig med direkte krav i entrepriseforhold, med særligt fokus på ansvarsbegrænsningers virkning. I forlængelse heraf vil det være nærliggende at sondre mellem ansvarsfraskrivelser og ansvarsbegrænsninger, da disse fremhæves undervejs i afhandlingen. Det primære fokus vil heraf være ansvarsbegrænsninger.

Ansvarsfraskrivelser kan karakteriseres som et forhold i en kontrakt, hvor en kontraktspart allerede på forhånd, delvist eller helt frigøre sig for ansvar overfor dennes medkontrahent.⁶⁹ Herved fraskrives ansvaret således i kontrakten allerede på forhånd, såfremt der skulle opstå mangler eller skader,

⁶⁶ Hørlyck, 2019, s. 47 ff.

⁶⁷ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 404

⁶⁸ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 407

⁶⁹ Günther Petersen, 1957, s. 7

som dennes pålægges et erstatningsansvar for.⁷⁰ J. Günther Petersen beskriver sondringen mellem de to kontraktuelle indsigelser som værende følgende:

*”Den totale ansvarsfraskrivelse lader kreditor nogenlunde i stikken; han får intet i tilfælde af skade. Vil han forsikre, må han eventuelt regne med en noget dyrere forsikring; og omvendt vil det være ham for farligt at undlade forsikring, som han måske ellers kunne have sparet. - I tilfælde af ansvarsbegrænsning står han ikke helt udækket.”*⁷¹

Med andre ord tilsigter ansvarsbegrænsninger, at begrænse det beløbsmæssige erstatningsansvar. I henhold til entrepriseretlige sammenhænge må det antages, at en sådan begrænsning må være tilsvarende honorarets størrelse. I forlængelse heraf skal det tillige påpeges, at ansvarsbegrænsninger i lighed med ansvarsfraskrivelser kan betragtes som en fravigelse af de almindelige erstatningsregler.⁷²

I forlængelse af fremstillingen af klausulerne er det nærliggende herefter at fokusere på disses gyldighed samt bortfald. Det gælder både ved ansvarsfraskrivelser men også ved ansvarsbegrænsninger, at disse tilsidesættes, såfremt der er udvist svig eller grov uagtsomhed jf. DL 5-1-2.⁷³ Endvidere gælder, at disse kan tilsidesættes efter de almindelige aftaleretlige regler, herunder generelklausulen i aftalelovens § 36.⁷⁴

På baggrund af ovenstående fremstilling af ansvarsbegrænsninger og ansvarsfraskrivelser, vil det i det følgende blive belyst hvordan disses retsvirkning og gyldighed udspilles i hele kontraktkæden. Der gælder i dansk ret et princip om aftalers relativitet, hvorefter kontrakter alene har virkning mellem de kontraherende parter. Herefter gælder, at aftaler som udgangspunkt ikke har virkning overfor tredjemand.⁷⁵ Herefter vil således gælde, at gyldigt indgåede klausuler vedrørende ansvarsbegrænsninger og ansvarsfraskrivelser alene er forpligtet mellem de kontraherende parter, hvorfor denne ikke har retsvirkning overfor tredjemand.⁷⁶

⁷⁰ Günther Petersen, 1957, s. 7

⁷¹ Günther Petersen, 1957, s. 110

⁷² Günther Petersen, 1957, s. 106

⁷³ Günther Petersen, 1957, s. 44

⁷⁴ Andersen & Madsen, 2017, s. 201 ff.

⁷⁵ Günther Petersen, 1957, s. 151

⁷⁶ Günther Petersen, 1957, s. 151

I forlængelse af ovenstående gælder der således ved deliktskrav, at ansvarsbegrænsninger og ansvarsfraskrivelser ikke kan påberåbes.⁷⁷ Amiri og Theis Jacobsen påpeger i forlængelse heraf, at ansvarsbegrænsninger muligvis kan få retsvirkning overfor bygherren, såfremt dette er aftalt i både kontraktforholdet mellem bygherren og hovedentreprenøren samt mellem hovedentreprenør og underentreprenør, til trods for at der er tale om et deliktuel krav. Dette argument fremstiller forfatterne på baggrund af sag U.2014.2042, som vil behandles senere i afhandlingen.⁷⁸

Ansvarsbegrænsningers virkning ved direkte deliktskrav

Som tidligere nævnt er retsbrudssynspunktet et af modifikationerne til relativitetsprincippet, hvorefter aftaler kun skaber pligter og rettigheder mellem de aftalende parter.⁷⁹ Eftersom et direkte krav begrundet i synspunktet giver adgang til erstatning udenfor kontrakt, vil det være centralt i analysen af retsbrudslæren, at belyse indsigelser og hvordan disse påvirkes af det direkte krav.

Udgangspunktet er, at direkte krav begrundet i synspunktet ikke skal respektere indsigelser samt andre kontrakter indgået i andre led i aftalekæden.⁸⁰ Dette er især centralt at undersøge, når der er tale om deliktuelle krav, da der i retsteorien foreligger en enighed om, at disse ikke skal respekteres af bygherren ved et direkte krav, grundet almindelige deliktsretlige principper.⁸¹

De gyldigt indgåede indsigelser som underentreprenøren kan have interesse i at påråbe sig, er navnlig passivitet, forældelse, ansvarsbegrænsninger og voldgiftsklausuler.⁸² Som tidligere nævnt, vil afhandlingen beskæftige sig med hvorledes indsigelser, specifikt i form af ansvarsbegrænsninger, påvirkes ved et deliktskrav. I forlængelse heraf er det oplagt at undersøge, hvorvidt direkte krav er underlagt de begrænsninger der måtte være i et aftaleforhold mellem en underentreprenør og hovedentreprenør, og om dette får retsvirkning overfor bygherren.

Det kan forekomme urimeligt for underentreprenøren, såfremt denne afskæres retten til at fraskrive sig ansvar ved et deliktuel krav. Dette kan især synes urimeligt i situationer hvor underentreprenør-

⁷⁷ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4

⁷⁸ Hørlyck, 2019, s. 141 og Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4

⁷⁹ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4

⁸⁰ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 3

⁸¹ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 3 ff.

⁸² Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 3

ren bliver pålagt at udføre et lille stykke arbejde i et ellers stort bygge- og anlægsarbejde, som ender med at få fatale konsekvenser for denne.⁸³ Spørgsmålet er set i retspraksis, og vil blive nærmere uddybet senere i afhandlingen.

2.3 Forfatterernes fortolkning af culpavurderingen

Definitionen af retsbrudssynspunktet blev tidligere behandlet, hvorefter det kunne udledes, at dette dækker over handlinger der kan karakteriseres som retsbrud. Spørgsmålet var herefter, hvilken grad af culpa der udgør et sådan retsbrud? I det følgende afsnit vil en række forfatteres synspunkter indenfor litteraturen blive inddraget, med henblik på at klarlægge hvilken grad af culpa disse mener udløser et retsbrud. Formålet med dette er, at undersøge om den retsusikkerhed som hidtil har hersket indenfor direkte deliktskrav i entrepriseretten, skyldes forfatterne eller om dette kan henføres domstolene. Forfatterens synspunkter vil i analysen blive fremstillet efter hvor strenge krav disse stiller til culpavurderingen.

Irene Wittrup er blandt de forfattere der tillægger retsbrudssynspunktet strengere krav til culpa end øvrige forfattere i den juridiske litteratur. Wittrup påpeger, at direkte krav efter dette synspunkt kræver *''et langt grovere forhold end culpa, som f.eks. svig, forsæt eller farlige egenskaber i kombination med uforsvarlig adfærd''*.⁸⁴ Wittrup fremlægger denne tilgang i sin artikel tilbage fra år 1988 hvilket kan forklare, hvorfor øvrige forfattere i nyere retslitteratur deler en anden opfattelse. Retspraksis har udviklet sig således, at direkte krav er realiseret i forlængelse af forskellige vurderinger, hvorfor Wittrups synspunkt ikke umiddelbart længere synes at være udgangspunktet.⁸⁵

Søren Borup Nørgaard og Per Vestergaard Pedersen tilgang er i overvejende grad forenelig med Wittrup. Disse fremlægger i U.1995.385, at retsbrudssynspunktet indebærer *''grovere culpøs adfærd – mindst grov uagtsomhed''*.⁸⁶ I forlængelse heraf udfordrer de denne opfattelse, og giver et bud på hvordan tvister der udspringer mellem to parter, der ikke er direkte medkontrahenter kan løses, herunder synspunktet med det kontraktsafhængige retsbrudsansvar. Deres synspunkter vedrø-

⁸³ <https://www.berlingske.dk/virksomheder/direkte-krav-kan-fjerne-ansvarsbegraensning>

⁸⁴ Wittrup, U.1988B.129, s. 5

⁸⁵ Wittrup, U.1988B. 129

⁸⁶ Borup Nørgaard & Vestergaard Pedersen, U.1995B.385, s. 6

rende det kontraktsafhængige retsbrudsansvar syntes at tillade en lavere grad af uagtsomhed, modsat retsbrudssynspunktet, hvor de her er fortalere for en højere grad af uagtsomhed.⁸⁷

Torsten Iversen er blandt de forfattere der er tilhænger af, at retsbrud forudsætter en mere culpøs handling. Han påpeger, at der ikke kan sættes to streger under hvilket indhold begrebet retsbrud har. Derimod fremhæver han, at det står klart, at såfremt underentreprenøren har udført arbejde som er fagligt uforsvarligt eller i sit arbejde har anvendt uegnede materialer, og dette er gjort bevidst eller groft uagtsomt, begrundes dette et deliktskrav ud fra et retsbrudssynspunkt.⁸⁸ Heraf kan det udledes, at Iversen støtter op om, at minimumsgrænsen for et retsbrud må være en handling der har karakter af grov uagtsomhed eller forsæt. I forlængelse heraf stiller han spørgsmålstegn ved, om retsbruddet kan strækkes yderligere, således om andre grader af culpa tillige kan begrunde dette.⁸⁹

Iversen påpeger, at det er for vidtgående, at indrømme et deliktskrav ved enhver handling som kan karakteriseres som uforsvarlig.⁹⁰ Denne tilgang synes at stå i kontrast til Erik Hørlyck' tilgang, da han er tilhænger af, at handlinger af denne karakter kan begrunde retsbrud. Iversen fremhæver ligeledes, at da enhver adfærd som kan karakteriseres som culpøs ikke bør begrunde et deliktskrav, må der argumenteres for at retspraksis' terminologi ved vurderingen heraf, ikke harmonerer med den almindelige culpanorm. Dette gælder imidlertid ikke professionelle udførelsesfejl.⁹¹ På trods af ovenstående er Iversen dog tilbøjelig til at udvide culpavurderingen således, at der tillægges andre momenter en betydning. Eksempelvis bør *'professionelle udførelsesfejl'*⁹² ifølge ham være tilstrækkelig for indrømmelse af direkte krav.⁹³

Til støtte for Iversens synspunkt, syntes Hans Henrik Vagner at være enig i en række påstande herom. Blandt andet deler Vagner og Iversen synspunkt angående hvad der kan udløse et direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet. Vagner mener ligeledes, at *'ethvert uforsvarligt adfærd'*⁹⁴, ikke bør

⁸⁷ Borup Nørgaard & Vestergaard Pedersen, U.1995B.385 s. 6

⁸⁸ Kvist-Kristenssen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

⁸⁹ Iversen, 2016, s. 713

⁹⁰ Kvist-Kristenssen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

⁹¹ Kvist-Kristenssen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

⁹² Kvist-Kristenssen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

⁹³ Kvist-Kristenssen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

⁹⁴ Kvist-Kristenssen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

resultere i et erstatningsansvar overfor tredjemand, og støtter op omkring, at der i culpavurderingen bør inddrages yderligere momenter.⁹⁵

Andre forfattere som tillægger retsbrud en række andre momenter, end blot en handling som kan karakteriseres som grov uagtsomhed, er navnlig Allan Kvist-Kristensen og Henrik Rise Jensen. Forfatterne har i U.2013B.129 kommenteret på en række sager omhandlende direkte krav.⁹⁶ I deres artikel påpeger de, at domstolene har indrømmet direkte krav ved svig forsæt eller grov uagtsomhed, hvilket forfatterne i den juridiske litteratur alle har været enige om har været berettiget. Der hvor de mener, at forfatterne i den juridiske litteratur er uenige, er hvorvidt direkte krav kunne begrundes ud fra øvrige forhold såsom blandt andet professionelle fejl eller ved simpel uagtsomhed. Ved deres gennemgang af domme på området, har de erfaret, at direkte krav ud fra et retsbrudssynspunkt omfatter flere forhold, herunder grov uagtsomhed, svig samt professionelle fejl. Kvist-Kristensen og Rise Jensens' opfattelse er således, med afsæt i retspraksis, at culpavurderingen er blevet mere elastisk og omfatter flere momenter end tidligere.⁹⁷

Hans Henrik Edlunds synspunkt synes ikke at støtte op omkring samme tankegang som ovenstående forfattere, herunder bl.a. Wittrup. Edlund udtalte i U2006B.173, at direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet skal gennemgå en *''selvstændig culpabedømmelse''*,⁹⁸ hvor god-skik og øvrige forhold der gælder indenfor branchen skal iagttages. Han bakker dermed ikke op om opfattelsen af, at adfærden skal karakteriseres som værende grov uagtsom før der er tale om et retsbrud. Edlund påpeger i stedet, at enhver handling der i sig selv kan anses for ansvarspådragende, er tilstrækkeligt til at udløse et erstatningsansvar overfor tredjemand.⁹⁹

I kontrast til øvrige forfatters fremstilling af retsbrud, adskiller Hørlycks sig ved, at han stiller mindre strenge krav til indrømmelsen af dette. Hørlyck påpeger, at et deliktskrav begrundet i retsbrud kan indrømmes, såfremt underentreprenøren har forvoldt skade eller andre mangler, som kan begrunde et uforsvarligt forhold.¹⁰⁰ Ved uforsvarlige forhold forstås faglige fejl, som er udvist efter en

⁹⁵ Kvist-Kristensen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9

⁹⁶ Kvist-Kristensen & Rise Jensen, U.2013B.129

⁹⁷ Kvist-Kristensen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 9 ff.

⁹⁸ Edlund, U2006B.173, s. 10

⁹⁹ Edlund, U2006B.173, s. 10

¹⁰⁰ Iversen, 2016, s. 713, med henvisning til Hørlyck, U 1988 B, s. 44

række standarder, samt på baggrund af de traditionelle regler indenfor erstatning.¹⁰¹ Hans synspunkt kan derfor forstås som, at enhver culpøs handling kan begrunde retsbrud og dermed tildele et direkte deliktskrav.¹⁰²

Det kan på baggrund af ovenstående fremstilling udledes, at Hørlycks synspunkt omkring culpagra-den der begrundet deliktskrav, støttes op af simpel uagtsomhed. Dermed kan Hørlycks tankegang syntes at være en del mere indgribende, hvad angår bygherrens ret til at påberåbe sig retsbrud, sammenlignet med øvrige forfattere indenfor litteraturen.¹⁰³

Bryde Andersen og Lookofsky fokuserer ikke i samme omfang som øvrige forfattere indenfor litte-raturen, på graden af culpa ved vurderingen af hvorvidt retsbrudstilfældet kan begrunde et direkte deliktskrav. Deres synspunkt kan derfor ikke placeres et konkret sted på skalaen for culpa, men der-imod som et synspunkt som befinder sig et sted mellem de øvrige forfatters. Bryde Andersen og Joseph Lookofsky fremhæver, at der foreligger retsbrud, såfremt underentreprenøren har kendskab eller bør have kendskab, til at det overdragede vil lide af en mangel, og dermed ikke vil leve op til bygherrens forventning til den aftalte ydelse.¹⁰⁴ Med andre ord skal underentreprenørs handling, ved indgåelse af aftalen med hovedentreprenør, anses som skadevoldende, ud fra bygherrens syns-punkt, med afsæt i en culpabetragtning, før der foreligger retsbrud.¹⁰⁵ I henhold til den retsstridige handling, beskriver de det som værende uden betydning, om den udøves direkte eller i form af an-den forsømmelse heraf. I forlængelse hertil skal det påpeges, at det er set i praksis, at en forsøm-melse har udløst retsbrud.¹⁰⁶

Forfatterne påpeger endvidere, at denne såkaldte skuffelse hos tredjemand, skal overstige et vis be-løbsmæssigt minimum. Dette er navnlig ikke tilfældet efter den traditionelle culpabetragtning. Da forfatterne centrale synspunkt omkring retsbrudslæren er denne såkaldte skuffelse hos tredjemand, er det centralt at pointere, at de har en overbevisning om, at det ikke kan antages, at handlinger som kan karakteriseres som grove efter en culpabetragtning, i sig selv udløser retsbrud. Påstanden bliver støttet op omkring tilfælde, hvor tredjemand ikke vil lide en skuffelse ved den pågældende culpøse

¹⁰¹ Kvist-Kristensensen & Rise Jensen, U.2013B.129, s. 8

¹⁰² Iversen, 2016, s. 713, med henvisning til Hørlyck, U 1988 B, s. 44

¹⁰³ Iversen, 2016, s. 713, med henvisning til Hørlyck, U 1988 B, s. 44

¹⁰⁴ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 436

¹⁰⁵ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 443

¹⁰⁶ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 443

handling.¹⁰⁷ For nærmere fremstilling heraf, henvises til Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 444.

Bryde Andersen og Lookofsky understreger ikke direkte hvilken grad af culpa der kan udløse retsbrud. Denne tilgang til retsbrud syntes at passe med retspraksis, hvor det ikke konkret kan udledes, hvilken grad af culpa retspraksis bedømmer dette ud fra. Det kan dermed ud fra ovenstående fremstilling af Bryde Andersen og Lookofsky tilgang til retsbrudstilfældet fremlægges, at disse kan placeres et sted imellem øvrige forfatteres synspunkter, og være blandt de teorier som støtter mest op om retspraksis' tilgang til indrømmelse af krav efter retsbrudssynspunktet.

Afslutningsvis vil det være nærliggende at diskutere John Adamsens synspunkt, da han ligeledes ikke forholder sig til, hvilken grad af culpa der begrundes et direkte krav, men nærmere fremlægger hvordan den bør vurderes. Adamsen kritiserer retsbrudssynspunktet i U.1996B.124.¹⁰⁸ Han mener, at den brede uenighed omkring hvilken uagtsomhedsgrad der gør sig gældende ved indrømmelse af direkte krav efter retsbrudssynspunktet, gør det svært at kategorisere uagtsomhedsgraden. Adamsen fremlægger i artiklen, at det havde været bedre for retsforholdet, hvis domstolene kun indrømmede direkte krav som følge af grov uagtsomhed, da det i så fald ville være mere forsvarligt, at kontraktuelle indsigelser ikke blev respekteret – som jo er udgangspunktet i retsbrudstilfældet¹⁰⁹

Hvis denne fremgangsmåde blev anvendt, må der være en formodning om, at det således ikke var i modstrid med øvrige retsforhold, da der generelt gælder et princip om at kontraktuelle indsigelser vil bortfalde, hvis der er handlet groft uagtsomt. På den måde antages det at retsusikkerheden på området minimeres.

En fremstilling af forfatterne indenfor litteraturens holdninger og synspunkter til deliktskravet belyser, at der tidligere har været uenighed blandt disse omkring hvilken grad af culpa der udløser et retsbrud, og at denne forsat hersker. På trods af uenigheden, må en ting stå klart, og det er, at der er enighed om, at en handling der kan karakteriseres som grov uagtsomhed, som minimum kan statuere retsbrud. Diskussionen af culpagraden syntes i nyere tid at bevæge sig væk fra, at det kun er grov uagtsomhed som udløser dette, til nu at argumentere for at handlinger af simpel uagtsomhed tillige

¹⁰⁷ Bryde Andersen & Lookofsky, 2015, s. 444

¹⁰⁸ Adamsen, U.1996B.124

¹⁰⁹ Adamsen, U.1996B.124, s. 3

kan begrunde et retsbrud. Diskussionen omhandler derfor snarere, hvorvidt culpagraden kan strækkes, således at handlinger af simpel uagtsomhed også kan begrunde dette.

Det kan på baggrund af ovenstående fremstilling af forfatterne indenfor litteraturens synspunkter fastlægges, at Wittrup, Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen syntes at stille krav om grovere uagtsomhed ved tildeling af et deliktskrav, hvorimod Iversen og Vagner ligeledes syntes at stille krav om grovere uagtsomhed, men tillige åbner op for, at der også kan tillægges andre momenter i vurderingen heraf. Kvist-Kristensen og Rise Jensens er blandt de kritikere som støtter op om, at vurderingen bør tillægges andre momenter end blot grov uagtsomhed.

I kontrast til ovenstående forfattere, herunder især Wittrup, står Edlund' og Hørlyck' synspunkter, da disse fremhæver, at der foreligger retsbrud i det øjeblik, der er forvoldt en skade som skyldes et uforsvarligt forhold. Disses synspunkter argumenterer for, at også lavere grad af culpa, altså simpel culpa kan statuere retsbrud. En anden gruppe af forfattere kan imidlertid ikke placeres på skalaen for culpagrader, da disse anskuer retsbrud anderledes og dermed frigiver sig fra de øvrige forfatters synspunkter. Her er der navnlig tale om blandt andet Bryde Andersen og Lookofsky samt Adamsen.

På baggrund af ovenstående vurderes det, at forfatterne anskuer graden af culpa der udløser et deliktskrav på baggrund af retsbrudstilfældet, til at være mellem grov og simpel uagtsomhed. Spørgsmålet om hvorvidt forfatternes synspunkter ligeledes finder udtryk i retspraksis, vil blive belyst i det følgende afsnit.

2.4 Culpavurderingen i retspraksis

I det foregående afsnit blev en række forfatters synspunkter fremstillet, hvorudfra det kunne afledes, at der var forskellige holdninger til, hvilken grad af culpa der udløser retsbrud. Det blev ligeledes statueret, at der blandt forfatterne har været skiftende meninger om graden af culpa igennem tiden. De forskellige holdninger omkring hvilken culpagrad, der udløser retsbrud, kan skabe en retsusikkerhed for parterne i entrepriseforholdet.

I det følgende afsnit vil det blive undersøgt hvordan retspraksis forholder sig til direkte krav begrundet i retsbrudstilfældet, samt hvilken grad af culpa der udløser retsbrud. Graden af culpa har betydning for adgangen til at rette direkte krav, og dermed hvorvidt indsigelser skal respekteres af

bygherren.¹¹⁰ Herudover analyseres det, om graden af culpa i nyere tid er udviklet sammenlignet med ældre retspraksis. Analysen af retspraksis, vil indeholde en række essentielle domme indenfor teorien, for at komme frem til hvilken grad af culpa, domstolene indrømmer et direkte krav efter. Formålet med analysen er, at danne et billede af hvordan retspraksis forholder sig til culpavurderingen, samt hvorledes dette er udviklet gennem tiden, hvorfor dommene analyseres i kronologisk rækkefølge.

2.4.1 Retspraksis' opfattelse af ansvarsnormen

U.1973.413

I sag U.1973.413 blev direkte krav indrømmet med henvisning til, at der var handlet retsstridigt.¹¹¹ I sagen havde A i første omgang solgt en byggegrund til B (køber 1). B hævede aftalen efter resultater fra en jordbundsundersøgelse, som viste at grunden krævede en dybere fundering. Trods denne vigtige information, solgte A byggegrunden videre til C (køber 2) uden, at denne blev informeret om forholdet. C valgte efterfølgende at sælge grunden videre til D (køber 3). D konstaterede, at jordbunden ikke var fast nok til en normal fundering, hvorfor denne heraf pådrog sig omkostninger til udførelsen.

D ønskede at få erstattet de udgifter, han havde afholdt i forbindelse hermed, og valgte derfor at rette et krav mod hhv. A og C. Retten kom frem til, at C ikke var bekendt med resultaterne fra jordbundsundersøgelsen, og dermed ikke kunne anses for at være erstatningsansvarlig overfor D. Derimod vurderede retten, at A's tilbageholdelse af informationer var retsstridigt, hvorfor D blev indrømmet et direkte krav ud fra retsbrudssynspunktet.

Det kan på baggrund af den pågældende sag udledes, at der forelå en retsstridig handling som følge af grov uagtsomhed samt forsætlig adfærd. Culpavurderingen i sagen var dermed i overensstemmelse med den opfattelse der udspringer af forfatterne Wittrup, Borup Nørgaard samt Vestergaard Pedersen som ligeledes blev fremhævet i afsnit 2.3. Dommen blev afsagt tilbage i 1973, og omfatter således ældre praksis på området, hvorfor det med afsæt i nyere retspraksis samt juridisk litteratur, vil være nærliggende at undersøge om domstolenes culpavurderinger siden hen har udvidet sig.

