

Entreprenørens produktansvar for rådgivning i entrepriseretlige mellemformer

- ♦ *Artiklen undersøger, om entreprenøren kan blive erstatningsansvarlig for fejl ved sin rådgivningsydelse efter det i retspraksis udviklede produktansvar (RUP). Fremstillingen tager udgangspunkt i moderne entrepriseretforhold, hvor entreprenøren påtager sig en videregående rådgivningsforpligtelse. Det konkluderes, at praksis ikke forholder sig eksplicit til de oprindelige erstatningsbetingelser efter RUP, men at der statueres ansvar efter disse regler, hvilket medfører et udvidet ansvar. Konsekvenserne heraf drøftes, og artiklen forholder sig kritisk til udvidelsen af anvendelsesområdet for RUP med hensyn til entreprenørens erstatningsansvar for følgeskader.*

Af advokatfuldmægtig Anne Sofie Jacobs, Plesner, og advokatfuldmægtig Cecilie Rosling, Gorrissen Feder-spiel

1. Emnets problematik

Formålet med nærværende artikel er at analysere betingelserne for at pålægge entreprenøren erstatningsansvar over for bygherren for rådgivningsfejl efter det i retspraksis udviklede produktansvar (herefter RUP). Udgangspunktet tages i entrepriseretlige mellemformer, hvor entreprenøren påtager sig en rådgivningsforpligtelse, uden at der er tale om egentlig totalentreprise, hvor entreprenøren forestår den væsentligste del af projekteringen.

Produktansvaret og det entrepriseretlige mangelsansvar udgør hver sin retsdisciplin, som i udgangspunktet varetager forskellige hensyn.¹ Mens produktansvaret regulerer defekte produkters skadeforvoldelse på andet end produktet selv, regulerer de entrepriseretlige mangelsregler tab som følge af mangler ved selve entreprisedydelsen.² I takt med at produktansvarets anvendelsesområde udvikles i praksis, overlapper produktansvaret imidlertid stadig flere andre retsområder. I relationen mellem entreprenøren og bygherren overlapper produktansvarsreglerne og de entrepriseretlige mangelsregler således delvis hinanden. Der kan altså opstå skader i entrepriseretforhold, som i mangelsterminologien omtales som følgeskader, men som samtidig kan karakteriseres som produktskader efter den produktansvarsretlige terminologi.

I praksis bliver produktansvarsreglerne stadig hyppigere påberåbt i tilfælde, hvor entreprenørens rådgivning har forvoldt følgeskader. Dette skyldes formentlig, at bygherren bedre og nemmere kan få dækket sine følgeskadekrav, hvis han rejser dem efter produktansvarsreglerne frem for efter de entrepriseretlige mangelsregler. RUP synes således at have udviklet sig fra at være et regelsæt til beskyttelse mod farlige produkter til at fungere som en egentlig entrepriseretlig disciplin. Dette synes særlig bemærkelsesværdigt henset til entrepriserettens udvikling, hvorefter entreprenøren i højere grad præsterer intellektuelle ydelser i form af rådgivning. Entreprenørens rolle har således ændret sig fra alene at bestå i en fysisk tilvejebringelse af et bestilt resultat i form af udførelse til i moderne entrepriseret i højere grad også at bidrage til projekterin-

gen. Når entreprenøren i moderne entrepriseret holdes produktansvarlig for sin traditionelle ydelse, må det derfor undersøges, om entreprenøren ligeledes kan blive gjort produktansvarlig for sin rådgivningsydelse, og i så fald under hvilke betingelser.

2. Det i retspraksis udviklede produktansvar

2.1 Regelsættets oprindelse

Produktansvar kan i grove træk defineres som en producents ansvar for et af ham omsat, defekt produkts skadeforvoldelse på andet end produktet selv. En sådan ansvarsform har længe eksisteret. I begyndelsen af 1800-tallet fremkom under industrialiseringen en række nye produktions- og distributionsmetoder. Flere nye varer blev produceret på en mere kompliceret måde end tidligere, hvilket medførte, at produkternes egenskaber ikke altid var til at forudse³ og derfor besad en større fareevne end førhen.⁴ Samtidig betød de nye distributionsformer, at producenten ikke længere nødvendigvis også distribuerede produktet. Med den øgede brug af distributører blev afstanden fra producenten til slutbrugeren således længere end tidligere.

Denne udvikling betød, at de traditionelle kontrakts- og deliktsregler blev utilstrækkelige i tilfælde, hvor et produkts skadeforvoldelse skyldtes fejl fra producentens side. Som følge heraf udvikledes i praksis et egentligt produktansvar i USA. Udviklingen fik også betydning i Europa, hvor der tilsvarende fremvoksende en selvstændig ansvarsnorm for produktansvar.⁵ I nordisk ret kom dette til udtryk ved et ulovbestemt ansvar for produkters farlige egenskaber.⁶ Ansvaret fulgte af praksis og medførte en skærpet vurdering af ansvarsgrundlaget samt en udvidelse af kredsen af værnede skadelidte.⁷ I dag er produktansvaret lovmæssigt reguleret i produktansvarsloven (herefter PAL), som udgør den danske implementering af direktiv 85/374/EF af 25. juli 1985, og som gælder sideløbende med de ulovbestemte regler i henhold til RUP. PAL regulerer imidlertid alene person- og forbrugertingsskader⁸, hvorefter en lang række skader alene reguleres af RUP.

¹ Lett, Georg i FEST 2000.101 (101).

² Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 1. udg. (2016) s. 681.

³ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige Grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 178.

⁴ Ehlers, Andreas Bloch i T:BB 2012.3 (3).

⁵ Grundstenen for produktansvaret blev lagt i den amerikanske afgørelse "Escola v. Coca Cola Bottling Co." i 1944, jf. Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige Grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 180.

⁶ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige Grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 181.

⁷ Ehlers, Andreas Bloch i T:BB 2012.3 (4).

⁸ Jf. produktansvarsloven §§ 2 og 3.

2.2 Regelsættets oprindelige betingelser

Indledningsvis er det en betingelse for produktansvar, at skaden forvoldes af et produkt. Produktbegrebet efter RUP er ikke lige så restriktivt som efter PAL, hvorefter det skadevoldende produkt skal være en løsøregenstand, jf. PAL § 3. RUP finder således både anvendelse i tilfælde, hvor det skadevoldende produkt er en løsøregenstand, fast ejendom eller en tjenesteydelse.⁹

Herudover er det en betingelse, at det skadevoldende produkt er defekt. Kravet om defekt opstod ved indførelsen af PAL og afløste den tidligere betingelse om, at produktet skulle besidde farlige egenskaber. I dag afhænger såvel det lovfæstede som det ulovfæstede produktansvar derfor af, om produktet frembyder den sikkerhed, som med rette kan forventes.¹⁰ Vurderingen heraf skal foretages generelt og objektivt, hvor der ses bort fra den enkelte slutbrugers forventninger.¹¹ Et produkt, der er fuldstændig ufarligt, kan således godt være defekt.

