



Specialeafhandling:

Kontraktsretlige udfordringer ved brugen af klausuler om bæredygtighed i entreprisekontrakter

Navn: Josefine Kirst Müntzberg

Navn: Emilie Lindum Trolle-Christensen

Fagområde: Entrepriseret

Afleveringsdato: 30. maj 2021

Abstract

The purpose of this thesis is to analyse the legal position of sustainability clauses in construction contracts. In order to achieve its objective, the thesis will construct an in-depth analysis of the current contractual requirements based on case law within fundamental contract law and law of obligations. The case law will be used as an analogy in order to analyse the legal position of sustainability clauses in construction law. The basis of the thesis are examples of contractual obligations collected as analytical data. These examples of contractual obligations will be processed throughout the thesis.

The thesis will take its starting point by analysing the legal conditions for entering into an agreement and in addition the requirements that must be met in order to view an agreement as conclusive and binding. Subsequently, the thesis will analyse the possible contractual implications of not achieving these conditions, and with regards to this, the thesis will examine a developer's remedies for a breach of contract by the constructor.

The thesis wishes to discuss how the contractual problems that are caused by sustainability clauses can be met. In doing so, the thesis discusses the possible solutions from a contractual point of view as well as from political and regulatory points of view.

As such, the research basis for this thesis is as follows:

The aim of the thesis is to analyse in what way sustainability clauses challenge the requirements of contract law and law of obligations, and additionally, in what way sustainability clauses might impact the issue of enforcement of the contract. The thesis discusses how these challenges may be accommodated.

The thesis concludes that sustainability clauses in construction contracts have the potential to create contractual problems with regards to the various stages of a privity of contract. The contractual problems are caused by the vagueness of the wording and in the inexact phrasing of the contractual obligation within the sustainability clauses. As such, these problems may arise, firstly, when determining whether an agreement is binding or not. Secondly, when trying to determine whether or not the obligations of the sustainability clauses have been met. Thirdly, when the developer needs to impose remedies for a breach of contract on the constructor. Consequently, the contractual problems may influence the matter of enforcement of the contract.

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1: INTRODUKTION	4
1.1 INDLEDNING	4
1.2 PROBLEMFOMULERING	5
1.3 AFGRÆNSNING	5
1.4 METODE OG RETSKILDER	8
1.4.1 Metode	8
1.4.2 Retskilder	9
1.4.2.1 Bæredygtighedsklausuler	9
1.4.2.2 Lovgivning	11
1.4.2.4 Retspraksis	12
1.4.2.5 Retsgrundsætninger	14
1.4.2.6 Juridisk litteratur	15
KAPITEL 2: HOVEDPROBLEMATIKKEN – BRYDNINGEN MELLEM DEN POLITISKE AGENDA OG KONTRAKTSRETEN	15
KAPITEL 3: AFTALEVEDTAGELSE- OG FORTOLKNING	20
3.1 INDGÅELSE AF ENTREPRISEAFTALER	20
3.2 AFTALEVEDTAGELSE	21
3.2.1 <i>Det traditionelle udgangspunkt</i>	21
3.2.2 <i>Er standardvilkår en del af aftalen?</i>	22
3.2.2.1 De almindelige krav til vedtagelsen af standardvilkår	22
3.2.2.2 Praksis i branchen og parternes indbyrdes status i standardvilkår om bæredygtighed	27
3.2.2.3 Gjort til en del af aftalen i standardvilkår om bæredygtighed	28
3.2.2.4 Vidtgående indhold i standardvilkår om bæredygtighed	30
3.2.2.5 Sammenfatning	32
3.3 BESTEMTHED	32
3.3.1 <i>Hvornår foreligger der et bindende løfte?</i>	32
3.3.2 <i>Sammenfatning</i>	45
3.4 AFTALEFORTOLKNING	46
3.4.1 <i>Aftaleretlige redskaber til fortolkning</i>	46
3.4.1.1 Subjektiv fortolkning	46
3.4.1.2 Uklarhedsreglen	49
3.4.1.3 Minimumsreglen	52
3.4.1.4 Loyalitetsforpligtelsen mellem bygherre og entreprenør	55
KAPITEL 4: MISLIGHOLDELSSEBEFØJELSER OG HÅNDHÆVELSE	56

4.1 MISLIGHOLDELSE I ENTREPRISEAFTALER	56
4.2 BYGHERRENS MISLIGHOLDELSESBEFØJELSER	59
4.2.1 Afhjælpning	59
4.2.3 Ophævelse	62
4.2.4 Bod	65
4.3 HÅNDHÆVELSE	71
4.3.1 Fuldblyrdelse af bæredygtighedsklausuler	71
KAPITEL 5: HVORDAN KAN DE KONTRAKTUELLE UDFORDRINGER, SOM BÆREDYGTIGHEDSKLAUSULER KAN MEDFØRE, IMØDEKOMMES?	74
5.1 MÅLBARHED	74
5.2 VIGTIGHEDEN AF DEN PRÆKONTRAKTUELLE FASE	76
5.3 NYE SAMARBEJDSFORMER I ENTREPRISEFORHOLD	78
5.4 POLITISKE OG REGULATORISKE HJÆLPEMIDLER TIL AT KONKRETISERE BÆREDYGTIGHED	80
5.5 ÆNDRING AF KONTRAKTSRETTEEN	83
KAPITEL 6: KONKLUSION	84
LITTERATURLISTE	87
BILAG 1: OVERSIGT OVER BÆREDYGTIGHEDSKLAUSULER	90

Kapitel 1: Introduktion

1.1 Indledning

I takt med, at vores klima og miljø er blevet mere belastet og udfordret, er der kommet større fokus på bæredygtighed og klimabevarende løsninger i alle dele af samfundet. Byggebranchen spiller især en stor rolle i forbindelse med CO²-udledningen. Der igangsættes konstant nye byggerier over hele verden for at følge med det stigende befolkningstal og en global urbanisering. En rapport udarbejdet i samarbejde med FN's Miljøorganisation fra 2017 viser, at 39 % af energirelateret CO²-udledning på verdensplan kommer direkte eller indirekte fra byggeindustrien¹.

Verdens lande har bæredygtighed og vedvarende klimaløsninger i højsædet, og Danmark er ingen undtagelse. I 2020 blev der i Danmark blevet vedtaget en ny klimalov, som skal sikre, at Danmark er med til at gå forrest i kampen om bevaringen af klimaet². Byggebranchen er et område med stor klimabelastning, og der har i en del år været fokus fra det offentliges side på at "bygge grønt". Der er dog fortsat plads til forbedringer og en mere klimavenlig indsats på bygge- og anlægsområdet.

Problemet med byggeriets store påvirkning på CO²-udledningen kan blandt andet imødekommes ved at opstille krav om, at byggeprojekter skal være mere bæredygtige. Sådanne krav stilles blandt andet i kommuners og statens indkøbspolitik og i udbudsmaterialer af bygge- og anlægsopgaver. Mange af de kontraktuelle krav, som udspringer af indkøbspolitikkerne, har til fælles, at de er vage og upræcise. Dette står i kontrast til, at aftalerettens krav til en bindende aftale blandt andet er, at aftalen skal være bestemt og have et vist niveau af konkretisering. Selvom klausulen opfylder aftalerettens minimumskrav til bestemthed, kan den stadig være mere eller mindre uklar og upræcis. Dette kan skabe udfordringer i en eventuel misligholdelsessituation, da det er en forudsætning for at kunne konstatere, om der foreligger forsinkelse eller mangler ved arbejdet, at forpligtelsen er klart defineret i kontrakten. Hvis forpligtelsen ikke er konkretiseret, kan der opstå problemer med at komme igennem med et krav om misligholdelsesbeføjelser og i sidste ende at gennemtvinge kravet ved fogedretten.

¹ The Global Status Rapport 2017 – Towards a zero-emission, efficient, and resilient buildings and construction sector, s. 8.

² Lov om Klima, lov nr. 965 af 26. juni 2020.

Bæredygtighedskravenes udfordringer i forhold til kontraktsretten udgør dermed et juridisk fortolkningsproblem. Vigtigheden af at undersøge og klarlægge fortolkningsproblemet understøttes af, at bæredygtighed vil være et centralt politisk fokus for vores fremadrettede arbejde med at bevare klimaet. At der er fokus på klimaet, indebærer også, at bæredygtighed potentielt kan komme til at fungere som et konkurrenceparameter i fremtidige udbud af bygge- og anlægsopgaver. For at det kan blive en realitet, er det dog nødvendigt, at bæredygtighedsklausulerne kan indgå i kontrakten i en kommerciel kontekst. Derfor er der behov for, at bæredygtighedsklausulerne formuleres præcist og med tydelige målbare elementer i kontrakten. Hvis klausulerne formuleres konkret og med målbare elementer, vil det også have betydning for bygherrens mulighed for at håndhæve klausulerne. På baggrund af dette vil specialet undersøge forskellige bæredygtighedsklausuler i entreprisekontrakter i en aftaleretlig og obligationsretlig sammenhæng.

1.2 Problemformulering

Specialets formål er at undersøge, hvordan bæredygtighedsklausulerne kan udfordre kravene i kontrakts- og obligationsretten og i denne forbindelse, hvordan bæredygtighedsklausulerne kan udgøre en problematik i forhold til fuldbyrdelsesretten. Specialet undersøger derudover, hvordan disse udfordringer kan imødekommes.

1.3 Afgrænsning

I begrebet "bæredygtighed" indgår elementer om miljø- og klimamæssig kvalitet, social kvalitet samt økonomisk kvalitet³. I specialet fokuseres alene på elementet om miljø- og klimamæssig kvalitet i entreprisekontrakter. Omdrejningspunktet for specialet er den samfundsmæssige udvikling i miljø- og klimabevarende tiltag, og af denne årsag findes det naturligt at afgrænse bæredygtighedsbegrebet til alene at omfatte miljø og klima.

Begrebet "bæredygtighedsklausuler" optræder jævnligt i specialet. Med "bæredygtighedsklausuler" menes kontraktuelle bestemmelser i entreprisekontrakter, hvis formål er at tage hensyn til miljø og/eller klima i forbindelse med enten projektering og/eller udførelse af entreprisen.

³ Vejledning om den frivillige bæredygtighedsklasse, 2020, udarbejdet af Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, s. 8.

Bæredygtighedsklausulerne er primært fundet i udbud af bygge- og anlægsopgaver. Størstedelen af klausulerne er fundet i udkast til entreprisekontrakter og kontraktsbilag, som er vedlagt udbuddet. I medfør af udbudslovens § 178 er det ikke foreneligt med udbudsretten at ændre i kontraktens grundlæggende elementer, uden at gennemføre en ny udbudsprocedure. Det kan derfor lægges til grund, at udkastene til entreprisekontrakter, og de dertil hørende kontraktsbilag, bliver indgået mellem ordregiveren og leverandøren i den form, som de var vedlagt i udbuddet. Det kan forekomme, at der foretages ordlydsmæssige justeringer i forbindelse med de efterfølgende individuelle forhandlinger, efter at det vindende tilbud er fundet dog uden, at der ændres i grundlæggende elementer i kontrakten. Grundideen i aftaleretten om, at en aftale indgås ved brug af tilbud-accept-modellen⁴, finder også anvendelse når der indgås kontrakter på baggrund af offentlige udbud. Specialet behandler dog ikke kravene til en aftales bindende virkning ud fra tilbud-accept-modellen. I stedet fokuseres der alene på bestemt-hedskravet til et bindende løfte. Specialet behandler desuden ikke øvrige udbudsretlige problemstillinger, herunder problemstillinger som kan opstå i relation til de anvendte udbudsprocedurer. Grundlaget for dette er, at specialets formål er at undersøge bæredygtighedsklausuler som kontraktretlige forpligtelser. Det vurderes derfor at falde uden for specialets formål at behandle udbudsprocessen samt aftaleindgåelse på baggrund af tilbud-accept-modellen.