¹¹⁰ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 6

¹¹¹ U.1973.413

TBB2004.149

I sag TBB2004.149 blev direkte krav realiseret, som følge af en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet.¹¹² I sagen opstod der en tvist i forbindelse med opførelse af en svinestald. Bygherren havde i forlængelse af projektet indgået en aftale med en rådgiver. Bygherren havde til opførelse af svinestalden, indkøbt bærende konstruktioner hos et byggecenter, som havde en aftale med en anden leverandør herom. Det fremgik af aftalen med leverandøren, at denne blandt andet skulle dimensionere spær og eksekvere vindafstivning, men dette blev ikke håndhævet. Grundet en storm undervejs i projektet, blev svinestalden beskadiget. Dette blev anmeldt til bygherrens forsikringsselskab, men disse ønskede ikke at dække skaden, med henvisning til at skaden ikke ville være opstået, hvis de bærende konstruktioner ikke havde lidt af fejl og mangler. Forsikringsselskabets afvisning samt konstatering resulterede i, at bygherren sagsøgte rådgiveren og leverandøren. Bygherren ønskede at få erstattet driftstab samt de afhjælpningsomkostninger denne havde afholdt i forbindelse med den ødelagte svinestald.

Sagen blev endeligt afgjort i Østre Landsret, hvor der blev givet bygherren medhold i sin påstand. Da der ikke forelå nogen direkte aftale mellem bygherren og leverandøren, blev ansvaret opgjort som følge af de deliktuelle regler. Direkte krav blev indrømmet bygherren med henvisning til retens beskrivelse af leverandørens forsømmelse af spærne og vindafstivningen som værende *’en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet’*.¹¹³ Retten udtalte, at rådgiveren ligeledes havde handlet ansvarspådragende og uprofessionelt i forlængelse heraf. Leverandøren blev dømt til at betale bygherrens driftstab, herudover blev denne endvidere pålagt solidarisk hæftelse med rådgiveren for afhjælpningsomkostninger, hvoraf 2/3 skulle opretholdes af leverandøren.

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at til trods for, at leverandøren havde ansvarsbegrænset sig overfor byggecentret bl.a. for købers, herunder bygherres, driftstab, blev leverandøren stadig erstatningsansvarlig herfor. Direkte krav blev tildelt på baggrund af det deliktuelle ansvarsgrundlag, hvoraf konsekvensen var, at indgåede ansvarsbegrænsninger der havde fundet sted inden søgsmålet, ikke længere kunne påberåbes af leverandøren.

¹¹² TBB2004.149

¹¹³ TBB2004.149, s. 2

Leverandøren udtalte under retssagen, at dennes udførte arbejde ikke kunne kategoriseres som værende groft uagtsomt, hvorfor direkte krav ikke burde indrømmes efter retsbrudssynspunktet. Ud fra analysen kan der ikke argumenteres for, at retten bedømte ansvaret efter en streng culpavurdering, og de påpegede dermed ikke hvilken culpagrad manglen kunne falde ind under. Dog vurderes det, at denne må ligge et sted imellem simpel og grov uagtsomhed, hvilket er i overensstemmelse med den samlede opfattelse som forfatterne fremlægger i afsnit 2.3.

Under alle omstændigheder, har den culpøse adfærd sammenholdt med momentet ”*en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet*”¹¹⁴ medført en realisering af det direkte krav på baggrund af et retsbrudstilfælde uden respekt for ansvarsbegrænsninger

TBB2007.487/2

I sag TBB2007.487/2 kunne direkte krav ikke påberåbes, med henvisning til at der ikke forelå håndværksmæssige fejl.¹¹⁵ I sagen var der indgået en aftale mellem en bygherre og hovedentreprenør angående opførelse af en bygning. Der var i sagen udvalgt en underentreprenør til udførelse af arbejdet. Det fremgik af entrepriseaftalen, at såfremt der blev anvendt yderligere materialer til brug for opførelsen, end der var medregnet i aftalen, blev dette reguleret med et fast beløb. Der blev inden opførelsen af entreprisen aftalt mellem bygherre og underentreprenør, at der skulle leveres yderligere materialer til brug for opførelsen, som bygherren herefter betalte for. Brug af disse materialer krævede et stykke særskilt arbejde, i form af en indbygning. Da de materialer der efterfølgende var særskilt bestilt, ikke var tilstrækkelige til udførelse af arbejdet, bestilte underentreprenøren herefter yderligere en række materialer, som denne ikke havde aftalt med bygherren. Brug af disse materialer krævede ligeledes et yderligere stykke arbejde, før dette kunne anvendes.

Da opførelse af bygningen blev afsluttet, blev det konstateret, af bygningen led af mangler, som skyldes det arbejde underentreprenøren havde udført. Efter byggeriets afslutning, krævede underentreprenøren betaling fra bygherren, for det udførte arbejde, samt for de materialer denne yderligere havde bestilt og anvendt, uden videre aftale med bygherren, hvorefter denne afviste betalingen. Det-

¹¹⁴ TBB2004.149, s. 2

¹¹⁵ TBB2007.487/2

te bevirkede at underentreprenøren lagde sag an imod denne, med krav om betaling for ekstra materialer.

Byretten gav sagsøger delvist medhold i sin påstand. Retten tildelte underentreprenøren krav for den del af arbejdet, der var aftalt mellem disse, men ikke for den del, som ikke var aftalt mellem parterne. I forlængelse af dette søgsmål gjorde bygherren i den forbindelse ligeledes et direkte krav gældende mod underentreprenøren for det mangelfulde arbejde. I henhold til spørgsmålet om bygherrens direkte krav mod underentreprenøren, blev dette nægtet, under hensyn til modregning, som denne ville blive afskåret fra, såfremt denne blev mødt med bygherrens direkte krav.

Sagen blev anket til Landsretten, hvor Byrettens afgørelse blev stadfæstet. Retten gjorde gældende, at underentreprenøren blev indrømmet krav mod bygherren, vedrørende betaling for den del af arbejdet det vedrørte det materiale, som var aftalt mellem parterne. For så vidt angik betaling for den del af kravet der vedrørte materialer, som ikke var aftalt med bygherren, gjorde retten gældende, at bygherren ikke havde forpligtet sig hertil, hvorfor sagsøger ikke kunne gøre krav gældende, for den del af det udførte arbejde. I henhold til spørgsmålet om hvorvidt bygherren blev indrømmet adgang til at rette direkte krav mod underentreprenøren, fandt retten, at et direkte krav ikke kunne påberåbes. Dette blev begrundet med, at der ikke udsprang et retsforhold mellem bygherren og underentreprenøren, samt at de påståede mangler, ved det udførte arbejde på entreprisen, ikke udgjorde hvad der måtte karakteriseres som ”sådanne håndværksmæssige fejl”¹¹⁶

Ud fra de ovenstående omstændigheder kan det udledes, at et direkte krav blev nægtet, da underentreprenøren ikke havde udvist en sådan adfærd, som kunne karakteriseres som håndværksmæssige fejl, og dermed begrunde et krav. Det kan ikke direkte af dommen udledes, hvorvidt spørgsmålet om indrømmelse af direkte krav, blev diskuteret ud fra et kontrakts- eller deliktssynspunkt. Som nævnt ovenfor begrundede Landsretten bl.a. sin påstand om afslag på retten til at gøre direkte krav gældende, med at der ikke bestod et kontraktforhold mellem parterne. Denne påstand kan siges at støtte op af relativitetsgrundsætningen, hvorefter en aftale kun har virkning for de parter som har indgået den.

¹¹⁶ TBB2007.487/2, s. 8

Ud fra rettens vurdering af at der ikke forelå ”sådanne håndværksmæssige fejl”¹¹⁷, kan det ikke udledes hvilket synspunkt dette blev vurderet ud fra. Sammenlignes dette med sag U.2010.365 og TBB2018.525, blev formuleringen ”sådanne håndværksmæssige fejl” ligeledes lagt til grund for bedømmelsen af den culpøse handling, ud fra et deliktuel grundlag. Sammenholdes disse to domme med TBB2007.487/2, kan der derfor argumenteres for, at indrømmelse af direkte krav måtte være blevet vurderet ud fra et deliktuel grundlag og ikke kontraktuel. Det kan dog ikke helt specifikt konkluderes, at kravet blev vurderet ud fra deliktssynspunktet, men der kan på baggrund af ovenstående argumenteres for, at det læner sig mere op ad dette synspunkt end cessionssynspunktet.

Som tidligere nævnt i afhandlingen, har der indenfor teorien været stor debat om hvilken grad af culpa, som udløser et direkte deliktskrav. I henhold til culpagraden kan det ikke udledes, hvilken grad af culpa skadevolder havde udvist. Det må derfor på baggrund af ovenstående vurderes, at det ikke kan konkluderes hvilken grad af culpa skadelidte havde udvist, men at denne bedst måtte beskrives som et sted mellem simpel og grov uagtsomhed.

U.2010.365

I sag U.2010.365 blev et direkte krav nægtet, da der ikke forelå håndværksmæssige fejl.¹¹⁸ I sagen var der indgået en aftale mellem en bygherre og en hovedentreprenør, om lægning af gulv i et bade-land. Hovedentreprenøren havde ladet arbejdet udføre af en underentreprenør. Bygherren ønskede at gøre erstatningskrav gældende, da det udførte arbejde var mangelfuldt. Bygherren ønskede at gøre krav gældende udenom hovedentreprenøren, da denne var erklæret konkurs, og dermed gøre et direkte deliktskrav gældende mod underentreprenøren.

Der var i sagen inddraget en skønsmand til vurdering af manglen, hvor det af skønserklæringen fremgik, at klinkegulvet ikke var udført håndmæssigt korrekt. Dette bevirkede at 20-25% af klinkegulvet skulle omlægges. Det fremgik endvidere af skønsvurderingen, at såfremt manglen skulle udbedres, ville det samlet udgøre en udgift på ca. 65.000 kr.

Byretten gav sagsøgeren medhold i sin påstand, med den begrundelse, at der var tale om en mangel af væsentlig karakter. Endvidere lagde retten til grund, at der ikke bestod et kontraktforhold mellem

¹¹⁷ TBB2007.487/2, s. 8

¹¹⁸ U.2010.365

sagsøger og sagsøgte, og at manglen kunne henføres både hovedentreprenøren samt underentreprenøren, hvorfor der blev indrømmet direkte krav efter reglerne om delikt.

Dommen blev appelleret til Landsretten, hvor den blev afgjort efter simpelt flertal. Flertallet af dommerne gjorde sagsøgtes påstand om frifindelse gældende. Landsretten fandt i lighed med Byretten, at der ikke forelå et kontraktgrundlag mellem parterne, og at der derfor ikke kunne rejses krav mod sagsøgte efter AB 92, hvorfor afgørelsen blev truffet efter reglerne om erstatning i delikt. Retten lagde endvidere til grund, at det efter skønsvurderingen kunne konstateres, at underentreprenørens arbejde, ikke var foretaget håndværkmæssigt korrekt. Flertallet af dommerne fandt, at på trods af at underentreprenørens arbejde ikke var foretaget håndværkmæssigt korrekt, kunne det ikke godtgøres, at det udførte arbejde havde karakter af ”*sådanne håndværksmæssige fejl*”.¹¹⁹

I vurderingen af hvorvidt der var tale om håndværksmæssige fejl, blev omstændigheden af manglens beløbsmæssige udbedringsomkostninger kontra den samlede entreprisesum, som heraf udgjorde ca. 1,3 mio. kr. tildelt betydning. Dommerne henviste endvidere til, at sagsøger ikke havde foretaget de nødvendige foranstaltninger for at udbedre skaden. Der var i sagen ej heller påberåbt, at manglen havde vidtgående konsekvenser for denne, som ligeledes blev inddraget i vurderingen af afgørelsen.

Der forelå dissens mellem dommerne i sagen, da en af disse ønskede stadfæstelse af Byrettens dom. Dommeren fandt, at underentreprenørens udførte arbejde havde karakter af håndværksmæssige fejl, som kunne begrunde et direkte krav. Dommeren henviste til Højesterets dom af 22. oktober 2003 (Ugeskrift for Retsvæsen 2004, s. 114), hvor der blev indrømmet bygherrerne direkte krav, for ”*sådanne håndværksmæssige fejl*” ved udførelse af tagarbejde.¹²⁰

På baggrund af ovenstående analyse af dommen, kan det fastlægges, at bygherren ikke blev indrømmet direkte krav, da der ikke var tale om ”*sådanne håndværksmæssige fejl*”¹²¹ i det udførte arbejde. Det kan ikke direkte af dommen identificeres, hvilken grad af culpa, underentreprenøren havde udvist. I vurderingen af kriteriet lagde dommerne ikke blot vægt på culpagraden, men tillige væsentligheden af den mangelfulde ydelse. Væsentligheden af manglen blev tildelt betydning, som

¹¹⁹ U.2010.365, s. 6

¹²⁰ U.2010.365, s. 6

¹²¹ U.2010.365, s. 6

blev vurderet ud fra karakter af manglen, kontra den samlede sum for opførelse af entreprisen. Der kan på baggrund af ovenstående samt af rettens begrundelse for afgørelsen argumenteres for, at dommerne fokuserede på væsentligheden af manglen samt det forhold, at skadelidte ikke havde foretaget en udbedring, frem for at fokusere på den culpøse handling. Dermed må der være en formodning om, at retten i vurdering af, hvorvidt der er tale om retsbrud, har udvidet horisonten og tillagt flere elementer en tungvejende betydning.

Der kan med afsæt i ovenstående derfor argumenteres for, at den culpøse adfærd synes at have karakter af simpel uagtsomhed, da der ikke var tale om håndværksmæssige fejl. Det skal dog påpeges, at den culpøse adfærd ikke alene fik tillagt betydning, men tillige andre momenter som er foreneligt med bl.a. Hørlyck samt Vagners tilgang, som blev præsenteret i afsnit 2.3. Ligeledes syntes begrundelse for afgørelsen tillige at støtte sig op af Bryde Andersen og Lookofskys opfattelse om, at manglen bør overstige et minimumsbeløb. Amiri og Theis Jacobsen påpeger i U.2017B.105.15, at sagsøgte skadevoldende adfærd, havde karakter af simpel uagtsomhed,¹²² hvilket forfatterne i afhandlingen ligeledes må synes at være enige i. Dermed må der ud fra det nærliggende være en formodning om, at retten stiller krav om grovere culpøs adfærd før der foreligger retsbrud, hvor et direkte krav kan indrømmes heraf.

TBB2014.531

I sagen blev direkte krav indrømmet som led i ”*professionelle fejl*”.¹²³ Sagen omhandler en tvist der opstod i forbindelse med projektering af bobledæk, som bygherren havde udpeget en projekterende rådgiver til. Den projekterende rådgiver havde ansat en underrådgiver til at føre statikerkontrol af projekteringen. Bygherren havde mistet store summer på fejl og mangler som led i den projekterende rådgiver og underrådgivers arbejde, og ønskede i forlængelse heraf tvisten afgjort ved voldgift.

I kontrakten mellem den projekterende rådgiver og underrådgiver fremgik det, at underrådgiverens hæftelse var begrænset til 80.000 kr. ekskl. moms, hvilket udgjorde honoraret. I kontrakten mellem

¹²² Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 5

¹²³ TBB2014.531, s. 4

bygherre og den projekterende rådgiver, havde den projekterende rådgiver ligeledes begrænset sit ansvar til 1.000.000 kr.

Der blev i den projekterende rådgivers erstatningskrav lagt vægt på, at denne havde handlet groft uagtsomt som led i den mangelfulde projektering. Den projekterende rådgiver skulle betale erstatning til bygherren svarende til ansvarsbegrænsningen, grundet de kontraktuelle indsigelser.

Voldgiftsretten kom i kravet mod underrådgiveren frem til, at denne ikke havde handlet groft uagtsomt, men at dennes arbejde i, at udføre statikkerkontrol var underlagt *''professionelle fejl''*.¹²⁴ Disse fejl udløste i sagen bygherrens adgang til at rejse et direkte krav mod underrådgiveren. Det direkte krav blev indrømmet ud fra retsbrudssynspunktet, hvorfor ansvarsbegrænsningen på 80.000. kr. indgået med den projekterende rådgiver, ikke kunne påberåbes. Underrådgiverens krav endte på 65.800.000 kr., hvoraf projektansvarsforsikringen dækkede ca. 40.3000.000 kr. heraf.

I sagen kom voldgiftsretten frem til, at underrådgiveren ikke havde handlet groft uagtsomt, men at arbejdet havde karakter af *''professionelle fejl''*¹²⁵, hvilket gav bygherren adgang til at rejse et direkte krav. Det kan heraf udledes, at selvom voldgiftsretten ikke udtalte hvilken culpagrad underrådgiverens adfærd specifikt kunne falde ind under i den nærliggende sag må det formodes, at befinde sig mellem simpel og grov uagtsomhed, hvilket harmonerer med en række forfatteres opfattelse som blev fremstillet i afsnit 2.3.

Det skal afslutningsvis påpeges, at afgørelsen leder til undren over, hvordan direkte krav kan have en sådan virkning på erstatningskravet taget culpavurderingen og ansvarsbegrænsningen i betragtning. Det er bemærkelsesværdigt, at den ikke-kontraherende part kan rejse et langt større krav end den nærmeste aftalepart ville have været i stand til. Dette blev i sagen understøttet ved, at direkte krav udsprang af retsbrudssynspunktet som resulterede i ansvarsbegrænsningens bortfald.

Sagen har skabt stor debat i henhold til direkte krav begrundet i retsbrudssynspunktet og denne illusoriske effekt på ansvarsbegrænsninger.¹²⁶ Sager som TBB2014.531 kan have den konsekvens for

¹²⁴ TBB2014.531, s. 4

¹²⁵ TBB2014.531, s. 4

¹²⁶ <https://www.dahllaw.dk/nyheder/229/23-nov-2018-ab-18-begraensninger-i-bygherres-mulighed-for-at-rette-krav-direkte-imod-underentreprenorer/>

underentreprisen, at underentreprenørens interesse i at påtage sig ansvar i større projekter kan mindskes, da risikoen for urimelige krav rettet ud fra et deliktelt ansvarsgrundlag kan være store. Samme uforudsigelighed ville eksempelvis ikke foreligge, hvis direkte krav bliver indrømmet ud fra indtrædelsessynspunktet, da de kontraktuelle indsigelser følger med i disse situationer.

TBB2018.525

Sag TBB2018.525 vedrører spørgsmålet om hvorvidt der kunne rettes et direkte krav mod underentreprenør, efter hovedentreprenørs konkurs.¹²⁷ I sagen havde en bygherre indgået aftale med en hovedentreprenør, om udførelse af tømrerarbejde på en bygning. Hovedentreprenøren havde udvalgt en underentreprenør til udførelse af en del af arbejdet. Det blev senere konstateret, at det udførte arbejde led af betydelige mangler, hvorefter bygherrens krav, efter tilsagn blev dækket af Byggeskadefonden, da bygherre var en boligforening. Byggeskadefonden gjorde herefter et erstatningskrav gældende overfor underentreprenøren, arkitekten samt råhusentreprenøren som hver især havde stået for en del af opførelse af bygningen.

Under voldgiftsrettens behandling af sagen, blev der i mellem Byggeskadefonden og sagsøgte arkitekt, som stod for projektering heraf, indgået forlig. Undervejs i behandlingen af sagen, blev yderligere anklagen overfor råhusentreprenør hævet. Spørgsmålet var derefter om de mangler sagsøger havde gjort gældende, kunne henføres underentreprenørens arbejde, og dermed give Byggeskadefonden der var indtrådte i bygherrens krav, adgang til at rette et direkte krav overfor underentreprenøren.

Voldgiftsretten gav Byggeskadefonden medhold i sin påstand. Retten lagde til grund for sagen, at for så vidt angik fejl ved udførelsen af arbejdet, som hørte under den del af entreprisen som underentreprenøren var ansvarlig for, indrømmes Byggeskadefonden direkte krav mod denne, grundet hovedentreprenørs konkurs. Underentreprenøren blev pålagt ansvaret for den del af det udførte arbejde, som kunne henføres denne, og ikke hovedentreprenøren. Hvad angik det arbejde som kunne henføres denne, lagde retten til grund, at dette havde karakter af ”sådanne håndværksmæssige fejl”,¹²⁸ som begrundet et erstatningsansvar. Underentreprenøren blev dermed frifundet for de

¹²⁷ TBB2018.525

¹²⁸ TBB2018.525, s. 3

mangler som hovedentreprenøren var ansvarlig for. Det blev ligeledes gjort gældende, at underentreprenøren blev afskåret retten til at fremsætte et modkrav, for så vidt angik aftalen med hovedentreprenøren.

På baggrund af ovenstående analyse af dommen, vil det være nærliggende at belyse hvad der kan udledes af afgørelsen. Det er centralt at påpege, at det ikke af voldgiftsrettens afgørelse fremgår, hvorvidt det direkte krav blev begrundet i eller udenfor kontrakt. Retten gjorde gældende i afgørelsen, at underentreprenøren ikke kunne gøre modkrav gældende ved bygherrens krav mod denne. Det skal ligeledes påpeges, at det ikke direkte af dommen kan udledes hvilken grad af culpa, sagsøgte blev idømt efter.

Ved spørgsmålet om hvorvidt der blev indrømmet et direkte krav på baggrund af kontraktreglerne eller deliktsreglerne kan der argumenteres for, at der er tale om et krav udenfor kontrakt. Dette kan begrundes med, at underentreprenøren blev nægtet adgang til at gøre modkrav gældende, hvilket må tale for, at der ikke bestod et afledet krav. Såfremt der måtte være tale om et afledet krav, kunne Byggeskadefonden subrogere i hovedentreprenørens krav, hvori der bestod et kontraktuelt forhold, som kunne bane vej for et modkrav.

Det skal ligeledes påpeges, at et direkte krav i nogle af de tidligere analyserede domme i afsnittet, tilsvarende blev vurderet ud fra momentet om der forelå ”sådanne håndværksmæssige fejl”, hvor det af nogle af disse domme, klart kan tydes, at dette blev vurderet ud fra et deliktuel grundlag. På baggrund af ovenstående må der være en formodning om, at det direkte krav blev indrømmet på baggrund af et deliktuel grundlag og dermed må støttes op af retsbrudssynspunktet.

Som ovenfor nævnt kan det ikke udledes af dommen, hvilken grad af culpa, underentreprenøren havde udvist. Denne blev idømt et erstatningsansvar begrundet i, at det udførte arbejde havde karakter af ”sådanne håndværksmæssige fejl”¹²⁹. Ud fra formuleringen, er det vanskeligt at udlede, i hvilken ende af skalaen den culpøse adfærd kan placeres. Det må dermed formodes, at denne kan klassificeres som et sted mellem simpel uagtsomhed og grov uagtsomhed.

¹²⁹ TBB2018.525, s. 3

2.4.2 Domsopsamling

Det skal pointeres, at spørgsmålet om indrømmelse af direkte krav på et deliktsretligt grundlag, er blevet rejst flere gange i retspraksis og er tillige blevet tildelt.

Det blev i afsnit 2.3 fremlagt, at det i litteraturen er diskuteret, hvilken grad af culpa der udløser et direkte krav efter retsbrudstilfældet. Forfatterne indenfor litteraturen har forskellige holdninger hertil, og der synes ikke at kunne sættes to streger under hvad der er gældende ret. I det foregående afsnit blev en række domme indenfor ældre samt nyere tid analyseret med henblik på, at klarlægge hvilken grad af culpa et direkte krav er blevet vurderet ud fra i retspraksis.

De inddragede forfatters delte meninger hertil må bl.a. formodes, at udspringe af hvordan retspraksis har forholdt sig til spørgsmålet om direkte krav gennem tiden. Som belyst ud fra analysen af de udvalgte domme, så har begrundelsen for indrømmelse af direkte krav udfoldet sig gennem tiden, hvilket synes at have medvirket til retsusikkerheden, der hersker indenfor litteraturen.

Det kan dog på baggrund af analysen af dommene tydes, at ældre retspraksis forudsatte strengere krav for indrømmelse af dette sammenlignet med nyere afgørelser. Det ses i ældre retspraksis, at der forelå en retsstridig handling, når der var handlet groft uagtsomt, svigagtigt eller forsætligt. En række forfattere inden for litteraturen bakker op omkring denne fremstilling, herunder Wittrup samt Borup Nørgaard og Vestergaard Pedersen. Opfattelsen af at direkte krav blev indrømmet ved grove uagtsom adfærd, kunne støttes op omkring analysen af sag U.1973.413, hvor en retsstridig handling blev vurderet ud fra, hvad der måtte karakteriseres som grov uagtsomhed eller forsæt.

I forlængelse af analysen af nyere retspraksis, fortolkes det, at kravet til uagtsomhedsgraden er blevet mere elastisk. Dermed antages det, at culpavurderingen er blevet udvidet i forbindelse med tildelingen af direkte deliktskrav i entrepriseforhold. Det ses i nyere praksis, at retten ikke længere statuerer retsbrud efter, hvorvidt der foreligger en retsstridig handling, men derimod inddrager andre forhold såsom, ”en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet”, ”sådanne håndværksmæssige fejl” samt ”professionelle fejl”. Det vil i den forbindelse være nærliggende at stille spørgsmålstejn ved, om ovenstående forhold i nyere praksis, er lig grov uagtsomhed.