En anden betingelse er, at produktet skal have forvoldt fysisk skade på noget andet end sig selv. Denne betingelse udgøres af to delbetingelser: Dels skal skaden være fysisk, dels skal der være sket skade på noget andet end produktet selv. Skadesbegrebet inden for RUP er overensstemmende med det almindelige danske skadesbegreb, hvorfor der foreligger en skade, når et defekt produkt fremkalder en utilsigtet, fysisk forandring af negativ karakter på en ting eller en person.¹² Kravet om fysisk skade indebærer, at almindelig formueskade alene kan erstattes efter produktansvarsreglerne, såfremt de er en følge af en fysisk skade.¹³ Den anden delbetingelse er, at produktet skal have forvoldt skade på noget andet end sig selv. Det defekte produkts selvbeskadigelse må derimod søges afdækket efter reglerne om mangelsansvar. Sondringen mellem produkt- og mangelsansvaret kommer således også til udtryk i de to regelsæts forskellige skadesbegreber. Denne sondring kan umiddelbart forekomme at være ligetil, men kompliceres i tilfælde, hvor det defekte produkt er sammenføjet med et andet produkt og forvolder skade på dette. Børge Dahl opstiller for disse tilfælde en sondring mellem de såkaldte ingrediens- og komponenttilfælde, hvorefter der alene kan være produktansvar i sidstnævnte tilfælde. Ifølge forfatteren foretages sondringen mellem komponent- og ingrediensstilfælde ud fra to parametre: et teknisk og et økonomisk.¹⁴

Det er endvidere en betingelse, at der foreligger et ansvarsgrundlag for producenten. En producents ansvar efter RUP følger udgangspunktet i dansk erstatningsret, hvorefter det er en betingelse for ansvar, at der er udvist culpa. Det antages i almindelighed, at der er tale om et skærpet culpaansvar, uden at ansvaret kan karakteri-

seres som et egentlig præsumptionsansvar.¹⁵ Domstolene har dog en vis tilbøjelighed til at statuere culpa hos producenten, allerede når skadelidte har bevist en defekt ved produktet¹⁶, jf. eksempelvis U 1999.255 H (Medierørs-dommen), hvor Højesteret statuerede produktansvar for en medierørsproducent. Producenten havde foretaget sædvanlige undersøgelser af rørene, men Højesteret statuerede alligevel produktansvar med den begrundelse, at defekten kunne være opdaget ved en nærmere undersøgelse af rørene.

3. Det entrepriseretlige kontraktsansvar for følgeskader

Omdrejningspunktet for denne artikel er entreprenørens produktansvar for sin rådgivningsydelse i moderne entrepriseforhold. I nyere tids entreprisekontrakter ses det, at entreprenøren i større eller mindre grad påtager sig en videre rådgivnings- eller projekteringsforpligtelse end i traditionelle udførelseskontrakter, dog uden at der er tale om egentlig totalentreprise, hvor entreprenøren forestår "den væsentligste del af projekteringen".¹⁷ Disse aftaleformer betegnes i litteraturen som entrepriseretlige "mellemløser".¹⁸ Entrepriseretlige mellemløser kan groft sagt inddeles i tre kategorier. For det første kan en mellemløser bestå i en skærpelse af reaktionspligten i AB 92 § 15, stk. 1-3, i tilfælde, hvor entreprenøren har påtaget sig en udvidet gennemgang af projektet. Hvis en sådan projektgennemgang konkret medfører, at entreprenøren gives en øget viden og indsigt i projektmaterialet, bør entreprenøren også opdage fejl og mangler ved projektet i videre omfang end efter den almindelige reaktionspligt.¹⁹ Endvidere kan entreprenøren have påtaget sig en egentlig projekteringsforpligtelse enten ved, at han forestår færdigprojekteringen af dele af byggeriets detaljer (detailprojektering), eller ved at han forestår projekteringen af en udskilt del af et ellers fuldt detaljeret projekt på baggrund af et funktionsudbud (sekventiel totalentreprise).²⁰ Fælles for alle entrepriseretlige mellemløser er, at entreprenøren præsterer en ydelse af intellektuel karakter, som i større eller mindre grad bidrager til projekteringen. Entreprenøren vil i disse tilfælde, i overensstemmelse med det obligationsretlige udgangspunkt, være ansvarlig for den ydelse, han rent faktisk har præsteret.²¹ Ansvarer afhænger således af den faktisk præsterede ydelse, uanset om parterne på skrift i kontrakten har aftalt en anden ansvarsfordeling.²²

Når entreprenøren har leveret en mangelfuld rådgivningsydelse, sondres der i AB 92 mellem ansvaret for mangler ved selve entreprisen (initialskaden) og ansvaret for følgeskader i anledning af manglen. Efter AB 92 § 35, stk. 1, gælder der en særregel for følgeskader, som fastslår, at entreprenøren er erstatningsansvarlig for

9 Dahl, Børge m.fl. i *Juristen* 1990 s. 147.

10 Jf. produktansvarsloven § 5, stk. 1, 1. pkt.

11 Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige Grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 192.

12 Rostock-Jensen, Jens & Kvist-Kristensen, Allan: *Produktansvarsloven med kommentarer*, 1. udg. (2004) s. 177.

13 Jf. U 2010.360 H.

14 Dahl, Børge: *Produktansvar*, 1. udg. (1973) s. 151 ff.

15 Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 1. udg. (2016) s. 684 og Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige Grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 196.

16 Schönbeck, Andreas: *Produktansvar*, 1. udg. (2015) s. 44.

17 Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemløser*, 1. udg. (2013) s. 19.

18 Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemløser*, 1. udg. (2013) s. 43 og Iversen, Torsten i U 2013B.351 (351).

19 Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemløser*, 1. udg. (2013) s. 134.