De bæredygtighedsklausuler, som behandles i specialet, vil primært være klausuler, som findes i entreprisekontrakter, der indgås mellem en offentlig bygherre og en privat leverandør. Der vil i mindre grad indgå eksempler på bæredygtighedsklausuler fra kontrakter mellem private aktører alene. Dette kan til dels begrundes med, at bæredygtighed oprindeligt kan anses som at være en politisk målsætning, og at det af denne årsag er de offentlige udbydere, der sætter baren for målsætningerne. En anden årsag til, at der i højere grad bliver inddraget eksempler på bæredygtighedsklausuler fra offentlige kontrakter, er, at disse kontrakter skal være almindeligt tilgængelige, jf. Udbudslovens § 132, hvorfor det er lettere at få adgang til disse klausuler. I modsætning hertil er der begrænset adgang til eksempler på klausuler i kontrakter mellem private aktører, hvorfor disse eksempler udgør en mindre del af specialets analysegrundlag.

⁴ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 32.

Grundlaget for analysen er dermed bæredygtighedsklausuler i kontrakter mellem offentlige og private aktører, dog alene mellem erhvervsdrivende inden for bygge- og anlægssektoren. Derfor inddrages forbrugerforholdsftaler og -betragtninger ikke i specialet.

I specialets kapitel 3 bliver kravene til, om en aftale kan anses som bindende, undersøgt og analyseret. Hvorvidt en aftale kan anses som bindende efter ugyldighedsreglerne i aftaleloven behandles ikke. Det vurderes, at de aftaleretlige regler om ugyldighed ikke er relevante for specialet, da analysens hovedfokus i kapitel 3 er kravet om "bestemthed" i en bæredygtighedsklausul. Aftalerettens regler om ugyldighed er heller ikke behandlet i specialets kapitel 4, da fokus i dette kapitel er de obligationsretlige regler om misligholdelse af en kontrakt og mulighederne for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende.

Der er i specialet inddraget eksempler på bæredygtighedsklausuler, som handler om brugen af materialer i den pågældende entreprise. I AB (Almindelige Betingelser) 18 § 47, stk. 3 opstilles reglerne om materialers formålsuegnethed. Dette emne inden for entrepriseretten kan have relevans i forhold til bæredygtige materialer og deres egnethed, men reglerne om entreprenørens ansvar for materialers formålsuegnethed behandles ikke i specialet. Dette skyldes, at denne problemstilling vurderes at adskille sig fra problemstillingen om bæredygtighedsklausulers kontraktsretlige udfordringer, som er specialets hovedfokus i en sådan grad, at materialers formålsuegnethed ikke findes relevant for specialet.

Håndhævelse af bæredygtighedsklausulerne bliver berørt i kapitel 4 i specialet. Håndhævelse er alene behandlet i det omfang, det findes relevant for specialet. Håndhævelse er relevant i relation til reglerne om gennemtvungelse af kontraktens opfyldelse in natura, som kan udgøre en udfordring i forhold til bæredygtighedsklausulerne. De øvrige civilretlige regler om håndhævelse vil derfor ikke blive behandlet.

1.4 Metode og retskilder

1.4.1 Metode

Den retsdogmatiske metodes formål er at beskrive gældende ret⁵. Specialet bygger på den retsdogmatiske metode i det omfang, at specialet undersøger gældende ret inden for aftaleretten, obligationsretten og - til en vis grad - fuldbyrdelsesretten. Ved analyser af retspraksis inden for disse retsområder bliver den retsdogmatiske metode brugt til at finde udfordringer ved bæredygtighedsklausuler i kontrakteretten. Der er på nuværende tidspunkt ikke tilstrækkelig retspraksis angående bæredygtighedsklausuler i entreprisaftaler⁶, og dette medfører, at anvendelsen af den retsdogmatiske metode er behæftet med væsentlig usikkerhed. Retskilderne, der foreligger, er dermed begrænsede til brug for undersøgelsen i specialet. Specialet bruger aftalemæssige klausuler og retspraksis inden for aftale- og obligationsretten til at opstille en formodning om, hvilke udfordringer bæredygtighedsklausuler i entrepriskontrakter kan medføre i et kontraktforhold. Den retsdogmatiske metode bliver på denne måde brugt i specialets kapitel 3 og kapitel 4.

Hensigten med specialet er at undersøge udfordringerne ved bæredygtighedsklausuler i en kontraktretlig sammenhæng. Specialet anvender retspraksis og teori inden for aftale- og obligationsretten til at analysere materialet, der ligger til grund for specialet. Specialets analyse tager udgangspunkt i indsamlet materiale, som behandles i forhold til et teoretisk udgangspunkt. Dermed beror specialet i overvejende grad på en empirisk undersøgelse. Denne metode benyttes i specialets kapitel 3, hvor bæredygtighedsklausulerne analyseres i forhold til de aftaleretlige krav til henholdsvis vedtagelse, aftalens bindende virkning og fortolkning af en aftale. Derudover anvendes metoden i kapitel 4, hvor bæredygtighedsklausulerne bliver analyseret i forhold til de obligationsretlige regler om misligholdelse af en kontrakt og fuldbyrdelsesrettens krav til gennemtvungelse.

⁵ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 40.

⁶ Mitkidis, Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulations, Enforceability and Effects of Ethical Requirements, s. 3.

Den retspolitiske metode bygger på overvejelser om, hvordan en regel eller et regelsæt kan ændres for at opnå en ønsket retstilstand⁷. I specialets kapitel 5 anvendes den retspolitiske metode i et begrænset omfang, idet kapitel 5 blandt andet bygger på overvejelser omkring, hvorvidt kontraktsretten bør ændre sig for at imødekomme de kontraktuelle udfordringer, som bæredygtighedsklausulerne medfører.

Det skal hertil bemærkes, at specialet ikke gør brug af den sociologiske metode, som blandt andet beskæftiger sig med bearbejdning eller gruppering af data, da det ligger uden for rammerne af specialet.

1.4.2 Retskilder

1.4.2.1 Bæredygtighedsklausuler

Specialets fokus er bæredygtighedsklausuler, og materialet, som danner grundlag for specialet, består af kontraktuelle klausuler om bæredygtighed i entrepriseaftaler. Der er indsamlet en række kontraktsklausuler, som formodes anvendt i praksis, og som bidrager til billedet af retsstillingen for sådanne klausuler. Klausulerne er fundet i offentlige udbud og indhentet fra private aktører i bygge- og anlægsbranchen. Størstedelen af de indsamlede klausuler er, som førnævnt, fundet i udkast til kontrakter vedlagt i udbudsmateriale fra offentlige bygherrer. Dette er relevant at holde sig for øje i forhold til vurderingen af klausulernes repræsentativitet, da konklusionerne i specialet beror på en analyse af overvejende offentlige kontraktuelle forpligtelser. Dette må siges at gøre undersøgelsen mindre repræsentativ, om end der også inddrages eksempler på bæredygtighedsklausuler i den private sektor. De inddragne klausuler tegner ikke et fuldt billede af aftalepraksis, men de tegner et billede af, hvordan aftaler bliver indgået, hovedsageligt mellem offentlige bygherrer og private aktører.

Der er igennem specialet i alt behandlet 25 eksempler på kontraktsbestemmelser, og selvom der ikke er tale om et fuldt udbygget empirisk studie, kan kontraktsklausulerne siges at være tilstrækkelige til at danne grundlag for konklusionerne i specialet. De 25 eksempler på kontraktsbestemmelser er op-

⁷ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 354.

listet i specialets Bilag 1. Det er tilstræbt at finde eksempler på bæredygtighedsklausuler fra forskellige kommuner i landet, hvilket øger diversiteten og repræsentativiteten af klausulerne. Der kan på baggrund af de inddragede klausuler udledes nogle generelle betragtninger. I lyset af, at der fortsat er mange udbud af bygge- og anlægsopgaver, hvor bæredygtighed ikke indgår som et element i de kontraktuelle forpligtelser, kan det lægges til grund, at 25 eksempler er tilstrækkeligt mange eksempler til, at der kan ses et gennemgående mønster i den måde, hvorpå bæredygtighedsklausulerne indarbejdes i entreprisekontrakter.

Da specialet inddrager aftaleklausuler som grundlag for analysen og udledningen af gældende ret, er det relevant at kigge på retskildeværdien af aftaler. En aftale kan beskrives således, at den udgør en retlig regel, der er opstået som følge af de afgivne løfter, som gør reglen bindende for kontrahenterne. Aftalen har dermed på det område, den omfatter, principielt for parterne samme funktion, som regler i en retsforordning⁸. Aftaler er specifikke i forhold til en bestemt defineret kreds, hvilket adskiller aftaler fra øvrige retskilder. Retskilder har i almindelighed en bred og ubestemt modtagerkreds⁹. Dermed kan det ikke på forhånd fastslås, hvilken betydning de vil have i den konkrete sags juridiske argumentation¹⁰. Aftalens specifikke karakter gør det nærliggende at lægge til grund, at enkeltstående aftaler ikke er retskilder i sædvanlig forstand, fordi de ikke fastsætter regler for en større eller ubestemt kreds, og dermed ikke indeholder regler af almindelig betydning for retstilstanden. Den enkeltstående aftale har ikke en generel virkning og har alene en retskildelignende betydning for aftalens parter¹¹. Der er i specialet brugt 25 eksempler på kontraktsklausuler, hvoraf der kan udledes nogle generelle forhold og konklusioner i forhold til de juridiske udfordringer, der kan opstå ved at inddrage klausulerne i entreprisekontrakter. Derfor kan klausulerne anses som en retskilde i nærværende opgave, der kan benyttes til at beskrive den gældende retsstilling for bæredygtighedsklausuler i entreprisekontrakter.

⁸ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 255.

⁹ Ibid.

¹⁰ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 256.

¹¹ Ibid.

1.4.2.2 Lovgivning

I Danmark findes der ingen lovgivning, som generelt regulerer forholdet mellem byggeriets parter. Derimod findes der en række offentligretlige love, som har særlig betydning for bygge- og anlægsvirksomhed, herunder Byggeloven¹². Byggeloven er den rammelov, som formulerer de overordnede formål med lovgivningen på byggeområdet. Bygningsreglementet specificerer byggelovens krav og indeholder detaljerede, materielle krav, som alle byggearbejder skal leve op til herunder krav til energi¹³. I forhold til specialets fokus på bæredygtighedsklausuler har Bygningsreglementet en vis betydning, da der heri opstilles energikrav til byggeriet. I forhold til specialets kapitel 5 om, hvordan nogle af de udfordringer, specialet belyser, kan imødekommes, inddrages krav til bæredygtighed i Bygningsreglementet, som et muligt offentligretligt virkemiddel hertil.

1.4.2.3 Standardvilkår

Dansk entrepriseret er overordnet ulovreguleret. Den centrale regulering er derfor af aftalemæssig karakter i form af et sæt standardvilkår kaldet Almindelige Betingelser. AB udgør et sæt vilkår for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, udarbejdet i samarbejde mellem byggeriets parter. De gældende standardvilkår er AB 18 og ABT 18, som gælder totalentreprise, og ABR 18, som angår rådgiverområdet.

AB-reglerne er såkaldte *agreed documents*, der skal aftales mellem parterne for at være gældende. Det er således frivilligt for parterne, om de vil vedtage reglerne for entreprisen, og derfor kan reglernes retskildemæssige betydning i princippet diskuteres. Dog er der ingen tvivl om, at der er tale om en retskilde med betydelig værdi¹⁴. Selvom AB kun finder anvendelse, hvis betingelserne er aftalt, vil AB-reglerne i mange henseender være udtryk for den almindelige entrepriseretlige baggrundsret og er altså udfyldende, selv hvor AB ikke direkte er vedtaget¹⁵.

Da entrepriseområdet hovedsageligt reguleres af AB-reglerne, er disse af betydning for specialet, som fokuserer på forholdet mellem bygherre og entreprenør. Specialet gør især brug af AB-reglerne i

¹² Iversen, Entrepriseretten, s. 53.

¹³ Iversen, Entrepriseretten, s. 53.

¹⁴ Iversen, Entrepriseretten, s. 51.

¹⁵ Iversen, Entrepriseretten, s. 39.

afsnittet om misligholdelsesbeføjelse, da det i forhold til, hvornår der foreligger misligholdelse, er væsentligt at kigge på AB-systemets mangelsbegreb og reglerne heri om bygherrens misligholdelsesbeføjelser.

I almindelighed udgør AB dog kun en begrænset del af entrepriseaftalen, som også ofte indeholder tekniske bilag og særlige betingelser for entreprisen mv. Specialets fokus, som er bæredygtighedsklausuler i entrepriseaftaler, kan oftest findes i enten andre former for standardvilkår eller de tekniske bilag, hvorfor AB-reglerne ikke er de eneste standardvilkår, der har betydning i forhold til specialet.

