

TBB2010.425

Totalentreprenørens særlige retsstilling

- en kommentar til U 2007.2702 H (T:BB 2007.731 H)

Mange entrepriseretlige konflikter skal løses efter samme principper uanset om en entreprenør har kontraheret med bygherren eller med f.eks. en totalentreprenør. Der kan dog forekomme tilfælde, hvor løsningen af en konflikt falder forskelligt ud afhængigt af, om organisationsmodellen er den ene eller den anden. Med udgangspunkt i Højesterets dom i U 2007.270 (T:BB 2007.731) behandler artiklen denne forskel, navnlig i relation til spørgsmålet om i hvilke situationer en entreprenør kan få lempet sit ansvar for udførelsesfejl som følge af tilsynssvigt fra en totalentreprenør.

Advokat Hans Ladekjær Jeppesen, advokataktieselskabet Kirk Larsen & Ascanius

1. Indledning

I aftaleforhold udspringer de rettigheder og forpligtelser, som parterne påtager sig, af aftalen. Aftalen underkastes en fortolkning, og den udfyldes med almindelige obligationsretlige regler.

Det er således ikke afgørende, hvad en kontraktpart kalder sig, eller for den sags skyld hvorledes kontrakten benævner sig. Sådanne forhold kan dog naturligvis være relevante bidrag ved fortolkningen af aftalen.

I entrepriseforhold findes forskellige organisationsformer. Disse er beskrevet i Vagner: *Entrepriseret*, 4. udg. ved Torsten Iversen (2005) (herefter citeret som »Vagner«) s. 3 ff.

Forskellen på de forskellige organisationsformer er grundlæggende det antal af kontraktrelationer, som bygherren har med byggeriets parter.

Som omtalt af Vagner på det anførte sted kan kontraktmønstret være lige så komplekst i totalentreprise som i fagentreprise - totalentreprenøren kan antage en eller flere tekniske rådgivere og en række underentreprenører og dermed blive stillet på samme måde, som en bygherre vil være ved organisering af byggeriet i fagentreprise.

Totalentreprise karakteriseres normalt ved at være en organisationsform, hvor bygherren kun har én kontraktrelation.

Det er imidlertid efter min opfattelse mere korrekt at beskrive totalentreprise som en organisationsform, hvor en kontraktpart påtager sig opgaver både vedrørende projektering og udførelse. Således også Vagner s. 344 hvor det anføres at »Totalentreprise kan være *total* i ordet egentlige forstand, dvs. angå projektering og udførelse af *hele byggeriet*, men kan også være *partiel*, dvs. angå projektering og udførelse af *en del af byggeriet* (f.eks. ventilationsentreprisen)«.

I eksemplet med partiel totalentreprise har bygherren mere end en kontraktrelation.

Ovennævnte bestyrker blot det indledningsvis anførte, nemlig at det ikke er så afgørende, om man benævner en given aftale som totalentreprise eller en given kontraktpart som totalentreprenør. Det afgørende er kontraktens indhold fastlagt på baggrund af fortolkning og udfyldning.

2. Særlig retsstilling for en totalentreprenør

Umiddelbart kunne man tro, at retsstilling må være den samme for en bygherre, der organiserer byggeriet i traditionel fagentreprise, som for en totalentreprenør, der organiserer entreprisen med et identisk antal fagentreprenører som sine underentreprenører.

Det bestyrkes af situationens spejlbillede: Det forekommer umiddelbart ikke nærliggende, at en fagentreprisen skulle have en forskellig retsstilling, afhængigt af om hans medkontrahent er bygherre eller totalentreprenør.

Det må imidlertid konstateres, at der er en forskel, og at retsstillingen i visse situationer påvirkes af organisationsformen.