20 Hansen, Ole: *Entrepriseretlige mellemløser*, 1. udg. (2013) s. 47-48.

21 Iversen, Torsten i U 2013.B.373 (378).

22 Vestergaard Buch, Anders: *Entrepriseretlige mangler – kravene til entreprenørens ydelse*, 1. udg. (2007) s. 111.

“tab, der er en følge af mangler ved arbejdet, hvis manglerne skyldes fejl eller forsømmelse fra entreprenørens side, eller hvis manglerne angår egenskaber, som ifølge aftalen må anses for tilsikret”. Entreprenøren er således, i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler,²³ ansvarlig for sådanne følgeskader efter et culpaansvar med ligefrem bevisbyrde.²⁴ Heroverfor er ansvaret for initialskaden reguleret i AB 92 § 30, stk. 1, som også gælder entreprenørens rådgivningsydelse.²⁵ For initialskaden gælder herefter et præsumptionsansvar, hvorefter entreprenøren for at blive ansvarsfri må bevise, at manglen ikke skyldes hans fejl eller forsømmelse, når der er konstateret svigt ved ydelsen.²⁶ Ansvarsgrundlaget for følgeskader forårsaget af entreprenørens mangelfulde rådgivning er altså lempeligere for entreprenøren end ansvaret for selve initialskaden. Desuden har byggeriets parter ved bestemmelsen i AB 92 § 35, stk. 2, valgt at fravige det obligationsretlige udgangspunkt om, at ethvert beviseligt tab kan kræves erstattet, sådan at ansvaret for “driftstab, avancetab eller andet indirekte tab” fraskrives. Bestemmelsen er ikke udtryk for udfyldende entrepriseret, hvorfor ansvarsfraskrivelsen alene gælder, når AB 92 er aftalt mellem parterne.²⁷

4. Muligheden for at gøre produktansvar gældende for følgeskader

I det følgende undersøges det, om betingelserne for produktansvar opfyldes i situationen, hvor entreprenørens mangelfulde rådgivning har forvoldt følgeskader.

4.1 Produkt

Det er i praksis klart fastlagt, at en entrepriseretlig tjenesteydelse kan udgøre et produkt i RUP's forstand, jf. U 2008.982 H (Tjæreborg Industri)²⁸:

I sagen havde Tjæreborg Industri A/S som totalentreprenør (TE) opført et kraftvarmeværk for Grindsted El- og Varmeværk (BH) i perioden 1998-1999. I februar 2000 udskiftede TE nogle fjederbelastede eksplosionsklapper i kraftvarmeværkets aflastningssystem med nogle sprængplader indkøbt af BH. I maj 2001 opstod der brand i kraftvarmeværket, som skyldtes TE's fejl ved monteringen af sprængpladerne, idet møtrikkerne, som holdt sprængpladerne på plads, var faldet af. BH's forsikringsselskab (F) udbetalte i anledning af skader forårsaget af branden 4.139.764,58 kr. i erstatning og rettede derefter et regreskrav mod TE.

Højesteret fastslog, at en udførelsesfejl ved udskiftningsarbejdet af sprængpladerne samt det forhold, at der skete skade på noget andet, opfyldte betingelserne for produktansvar. Højesteret forholder sig i afgørelsen ikke eksplicit til produktbetingelsen, men det må alligevel ud fra afgørelsens præmisser udledes, at Højesteret opfatter selve monteringsarbejdet som et produkt. Afgørelsen synes ikke umiddelbart forenelig med præmisserne i U 2005.1594 H, hvor Højesteret udtalte: “Det ansvar, som påhviler Ollerup Maskinstation, kan ikke anses for et produktansvar, idet det må karakteriseres som et ansvar for en fejl ved en håndværksmæssig tjenesteydelse og ikke som et ansvar for en defekt ved en leveret løsøregenstand.” Denne udtalelse må dog skulle ses i lyset af, at sagsøgte alene

havde påberåbt PAL og dermed det restriktive produktbegreb i PAL § 3, hvorefter alene løsøregenstande kan udløse produktansvar. Afgørelsen omhandler derfor ikke omfanget af produktbegrebet efter RUP, hvorfor Højesterets opfattelse i den nyere U 2008.982 H (Tjæreborg Industri) må antages at være den gældende.

Da U 2008.982 H (Tjæreborg Industri) omhandler mangler ved udførelsen af arbejdet, kan det ikke uden videre slutes, at rådgivningsydelsen på samme måde kan anses for et produkt i RUP's forstand. Det ville dog være ejendommeligt, såfremt beskyttelses hensynet mod defekte produkters skadeforvoldelse alene skulle gælde, hvor produktet er fysisk, og ikke hvor produktet udgøres af en ikke-fysisk ydelse. Det er dog ikke åbenbart, at den del af entreprenørens ydelse, som består i rådgivning, er omfattet af produktbegrebet. Rådgivning er ligesom entreprenørens udførelsesydelse en tjenesteydelse, og begge ydelser forudsætter derfor en vis forbindelse med en fysisk ting for at kunne forårsage skade. Forskellen er dog, at rådgivningen består i en intellektuel ydelse, hvis tilknytning til den fysiske genstand ikke på samme måde nødvendigvis kommer til udtryk i en fysisk handling. Det kan derfor ikke umiddelbart slutes, at alle betragtninger om udførelsesfejl kan overføres på entreprenørens rådgivning. Andreas Ehlers anfører da også om rådgivningsydelsen i forhold til udførelsesydelsen: “Dog må man nok sige, at rådgivningsydelsens skadepotentiale er endnu mere indirekte end udførelsesydelsens. Det skyldes, at der ved sidstnævnte form for ydelse (dog) foretages en vis manipulation af selve den rørlige genstand. Det er ikke tilfældet ved rådgivning, hvor det altid er en erklæring af en eller anden art, som er årsag til, at der forvoldes skade.”²⁹

At entreprenørens rådgivningsydelse udgør et produkt, som er egnet til at danne grundlag for produktansvar, er da også anerkendt i T:BB 2007.548 (Ballerup Arena), hvor en entreprenør ifaldt produktansvar for sin rådgivningsydelse:

Afgørelsen omhandlede opførelsen af en “superarena”, hvor totalrådgiveren (TR) havde påtaget sig at udarbejde et hovedprojekt, men af tidsmæssige og økonomiske årsager besluttede parterne, at de oprindeligt planlagte stålspær skulle erstattes af en tagkonstruktion i limtræ. Det blev herefter aftalt, at hovedentreprenørens (HE) leverandør (L) skulle foretage de “statiske beregninger af primære konstruktioner samt stabilitetsberegning” af den nye tagkonstruktion. Tagkonstruktionen kollapsede på grund af fejl i beregningerne.