I forbindelse med analysen af de inddragede domme, er det uklart hvor på uagtsomhedsskalaen, den pågældende skadevoldende handling, der kunne begrunde et direkte deliktskrav med afsæt i retsbrudssynspunktet, kunne placeres, fordi det ud fra omstændigheder i sagen ikke åbenlyst kan udledes. I dom U.2010.365 blev et direkte krav ikke indrømmet med henvisning til, at der ikke var tale om ”sådanne håndværksmæssige fejl¹³⁰”, som kunne begrunde retsbrud. Der kan argumenteres for, at der var tale om en handling af lavere grad af uagtsomhed, som i visse tilfælde læner sig op ad simpel uagtsomhed. Det kan på baggrund af dommen tolkes, at lavere grad af culpa ikke begrunder retsbrud.

Omvendt kan der argumenteres for, at culpagraden i nyere tid synes at være udvidet således, at handlinger af lavere grad af uagtsomhed begrunder direkte krav. Dette var tilfældet i dom TBB 2014.531, hvor et direkte krav kunne påberåbes til trods for, at det åbenlyst fremgik af rettens begrundelse for afgørelsen, at der ikke var handlet groft uagtsomt. Selvom retten fremhævede, at der ikke var tale om grov uagtsomhed, kan det ikke entydigt fastlægges, hvorvidt den skadevoldende handling blev vurderet som værende simpel. Som også nævnt tidligere i analysen af sagen, må culpagraden i afgørelsen betragtes som et sted mellem grov og simpel uagtsomhed. Afgørelsen af sagen må derfor være et argument for påstanden om, at culpagraden er blevet mere elastisk i nyere tid.

Et centralt moment der bør inddrages i vurderingen af graden af culpa der begrunder retsbrud, er professionsansvaret i erstatningsretten. Som nævnt i afsnit 2.1.2 gælder herefter, at der anvendes en særlig professionsmålestok ved vurderingen af et professionsansvar. Ved professionsansvaret bliver ansvaret bedømt efter den pågældende norm indenfor området, hvorfor der derfor ikke foretages den klassiske bedømmelse efter, hvordan den fornuftige person ville handlet. Det kan derfor fastlægges, at den professionelle bliver vurderet på baggrund af faglige forhold, og at der dermed foreligger et strengere ansvar.¹³¹ Som også nævnt i afsnittet gælder der ved entreprenøransvaret, at det adskiller sig fra det traditionelle professionsansvar. Dog må der argumenteres for, at der indenfor entreprenøransvaret er et strengere krav end den almindelige culpabedømmelse hvilket understøttes af, at retspraksis anvender branchenormer i vurderingen heraf.

¹³⁰ U.2010.365, s. 6

¹³¹ Eyben & Isager, 2015, s. 119 ff.

De vurderede forhold som nyere retspraksis foretager bedømmelsen ud fra, herunder *”en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet”*, *”sådanne håndværksmæssige fejl”* samt *”professionelle fejl”*, synes at fremhæve hvordan entreprenøren indenfor branchen ikke bør handle, og hvad der ikke betegnes som god-skik og som dermed begrunder retsbrud. Forfatterne i afhandlingen argumenterer for, at der er tale om en slags skjult culpa ud fra ovenstående forhold i vurderingen. Ligeledes skal det påpeges, at det ud fra de anvendte formuleringer kan konkluderes, at den skadevoldende handling som begrunder retsbrud, befinder sig i den mere culpøse kategori.

På baggrund af ovenstående, synes retspraksis i sine vurderinger fortsat, at bedømme retsbrud efter højere grad af uagtsomhed. Dermed kan der argumenteres for, at der i deres vurderinger foreligger en skjult betragtning om grov uagtsomhed.

På trods af dette klare udgangspunkt i vurderingen heraf, kan det tolkes at retspraksis tillægger yderligere momenter betydning i vurderingen, herunder væsentligheden af manglen. Der kan derfor argumenteres for, at culpagraden er blevet mere elastisk gennem tiden, men fortsat med en skjult culpabetragtning, som fastholder grovere uagtsomhed, som grundlag for indrømmelse af direkte deliktskrav. Påberåbelse af det direkte deliktskrav efter retsbrudssynspunktet må derfor anses for at være udvidet i nyere tid.

2.4.3 Dom U.2014.2042

– en forkastelse af den hidtidige retsopfattelse om ansvarsbegrænsningers illusoriske effekt?

I foregående afsnit blev en række domme analyseret, for at klarlægge hvilken grad af culpa der udløser retsbrud, og dermed som udgangspunkt tilsidesætter gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger. Det vil i det følgende blive undersøgt, om det altovervejende udgangspunkt om ansvarsbegrænsningers manglende gennemslagskraft ved direkte deliktskrav, alligevel kan gøres gældende i lyset af dom U.2014.2042. Sagen omhandler ligeledes direkte krav som de øvrige domme analyseret i foregående afsnit – udfaldet af sagen adskiller sig dog fra de øvrige domme, og kan muligvis få betydning for ansvarsbegrænsningers gyldighed, hvorfor forfatterne har valgt at analysere denne særskilt.

Sag U.2014.2042 vedrørte et spørgsmål om, hvorvidt der kunne rettes et direkte krav ved domstolene uden respekt for indgåede voldgiftsaftaler i aftalekæden.¹³² I sagen var der indgået en aftale mellem en bygherre og en totalrådgiver om opførelse af en skolebygning. Totalrådgiveren havde ligeledes indgået en aftale med en underrådgiver samt en underentreprenør, som stod for projekteringen samt udførelsen heraf. Ved opførelsen af bygningen, var der forvoldt skade på en naboejendom. Bygherrens forsikringsselskab havde betalt erstatning til ejeren af den beskadigede ejendom. Forsikringsselskabet ønskede efterfølgende at gøre et erstatningskrav gældende direkte mod underrådgiveren, efter reglerne om erstatning udenfor kontrakt. Sagsøgte påstod sagen afvist og protesterede imod sagsøgers påstand med henvisning til, at tvisten skulle løses ved voldgiftsretten, da der var tale om erstatning indenfor kontrakt.

I Byrettens afgørelse gjorde dommerne ikke sagsøgte påstand om afvisning gældende. De lagde til grund for afgørelsen, at forsikringsselskabet havde subrogeret i ejeren af naboejendommens retsstilling, hvorfor der blev indrømmet et direkte krav efter deliktsreglerne. Dette bevirkede, at voldgiftsaftalen ikke havde retsvirkning overfor forsikringsselskabet, da der ikke var tale om et afledet krav. Landsretten stadfæstede Byrettens afgørelse med begrundelsen om, at den indgåede voldgiftsklausul mellem totalrådgiver og underrådgiver ikke havde retsvirkning overfor bygherren.

Højesteret kom frem til et andet resultat end Byretten og Landsretten, og gjorde sagsøgte påstand om afvisning gældende. Retten gav sagsøgte medhold i sin påstand med den begrundelse, at det af Bekendtgørelse af lov om erstatningsansvar, LBK nr. 1070 af 24/08/2018 (Erstatningsansvarsloven) § 22, stk. 1, samt af almindelige obligationsretlige principper gælder, at forsikringsselskaber subrogerer i forsikringstagers retsstilling, ved udbetaling af erstatning til skadelidte på dennes vegne, hvorfor forsikringsselskabet havde indtrådt i bygherrens retsstilling.

Ved spørgsmålet om hvorvidt erstatningskravet skulle forfølges ved voldgiftsretten eller de almindelige domstole, kom dommerne frem til, at der indbyrdes mellem byggeriets parter, var aftalt ABR 89, hvorefter blandt andet tvister skulle afgøres ved voldgift. Det var dommernes opfattelse, at tvisten havde karakter af formuleringen efter ABR 89, punkt 9.0.1 ”*tvister i anledning af løsningen af opgaven*”,¹³³ hvorfor tvisten skulle anlægges ved voldgiftsretten. Eftersom at retten kom frem til, at forsikringsselskabet indtrådte i bygherrens retsstilling, efter subrogationssynspunktet, blev det endvidere lagt til grund, at forsikringsselskabet dermed også var omfattet af voldgiftsklausulen. Dette

¹³² U.2014.2042

¹³³ U.2014.2042, s. 8

blev begrundet med, at såfremt bygherren selv havde afholdt godtgørelsesomkostningerne og efterfølgende gjorde et regreskrav gældende mod underrådgiveren, ville denne være omfattet af voldgiftsklausulen.

Betydningen af sag U.2014.2042

På baggrund af forrige afsnit, vil det være nærliggende at belyse hvad der kan udledes af dommen, samt hvorledes retspraksis forholder sig til indsigelsers gyldighed udenfor kontrakt.

I sagen forholdte man sig ikke til graden af culpa, som den skadevoldende adfærd kunne kategoriseres som, eller hvorvidt direkte krav blev tildelt. Dette skyldes en aftalt voldgiftsklausul, der gik forud for dette spørgsmål. Det bemærkelsesværdige i dommen er dog det forhold, at en voldgiftsklausul, der var indgået i de forskellige led i aftalekæden, fik retsvirkning overfor forsikringsselskabet, som indtrådte i bygherrens retsstilling. Med andre ord fandt en voldgiftsklausul, der var indgået i de forskellige led i aftalekæden, anvendelse i forholdet mellem bygherre og underentreprenør til trods for, at en sådan aftale ikke var indgået mellem parterne, og dermed forhindrede adgangen for at rette direkte krav ved de almindelige domstole.

Ovenstående bevirker at udfaldet af dommen må betragtes som en forkastelse af udgangspunktet om, at underentreprenørens indsigelser ikke kan påberåbes overfor tredjemand, og dermed løsriver sig fra den gældende opfattelse af indsigelsers gyldighed udenfor kontrakt.¹³⁴ På baggrund af ovenstående fremstilling, kan der sættes spørgsmålstegn ved, om eventuelle øvrige indsigelser, herunder ansvarsbegrænsninger, ligeledes kan få gennemslagskraft ved et deliktskrav?

Forfatteren påpeger, at i de tilfælde hvor der er indgået en voldgiftsklausul mellem parterne, herunder mellem bygherre og hovedentreprenør, og mellem hovedentreprenør og underentreprenør, kan denne påvirke bygherrens krav udenfor kontrakt. På baggrund af ovenstående kan det fastlægges, at Iversens tilgang til voldgiftsklausulers gyldighed udenfor kontrakt, må siges at føre til det samme resultat af dommen.¹³⁵ I forlængelse heraf skal det påpeges, at han yderligere fortolker, at også øvrige indsigelser kan gøres gældende ved et krav udenfor kontrakt.¹³⁶

¹³⁴ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15

¹³⁵ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 8 og Iversen, 2016, s. 901

¹³⁶ Iversen, 2016, s. 901 og Amiri og Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 8

Ligeledes påpeger Amiri og Theis Jacobsen, at såfremt kontrakter aftalt tidligere i aftalekæden, kan få indvirkning på bygherrens krav mod underentreprenøren, må det være betinget af, at disse danner samme grundlag i hele aftalekæden. Herved forstås, at der gennem aftalekæden skal foreligge identiske kontrakter vedrørende den pågældende indsigelse, såfremt disse kan anses for at have en tilstrækkelig forbindelse til, at dette vil smitte af på et direkte krav. Det antydes således, at det afgørende moment for om en ansvarsbegrænsning vil kunne påberåbes udenfor kontrakt må være, hvorledes denne kan fortolkes på en sådan måde, at det vil kunne smitte af på bygherrens krav.¹³⁷

Med afsæt i afgørelsen af dom U.2014.2042 samt af forfatterne indenfor litteraturens holdning hertil opstår en formodning om, at ansvarsbegrænsninger også kan få tillagt betydning ved et direkte krav. Kravet herfor formodes at være, at de gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger skal være identiske således, at disse beløbsmæssige er ens, før dette kan have en tilstrækkelig forbindelse til deliktskravet og dermed få en afsmittende effekt på det direkte krav.

Et sådan krav udenfor kontrakt, der påvirkes af ansvarsbegrænsningerne i aftalekæden, vil have karakter af et kontraktspræget deliktskrav, som kort blev behandlet i afsnit 2.2.4. Teorien om det kontraktsprægede deliktskrav tilsigter, at deliktskravet bliver påvirket af kontraktuelle indsigelser, og dermed skal respektere disse, hvorfor det transformeres til et kontraktspræget deliktskrav.¹³⁸ Teorien synes ikke at forekomme nær så fordelagtig for bygherrens vedkommende, sammenlignet med retsbrudssynspunktet, hvorefter ansvarsbegrænsninger som altovervejende udgangspunkt ikke anerkendes.

På baggrund af analysen af dommen, samt fremstillingen af en række forfatters tilgang til indsigelsers gyldighed ved krav udenfor kontrakt fastlægges det, at dommen gør oprør med den hidtidige konsensus om, at underentreprenørens indsigelser ikke kan påberåbes ved det deliktuelle krav. Afslutningsvist er det centralt at påpege, at sagen forekommer bemærkelsesværdig i lyset af afgørelsen af sag TBB2014.531 som blev afgjort kort tid forinden, og som ligeledes skabte stor opsigt indenfor byggebranchen.¹³⁹

¹³⁷ Amiri og Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 9

¹³⁸ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15, s. 4 og Borup Nørgaard & Vestergaard Pedersen, U1995B.385, s. 12

¹³⁹ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105.15 og <https://www.dahllaw.dk/nyheder/229/23-nov-2018-ab-18-begraensninger-i-bygherres-mulighed-for-at-rette-krav-direkte-imod-underentreprenoerer/>

Som tidligere nævnt forelå der i sag TBB2014.531 kontrakter vedrørende ansvarsbegrænsninger både i aftaleforholdet mellem underentreprenør og hovedentreprenør samt mellem hovedentreprenør og bygherre. Forskellen på de indgåede kontrakter var de beløb som henholdsvis underentreprenøren og hovedentreprenøren havde begrænset sig til. Dermed kan der argumenteres for, at de ansvarsbegrænsninger som var indgået i aftalekæden, synes at have tilstrækkelig relation til det direkte krav, som kunne have en afsmittende effekt.

Dermed kan der stilles spørgsmålstegn ved, om udfaldet af sagen ville have været anderledes, såfremt denne var afgjort efter U.2014.2042, som gjorde oprør med det hidtidige udgangspunkt om, at ansvarsbegrænsningerne ikke respekteres ved et krav udenfor kontrakt. Det kan efter afsigelse af dom U.2014.2042 argumenteres for, at underentreprenøren i sag TBB2014.531 muligvis ville kunne have påberåbt sig en ansvarsbegrænsning på maksimalt 1 mio. kr., da dette var den ansvarsbegrænsning som udgjorde det maksimale beløb i hele aftalekæden.

2.5. Juridisk delkonklusion

Det entrepriseretlige område er ikke reguleret ved lov, hvorfor parterne har aftalefrihed og dermed frit kan regulere kontrakterne i de forskellige led i aftalekæden. Med afsæt i den juridiske problemformulering, har ovenstående analyse undersøgt, hvornår der kan indrømmes et direkte deliktskrav begrundet i retsbrudssynspunktet, samt ansvarsbegrænsningers manglende gennemslagskraft som følge heraf.

Indledningsvist behandlede afhandlingen direkte krav generelt, hvoraf øvrige grundlag herfor ligeledes kort blev fremstillet med henblik på at belyse, hvorfor et direkte deliktskrav efter retsbrudssynspunktet kan være vidtgående for underentreprenøren sammenlignet med øvrige synspunkter indenfor teorien.

I analysen af direkte krav efter retsbrudssynspunktet kunne det konstateres, at der hidtil har hersket retsikkerhed. Dette kan til dels begrundes med, at der i litteraturen ikke kan sættes to streger under retsbrud, og dermed kravet for at kunne påberåbe et deliktskrav, da forfatterne i den juridiske litteratur, har forskellige opfattelser af begrebet.

For at komme nærmere til bunds i den retsusikkerhed der synes at herske på området, blev der foretaget en analyse af, hvordan forfatterne indenfor litteraturen forholder sig til spørgsmålet om hvornår der kan indrømmes et krav på baggrund af retsbrudssynspunktet. Som det ligeledes fremgik af afsnit 2.3, var der blandede holdninger til hvilken culpagrad der bør udløse et direkte krav. En række af forfatterne, herunder bl.a. Wittrup stiller hårdere krav herfor og argumenterer for, at retsbrud forudsætter grov uagtsomhed, hvor andre forfattere som f.eks. Hørlyck samt Edlund, synes at have en anden opfattelse og derfor argumenter for, at ethvert uforsvarligt forhold, bør være tilstrækkeligt for indrømmelse af direkte krav efter retsbrudssynspunktet.

Det kunne på baggrund af alle de inddragede forfatters fremstilling fastlægges, at der herskede uenighed om graden af culpa der udløser retsbrud, hvorfor denne ud fra litteraturen må befinde sig et sted mellem simpel og grov uagtsomhed, hvor grov uagtsomhed som minimum ville give adgang til direkte krav.

Da analysen af forfatternes fremstilling gav en indikation af, at der blandt disse forelå uenighed, blev der ligeledes foretaget en analyse af hvorledes retspraksis forholder sig til spørgsmålet om culpavurderingen ved inddragelse af en række relevante domme og kendelser. Dette med henblik på at klarlægge, om retsusikkerheden synes at kunne henføres forfatterne indenfor litteraturen, eller om det muligvis kunne henføres retspraksis.

Ud fra analysen af de forskellige afgørelser i retspraksis kunne det konstateres, at ældre retspraksis udadtil syntes at stille strengere krav herfor sammenlignet med nyere praksis. Påstanden støttes op af analysen af dom U.1973.413, hvor en retsstridig handling blev gjort gældende som følge af grov uagtsomhed og forsæt. Dog må de strenge krav tillige argumenteres for, dels at være kommet til udtryk i nyere praksis, men hvor rækkevidden herfor synes at være blevet udvidet, således at andre momenter tillægges betydning. Som det også blev fremhævet, kan det ikke direkte af nyere praksis udledes, hvorvidt der fortsat bliver stillet krav om grov uagtsomhed, da vurderingen i nyere praksis er blevet foretaget på en række varierende grundlag. Bedømmelserne har blandt andet beroet på ”*en graverende professionel fejl vedrørende en vital del af byggeriet*”, ”*professionelle fejl*” samt ”*sådanne håndværksmæssige fejl*”. Fælles for disse er, at det af formuleringen ikke kan fastlægges hvor på uagtsomhedsskalaen et direkte deliktskrav tildeles.

I forlængelse af ovenstående skal det ligeledes påpeges, at der i nyere praksis, herunder bl.a. dom U.2010.365 V, er set en tendens til at inddrage øvrige momenter i vurderingen heraf, hvorfor det synes, at vurderingen i nyere praksis er blevet mere elastisk sammenlignet med tidligere.

Som tidligere nævnt læner entreprenøransvaret sig op af professionsansvaret, hvorfor der gælder en strengere culpavurdering, samt at bedømmelsen foretages på baggrund af, hvordan en professionel indenfor faget burde have handlet. Dette synes at være i overensstemmelse med bedømmelserne i de inddragede sager, hvoraf det kan udledes, at vurderingen er foretaget på baggrund af en professionsmålestok og en række god-skik regler. På baggrund heraf kan der argumenteres for, at der foreligger en slags skjult culpabetragtning som fortsat tager udgangspunkt i en culpagrad, der synes at befinde sig i den højere ende af skalaen. Argumentet for at der stadig synes at foreligge en højere grad af culpa skyldes, at det ud fra ovenstående kan udledes, at der anvendes en målestok, der tager udgangspunkt i klare fejl, som er i strid med hvordan der bør handles indenfor branchen.

I henhold til spørgsmålet om hvorvidt usikkerheden kan henføres forfatterne alene, eller dette ligeledes kommer til udtryk i retspraksis påpeges det, at retspraksis' forskellige begrundelser for afgørelserne skaber en usikkerhed omkring hvad der bliver lagt til grund for indrømmelsen af deliktskrav begrundet i retsbrudstilfældet. Dette har muligvis haft en afsmittende effekt på forfatterne i litteraturen, som i diskussionen ligeledes er uenige om kravene.

Dog opstår der på baggrund af ovenstående argumentation omkring den skjulte culpagrad en formodning om, at retspraksis foretager vurderingen på baggrund af en professionsmålestok, og hvordan en fagperson indenfor området bør handle, og ikke blot graden af uagtsomhed. Således ses det, at domstolene i deres begrundelser lægger en række forskellige forhold til grund for afgørelsen, hvorfor retsusikkerheden må synes at have oprindelse derfra. Udviklingen i retspraksis synes at have skabt en form for usikkerhed blandt byggeriets parter, da det på baggrund af retspraksis' afgørelser kan forekomme tvetydigt, hvad der bliver lagt til grund for tildelingen af et direkte krav. Dog opstår der på baggrund af analysen en formodning om, at de kan forvente, at det forudsætter en grovere culpøs handling.

På trods af det altovervejende udgangspunkt om ansvarsbegrænsningers manglende gennemslagskraft ved direkte deliktskrav, beskæftigede denne del af afhandlingen sig med dette, i lyset af sag

U.2014.2042, hvor en voldgiftsklausul, der var indgået i de forskellige led i aftalekæden, fik tildelt gyldighed ved et direkte krav. Dette satte spørgsmålstegn ved om andre indsigelser, herunder ansvarsbegrænsninger ligeledes kan få tildelt en sådan betydning. I analysen heraf blev en række forfatteres holdninger hertil inddraget hvorefter det kunne udledes, at der er en formodning om, at ansvarsbegrænsninger ligeledes kan få betydning ved et direkte deliktskrav. Afgørelsen af sag U.2014.2042 synes at være en forkastelse af det altovervejende udgangspunkt om tredjemands indsigelser ved krav udenfor kontrakt. Afgørelsen af sagen formodes at støtte op omkring teorien, om det kontraktsafhængige retsbrudsansvar, som er fremlagt af forfattere indenfor teorien. Det kan på baggrund af sagen påpeges, at såfremt der rettes et direkte krav hvor ansvarsbegrænsninger respekteres, så vil der være tale om et kontraktspræget retsbrudsansvar som muligvis ændrer på retstilstanden.

Kapitel 3 – Den økonomiske analyse

3.1 Introduktion til den økonomiske analyse

Det blev i den juridiske analyse fremhævet, at gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger som udgangspunkt mister gennemslagskraft ved direkte krav udenfor kontrakt. Som det ligeledes blev belyst i afsnit 2.4, har dette ført til erstatningskrav i millionklassen til trods for gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger i aftalekæden. De store erstatningskrav er konsekvensen af, at der er blevet indrømmet direkte krav på baggrund af retsbrudssynspunktet, som forårsager en illusorisk effekt af ansvarsbegrænsninger.

Direkte krav udløser en række kontraktuelle problemer, idet ansvarsbegrænsninger mister gennemslagskraft, hvorfor kontrakterne må synes at være ufuldstændige. De ufuldstændige kontrakter bevirker, at byggeriets parter ikke kan regne med, at de aftaler der bliver indgået indbyrdes i kæden, vil kunne påberåbes såfremt der efter kontraktindgåelsen, skulle opstå en tvist omkring mangler ved byggeriet. Det formodes at problematikken medfører, at incitamentene for at indgå i entreprisekontrakter forringes, da de kontraherende parter ikke kender udfaldet af deres aftaleforhold, hvilket kan have en afskrækkende effekt på disse. Dette danner grundlag for problemstillingen i den økonomiske analyse, hvorefter der stilles spørgsmålstejn ved kontraktens optimalitet indenfor entrepriseområdet ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv.

3.2 Entrepriseretlige kontrakter

3.2.1 Generelt om entrepriseretlige kontrakter

I henhold til fremstillingen af problematikken i forrige afsnit, vil det være nærliggende at belyse de entrepriseretlige kontrakter med henblik på at få en forståelse heraf. Det blev i afsnit 2.1.1 fastlagt, at kontrakten er et centralt element i entrepriseforholdet, da denne regulerer parternes pligter og rettigheder.¹⁴⁰ Kontrakten er således bindeleddet mellem parterne, og indeholder væsentlige, omfattende og ikke mindst indviklede elementer, som kan skabe komplikationer af økonomisk karakter.

¹⁴⁰ Hørlyck, 2019, s. 46

Som det ligeledes fremgik af afsnit 2.2.7, er der aftalefrihed i Danmark, hvorfor parterne indbyrdes kan tilrettelægge aftalevilkår samt kontraktuelle indsigelser. Ved kontraktindgåelsen er det dermed vigtigt, at fremhæve hvilke rettigheder samt pligter aftaleforholdet indebærer, så de kontraherende parter på forhånd kender til deres retsstilling, og ved hvordan eventuelt opståede tvister skal håndteres.