Da næsten alle entrepriseforhold er reguleret af AB-reglerne, og der ikke findes en “entrepriselov”, eksisterer der selvsagt ingen lovforarbejder, der kan tillægges vægt ved udledningen af gældende ret. I tilknytning til AB 18 findes dog AB-betænkningen¹⁶. Retskildeværdien af betænkningerne må antages at være omtrent på linje med sædvanlige sagkyndige betænkninger¹⁷. Bemærkningerne, som AB-betænkningen indeholder om hver enkelt bestemmelse, har ikke samme karakter som lovbetænkninger, men de indeholder ikke desto mindre vægtige fortolkningsbidrag¹⁸. Betænkningens bemærkninger om udfyldende entrepriseret må betragtes som et vægtigt bidrag til den entrepriseretlige teori¹⁹. Da AB-betænkningen kan bidrage med fortolkning af AB-reglerne inddrages den i specialet i tilknytning hertil.

1.4.2.4 Retspraksis

Specialet inddrager afgørelsespraksis i undersøgelserne af problemstillingen, da retspraksis spiller en afgørende rolle for forståelsen af gældende ret og har haft stor betydning for udviklingen af kontraktsretten i Danmark.

Specialet inddrager afgørelser fra de almindelige domstole ved fastlæggelsen af gældende ret inden for aftaleretten, obligationsretten samt fuldbyrdelsesretten. Afgørelsernes retskildeværdi afhænger

¹⁶ Betænkning 1570 afgivet af AB-udvalget i forbindelse med revisionen af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018.

¹⁷ Iversen, Entrepriseretten, s. 52.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Buch, Entrepriseretlige mangler, s. 21.

bl.a. af, hvilken domstol der træffer afgørelserne, idet deres vægt typisk øges, jo højere domstolen er placeret i domstolshierakiet²⁰. En højesteretsdom har således større retskildemæssig betydning end en byretsdom.

Retspraksis har inden for entrepriseretten i vid udstrækning karakter af voldgiftspraksis, idet vedtagelse af AB indebærer, at tvister mellem byggeriets parter skal afgøres af Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed (VBA), hvis afgørelser er endelige og bindende²¹. Langt størstedelen af tvister mellem parterne i entrepriserelationer afgøres således ved Voldgift, da AB anvendes som grundlag for langt hovedparten af de entreprisetraktater, der indgås. Voldgiftspraksis er dermed en afgørende retskilde på entrepriserettens område, hvorfor voldgiftsavgørelser naturligvis udgør en betydelig del af de afgørelser, der inddrages i specialet.

Voldgift er tvistløsning ved et privat organ i stedet for ved de statslige domstole²². Der er tale om en institutionaliseret, stående voldgiftsret. Parterne har ingen indflydelse på valget af voldgiftsdommere, og processen afvikles på stort set samme måde som en retssag ved de almindelige domstole²³. Rent formelt er de almindelige domstole ikke bundet af tidligere voldgiftspraksis²⁴. Voldgiftsretten ved VBA nedsættes imidlertid af en lands- eller højesteretsdommer som formand og to tekniske dommere, jf. Voldgiftstatuttens § 4, hvilket taler for, at praksis fra VBA kan tillægges betydelig vægt ved de almindelige domstole. Af denne grund og henset til den udbredte anvendelse af voldgift i byggebranchen, har Voldgiftsnævnets afgørelser betydelig retskildeværdi og bidrager til forståelsen af gældende dansk entrepriseret²⁵. Retskildeværdien af voldgiftspraksis kan siges at være på højde med en landsretsdom²⁶.

For at kunne forudsige løsningen af en entrepriseretlig tvist, er kendskab til praksis vigtig²⁷. Voldgiftspraksis fra VBA er offentliggjort i "Kendelser om fast ejendom" (KfE) og "Tidsskrift for Bolig-

²⁰ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 186.

²¹ Iversen, Entrepriseretten, s. 60.

²² Iversen, Entrepriseretten, s. 60.

²³ Iversen, Entrepriseretten, s. 60.

²⁴ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 20.

²⁵ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 24

²⁶ Iversen, Entrepriseretten, s. 60

²⁷ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 20

og Byggeret” (TBB). Langt de fleste kendelser er offentliggjort i tidsskrifterne, hvilket medvirker til, at det kan vurderes, om en kendelse er en del af fast praksis, eller om der er tale om et tilfælde, der er enkeltstående²⁸.

Det er dog vigtigt at have for øje, at en stor del af voldgiftsrettens kendelser er konkret begrundede, og alene har retskraft mellem parterne. Dette begrænser kendelsernes præjudikatværdi²⁹. Derudover udfærdiges en række kendelser uden en fuldstændig sagsfremstilling, vidneforklaring eller gengivelse af proceduren. Dette er vigtigt at være opmærksom på, når gældende entrepriseret skal udledes på baggrund af praksis fra VBA.

Der er, som tidligere nævnt, ikke tilstrækkeligt praksis om bæredygtighedsklausuler i entrepriserelation på nuværende tidspunkt. Voldgiftspraksis inddrages dog i situationer, der til en vis grad kan sammenlignes med specialets problemstilling og bruges dermed til at udlede, hvad retsstillingen er for bæredygtighedsklausuler.

1.4.2.5 Retsgrundsætninger

Retsgrundsætninger er grundsætninger inden for retsområder, der er udviklet i retspraksis over tid³⁰. Retsgrundsætninger kan have generel retskildemæssig betydning ved i almindelighed at blive tillagt vægt inden for de pågældende retsområder i forbindelse med konfliktløsning ved domstolene³¹. I specialet benyttes obligationsretlige retsgrundsætninger i begrænset omfang, som baggrundsret for undersøgelsen af bæredygtighedsklausulernes udfordringer i kontraktsretten. Eksempelvis inddrages retsgrundsætningerne om parternes loyalitetsforpligtelse i specialets kapitel 3, og princippet om fordelingen af risikoen mellem parterne anvendes i kapitel 5.

²⁸ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 20.

²⁹ Iversen, Entrepriseretten, s. 61

³⁰ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 43.

³¹ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 262.

1.4.2.6 Juridisk litteratur

Rent formelt udgør juridisk litteratur ikke en retskilde. Det kan dog konstateres, at litteraturen er retskildelignende, og det er i dag accepteret, at den tages i betragtning som et bidrag til at fastlægge gældende ret³². Den entrepriseretlige litteratur har udøvet betydelig indflydelse på entrepriserettens udvikling³³. Særligt på områder, hvor øvrige retskilder som rets- og voldgiftspraksis ikke giver et entydigt svar på, hvad retsstillingen er, kan den juridiske litteratur anvendes til at bidrage samt præge rets- og voldgiftspraksis. Specialets hovedtema, som er klausuler i entrepriseaftaler om bæredygtighed, er i mindre grad behandlet i den juridiske litteratur, særligt i de danske fremstillinger. Da specialet undersøger juridiske retsområder som aftaleret, obligationsret, fuldbyrdelsesret og entrepriseret, hvilket der foreligger meget litteratur omkring, vil juridiske forfatteres bidrag inddrages til forståelsen af specialets problemstilling.

Kapitel 2: Hovedproblematikken – brydningen mellem den politiske agenda og kontraktsretten

Aftalen er grundlaget for handel i samfundet og et af de vigtigste redskaber til at støtte markedstransaktionen³⁴. Aftalen er det dynamiske element i det økonomiske liv; det er ved brug af aftaler, at rettigheder føres fra den ene til den anden³⁵. Kontraktsretten opstiller forskellige retsregler, som angår indgåelse, gyldighed og forståelse af kontrakter³⁶. Hovedproblematikken, som opstår ved at inddrage bæredygtighedsklausuler i entreprisekontrakter, bunder i, at de politiske intentioner og ambitioner om at fremme bæredygtighed udfordrer kontraktsretten og de heri grundlæggende krav. Brydningen mellem de politiske målsætninger og kontraktsretten opstår ved implementeringen af målsætningerne i entreprisekontrakterne. Politiske målsætninger bærer typisk præg af at være meget generelle og overordnede formuleret, og når disse målsætninger skal omsættes til kontraktuelle forpligtelser, opstår udfordringen med at gøre målsætningerne til forpligtelser, der fremstår bestemte og konkrete, som er

³² Riis, Trzaskowski, m.fl., Skriftlig jura, s. 40.

³³ Iversen, Entrepriseretten, s. 61.

³⁴ Jørgensen, Kontraktsret, s. 11

³⁵ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 11

³⁶ Gomard m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 19

nogle grundlæggende krav i kontraktsretten. Kontraktsretten skal understøtte transaktionerne i markedet, og det er i den forbindelse nødvendigt, at entreprisekontrakterne, hvori bæredygtighedskrav indgår, kan bruges i en kommerciel kontekst. Dette indebærer, at bæredygtighed vil kunne bruges som et konkurrenceparameter mellem byggeriets parter. Det ses generelt, at bæredygtighedsklausuler formuleres vagt og upræcist, hvilket gør det svært at bruge bæredygtighed som et konkurrenceparameter, især hvis klausulen ikke opstiller målbare kriterier for forpligtelsens opfyldelse. Formuleringerne kan have karakter af at ville tilkendegive en politisk ambition men uden nærmere at specificere omfanget af forpligtelsen, som eksempelvis: ”Holbæk Kommune ønsker at medvirke til forebyggelse og tilpasning til klimaforandringerne”³⁷ og ”Leverandøren forpligter sig til at værne om natur og miljø, således at samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag(...)”³⁸.

I forbindelse med tilvejebringelsen af analysegrundlaget for specialet, kan det generelt udledes, at størstedelen af bygge- og anlægsopgaver, der sendes i udbud, hverken har bæredygtighed som tildelingskriterium eller inddrager bæredygtighed i de kontraktuelle forpligtelser³⁹. Sammenholdes dette med det ovenfor anførte om, at det i praksis ses, at mange bæredygtighedsklausuler udfordrer kontraktsretten ved at være mere eller mindre ubestemte, er der meget, der taler for, at markedet for bygge- og anlægsopgaver endnu ikke er modent til at bruge bæredygtighed som konkurrenceparameter.

Ifølge data fra en rapport, udarbejdet af Byggefakta A/S⁴⁰, er der i perioden 2019-2021 enten igangsat eller planlagt byggerier med bæredygtighedstiltag for 82,8 milliarder kroner fra private bygherrer. Til sammenligning er der bæredygtighedstiltag for 27,4 milliarder kroner i det offentlige byggeri i samme periode. Det fremgår dog af Bæredygtighedsrapporten, at de private byggeprojekter har udgjort 71 % af rapportens analysegrundlag, hvorfor det er naturligt, at beløbet for bæredygtighedstiltag i det private byggeri er større end beløbet for det offentliges tiltag. Det fremgår imidlertid også af rapporten,

³⁷ Fra et udbud fra Holbæk Kommune om opførelse af en skole, jf. Udbudsbekendtgørelses nr. 2020/S 185-446877.

³⁸ Fra Københavns Kommunes standardbilag om leverandørens samfundsansvar, som blandt andet indgår i Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 028-068130, Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 026-064488 og Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 050-122253.

³⁹ Det fremgår af www.udbud.dk, at der i perioden 30.01.2021 til 30.04.2021 er udbudt 258 bygge- og anlægsopgaver i Danmark. Undersøgelsen af analysegrundlaget til specialet tager udgangspunkt i 150 af disse 258 udbud, og af de 150 udbud indgår bæredygtighed i 27 % af tilfældene.