Herom anfører Vagner s. 3:

»I mange tilfælde skal entrepriseretlige konflikter løses efter samme principper, hvad enten en entreprenør har kontraheret med bygherren, eller med f.eks. en totalentreprenør; men som anført flere steder nedenfor [...], f.eks. [...] om anvendelsen af AFTL § 36 på dagbodsklausuler, kan der meget vel forekomme tilfælde, hvor løsningen af konflikter/konflikttyper, der for en umiddelbar betragtning kan synes at være *ensartede*, falder forskelligt ud afhængigt af, om organisationsmodellen er den ene eller den anden.«

På det sted, der henvises til (Vagner s. 129 ff.) antages det at være det klare udgangspunkt, at der ikke kan ske nedsættelse af et dagbods krav med henvisning til AFTL § 36, men at det dog undtagelsesvis kan tænkes, *hvis* bygherren ikke har lidt noget tab, *hvis* entreprenøren ikke har handlet uagtsomt, og *hvis* den forsinkede entreprenør er en (mindre) fagentreprisen, og medkontrahenten er en topprofessionel (total)entreprenør.

Det følger altså heraf, at der ikke ville kunne ske nedsættelse af dagbods kravet, hvis entreprenørens adfærd i enhver henseende var identisk, men medkontrahenten ikke var en topprofessionel totalentreprenør.

Et andet eksempel på en situation, hvor voldgiftspraksis har tillagt en totalentreprenør en særlig retsstilling, er ved fordelingen af risikoen for uforudsete vanskeligheder, jf. ABT 93 § 15, stk. 4. Her er der tillagt en totalentreprenør en udvidet undersøgelsespligt.

Dette forhold er beskrevet i Hørlyck: *Totalentreprise*, 2. udg. (1994) s. 70 ff. og i Hørlyck: *Entreprenørvederlaget* (2002) s. 37 ff. hvor konklusionen - efter en gennemgang af praksis - på side 39 er:

»... en totalentreprenør har en videregående undersøgelsespligt sammenlignet med den entreprenør, der afgiver tilbud på grundlag af bygherrens projekt. Det er på denne baggrund ikke korrekt, når det i den sidstnævnte kendelse [KFE 1981.24 VBA] uden forbehold udtales, at det ved bedømmelsen af totalentreprenørens krav ikke kunne tillægges betydning, at der forelå totalentreprise«.

Forholdet i KFE 1981.24 VBA var følgende:

I udbudsmaterialet indgik jordbundsundersøgelser, hvoraf det fremgik, at der måtte påregnes en midlertidig grundvandssænkning, og at denne »formentlig bedst« kunne ske ved filterboringer, eventuelt suppleret af sugespidsanlæg og pumpebrønde.

Det blev aftalt, at grundvandssænkning skulle udføres som ekstraarbejde mod særskilt vederlag, såfremt udbudsmaterialet ikke indeholdt fyldestgørende oplysninger om jordbundsforholdene.

Som følge af tilstedeværelse af særegne kalkforekomster, der ikke var omtalt i udbudsmaterialet, kunne det påregnede filterbrøndanlæg ikke klare grundvandssænkningen, som derfor blev væsentligt dyrere.

Voldgiftsretten fastslog, at totalentreprenøren havde valgt en sædvanlig fremgangsmåde for grundvandssænkningen, og at han - som følge af aftalens indhold - ikke havde haft anledning til at lade foretage særlige undersøgelser af kalken inden aftalens indgåelse. Da udbudsmaterialet ikke indeholdt oplysninger om kalkens beskaffenhed, og da ekstraomkostningerne langt overskred, hvad totalentreprenøren kunne forvente, fastslog voldgiftsretten, at ekstraomkostninger var forårsaget af utilstrækkelige oplysninger i udbudsmaterialet.

Voldgiftsretten tilføjede, at totalentreprenøren dog burde have forudset visse af vanskelighederne, og kravet om godtgørelse af ekstraomkostningerne blev derfor nedsat med ca. 25 %.

I kendelsen udtalte voldgiftsretten følgende: »Det findes ved bedømmelsen af klagernes krav ikke at kunne tillægges betydning, at der forelå totalentreprisen«.

Som anført af Hørlyck må kendelsen nærmest siges at være udtryk for det modsatte.

Spørgsmålet om fordeling af risikoen for uforudsete vanskeligheder i totalentrepriseforhold var også fremme i T:BB 2008.727 VBA.