På trods af den førømtalte aftalefrihed samt, at parternes pligter og rettigheder kan klarlægges på forhånd, sættes der alligevel spørgsmålstegn ved om byggeriets parter, på trods af dette, indgår de mest værdimaksimerende kontrakter som skaber efficiens, og dermed resulterer i et Pareto-optimalt udgangspunkt? Spørgsmålet stilles i lyset af konsekvenserne ved direkte krav som bevirker, at parterne kan blive pålagt et uforudset ansvar, som indikerer at kontrakterne ikke kan anses som fuldstændige.

3.2.2 Ufuldstændige kontrakter

Ufuldstændige kontraktens karakteristika

I foregående afsnit blev det belyst, at konsekvensen af direkte deliktskrav er, at gyldige ansvarsbegrænsninger mister gennemslagskraft, som bevirker kontraktens ufuldstændighed. Såfremt en kontrakt ikke er udtømmende, kan det forvolde kontraktuelle problemer og lede til det der i teorien betegnes som en ufuldstændig kontrakt.¹⁴¹ Den manglende fuldstændighed kommer således til udtryk, såfremt der opstår tvister, som der ikke blev taget højde for ved kontraktindgåelsen. Det følgende afsnit vil fokusere på kontraktens ufuldstændighed indenfor entrepriseområdet.

Udtrykket ufuldstændige kontrakter dækker over de forhold, som parterne ikke har taget stilling til ved kontraktindgåelsen. Disse forhold omfatter både forudsigelige samt uforudsigelige hændelser.¹⁴² Det skal i forlængelse heraf påpeges, at de fleste kontrakter antages at være ufuldstændige, da det kan være vanskeligt at afdække og udtænke alle scenarier, der kan opstå i forbindelse med entreprisarbejdet.

¹⁴¹ Cohen, 1999, s. 80 ff.

¹⁴² Cohen, 1999, s. 79 ff.

I forlængelse af ovenstående skal det ligeledes påpeges, at et direkte krav kan være vanskeligt at forudse ex ante, når der som fremhævet i afhandlingen er et udgangspunkt inden for teorien om, at det kun er de nærmeste aftaleparter der kan rejse krav mod hinanden. Dog kan der med henvisning til analyse af dommene i afsnit 2.4 konstateres, at et direkte krav er realiseret i en række sager hvilket taler for, at der skabes usikkerhed om kontraktens fuldstændighed i entrepriseforholdet. Usikkerheden skyldes, at underentreprenøren med afsæt i kontrakten, kun har forpligtet sig overfor hovedentreprenøren som er dennes nærmeste aftalepart, men kan ved indrømmelse af direkte deliktskrav tillige ende med at være forpligtet overfor tredjemand, herunder bygherren.

De ufuldstændige kontrakter resulterer i, at det i sidste ende er op til domstolene at fortolke samt afgøre parternes retsstilling, såfremt der skulle opstå stridigheder mellem disse ex post, som det blandt andet blev fremhævet i analyse af dommene. Spørgsmålet er herefter, om domstolene kommer frem til et værdimaksimerende udgangspunkt i lyset af kontraktens ufuldstændighed. Dette vil blive yderligere behandlet senere i afhandlingen.

Det interessante i forlængelse af førnævnte problematik er, hvordan kontrakten bør udformes af koncipisterne, så tvister der resulterer i bygherres direkte krav mod hovedentreprenørens medkontrahent, altså underentreprenøren, også er inddraget i overvejelserne ved kontraktindgåelsen. På baggrund af ovenstående vil det derfor være nærliggende at sætte spørgsmålstejn ved, hvad der kan karakteriseres som den komplette kontrakt? Inden der bliver kigget nærmere på forudsætningerne for den optimale kontrakt, præsenteres først et overblik over transaktionsomkostninger samt disses betydning for kontraktens fuldstændighed.

Transaktionsomkostningers betydning for den optimale kontrakt

En af årsagerne til, at parterne indenfor entrepriseområdet ikke udarbejder fuldstændige kontrakter, der tager højde for alle tænkelige forhold, kan skyldes transaktionsomkostninger. Der følger en række omkostninger med ved tilblivelse af kontrakter, som kan karakteriseres som transaktionsomkostninger.¹⁴³ Det formodes, at jo mere dybdegående kontrakter der bliver indgået, jo flere transaktionsomkostninger er der alt andet lige forbundet hermed. Med andre ord bevirker transaktionsomkostninger, at de ønskede kontrakter ikke indgås.¹⁴⁴ I forlængelse heraf skal det påpeges, at det efter

¹⁴³ Eide & Stavang, 2008, s. 129 ff.

¹⁴⁴ Eide & Stavang, 2008, s. 294

økonomisk teori gælder, at parterne er rationelle hvorfor det må antages, at koncipisterne indenfor branchen er rationelle og vil prioritere, at anvende ressourcer på de elementer der gavner dem bedst i aftalemomentet, og dermed opnå en besparelse ved undladelse af mindre betydelige dele.¹⁴⁵

Ovenstående fremstilling henleder til opmærksomhed på front-end og back-end transaktionsomkostninger. Front-end dækker over de transaktionsomkostninger der afholdes *ved* kontraktindgåelsen, hvorimod back-end karakteriseres som de transaktionsomkostninger der opstår *efter* kontraktindgåelsen.¹⁴⁶ Selvom det kan være en fordel for parterne, at prøve at afdække alle forhold ved kontraktindgåelsen, kan der ligeledes være en tilbøjelighed til netop at undlade dette, fordi det kan være omkostningsfuldt. Omvendt kan håndhævelsesomkostningerne minimeres back-end, såfremt kontraktindholdet er nøje defineret ved front-end¹⁴⁷.

Ovenstående leder til spørgsmålet om, hvilken kategori af transaktionsomkostninger der må synes at være mest efficient at afholde indenfor entrepriseområdet? Dette synes bedst at kunne besvares ved, at sammenholde de transaktionsomkostninger der er forbundet med udarbejdelsen af en mere fuldstændig kontrakt kontra sagsomkostningerne, som parterne er nødsaget til at afholde, såfremt domstolene skal afgøre tvisten. I den forbindelse vil sag TBB2014.531 være nærliggende at inddrage i diskussionen, da erstatningskravet i sagen blev udmålt til ca. kr. 65.800.000, hvilket udgjorde det ”rene” erstatningsbeløb ekskl. sagsomkostninger.¹⁴⁸ Heraf udgjorde det samlede erstatningsbeløb 81.000.000 hvilket må formodes, at være med de tilhørende renter og sagsomkostninger, der er blevet tillagt de kr. 65.800.000. I forlængelse heraf skal det tillige påpeges, at sagsomkostningernes beløbsstørrelse blev så høje, da sagen verserede i ni år.¹⁴⁹

Sammenholdes front-end transaktionsomkostningerne med back-end –omkostninger ud fra ovenstående sag antages det, at det i dette tilfælde ville have været mest efficient at have udarbejdet en fuldstændig kontrakt, og dermed have afholdt front-end transaktionsomkostninger, da det formodes, at disse uden tvivl ville have været lavere end de afholdte back-end omkostninger.

¹⁴⁵ Eide & Stavang, 2008, s. 86

¹⁴⁶ Choi & Triantis, 2010, s. 852

¹⁴⁷ Choi & Triantis, 2010, s. 852

¹⁴⁸ TBB2014.531, s. 4

¹⁴⁹ <https://ing.dk/artikel/ni-aars-strid-om-bobledaek-fejl-slut-raadgiver-skal-betale-dr-81-mio-kr-i-erstatning-166095>

Det kan på baggrund heraf konkluderes, at transaktionsomkostninger er et centralt element ved indgåelse af kontrakter og samtidig kan hæmme disses fuldstændighed. Afgørende er det, hvorvidt omkostningerne ved at indgå mere fuldstændige kontrakter er lavere end ved at undlade dette og afholde back-end omkostninger i stedet. Der kan ud fra begge omstændigheder argumenteres for fordele og ulemper heraf. Spørgsmålet om hvad der er mest efficient synes at kunne besvares ved, at foretage en sammenholdelse heraf, som dog kan forekomme vanskeligt at vurdere for parterne ved aftaleindgåelse.

3.2.3. Den Pareto-optimale kontrakt

I det følgende afsnit vil den Pareto-optimale kontrakt indenfor entrepriseforhold blive belyst, samt hvilke momenter der bør overvejes ved kontraktindgåelsen således, at problematikken vedrørende ufuldstændige kontrakter i entrepriseforhold kan imødekommes.

Det Pareto-optimale udgangspunkt

Som tidligere påpeget i analysen formodes det, at de entrepriseretlige kontrakter er ufuldstændige, da det kan være vanskeligt at afdække alle forhold ved kontraktindgåelsen. På trods af denne antagelse påpeges det, at disse ved aftaleindgåelsen må anses for at være Pareto-optimale. Begrundelsen herfor er, at disse er udformet ud fra de omstændigheder som parterne må have vægtet samt ønsket ved indgåelsen.¹⁵⁰ Med andre ord må kontrakter alligevel anses som værende perfekte i aftalemomentet, når parterne indgår disse med afsæt i hinandens behov.¹⁵¹ Det kan herudfra antages, at øvrige begivenheder ved kontraktindgåelsen enten har været uforudsigelige eller usandsynlige for de kontraherende parter, hvorfor disse ikke er medtaget i kontrakten ved indgåelsen heraf.

I de følgende afsnit vil en række kontraktøkonomiske teorier og modeller analyseres for, at identificere de kontraktuelle udfordringer, for derved at præsentere den optimale kontrakt i den integrerede analyse.

Fuld rationalitet

En del af den økonomiske teori er opbygget omkring antagelsen om, at individet handler rationelt.¹⁵² Derfor er en af forudsætningerne for at indgå en komplet og fuldstændig kontrakt, at parter-

¹⁵⁰ Eide & Stavang, 2008, s. 285

¹⁵¹ Eide & Stavang, 2008, s. 285

¹⁵² Eide & Stavang, 2008, s. 86

ne er rationelle. Teorien om rationalitet tilsigter ligeledes, at individet træffer de beslutninger som fremmer denne mest muligt.¹⁵³ Med andre ord forstås ved rationalitet, at parterne vil træffe de valg der er mest nyttemaksimerende.¹⁵⁴

Indenfor principal-agent teorien, som vil blive inddraget i det følgende afsnit, behandles ligeledes rationalitet i forbindelse med fuldstændige kontrakter. Herefter gælder, at ved symmetrisk information, vil parterne være fuld rationelle og antages ikke at handle opportunistisk.¹⁵⁵ Dermed må det antages, at asymmetrisk udløser begrænset rationalitet og dermed opportunistisk adfærd, hvilket resulterer i kontraktens ufuldstændighed.

3.3 Symmetrisk information

3.3.1 Introduktion til ufuldstændig information

Et af de forhold der kan spærre for adgangen til at indgå den optimale kontrakt, indenfor entreprisområdet, kan være ufuldstændig information mellem de kontraherende parter. I kontraktkæden kan parterne have en række informationer, der bliver skjult overfor de øvrige parter der indgår i kæden.¹⁵⁶ I det følgende afsnit vil det blive undersøgt hvorvidt der hersker ufuldstændig information i kontraktkæden ved hjælp af principal-agent teorien.

3.3.2 Principal-agent teorien

Ved behandlingen af fuldstændig information i kontrakter, er principal-agent teorien aktuel at inddrage, da denne er blandt de økonomiske teorier, der behandler problemstillingen omkring ufuldkommen information. Teorien tilsigter at omdanne den enkelte transaktion til en analyseenhed, for derved at kunne analysere denne eksplicit. En måde hvorpå teorien gør dette er ved, at analysere forholdet mellem principalen og agenten ud fra hvordan det er, samt hvordan det bør være – fra et kontraktuelt synspunkt.¹⁵⁷ Forfattere inden for teorien behandler således de situationer, hvor der ikke er fuldstændig information i principal-agent forholdet, men hvor der hersker informations-

¹⁵³ Eide & Stavang, 2008, s. 86

¹⁵⁴ Eide & Stavang, 2008, s. 86 ff.

¹⁵⁵ Hendrikse, 2003, s. 93 ff.

¹⁵⁶ Knudsen, 1997, s. 164

¹⁵⁷ Knudsen, 1997 s. 164

asymmetri mellem de kontraherende parter.¹⁵⁸ Teorien tilsigter at imødekomme problematikken omkring informationsasymmetri ved udarbejdelse af en kontrakt der skaber incitament for at handle i lighed med principalens interesser.¹⁵⁹

På baggrund af analysen af principal-agent teoriens relevans for problematikken omkring ufuldstændig informations betydning for den optimale kontrakt, vil det oplagte spørgsmål herefter være, hvad teorien indebærer? Teorien kan bedst karakteriseres ved, at der foreligger et principal-agent forhold, hvorefter agenten skal udføre eller tage en række beslutninger på vegne af principalen.¹⁶⁰ Et klassisk eksempel herpå kan være et ansættelsesforhold, hvorefter agenten skal udføre arbejde for principalen. Teorien er central at anvende i de tilfælde, hvor der foreligger informationsasymmetri mellem de kontraherende parter, og i situationer hvor agenten har flere informationer end principalen omkring agentens handlinger, hvorfor agenten på baggrund heraf kan handle opportunistisk og i eget øjemed.¹⁶¹

I henhold til principal-agent teoriens fremstilling af informationsasymmetri sonderer den overordnet mellem to kategorier; henholdsvis skjult information også kaldet adverse selection samt skjult handling eller moral hazard.¹⁶² Adverse selection er den type ufuldstændig information der kan forekomme ex ante, altså før kontraktindgåelse, hvor en aftalepart har en skjult information eller har kendskab til information som modparten ikke har samtidig med, at dette har betydning for kontraktforholdet.¹⁶³

Den anden type af informationsasymmetri som teorien beskæftiger sig med er moral hazard – også betegnet som en skjult handling, hvorefter den skjulte adfærd udvises ex post.¹⁶⁴ Med andre ord forstås, at der efter kontraktindgåelse foretages en skjult handling, som modparten ikke kan observere, hvorfor denne handling vil være skjult grundet informationsasymmetrien. Her vil der således handles i strid med den indgåede kontrakt, hvorfor modpartens interesser ikke tilgodeses.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Knudsen, 1997 s. 164

¹⁵⁹ Knudsen, 1997 s. 164 ff.

¹⁶⁰ Knudsen, 1997 s. 164

¹⁶¹ Knudsen, 1997 s. 164

¹⁶² Knudsen, 1997 s. 165

¹⁶³ Knudsen, 1997 s. 165

¹⁶⁴ Knudsen, 1997 s. 167

¹⁶⁵ Knudsen, 1997 s. 167

Christian Knudsen fremhæver, at der er to typer af informationsasymmetri, som kan være vanskelig at sondre mellem i praksis. Herved forstås, at det kan forekomme vanskeligt at kategorisere informationsasymmetri som værende enten adverse selection eller moral hazard.¹⁶⁶ Dette må ligeledes formodes at være gældende indenfor entrepriseforhold, hvor informations asymmetri antages både at eksistere før og efter kontraktindgåelsen.

På baggrund af ovenstående er det nærliggende at belyse problematikken i henhold til det entrepriseretlige forhold samt kontrakter. Som nævnt i introduktionen til økonomisk analyse synes kontrakterne indenfor området at have en tendens til at være ufuldstændige, hvilket konstateres på baggrund af afhandlingens kapitel 2, hvorefter det blev belyst, at direkte krav på baggrund af et deliktuelt grundlag resulterer i ansvarsbegrænsningers manglende virkning, som dermed antages at bewirke ufuldstændighed af kontrakter. En del af problematikken indenfor entrepriseområdet, må derfor være de informationer samt handlinger, som ikke er tilgængelige for parterne ved kontraktindgåelsen.

I henhold til principal-agent teoriens roller indenfor entrepriseforhold, kan parternes rolle i henhold til teorien være udfordrende at placere. Dette skyldes, at der ikke foreligger en direkte aftale mellem alle byggeriets parter. Dette resulterer i, at hovedentreprenøren både kan anses som værende agenten i forholdet til bygherren, men ligeledes kan betragtes som principalen i kontraktforholdet med underentreprenøren. På trods af denne sondring må det dog antages, at bygherren anses som principalen, da det er denne der skal træffes beslutninger på vegne af eller udføres arbejde for i sidste ende.¹⁶⁷ Der kan derfor argumenteres for, at både hovedentreprenøren samt underentreprenøren i sidste ende kan anses for at være agenten i kontraktforholdet, da begge parter direkte eller indirekte udfører arbejde på vegne af bygherren.

Rettes fokus mod hvorvidt der hersker informationsasymmetri indenfor entrepriseområdet, og i givet fald, hvilken kategori heraf i henhold til teorien, antages det på baggrund af ovenstående fremstilling at være moral hazard. Begrundelsen herfor er, at agenterne efter kontraktindgåelsen har lejlighed til at foretage en række skjulte handlinger overfor bygherren, i form af mangelfuldt arbejde ved opførelsen af entreprisen. Påstanden støttes op omkring analyse af domme på området i afsnit

¹⁶⁶ Knudsen, 1997 s. 168

¹⁶⁷ Holle & Nielsen, 2017, s. 181

2.4, hvorudfra det kunne konstateres, at hovedentreprenøren samt underentreprenøren i en række tilfælde havde udvist en skjult handling ex post. Årsagen til, at agenterne har mulighed for at udvise moral hazard adfærd skyldes, at det kan forekomme vanskeligt for bygherren at udføre kontrol af, hvorvidt udførelsen er i overensstemmelse med de kontraktuelle betingelser. Bygherren vil formentlig først gennemskue agenternes moral hazard adfærd såfremt der opstår klare fejl ved byggeriet. Endvidere skal det påpeges, at bygherren ikke nødvendigvis har den fornødne uddannelse eller ekspertise. Med andre ord kan agenterne efter kontraktindgåelse, udvise en sådan adfærd som ikke harmonerer med bygherrens interesse.

3.3.3 Incitamentsforenelige kontrakter

På baggrund af ovenstående analyse er der en formodning om, at der hersker asymmetrisk information i form af hovedentreprenørens og underentreprenørens skjulte handlinger efter kontraktindgåelse. Det oplagte spørgsmål vil derfor være hvordan problematikken kan afhjælpes.

Inden for principal-agent teorien kan problematikken omkring asymmetrisk information løses ved hjælp af incitamentsforenelige kontrakter. Ved brug af incitamenter i kontrakten, skabes villighed for hovedentreprenøren og underentreprenøren til at handle i overensstemmelse med bygherrens interesse.¹⁶⁸ I det følgende vil der blive præsenteret to tiltag som et bud på en incitamentsforenelig kontrakt.

Garanti

En måde hvorpå der kan skabes incitament i kontrakten for agenterne, kunne være at stille krav om en garanti i kontrakten.¹⁶⁹ For at skabe incitament til at handle i overensstemmelse med bygherrens interesse, kunne en garantiordning påkræves i kontrakten, hvori agenten eller agenterne stillede sikkerhed for det i kontrakten aftalte arbejde. Garantien kunne eksempelvis indeholde en erklæring på, at arbejdet ville blive udført i overensstemmelse med kontraktens indhold, samt at tilsidesættelse heraf ville udløse erstatning indenfor kontrakt. Der er en klar formodning om, at en sådan garanti-stillelse ville skabe incitament for den enkelte agent til at handle i lighed med kontrakten. Endvidere må det formodes, at agenterne vil være mindre tilbøjelige til, at udvise en moral hazard adfærd, da

¹⁶⁸ Knudsen, 1997, s. 168

¹⁶⁹ Knudsen, 1997, s. 167

en sådan adfærd vil bevirke at disse ifaldes garantien, hvilket ikke vil være efficient ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv. Herudover må det tillige antages, at en garanti vil sende et signal overfor bygherren om, at agenten har et incitament samt villighed til at yde sit for at kontrakten opfyldes.

Det skal ligeledes påpeges, at en garantistillelse ud fra et risikoallokeringsperspektiv ville bevirke, at en del af risikoen dermed overflyttes til den garantistillende part.¹⁷⁰ Risikoallokeringen indenfor entrepriseområdet vil blive yderligere behandlet senere i afhandlingen.

Risikobestemt honorar

Et andet initiativ for tilrettelæggelse af en incitamentsforenelig kontrakt kunne være det forhold, at agenterne blev aflønnet efter den risiko, som de måtte påtage sig ved indgåelse i entrepriserforholdet. Det må antages, at der indenfor entrepriseretten er en klar formodning om, at honoraret ikke nødvendigvis afspejler den risiko som entreprenøren påtager sig ved indgåelse af kontrakten. Dette konstateres i lyset af de inddragede domme i afsnit 2.4, herunder blandt andet sag TBB2014.531. Det kunne ud fra analysen af dommen tydes, at honoraret ikke var lig den risiko som underrådgiveren påtog sig efter aftale med hovedentreprenøren, da denne blev mødt med et langt større erstatningskrav fra bygherren, end hvad honoraret lød på.

Dette forhold indikerer, at honorarerne i kontrakterne inden for branchen ikke synes at forekomme optimale sammenlignet med den risiko der påhviler det pågældende arbejde. Såfremt agenterne blev aflønnet efter den risiko, disse måtte påtage sig, ville der blive skabt incitament til at handle i overensstemmelse med kontrakten. Derfor opstår en klar formodning om, at agenterne vil efterleve dette, hvorfor det kunne være en god fremgangsmåde hvorpå problematikken kunne imødekommes.

Det skal dog i forlængelse af ovenstående påpeges, at analysen tilsigter at skabe den optimale kontrakt ud fra alle parter synspunkt, hvorfor det bør påpeges, at et større honorar bør tildeles på et sådan niveau, at dette stadig synes at være fordelagtigt samt attraktivt for bygherren at indgå i, og der tillige skabes incitament til at indgå i entrepriserforholdet. Der bør i fastsættelsen af det optimale honorar være en balance, hvor de kontraherende parter bør komme frem til et beløb som både bygherren er risikovillig til at indgå, men som samtidig er incitamentsskabende for agenterne.

¹⁷⁰ Knudsen, 1997, s. 167

Afslutningsvis skal det fastlægges, at problematikken omkring asymmetrisk information, herunder moral hazard adfærd, kan imødekommes ved hjælp af indarbejdelse af incitamenter i kontrakten, herunder eksempelvis ved at stille krav om garantistillelse og/eller fastsætte honoraret efter den påtagede risiko. Disse to muligheder synes at være oplagte bud på en løsning af problematikken, og mindsker incitamentet for at parterne handler opportunistisk. En opportunistisk adfærd fra agenternes side, ved udarbejdelse af en incitamentsforenelig kontrakt ud fra ovenstående fremstilling, ville ikke betragtes som værende værdimaksimerende for nogen af parterne i kontraktkæden.

3.4 Optimal risikoallokering

3.4.1 Generelt om risikoallokering

I de følgende afsnit vil risikoallokeringen ved entreprisekontrakter blive behandlet med henblik på at undersøge, hvorledes parterne allokerer deres risiko, samt hvordan den bør allokeres i lyset af kontraktens efficiens. Dette vil blive foretaget ud fra et perspektiv om, at risikoallokering antages at være en af forudsætningerne for en mere fuldstændig kontrakt, som skaber en økonomisk sikkerhed for de involverede parter.

Som tidligere belyst i analysen af dommene på området, kan de entrepriseretlige projekter være omkostningsfulde samt risikotunge at påtage sig. Afgørelserne af de forskellige domme, der blev analyseret indikerer, at risikoallokeringen ikke synes at have været optimal ved de indgåede entreprisekontrakter, da underentreprenører er blevet mødt med krav om store erstatningsbeløb, for et uvæsentligt stykke arbejde, i henhold til den samlede entreprise, som disse har måtte påtage sig. På baggrund heraf, må det synes, at være væsentligt for parterne, herunder særligt underentreprenøren, at allokere risikoen ved kontraktindgåelsen, på en måde hvorpå der skabes ligevægt heraf således, at risikoen og ansvaret er lig med det honorar som påtages. Disse forhold spiller en væsentlig rolle for kontraktens fuldstændighed, og bør overvejes ved kontraktindgåelsen således, at det ikke ender ud i en u hensigtsmæssig stor økonomisk byrde efterfølgende.

I forlængelse af risikoallokering i kontrakter, er A. Mitchel Polinskys artikel "*Risk Sharing through Breach of Contract Remedies*"¹⁷¹ central at fremhæve. Heri påpeger han, at når parter indgår kon-

¹⁷¹ Polinsky, 1981

trakter, kan der forekomme omstændigheder som gør, at disse vil være tilbøjelige til at bryde kontrakten. Polinsky fremhæver ligeledes, at fordeling af risiko er centralt ved brud på kontrakter.¹⁷²

På baggrund af ovenstående fremhævelser af Polinskys tilgang samt analyse af dommene på entreprisområdet i afsnit 2.4. kan det konstateres, at risikoallokeringen er et vigtigt element at inddrage i analysen af den optimale kontrakt. Det kan i forlængelse af afsnittet endvidere fastlægges, at den risiko entreprenører i en række sager indenfor området, har endt med at påtage sig, ikke synes at have været forenelige med de risici og omstændigheder der forelå på aftaletidspunktet ved det givne arbejde. Problematikken omkring ufuldstændighed af kontrakter synes på baggrund heraf at kunne afhjælpes såfremt parterne fokuserer på de risici, der er forbundet med det pågældende arbejde, og ligeledes udformer kontrakten i tillæg hertil. Såfremt der er fare forbundet med den type opgave, som underentreprenøren påtager sig, bør der tages højde for disse i kontrakten, vurderet ud fra Polinskys tilgang.