⁴⁰ Bæredygtighedsrapport 2021 – et overblik over udbredelsen af bæredygtighedstiltag i byggeriet, s. 41.

at det offentliges høje andel af bæredygtighedstiltag skyldes milliardbyggerierne på sundhedsområdet⁴¹, og hvis byggerierne på sundhedsområdet skilles fra, kan det anføres, at der i mindre grad i det samlede offentlige byggeri inddrages bæredygtighedstiltag. Dette er bemærkelsesværdigt i betragtning af, at bæredygtighed i mange tilfælde udspringer af en politisk ambition. På baggrund af disse data fremstår offentlige bygherrer ikke som "front-runners" i forhold til at bruge bæredygtighedstiltag i byggeriet. Det kunne dog se ud til, at der kommer et større fokus fra det offentliges side i fremtiden, således at bæredygtighed i byggerier i højere grad end tidligere bliver et politisk reguleret tema. Eksempelvis blev der i marts 2021 fremsat et beslutningsforslag fra Folketinget om bæredygtigt byggeri og bæredygtige renoveringer i kommunerne og regionerne⁴². Beslutningsforslaget lægger op til, at der skal indføres et politisk krav om et maksimalt CO²-aftryk på et nærmere defineret antal kilogram CO² pr. kvadratmeter pr. år i kommunernes og regionernes byggerier. Beslutningsforslaget lægger endvidere op til, at i de kommuner og regioner, hvor byggeprojekterne lever op til kravet, vil omkostningerne i byggerierne blive undtaget fra anlægsloftet⁴³. I bemærkningerne til beslutningsforslaget fremgår det, at hvis offentligt byggeri og offentlige renoveringsprojekter bliver bæredygtige, vil dette drive den bæredygtige udvikling frem i alle dele af byggeriet samt være med til at løfte det samlede byggeri. Denne formulering kan tolkes som, at politikerne har et ønske om, at det offentlige byggeri i højere grad skal være drivkraft bag bæredygtige tiltag i den samlede byggebranche, hvorved den offentlige sektor i større omfang bliver en "front-runner" inden for bæredygtigt byggeri.

Den politiske agenda om bæredygtighed i byggerier kommer til udtryk i det offentliges indkøbspolitikker om bygge- og anlægsopgaver. Indkøbspolitikkerne skaber de overordnede rammer for det offentlige byggeri, og heri opstilles blandt andet målsætningerne for kommunernes, regionernes og statens indkøb. Indkøbspolitikkerne er et redskab, der kan gøres brug af til at inkorporere bæredygtighedstiltag i det offentlige byggeri. Der bliver eksempelvis taget stilling til bæredygtighed i indkøb af bygge- og anlægsopgaver i indkøbspolitikkerne fra henholdsvis Københavns, Frederiksberg og Århus Kommune og i Kommunernes Landsforenings Fælleskommunale Indkøbsstrategi.

⁴¹ Bæredygtighedsrapport 2021 – et overblik over udbredelsen af bæredygtighedstiltag i byggeriet, s. 41.

⁴² Beslutningsforslag nr. B220, fremsat den 9. marts 2021 i Folketingstidende Tillæg A.

⁴³ Anlægsloftet er det beløb, som danske kommuner samlet må bruge på at renovere og bygge nye bygninger.

Som eksempel herpå fremgår det af Frederiksberg Kommunes bæredygtighedsplan for miljøet 2018-2021, at:

“Det gør vi:

Vi certificerer bygninger og udbreder kendskabet til bæredygtigt byggeri

Frederiksberg Kommune har besluttet at anvende DGNB-certificering, som er en privat certificeringsordning for bæredygtigt byggeri og byområder, til at sikre bæredygtigheden i kommunalt byggeri på mere end 20 millioner kroner. Indtil videre sker det på tre kommunale byggeprojekter, hvoraf det første allerede står færdigt. Desuden bidrager kommunen til, at der på sigt udarbejdes kriterier for allerede eksisterende byggeri. Vi ønsker at gå foran og være ambassadører for denne ordning blandt offentlige bygherrer i Danmark.”

Et andet eksempel på, at bæredygtighed i byggeri er fokus i kommunernes politikker er fra Københavns Kommunes klimaplan roadmap 2021-2025, hvoraf fremgår:

“6. Implementering af roadmap 2021-2025

6.2. IMPLEMENTERING

Kommunen som virksomhed: Københavns Kommune kan som driftsvirksomhed gennem sine indkøb stille krav til drivhusgasudledning og omstilling til bæredygtige løsninger i opgaver vedrørende alt fra varelevering til byggeri. Derudover kan kommunen renovere egne bygninger, så de bruger mindre energi, og omstille egne køretøjer.”

En udfordring ved målsætningernes vage formulering kan være, at myndighederne ikke kan stilles til ansvar for ikke at have fulgt politikkerne. Hvis det ikke umiddelbart kan udledes af politikkerne, hvad der skal foretages og hvilke krav, der opstilles, er det svært at vurdere, om målsætningerne i politikkerne er efterlevet eller ej. Dette kan udgøre et problem, da der i så fald ingen tydelige holdepunkter er, som man kan binde myndighederne op på. Derfor ville myndighederne potentielt kunne undgå at efterleve målsætningerne i indkøbspolitikkerne helt uden egentlige konsekvenser.

En anden udfordring kan bestå i, at målsætningerne i indkøbspolitikkerne ikke gennemføres til fulde i de entreprisekontrakter, hvor det er intentionen, at indkøbspolitikkerne skal danne grundlag for indkøbet. I Århus Kommunes Indkøbs- og Udbudspolitik⁴⁴ fremgår det, at Århus Kommune vil tage

⁴⁴ Kan findes via: <https://www.aarhus.dk/media/21789/aarhus-kommunes-indkoebspolitik.pdf>

stilling til de konkrete krav til bygge- og anlægsopgaverne i forbindelse med hvert udbud, og at kommunen vil gøre en indsats for at bidrage til FN's verdensmål for bæredygtig udvikling. Århus Kommune bidrager til opfyldelse af verdensmålene ved at vedlægge et standardkontraktsbilag kaldet "Samfundsansvar (CSR - Kontraktbilag)"⁴⁵. Dette kan muligvis være problematisk, da det kan skabe usikkerhed omkring, hvorvidt målsætningerne i indkøbspolitikkerne bliver "ført til dørs" i entreprisekontrakterne. Der kan dermed stilles spørgsmål ved, om der bliver fremlagt dokumentation for, at kravene til bæredygtighed efterkommes og opfyldes i bygge- og anlægsprojekterne. Dette vides ikke, men hvis der ikke bliver fremlagt dokumentation for opfyldelsen af kravene, er det så meget sværere for kommunen at foretage en monitorering af, om kravene til bæredygtighed overholdes. Hvis kommunen ikke kan monitorere opfyldelsen af disse krav, rejser dette spørgsmålet om, hvorvidt principperne i indkøbspolitikken, som handler om at bidrage til verdensmålene, bliver gennemført i de konkrete bygge- og anlægsprojekter. Såfremt dette ikke er tilfældet, opstår der en uoverensstemmelse mellem formålene og målsætningerne i indkøbspolitikkerne og indholdet i de efterfølgende entreprisekontrakter. Da bygge- eller anlægsopgavens udførelse afhænger af indholdet i kontrakten, kan denne uoverensstemmelse indebære, at målsætningerne om bæredygtighed ikke bliver inkorporeret i den praktiske virkelighed.

Kontraktsretten skal, som tidligere omtalt, understøtte transaktionerne i markedet, og for at de politiske ambitioner skal kunne bruges i kommercielle henseender, er det nødvendigt, at ambitionerne om bæredygtighed formuleres på en sådan måde, at de kan omsættes til kontraktuelle forpligtelser, hvilket kan være vanskeligt. Bæredygtighedsklausulernes ofte uklare udformning udspringer af, at der er tale om en politisk målsætning, som stammer fra den politiske agenda om bæredygtighed. Hovedproblematikken er dermed, at der består et modsætningsforhold mellem kontraktsrettens retsregler på den ene side, der siger, at kontraktsklausuler skal opfylde nogle krav til præcision og konkretisering, og på den anden side uklare og generelt formulerede bæredygtighedsklausuler.

⁴⁵ Se punkt 5.2 i bilaget om dokumentation i Århus Kommunes standardbilag: "Samfundsansvar (CSR - Kontraktbilag)".

Kapitel 3: Aftalevedtagelse- og fortolkning

3.1 Indgåelse af entrepriseaftaler

En entrepriseaftale er en gensidigt bebyrdende aftale vedrørende arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, som typisk er indgået mellem en bygherre på den ene side og en entreprenør på den anden side⁴⁶. En entrepriseaftale indgås typisk ved indhentning af tilbud⁴⁷. For offentlige kontrakter gælder, at tilbudsindhentning skal ske efter udbudsloven eller tilbudsloven, afhængigt af den anslåede værdi på bygge- og anlægskontrakten. Når private parter skal indgå en entreprisekontrakt, er de ikke begrænset af udbuds- og tilbudslovens regler⁴⁸. Uden for området for udbudsloven og tilbudsloven gælder således ingen særlige regler om tilbudsindhentning. En privat udbyder kan dog vælge at underkaste sig selv visse regler for udbuddet⁴⁹.

Udbudsloven forpligter de af loven omfattede ordregivere til fortrinsvist at indgå kontrakter om bygge- og anlægsgaver - oftest efter forudgående udbud. Hensynet bag dette er, at alle entreprenører skal have lige mulighed for at deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter⁵⁰. Efter at bygherren har udbudt bygge- og anlægsgaven - enten efter udbuds- eller tilbudsloven - skal entreprenøren udarbejde et tilbud, som derefter skal evalueres og accepteres af bygherren. Entrepriseaftalen kommer således i stand på baggrund af accepten af det afgivne tilbud og eventuelle kontraktsforhandlinger.

En entrepriseaftale består ofte af en lang række dokumenter med blandet juridisk og teknisk indhold⁵¹. Der er ofte flere tekniske bilag og standardvilkår, som indgår i aftalen. I de tekniske bilag er der ofte stillet krav til blandt andet byggematerialer og byggemetode, og disse bilag kan derfor også indeholde krav til bæredygtighed i byggeprojektet. Eksemplerne på bæredygtighedsklausuler, som bliver behandlet nedenfor, er derfor også fundet i de tekniske bilag og standardvilkår, der er vedlagt i udbudsmaterialet foruden selve ”hovedaftalen”, som danner rammen for aftalen.

⁴⁶ Iversen, Entrepriseretten, s. 25.

⁴⁷ Iversen, Entrepriseretten, s. 80.

⁴⁸ Iversen, Entrepriseretten, s. 81.

⁴⁹ Iversen, Entrepriseretten, s. 83.

⁵⁰ Iversen, Entrepriseretten, s. 83.

⁵¹ Iversen, Entrepriseretten, s. 137.

3.2 Aftalevedtagelse

3.2.1 Det traditionelle udgangspunkt

Ved aftalen stifter, præciserer eller forandrer parterne i aftaleforholdet deres formueretlige retsforhold⁵². Den centrale komponent i et aftaleforhold er viljeserklæringen⁵³. En viljeserklæring kan defineres som en *‘ytring eller markering, der har rod i en beslutning, som afgiveren har haft vilje til at manifestere over for omverdenen, således at andre med rette må forstå, at afgiveren hermed vil skabe, udløse eller bevare rettigheder eller pligter’*⁵⁴. Løfter, tilbud, accepter og påbud er alle eksempler på viljeserklæringer.

En viljeserklæring skal både indeholde et subjektivt og et objektivt element. Det subjektive element indebærer, at der skal være en bagvedliggende vilje fra løftegiverens side. Løftegiver forpligtes såfremt og i den udstrækning, det har været hans mening at forpligte sig⁵⁵. Det objektive erklæringsindhold indebærer, at retsvirkningen skal komme til udtryk i erklæringen. Viljeserklæringen skal være tilstrækkeligt udformet til, at der kan udledes en retsvirkning heraf og egnet til at skabe tillid hos løftemodtageren⁵⁶. To overensstemmende viljeserklæringer om henholdsvis at *ville forpligte modparten* og om at *lade sig forpligte* udgør en aftale. Hvis parterne tiltræder aftalens vilkår, vil der som udgangspunkt være tale om en bindende aftale.

Den traditionelle kontraktrets ræsonnementer er i vid udstrækning baseret på forestillingen om aftalen, som den ideelt set endelige, udtømmende og præcise regulering af aftaleparternes relation⁵⁷. I dag er det imidlertid ikke ualmindeligt, at parter indgår aftaler, selvom der ikke er opnået enighed om alle vilkår i aftalen, hvilket især gælder for entrepriseaftaler. Denne moderne måde at indgå aftaler på har udfordret det subjektive og objektive element i en viljeserklæring, da resultatet, der skal præsteres i nutidens aftaler, ikke altid er muligt at beskrive præcist og utvetydigt på tidspunktet for kontraktindgåelse.

⁵² Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 13.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 75.