Voldgiftsretten fandt, at L havde begået en række klare professionsfejl ved sin projektering og statikberegning af limtræstagspærene. Voldgiftsretten udtalte, at HE som hovedentreprenør havde påtaget sig samme forpligtelse over for BH, som L havde over for HE, nemlig at levere, herunder projektere og foretage statiske beregninger på, limtræskonstruktionen. Voldgiftsretten fandt således, at HE hæftede for produktansvar ved L's ydelse, idet det udtaltes, at “HE har pådraget sig et hæftelsesansvar overfor BH efter reglerne om produktansvar for projekterings- og beregningsfejlene”. Det fremgår således tydeligt af Voldgiftsrettens præmisser, at en projekteringsydelse anses for egnet til at udløse produktansvar. Dermed må det være Voldgiftsrettens opfattelse, at en rådgivningsydelse kan udgøre et produkt i RUP's forstand.

23 Hørlyck, Erik: *Entreprise – Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer*, 7. udg. (2014) s. 432.

24 Vejledning nr. 22 af 31. januar 1994 om AB 92 s. 4 og Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 146.

25 Se hertil KfE 1990.13 VBA og Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 1. udg. (2016) s. 853.

26 Ulfbeck, Vibe, *Erstatningsretlige grænseområder*, 2. udg. (2010) s. 146 og Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 1. udg. (2016) s. 577.

27 Iversen, Torsten i T:BB 2003.480 (485).

28 Dommen er behandlet hos Torsten Iversen i Juristen nr. 6, 2008 s. 188-193.

29 Ehlers, Andreas Bloch i T:BB 2012.3 (9).

4.2 Skade

For at ifalde et produktansvar skal skadesbetingelsen endvidere opfyldes. Det følger netop af selve definitionen af følgeskadebegrebet, at der er tale om en anden skade end initialskaden. Det er derfor svært at forestille sig, at en følgeskade ikke vil opfylde kravet i RUP om, at der skal være sket skade på andet end produktet selv. Der er således et vist sammenfald mellem de to begreber.³⁰

Problemet opstår i relation til andet led af skadesbetingelsen efter RUP, som udgør kravet om fysisk skade. Formueskader vil alene kunne give anledning til produktansvarskrav, hvor disse er en følge af fysiske følgeskader udløst af entreprenørens ydelse. Det er altså betingelsen om fysisk skade, der adskiller følgeskadebegrebet i AB 92 § 35 fra produktskadebegrebet, idet en følgeskade ikke nødvendigvis udgøres af en fysisk skade. I situationen, hvor en mangel ved entreprenørens rådgivning alene fører til driftstab for bygherren, vil der være en følgeskade i form af formueskade omfattet af AB 92 § 35, men ikke en produktskade efter RUP. Omvendt vil en formueskade, som opstår som følge af, at entreprenørens rådgivning har forvoldt følgeskader på bygherrens driftsmateriel, udgøre såvel en følgeskade som en produktskade, idet kravet om fysisk skade her vil være opfyldt. Dette var eksempelvis tilfældet i U 2008.982 H (Tjæreborg Industri), hvor entreprenørens mangelfulde udførelse førte til skader på bygherrens løsøre og bygninger, hvilket herefter medførte et driftstab. Fysiske følgeskader vil således altid være omfattet af produktskadebegrebet i RUP, mens økonomiske følgeskader alene vil være omfattet i det omfang, de er udløst af en fysisk følgeskade.

4.3 Defekt

Yderligere er det en betingelse for produktansvar, at produktet kan siges at være defekt. Praksis forholder sig ikke direkte til spørgsmålet om, hvorvidt entreprenørens ydelse var defekt i de afgørelser, hvor der statueres produktansvar. Hvad der skal til for, at entreprenørens rådgivningsydelse lider af en defekt, er derfor uklart. Andreas Ehlers anfører, at der for at pålægge entreprenøren produktansvar skal være “[...] en culpøst begået fejl (defekt)”.³¹ Det citerede giver det indtryk, at defektvurderingen udgøres af en culpavurdering.

Praksis synes at understøtte det af Andreas Ehlers fremførte synspunkt, idet produktansvar statueres ud fra betragtninger om, hvorvidt der er begået professionelle fejl. Dette illustreres eksempelvis ved afgørelsen T:BB 2007.548 (Ballerup Arena), hvor Voldgiftsretten statuerede produktansvar efter RUP på baggrund af, at der ved underentreprenørens “projektering og statikberegning af limtræsspærerne [var] begået en række klare professionsfejl som må anses for ansvarspådragende”. På samme måde forholdt Voldgiftsretten sig i T:BB 2002.66 VBA (Grise-sagen) ikke direkte til spørgsmålet om defekt, men statuerede produktansvar på baggrund af HE's undladelse af at tilkalde en servicetekniker.

Sagen vedrørte opførelse af en svinestald, hvor bygherre (BH) indgik aftale med en hovedentreprenør (HE) om opførelse af svinestalden samt montering af et ventilationsanlæg heri. HE indkøbte ventilationsanlægget hos en leverandør (L), som leverede og monterede anlægget i stalden. 200 svin døde en nat som følge af manglende ventilation i stalden. Det blev konstateret, at en microswitch stod i en forkert position, sådan at alle ventilationsspjæld blev lukket (i stedet for åbnet), når den kritiske grænse for nødven-

tilation (35 °C) blev nået. Voldgiftsretten fandt, at HE var erstatningsansvarlig efter RUP for de 200 døde svin samt det mistede dækningsbidrag. Voldgiftsretten begrundede sit resultat i, at L utrykkeligt i en ordrebekræftelse havde gjort HE opmærksom på, at det var “[...] købers pligt at rekvirere vor servicetekniker for optimal indregulering af anlægget”, hvilket HE havde undladt.

Praksis tyder således på, at defektbetingelsen er opfyldt, når der efter en professionsmålestok er begået en culpøs fejl ved rådgivningen. Det kan da også anføres, at anvendelsen af en culpastandard er den mest naturlige fremgangsmåde ved vurdering af en tjenesteydelses beskaffenhed.

