

OLE HANSEN

Det entrepriseretlige hjemmelsproblem

- modsætningsforhold eller fællesskab?

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Det entrepriseretlige hjemmelsproblem

– modsætningsforhold eller fællesskab?

This page intentionally left blank

Ole Hansen

Det entrepriseretlige hjemmelsproblem

— modsætningsforhold eller fællesskab?



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2008

*Det entrepriseretlige hjemmelsproblem
– modsætningsforhold eller fællesskab*

1. udgave, 1. oplag

© 2008 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Morten Højmark
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Jysk Bogbind, Holstebro

Printed in Denmark 2008
ISBN 978-87-574-1863-7

Udgivet med støtte fra Margot og Thorvald Dreyers Fond

Denne afhandling er af Det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet
antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.

Forsvaret finder sted tirsdag den 26. februar 2008, kl. 13.00
i Anneks A, Studiegården, Studiestræde 6.

København, den 26. januar 2008
Henrik Dam
Dekan

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Forord

Denne afhandling indleveredes til bedømmelse for den juridiske doktorgrad den 21. september 2007 og er blevet bedømt af et bedømmelsesudvalg bestående af professor, dr. jur. Vibe Ulfbeck, Københavns Universitet, professor, dr. jur. Lasse Simonsen, Universitetet i Oslo og professor, jur. dr. Christina Ramberg, Handelshögskolan i Göteborg.

Byggeri har vist altid interesseret mig. Først sent i jurastudiet opdagede jeg dog for alvor, at der findes jura, der knytter tæt an til de praktiske udfordringer, som gennemførelsen af bygge- og anlægsarbejder indebærer. Efter et studie af tysk entrepriseret under et ophold i Köln kastede jeg mig over specialeskrivning i faget. Dermed blev der lagt et spor, der fører gennem min lærerige tid som advokatfuldmægtig og advokat og frem til udgivelsen af denne bog.

Afhandlingen er det væsentlige produkt af det forskningsarbejde, som jeg fra februar 2001 har udført under min ansættelse som stipendiat og dernæst som adjunkt på Københavns Universitet. Forskningsmiljøet på Københavns Universitet og de mange gode kontakter, der herigennem er knyttet til andre universiteter, har udgjort den bedst tænkelige ramme om arbejdet med projektet. Jeg skylder mine kolleger i København og på andre forskningsinstitutioner en stor tak herfor. Ligeledes er jeg meget taknemmelig for de mange gode diskussioner, som jeg gennem årene har haft med det praktiske retslivs aktører og med repræsentanter for bygge- og anlægssektoren, som har medvirket til at fastholde afhandlingens mere praktiske fokus.

Forskningsarbejde er krævende – også i ikke-faglig henseende. Navnlig i den sidste lange periode af mit skrivearbejde har jeg nydt godt af min families og svigerfamilies hjælp i større og mindre praktiske anliggender, hvilket har skabt det nødvendige rum for mit arbejde. En afgørende og uvurderlig støtte har jeg dog modtaget fra min kone Kristine, der under hele forløbet har vist en ganske særlig forståelse for projektet og for mig.

Tågeby, julen 2007

This page intentionally left blank

Indholdsfortegnelse

Del I: Indledende Del

Kapitel 1. Afhandlingens emne, teser, metode og disposition	3
1. Afhandlingens emne og teoretiske mål	3
1.1. Det entrepriseretlige hjemmelsproblem. Den praktiske og teoretiske baggrund	3
1.2. Entrepriseretlige typetvister	5
1.3. Hvorledes afhjælpes det entrepriseretlige hjemmelsproblem?	6
2. Afhandlingens teser	10
3. Emneafgræsning	13
3.1. Forholdet mellem bygherre og entreprenør. Aftaler om udførelse af bygge- og anlægsarbejder	13
3.2. Ikke forbrugeraftaler	14
4. Metodespørgsmål	15
4.1. Metode	15
4.2. Retskilder	16
4.2.1. Lovgivning	16
4.2.2. AB92 og andre standardaftaler	17
4.2.3. Retspraksis og voldgiftspraksis	19
4.2.3.1. Om anvendelsen af afgørelsespraksis som retskilde	19
4.2.3.2. Særligt om kendelser fra Voldgiftsretten for Bygge- og anlægsvirksomhed	20
4.2.4. Retsvidenskabelig teori	25
4.2.5. Særligt om udenlandsk ret	26
4.3. Inddragelsen af deliktret og selskabsret. Om de åbne systemer	27
5. Disposition	28
Kapitel 2. Kontraktretten mellem delikt- og selskabsretten	31
1. Kapitlets emne	31
2. Kontraktret	32
2.1. Klassisk kontraktret	32