⁵⁵ Jørgensen, kontraktsret, s. 34.

⁵⁶ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 73.

⁵⁷ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 109

3.2.2 Er standardvilkår en del af aftalen?

3.2.2.1 De almindelige krav til vedtagelsen af standardvilkår

Som nævnt ovenover under punkt 3.1 fremtræder mange af de inddragede bæredygtighedsklausuler i standardiserede vilkår. En standardaftale er et sæt aftalevilkår, der er udarbejdet forud for en aftaleforhandling og nedfældet i et trykt dokument med henblik på at skulle aftaleregulere en flæthed af transaktioner af samme art⁵⁸. Standardvilkår vil som oftest være bestemmelser, der ikke er skrevet direkte ind i "hovedaftalen", og derfor kan der opstå tvivlsspørgsmål om, hvorvidt vilkårene kan anses som en del af aftalen.

Det første og mest grundlæggende kriterie, som skal opfyldes, for at man kan anse standardvilkår som vedtaget i en aftale, er, at vilkårene har været gjort til en del af aftalen⁵⁹. Dette kan gøres på forskellige måder. Eksempelvis kan vilkårene være vedlagt kontrakten, eller der kan være indsat en reference til vilkårene i kontrakten⁶⁰. I dag ses det ofte, at standardvilkår findes elektronisk, og at de skal tilgås på elektronisk vis. I takt med, at vores samfund er blevet digitalt, bliver de fleste udbuds-kontrakter udbudt via en elektronisk platform, og standardvilkår til kontrakter vedlægges også her. Dette gælder også for de nedenfor behandlede standardvilkår, som er vedlagt i udbud fra henholdsvis Københavns, Frederiksberg og Århus Kommuner. Spørgsmålet om, hvorvidt der på baggrund af et sæt standardbetingelser, var indgået aftale om værneting, var særskilt behandlet i U 2016.3808 SH. Der var i denne sag tale om standardbetingelser, som skulle accepteres på elektronisk vis. Sø- og Handelsretten fandt, at standardbetingelserne kunne anses som vedtaget, herunder under hensyn til, at det tydeligt var angivet i den skriftlige kontrakt, at "*TimoComs almindelige forretningsbetingelser var accepteret, og hvor der var angivet et link til disse forretningsbetingelser, som man endvidere accepterede løbende bl.a. ved nye brugeres login*". Sagen illustrerer, at det kan være tilstrækkeligt til at anse standardvilkårene som en del af aftalen, at der i kontrakten indsættes et link til de elektroniske standardbetingelser.

⁵⁸ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 344

⁵⁹ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 55

⁶⁰ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i Aftaleret, s. 55.

I kriteriet om, at standardvilkårene skal være gjort til en del af aftalen, indgår også et spørgsmål om "tilgængelighed"⁶¹. Dette indebærer, at parterne – og nok især medkontrahenten – skal have mulighed for at tilgå vilkårene. Det afgørende må formentlig være, at medkontrahenten *har haft muligheden* for at tilgå og sætte sig ind i vilkårene. At det skal være muligt at tilgå standardvilkårene, fremgår blandt andet af en dom afsagt af Østre Landsret af 30. januar 2019⁶². Sagen drejede sig om, hvorvidt et sæt "Vilkår og betingelser" var vedtaget mellem et flykompensationsselskab og en flypassager. Under sagen i Landsretten bestred flypassageren, at de omstridte "Vilkår og betingelser" var en del af aftalen, herunder navnlig som følge af, at standardvilkårene ikke var tilgængelige på kompensationsselskabets hjemmeside eller i øvrigt var tilgængelige på tidspunktet for aftaleindgåelse. Landsretten tog dette til følge og fandt dermed ikke, at standardvilkårene var vedtaget i aftalen mellem flykompensationsselskabet og aftaleparten.

I U 2009.967 H havde det ligeledes betydning for Landsrettens afgørelse, at standardvilkårene ikke var tilgængelige for andre end den kontraktspart, der havde udarbejdet dem, samt at de ikke på tilstrækkelig vis var søgt gjort en del af aftalen. I begrundelsen for afgørelsen udtalte Landsretten, at det ikke fandtes bevist, at "*DRB's standardvilkår blev udleveret eller sendt til Bolia sammen med samarbejdsaftalen, eller at standardvilkårene blev gennemgået eller forhandlet med repræsentanter for Bolia i forbindelse med drøftelsen af samarbejdsaftalen*". Landsretten fandt, at standardvilkårene ikke var tilgængelige for andre end DRB's medlemmer, og at det ikke kunne lægges til grund, at Bolia som nystartet virksomhed kendte eller burde kende standardvilkårene. Landsretten fandt derefter, at standardvilkårene ikke kunne anses for at være en del af aftalegrundlaget⁶³.

Foruden kriteriet om, at standardvilkår skal være gjort til en del af aftalen og skal være tilgængelige, har det betydning for de aftaleretlige krav til vedtagelsen af standardvilkår, om der er tale om en *branche*,

⁶¹ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 55.

⁶² Sagsnummer: BS-17987/2018-OLR.

⁶³ Da sagen verserede for Højesteret, fandt Højesteret imidlertid, at standardvilkårene godt kunne anses som en del af aftalegrundlaget under henvisning til, at der var tale om professionelle parter, og fordi det var angivet, at betingelserne var en del af kontrakten.

*hvor standardvilkår ofte anvendes*⁶⁴. Opererer man eksempelvis inden for et område, hvor det er almindeligt kendt, at man ikke benytter sig af standardvilkår i branchen, skal der mere til, før et vilkår må anses som vedtaget.

Entrepriseretlige kontrakter reguleres i Danmark hovedsageligt af AB-reglerne, som er et sæt standardvilkår⁶⁵. Størstedelen af aktørerne på entrepriseområdet benytter sig af disse ”agreed documents” som aftalegrundlag⁶⁶. Der skal mindre til at anse disse standardvilkår for vedtaget i et kontraktsforhold om en bygge- eller anlægsopgave, fordi det i så høj grad ses, at AB-dokumenterne sædvanligvis danner grundlag for aftalerne inden for denne branche. Som eksempel herpå kan henvises til afgørelsen i TBB 2018.795 V. Voldgiftsnævnet fandt i denne sag, at AB 92 ikke kunne anses som vedtaget i kontraktsforholdet mellem parterne, under hensyn til, at dokumenterne i aftalen ikke var underskrevne, og at de var udaterede. Vestre Landsret fandt imidlertid, at AB 92 var aftalt i forholdet mellem parterne. Landsretten lagde i begrundelsen vægt på, at det var blevet bekræftet, at betaling skulle ske månedligt og for udført arbejde efter AB 92 samt, at der vedrørende leveringsbetingelser blev henvist til AB 92. Der skulle således ikke meget til for, at Landsretten kunne anse AB 92 som aftalt i kontraktforholdet – og dette til trods for, at aftaledokumenterne var udaterede og ikke var blevet underskrevet. Landsrettens dom i denne sag kan dermed ses som et udtryk for, at AB-dokumenterne sædvanligvis anses for gældende i entreprisekontrakter, medmindre det er udtrykkeligt aftalt, at dette ikke er tilfældet.

Et tredje kriterium, som kan have betydning for, om et sæt standardvilkår kan anses som vedtaget eller ej, er parternes indbyrdes status⁶⁷. Er der tale om et kontraktsforhold mellem to professionelle parter, er det mere sandsynligt, at standardvilkår vil blive anset som en del af aftalegrundlaget. Det kan formentlig også have indflydelse på kriteriet, at den ene af parterne har modtaget rådgiverbistand i forbindelse med kontraktindgåelsen, eller at parterne har kontraheret med hinanden før. Højesteret inddrog i sagen U 2009.967 H også dette kriterie i sin begrundelse. I modsætning til Landsrettens

⁶⁴ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 55-56.

⁶⁵ Iversen, Entrepriseretten, s. 54-55.

⁶⁶ Iversen, Entrepriseretten, ss. 54-59.

⁶⁷ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 56.

afgørelse, fandt Højesteret blandt andet under hensyn til, at begge parter var ‘professionelle erhvervsudøvere’, at de omstridte standardvilkår kunne anses som en del af aftalen.

I U 2017.2272 V blev kriteriet om parternes indbyrdes status også inddraget i Landsrettens afgørelse. Landsretten ræsonnerer i begrundelsen følgende: ‘Efter oplysningerne om parternes løbende samhandel, herunder om den måde, aftalerne blev indgået på, og omfanget af samhandlen, tiltræder landsretten, at leveringsbetingelserne Orgalime S 2000 som udgangspunkt er vedtaget ved købet af det pågældende gear’. Udgangspunktet må herefter siges at være, at standardvilkår kan anses som en del af aftalegrundlaget, når der er tale om et kontraktsforhold mellem parter, som har eller har haft en løbende samhandel i større eller mindre grad.

Landsretten fandt i U 2017.2272 V, at den specifikke bestemmelse om ansvarsfraskrivelse alligevel ikke var gældende mellem parterne. Dette skyldtes, at der var tale om en ‘vidtrækkende’ ansvarsfraskrivelse. Det har nemlig også betydning for, om vilkårene er vedtaget i aftalen eller ej, hvad indholdet i vilkårene er. Hvis vilkårene fremstår som urimelige eller vidtgående, kan det have betydning for vedtagelsesspørgsmålet⁶⁸. I sagen lagde Landsretten til grund, at ‘leveringsbetingelserne ikke havde været genstand for drøftelse mellem parterne. Mekanord havde ikke fremhævet ansvarsfraskrivelsen overfor Thyborøn Skibs & Motor.’ På baggrund heraf fandt Landsretten, at ansvarsfraskrivelsen ikke kunne anses som vedtaget mellem parterne til trods for, at parterne havde et langvarigt samhandelsforhold. Heraf kan man udlede, at såfremt der er tale om en bestemmelse i et sæt standardvilkår, som er særligt vidtgående eller tyngende, som eksempelvis en ansvarsfraskrivelse, kan en kontraktspart med fordel sørge for at fremhæve den vidtgående bestemmelse over for sin medkontrahent, for at kunne gøre gældende, at vilkåret finder anvendelse i kontraktsforholdet. Dette indebærer også, at kriteriet om, at standardvilkår skal være gjort til en del af aftalen, er så meget mere relevant og udslagsgivende i tilfælde, hvor der er tale om vidtgående bestemmelser i vilkårene. Det er i disse situationer endnu vigtigere, at standardvilkårene er gjort tilgængelige for medkontrahenten, og at denne får mulighed for at sætte sig ind i indholdet af standardvilkårene, når der er tale om vilkår, der er tyngende for medkontrahenten.

⁶⁸ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 55.

Som det ses i gennemgangen af praksis, har vedtagelseskravene betydning for, om man kan anse standardvilkårene for en del af aftalen. Kriterierne har hver især indflydelse på vedtagelsesspørgsmålet, men vigtigheden af hvert kriterie afhænger i høj grad af de øvrige omstændigheder, og kriteriernes relevans varierer også i henhold til hinanden. Grundlæggende må det dog siges, at kriteriet om, at standardvilkårene skal være gjort til en del af aftalegrundlaget, og at vilkårene skal være tilgængelige, vil være udgangspunktet for vurderingen, og det vil formentlig være svært at gøre gældende, at standardvilkår er en del af aftalen, hvis dette ikke er opfyldt.

I mange udbud af bygge- og anlægsopgaver er klausulerne om bæredygtighed i byggeriet vedlagt som et sæt standardvilkår, ofte i form af et sæt CSR-standardvilkår. I et EU-udbud fra Københavns Kommune angående en anlægsopgave om byrumsforbedringer og skybrudssikring for et beboelseskvarter i København NV⁶⁹, var vedlagt et kontraktsbilag kaldet "*Leverandørens Samfundsansvar (CSR)*". På samme måde havde Århus Kommune vedlagt et kontraktsbilag kaldet "*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*" til et udbud om opførelsen af en skole og et fritidscenter^{70 71}.

Disse bilag kan klassificeres som standardvilkår, da bilagene er udformet med henblik på at aftaleregulere flere transaktioner af samme art og skal bruges overfor en bred personkreds. Dette ses ved, at både Københavns og Århus Kommune gentagne gange vedlægger dokumenterne som bilag til de kontrakter, de sender i udbud. Eksempelvis indgår bilaget "*Leverandørens Samfundsansvar (CSR)*" som en del af kontrakten i udbuddene "*Idéoplæg til Bispeengen*", "*Skolen på Islands Brygge - hovedentreprise*" og "*Renovering af Folehaven*"⁷², hvor ordregiver er Københavns Kommune og ligeledes indgår "*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*" i udbuddet "*Udbygning og modernisering af Solbjergskolen*"⁷³, hvor ordregiver er Århus Kommune.