Med hensyn til risikoallokeringen i entrepriserelationer formodes det, at parterne ved indgåelse af kontrakterne, har taget stilling hertil. Det antages, at dette er gjort ved hjælp af indgåede indsigelser, herunder i form af ansvarsbegrænsninger, ansvarsfraskrivelser mv. Spørgsmålet er nærmere – på baggrund af den juridiske analyse i kapitel 2 – hvorvidt disse er tilstrækkeligt effektive, og har virkning i de situationer, hvor der påberåbes et direkte deliktskrav. I de følgende afsnit vil en række forhold ved risikoallokeringen af de entrepriseretlige kontrakter blive behandlet yderligere.

3.4.2 Forsikrings betydning for risikoallokeringen i entreprisekontrakten

Forsikringer – en allokering af risikoen

Erstatningsretten tilsigter, at enhver part der har begået en skadevoldende handling, skal pålægges at yde kompensation til skadelidte.¹⁷³ Det blev belyst i den juridiske analyse, at der indenfor bygge- og anlægsbranchen er store risici og omkostninger forbundet med at indgå entreprisaftaler, hvorfor forsikringer spiller en afgørende rolle heri. Det må derfor antages, at det kan forekomme økonomisk vanskeligt for parterne, at stå alene med risikoen ved et påtaget entreprisarbejde, hvorfor det vil være fordelagtig for dem at tegne en forsikring. Parterne kan ved at tegne en forsikring gardere sig

¹⁷² Polinsky, 1981, s. 3

¹⁷³ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

og overføre en del af usikkerheden til et forsikringsselskab, såfremt der skulle opstå mangler ved udførelsen.¹⁷⁴

Det kontraktuelle set up

I forbindelse med behandlingen af forsikrings betydning for risikoallokeringen, vil det indledningsvist være nærliggende kort at kaste lys over det kontraktuelle set up. De typiske parter der indgår i kontraktforholdet er forsikringstageren og forsikringsgiveren.¹⁷⁵ I henhold til forsikringsparterne i en entrepriseretlig konstellation, vil forsikringstageren betegnes som et af byggeriets parter, der ønsker at tegne en forsikring ved det pågældende arbejde. Forsikringsgiveren vil i denne situation være det selskab der yder forsikring.

Som tidligere nævnt kan byggeriets parter overføre den påtagede risiko ved at tegne en forsikring mod et vederlag herfor. Dette betegnes navnlig som forsikringspræmien, og er det beløb forsikringstageren afholder, for den sikkerhed som forsikringen tildeler denne.¹⁷⁶ Set ud fra en entrepriseretlig sammenhæng udgør forsikringspræmien således den pris det koster, at overføre risikoen til forsikringsselskabet for, at de stiller økonomisk sikkerhed, ved tvister der skulle opstå i forbindelse med eventuelle mangler, ved byggeriet.

I henhold til den dækning som forsikringen maksimalt omfatter, betegnes dette navnlig som forsikringssummen.¹⁷⁷ Såfremt der indtræder en skadevoldende handling, som forsikringen dækker, vil dette tillige forudsætte en selvrisiko, som er det beløb forsikringstageren ligeledes selv skal afholde, før forsikringen dækker den skade der har fundet sted.¹⁷⁸ Under alle omstændigheder må forsikringen formodes, at være efficient hvis den dækker den risiko parten er pålagt ved det givne arbejde.¹⁷⁹

Forsikringsformer

Ved behandlingen af forsikringer i entrepriseretlige forhold er det oplagt at undersøge de forskellige forsikringsformer der findes, samt disses betydning for risikoallokeringen i entrepriseforholdet. Der

¹⁷⁴ Eide & Stavang, 2008, s. 121

¹⁷⁵ Sørensen, 2015, s. 25

¹⁷⁶ Sørensen, 2015, s. 27

¹⁷⁷ Sørensen, 2015, s. 27

¹⁷⁸ Sørensen, 2015, s. 27

¹⁷⁹ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

findes overordnet en række forskellige former for forsikringer indenfor bygge- og anlægsbranchen, hvoraf de særligt attraktive vil blive fremhævet nedenfor.

En af de forsikringsformer som bliver anvendt inden for branchen, er en All Risk forsikring. Denne kan overordnet karakteriseres ved, at den omfatter enhver skade ved entreprisen.¹⁸⁰ Såfremt bygherre tegner en All Risk forsikring, vil der således ikke foreligge noget internt ansvar, da alt er dækket af forsikringen, hvilket samtidigt udelukker regresmuligheden.¹⁸¹ I henhold til de sager der blev analyseret i afsnit 2.4, må det formodes at der ikke har været tegnet en All Risk forsikring, da et direkte krav er blevet rejst, hvorfor det antages, at bygherrens regresmulighed har været til stede.

En anden type forsikring, der anvendes indenfor branchen er projektansvarsforsikringer, som omfatter dækning af det givne projekt der foreligger. Modsat en vedvarende forsikring, er projektansvarsforsikringer kun gældende for det givne projekt.¹⁸² Det vil sige, at forsikringen kun dækker i den periode projektet består, hvilket er fordelagtigt såfremt bygherren foretrækker, at det givne projekt er dækket ind med et nærmere fastsat beløb, som denne formoder er forenelig med den risiko der påhviler.¹⁸³ Denne type forsikring havde bygherren blandt andet tegnet i voldgiftskendelsen TBB2014.531.¹⁸⁴

Afslutningsvist skal erhvervsansvarsforsikringer fremhæves, da de ligeledes anvendes indenfor entreprisområdet og tillige er populære, da de dækker skader som den pågældende virksomhed har forvoldt.¹⁸⁵ I forlængelse heraf skal det påpeges, at underrådgiveren i sag TBB2014.531 var dækket af en erhvervsansvarsforsikring med en forsikringssum på kr. 25.000.000 af de kr. 65.800.000 millioner denne blev pålagt.¹⁸⁶

På baggrund af ovenstående kan det være vanskeligt at sætte to streger under hvilken forsikring der synes at være mest efficient ud fra et kontraktuelt synspunkt. Det må dog formodes, at All Risk for-

¹⁸⁰ <https://nexusadvokater.dk/kan-man-bygherre-entreprenoer-forsikre-sig-imod-entreprenoerens-fejl-mangler/>

¹⁸¹ <https://nexusadvokater.dk/kan-man-bygherre-entreprenoer-forsikre-sig-imod-entreprenoerens-fejl-mangler/>

¹⁸² <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

¹⁸³ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

¹⁸⁴ TBB2014.531, s. 4

¹⁸⁵ <https://ivaekst.dk/ikke-lovpligtige-forsikringer-for-virksomheden>

¹⁸⁶ TBB2014.531, s. 12

sikringen særligt synes at være fordelagtig, da forsikringsselskabet dækker alle eventuelle tab, samt at muligheden for regres udelukkes.

Forsikringsers efficiens

Det må på baggrund af ovenstående analyse af forsikrings betydning for risikoallokeringen i entreprisforhold konstateres, at forsikringer er optimale såfremt at disse er lig ansvarsbegrænsningen.¹⁸⁷ Det vil dermed ikke anses som værende efficient, såfremt ansvarsbegrænsningen overstiger denne. Med andre ord må forsikringen anses som en efficient måde at risikoallokere på, såfremt den dækker den risiko, som forsikringstageren påtager sig ved det givne arbejde.

Et centralt element der ligeledes bør overvejes i vurderingen heraf er, hvorvidt forsikringsydelsen er underlagt en adfærdsmæssig risiko, som kan begrunde nedsættelse eller tilsidesættelse heraf?¹⁸⁸ Det kan eksempelvis fremgå af forsikringsbetingelserne, at forsikringen ikke dækker ved forsæt¹⁸⁹ eller grov uagtsomhed¹⁹⁰, hvilket gjorde sig gældende for den projekterende rådgiver i sag TBB2014.531.¹⁹¹ Såfremt der bliver begået en skadevoldende handling, som kan karakteriseres som grov eller forsætlig, må der ikke synes at foreligge en optimal risikoallokering, hvis forsikringen bortfalder eller nedsættes som resultat heraf. Fordelen ved en sådan begrænsning, sammenholdt med en fastlagt selvrisiko, anslås ud fra et økonomisk perspektiv at være, at det kan give incitament for forsikringstageren til at udvise agtpågivenhed.

Det skal afslutningsvis påpeges, at det vil være optimalt for parterne, at de forsikringsretlige spørgsmål senest bliver afklaret ved kontraktindgåelsen, da parterne herved kan allokere deres risiko og få stillet den fornødne økonomiske sikkerhed for eventuelle opståede mangler ved byggeriet.

Det kan på baggrund af ovenstående analyse af forsikrings betydning for risikoallokeringen fastlægges, at disse spiller en afgørende rolle, da de skal afdække de skader der kan opstå i forbindelse med entreprisen.

¹⁸⁷ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

¹⁸⁸ Sørensen, 2015, s. 195

¹⁸⁹ Sørensen, 2015, s. 197

¹⁹⁰ Sørensen, 2015, s. 214

¹⁹¹ TBB2014.531, s. 4

3.4.3 Knock-for-knock klausuler

Generelt om Knock-for-knock klausuler

I tillæg til analysen af risikoallokering i entrepriseforhold er Knock-for-knock klausuler interessante at belyse. I det følgende vil de blive behandlet, ligesom det vil blive undersøgt hvorvidt disse klausuler kan anses som værende den optimale måde, hvorpå risikoen allokeres i entrepriseforholdet.

En Knock-for-knock klausul indebærer, at de involverede parter på forhånd tilrettelægger hvad deres ansvar dækker over.¹⁹² Et eksempel herpå kunne være, at hovedentreprenøren i klausulen påtager sig ansvaret for alt der vedrører denne, dennes medarbejdere samt øvrige ansatte under denne. Hvis der således efter indgåelse af klausulen skulle opstå skader eller mangler, som kan henføres dennes ansvar, bærer hovedentreprenøren risikoen, og skal derfor dække tabet – uanset hvem der er skyld i skaden.¹⁹³

Formålet med begrænsningen der følger med i Knock-for-knock klausulen er, at afskære muligheden for at blive mødt med andre krav end det der fremgår af klausulen, hvilket skaber en sikkerhed for kontraktparterne, da problemet bliver mere forudsigeligt. Det skal i forlængelse heraf tillige påpeges, at indgåelse af Knock-for-knock klausuler, ud fra et processuelt aspekt, er omkostningsminimerende, da parterne i tilfælde af tvister allerede vil være bekendte med deres retsstilling.¹⁹⁴

På baggrund af ovenstående fremstilling af Knock-for-knock klausuler, vil det oplagte spørgsmål herefter være, hvilken effekt denne har kontra de almindelige erstatningsregler? I forlængelse af spørgsmålet, må det påpeges, at såfremt der skulle opstå en skadevoldende handling, og klausulen er vedtaget mellem kontrahenterne, vil klausulen gå forud for de almindelige erstatningsretlige betingelser. Dette har den betydning, at der foretages en objektiv vurdering således, at ansvaret bliver udmålt efter den risiko samt det ansvar parterne indbyrdes har aftalt i klausulen, og derfor ikke efter hvem skaden kan henføres, samt hvorledes dennes handling kan klassificeres.¹⁹⁵

Et andet aspekt der tillige bør fremhæves i analysen er betydningen af en sådan klausul for parterne.

¹⁹² Lando & Mortensen, 2016, s. 274

¹⁹³ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

¹⁹⁴ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

¹⁹⁵ Lando & Mortensen, 2016, s. 276

Henrik Lando og Jannick Kofoed Mortensen diskuterer i *''When Should Knock-for-Knock Clauses Be Valid?''*¹⁹⁶ de økonomiske aspekter af Knock-for-knock klausuler. Forfatterne fremhæver, at en af fordelene heraf er muligheden for at minimere forsikringsomkostningerne.¹⁹⁷ Med klausulens risikofordeling kan risikoen bedre beregnes og tilpasses. Dette bevirker, at der ikke er et behov for parterne til at ansvarsforsikre sig udover den aftalte risiko, da der ikke kan pådømmes dem mere end hvad der fremgår af klausulens indhold.¹⁹⁸ Denne løsning må særligt synes at være fordelagtig for små entreprenørvirksomheder, da deres fastlagte risikofordeling formodes at være i overensstemmelse med deres økonomiske tilstand.¹⁹⁹

I forlængelse af ovenstående påpeger Lando og Kofoed Mortensen, at ulempen ved disse klausuler må være, at det kan minimere incitamentene til at udvise agtpågivenhed. Dette skyldes, at den culpøse adfærd for den skadevoldende handling som tidligere nævnt, ikke har en betydning for erstatningsansvaret, da ansvaret bliver pålagt den part der har påtaget sig, at bære risikoen i henhold til klausulens betingelser, hvilket ikke må anses for optimalt, ud fra et kontraktøkonomisk aspekt.²⁰⁰

Knock-for-knock klausuler – en effektiv risikoallokering?

Det kan med afsæt i analysen af de forskellige domme på entrepriseområdet konkluderes, at underentreprenøren synes at være den part der oftest bærer den største risiko i entrepriseforholdet kontra bygherren. Årsagen hertil kan dels skyldes, at der som præsenteret i afsnittet, er en tendens til, at det ansvar som denne påtager sig og dermed dennes allokering af risiko ved et direkte krav, bliver større end det aftalte ved kontraktindgåelsen, da dennes ansvarsbegrænsning ved påberåbelse af direkte krav som udgangspunkt bliver illusorisk. Som resultat heraf opstår en skæv fordeling af risikoen som bevirker, at underentreprenøren bliver pålagt et større ansvar, end denne havde aftalt med sin nærmeste aftalepart ved kontraktindgåelsen, herunder hovedentreprenøren. Disse omstændigheder kan muligvis have en afskrækkende virkning på underentreprisen.

¹⁹⁶ Lando & Mortensen, 2016

¹⁹⁷ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

¹⁹⁸ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

¹⁹⁹ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

²⁰⁰ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

En måde hvorpå usikkerheden kunne tænkes at mindskes på, er ved at foretage en effektiv risikoallokering der samtidigt er incitamentsskabende for underentreprenøren. Dette kan blandt andet gøres ved, at bygherrer og hovedentreprenør vedtager en Knock-for-knock klausul.²⁰¹

I forlængelse af ovenstående er det nærliggende spørgsmål; hvordan bygherrens direkte krav mod underentreprenøren kan håndteres med udgangspunkt i en Knock-for-knock klausul? Såfremt det antages, at byggeriets parter når til enighed om, at indgå en Knock-for-knock klausul, vil det være mere sikkerhedsskabende for underentreprenøren, da klausulen også tager højde for et eventuelt direkte krav. Under forudsætningen af, at der foreligger en kontrakt mellem bygherrer og hovedentreprenør, og der samtidig er vedtaget en Knock-for-knock klausul, vil bygherrens direkte krav blive behandlet i lyset af hovedentreprenørens risiko. Dette forudsætter, at hovedentreprenøren har accepteret at dække for mangler eller skader på vegne af underentreprenøren, da hovedentreprenøren er nærmest til at bære risikoen, og der er således ikke regresmuligheder, da alt der indgår i hovedentreprenørens gruppe er forsikret på forhånd.²⁰²

Med afsæt i ovenstående fremstilling, vil klausulens virkning blive belyst, ved skadevoldende adfærd, der kan karakteriseres som grov uagtsomhed eller forsæt. Som det fremgår af titlen i Lando og Kofoed Mortensens artikel er det et omdiskuteret emne, hvorvidt Knock-for-knock klausuler bør tilsidesættes af domstolene i de situationer, hvor der er udvist en culpøs adfærd.²⁰³ Det er erfaret af udenlandske sager, at domstolene som led i en parts groft uagtsomme adfærd, har tilsidesat en indgået Knock-for-knock klausul.²⁰⁴ Udgangspunktet i litteraturen er dog, at det kun er forsæt der kan føre til bortfald af klausulen, og hvis den endvidere strider imod reglerne i aftalelovens § 36.²⁰⁵

Det kan på baggrund heraf ikke synes at være optimalt, ikke at tilsidesætte Knock-for-knock klausuler ved grov uagtsomhed. Baggrunden herfor er de i forvejen svage incitamenter for at udvise agtpågivenhed,²⁰⁶ sammenholdt med den udelukkede regresmulighed for den part, der enten har lidt et tab eller skal erstatte tabet som følge af skadevolderens handling.²⁰⁷

²⁰¹ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁰² Lando & Mortensen, 2016, s. 277

²⁰³ Lando & Mortensen, 2016

²⁰⁴ <https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2014/02/Knock-for-knock-klausul-tilsidesat-som-foelge-af-grov-uagtsomhed>

²⁰⁵ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁰⁶ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁰⁷ Lando & Mortensen, 2016, s. 277

Ud fra ovenstående analyse af risikoallokeringen ved anvendelse af Knock-for-knock klausuler kan det konkluderes, at disse vækker opsigt og ligeledes indebærer fordele og ulemper. Ud fra et risikoallokeringssynspunkt vil der ved indgåelse af en Knock-for-knock klausul blive skabt en økonomisk sikkerhed, for så vidt angår tvister, sagsomkostninger samt erstatningskravets størrelse, som dels vil kunne afhjælpe problematikken omkring kontrakternes ufuldstændighed. Omvendt er incitamentet for at udvise agtpågivenhed ud fra de nærliggende omstændigheder minimale set ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv.

I det følgende afsnit vil en anden type klausul blive præsenteret med henblik på at analysere risikoallokeringen herved og for på baggrund heraf at belyse, hvorvidt denne type klausul kan imødekomme de kontraktuelle udfordringer som direkte deliktskrav giver anledning til.

3.4.4 Himalaya-klausuler

Introduktion til Himalaya-klausulen

I forbindelse med analysen af risikoallokeringen ved de entrepriseretlige kontrakter, er Himalaya-klausulen aktuel at fremhæve. I det følgende vil klausulen blive behandlet i lyset af kontraktens ufuldstændighed, hvor det vil blive undersøgt, hvorledes den kan være en optimal måde at allokere risikoen på i entrepriseforholdet.

Himalaya-klausulen er en klausul der har eksisteret i mange årtier og er anvendt inden for søfartsområdet, for at gøre op med problematikken omkring direkte krav.²⁰⁸ Klausulen er altså blevet til som et modsvar til direkte krav, og de konsekvenser der følger heraf.²⁰⁹ Formålet med klausulen er, at den beskytter en ikke-kontraherende part, som der kan rejses et krav imod. Et direkte krav kan derfor stadig påberåbes, men med respekt for gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger.²¹⁰

I henhold til en entrepriseretlig konstellation, vil betydningen af en sådan klausul medføre, at bygherren kan indrømmes adgang til direkte krav, dog vil denne – på baggrund af klausulen – være forpligtet til at imødekomme underentreprenørens ansvarsbegrænsninger, som denne har indgået med sin nærmeste aftalepart, herunder hovedentreprenøren. Klausulen må på baggrund af disse om-

²⁰⁸ <https://ing.dk/artikel/kronik-ny-klausul-kan-goere-med-direkte-krav-byggeriet-196643>

²⁰⁹ <https://ing.dk/artikel/kronik-ny-klausul-kan-goere-med-direkte-krav-byggeriet-196643>

²¹⁰ Pedersen, 2008, s. 614 ff.

stændigheder anses som endnu en undtagelse til relativitetsprincippet, som ligeledes blev nævnt i afsnit 2.2.1, hvorefter aftaler kun har virkning for kontraktparterne.

Himalaya-klausulens formål og indhold er behandlet i Bekendtgørelse af søloven LBK nr. 1505 af 17/12/2018 (herefter benævnt som søloven) § 282, stk. 2,²¹¹ og omfatter:

”Bestemmelserne om transportørens indsigelser og ansvarsbegrænsninger finder tilsvarende anvendelse, dersom kravet rejses mod nogen, som transportøren hæfter for, og den pågældende beviser, at vedkommende handlede i udøvelsen af tjenesten eller for at fuldføre opgaven.”

Til trods for ovenstående fremstilling af Himalaya-klausulen skal det påpeges, at denne også indebærer adfærdsmæssige begrænsninger. Det fremgår navnlig af sølovens § 283, at den ansvarlige ikke kan påberåbe sig det begrænsede ansvar som anført i lovens § 282, stk. 2, såfremt der er handlet groft uagtsomt eller forsætligt.²¹²

De økonomiske betydninger af Himalaya-klausuler

På baggrund af Himalaya-klausulens betydning vil de kontraktøkonomiske betydninger heraf blive undersøgt i det følgende afsnit. Ud fra de særskilte delanalyser i henholdsvis kapitel 2 og 3 formodes det, at underentreprenøren er den part i aftalekæden, som har tendens til at bære den største risiko i entrepriseforholdet, såfremt et direkte deliktskrav indrømmes bygherren. Dette skyldes, at underentreprenørens gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger med hovedentreprenøren kan få en illusorisk virkning som følge af direkte krav.²¹³

Som nævnt i ovenstående afsnit er Himalaya-klausulen primært anvendt og reguleret inden for søfartsområdet, men bør tillige kunne anvendes inden for entrepriseområdet.²¹⁴ Såfremt klausulen bliver anvendt på samme måde på bygge- og anlægsprojekter, som den gør på søfartsområdet, formodes det at føre til en udvidet beskyttelse af underentreprenøren, da de indgåede ansvarsbegrænsninger vil blive beskyttet i de tilfælde, hvor der rejses et direkte deliktskrav mod denne.

²¹¹ Pedersen, 2008, s. 614 ff.

²¹² Pedersen, 2008, s. 614 ff.

²¹³ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105, s. 3

²¹⁴ Pedersen, 2008, s. 614 ff. og <https://ing.dk/artikel/kronik-ny-klausul-kan-goere-med-direkte-krav-byggeriet-196643>

Disse forhold kan øge incitamenterne til at indgå entreprisekontrakter, da der skabes en sikkerhed for underentreprenøren i form af, at dennes risikoallokering ligeledes får gennemslagskraft udenfor kontrakt, såfremt denne skulle blive mødt med krav af medkontrahentens medkontrahent.

En på forhånd anerkendt ansvarsbegrænsning formodes at skabe en mere optimal fordeling af risikoen i kontrakten end hidtil erfaret ved direkte deliktskrav. Dette udspringer af, at kravet skal ske i overensstemmelse med begrænsningen således, at der ikke kan pålægges den ansvarlige en større risiko end hvad denne havde indgået med sin nærmeste aftalepart i første omgang. I forlængelse heraf skal det påpeges, at en forudgående anerkendelse af indgåede ansvarsbegrænsninger i aftalekæden således må resultere i mindre ufuldstændige kontrakter.

Et andet moment der bør inddrages i forlængelse af behandlingen af Himalaya-klausulen er det forsikringsretlige element. Som det ligeledes fremgik af afsnit 3.4.2, bør parterne sørge for, at ansvarsbegrænsningerne er lig honoraret, risikoen og/eller forsikringssummen ved den pågældende opgave. Disse forhold vil fremme en efficient risikoallokering, da en eventuel skade således kan oppebæres af forsikringsselskabet.²¹⁵

Afslutningsvist vil det faktum, at ansvarsbegrænsningen kan tilsidesættes som følge af grov uagtsomhed eller forsæt bevirke, at incitamenterne for at udvise agtpågivenhed forøges, hvilket vil være efficient ud fra et samfundsmæssigt samt kontraktøkonomisk synspunkt.

På baggrund af ovenstående analyse af Himalaya-klausulen kan det fastsættes, at den skaber incitament til hvad angår agtpågivenhed og indgåelse af kontrakter. Herudover vil ansvarsbegrænsninger, som følge af direkte krav, blive accepteret hvilket vil – sammenholdt med de øvrige omstændigheder - føre et skridt tættere på den værdimaksimerende kontrakt.

3.4.5 Betydningen af hovedentreprenørens insolvens for entrepriseforholdet

Betydning af solvens for direkte krav og ansvarsbegrænsninger

Solvens er et centralt emne at belyse i forlængelse af analysen af risikoallokeringen i entreprisekontrakter set ud fra de kontraktuelle udfordringer. Der skal således indledningsvist sættes spørgsmåls-

²¹⁵ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

tegn ved betydningen af en parts insolvens for kontraktkæden i de tilfælde, hvor der rettes direkte deliktskrav, og hvor der således ikke foreligger en direkte aftale mellem alle byggeriets parter.