Efter en gennemgang af aftalegrundlaget mellem bygherren og totalentreprenøren anførte voldgiftsretten følgende i kendelsens præmisser:

»Voldgiftsretten finder på denne baggrund, at TE, ved i fællesbetingelserne, der var et led af den endelige totalentreprisekontrakt, uden forbehold at have anvendt formuleringen totalentreprenøren bærer det fulde ansvar for funderingen, sammenholdt med den øvrige skriftlige dokumentation, har påtaget sig ansvaret ikke alene for bygningens bæreevne og selve fundamentets dimensionering, som påstået af TE, men også for spunsning, idet udførelsen heraf er en nødvendig forudsætning for fundering af bygningen som sådan«.

Som påpeget i den redaktionelle note til kendelsen i T:BB er det misvisende/forkert, at voldgiftsretten anvender ansvarsterminologi i præmisserne, da der ikke forelå noget ansvarsgrundlag. Der var reelt tale om fordeling af risikoen for uforudsete vanskeligheder.

Da totalentreprenøren i sagen ikke kunne siges at have tilsidesat en videregående undersøgelsespligt, giver det anledning til at overveje, om kendelsen er udtryk for en skærpelse af totalentreprenørens retsstilling.

Det mener jeg ikke er tilfældet, og jeg er således enig i indholdet af den tidligere citerede redaktionelle note til kendelsen i T:BB, hvor følgende anføres:

»I almindelighed må der kræves overordentlig stærke holdepunkter for, at en entreprenør (selv en totalentreprenør) vil påtage sig risikoen for jordbundsforholdene, der som klart udgangspunkt må påhvile bygherren. I denne sag var forløbet forud for kontraktindgåelsen dog specielt, og fravigelsen af udgangspunktet må ses på denne baggrund«.

Retsstillingen og balancen i retsforholdet påvirkes altså af, at den ene kontraktpart kan karakteriseres som totalentreprenør.

3. Højesterets dom i U 2007.2702 (T:BB 2007.731)

Højesterets dom offentliggjort i U 2007.2702 er efter min opfattelse endnu et eksempel på en situation, hvor en totalentreprenør bliver tillagt en særlig retsstilling.

Et selskab, som givetvis selv mener at tilhøre kategorien af topprofessionelle totalentreprenører, havde påtaget sig at udføre et staldbyggeri i totalentreprisen og havde antaget en underentreprenør til at udføre jordarbejdet.

I forbindelse med bygherrens udbud af byggeriet var der udarbejdet en geoteknisk rapport, der baserede sig på 3 jordprøver, som var udtaget på byggegrunden både inden for og uden for det planlagte byggefelt, og som ikke viste nogen tegn på usædvanlige jordbundsforhold.

Den geotekniske rapport indeholdt nogle standardmæssige anbefalinger om, at den foretagne jordbundsundersøgelse burde suppleres med bl.a. en kvalificeret inspektion/kontrol af udgravninger for fundamenter for at sikre, at funderingen overalt skete i bæredygtigt lag, som forudsat i rapporten.

Den pågældende anbefaling fremgår også af den såkaldte funderingsnorm og må derfor siges at svare til den gældende norm for fagmæssig korrekt udførelse af jordarbejdet.

I entreprisekontrakten var aftalt afregning af jordarbejdet efter enhedspriser, og der blev aftalt en særlig enhedspris for blødbundsarbejde.

Totalentreprenøren indgik på tilsvarende vis en aftale om enhedspriser med den antagne underentreprenør.

Inden byggearbejdet blev iværksat, blev staldbygningens placering på byggegrunden ændret. Dette gav ikke hverken bygherren eller totalentreprenøren anledning til at foranstalte yderligere jordbundsundersøgelser. Årsagen hertil var formentlig, at den foreliggende geotekniske rapport ikke på nogen måde gav anledning til mistanke om usædvanlige jordbundsforhold, og at der skulle ske afregning af vederlaget for udførelse af jordarbejdet efter enhedspriser.