Dog kan det virke betænkeligt uden videre at slutte, at en culpøst begået fejl udgør en defekt. Dette skyldes, at ansvaret for mangler efter AB 92 § 30, stk. 1, er et professionsansvar, der modsat den objektive defektvurdering i RUP også indeholder en subjektiv dimension i form af parternes aftale. En culpøst begået fejl kan i entrepriseforhold derfor også bestå i at præstere noget bedre end det kontraktmæssige. Problemstillingen illustreres af T:BB 2009.615 V, hvor entreprenøren ved udførelsen af en gesims ændrede gesimsens udseende uden bygherrens godkendelse. Landsretten udtalte i sagen: “Ifølge syns- og skønsmanden er den valgte udformning af gesimsen udført håndværksmæssigt korrekt, ligesom den valgte løsning er mindre sårbar end den oprindelige.” Landsretten fandt alligevel, at der var udvist en professionsfejl, da gesimsens udseende afveg fra det oprindeligt aftalte. Afgørelsen understreger således, at en culpøst begået fejl i entrepriseforhold også kan bestå i rent subjektive forhold om, hvad parterne har aftalt. Såfremt enhver professionsfejl i entrepriserefteret må anses for at udgøre en defekt, tilføjes defektbegrebet ligesom mangelsbegrebet en subjektiv dimension og mister dermed sin rent objektive karakter. Antages det, at denne retsstilling er den gældende, vil der reelt blive sammenfald mellem mangels- og defektbegrebet.

Hvordan defektbetingelsen skal håndteres i entrepriserefteret, er således uklart, men praksis kan forklares på to måder. En mulighed er, at defektbetingelsen anses for opfyldt, når der foreligger en professionsfejl, og at betingelserne om ansvarsgrundlag og defekt derved sammensmeltes og behandles sammen. En anden mulighed er, at praksis slet ikke stiller krav om, at der skal foreligge en defekt. Begge muligheder forekommer imidlertid at være problematiske, idet en fundamental og karakteristisk betingelse for produktansvar i så fald udelades som selvstændig betingelse i entrepriseforhold.

4.4 Ansvarsgrundlag

Entreprenørens almindelige culpaansvar for følgeskader forvoldt ved mangelfuld rådgivning er lempeligere end det skærpede culpaansvar, der gælder efter RUP.³² En anvendelse af produktansvarsreglerne på entreprenørens rådgivning medfører en skærpelse af entreprenørens ansvarsgrundlag for følgeskader. Der skal således mindre til, for at entreprenøren ifalder ansvar for en følgeskade efter produktansvarsreglerne end efter de entrepriserefterlige regler.

Om en sådan skærpet culpanorm anvendes i praksis er vanskeligt at afgøre. Dette skyldes, at der i de entrepriserefterlige afgørelser³³, hvor entreprenøren er blevet pålagt et produktansvar, har været udvist culpa fra entreprenørens side i en sådan grad, at både tilregnelighedsgraden efter AB 92 § 35, stk. 1, og RUP ville være opfyldt. Det forhold, at praksis så tydeligt angiver, at RUP skal anvendes ved entreprenørens erstatningsansvar, gør det dog svært at antage

³⁰ Vestergaard Buch, Anders: *Entrepriserefterlige mangler – kravene til entreprenørens ydelse*, 1. udg. (2007) s. 230.

³¹ Ehlers, Andreas Bloch i T:BB 2012.3 (8).

³² Se dog modsat Holberg, Jacob Schall i Justitia nr. 5, oktober 2004 s. 3-52 (16-23), hvor det konkluderes, at det teoretisk set ikke gør nogen iøjnefaldende forskel, om ansvaret bedømmes efter professionsansvaret eller produktansvaret i RUP.

³³ T:BB 2007.548 (Ballerup Arena) og U 2008.982 H (Tjæreborg Industri).

andet, end at forholdet må skulle vurderes efter RUP's strenge ansvarsnorm. Entreprenøren vil derfor formentlig kunne gøres ansvarlig i situationer, hvor han ville være ansvarsfri efter AB 92 § 35, stk. 1, idet produktansvarsreglerne skærper ansvarsgrundlaget.

4.5 Sammenfatning

Ovenstående betragtninger viser, at produktansvarsreglerne ikke problemfrit kan anvendes på entreprenørens rådgivning. Praksis tyder på, at det er tilstrækkeligt til at udløse produktansvar for entreprenørens rådgivning, at blot betingelserne om produkt, skade og ansvarsgrundlag er opfyldte. Der statueres således produktansvar for entreprenørens professionsfejl uden at tage stilling til, om fejlen er af en sådan karakter, at den må betegnes defekt. På denne måde udvides RUP's anvendelsesområde, og der statueres ansvar i videre omfang end efter RUP's oprindelige betingelser.

5. Konsekvenserne af at anvende RUP på entreprenørens rådgivningsydelse

5.1 Udvidelse af anvendelsesområdet for RUP

Som udgangspunkt kan en skadelidt gøre brug af ethvert erstatningsretligt regelsæt, såfremt betingelserne herfor er opfyldt, hvorfor også produktansvarsreglerne kan anvendes på entreprenørens rådgivningsydelse, når betingelserne herfor opfyldes. Ses der på situationen, hvor bygherren påføres følgeskader i anledning af fejlagtig rådgivning ydet af en entreprenør, ligner situationen ikke umiddelbart produktansvarsreglernes oprindelige reguleringsområde. Derfor er produktansvarsreglerne, deres oprindelse taget i betragtning, måske ikke det mest oplagte regelsæt til regulering af situationen.

Problemet opstår, idet der statueres ansvar efter RUP, uden at de traditionelle betingelser er opfyldt, hvorved grænserne for regelsættet udvides væsentligt. Det kan naturligvis indvendes, at retspraksis, der selv har udviklet RUP, også selv kan videreudvikle regelsættet, herunder opgive nogle af de traditionelle betingelser for at statuere produktansvar. Heroverfor kan det dog anføres, at den strenge ansvarsnorm i henhold til RUP hænger uløseligt sammen med et sæt særlige erstatningsbetingelser. Det er derfor tvivlsomt, om det er hensigtsmæssigt at fastholde denne strenge ansvarsnorm, samtidig med at nogle af betingelserne opgives.

Særligt er det betænkeligt, når udvidelsen af RUP sker ved opgivelse af defektbetingelsen, der må anses for at være fundamental for produktansvaret. Baggrunden for det skærpede produktansvar er netop at beskytte slutbrugeren mod et defekt produkts fareevne. Opgives defektbetingelsen som en særskilt betingelse, er der ganske lidt af de oprindelige produktansvarsregler tilbage. Det gælder særligt, hvis det antages, at enhver professionsfejl udgør en defekt, hvorved mangels- og defektvurderingen sidestilles.