Først skal det dog pointeres, at betydningen af insolvens for kontraktkæden, vil fokusere på hovedentreprenøren samt dennes betalingsdygtighed. I henhold til hovedentreprenørens insolvens er der en formodning om, at dette ikke synes at have en påvirkning på kontraktkæden ved indrømmelse af et direkte deliktskrav. Argumentet for dette er, at bygherren uden en direkte aftale med underentreprenøren, har muligheden for at rette et direkte deliktskrav mod denne og dermed få dækket sit tab, uden respekt for gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger.²¹⁶

Der kan på baggrund af ovenstående samt analyse af dommene i afsnit 2.4 argumenteres for, at hovedentreprenørens solvens ikke formodes at have betydning for det direkte deliktskrav, da bygherren med stor sandsynlighed kan få dækket sit tab på bedre vis hos underentreprenøren, end denne ville kunne hos den nærmeste aftalepart, grundet ansvarsbegrænsningernes manglende gennemslagskraft. Dermed må hovedentreprenørens solvens i den henseende synes at forekomme ubetydeligt.

I følgende afsnit vil det blive behandlet hvorvidt insolvens kan have en hæmmende effekt på risikoallokeringens efficiens, i de tilfælde hvor der foreligger en direkte aftale mellem alle parterne.

Betydningen af insolvens i kontraktkæden ved direkte aftaler mellem alle byggeriets parter

Spørgsmålet om betydningen af solvens i kontraktkæden synes særligt at have betydning for risikoallokeringen såfremt det antages, at alle byggeriets parter indgår en direkte aftale. Tanken bag antagelsen om betydningen af parternes solvens for aftalekæden er, at såfremt der bliver indgået en direkte aftale mellem alle byggeriets parter vil det bevirke, at gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger i kontrakten kan påberåbes, såfremt der efter kontraktindgåelsen skulle opstå mangler ved byggeriet. Med andre ord vil underentreprenørens ansvarsbegrænsning der hidtil har mistet gennemslagskraft ved direkte krav ligeledes få virkning og kunne påberåbes ved en direkte aftale.

En direkte aftale mellem alle byggeriets parter vil have den betydning for risikoallokeringen, at ansvaret gennem de indgåede ansvarsbegrænsninger på forhånd klarlægges, hvorfor risikoen dermed

²¹⁶ Amiri & Jacobsen, U.2017B.105, s. 3

klarlægges ex ante. Såfremt risikoen klarlægges ex ante, ved hjælp af en direkte aftale mellem alle parterne vil det bevirke, at den samlede risiko ikke længere kan henføres til underentreprenøren, som der hidtil har været en tendens til ud fra de analyserede domme om direkte krav. Argumentet herfor begrundes i den direkte aftale som bevirker, at ansvarsbegrænsninger får gennemslagskraft.

I forlængelse af ovenstående, er det forsikringsretlige element centralt at inddrage, da der kan argumenteres for, at parternes solvens har betydning herfor. Det er derfor relevant at inddrage dette i analysen, da forudsætningen for en optimal risikoallokering antages at afhænge af parternes midler til at tegne en optimal forsikring, der kan dække en eventuel skade.

Det skal tillige påpeges, at det i afsnit 3.4.2 blev belyst, at parternes kontraktuelle ansvarsbegrænsninger må være lig den tegnede forsikringssum²¹⁷, hvorfor der ligeledes kan opsættes en formodning om, at disses beløbsmæssige ansvarsbegrænsninger ikke overstiger forsikringssummen.²¹⁸ Med andre ord må det formodes, at den forsikringssum som parterne tegner i forbindelse med kontraktindgåelsen, afspejler disses beløbsmæssige ansvarsbegrænsninger, og derfor som minimum må antages at være i overensstemmelse med deres økonomiske situation.

På baggrund af ovenstående fremstilling, må det afgørende for risikoallokeringen i kontrakten derfor være parternes ansvarsbegrænsninger, som afhænger af forsikringen, som ligeledes afhænger af disses betalingsdygtighed og midler til at tegne en forsikring, der dækker ansvarsbegrænsningerne. En af forudsætningerne for opnåelse af den efficiente samt værdimaksimerende kontrakt, ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv, må således være, at der foreligger en efficient risikoallokering i kontraktkæden, hvilket kan være vanskeligt at opnå, såfremt kontraktkæden er præget af insolvens. Dermed kan der argumenteres for, at der vil foreligge en inefficent risikoallokering i kontrakten, såfremt kontraktkæden er præget af en eller flere insolvente parter.

I analysen af betydningen af solvens ved en direkte aftale mellem alle parterne, kan kontraktens optimalitet forekomme vanskelige at opnå, når kontraktkæden er præget af parter der ikke er betalingsdygtige. Der kan dog afslutningsvist argumenteres for, at i en verden hvor der ikke foreligger insolvens, og hvor alle parterne er betalingsdygtige, opstår der en klar formodning om, at disse gen-

²¹⁷ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

²¹⁸ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

nem en direkte aftale, vil kunne etablere den optimale risikoallokering. For yderligere behandling af betydningen af en direkte aftale mellem alle byggeriets parter henvises til kapitel 4.

3.5 Fortolkning af entrepriseretlige kontrakter

3.5.1 Introduktion til ukomplette kontrakter og fortolkning af disse

Det blev i afsnittet omkring kontraktens ufuldstændighed fremhævet, at ansvarsbegrænsningers illusoriske effekt, synes at resultere i kontraktens ufuldstændighed, da byggeriets parter ikke på forhånd er bekendt med hvilke pligter samt rettigheder, disse kan blive mødt af efter kontraktindgåelsen, såfremt der skulle opstå mangler eller skader ved entreprisarbejdet. På baggrund af ovenstående vil det være nærliggende at belyse domstolenes fortolkning af de entrepriseretlige kontrakter.

3.5.2 Kontraktøkonomisk perspektiv på kontraktfortolkning

Det kontraktøkonomiske perspektiv på kontrakter tager udgangspunkt i, at disse i den virkelige verden altid mere eller mindre er ufuldstændige. En måde hvorpå problematikken kan anskues efter kontraktindgåelsen, er ved at foretage en fortolkning af kontrakterne.²¹⁹ Indgåelse af ufuldstændige kontrakter bevirker, at det er rettens opgave og ansvar, at fortolke på disse samt prøve at efterligne den perfekte kontrakt for at skabe størst efficiens for parterne.²²⁰ I det følgende vil en række teoretikere, der forholder sig til spørgsmålet om kontraktfortolkning, kort blive inddraget.

Richard A. Posner er en af teoretikerne som er interessant at inddrage i forbindelse med analysen af domstolenes fortolkning af kontrakter. Han præsenterer i *“The Law and Economics of Contract Interpretation”*, hvorledes domstolene fortolker på de uspecificerede kontrakter, som ikke tager stilling til alle eventualiteter ex ante.²²¹ Konsekvensen af den øgede domstolsfortolkning er, at det kan udløse konflikter, da der kan opstå fejlfortolkninger som følge heraf.²²² Ud fra dette synspunkt kan det tolkes således, at Posner mener, at parterne bør skrive mere specificerede kontrakter, for at adgangen til domstolsprøvelse samt fortolkning minimeres. I forlængelse heraf fremhæver Posner ligeledes, at bagsiden ved at skrive kontrakter som tager udgangspunkt i alle eventualiteter er, at det

²¹⁹ Cohen, 1999, s. 79 ff. og Posner, 2004, s. 1582

²²⁰ Cohen, 1999, s. 81 ff.

²²¹ Posner, 2004, s. 1581 ff.

²²² Posner, 2004, s. 1582 ff. + 1614

kan blive omkostningsfuldt for koncipisterne²²³, hvilket blev behandlet i afsnittet omkring transaktionsomkostninger. På baggrund af ovenstående kan der argumenteres for, at Posner forholder sig mere kritisk til fortolkning af kontrakter, da han ikke blot tager udgangspunkt i det forhold, at parterne kan minimere deres transaktionsomkostninger, men ligeledes fremhæver og opvejer bagsiden heraf.

I forlængelse heraf er sag TBB2014.531 central at fremhæve, som blev analyseret i afsnit 2.4. I sagen var der ikke taget stilling til den opståede tvist ex ante, hvorfor retten fortolkede på den ufuldstændige kontrakt, på en måde der var til ugunst for underrådgiveren. Sagen må derfor understøtte påstanden om, at der kan fejlfortolkes eller fortolkes til ugunst for parterne, hvilket synes at være i overensstemmelse med Posners tilgang.

Inddrages andre teoretikers synspunkter indenfor emnet, er Steven Shavells model central at fremhæve, fordi den ligeledes tager udgangspunkt i fortolkning af kontrakter. I hans artikel "*On the Writing and the Interpretation of Contracts*"²²⁴ er hovedtemaet, at fortolkning af kontrakter må anses som værende i de kontraherende parter interesse.²²⁵ Dette begrundes dels med muligheden for at skrive simple kontrakter, som vil spare de kontraherende parter tid på at udforme en fuldstændig kontrakt.²²⁶ En anden årsag hertil er, at fortolkning kan forbedre samt optimere ufuldstændige kontrakter.²²⁷

I Shavells model fremstilles det ligeledes, at parter skriver ufuldstændige kontrakter, da eventualiteter er svære at forestille sig ex ante.²²⁸ Herved forstås, at det kan være vanskeligt på forhånd, at forudse en masse begivenheder og indskrive dette i kontrakten, hvilket ligeledes kan forekomme kompliceret og tidskrævende.²²⁹ På baggrund af præsentationen af Shavells model kan det påpeges, at han er fortalende for fortolkning af kontrakter, da han påpeger, at det er en effektiv måde for parterne

²²³ Posner, 2004, s. 1582 ff. + 1614

²²⁴ Shavell, 2006

²²⁵ Shavell, 2006, s. 289

²²⁶ Shavell, 2006, s. 289

²²⁷ Shavell, 2006, s. 289

²²⁸ Shavell, 2006, s. 289

²²⁹ Shavell, 2006, s. 289

at udforme simple på,²³⁰ og dette kan samtidig resultere i minimerede transaktionsomkostninger ex ante, som ligeledes blev belyst i afsnittet om transaktionsomkostninger.

Det kan endvidere udledes af modellen, at fortolkning af kontrakter har indflydelse på, hvordan de kontraherende parter udformer kontrakten. Dette forklares ved, at jo mere fortolkningen af kontrakterne bestræber parternes ønsker, jo mere vil dette afspejle disses tilbøjelighed til at udforme kontrakter der er uspecificerede.²³¹ Shavell påpeger i forlængelse heraf, at jo længere væk domstolenes fortolkning er på det resultat som parterne selv ville komme frem til, jo mere vil dette begrunde, at parterne vil skrive detaljerede kontrakter.²³² Det kan således herudfra tolkes, at såfremt domstolenes fortolkning ikke tilsigter at komme frem til det resultat som parterne ville, kan det resultere i en usikkerhed for disse, hvilket kan skabe incitament til at inddrage en række eventualiteter i kontrakten. Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at Shavell i sin artikel er fortalende for fortolkning af kontrakter, da det ud fra hans synspunkt kan være med til at forbedre samt optimere kontrakten.²³³

3.5.3 Domstolenes ansvar for fortolkning

Problematikken omkring ufuldstændige kontrakter synes, til dels, at kunne afhjælpes ved brug af domstolenes fortolkning heraf. Med afsæt i Shavells model bevirker de ufuldstændige kontrakter, at det er domstolenes opgave at fortolke disse og forsøge at efterligne den optimale kontrakt. Domstolene bør i deres afgørelser så vidt muligt forsøge, at efterligne den optimale kontrakt ved at komme frem til den afgørelse, som parterne selv ville. I forlængelse heraf skal det fremhæves, at det ligeledes bør være domstolenes opgave, at komme frem til den risikoallokering, som parterne ville være kommet til, hvis de havde skrevet en fuldstændig kontrakt. Såfremt det ikke lykkes domstolene at efterligne den optimale kontrakt, er spørgsmålet om det grundlæggende problem bør henføres disses fortolkningsvanskeligheder og ikke de ufuldstændige kontrakter.

²³⁰ Shavell, 2006, s. 289

²³¹ Shavell, 2006, s. 289 ff.

²³² Shavell, 2006, s. 290

²³³ Shavell, 2006, s. 289

3.5.4 Fortolkning contra Knock-for-knock klausuler og Himalaya-klausuler

Knock-for-knock klausuler samt Himalaya-klausuler blev tidligere præsenteret i den økonomiske analyse. Disse er væsentlige at fremhæve, da der ved sådanne klausuler ikke synes at være meget plads til fortolkning grundet det forhold, at parternes retsstilling vedrørende direkte krav og ansvarsbegrænsningers virkning på forhånd er tilrettelagt.²³⁴

Som tidligere nævnt udtaler Posner blandt andet, at problematikken omkring fortolkning af kontrakter er, at disse ikke altid foretages korrekt og som parterne havde ønsket, hvorfor der kan skabes konflikter omkring fortolkning.²³⁵ Dermed synes Posners mere kritiske tilgang, at tale for indgåelse af Knock-for-knock klausuler samt Himalaya-klausuler, hvor parternes pligter og rettigheder på forhånd bliver afklaret i kontrakten, da usikkerheden samt sandsynligheden for fejlfortolkninger mindskes som resultat heraf.

3.5.5 Opsamling af domstolenes fortolkning

Som fremhævet i afsnit kan de entrepriseretlige kontrakter være omfattende, hvorfor det kan være vanskeligt for parterne at udforme dem på en fuldstændig måde, hvor der tages højde for alle eventualiteter. I analysen af domstolsfortolkningerne blev resultatet af simple og uspecificerede kontrakter fremhævet, hvorfor der på baggrund af analysen både kan argumenteres *for* at fortolkning kan resultere i efficiente kontrakter, men ligeledes argumenteres *imod* dette.

Som præsenteret i analysen fremhæver Shavell i sin model, at fortolkning af kontrakter kan være en effektiv løsning på at skrive simple kontrakter, hvor Posner tillige synes at være enig heri, men fremhæver også den risiko der er forbundet netop herved. Posner påpeger ligeledes at fortolkningen kan resultere i, at kontrakter bliver fejlfortolket til ugunst for parterne. På baggrund af analysen bør det overvejes om effekten ved at skrive simple kontrakter, der giver plads til fortolkning, er til parternes favør eller ugunst.

3.6 Økonomisk delkonklusion

Kontrakter må i almindelighed anses for at forekomme mere eller mindre ufuldstændige, grundet det forhold, at eventualiteter er vanskelige at forudse og afdække på forhånd. Dette udgangspunkt

²³⁴ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²³⁵ Posner, 2004, s. 1582 ff.

må ligeledes gøre sig gældende indenfor entrepriseområdet, hvor det på baggrund af den juridiske analyse antages, at kontrakterne på området tilmed anses for at være ufuldstændige. Dette kan henføres til, at entrepriseretlige projekter ofte indebærer en lang række momenter, herunder flere aktører, omstændigheder samt økonomiske forhold, som kan være vanskelige at tage stilling til i forbindelse med kontraktens tilblivelse. Kontrakternes ufuldstændighed på området kommer til udtryk ved indrømmelse af direkte deliktskrav, hvorefter gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger mister gennemslagskraft som resultat heraf.

Formålet med den økonomiske analyse var, at identificere de kontraktuelle udfordringer, som ansvarsbegrænsningers manglende virkning resulterer i, som følge af direkte deliktskrav, ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv. Disse problematikker blev præsenteret med henblik på at konkretisere udfordringerne i den økonomiske analyse, for derved at kunne imødekomme disse i afhandlingens integrerede analyse.

På trods af antagelsen om kontraktens ufuldstændighed, blev det i afsnit 3.2.3 fastlagt, at inden kontrakten anses for ufuldstændig, vil denne i første omgang – ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv – karakteriseres som værende Pareto-optimal, såfremt den ex ante er udformet ud fra de omstændigheder og behov, koncipisterne har tillagt betydning i aftalemomentet. I forlængelse af fremstillingen af rationalitetsforudsætningen i analysen vil parterne træffe de valg som udgøre den største værdi for disse. Kontrakten må dermed betragtes som værende ufuldstændig, når tvister mellem parterne ex post, udspringer af forhold der ikke er blevet behandlet ex ante.

Identifikation af de kontraktuelle udfordringer, der måtte herske indenfor entrepriseområdet, blev foretaget med afsæt i en række teorier indenfor kontraktøkonomien, herunder transaktionsomkostningsteori, incitamentsteori, risikoallokering samt domstolsfortolkning.

I henhold til udfordringerne ud fra transaktionsomkostningsteorien blev front-end- og back-end transaktionsomkostninger fremhævet i analysen af de kontraktuelle udfordringer, som direkte krav giver anledning til. Front-end transaktionsomkostninger blev karakteriseret som de omkostninger der er forbundet med kontraktens tilblivelse, hvorimod back-end transaktionsomkostninger er de omkostninger der kan opstå efter kontraktindgåelsen. Såfremt koncipisterne vælger, at opnå en besparelse ved at nedprioritere front-end omkostningerne, kan det resultere i, at transaktionsomkost-

ningerne back-end bliver dyrere. Dette udgangspunkt formodes at have været gældende i dommene på området.

Beslutningen om at nedprioritere indgåelsen af fuldstændige kontrakter, og dermed opnå en besparelse ved front-end transaktionsomkostninger kan resultere i, at koncipisterne bliver mødt af høje back-end transaktionsomkostninger, såfremt der indrømmes et direkte deliktskrav. Det må på baggrund af analysen formodes, at disse vil udgøre et højere beløb end hvis parterne valgte at prioritere at udarbejde en mere fuldstændig kontrakt, hvor de i stedet afholdte flere front-end transaktionsomkostninger.

I analysen af de kontraktuelle udfordringer indenfor entrepriseområdet, blev principal-agent teorien ligeledes inddraget, da teorien behandler asymmetrisk information i kontraktforhold. Teorien blev anvendt, da den belyser problemstillingen omkring informationsasymmetri, samt hvorledes dette kan afhjælpes. Med afsæt i teorien kan det konkluderes, at den type informationsasymmetri, der hersker indenfor entrepriseområdet, må karakteriseres som moral hazard adfærd. For at imødekomme problematikken, blev denne forsøgt behandlet ved fremstilling af en incitamentsskabende kontrakt mellem de kontraherende parter. På baggrund af analysen må det formodes, at udfordringen omkring hovedentreprenøren samt underentreprenørens skjulte handlinger, kan afhjælpes ved pålæggelse af en garantistillelse af det udførte arbejde, eller at honoraret fastsættes efter den risiko, der foreligger ved den pågældende opgave.

Et centralt kontraktøkonomisk forhold, der blev analyseret ved de kontraktuelle udfordringer, som direkte deliktskrav giver anledning til, var risikoallokeringen. Denne blev belyst med afsæt i en række teorier og aspekter, herunder forsikring, Knock-for-knock klausuler samt Himalaya-klausuler. Formålet hermed var, at belyse hvorledes parternes risikoallokering er efficient ud fra de omstændigheder der gør sig gældende i entrepriseforholdet på nuværende tidspunkt.

I henhold til det forsikringsretlige perspektiv af risikoallokeringen, blev det belyst, at ansvarsbegrænsninger som minimum bør være i overensstemmelse med den aftalte forsikringssum, samt at forsikringstypen bør dække den type af skader, der kan opstå i forbindelse med det pågældende entreprisarbejde. Analysen af Knock-for-knock klausulerne fremviste en efficient risikoallokering ved indgåelse af disse i entrepriseretlige forhold, dog var der belæg for lave incitamenter for agtpå-

givenhed, som resultat af klausulens forudbestemte ansvarsfordeling. Analysen af Himalaya-klausulen fastlog, at denne indeholdte incitamentsskabende elementer – både hvad angår risikoen samt agtpågivenheden.

I afsnit 3.4.5 blev både betydningen af hovedentreprenørens involvens ved direkte krav samt insolvens i kontraktkæden ved en direkte aftale belyst. Formålet med dette var, at fastlægge hvilke kontraktøkonomiske udfordringer der kan være forbundet hermed. Det blev konstateret, at hovedentreprenørens insolvens ved direkte krav ikke spiller en afgørende rolle, da bygherren kan rette krav mod underentreprenøren, grundet det altovervejende udgangspunkt om, at disse mister gennemslagskraft ved direkte deliktskrav. I modsætning hertil spiller parternes solvens en betydelig rolle ved direkte aftaler i kontraktkæden, da såfremt en eller flere parter ikke er betalingsdygtige, formodes det, at det vil forekomme vanskeligt, at opnå en optimal kontrakt eller optimal risikoallokering.

Afslutningsvist blev domstolenes rolle ved ufuldstændige kontrakter analyseret i afsnittet omkring fortolkning af kontrakter med det formål, at belyse de fordele og ulemper der følger heraf. Det blev fastlagt, at simple kontrakter giver adgang til domstolsfortolkning, hvor der er risiko for fejlfortolkning. Det blev ligeledes i afsnittet diskuteret, hvorvidt domstolsfortolkning må anses som efficient for parterne.

De økonomiske delanalyser tegner således et billede af, at der på en række områder forekommer kontraktuelle udfordringer, som resultat af direkte deliktskrav. Fælles for disse er, at der er en formodning om, at de må have oprindelse i det moment, at der ikke foreligger en aftale om accept af ansvarsbegrænsninger i hele kontraktkæden. Med andre ord må det formodes, at de fleste forhold som begrundet kontrakternes ufuldstændighed, skyldes den manglende aftale og derved forpligtelse mellem alle byggeriets parter.

Kapitel 4 – Den integrerede analyse

4.1 Introduktion

Det blev i afhandlingens juridiske analyseafsnit belyst under hvilke betingelser direkte krav indrømmes efter således, at gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger mister gennemslagskraft i aftalekæden. For at fastslå gældende ret, blev litteraturens krav for indrømmelse af direkte krav analyseret og sammenholdt med retspraksis' afgørelser på området. Det kunne heraf udledes, at der hersker retsusikkerhed vedrørende kravene for indrømmelse af direkte deliktskrav hvilket formodes, at kunne henføres til forfatterens delte holdninger på området. Baggrunden herfor er, at retsusikkerheden ikke kan henføres til retspraksis, da disse i højere grad synes at have en ensartet vurdering ved påberåbelse af direkte deliktskrav. Det kunne ligeledes fastlægges på baggrund af analysen, at domstolens indrømmelse af direkte deliktskrav udløser en illusorisk effekt af gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger.

De kontraktuelle udfordringer som ansvarsbegrænsningers manglende gennemslagskraft giver anledning til blev behandlet i den økonomiske analyse. Her blev det påpeget, at kontrakterne indenfor entrepriseområdet i højere grad må karakteriseres som ufuldstændige, grundet ansvarsbegrænsningers manglende virkning ved deliktskrav. De udfordringer som blev præsenteret i analysen indikerer, at den nuværende måde hvorpå kontrakter udformes ikke forekommer efficient.

Det kan på baggrund af den juridiske samt økonomiske analyse udledes, at direkte deliktskrav resulterer i en række udfordringer og ligeledes bevirker, at kontrakterne på entrepriseområdet ikke syntes at være efficiente. For at imødekomme og gøre op med virkningerne af direkte krav, bør kontrakterne i entrepriseforhold revideres. Med afsæt i den juridiske samt økonomiske analyse er den integrerede analyses formål, at præsentere hvad der må anses som den optimale kontrakt således, at ansvarsbegrænsninger får tildelt gennemslagskraft i aftalekæden samt virkningerne af kontrakten.

4.2 Vedtagelse af effektive ansvarsbegrænsninger

For at imødekomme udfordringerne og virkningerne som direkte deliktskrav giver anledning til, vil den integrerede analyse undersøge de praktiske muligheder for at vedtage effektive ansvarsbegrænsninger der respekteres af domstolene.

Problematikken omkring ansvarsbegrænsningers manglende virkning ved direkte deliktskrav, synes at kunne henføres kontraktens ufuldstændighed, der ligeledes resulterer i domstolens fortolkning heraf.²³⁶ Som fremhævet i afsnit 3.5 kan det af analyserne af dommene på området udledes, at parterne har tendens til, at skrive simple kontrakter der ikke tager afsæt i alle eventualiteter, såsom direkte krav. Dette medfører, at det er op til domstolene at fortolke på disse.²³⁷

I forlængelse heraf fremhæver Shavell, at fortolkningen af kontrakter har indflydelse på måden hvorpå parterne udformer disse, da resultatet af fortolkningen afspejler parternes vilje til at udforme uspecificerede kontrakter.²³⁸ Herved forstås, at det må være domstolens ansvar, at fortolke på de simple og tvetydige formuleringer i kontrakterne, som byggeriets parter selv var kommet frem til, såfremt de havde taget stilling til disse forhold ved kontraktindgåelsen.