⁶⁹ Jf. Udbudsbekendtgørelse 2021/S 028-068130.

⁷⁰ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081134.

⁷¹ Som et yderligere eksempel på standardvilkår om bæredygtighed vedlagt i et udbud, se da Holbæk Kommunes udbud af tilbygning til Stestrup Skole, jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 185-446877.

⁷² Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 030-073316, Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 050-122253 og Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 048-120793. Bilaget fremgår endvidere i et udbud af etablering af faciliteter til center for specialundervisning for voksne, jf. Udbudsbekendtgørelses nr. 2021/S 026-064488.

⁷³ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 048-120810.

I det følgende vil de almindelige krav til vedtagelse af standardvilkår blive behandlet i forhold til de indsamlede standardvilkår om bæredygtighed.

3.2.2.2 Praksis i branchen og parternes indbyrdes status i standardvilkår om bæredygtighed

Som udgangspunkt udgør kontraktsbilagene "*Leverandørens Samfundsansvar (CSR)*" og "*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*" ikke et problem i forhold til vedtagelseskriterierne "praksis i branchen" og "parternes indbyrdes status".

For så vidt angår kriteriet om 'praksis i branchen', er det som ovenfor nævnt langt størstedelen af bygge- og anlægsaftaler, som bliver reguleret af AB-reglerne, og det har derfor formodningen for sig, at det er sædvanlig praksis i branchen også at bruge andre slags standardvilkår.

For så vidt angår kriteriet om "parternes indbyrdes status" indgår standardvilkårene i udbud, hvor ordregiverne (Århus Kommune og Københavns Kommune) er en del af den offentlige sektor, og som kan kvalificeres som professionelle parter. Medkontrahenterne vil også være professionelle parter, idet der er tale om opgaver i hovedentreprisekontrakter, totalrådgiverkontrakter eller totalentreprisekontrakter, og det vil altid være en erhvervsdrivende, der påtager sig sådanne opgaver. Dertil kommer, at det i forbindelse med udbud ikke er usædvanligt, at man indgår kontrakter med parter, som man har kontraheret med før, da kontrakten indgås med den leverandør, som leverer det mest konkurrencedygtige tilbud. Dette indebærer, at kommunerne kan indgå kontrakter med de samme leverandører flere gange, hvilket etablerer et længerevarende samhandelsforhold, som yderligere taler for, at standardvilkårene må blive anset som vedtaget mellem parterne.

Kriterierne "praksis i branchen" og "parternes indbyrdes status" udgør derfor ikke et problem i forhold til vedtagelsesspørgsmålet angående standardbilag, og vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

3.2.2.3 Gjort til en del af aftalen i standardvilkår om bæredygtighed

Kontraktbilaget "*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*" fra Aarhus Kommune, som var vedlagt i udbuddet om opførelsen af en skole og et fritidscenter⁷⁴, kan dog muligvis medføre et problem i forhold til kriteriet om, at standardvilkårene skal være gjort til en del af aftalen.

Det må forventes, at de betingelser, der er en del af udbudsmaterialet, også bliver gjort til en del af kontrakten. Det forekommer, at dette tilsyneladende ikke er tilfældet i nærværende udbud. I punkt 2 i udkastet til totalentreprisekontrakten er oplistet kontraksgrundlaget for aftalen. Alle dokumenter, som er omfattet af kontraksgrundlaget, er listet i prioriteret rækkefølge, hvorefter totalentreprisekontrakten samt kontraktbilagene har 1. prioritet. Bilaget kaldet "*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*" er ikke inkluderet i denne liste, og det er heller ikke anført med en lavere prioritet længere nede i punkt 2 i totalentreprisekontrakten. Bilaget er imidlertid inkluderet i kommunens udbudsmateriale, selvom det ikke tydeligt fremgår, hvilken funktion bilaget har, og i hvilken sammenhæng bilaget skal bruges⁷⁵. I og med, at det i udbuddet hverken er specifikt angivet, hvilken funktion bilaget har, eller om der er tale om et kontraktbilag, kan det overvejes, om bilaget på tilstrækkeligvis er søgt gjort til en del af aftalegrundlaget. For en leverandørs vedkommende er det således ikke til at vide, at kontraksgrundlaget også omfatter bilaget, og der ville derfor være en risiko for, at en tilbudsgiver baserer sit tilbud uden at tage højde for standardvilkårene i bilaget.

I den ovenfor omtalte sag U 2009.967 H, lagde Landsretten i sin begrundelse blandt andet vægt på, at de pågældende standardvilkår ikke blev udleveret *sammen* med samarbejdsaftalen, hvorfor standardvilkårene ikke kunne anses som vedtaget. Man kan argumentere for, at "*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*" heller ikke bliver udleveret sammen med totalentreprisekontrakten, fordi det ikke er angivet, at bilaget er et kontraktbilag, og at det ikke i udbudsmaterialet er placeret sammen med de øvrige kontraktbilag. Der er derfor ingen forhold i opsætningen af udbudsmaterialet på den pågældende udbudsportal, som foranlediger, at man kobler bilaget til kontrakten eller aftalegrundlaget i øvrigt. Ud fra disse betragtninger kan man derfor argumentere for, at standardvilkårene ikke er søgt gjort til en del af aftalen på tilstrækkelig vis. Det er derfor formentlig ikke tilstrækkeligt,

⁷⁴ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081134.

⁷⁵ I en mailkorrespondance har en kontaktperson fra Aarhus Kommune efter forespørgsel fra forfatterne bekræftet, at bilaget skal anvendes som kontraktbilag.

at en ordregiver vedlægger standardvilkårene i et udbud, uden også at henvise til standardvilkårene i kontrakten.

Derudover kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt der er opnået tilstrækkelig "tilgængelighed" for så vidt angår et udbud fra Frederiksberg Kommune om opførelse af et nyt plejecenter⁷⁶. I totalentreprisekontrakten i dette udbud er det i punkt 4 oplyst, hvilke dokumenter, der udgør kontraktgrundlaget, herunder kommunens tilføjelser og fravigelser til ABT 93. Af disse tilføjelser og fravigelser til ABT 93 fremgår følgende tilføjelse:

*"Ad § 2, stk. 2: Grundlaget for tilbuddet er herudover: Frederiksberg Kommunes regler: *Vejledning om miljøforhold ved bygge- og anlægsarbejder, Juni 2013".*

Der er desuden indsat et link til vejledningen i tilføjelsen. Hvis man åbner denne vejledning ved brug af linket, er det på side 3 anført, at Frederiksbergs Kommunes retningslinjer for miljø- og energirigtigt byggeri kan findes på Frederiksbergs Kommunes hjemmeside. Der er ikke indsat et link til disse retningslinjer. Det er ikke umiddelbart klart, hvad retningslinjerne indebærer, men det lægges i det følgende til grund, at der er tale om standardvilkår, da meget taler herfor⁷⁷.

Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt retningslinjerne for miljø- og energirigtigt byggeri på tilstrækkelig vis er søgt gjort til en del af aftalen. På baggrund af afgørelsen i U 2016.3808 SH er det ikke et problem, at der i kontrakten indsættes et direkte link, som man kan bruge til at tilgå standardvilkårene elektronisk, men dette er imidlertid ikke tilfældet i udbuddet fra Frederiksberg Kommune. Linket i tilføjelserne og fravigelserne til ABT 93 henviser alene til "*Vejledning om miljøforhold ved bygge- og anlægsarbejder*". Man skal derfor som medkontrahent selv sørge for at tilgå Frederiksberg Kommunes hjemmeside og på den måde finde de konkrete retningslinjer, som udgør standardvilkårene til kontrakten. Til trods for, at det i dag er normalt og acceptabelt at tilgå kontraktvilkår på elektronisk vis, kan det diskuteres, om "fremgangsmåden" i dette udbud er tilstrækkelig til, at retningslinjerne

⁷⁶ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 055-135430.

⁷⁷ Vejledningen kan ikke anses som standardvilkår, da det på første side i vejledningen oplyses, at vejledningen både henvender sig til bygherrer, grundejere, rådgivere og entreprenører, som skal foretage bygge- og anlægsprojekter af såvel offentlig som privat karakter.

kan anses som en del af totalentreprisekontrakten, især fordi, der ikke er indsat ét direkte link til retningslinjerne, hvilket var tilfældet i U 2016.3808 SH.

Som det ses i dommen afsagt af Østre Landsrets den 30. januar 2019, fandt Landsretten, at vilkårene i den pågældende sag ikke kunne anses som en del af aftalen, fordi de ikke var tilgængelige på flykompensationselskabets hjemmeside. I nærværende vejledning oplyses det imidlertid, at kommunens retningslinjer *er* tilgængelige på kommunens hjemmeside, men det oplyses ikke, hvordan man som leverandør skal finde frem til de konkrete retningslinjer på hjemmesiden. Der kan på baggrund heraf stilles spørgsmålstegn ved, om retningslinjerne i Frederiksberg Kommunes udbud er tilstrækkeligt tilgængelige for kontraktsparten.

3.2.2.4 Vidtgående indhold i standardvilkår om bæredygtighed

Foruden de ovenfor beskrevne udfordringer, kan kontraktsbilaget fra Københavns Kommune muligvis udgøre et problem i forhold til det tidligere anførte om, at "vidtgående" bestemmelser i standardvilkårene potentielt kan medføre, at vilkårene ikke bliver anset som vedtaget.

I bilaget "*Leverandørens Samfundsansvar (CSR)*" er leverandørens ydelser omkring miljø fastlagt i punkt 3.3. Det fremgår blandt andet heraf, at leverandøren skal tilstræbe:

- *"at forebygge og bekæmpe forurening af luft, vand, jord og undergrund samt vibrations og støjulemper;*
- *at anvende hygiejnisk begrundede processer af betydning for miljøer og for mennesker;*
- *at begrænse brugen af spild af råstoffer og andre ressourcer;*
- *at fremme anvendelsen af renere teknologi; og*
- *at begrænse problemer i forbindelse med bortskaffelse af affald."*

Der er desuden indsat en bestemmelse i bilagets punkt 6.1 om, at

"Københavns Kommune kan ophæve Kontrakten helt eller delvist ved Leverandørens væsentlige misligholdelse. Følgende, men ikke begrænset hertil, anses altid for væsentlig misligholdelse:

- *Hvis Leverandøren ved opfyldelsen af Kontrakten ikke opfylder alle krav i pkt. 3."*

Formuleringen af bestemmelsen i punkt 3.3 forekommer generel og ukonkret, hvilket kan medføre tvivl om, hvad leverandørens realydelse indebærer. Denne problematik vil blive yderligere uddybet i specialets afsnit 3.3.1. Sammenholdes dette med bestemmelsen om, at der kan ophæves på baggrund af, at ydelsen i punkt 3.3 ikke er opfyldt, kan det overvejes, om vilkåret samlet set kan anses som vidtgående for leverandøren. Det skal hertil også anføres, at ophævelse i entreprisforhold er en meget vidtgående og bebyrdende misligholdelsesbeføjelse, da ophævelse fra bygherrens side ofte vil have store omkostningsmæssige konsekvenser for entreprenøren⁷⁸. En misligholdelsesbeføjelse om ophævelse er i sig selv mere byrdefuld for leverandøren end øvrige misligholdelsesbeføjelser (en mindre byrdefuld beføjelse ville eksempelvis være opfyldelse af kontrakten *in natura*), og hvis dette holdes op imod, at det i bilaget forudsættes, at der kan ske ophævelse på et grundlag af en bestemmelse, der indeholder uklarheder, kan der argumenteres for, at klausulen i bilaget tenderer til at være vidtgående for leverandøren.

I Landsrettens dom i U 2017.2272 V, blev den specifikke bestemmelse i standardvilkåret om ansvarsfraskrivelse anset som "vidtrækkende", og da ansvarsfraskrivelsesklausulen ikke var fremhævet over for leverandøren eller drøftet mellem parterne, kunne den ikke anses for vedtaget. Såfremt bestemmelsen i bilaget fra Københavns Kommune kan anses for vidtgående, er det således væsentligt, at den er blevet fremhævet over for leverandøren. I modsat fald vil bestemmelsen formentlig ikke kunne anses for vedtaget mellem parterne, jf. afgørelsen i U 2017.2272 V.