Under udførelse af jordarbejdet stødte underentreprenøren på et område med blød bund.

Der blev bortgravet 250 m³ blød bund, som entreprenøren i overensstemmelse med underentrepriseforførelsen krævede betaling for efter den aftalte enhedspris.

Efter byggeriets aflevering blev der konstateret sætningsskader på bygningen, som nødvendiggjorde en omfattende udbedring.

Ved syn og skøn under sagen blev det fastslået, at normen for fagmæssig korrekt udførelse af bortgravningen af blød bund indebærer, at der skal ske en bortgravning af al den bløde bund, og at udgravningen skal besigtiges/kontrolleres af en geotekniker, inden opfyldning af udgravningen påbegyndes. Det blev samtidig angivet, at en jordentreprenør kan skelne mellem blød bund og intakt aflejring, da blød bund er sort og vandig, og da intakt aflejring er lys og tør.

Under sagen var der uenighed mellem parterne om hændelsesforløbet i forbindelse med udskiftningen af den bløde bund, men Højesteret lagde til grund, at underentreprenøren var bekendt med, at ikke al blød bund var fjernet, og at totalentreprenøren ikke havde givet instruks om at standse bortgravningen, inden al blød bund var bortgravet.

I konsekvens heraf fastslog Højesteret, at underentreprenøren havde handlet ansvarspådragende.

Højesteret tillagde imidlertid totalentreprenøren et medansvar svarende til halvdelen af udbedringsomkostningerne. Efter at Højesteret havde fastslået

- at den geotekniske rapport havde anbefalet en kvalificeret inspektion af udgravningen,
- at bygningens placering blev ændret i forhold til den placering, der var forudsat i den geotekniske rapport,
- og at totalentreprenøren var orienteret om, at underentreprenøren havde konstateret blød bund,

anførte Højesteret følgende:

»På trods af disse forhold lod [totalentreprenøren] ikke foretage yderligere geotekniske undersøgelser. Højesteret finder, at [totalentreprenøren], *der var totalentreprenør og projektleder* [min fremhævelse], ved at undlade dette har et væsentligt medansvar for de senere opståede sætningsproblemer«.

4. Kommentar

Det er min påstand - og det fremgår jo faktisk nærmest også udtrykkeligt af præmisserne - at underentreprenøren var blevet pålagt det fulde ansvar for sætningsskaderne, hvis han ikke havde været underentreprenør for en (topprofessionel) totalentreprenør, men i stedet havde været fagentreprenør med bygherren som sin medkontrahent.

Højesteret tillægger det udtrykkeligt særskilt betydning, at totalentreprenøren var »totalentreprenør og projektleder«.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af præmisserne, hvad de omtalte »yderligere geotekniske undersøgelser« skulle afdække, men da konstateringen af tilstedeværelsen af blød bund var en af de omstændigheder som efter Højesterets opfattelse udløste pligten til at foretage undersøgelserne, antages det, at undersøgelserne skulle foretages for

derigennem at sikre, at al den konstaterede bløde bund faktisk var bortgravet.

Det overraskende ved resultatet er ikke, at konstateringen af tilstedeværelsen af blød bund skulle give anledning til en skærpet bevågenhed med deraf følgende iværksættelse af »yderligere geotekniske undersøgelser«.

Det overraskende er, at det var totalentreprenøren - og ikke underentreprenøren - som skulle iværksætte undersøgelserne.

Underentreprenøren havde jo - som det er karakteristisk for entrepriserforhold - påtaget sig en resultatforpligtelse, som han skulle udføre fagmæssigt korrekt, og det var et led i den fagmæssigt korrekte udførelse at sørge for, at al blød bund blev bortgravet - og om nødvendigt at sikre dette ved at lade en geotekniker besigtige udgravningen.

Som anført af Hørlyck: Entreprenørvederlaget s. 8: »Er det opståede problem det, at der viser sig at være tale om blød bund, som der ikke var givet oplysning om i udbudsmaterialet, har entreprenøren på tilsvarende måde pligt til at overvinde denne uforudsete vanskelighed ved udskiftning af den bløde bund, men han kan kræve merbetaling og om fornødent tidsfristforlængelse. Gør han ikke det, pådrager han sig mangelsansvar, hvis det opførte byggeri revner«.