Indholdsfortegnelse

2.1.1.	Aftaleindgåelse og fortolkning. Aftalen som statisk, faktisk fænomen	33
2.1.2.	Gensidighed og udvekslingselement	35
2.2.	Nyere kontraktret	38
2.2.1.	Hensyntagen til den svage aftalepart	38
2.2.2.	Opblødning af modsætningsforholdet. Loyalitetskrav	40
2.2.3.	Foranderlige forhold og kompleksitet	41
3.	Deliktret	42
3.1.	Det teoretiske afsæt og den nyere udvikling	42
3.2.	Hjemmelsgrundlag	43
3.3.	Regelstruktur	44
3.4.	Den skadevoldende adfærd. Misligholdelse eller ikke-aftalerelateret skadegørende handling?	45
3.5.	Ansvar for undladelser	46
3.6.	Retsvirkninger	46
3.6.1.	Erstatning og andre beføjelser	46
3.6.2.	Erstatning for almindelig formueskade?	46
3.7.	Præceptivitet?	47
4.	Selskabsretten	48
4.1.	Selskabsaftalen	48
4.2.	Visse kendetegn ved selskabet	50
4.2.1.	Manglende gensidighed. Fællesskab	50
4.2.2.	Regelstruktur. Formål, procedurer og andre adfærdsnormer	50
4.2.3.	Ikke skarp ydelses- og ansvarsfordeling. Lighed	51
5.	Teorier om fællesområder for kontrakt-, delikt- og selskabsretten ...	53
5.1.	Kontrakten mellem modsætningsforhold og fællesskab	53
5.2.	Slægtskabet mellem kontraktretten og deliktretten	53
5.3.	Slægtskabet mellem kontraktretten og selskabsretten	55
6.	Kontrakten mellem modsætningsforhold og fællesskab. De reale hensyns betydning	58
	Kapitel 3. Entrepriseraftalernes kendetegn	61
1.	Kapitlets emne	61
2.	Entrepriseraftalernes retlige forankring	61
2.1.	Centrale retlige kendetegn	61
2.2.	Aftaledannelsen i praksis. Tilbud på udførelsen af et færdigt projekt. Variationer	66
3.	Faktiske kendetegn	68

3.1. Gensidigheds- og udvekslingsmomentet. Modsætningsforholdet	68
3.2. Frembringelse	69
3.3. Længerevarende aftaleforhold	69
3.4. Teknologisk kompleksitet	70
3.5. Under indflydelse af naturkræfter	71
3.6. Vidtrækkende økonomiske konsekvenser	72
3.7. Nær kontakt imellem aftaleparterne. Planlægning og koordinering	72
4. Konflikten mellem den retlige forankring af entrepriseaftalerne og aftalernes faktiske kendetegn	74

Del II: Teoretisk Del

Kapitel 4. Fortolkning	79
1. Kapitlets emne	79
2. Fortolkningssituationen. Sprogets betydning	81
3. Den almindelige fortolkningslære. Fortolkningsspektret	86
3.1. Indhold	86
3.2. Fortolkningsspektret	87
3.3. Om den subjektive, objektive og normative fortolknings indre forbundethed	90
4. Subjektiv fortolkning af entrepriseaftaler	93
4.1. Nærmere om den subjektive fortolkning	93
4.2. Det usikre grundlag for subjektiv fortolkning af entrepriseaftaler	98
5. Objektiv fortolkning af entrepriseaftaler	102
5.1. Nærmere om objektiv fortolkning	102
5.2. Tekstanalysens svagheder	107
6. Normativ fortolkning af entrepriseaftaler	111
6.1. Nærmere om normativ fortolkning	111
6.2. Den normative fortolknings mulige anvendelighed som hjemmel for afgørelse af enterpriseretlige typetvister	116
7. Konklusion og reservationer	119
7.1. Opsummering	119
7.2. Om grænserne for den normative fortolkning af entrepriseaftaler	120
 Kapitel 5. Aftaler om ændringer	 123
1. Kapitlets emne	123