I U 2017.2272 V var der imidlertid tale om en ansvarsfraskrivelse og ikke en sanktionsbestemmelse om ophævelse, og der kan argumenteres for, at en klausul om ansvarsfraskrivelse kan anses som mere vidtgående end en bestemmelse om ophævelse. Denne argumentation beror på, at en bestemmelse om ophævelse kun kommer i brug, når leverandøren har misligholdt kontrakten, og der således er noget at bebrejde leverandøren. En ansvarsfraskrivelse indebærer, at koncipisten helt eller delvist kan begrænse eller fraskrive sig sit ansvar. Det kan anses som værende mere indgribende for modparten ikke at kunne rette et erstatningskrav mod koncipisten for et ansvar, som koncipisten ellers ville have i medfør af den deklatoriske baggrundsret, end at aftalen ophæves på baggrund af misligholdelse fra modpartens side.

⁷⁸ Iversen, Entrepriseretten, s. 728.

Der er forhold, der taler for, at bestemmelsen i Københavns Kommunes standardbilag kan anses som vidtgående, men på baggrund af analysen af U 2017.2272 V, kan det også anføres, at bestemmelsen om ophævelse ikke kan anses som vidtgående. Hvis en vurdering ville føre til, at der er tale om en vidtgående bestemmelse, vil vedtagelsesspørgsmålet af standardvilkårene bero på, om det vidtgående forhold i vilkårene i tilstrækkelig grad er blevet fremhævet over for leverandøren.

3.2.2.5 Sammenfatning

Som det ses, kan de behandlede standardbilag muligvis udfordre kriteriet om, at standardvilkårene skal være søgt gjort til en del af aftalen og kriteriet om, at standardvilkårene ikke må anses som vidtgående, hvis vilkårene skal kunne anses som en del af aftalen. I forhold til kriteriet om, at standardvilkårene skal være søgt gjort til en del af aftalen, kan det overvejes, om standardvilkårene om bæredygtighed skaber en udfordring, idet forpligtelserne om bæredygtighed ofte udgør en sekundær forpligtelse i kontrakten. Havde der været tale om en hovedforpligtelse i kontrakten, kunne det tænkes, at samme problematik ikke ville opstå i samme omfang, da bygherren i givet fald formentlig ville sørge for at fremhæve forpligtelserne om bæredygtighed over for leverandøren.

Generelt vil der dog, som udgangspunkt, ikke opstå problemer i forhold til de almindelige krav for vedtagelse af standardvilkår, når ordregiver vedlægger standardvilkår om bæredygtighed som en del af aftalen. Standardvilkårene vil derfor som oftest blive anset som vedtaget i aftalen.

3.3 Bestemthed

3.3.1 Hvornår foreligger der et bindende løfte?

Moderne aftaler inden for entrepriserettens område drejer sig ofte om store byggerier til en værdi af mange millioner. Særligt større bygge- og anlægsarbejder er kendetegnede ved betydelig kompleksitet, hvilket indebærer, at kontrakterne herom ofte indgås på et tidspunkt, hvor opgaven ikke er fuldt

ud beskrevet⁷⁹. Dette medfører ofte behov for ændringer og konkretisering af projektet⁸⁰. Det er således ikke altid muligt at fastlægge alle vilkår i aftalen udtømmende, da entrepriseprojektet som oftest ikke er fuldt ud fastlagt på tidspunktet for aftaleindgåelsen. Dette vil især være tilfældet i entreprisekontrakter om totalentreprenøropgaver eller totalrådgiveropgaver, hvor totalentreprenøren eller -rådgiveren forestår størstedelen af projekteringen, efter at kontrakten er indgået⁸¹. For at en aftale kan anses for bindende i en aftaleretlig forstand, er det imidlertid ikke et krav, at alle vilkår er fastlagt udtømmende og utvetydigt på tidspunktet for aftaleindgåelse. Der gælder dog nogle minimumskrav til en aftales og et løftes præcision og klarhed for, at den kan siges at være bindende i aftaleretlig forstand⁸².

Et af de centrale elementer i læren om aftaleindgåelse drejer sig om, hvornår der er afgivet et bindende løfte, som forpligter dets afgiver⁸³. Et løfte er defineret som: *‘en viljeserklæring, der går ud på at pålægge sin afgiver en forpligtelse, og som derfor skaber et retsgrundlag i overensstemmelse med sit indhold’*⁸⁴. Der kommer kun en bindende kontrakt i stand, såfremt parterne har afgivet endelige løfter til hinanden, og deres forpligtelser er fastlagt i løfteerklæringerne, eller dog kan fikseres ved fortolkning eller udfyldning af disse erklæringer⁸⁵.

Det, at parternes forpligtelser skal være fastlagt i løfteerklæringen, indebærer, at løftet skal opfylde et krav om *bestemthed* for, at det kan anses som værende bindende⁸⁶. Der stilles normalt ikke strenge krav til, hvornår der foreligger en forpligtelse i en aftale. Dersom det er muligt at fastlægge et bestemt indhold, vil løftet være bindende i aftaleretlig forstand⁸⁷. Hermed stilles der krav om, at et løfte må indeholde en vis præcisering af, hvilke realydelser der skal præsteres⁸⁸. Det er imidlertid vanskeligt

⁷⁹ Hansen, Formkrav og frister i entreprisekontrakter, s. 1.

⁸⁰ Hansen, Formkrav og frister i entreprisekontrakter, s. 1.

⁸¹ Iversen, Entrepriseretten, s. 72.

⁸² Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 151.

⁸³ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 150.

⁸⁴ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 80.

⁸⁵ Gomard, Obligationsret 1. del, s. 40

⁸⁶ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 154.

⁸⁷ Gomard, Obligationsret 1. del, s. 41.

⁸⁸ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 151.

at opstille en regel for, hvornår et løfte er bestemt nok til at være forpligtende, og hvornår et løfte ikke er forpligtende⁸⁹.

Kravet om bestemthed indgik blandt andet i U 1972.50 H, som angik en tvist om en lejeaftale. Nogle vilkår i lejeaftalen var fortsat under forhandling og derfor ikke endeligt aftalt. Spørgsmålet i sagen gik på, hvorvidt udkastet til kontrakten mellem parterne var bindende, og om udlejer derfor ikke var berettiget til at udleje lejemålet til anden side. Landsretten fandt, at udlejer skulle acceptere, at kontrakten, og de deri indførte vilkår, kunne anses som indgået, hvorfor udlejer ikke kunne udleje til anden side. Selvom der ikke var opnået enighed om et vilkår, der *“ikke var uvæsentligt”*, forelå der en bindende aftale. Aftalen opfyldte dermed kravet til bestemthed. At en aftale skal opfylde et krav om bestemthed, indebærer ikke, som dommen også illustrerer, at parterne skal udtrykke sig med juridisk stringens, og at alle vilkår i aftalen skal være fuldt ud fastlagt. Det afgørende er, om man med en vis grad af sikkerhed kan fastslå, hvad der loves og under hvilke omstændigheder⁹⁰.

Hvorvidt, en aftale var bindende eller ej, var ligeledes et spørgsmål i U 2002.1030 H. Sagen angik køb og salg af en byggegrund og et byggeri, der efterfølgende skulle opføres på grunden i form af en entreprisekontrakt. Spørgsmålet i sagen var, om sælgeren var bundet af købsaftalen, eller om han kunne anse sig løst fra aftalen, fordi grundlaget for aftalen var bortfaldet. Landsretten fandt, at selve købsaftalen ikke var bindende. Begrundelsen herfor var, at der var for mange udestående forhold, som endnu var uafklarede. Et af de uafklarede forhold var, at der ikke var indgået de forudsatte lejekontrakter til bygningen. Højesteret fandt modsat Landsretten, at aftalen i sig selv var bindende, men var betinget af, at finansieringen til entreprisen gik igennem. Finansieringen af entreprisen var betinget af, at der kunne indgås aftaler med lejere i det opførte byggeri, hvilket imidlertid ikke skete, hvorfor grundlaget for aftalen bortfaldt. Da grundlaget for aftalen ikke længere var til stede, var sælgeren berettiget til at anse sig for løst fra aftalen.

Parterne indgik i U 2002.1030 H en aftale på et tidspunkt, hvor alle forhold i aftalen ikke var fuldt afklarede, men på trods heraf, kunne aftalen anses som bindende, da den var tilstrækkelig bestemt. Et løfte og en kontrakt er således bindende, selv om parterne ikke præcist og udtømmende har taget

⁸⁹ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 154.

⁹⁰ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 151.

stilling til alle de spørgsmål, der kan opstå, og selv om gengivelsen af parternes aftale i kontrakt dokumentet er ufuldstændigt eller uklart⁹¹. U 2002.1030 H og U 1972.50 H illustrerer begge, at en aftale skal fastlægge et bestemt indhold med hensyn til, hvad debitor skal præstere for, at aftalen er bindende for parterne.

Kravet om bestemthed har dermed afgørende betydning for, om et krav eller et løfte i en aftale kan anses som bindende og retligt forpligtende. For så vidt angår klausuler om bæredygtighed, kan der opstå tvivl med hensyn til, om klausulerne i tilstrækkelig grad præciserer de realydelser, der skal præstere, og således kan anses som bindende løfter.

Et eksempel på en klausul om bæredygtighed, der må siges at være tilstrækkeligt bestemt, er det materiale, som PensionDanmark Ejendomme bruger som grundlag for de entreprisekontrakter, de indgår med leverandører. PensionDanmark bruger et såkaldt "Bæredygtighedsprogram", hvoraf det fremgår, at Bæredygtighedsprogrammet angiver de minimumskrav til bæredygtighed, som skal indgå i PensionDanmarks kontrakter om bæredygtigt byggeri. Det kan derfor lægges til grund, at disse krav i Bæredygtighedsprogrammet bliver omsat til kontraktuelle krav.

Grundlæggende baseres Bæredygtighedsprogrammet på DGNB-certificeringsordningen⁹². I relation til minimumskravene i nybyggeri fremgår det imidlertid også, at

"Nedenstående skal kunne dokumenteres og opfyldes:

- *Brug rene materialer og produkter - undgå blandingsprodukter; medmindre der er en take-back ordning.*
- *Vælg produkter der er C2c-certificeret, såfremt det er muligt*
- *Vælg skruer frem for søm - undgå videt muligt limede/svejsede samlinger*
- *(...)*
- *Det skal prioriteres at de primære byggematerialer har en 3. parts verificeret miljøvaredeklaration (EPD). Projektteamet skal kunne fremvise EPD for min. 10 af de benyttede byggematerialer, der udgør den største miljøbelastning i byggeriet.*
- *(...)*

⁹¹ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 85.

⁹² DGNB-certificeringsordningen er en privat certificeringsordning for bæredygtigt byggeri.

- *Alle kabler og rør skal være halogenfri og PVC-fri. Årsagen til dette er, at i tilfælde af brand udvikler PVC dioxin, røg, toksin og syredampe, der er livsfarlige for mennesker og miljø. Halogenfrie installationer udvikler ikke giftige gasser, produkterne er flammehæmmende og selvslukkende.’*

Det forekommer forholdsvis klart, hvad der skal præsteres af entreprenøren overordnet set. Dog fremgår det af klausulen, at leverandøren skal *“vælge produkter, der er C2c-certificeret, såfremt det er muligt”* og, at leverandøren skal *“vælge skruer frem for søm - undgå videt muligt limede/svejsede samlinger”*. Ordlyden heraf forekommer ikke præcis og målbar, da det eksempelvis ikke er angivet, hvornår entreprenøren har opfyldt forpligtelsen om, at der skal undgås limede/svejsede samlinger i videst muligt omfang. Dette kan skabe tvivl i en situation, hvor entreprenøren har anvendt limede/svejsede samlinger. Det er uklart, hvad der skal forstås med *“undgå videt muligt”*, da formuleringen ikke sætter en klar ramme op for, hvornår entreprenøren har opfyldt kontraktmæssigt, og hvornår han har misligholdt kontrakten. Der kan af denne grund argumenteres for, at formuleringen udfordrer kravet om bestemthed, da der overlades et skøn til parterne i forbindelse med til vurderingen af, hvornår det i *“videst muligt”* omfang er undgået at benytte limede/svejsede samlinger. Kontrakten vil formentlig ikke kunne afgøre, om leverandøren har opfyldt denne forpligtelse i tilfælde af en uoverensstemmelse. Det anførte om, at leverandøren skal vælge produkter, der er C2c-certificeret, såfremt det er muligt, kan medføre samme fortolkningsmæssige problem, da det er overladt til parterne at vurdere, hvornår det kan siges at være muligt eller ej at vælge produkter, der er C2c-certificeret.