Højesteret tillagde det ikke kun betydning, at totalentreprenøren var totalentreprenør, men også at han var »projektleder«.

I sagen havde jordentreprenøren ikke bedt om vejledning i, hvorledes den uforudsete vanskelighed (den bløde bund) skulle overvindes.

En sådan vejledning forekom også unødvendig, da det var ukompliceret at afgøre, hvad der skulle foretages, nemlig bortgravning af al blød bund. Det bemærkes i den forbindelse, at jordentreprenøren jo faktisk foretog bortgravning af 250 m³ blød bund. Problemstillingen var således ikke, at jordentreprenøren manglede anvisninger på, hvorledes vanskeligheden skulle overvindes, men at han ved en udførelsesfejl ikke fik bortgravet al blød bund.

I relation til arbejdet med bortgravning af al blød bund havde totalentreprenøren derfor efter min opfattelse alene en sædvanlig tilsynsfunktion.

Hvis det samme byggeri havde været organiseret som fagentreprise, og bygherren havde antaget en rådgiver til at forestå byggeledelse og fagtilsyn, og hvis det antages, at denne rådgiver havde fået samme oplysninger og havde reageret på fuldstændig samme måde, som totalentreprenørens projektchef gjorde i sagen, kan det efter min opfattelse ikke antages, at jordentreprenøren havde fået sit ansvar lempet/nedsat.

Retsstillingen omkring solidarisk hæftelse, indbyrdes regres og passiv identifikation, hvor der foreligger både udførelsesfejl og tilsynssvigt uden for projekterings-, godkendelses- og vejledningssituationen, er udførligt beskrevet i den entrepriseretlige litteratur. Der kan henvises til Vagner s. 261 ff. og til Gjedde-Nielsen & Lykke Hansen »ABR 89« 2. udg. (2006) s. 294 f.

Når der er begået både udførelsesfejl og tilsynssvigt i situationer, hvor tilsynet alene har en kontrolfunktion, er det normale, at der pålægges entreprenøren og tilsynet solidarisk ansvar med fuld regres for tilsynet mod entreprenøren.

Selvom der kan findes afgørelser, hvor der er sket lempelse ved tilsynssvigt, er den overvejende hovedregel, at et evt. tilsynssvigt ikke nedsætter entreprenørens ansvar, og at det i hvert fald ikke kan komme på tale at forestå identifikation (og dermed lempelse), hvis entreprenøren har begået en alvorlig fejl.

Jeg erindrer i den forbindelse om, at Højesteret i sagen lagde til grund, at jordentreprenøren var bekendt med, at ikke al blød bund var fjernet.

Spørgsmålet om lempelse af en underentreprenørs ansvar som følge af tilsynssvigt hos totalentreprenøren har også været behandlet i afgørelserne T:BB 2007.772 VBA og T:BB 2009.224 VBA.

I afgørelsen T:BB 2007.772 VBA var situationen den, at taget på en svinstald kollapsede få måneder efter, at byggeriet var afleveret, og

at det ved syn og skøn blev konstateret, at hovedårsagen til kollapsedet var manglende tværafstivning.

Byggeriet blev opført i totalentreprise. Tømmerarbejdet omfattende bl.a. levering og montering af præfabrikerede spær blev udført af en underentreprenør.