Det må overvejes, om der i det hele taget kan tales om produktansvar, hvis ikke der er tale om defekte produkter. Det kan anføres, at indholdet af reglerne i så fald snarere kan siges at være udtryk for et skærpet ansvarsgrundlag for erstatningskrav for følgeskader, der kan rejses som direkte krav efter de almindelige regler om professionsansvar. I så fald vil retsstillingen indebære, at RUP's indhold på området ikke er et egentligt produktansvar, som vi kender det, men blot medfører en skærpelse af entreprenørens almindelige professionsansvar efter AB 92 § 35, stk. 1. Ses der på præmisserne i afgørelsespraksis på området, er det imidlertid svært at tolke disse som afgørelser på baggrund af et andet grundlag end dansk rets almindelige regler om produktansvar. I T:BB 2002.66 VBA (Grise-sagen) udtalte Voldgiftsretten således, at entreprenøren var "[...] erstatningsansvarlig efter de regler, der i dansk retspraksis er udviklet vedrørende "produktansvar"". På samme måde i Højesterets udtalelse i U 2008.982 H (Tjæreborg Industri), hvor

ansvaret var "[...] et ansvar, der – selv om det falder uden for produktansvarsloven – må karakteriseres som et produktansvar", og afgørelsen T:BB 2007.548 (Ballerup Arena), hvor der eksplicit henvises til "produktansvar". Professionsansvaret og produktansvaret er imidlertid to forskellige og adskilte erstatningsretlige regelsæt, og produktansvarsreglerne har ikke til formål at skærpe entreprenørens professionsansvar, men derimod at lade entreprenøren ifalde erstatning på et andet erstatningsgrundlag for defekte produkter. Hvis man ønsker at skærpe entreprenørens erstatningsansvar for følgeskader, bør dette således gøres ved at skærpe ansvarsnormen efter AB 92 § 35, stk. 1.

5.2 Skærpelse af entreprenørens ansvar

En anvendelse af RUP på entreprenørens rådgivningsydelse indebærer en skærpelse af ansvarsgrundlaget i forhold til det ansvar, som entreprenøren er underlagt for følgeskader efter AB 92 § 35. Entreprenøren er således ansvarlig efter et almindeligt culpaansvar med ligefrem bevisbyrde efter AB 92 § 35, stk. 1. En anvendelse af RUP vil dermed betyde, at entreprenørens ansvar ændres til et skærpet culpaansvar, der i visse tilfælde nærmer sig det præsumptionsansvar, som kendes fra AB 92 § 30, stk. 1.

Ansvar for følgeskader efter AB 92 § 35, stk. 1, er et lempeligere ansvar end præsumptionsansvaret for mangler i AB 92 § 30, stk. 1. Det har således ved udformningen af standardvilkårene været hensigten, at der skulle mere til for at gøre entreprenøren erstatningsansvarlig for følgeskader end for selve initials-kaden efter AB-systemet. Hensynet bag denne regel findes formentlig i to betragtninger. For det første kan følgeskaderne karakteriseres som afledte tab, der er mindre forudberegnelige for entreprenøren end selve initials-kaden. Det kan derfor forekomme rimeligt, at der stilles samme betingelser som efter den almindelige erstatningsret ved sådanne følgeskadekrav. For det andet omfattes initials-kaden i medfør af AB 92 §§ 31 og 32, stk. 1-3, af den entrepriseretlige grundsætning om entreprenørens afhjælpningspligt og -ret, hvilket i praksis betyder, at kravet for initials-kaden som udgangspunkt altid udgør et krav om afhjælpning. Entreprenørens afhjælpningspligt medfører også, at bygherren ikke kan gøre andre økonomiske beføjelser gældende, hvis han ikke har gjort krav på afhjælpning. Disse omstændigheder begrundes præsumptionsansvaret for mangler ved udførelsesfejl i AB 92 § 30, stk. 1. Følgeskaderne er imidlertid ikke omfattet af entrepriserettens afhjælpningsbeføjelser, hvorfor baggrunden for præsumptionsansvaret i AB 92 § 30, stk. 1, ikke er til stede i AB 92 § 35, stk. 1. Måske netop derfor opereres der med to forskellige ansvarsnormer, hvor ansvaret for følgeskader blot følger af de almindelige erstatningsregler.

Differentieringen af ansvarsgrundlagene er indeholdt i standardbetingelserne i AB 92. Den omstændighed, at AB 92 er et agreed document indgået mellem parter med modstående interesser, medfører, at AB 92 i sin helhed må anses for at være et afbalanceret regelsæt med rimelig varetagelse af begge parter respektive interesser. Netop derfor kan det anføres, at der skal vægtige grunde til for at fravige reglerne i AB 92 til fordel for en skærpet ansvarsnorm, når vilkårene i AB 92 § 35 er vedtaget mellem parterne. Entreprenørens ansvar for følgeskader vil således i realiteten komme til at ligne ansvaret for initials-kaden efter AB 92 § 30, stk. 1, som har sin berettigelse i afhjælpningssystemet. Skærpelsen af ansvaret for følgeskader strider netop mod den retsstilling, som er forudsat og afvejet gennem betingelserne i AB 92. Det må derfor anføres, at den skærpelse af entreprenørens ansvar for følgeskader, som en anvendelse af RUP vil medføre, er utilsigtet i parternes aftaleforhold.

6. Konsekvenserne af, at AB 92 § 35, stk. 2, ikke omfatter produktansvar

Højesteret fastslog i U 2008.982 H (Tjæreborg Industri), at ansvarsfraskrivelsen i AB 92 § 35, stk. 2,³⁴ ikke omfatter produktansvarskrav. Højesteret begrundede sin afgørelse i en betragtning om, at AB 92 § 35, stk. 1, alene omhandler krav for følgeskader i anledning af mangler og konkluderer, at bestemmelsens stk. 2 derfor må have samme afgrænsede anvendelsesområde. Højesteret anvender en indskrænkende fortolkning ved fastlæggelse af ansvarsfraskrivelsens indhold, hvilket er i overensstemmelse med praksis og almindelige fortolkningsprincipper ved fortolkning af ansvarsfraskrivelser.³⁵ Afgørelsen bærer dog præg af, at Højesteret ikke har taget stilling til, om der foreligger reale grunde for en sådan retsstilling i entrepriseretten. Det er da også interessant, at Voldgiftsretten, der jo netop besidder særlig entrepriseretlig sagkundskab, kom frem til det modsatte resultat af Højesteret med begrundelsen "*bestemmelsens ordlyd og reale hensyn*" i deres ældre kendelse i U 2007.548 VBA (Ballerup Arena). Kendelsen blev afsagt kort inden Højesterets afgørelse, men blev dog først trykt efter Højesterets domsafsigelse.³⁶

Når entreprenøren kan ifalde produktansvar, hvis hans rådgivning forvolder fysiske følgeskader, og fraskrivelsen efter AB 92 § 35, stk. 2, ikke fraskriver produktansvar, jf. U 2008.982 H (Tjæreborg Industri), kan der opstå situationer, hvor bygherren ved at rejse kravet efter RUP kan opnå erstatning for indirekte tab, som efter mangelsreglerne ville være fraskrevet. Dette medfører naturligvis et incitament for bygherren til at rejse sine krav efter dette regelsæt. Konsekvensen heraf bliver, at der kan opstå en retsstilling, som adskiller sig væsentligt fra den, som er forudsat i AB 92 § 35, stk. 2.