På trods af ovenstående perspektiv sættes der alligevel spørgsmålstegn ved, om domstolens fortolkning er i overensstemmelse med det resultat, som de kontraherende parter var kommet frem til ved aftaleindgåelsen? Spørgsmålet er væsentligt ud fra analysen af retspraksis, hvor domstolens afgørelser ved indrømmelse af direkte krav, ikke altid kan argumenteres for at være det udgangspunkt, som parterne selv ville være kommet frem til ved aftaleindgåelsen. Det kan på baggrund heraf derfor diskuteres hvorvidt fortolkning af kontrakter må anses som værende et effektivt løsningsorgan for parterne. I forlængelse af ovenstående vil parternes alternativ for indgåelse af effektive ansvarsbegrænsninger, ved hjælp af den optimale kontrakt, være nærliggende at undersøge i det følgende afsnit.

4.3 Revision af entrepriseretlige kontrakter

4.3.1 Kontrakters revidering

Som tidligere fremhævet udløser direkte krav en række kontraktuelle udfordringer vedrørende ansvarsbegrænsningers virkning. Dette leder til spørgsmålet om nødvendigheden af kontraktens revidering for at imødekomme problemstillingen.

²³⁶ Posner, 2004, s. 1582 ff. og Cohen, 1999, s. 81

²³⁷ Cohen, 1999, s. 81

²³⁸ Shavell, 2006, s. 289 ff.

Formålet med afhandlingen er, at identificere de udfordringer der er forbundet med direkte deliktskrav, samt hvorledes disse kan imødekommes. Den juridiske samt økonomiske analyse i afhandlingen indikerer, at kontrakterne indenfor entreprisområdet ikke forekommer fuldstændige, og ligeledes ikke synes at være Pareto-optimale ex post, grundet ansvarsbegrænsningernes hidtidige manglende gennemslagskraft ved deliktskrav. Det blev på baggrund af analyserne fastslået, at direkte deliktskrav resulterer i, at ansvaret og dermed også risikoen overflyttes, hvilket ikke anses for værende efficient.

I det følgende afsnit vil det værdimaksimerende udgangspunkt for alle byggeriets parter, og dermed den optimale kontrakt, som kan imødekomme de kontraktuelle udfordringer, det direkte deliktskrav giver anledning til, blive belyst.

4.3.2 Den optimale kontrakt

På baggrund af den juridiske samt økonomiske analyse, hvor en række aspekter samt udfordringer indenfor de entrepriseretlige kontrakter blev fremstillet, vil det nærliggende spørgsmål herefter være, hvad der kan karakteriseres som den optimale kontrakt, og dermed det mest værdimaksimerende udgangspunkt i en entrepriseretlig sammenhæng? I forlængelse heraf skal der ligeledes stilles spørgsmålstejn ved, om dette er opnåeligt, set i lyset af kontraktens ufuldstændighed?

I de følgende afsnit vil overvejelserne som ligger til grund for den optimale kontrakt blive præsenteret.

Betydningen af asymmetrisk information for den optimale kontrakt

Det blev i afsnit 3.3 belyst, at der i entrepriseretlig sammenhæng hersker asymmetrisk information, i form af risikoen for hoved- samt underentreprenørens moral hazard adfærd. På baggrund af analysen af problematikken blev det konstateret, at denne blandt andet kan afhjælpes ved garantistillelse af det udførte arbejde eller, at honoraret fastsættes efter den risiko der er forbundet ved påtagelse af entreprisarbejdet.

Den omtalte garantistillelse vil indebære, at der stilles krav om at agenterne, herunder hovedentreprenøren og underentreprenøren, udfører arbejdet i overensstemmelse med garantien, hvilket vil forøge incitamenterne heraf. Ud fra et risikoallokeringsperspektiv vil risikoen dermed blive fordelt hvormed dele heraf kan overflyttes til den garantistillende part.²³⁹

Det kunne på baggrund af analyse af dommene konstateres, at honorarerne indenfor entrepriseområdet ikke altid synes at være lig den risiko der påtages ved entreprisearbejdet. Honoraret bør derfor fastsættes efter den risiko, der er forbundet med påtagelse af entreprisearbejdet, set i lyset af den optimale kontrakt. Det skal i forlængelse heraf ligeledes fremhæves, at der bør foreligge en balance ved fastsættelsen af honoraret således, at det stadig forekommer incitamentsgivende for bygherren samt de øvrige parter i kontraktkæden.

Betydningen af risikoallokering for den optimale kontrakt

Det blev i analysen af risikoallokeringen fastslået, at en optimal risikoallokering mellem parterne spiller en betydelig rolle for kontraktens fuldstændighed. Analysen af risikoallokeringen samt dommene inden for det entrepriseretlige område belyste, at risikoallokering er et væsentligt forhold ved ønsket om opnåelse af den optimale kontrakt. I forlængelse heraf blev det også belyst, at der er en antagelse om, at der foreligger en optimal risikoallokering, såfremt de kontraherende parter ex ante, tager højde for, at ansvarsbegrænsningerne er i overensstemmelse med de risici, der foreligger ved det pågældende arbejde. Dette må anses for at harmonere med Polinsky's synspunkt herpå.²⁴⁰

Forsikringsretlige aspekter

I forlængelse af behandlingen af risikoallokeringen ved de entrepriseretlige kontrakter blev det forsikringsretlige aspekt inddraget i den økonomiske analyse, hvorefter det blev fastlagt, at disse måtte have en væsentlig betydning for allokeringen af risiko i kontrakten.

Analysen belyste endvidere at det ville være optimalt, at ansvarsbegrænsninger indenfor området som minimum er lig parternes forsikringssum, og at denne afspejler den faktiske risiko og det ansvar der er forbundet med entreprisearbejdet.²⁴¹ Forudsætningen for at det forsikringsretlige

²³⁹ Knudsen, 1997, s. 167

²⁴⁰ Polinsky, 1981, s. 2 ff.

²⁴¹ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

aspekt er centralt ved kontraktens efficiens begrundes med, at det på baggrund af analysen af dommene på området blev erfaret, at ansvarsbegrænsningers illusoriske effekt ved direkte deliktskrav bevirker, at erstatningskravene oversteg de faktisk indgåede ansvarsbegrænsninger. Dette resulterer i en inefficent risikoallokering og dermed en ufuldstændig kontrakt.

I forlængelse af behandlingen af det forsikringsretlige aspekt ved risikoallokeringen opstår en formodning om, at forsikringstypen har betydning herfor. Dette kan begrundes med, at de forsikringer der tegnes skal tilpasses således, at de dækker den del af entreprisen, som forsikringstageren bistår. Herved forstås, at forsikringstypen og dermed dækningen skal tilpasses så der skabes sikkerhed for, at den type skader eller mangler, der kan forårsages ved det pågældende arbejde, dækkes af forsikringen.²⁴²

Ved imødekommelse af den optimale kontrakt bør parterne ud fra ovenstående fremstilling, tegne en forsikring der er forenelig med den type opgave der påtages. Der kan i forlængelse heraf argumenteres for, at All Risk forsikringen særligt synes at være fordelagtig i entrepriseretlige sammenhæng, da denne type forsikring dækker alle eventuelle tab, hvor regresmuligheder ligeledes udelukkes.²⁴³ Dog skal det overvejes, om en All Risk forsikring vil være hensigtsmæssig i alle henseender, da projekter kan være forskellige og indeholde forskellige risici og det forhold, at denne type forsikring må antages, at være mere omkostningsfuld sammenlignet med de øvrige forsikringstyper indenfor området.

Knock-for-knock klausuler

Når det skal belyses og vurderes hvordan den værdimaksimerende kontrakt opnås, er Knock-for-knock klausuler, som blev behandlet i afsnit 3.4.3, interessant at inddrage. Klausulen antages at være en efficient måde, hvorpå risikoen allokeres på forhånd, hvorved der således ex post, ikke vil forekomme et uventet ansvar ved efterfølgende mangler eller skader ved byggeriet.

Ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv af klausulens efficiens, i lyset af den optimale kontrakt, synes denne til dels, at gøre op med problematikken bag ufuldstændige kontrakter, da parternes

²⁴² <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 16 ff.

²⁴³ <https://nexusadvokater.dk/kan-man-bygherre-entreprenorer-forsikre-sig-imod-entreprenorerens-fejl-mangler/>

retsstilling på forhånd klarlægges.²⁴⁴ I forlængelse heraf formodes klausulen ligeledes at være optimal ud fra et processuelt synspunkt, da omkostningerne herved minimeres.²⁴⁵ Ligeledes må det ud fra et forsikringsretligt perspektiv være optimalt, da omkostningerne minimeres ved, at parterne kender til deres ansvarsfraskrivelse ex ante.²⁴⁶ Herved kan parterne tegne den fornødne forsikring, da de vil være bekendt med risikoen på forhånd. Dette kan begrundes med, at i modsætning til et deliktuel krav, kan parterne ikke pålægges et større ansvar end det aftalte i klausulen.

Ovenstående præsentation af Knock-for-knock klausuler kan fungere som argument for en måde, hvorpå problematikken omkring ufuldstændige kontrakter – til dels – imødekommes ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv. På baggrund heraf vil det nærliggende spørgsmål derfor være, hvorfor Knock-for-knock klausuler ikke i højere grad har afhjulpet de kontraktuelle udfordringer der hersker indenfor entrepriseområdet?

I forlængelse heraf bør incitamenterne for at udvise agtpågivenhed fremhæves. Det faktum, at parternes retsstilling på forhånd klarlægges bevirker, at bagsiden heraf er, at den culpøse adfærd ved den skadevoldende handling ikke får tildelt betydning, da ansvaret pålægges den kontraktspart, der har påtaget sig risikoen i henhold til klausulen.²⁴⁷ Endvidere skal det faktum, at klausulen som udgangspunkt kun bortfalder, som følge af forsæt, også fremhæves.²⁴⁸ Dette forhold bevirker, at incitamenterne for at udvise agtpågivenhed forringes, hvilket ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv ikke synes at være efficient.²⁴⁹

Himalaya-klausuler

I forbindelse med analysen af hvad der kan karakteriseres som den optimale kontrakt, skal Himalaya-klausuler ligeledes inddrages. Klausulen er væsentlig at belyse, da den tilsigter at beskytte tredjemand ved direkte deliktskrav.²⁵⁰ Dette forekommer ved, at tredjemands gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger, med dennes nærmeste aftalepart, får gennemslagskraft i hele

²⁴⁴ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁴⁵ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

²⁴⁶ Lando & Mortensen, 2016, s. 291

²⁴⁷ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁴⁸ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁴⁹ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁵⁰ Pedersen, 2008, s. 614 ff. og <https://ing.dk/artikel/kronik-ny-klausul-kan-goere-med-direkte-krav-byggeriet-196643>

kontraktkæden.²⁵¹ Således vil der skabes klarhed for parternes pligter og rettigheder, i form af at risikoen på forhånd allokeres, og dermed ikke kan overflyttes, i modsætning til direkte deliktskrav som blev præsenteret i afsnit 2.4. Klausulen bevirker til, at ansvaret og dermed risikoen, ikke kan overstige det som parterne havde indgået ved aftalemomentet. Klausulen formodes derfor at begrunde et værdimaksimerende udgangspunkt ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv.

Et andet moment der taler for klausulens efficiens er det faktum, at ansvarsbegrænsninger bortfalder såfremt der handles groft uagtsomt eller fortsættligt,²⁵² hvilket må bevirke at incitamenterne til at udvise agtpågivenhed forøges. Dette forhold vil være efficient ud fra et samfundsmæssigt samt kontraktøkonomisk synspunkt.

På baggrund af ovenstående formodes indgåelsen af Himalaya-klausuler således at resultere i øget fuldstændighed af kontrakter, og dermed anses som et efficient udgangspunkt for den optimale kontrakt i entrepriseforhold.

Den optimale kontrakt - et værdimaksimerende udgangspunkt

På baggrund af indeværende analyse er det altovervejende udgangspunkt for imødekommelse af den optimale kontrakt, at incitamenterne til at indgå i kontraktforholdet, samt incitamenterne til at udvise agtpågivenhed, er tilstede.

For at der foreligger incitament til at indgå i kontraktforholdet må forudsætningen være, at den risiko der allokeres får virkning. Herved forstås, at den risiko parterne påtager sig ved kontraktindgåelsen, i form af disses ansvarsbegrænsninger, skal forudsætte, at få gennemslagskraft i kontraktkæden, såfremt der opstår tvister vedrørende mangler eller skader på byggeriet ex post. Det forhold, at ansvarsbegrænsninger får gennemslagskraft, og dermed allokeres effektivt vil bevirke, at incitamenterne for indgåelse i entrepriseaftalen, som resultat heraf, vil blive forøget.

Incitamentet for at udvise agtpågivenhed i kontraktforholdet spiller ligeledes en betydelig rolle, både ud fra et samfundsmæssigt perspektiv, men også ved opnåelsen af det værdimaksimerende udgangspunkt. Incitamentet til agtpågivenhed kan begrundes i erstatningsrettens formål som

²⁵¹ Pedersen, 2008, s. 614 ff.

²⁵² Pedersen, 2008, s. 614

tilsigter, at parterne handler i overensstemmelse med hinandens ønsker og samfundets interesser.²⁵³ Ved at klausuler, aftaler eller ansvarsbegrænsninger bortfalder, såfremt der handles forsætligt eller groft uagtsomt, vil erstatningsrettens formål herved kunne opretholdes, da parterne er rationelle og dermed træffer beslutninger, der er bedst for dem selv.²⁵⁴ Med andre ord kan implementeringen af konsekvenserne ved skadevoldende adfærd udløse en afskrækkende effekt²⁵⁵, hvilket kan være med til at imødekomme ønsket om den optimale kontrakt, da der skabes incitament for agtpågivenhed.

Ved opnåelse af den optimale kontrakt bør garantistillelse samt en risikoafhængig aflønning ligeledes inddrages. Disse kan spille en betydelig rolle i optimeringen af kontrakter, da en garanti vil forpligte underentreprenøren og hovedentreprenøren, hvoraf der vil skabes incitament til at opfylde kontrakten for ikke at ifalde garantien. Ligeledes vil en risikoafhængig aflønning være incitamentsskabende for underentreprenøren og hovedentreprenøren. Dermed vil de omtalte forudsætninger for den optimale kontrakt kunne opnås, såfremt forholdene indgår i kontrakten, og parternes ønsker samt forventninger imødekommes.

På baggrund af de omtalte forudsætningerne for den optimale kontrakt, vil det nærliggende spørgsmål herefter være, hvordan opsætningen skal være for, at netop den optimale kontrakt kan opnås? Det kan være vanskeligt at fastlægge hvordan opsætningen bør foretages, men det formodes bedst at kunne beskrives som en kontrakt, hvor der foreligger en anerkendelse af ansvarsbegrænsningerne i hele aftalekæden. Dette kan fremsættes ud fra to løsningsmodeller, som vil blive behandlet nedenfor.

Det første løsningsforslag er, at udgangspunktet kan opnås ved, at indgå en direkte aftale mellem alle byggeriets parter således, at en aftale inkluderer bygherre, hovedentreprenør samt underentreprenør, for derved at udelukke muligheden for deliktskrav. Den direkte aftale vil bevirke, at et eventuelt direkte krav fra bygherren ved denne aftale, transformeres fra et deliktskrav til et krav i kontrakt.

Som et alternativ til at imødekomme den optimale kontrakt er det andet løsningsforslag, at der bliver udformet en Himalaya-klausul. I forlængelse af dette vil bygherren blive pålagt en forpligtelse i

²⁵³ Eide & Stavang, 2008, s. 273 ff.

²⁵⁴ Eide & Stavang, 2008, s. 86 ff.

²⁵⁵ Ussing, 1962, s. 10

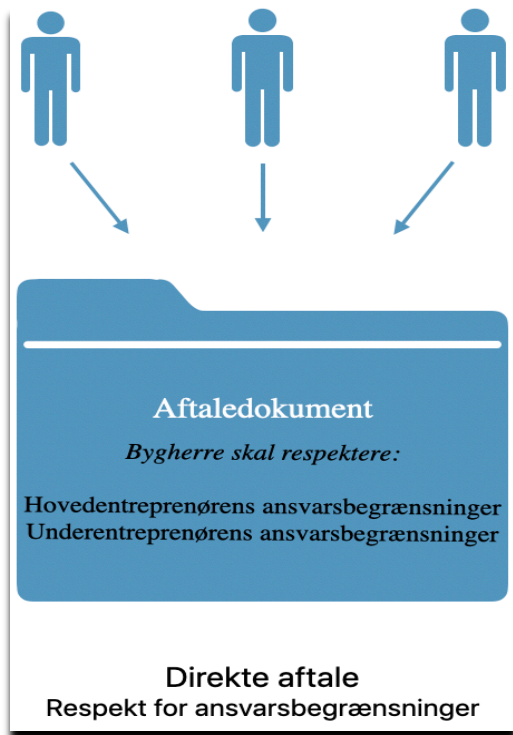
dennes aftale med sin nærmeste medkontrahent. Hermed forestilles at bygherren – på samme måde som den traditionelle måde hvorpå kontrakterne indenfor entrepriseområdet udformes på – har en aftale med hovedentreprenøren, som ligeledes har en aftale med underentreprenøren.²⁵⁶ Tanken bag klausulen er, at pålægge bygherren en forpligtigelse i kontrakten mellem denne og hovedentreprenøren, som får retsvirkning overfor underentreprenøren ved et direkte krav mod denne. For at dette forhold skal kunne tildeles retsvirkning i bygherrens krav mod underentreprenøren, vil det naturligvis forudsætte, at der i klausulen bør indgå en accept af eller erklæring fra bygherren for ansvarsbegrænsningens gyldighed. De kontraktuelle krav herfor, ud fra et juridisk perspektiv, vil blive nærmere behandlet i det følgende afsnit. I forlængelse af præsentationen af løsningsforslaget skal det også påpeges, at underentreprenøren bør tilsikre, at Himalaya-klausulen bliver indgået mellem bygherre og hovedentreprenør og dermed opnår retsvirkning. Baggrunden herfor er, at underentreprenøren ikke indgår i kontraktforholdet, og dermed ikke kan vide sig sikker på, at kontrakten indgås udenom denne, hvorfor denne bør derfor sikre sig at kontrakten indgås.

Afslutningsvist kan det på baggrund af ovenstående fremstilling antages, at det værdimaksimerende udgangspunkt utvivlsomt vil være, at der foreligger en direkte aftale således, at krav alene rettes indenfor kontrakt. I forlængelse heraf bør det fremhæves, at dette ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv, muligvis kan være vanskeligt at opnå set i lyset af de transaktionsomkostninger der er forbundet hermed. Et efficient alternativ må derfor være forpligtelsen om anerkendelse af ansvarsbegrænsninger, som omtalt ovenfor, og som ligeledes må anses for at være et værdimaksimerende udgangspunkt for alle parter.

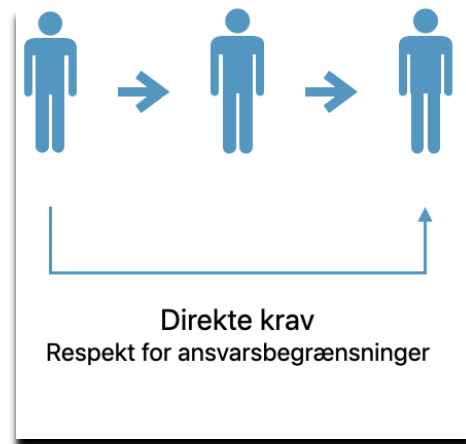
Nedenfor er de to ovenfor omtalte løsningsforslag, hvorpå den optimale kontrakt, rent kontraktuelt kan udformes, illustreret.

²⁵⁶ Holle & Nielsen, 2017, s. 179-181

Mulighed 1:



Mulighed 2:



Figur 3: Løsningsmodeller

Kilde: Egen tilvirkning

4.4 De juridiske og økonomiske virkninger af den optimale kontrakt

I forbindelse med fremstillingen af den optimale kontrakt blev det præsenteret, at de to løsningsforslag, hvorpå kontrakten bør udformes, anses som værende en efficient måde for parterne at gardere sig. Dette skyldes at parterne på forhånd, ved hjælp af den optimale kontrakt, kan tilrettelægge risikoen og dermed også ansvaret således, at der skabes gennemsigtighed for disse. Herved må spørgsmålet om pligter og rettigheder på forhånd være klare, i tilfælde af tvister omkring mangler eller skader ved entreprisen. På baggrund af ovenstående vil det være nærliggende at foretage en analyse af de juridiske samt økonomiske virkninger, der er forbundet med den optimale kontrakt.

4.4.1 De juridiske virkninger

I analysen af de juridiske virkninger af den optimale kontrakt, vil de væsentligste forhold i henhold til opgavens fokus blive fremhævet i følgende afsnit. Dermed afgrænses der fra at belyse samtlige juridiske forhold der kan gøre sig gældende i henhold til kontrakterne.

De aftaleretlige betingelser

De aftaleretlige aspekter vil være væsentlige at belyse i forbindelse med behandlingen af de juridiske virkninger af den optimale kontrakt, da aftaleloven regulerer aftalers gyldighed og tilsidesættelse.

Forudsætningen for retsvirkningen, og dermed påberåbelse af den direkte aftale mellem alle bygge-riets parter er, at denne er gyldigt indgået og i overensstemmelse med aftalelovens § 1, hvorefter gyldigt indgåede aftaler er bindende.²⁵⁷ Til trods for aftalers indgåelse samt det forhold at disse er bindende, vil den direkte aftale mellem alle parterne kunne tilsidesættes efter generalklausulen i aftalelovens § 36:

*”En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.”*²⁵⁸

I henhold til løsningsforslag to, hvor der pålægges bygherren en forpligtelse om, at anderkende underentreprenørens ansvarsbegrænsninger, bør aftaleloven ligeledes gøres gældende. Dette forudsætter, at forpligtelsen skal være gyldigt indgået samt, at denne kan tilsidesættes såfremt den er i strid med generalklausulen i § 36.²⁵⁹

Erstatningsreglernes gyldighed

I forbindelse med analysen af de juridiske virkninger af den optimale kontrakt, er det ligeledes væsentligt at belyse erstatningsreglerne og i forlængelse heraf, stille spørgsmålstejn ved, hvorledes opståede skader bør behandles ved indgåelse af kontrakten.

²⁵⁷ Andersen & Madsen, 2017, s. 30 ff.

²⁵⁸ Andersen & Madsen, 2017, s. 201 ff.

²⁵⁹ Andersen & Madsen, 2017 s. 30 ff. og 201 ff.

Ønsket om den optimale kontrakt tilsigter som tidligere nævnt, at der foreligger en anerkendelse af alle gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger i hele aftalekæden, enten gennem en direkte aftale med de involverede parter eller gennem en forpligtelse i bygherrens aftale med hovedentreprenøren. Denne vil ikke indeholde en aftale om, hvem der bærer ansvaret på forhånd uden hensynstagen til, hvem der har forvoldt skaden. Den optimale kontrakt vil derfor til dels være i modsætning til den tidligere omtalte Knock-for-knock klausul, hvad angår indholdet.²⁶⁰ Det gælder efter Knock-for-knock klausuler, at erstatningsreglerne tilsidesættes, da ansvaret på forhånd er tilrettelagt. I aftalen pålægges en part således at bære hele ansvaret for dennes gruppe, hvorfor der ikke tages udgangspunkt i, hvem der har forårsaget skaden.²⁶¹ Endvidere skal det påpeges, at Knock-for-knock klausuler som udgangspunkt kan tilsidesættes, som følge af forsæt eller såfremt den falder under aftalelovens § 36.²⁶²

Ved den optimale kontrakt vil der således ikke, i klausulen, på forhånd foreligge en klarlæggelse af hvem der bærer ansvaret ved skader, på samme vis som Knock-for-knock, hvorfor kontrakten ikke vil gå forud for erstatningsbetingelserne. Derimod vil udgangspunktet for den optimale kontrakt være, at den part der forårsager skaden, skal dække tabet i overensstemmelse med dennes ansvarsbegrænsning. Dette bevirker, at de almindelige erstatningsregler finder anvendelse såfremt der opstår tvister ex post.²⁶³ I forlængelse af ovenstående bør det tilmed påpeges, at det ved den optimale kontrakt gælder, at de gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger skal tilsidesættes ved grov uagtsomhed eller forsæt.²⁶⁴

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at retsvirkningen af aftalen fortsat vil være afhængig og betinget af de almindelige erstatningsregler, hvorfor løsningen således ikke vil lade sig inspirere af Knock-for-knock klausuler.

Fortolkning

I forlængelse af fremstillingen af de juridiske virkninger af den optimale kontrakt, skal domstolenes fortolkning heraf fremhæves. Den optimale kontrakt bevirker, at kontrakterne bliver mere fuldstændige i henhold til direkte krav. Herved forstås, at kontrakterne ved det værdimaksimerende ud-

²⁶⁰ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁶¹ Lando & Mortensen, 2016, s. 274

²⁶² Lando & Mortensen, 2016, s. 291

²⁶³ Eyben & Isager, 2015, s. 23

²⁶⁴ Eyben & Isager, 2015, s. 88

gangspunkt vil være specificerede, hvad angår spørgsmålet om direkte krav, hvorfor det må antages, at der ikke i samme grad vil være plads til fortolkning, da forholdene vil være nøje defineret.²⁶⁵ Det formodes ligeledes, at det vil forekomme mindre vanskeligt for domstolene at fortolke disse, i overensstemmelse med parternes ønsker. Dette forhold vil ligeledes mindske sandsynligheden for fejlfortolkninger af kontrakter, som blev fremhævet i afsnit 3.5.