Efter en konstatering af, at underentreprenøren var ansvarlig for, at der ikke var sket en fagmæssigt korrekt afstivning, og at han derfor som udgangspunkt var ansvarlig for tagkonstruktionens kollaps, udtalte voldgiftsretten følgende:

»Ved vurderingen af, om TE har udvist egen skyld, lægger voldgiftsretten på den ene side vægt på, at det af byggebeskrivelsen fremgår, at spærleverandøren skal have ansvaret for stabiliteten i spærkonstruktionen, og på den anden side, at TE er et professionelt, specialiseret byggefirma med mange års erfaring inden for staldbyggeri. Efter de forklaringer, som direktør A og bygningskonstruktør B har afgivet, har de ikke under byggeriet eller i forbindelse med byggemøderne set spærtegningen, og de har ikke under deres besøg bemærket mangler i forbindelsen med tagkonstruktionens afstivning. Som anført må det antages at være nærliggende, at der skal ske tværafstivning af spær i de dimensioner, de sædvanligvis udføres i nu til dags. Efter en samlet vurdering finder voldgiftsretten derfor, at TE har udvist egen skyld, og at erstatningskravet overfor tømrermesteren som følge heraf skal nedsættes med 1/3«.

I T:BB 2009.224 VBA var et boligbyggeri opført i totalentreprise.

Totalentreprenøren (TE) havde antaget en totalrådgiver (TR1), som havde antaget en underrådgiver (UR1) vedrørende projektering af vvs-arbejdet, som blev udført af en af totalentreprenøren antaget underentreprenør (UE).

Der opstod efterfølgende tæring i vandforsyningsanlægget, som bl.a. skyldtes anvendelse af varmgalvaniserede jernrør og fraværet af elektrolyse.

Det var efter voldgiftsrettens opfattelse uklart, om det af projektmateriale kunne udledes, at der skulle leveres og monteres et elektrolyseanlæg.

Totalentreprenøren påtalte ikke det manglende elektrolyseanlæg under udførelse af fagtilsyn. Efter den pågældende medarbejders egen forklaring var årsagen hertil, at han som følge af manglende teknisk og faglig indsigt i vvs-arbejder ikke var klar over, at det manglede.

Totalentreprenøren var ansvarlig for manglen over for bygherren, og interessen samler sig derfor om fordelingen af ansvaret. Herom udtalte voldgiftsretten følgende:

»Voldgiftsretten finder, at UR1 er ansvarlig for denne uklarhed. TR1 er som totalrådgiver ansvarlig overfor TE, men med krav mod UR1 om friholdelse. UE havde som entreprenør pligt til gennem spørgsmål at søge uklarheden ryddet af vejen, men gjorde det ikke, og har derved pådraget sig ansvar. Endelig har TE begået en klar fejl ved fagtilsynet, hvilket må medføre en nedsættelse af kravet mod de tekniske rådgivere og underentreprenøren«.

På baggrund af højesteretsdommen og de to omtalte voldgiftskendelser kan retspraksis formentlig sammenfattes således, at der i situationer hvor arbejdet udføres som underentreprenør eller rådgiver for en (topprofessionel) totalentreprenør, kan ske lempelse af entreprenørens eller rådgiverens ansvar som følge af tilsynssvigt - i hvert fald når tilsynet udføres af totalentreprenørens egne folk, og tilsynssvigtet har en vis grovhed.

Som illustreret ved de refererede afgørelser kan grovheden f.eks. bestå i, at tilsynet udføres af medarbejdere, som ikke har fornøden teknisk og faglig indsigt i de arbejder, der føres tilsyn med, eller at tilsynssvigtet vedrører kritiske/vigtige arbejder af betydning for byggeriets konstruktion, som det er nærliggende at sikre sig bliver udført korrekt.

5. Afslutning

Selvom det kan være vanskeligt at forstå, at man skal have et særligt ansvar, fordi man påtager sig nogle kontraktmæssige forpligtelser, der kan karakteriseres som totalentreprise, og at det skal tillægges betydning, hvor professionel man er, når der er tale om situationer, hvor

begge parter er erhvervsdrivende, må det konstateres, at retsstillingen er sådan.

Når man vælger at drive virksomhed efter totalentrepriseprincippet, og man dermed signalerer at være så indsigtfuld og professionel, at man kan påtage sig såvel projektering som udførelse, har ens medkontrahenter ret til at forvente noget særligt af en.

Ovenfor er nævnt nogle tilfælde, men der kan findes flere, da det er en grundsætning, som må antages at kunne smitte af på vurderingen af mange situationer.