Indholdsfortegnelse

2.	Det kontraktretlige udgangspunkt	124
2.1.	Aftaler skal holdes og ændringer kræver enighed	124
2.2.	Ret til genforhandling. Genforhandlingsklausuler	125
3.	Bygherrens ændringsret	129
3.1.	Ret til at forlange ændringer	129
3.2.	Kvalitativ og kvantitativ afgrænsning af bygherrens ændringsret	132
3.3.	Prissætning af ændringer	134
3.4.	Formalistisk eller pragmatisk ændringssystem?	137
4.	Er ændringsretten et egnet redskab til afhjælpning af det entrepriseretlige hjemmelsproblem?	138
Kapitel 6. Aftalekorrektion		143
1.	Kapitlets emne	143
2.	Aftalelovens § 32, stk. 1	144
3.	Forudsætningslæren	148
3.1.	Forudsætningsbetragtninger som grundlag for aftalekorrektion og fortolkning	148
3.2.	Forudsætningslæren som grundlag for korrektion af entrepriseaftaler	151
4.	Aftalelovens § 36	153
4.1.	Om bestemmelsen og beslægtede regler	153
4.2.	Anvendelsen af aftalelovens § 36 i entrepriseforhold	155
5.	Særligt om »skjult« aftalekorrektion	158
6.	Er aftalekorrektion et egnet redskab til afhjælpning af det entrepriseretlige hjemmelsproblem?	160
Kapitel 7. Misligholdelsesbeføjelser		163
1.	Kapitlets emne	163
2.	Udviklingen af beføjelserne i den almindelige obligationsret	164
3.	Bygherrens misligholdelsesbeføjelser	166
3.1.	Ved forsinkelse og mangler	166
3.2.	Særligt om offergrænse	168
3.2.1.	AB92 § 33	168
3.2.2.	Særligt om offergrænseprincippet som grundlag for entreprenørens krav om betaling ud over den aftalte entreprisensum	170
4.	Udgør begrænsninger i bygherrens misligholdelsesbeføjelser et egnet redskab til afhjælpning af det repriseretlige hjemmelsproblem? ..	172

Kapitel 8. Adfærdsnormer. Loyalitet og samarbejde	175
1. Kapitlets emne	175
2. Det almindelige loyalitetskrav i kontraktretten	177
2.1. Historik. Loyalitetskravet som et fremmedelement i den klassiske kontraktret	177
2.2. Loyalitetskravet i det 20. århundredes kontraktret	178
3. Legitimerende hensyn	182
3.1. Hensyn og præceptivitet	182
3.2. Forudsigelighed og sikkerhed i omsætningen	183
3.3. Standarden for hæderlighed	183
3.4. Varetagelsen af sociale og fordelingsøkonomiske hensyn	184
3.5. Hensynet til transaktionens gennemførelse. Værdispildsbetragtninger	186
3.6. Ligevægt	187
3.7. Loyalitetskravet som modifikation af det kontraktuelle udgangspunkt	187
4. Loyalitetskrav og beslægtede adfærdsnormer i entrepriseretten	188
4.1. Entrepriseretlige adfærdsnormer	188
4.2. Bygherrens prækontraktuelle forpligtelse til at præstere et utvetydigt og klart udbudsgrundlag	189
4.2.1. Udbudsstandarden	189
4.2.2. Bygherrens prækontraktuelle pligter og den »loyale oplysningspligt«. Udbudsgrundlaget som en selvstændig ydelse	195
4.2.3. Er bygherrens prækontraktuelle pligter hjemlet i aftalen?	198
4.3. Entreprenørens agtpågivenheds- og kommunikationspligt	201
4.4. Pligten til at samarbejde	205
4.4.1. Hjemmel	205
4.4.2. Konkrete eksempler på samarbejdspligt	207
4.4.3. Usikkerhed om samarbejdspligtens retlige natur	208
4.5. Retsfølger af manglende overholdelse af adfærdsnormerne ..	209
5. Udgør adfærdsstandarderne et egnet hjemmelsgrundlag for afgørelsen af entrepriseretlige typetvister?	210
5.1. Adfærdsstandardernes fleksibilitet	210
5.2. Adfærdsstandardernes præceptive kerne	212
5.3. Manglende præcision	214
Kapitel 9. Deliktretlige elementer i entrepriseretten	215
1. Kapitlets emne	215

Indholdsfortegnelse

2. De entrepriseretlige adfærdsnormer bærer visse deliktretlige kendetegn	217
3. Adfærdsnormernes indlemmelse i kontraktretten	218
4. Afsmittende effekt	220
5. Udgør deliktretten et egnet hjemmelsgrundlag for afgørelsen af entrepriseretlige typetvister?	225
Kapitel 10. Selskabsretlige elementer i entrepriseretten	229
1. Kapitlets emne	229
2. Hvorfor er selskabsretten relevant for undersøgelsen af det entrepriseretlige hjemmelsproblem?	230
2.1. Entrepriseaftalen er ikke et selskab	230
2.2. Hvorfor er selskabsretten desuagtet relevant?	234
3. Hvilke dele af selskabsretten er relevant? Faktisk Kooperation	235
4. Det selskabsretlige samvirkes kendetegn	238
5. Visse retsvirkninger af det selskabsretlige samvirke	241
5.1. Pligt til at virke for selskabet	242
5.2. Selskabsretlige loyalitetskrav	243
5.3. Lighedsgrundsætning	245
5.4. Konsensuskrav	247
5.5. Pligt til at tåle visse ændringer og beslutninger?	249
5.6. Svækkede gensidighedsvirkninger	252
6. Etablerer entrepriseaftalen et samvirke med deraf følgende selskabsretlige retsvirkninger?	255
6.1. Tilstedeværelsen af et faktisk samvirke	256
6.2. Retlig forpligtelse til at bidrage til – og indgå i – et samarbejde	257
6.3. Vidtstrakte loyalitetskrav	258
6.4. Lighed	259
6.5. Konsensuskrav eller pligt til at tåle ændringer?	261
6.6. Svækkelse af gensidighedsvirkninger	261
7. Aftalepraksis i grænseområdet mellem selskabsdannelse og traditionel entrepriseaftale	262
7.1. Emne	262
7.2. Partneringaftaler og tidligt udbud	263
7.2.1. Om partnering	263
7.2.2. Om tidligt udbud	265
7.2.3. Partnering og tidligt udbud som et selskabsretligt element i entrepriseretten	265
7.3. Projektselskaber	267