Parternes retsstilling

Det vil afslutningsvist i analysen af de juridiske virkninger ved den optimale kontrakt være væsentligt, at belyse dennes betydning for retsstillingen i kontraktforholdet. De to kontraktuelle opsætninger, som anses som det værdimaksimerende udgangspunkt for parterne, og dermed den optimale kontrakt bevirker, at parternes retsstilling vedrørende spørgsmålet om ansvarsbegrænsningernes virkning, på forhånd vil være klarlagt og anerkendt, såfremt der skulle opstå mangler eller skader ved entreprisen. Baggrunden herfor er, at de to løsningsforslag tildeler underentreprenørens ansvarsbegrænsninger virkning ex ante, hvilket vil styrke parternes retsstilling, såfremt der skulle opstå en tvist.

4.4.2 De økonomiske virkninger

Men hensyn til de økonomiske virkninger af den optimale kontrakt, vil en række væsentlige kontraktøkonomiske elementer blive fremhævet i de følgende afsnit.

Risikoallokering

I analysen af den optimale kontrakt blev risikoallokeringen blandt andet fremhævet, da denne formodes at være et af de tungtvejende forhold som påvirkes af kontrakternes udformning. Dette blev ligeledes belyst i analyse af dommene på området, hvoraf risikoen der allokeres ved kontraktindgåelsen ex ante kan overflyttes ex post, ved direkte deliktskrav, hvilket forringer kontraktens efficiens.

Ved hjælp af kontrakternes revidering, herunder de to løsningsforslag, som forudsætter, at ansvarsbegrænsninger både skal respekteres i og uden for kontrakt, kan byggeriets parter imødekomme ovenfor nævnte udfordring, da risikoen dermed allokeres optimalt.

²⁶⁵ Posner, 2004, s. 1582 ff. + 1614

Incitamenter til agtpågivenhed

Som nævnt ovenfor er den optimale kontrakt analyseret med henblik på at imødekomme en række juridiske samt økonomiske udfordringer, hvorfor kontrakten tager udgangspunkt i at afhjælpe disse forhold. Et af de omtalte forhold er incitamenterne til at udvise agtpågivenhed, som antages at påvirke den optimale kontrakt. Dette forhold formodes at blive påvirket af kontrakten, fordi det vil indeholde et udgangspunkt om ansvarsbegrænsningers manglende virkning, såfremt der udvises en skadevoldende adfærd, i form af forsæt eller grov uagtsomhed, som blev omtalt i analysen af den optimale kontrakt.

Dette forhold må således have den effekt, at incitamenterne til agtpågivenhed øges, da parterne ved udvisning af den omtalte adfærd, ikke kan påberåbe sig ansvarsbegrænsninger i aftalekæden. Som det tidligere blev fremhævet synes dette forhold i kontrakten at have en afskrækkende effekt, hvilket er i overensstemmelse med erstatningsretten.²⁶⁶

Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger antages at være et centralt element, som påvirkes af den optimale kontrakt. Disse blev fremhævet i analysen af transaktionsomkostninger, hvorefter det blev påpeget, at en af årsagerne til, at kontrakter indenfor entrepriseområdet ikke bliver udformet mere fuldstændigt formodes at skyldes transaktionsomkostningerne heraf.

I analysen af transaktionsomkostninger blev front-end og back-end transaktionsomkostninger inddraget. Der blev i forlængelse heraf sat spørgsmålstejn ved, om den nuværende måde hvorpå kontrakterne udformes er efficient, set i lyset af back-end omkostningerne i form af de sagsomkostninger, der kan opstå ved tvister ex post. Spørgsmålet synes bedst at kunne besvares ved, at dette afhænger af sandsynligheden for, at der opstår skader ex post, og dermed vil forekomme høje transaktionsomkostninger back-end.

I situationer hvor der opstår tvister ex post synes den optimale kontrakt, ud fra et transaktionsomkostningsperspektiv, særligt at være efficient og omkostningsminimerende. Baggrunden for dette er, at det i disse tilfælde formodes, at transaktionsomkostningerne front-end er lavere end ved den nuværende måde hvorpå kontrakterne indgås, hvor disse vil afholdes back-end ved opståede tvister i

²⁶⁶ Ussing, 1962, s. 10

form af sagsomkostninger og eventuelle fortolkningsfejl. Det kunne på baggrund af analysen af dommene på området konstateres, at der er høje back-end transaktionsomkostninger forbundet med den ufuldstændige kontrakt. I de pågældende sager opstår der således en formodning om, at såfremt den optimale kontrakt er udformet og transaktionsomkostningerne bliver afholdt front-end, må disse formodes at være langt lavere back-end.

På baggrund af ovenstående kan det fastlægges, at den optimale kontrakt antages at have indflydelse på transaktionsomkostningerne, da disse forøges front-end, men derimod må antages at blive minimeret back-end ved direkte krav.²⁶⁷

Forsikringsretlige aspekter

Afslutningsvist er det forsikringsretlige element centralt at rette fokus mod i henhold til de kontraktøkonomiske aspekter, som den optimale kontrakt har en indvirkning på. Grundet det forhold, at den optimale kontrakt særligt tager udgangspunkt i de økonomiske udfordringer, som direkte krav giver anledning til, og disse derfor implicit og eksplicit er fremhævet i afhandlingen, vil den optimale kontrakts betydning for forsikringer derfor kun kort blive belyst.

Som fremhævet i afsnittet omkring den optimale kontrakt antages det, at forsikringer påvirkes af risikoallokeringen som i sidste ende ligeledes påvirkes af den indgåede aftale. Begrundelsen herfor er, at der er en forudsætning om, at forsikringer indenfor entreprisebranchen tilpasses ansvarsbegrænsningerne,²⁶⁸ hvorfor en virksom risikoallokering medfører, at forsikringerne ligeledes kan tilpasses efficient således, at disse er lig ansvarsbegrænsningerne. Herved forstås, at der ved en optimal kontrakt, hvor ansvarsbegrænsninger får gennemslagskraft, ikke må formodes at være behov for, at tegne en forsikring som overstiger ansvarsbegrænsningen, hvilket der formodes at have været tendens til hidtil grundet ansvarsbegrænsningers illusoriske effekt.

4.5 Integreret delkonklusion

Det blev i den juridiske samt økonomiske analyse fremhævet, at entrepriseområdet til dels er præget af retsusikkerhed samt ufuldstændige kontrakter. For at imødekomme de udfordringer der optræder

²⁶⁷ Choi & Triantis, 2010, s. 884

²⁶⁸ <https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>, s. 20

i branchen, har det været nærliggende at revidere kontrakterne på området for derved at gøre op med de problematikker, som direkte deliktskrav bevirker. I forlængelse af kontakternes revidering, har det oplagte spørgsmål været, hvad der kan karakteriseres som den optimale kontrakt?

Med afsæt i både den juridiske og økonomiske analyse har det været muligt, at identificere de udfordringer der hersker indenfor entreprisebranchen, for herved i den indeværende integrerede analyse, at fremstille hvad der kan karakteriseres som den optimale kontrakt, og som gør op med resultaterne af direkte krav.

Det værdimaksimerende udgangspunkt, og dermed den optimale kontrakt, som gør op med konsekvenserne af direkte krav er, at ansvarsbegrænsningerne i entreprisekontrakterne får gennemslagskraft i hele aftalekæden. Det blev i analysen fastlagt, at dette opfyldes ved enten at indgå en direkte aftale mellem alle byggeriets parter, eller ved at bygherren og hovedentreprenøren indgår en Himalaya-klausul, hvori bygherren forpligter sig til at acceptere underentreprenørens ansvarsbegrænsninger ved et eventuelt direkte deliktskrav. De to kontraktuelle opsætninger, som blev præsenteret i afsnittet, formodes at gøre op med de konsekvenser direkte deliktskrav har til følge.

I forlængelse af fremstillingen af den optimale kontrakt var det nærliggende, at belyse de centrale juridiske samt økonomiske virkninger heraf.

I analysen af de juridiske virkninger, blev aftalelovens §§ 1 samt 36 fremhævet, da disse regulerer aftalers gyldighed og tilsidesættelse. Erstatningsreglerne blev ligeledes fremhævet i analysen, da den optimale kontrakt medfører, at erstatningsreglerne finder anvendelse, og at disse derfor ikke tilsidesættes, i modsætning til Knock-for-knock klausulerne, hvis efficiens blev diskuteret i forlængelse af den optimale kontrakt. Et centralt aspekt, som tilmed blev fremhævet i henhold til spørgsmålet om de juridiske virkninger af det omtalte værdimaksimerende udgangspunkt, var domstolenes fortolkning. Domstolenes fortolkning af kontrakter må antages at være formindsket, sammenlignet med det nuværende udgangspunkt, hvoraf kontrakterne synes at være simple og dermed give domstolene plads til fortolkning.

I analysen af de økonomiske virkninger af den optimale kontrakt blev risikoallokering, incitamenterne til agtpågivenhed, transaktionsomkostningerne samt de forsikringsretlige aspekter fremhævet. Disse aspekter anses som de væsentligste forhold der påvirkes af den optimale kontrakt.

Det kan på baggrund af den integrerede analyse konkluderes, at de juridiske samt økonomiske udfordringer der hersker indenfor entrepriseområdet, kan imødekommes ved at revidere kontrakterne på området. Den fremlagte kontrakt, der anses som værdimaksimerende for alle parterne, kan imødekomme problematikken omkring direkte deliktskrav. I forlængelse heraf skal det også pointeres, at den optimale kontrakt kan skabe gennemsigtighed for byggeriets parter således, at disse kan indgå i samarbejdet velvidende om deres pligter og rettigheder.

Kapitel 5 – Konklusion

Afhandlingen har behandlet temaet direkte deliktskrav i entrepriseforhold, samt ansvarsbegrænsningers manglende virkning som følge heraf. Formålet med afhandlingen var, at præsentere kravene for indrømmelse af direkte krav, samt de kontraktuelle udfordringer som ansvarsbegrænsningers manglende virkning som følge heraf resulterer i. Endvidere har afhandlingen haft fokus på, hvorledes kontrakter bør udformes således, at risikoen allokeres efficient.

I den juridiske analyse blev betingelserne for direkte krav efter retsbrudssynspunktet behandlet, og samtidig blev det præsenteret at underentreprenørens gyldigt indgåede ansvarsbegrænsninger med hovedentreprenøren mister gennemslagskraft som følge heraf. Det direkte krav efter retsbrudssynspunktet blev sammenholdt med øvrige grundlag for indrømmelse af direkte krav. Her blev det belyst hvor indgribende bygherrens direkte krav, efter retsbrudssynspunktet, er for underentreprenørens retsstilling, sammenlignet med øvrige grundlag, grundet ansvarsbegrænsningernes illusoriske effekt.

Den juridiske litteratur blev ligeledes inddraget i analysen af kravene for indrømmelse af direkte krav efter retsbrudssynspunktet. Det kan herudfra konkluderes, at der er sket en udvikling i hvad der kan opfattes som et retsbrud, samt at forfatterne har forskellige holdninger hertil. I den ældre litteratur er udgangspunktet, at det alene er grov uagtsomhed, der kan begrunde et direkte krav efter retsbrudssynspunktet, hvorimod der i nyere tid foretages mildere culpavurderinger heraf, hvormed flere forhold tillægges betydning. Trods udviklingen samt de forskellige opfattelser kan det på baggrund af analysen konkluderes, at der blandt forfatterne indenfor litteraturen er enighed om, at grov uagtsomhed som minimum begrundet et direkte krav efter retsbrudssynspunktet.

I forlængelse af analysen af litteraturen blev retspraksis analyseret med henblik på at kunne fastlægge, om retsusikkerheden alene kan henføres forfatterne indenfor litteraturen, eller om denne også hersker indenfor retspraksis. I den forbindelse blev en række domstolsafgørelser og voldgiftskendelser analyseret med det formål, at belyse under hvilke forhold retspraksis indrømmer et direkte deliktskrav. Det kan med afsæt heri konkluderes, at ældre domme gennemgår strengere culpavurderinger sammenlignet med de nyere domme således, at det kun er grov uagtsomhed der dengang begrundede et direkte deliktskrav. I den forbindelse skal det påpeges, at nyere retspraksis tillægger

flere momenter i vurderingen. De omtalte momenter er fastlagt ud fra professionsnormen og godskik reglerne i branchen, hvilket kan sidestilles med en skjult culpabetragtning, som også kræver en grovere culpøs handling.

Det kan på baggrund af analysen af litteraturen samt retspraksis konkluderes, at retsusikkerheden henføres forfatterne, da praksis i højere grad synes at have ensartede vurderinger af indrømmelse af direkte krav efter synspunktet.

På trods af at det i analysen blev fastlagt, at ansvarsbegrænsninger som udgangspunkt mister virkning ved direkte deliktskrav, blev der alligevel sat spørgsmålstejn ved disses gyldighed set i lyset af analysen af sag U.2014.2042. I denne sag fik en voldgiftsklausul tildelt betydning og blev dermed anerkendt ved det direkte deliktskrav. Herefter blev der ydermere sat spørgsmålstejn ved, om ansvarsbegrænsninger, i lyset af sagen, tillige kan anerkendes ved et deliktskrav. På baggrund af en række forfatteres synspunkter herpå udledes det, at ansvarsbegrænsninger kan påberåbes således, at der er tale om et kontraktafhængigt retsbrudsansvar. Såfremt dette bliver gjort gældende opstår en formodning om, at det vil ændre på den nuværende retstilstand.

Præsentationen af ansvarsbegrænsningers manglende virkning ved indrømmelse af direkte deliktskrav gav anledning til, at der i den økonomiske del blev foretaget en analyse af de kontraktuelle udfordringer som følge heraf. Med afsæt i de kontraktuelle udfordringer på området var det derfor nærliggende at undersøge kontrakternes efficiens i forlængelse heraf.

Det kan ud fra den økonomiske analyse konkluderes, at kontrakter i almindelighed forekommer mere eller mindre ufuldstændige. Til trods for dette udgangspunkt anses kontrakter alligevel som værende Pareto-optimale ved aftaleindgåelsen, da disse i aftalemomentet er udformet på baggrund af parternes ønsker. Kontrakterne bliver således ufuldstændige, såfremt der opstår tvister, som parterne ikke havde taget stilling til ved aftaleindgåelsen.

Til at belyse de kontraktuelle udfordringer, som direkte deliktskrav giver anledning til, blev en række teorier indenfor kontraktøkonomien anvendt i analysen af de entrepriseretlige kontrakter. Det kan på baggrund af analysen af informationstilgængeligheden, risikoallokeringen samt fortolkningen af kontrakterne udledes, at de entrepriseretlige kontrakter, i det store billede, ikke anses som Pareto-optimale ex post ved indrømmelse af direkte krav. Dette skyldes blandt andet, at der ved

skader, som begrundet et direkte krav, antages at foreligge asymmetrisk information i kontraktkæden i form af hovedentreprenørens og underentreprenørens moral hazard adfærd overfor bygherren.

Endvidere blev det i kapitel 3 belyst, at parternes risikoallokering i kontrakterne ikke formodes at forekomme efficiente grundet ansvarsbegrænsningernes manglende virkning ved deliktskrav. Dette medfører, at ansvaret og dermed risikoen kan overflyttes og resultere i, at underentreprenøren pålægges et større ansvar, end hvad denne havde indgået med den nærmeste aftalepart. Ud fra et risikoallokeringsperspektiv forekommer dette inefficiet, da risikoen der allokeres ex ante kan overflyttes ex post.

I analysens afsnit 3.5 blev fortolkningen af kontrakterne, ud fra et kontraktøkonomisk perspektiv, ligeledes belyst. Formålet med afsnittet var, at undersøge hvorvidt domstolenes fortolkning af de ufuldstændige kontrakter er i parternes favør eller til ugunst for disse. Med afsæt heri kan det konkluderes, at det ikke i alle tilfælde synes at være efficient, da domstolene ikke nødvendigvis i alle sager kommer frem til den afgørelse, som parterne selv ville været kommet frem til. Formodningen om, at domstolenes fortolkning og afgørelse ikke er i overensstemmelse med parternes egen afgørelse, synes især at blive støttet op af analysen af dom TBB2014.531, hvor domstolene kom frem til et vidtgående resultat.

Det kan på baggrund af den økonomiske analyse konkluderes, at der indenfor entrepriseområdet foreligger en række kontraktuelle udfordringer, som antages at have oprindelse i deliktskravet.

Med afsæt i den juridiske samt økonomiske analyse blev det i den integrerede analyse belyst, at direkte krav resulterer i en række udfordringer indenfor entreprisebranchen. For at imødekomme de udfordringer som direkte deliktskrav bevirker, er det nærliggende at revidere kontrakterne indenfor entrepriseområdet for derved at afhjælpe problematikkerne. Spørgsmålet var herefter, hvorledes den optimale kontrakt bør udformes således, at den gør op med virkningerne af deliktskravet. Det er på baggrund af den juridiske samt økonomiske analyse muligt, at identificere de væsentligste udfordringer, som deliktskravet giver anledning til, og derved udforme den værdimaksimerende kontrakt, der kan gøre op med problematikkerne.

Derfor kan det med afsæt i denne analysedel konkluderes, at det værdimaksimerende udgangspunkt – og dermed den optimale kontrakt – bedst kan karakteriseres ved, at ansvarsbegrænsningerne tildeles virkning i hele kontraktkæden. Ud fra argumentationen i analysen kan dette opnås ved hjælp af

to særskilte løsninger. Den første løsningsmulighed er, at indgå en direkte aftale mellem alle byggeriets parter. Alternativt kan udfordringerne omkring direkte krav imødekommes ved hjælp af den anden løsningsmulighed, som karakteriseres som en Himalaya-klausul, hvori der påhviler bygherren en forpligtelse om anerkendelse af underentreprenørens ansvarsbegrænsninger, såfremt der indrømmes denne et deliktskrav.

Ydermere blev det i afsnit 4.4 undersøgt hvilke virkninger den optimale kontrakt har ud fra et juridisk samt økonomisk perspektiv. Heraf kan det fastslås, at der foreligger en række juridiske virkninger, herunder blandt andet aftalelovens regler om gyldighed og tilsidesættelse af aftaler. Derudover blev en række andre juridiske forhold i forlængelse heraf også fremhævet, hvilket dækker over erstatningsreglernes anvendelse, samt domstolenes fortolkning af kontrakterne, som antages at være mindsket, som følge af forudsætningen om, at kontrakterne således vil være mere fuldstændige.

I henhold til de økonomiske virkninger af den optimale kontrakt blev en række forhold, som antages at blive påvirket, fremhævet. De omtalte forhold er navnlig forsikringer, risikoallokering, transaktionsomkostninger samt incitamentene til at udvise agtpågivenhed. Disse aspekter anses som værende de væsentligste forhold der bliver påvirket, som følge af den optimale kontrakt.

Det kan afslutningsvis og på baggrund af både den juridiske, økonomiske samt integrerede analyse konkluderes, at de udfordringer som direkte deliktskrav giver anledning til kan afhjælpes, såfremt kontrakterne på området revideres, og ansvarsbegrænsningerne får tildelt virkning i hele aftalekæden. Den optimale kontrakt betragtes som et værdimaksimerende udgangspunkt for samtlige parter i byggeriet, og kan tillige skabe transparens således, at parterne kender til deres rettigheder og pligter ved kontraktindgåelsen.

Litteraturliste

Lærebøger:

- Andersen, Lennart Lynge, & Madsen, Palle Bo, 2017.
Aftaler og mellemmand, Karnov Group.
- Bryde Andersen, Mads, & Lookofsky, Joseph, 2015.
Lærebog i Obligationsret, bind I. Karnov Group.
- Eide, Erling & Stavang, Endre, 2008.
Rettsøkonomi. Cappelen Akademisk Forlag.
- Eyben, Bo von, & Isager, Helle, 2015.
Lærebog i erstatningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Günther Petersen, J., 1957.
Ansvarsfraskrivelse, Ejnar Munkgaards Forlag
- Hendrikse, George, 2003.
Economics and Management of Organizations: Co-ordination, Motivation and Strategy, McGraw-Hill Education
- Holle, Marie-Louise & Nielsen, Ruth, 2017.
Kædeansvar: ansvar for underentreprenørers retsbrud, Ex Tuto Publishing.
- Hørlyck, Erik, 2019.
Entreprise - AB 18, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Iversen, Torsten, 2016.
Entrepriseretten, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Knudsen, Christian, 1997.
Økonomisk metodologi, bind 2. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Pedersen, Per Vestergaard, 2008.
Transportret, Forlaget Thomson A/S.
- Sørensen, Ivan, 2015.
Forsikringsret, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Tvarnø, Christina & Denta, Sarah Maria, 2015,
Få styr på metoden, Ex Tuto Publishing.

- Tvarnø, Christina & Nielsen, Ruth, 2017.
Retskilder og retsteorier. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Ulfbeck, Vibe, 2010.
Erstatningsretlige grænseområder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Ulfbeck, Vibe, 2000.
Kontrakters relativitet, Thomson - Gad Jura.
- Ussing, Henry, 1962.
Erstatningsret, Juristforbundets Forlag.

Videnskabelige artikler:

- Adamsen, John, 1996.
UfR U.1996B.124 - Er retsbrudssynspunktet en farbar vej?, Karnov Group.
- Amiri, Aqbal & Jacobsen, Theis, 2017.
UfR U.2017B.105 - Retsstillingen mellem A og C ved direkte deliktskrav - Om kontraktsprægede direkte deliktskrav. En kommentar til U 2014.2042 H, Karnov Group.
- Andersen, Mads Bryde, 2001.
UfR UfR U.2001B.119 - Opgør med relativitetsprincippet, Karnov Group.
- Choi, Albert & Triantis, George, 2010.
Strategic Vagueness In Contract Design, The Yale Law Journal.
- Cohen, George M., 1999.
Implied Terms And Interpretation In Contract Law, Encyclopedia of Law and Economics.
- Edlund, Hans Henrik, 2006.
UfR U.2006B.173 - Direkte krav i de seneste års retspraksis , Karnov Group.
- Kvist-Kristenssens, Allan & Jensen, Henrik Rise, 2013.
UfR U.2013B.129 - Direkte krav efter U 2012.2255 H, Karnov Group.
- Lando, Henrik & Mortensen, Jannick Kofoed, 2016.
When Should Knock-for-Knock Clauses Be Valid?, Publishing.
- Nørgaard, Søren Borup, & Pedersen, Per Vestergaard, 1995.
UfR U.1995B.385 - Springende regres - kontraktsafhængigt retsbrudsansvar, Karnov Group.

- Posner, Richard A., 2004.
The Law and Economics of Contract Interpretation, University of Chicago Law School Chicago Unbound.
- Polinsky, A. Mitchell, 1981.
Risk Sharing through Breach of Contract Remedies, The University of Chicago Press.
- Shavell, Steven, 2006.
On the Writing and the Interpretation of Contracts, The Journal of Law, Economics, and Organization
- Wittrup, Irene, 1988.
UfR U.1988B.129 – Forældelse af entreprenøransvar ved springende regres, Karnov Group.

Voldgiftskendelser og domstolsafgørelser:

- U.1973.413
- TBB1998.16
- TBB2004.149
- TBB2007.487/2
- U.2010.365
- TBB2014.531
- U.2014.2042
- TBB2018.525

Digitalt:

<https://www.berlingske.dk/virksomheder/direkte-krav-kan-fjerne-ansvarsbegraensning>

Besøgt d. 01.03.2020

<https://www.dahllaw.dk/nyheder/229/23-nov-2018-ab-18-begraensninger-i-bygherres-mulighed-for-at-rette-krav-direkte-imod-underentreprenorer/>

Besøgt d. 01.03.2020

<https://ing.dk/artikel/kronik-ny-klausul-kan-goere-med-direkte-krav-byggeriet-196643>

Besøgt d. 27.04.2020

<https://ing.dk/artikel/ni-aars-strid-om-bobledæk-fejl-slut-raadgiver-skal-betale-dr-81-mio-kr-i-erstatning-166095>

Besøgt d. 22.04.20

<https://ivaekst.dk/ikke-lovpligtige-forsikringer-for-virksomheden>

Besøgt d. 28.04.2020

<https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2014/02/Knock-for-knock-klausul-tilsidesat-som-foelge-af-grov-uagtsomhed>

Besøgt d. 11.04.2020

<https://nexusadvokater.dk/kan-man-bygherre-entreprenør-forsikre-sig-imod-entreprenørens-fejl-mangler/>

Besøgt d. 28.04.2020

<https://vaerdibyg.dk/vejledning/risikostyring-i-udbud-og-tilbud/>

Besøgt d. 24.03.2020