Ansvarsbegrænsningen i AB 92 § 35, stk. 2, anses i entrepriseforhold for at være sædvanlig og rimelig³⁷, hvilket skal ses i lyset af, at omfanget af indirekte tab kan beløbe sig til anseelige summer, som vil kunne medføre uoverskuelige og uforudsete konsekvenser for entreprenøren. Dette skyldes, at omfanget og karakteren af det indirekte tab i høj grad afhænger af entreprisekontraktens genstand og bygherrens formål med byggeriet. Det har således betydning, hvilke kontrakter bygherren har indgået eller vil indgå med sine fremtidige kontraktsparter efter byggeriets færdiggørelse, f.eks. med fremtidige lejere. Derudover vil omfanget af tabet også i høj grad afhænge af, om bygherren har imødegået skadens virkning. Det er derfor bygherren, der har det bedste overblik over risici for indirekte tab, da disse i høj grad er inden for hans kontrolsfære. Det kan derfor anføres, at bygherren er den part, der er nærmest til at bære de indirekte tab.

Ud fra ovenstående betragtninger taler vægtige grunde for, at parterne ved vedtagelsen af AB 92 § 35, stk. 2, har forudsat, at ansvarsfraskrivelsen vedrører tabskategorier uafhængigt af ansvarsgrundlaget og skadesårsagen herfor. Dette er blevet udtrykt således: "*Entreprenører og bygherrer ved godt, hvad "indirekte tab" er, men kender næppe de subtile sondringer, der kan anlægges mellem mangelsansvar og produktansvar.*"³⁸ Hverken bygherren eller en-

treprenøren er således klar over, at der kan kræves erstatning for indirekte tab, blot det kaldes produktansvar i stedet for mangler.

Som led i entreprisekontraktens risikoallokering vil et byrdefuldt vilkår ofte blive afvejet mod andre vilkår i kontrakten og dermed enten medføre andre favorable vilkår for parten eller pålægge modparten et tilsvarende byrdefuldt vilkår. De enkelte aftalevilkår skal derfor forstås i sammenhæng med det samlede aftalekompleks. En vurdering af de enkelte aftalevilkår kræver dermed overblik over entreprisekontrakten som helhed, som kun sjældent besiddes af andre end entreprisekontraktens parter. Parternes autonomi spiller derfor en væsentlig rolle i entrepriseforhold. Når Højesteret fastslår, at AB 92 § 35, stk. 2, alene fraskriver produktansvar, kan det derfor anføres, at parternes oprindelige forudsætning om, at tabskategorierne "*driftstab, avancetab eller andet indirekte tab*" er fraskrevet, underkendes, idet tabskategorierne kun fraskrives for mangler. Når parternes aftaleforudsætninger underkendes, mister parterne også muligheden for selv at regulere entrepriseforholdet. Det synes problematisk, at en aftale og dens forudsætninger kan fraviges ved blot at rejse kravet på et andet retsgrundlag. I en tvist vil parterne imidlertid ikke have samme opfattelse. Selvom der kan have været en fælles forståelse tidligere, er det vanskeligt at bevise eksistensen af sådanne forudsætninger, der ikke er kommet til udtryk ved skrift eller handling.

Når entreprenøren og bygherren indgår en entreprisekontrakt, indretter parterne sig naturligvis efter aftalens vilkår. Det problematiske ved at underminere parternes autonomi er således, at der kan opstå situationer, hvor ingen af parterne har indrettet sig hensigtsmæssigt i forhold til en given situation. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor ingen af parterne har tegnet en forsikring for skaden, hverken en dækkende ansvars- eller driftstabsforsikring.

Af AB 92 § 8, stk. 3, følger en pligt for entreprenøren og dennes underentreprenører til at tegne en sædvanlig ansvarsforsikring for skader, for hvilke entreprenøren er ansvarlig efter dansk rets almindelige regler. Af SKAFOR-betingelsernes § 3, stk. 3, litra b, fremgår det, at produktansvarsforsikringen ikke dækker "*driftstab, tidstab, avancetab og andre indirekte tab*"³⁹. Forsikringsselskabet hæfter dog alligevel for sådanne indirekte tab, såfremt forsikringsselskabet har godkendt udformningen af en ansvarsfraskrivelse anvendt i entrepriseforførelsen, og forsikringstageren (entreprenøren) alligevel under en sag dømmes til at betale for sådanne tab, jf. SKAFOR-betingelsernes § 5, stk. 3.⁴⁰ De forsikringsmæssige standardvilkår taler på denne måde for, at entreprenøren med rimelighed kan forudsætte, at produktansvar på samme måde er fraskrevet efter AB 92 § 35, stk. 2. Det forekommer heller ikke helt urimeligt, at en praktiker formoder en vis parallelitet mellem de for entrepriseforførelsen standardiserede aftale- og forsikringsvilkår. Hertil kommer, at det ofte vil være vanskeligt for entreprenøren at identificere de eventuelle indirekte tab, som kan blive rettet mod ham, og derved forsikre sig passende mod disse tab ved tegning af en udvidet ansvarsforsikring. Entreprenørens sædvanlige ansvarsforsikring sammenholdt med det forhold, at bygherren har det bedste overblik over de indirekte tab, taler for, at bygherren er nærmest til at forsikre disse.

³⁴ Afgørelsen vedrørte spørgsmålet efter ABT 93 § 35, stk. 2, men da bestemmelsen svarer til AB 92 § 35, stk. 2, er retsstillingen efter afgørelsen gældende for begge standardvilkår.

³⁵ Samuelsson, Morten i FEST 2000.235 (247).

³⁶ Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 1. udg. (2016) s. 707.

³⁷ Iversen, Torsten i *Juristen* nr. 6, 2008 s. 192.

³⁸ Iversen, Torsten i *Juristen* nr. 6, 2008 s. 192.

³⁹ Entreprenørens produktansvarsforsikring er typisk tegnet med udgangspunkt i Forsikring og Pensions Almindelige betingelser for kombineret erhvervs- og produktansvarsforsikring (SKAFOR-betingelserne), jf. også Iversen, Torsten: *Entrepriseretten*, 1. udg. (2016) s. 683-684.