8. Udgør selskabsretten et egnet hjemmelsgrundlag for afgørelsen af entrepriseretlige typetvister?	269
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Del III: Praktisk Del

Kapitel 11. Tvister vedrørende formkrav i ændringsklausuler	275
1. Kapitlets emne	275
2. Retskulturelle yderpunkter	278
3. Standardvilkår	280
3.1. Pragmatisme	280
3.2. Formalisme	282
3.3. Mellemløst	285
4. Individuelle klausuler	287
4.1. Afsnittets formål	287
4.2. Tilsidesættelse af skriftlighedskrav under henvisning til efterfølgende fravigelse	288
4.2.1. Fravigelse	288
4.2.2. Særligt om restitutionsbetragtninger	291
4.3. Normativ fortolkning	292
4.3.1. Indhold	292
4.3.2. Udlagt som bevisregler	292
4.3.3. Anden indskrænkende fortolkning eller bortfortolkning	294
4.3.4. Hvorledes legitimeres den stedfundne fortolkning?	295
4.4. Tillagt retsvirkning efter sit indhold	299
5. Standarden for god aftaleskik i relation til formkrav i ændringsklausuler	302
5.1. Indhold og begrundelse	302
5.2. Retskildestatus	304
5.3. Er retsstillingen vedrørende skriftlighedskrav i ændringsklausuler velbegrunderet?	305
Kapitel 12. Tvister om dagbodskrav	309
1. Kapitlets emne	309
2. Entreprenørens forsinkelse og bygherrens beføjelser	312
3. Konventionalbod i den almindelige kontrakt	315
3.1. Almindelig skepsis	315
3.2. Forholdet imellem bodens størrelse og det reelle tab eller den reelle genevirkning	318

Indholdsfortegnelse

3.3.	Misligholdelsens grovhed. Skyldbetragtninger	319
3.4.	Hensynet til den svage aftalepart	321
3.5.	Korrektion støttet af vedtagelses- og fortolkningsbetragtninger	321
3.6.	Det overordnede skøn. Ligevægt	322
3.7.	Aftaler om konventionalbod korrigeres	323
4.	Dagbodskrav i entrepriseforhold. Aftalelovens § 36 finder ikke anvendelse	324
5.	Standarden for god aftaleskik. Fortolkning og vedtagelsesbetragtninger	327
5.1.	Bygherrens dagbodskrav nedsættes	327
5.2.	Bygherrens reelle tab eller gene	328
5.3.	Kvalificeret hjemmel for fortolkningsresultatet. Vedtagelsesbetragtninger	333
5.4.	Normalitet	337
5.5.	Aftaleteksten og aftaleparternes subjektive forhold på aftaletidspunktet	339
5.6.	Opsummerende om standarden for god aftaleskik	340
6.	Standarden for god adfærd. Pligten til at samarbejde – et selskabsretligt element i entrepriseforførelsen	342
6.1.	Samarbejdet om tidsplanen som et selskabsretligt element i entrepriseforførelsen	342
6.2.	Kravene til bygherrens reklamation	343
6.3.	Kravene til bygherrens bevis	350
6.4.	Udtrykkelig henvisning til samarbejdspligten. Tilpasningspligt	353
6.5.	Svækkelse af entrepriseforførelsens gensidigheds- og udvekslingselement	356
6.6.	Formodning om lighed	356
7.	Nærmere om adfærdsnormernes retlige natur	357
7.1.	Aftalekorrektion?	357
7.2.	Standardernes præceptive kerne og den relative svækkelse af aftalen som retskilde	359
7.3.	Skønsudøvelse	359
7.4.	Hensyn	360
7.4.1.	Hensynet til samarbejdet	360
7.4.2.	Rimelighed	361
7.4.3.	Parternes status. Hensynet til den aftalepart, der opleves som svag	362