⁴⁰ Lett, Georg og Macholm, Niels: *Produktansvaret i praksis – erstatning og forsikring*, 1. udg. (2002) s. 109.

Forsikringsmæssige forhold taler på denne måde for at lade ansvarsfraskrivelsen i AB 92 § 35, stk. 2, omfatte produktansvar.

Et af formålene for entreprisetraktens parter med at indgå en aftale er, at parterne får klarhed over deres retsstilling, når der indtræder en skade. Når entreprenøren gøres produktansvarlig for sin rådgivningsydelse, vil det i høj grad afhænge af tilfældigheder, om entreprenøren kan pålægges ansvar for indirekte tab eller ej. Entreprenøren er således ikke erstatningsansvarlig for indirekte tab i tilfælde, hvor der ikke forvoldes fysisk skade på noget andet end den leverede del af byggeriet, hvorimod entreprenøren vil blive gjort erstatningsansvarlig for indirekte tab i tilfælde, hvor disse opstår som følge af fysisk skade på øvrig ejendom. Entreprenørens erstatningsansvar vil således ofte afhænge af tilfældige betragtninger om, hvornår skaden er indtruffet, og hvad entreprenøren skal præstere. Tilfældigheder kan imidlertid aldrig undgås, når juraens regler anvendes i dens praktiske virkelighed. Det er dog svært at se, hvordan en retsstilling, der i så høj grad præges af tilfældigheder, kan anses for hensigtsmæssig, når disse tilfældigheder medfører væsentlige forskelle i retsfølgerne.

Den nuværende retsstilling synes at undergrave parternes autonomi. En entreprenør, som har indrettet sig i tillid til en forudsætning om, at alle indirekte tab er fraskrevet, kan derfor uden forsikringsdækning gøres ansvarlig for disse alligevel. Desuden gør udvidelsen af RUP det endnu sværere at sondre mellem mangels- og produktansvaret. Sondringen mellem de to regelsæt vil derfor ofte komme til at bero på tilfældigheder, samtidig med at det har store økonomiske konsekvenser for entreprenøren, om kravet rejses som et produktansvars- eller mangelskrav. På denne baggrund må det anses for at være uhensigtsmæssigt ikke at lade produktansvarskrav være fraskrevet efter bestemmelsen i AB 92 § 35, stk. 2, på samme måde som mangelsretlige følgeskadekrav.

7. Konklusion og perspektiver

Sammenfattende kan det konkluderes, at praksis er udtryk for, at entreprenøren i entreprisetraktlige mellemformer kan gøres produktansvarlig efter RUP for fejl ved sin rådgivningsydelse. Praksis opgiver nogle af de traditionelle betingelser for at pålægge ansvar efter RUP, således at betingelserne om produkt, skade og ansvarsgrundlag er tilstrækkelige til at udløse produktansvar efter RUP. Herved udvides RUP's anvendelsesområde uden hensyn til regelsættets særlige karakteristika, og sondringen mellem mangels- og produktansvarsreglerne vanskeliggøres. Samtidig skærpes entreprenørens ansvar, således at ansvaret for følgeskader efter RUP kom-

mer til at ligne det strenge entreprisetraktlige mangelsansvar for initialskaden, som har sin berettigelse i det entreprisetraktlige afhjælpningssystem. Det bliver derfor afgørende for entreprenørens erstatningsansvar, om bygherren kalder sit krav et mangels- eller produktansvarskrav.

Retsstillingen strider mod de forudsætninger, parterne har haft ved vedtagelse af AB 92 i entreprisetrakten og medfører samtidig en udvanding af bestemmelsen i AB 92 § 35, stk. 2, da bygherren kan få indirekte følgeskader erstattet, når produktansvarsreglerne påberåbes frem for de entreprisetraktlige mangelsregler. For helt at undgå at hæfte for indirekte følgeskader er entreprenøren derfor nødt til særskilt at fraskrive sig produktansvaret for indirekte tab ved en tydelig og eksplicit ansvarsbegrænsning.⁴¹ Dette forudsætter dog, at entreprenøren er opmærksom på, at vedtagelse af AB i entreprisetrakten ikke medfører en ansvarsbegrænsning af alle indirekte tab, men kun af indirekte tab, som er en følge af mangelsansvaret. En sådan viden forudsætter imidlertid en juridisk indsigt, som ikke kan anses for sædvanlig for ikke-juridiske praktikere.

Denne uheldige retsstilling kan undgås ved at ændre AB 92 § 35, så bestemmelsen tydeligt omfatter såvel mangels- som produktansvar. En sådan præcisering af bestemmelsen drøftes allerede i den igangværende revision af AB.⁴² Såfremt der opnås enighed om en udvidelse af AB 92 § 35, stk. 2⁴³, mindskes incitamentet for bygherren til at påberåbe RUP som grundlag for sit krav formentlig, idet han ikke længere vil kunne gøre brug af RUP som grundlag for at opnå erstatning for indirekte tab.

En sådan præcisering af § 35 vil dog ikke ændre på, at entreprenøren fortsat kan gøres erstatningsansvarlig efter RUP for sin rådgivningsydelse – det vil alene betyde, at erstatning for indirekte produktansvarskrav udelukkes på samme måde som efter mangelsreglerne. Bygherren kan derfor fortsat påberåbe RUP med henblik på at skærpe entreprenørens ansvar for følgeskader, men spørgsmålet er, om incitamentet for at påberåbe RUP helt vil forsvinde, hvis erstatning for indirekte følgeskader udelukkes. Man kan let få den tanke, at praksis har set anvendelsen af RUP som en belejlig anledning til at lade entreprenøren hæfte for indirekte tab. Det er derfor interessant at se, om praksis vil forholde sig mere indgående til anvendelsen af RUP, samt betingelserne herfor i en tvist, hvor der ikke er forskel på, hvilke tabsposter der kan erstattes efter henholdsvis mangels- og produktansvarsreglerne. I så fald vil det være særlig interessant at se, om entreprenøren holdes ansvarlig for følgeskader efter det skærpede culpaansvar i RUP.

⁴¹ Eksempelvis U 2006.2052 H.

⁴² Se hertil Dansk Industri: *DI's forslag til ny AB 2012* s. 15.

⁴³ Bygherresiden ønsker ikke en sådan udvidelse. Se hertil Bygherreforeningen: *Katalog med ønsker til revision af byggeriets aftalesystem 2014* s. 9.