Af uddraget fremgår derudover, at *“Det skal prioriteres at de primære byggematerialer har en 3. parts verificeret miljøvaredeklaration (EPD).”* Der er også her tale om en mindre konkret formulering, som betyder, at der kan opstå uklarheder, eksempelvis i den situation hvor entreprenøren skal forestå noget af projekteringen og dermed skal vælge byggematerialerne. Dette afhjælpes imidlertid af, at det efterfølgende er angivet, at *“projektteamet skal kunne fremvise EPD for minimum 10 af de benyttede byggematerialer, der udgør den største miljøbelastning i byggeriet”*. Her er angivet et minimumskrav for, hvornår forpligtelsen vil være opfyldt, nemlig ved, at der kan fremvises deklARATIONEN for minimum 10 af de benyttede byggematerialer.

På trods af at nogle af de fremhævede bestemmelser kan siges at overlade et skøn til parterne med hensyn til den forpligtelse, der skal præsteres, er der i bæredygtighedsprogrammet oplistet nogle specifikke kriterier, der er målbare. Dette taler for, at klausulen kan anses som tilstrækkelig bestemt.

Derudover indebærer kravet om bestemthed, at kontrakten skal indeholde en angivelse af, hvori realydelsen består. Denne angivelse skal være så tydelig og udførlig, at debitor ud fra en fortolkning og udfyldning kan se, hvad der kræves af ham⁹³. Dette må siges at være tilfældet for PensionDanmarks Bæredygtighedsprogram, selvom der er dele af klausulen, der i mindre grad er målbare i forhold til, hvornår forpligtelsen er opfyldt. Der vil formentlig ikke være tvivl om, at klausulen kan anses som bindende, da det fremgår forholdsvis klart, hvad leverandøren skal præstere, herunder, at der skal *“bruges rene materialer”*, *“undgås blandingsprodukter”* og, at *“alle kabler og rør skal være halogenfri og PVC-fri”*. Det er i det citerede klart, hvad der forventes af leverandøren, og dermed tydeligt, hvornår leverandøren ikke har opfyldt sin forpligtelse – eksempelvis ved at have valgt kabler eller rør, der indeholder halogen eller PVC. Denne del af klausulen har dermed et målbart element, der gør det muligt for debitor at regne ud, hvornår opfyldelsen ikke er kontraktmæssig, hvilket gør, at kravet fremstår præcist og bestemt.

Selvom store dele af klausulen fremstår som bestemt, er der ikke knyttet retsvirkninger til de situationer, hvor entreprenøren ikke opfylder aftalen, eksempelvis ved ikke at kunne fremvise EPD for minimum 10 af de benyttede byggematerialer. Ikke desto mindre har klausulen mange elementer, der må anses for tilstrækkeligt bestemte, og hvis dette sammenholdes med resultatet i U 1972.50 H, hvor aftalen var uklar angående nogle forhold, men alligevel ansås for bindende, forekommer det nærliggende, at anse klausulen for at være tilstrækkelig bestemt.

I et udbud om projektering og opførelse af en ny uddannelsesbygning til Danmarks Medie- og Journalisthøjskole⁹⁴ kan kontraktsbestemmelserne om bæredygtighed ligeledes anses som tilstrækkeligt bestemte. I totalentreprisekontrakten er det anført, at de nærmere krav til entreprisen fremgår af byggesagsbeskrivelsen, som er et kontraktbilag.

⁹³ Gomard, Obligationsret 1. del, s. 153

⁹⁴ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 170-410517.

Det fremgår af byggesagsbeskrivelsens punkt 1.6.8 om bæredygtige materialer, at

”Træ i træprodukter, der i henhold til denne kontrakt leveres eller indgår i byggeriet, skal være fremstillet af dokumenterbart bæredygtigt træ. »Træ«, »træprodukter« og »bæredygtigt træ« defineres som i Naturstyrelsens vejledning: Sikring af bæredygtigt træ i offentlige aftaler om vareindkøb, tjenesteydelser og bygge- og anlægs- arbejder, Naturstyrelsen 2014.”

Denne klausul om bæredygtige materialer af træ fremstår specifik og konkret. Der er i bestemmelsen inddraget nogle specifikke målepunkter for, hvornår kravet om bæredygtigt træmateriale er opfyldt, idet der er indsat en henvisning til definitionen i Naturstyrelsens vejledning. Henvisningen indebærer, at det er muligt at afgøre, hvornår et træprodukt kan anses som godkendt. Dog ville klausulen formentlig fremtræde mere bestemt, såfremt definitionen var skrevet direkte ind i klausulen i stedet for, at der blot er henvist til den. Der er imidlertid ikke tale om en klausul, der indebærer, at parterne skal foretage en vurdering af, hvorvidt ét produkt frem for et andet er mindre miljøbelastende, som det er tilfældet med øvrige bæredygtighedsklausuler, der er behandlet nedenfor. Klausulen kan dermed give et svar på, hvad der må anses som korrekt opfyldelse af kravet, hvorfor det kan anføres, at klausulen overordnet set kan anses som tilstrækkeligt bestemt.

I et udbud fra Københavns Kommune⁹⁵ vedrørende et strategisk partnerskab, var DGNB-certificering også det centrale i forhold til kravene til bæredygtighed⁹⁶. Udbuddet angik en 4-årig rammeaftale om strategisk partnerskab for perioden 2022-2025 med det formål, at én strategisk partner skal planlægge, projektere og udføre en række byggeprojekter for Københavns Kommune. En rammeaftale opstiller vilkårene for kontrakter, som parterne senere vil indgå⁹⁷. Det forudsættes i det følgende, at kravene, der er opstillet i rammeaftalen, vil være kontraktskrav i de kontrakter, parterne efterfølgende indgår og som udspringer af rammeaftalen.

⁹⁵ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 040-096888.

⁹⁶ Se endvidere udbud fra Danmarks Tekniske Universitet, jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 188-453124, udbud fra Københavns Kommune, jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 224-548759, Udbud fra Faaborg-Midtfyn Kommune jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 085-220064 og indgået entreprisekontrakt af 03/06-2019 mellem A Enggaard A/S og Arkil A/S om Østre Landsret, hvor der stilles krav om DGNB-certificering.

⁹⁷ Gomard, Almindelige kontraktsret, s. 86.

Af rammeaftalens punkt 29, benævnt “Miljø og Bæredygtighed”, fremgår blandt andet:

29.2 DSP er ansvarlig for, at følgende opfyldes:

- *Nybyggerier og omfattende renoveringer over 20 millioner ekskl. moms i entreprisum skal DGNB-certificeres.*
- *(...)*
- *Certifikat for DGNB guld-certificering (sølv ved omfattende renovering) skal foreligge senest 6 måneder efter aflevering. Bygherren tilbageholder 2,5 % af den Optimerede Entreprisum indtil certifikat for certificering foreligger.“*

Der opstilles i rammeaftalen nogle forpligtelser, som DSP (den strategiske partner) er ansvarlig for at opfylde, og det centrale for så vidt angår bæredygtighed er, at DSP'en er ansvarlig for DGNB-certificeringen, såfremt entreprisummen overstiger 20 millioner. Det er ikke nærmere angivet i denne sætning, hvilken certificeringsstatus, der stilles krav om (sølv, guld eller platin), men nederst i klausulen fremgår, at *“certifikat for DGNB guld-certificering (sølv ved omfattende renovering) skal foreligge...”*. Klausulen må forstås som, at der stilles krav om guld certificering ved nybyggerier og sølv ved renoveringer. Fordi det er angivet, hvilket niveau inden for DGNB, det pågældende byggeri skal certificeres til, er det muligt for leverandøren at udlede, hvad der kræves af ham.

Ifølge rammeaftalens punkt 29, skal certifikatet for certificeringen foreligge senest 6 måneder efter aflevering, og bygherren vil tilbageholde 2,5 % af entreprisummen indtil certifikatet foreligger. Der er hermed knyttet en retsvirkning til kravet om certificering og en tidsfrist på 6 måneder. Tidsfristen klarlægger, hvornår der foreligger kontraktmæssig opfyldelse, hvilket gør forpligtelsen målbar. Retsvirkningen kommer klart til udtryk i klausulen, og leverandøren kan dermed indse virkningen af, ikke at opfylde kontrakten retmæssigt. Alt dette taler for, at klausulen kan anses for tilstrækkelig bestemt.

De ovenfor behandlede klausuler af henholdsvis PensionDanmark Ejendomme, Danmarks Medie- og Journalisthøjskole og Københavns Kommune har til fælles, at de opstiller nogle forholdsvis klare og konkrete krav, som entreprenøren skal opfylde. Forpligtelserne i klausulerne er i mere eller mindre grad gjort målbare, da de fastsætter nogle kriterier for, hvornår bæredygtighedskravene er opfyldt. I praksis kan dette betyde, at kontraktsbestemmelserne kan afhjælpe eventuel tvivl om, hvorvidt forpligtelserne kan anses som opfyldt. Derudover vil en klar og præcis klausul medføre, at der i mindre grad opstår fortolkningstvister i praksis, end hvis der er tale om en klausul, hvoraf entreprenørens forpligtelse ikke fremstår konkret. Et eksempel på sidstnævnte, fremgår af det tidligere omtalte bilag

med standardvilkår ("*Leverandørens samfundsansvar – CSR*"), som er vedlagt i flere udbud fra Københavns Kommune^{98 99}. I punkt 3.3 i bilaget det anført, at

"Leverandøren forpligter sig til at værne om natur og miljø, således at samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag med respekt for menneskets livsvilkår og for bevarelse af dyre- og planteliv. Leverandøren skal ved produktion og levering af de aftalte ydelser tilstræbe:

- *at forebygge og bekæmpe forurening af luft, vand, jord og undergrund samt vibrations og støjulemper;*
- *at anvende hygiejnisk begrundede processer af betydning for miljøer og for mennesker;*
- *at begrænse brugen af spild af råstoffer og andre ressourcer;*
- *at fremme anvendelsen af renere teknologi; og*
- *at begrænse problemer i forbindelse med bortskaffelse af affald."*¹⁰⁰

Klausulen forekommer i højere grad end de ovenstående klausuler vag og upræcis, idet det eksempelvis ikke med ordlyden er klart, hvad det indebærer, at leverandør skal "*tilstræbe*" at opnå de fastsatte forpligtelser i bestemmelsen. Det er ikke fastlagt hverken, hvad der menes med, at "*samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag*" eller hvor langt forpligtelsen rækker i relation til at "*forebygge og bekæmpe forurening af luft, vand, jord og undergrund...*". Der kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt bestemmelsen er tilstrækkelig bestemt og målbar til, at det kan udledes af bestemmelsen, hvilke realydelser, der skal præsteres¹⁰¹.

⁹⁸ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 030-073316, Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 050-122253 og Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 048-120793. Bilaget fremgår endvidere i et udbud af etablering af faciliteter til center for specialundervisning for voksne jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 026-064488.

⁹⁹ Samme formulering i bilaget går igen i flere udbud, herunder i to udbud fra Århus Kommune jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 048-120810 og Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 040-096898 og i et udbud fra Professionshøjskolen Via University College jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 076-193355. På lignende vis er det formuleret i et udbud fra Amager ressourcecenter jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081133, at "*det skal tilstræbes, at der vælges løsninger, der minimerer energiforbruget...*" (vores understregning).

¹⁰⁰ Lignende formulering ses desuden i et udbud fra Region Syddanmark, jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 046-108015 og et udbud fra VIA University College, jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 076-193355

¹⁰¹ En sammenlignelig klausul findes i projekt fra Amager ressourcecenter I/S, hvoraf fremgår af funktions- og materialebeskrivelsen, at "*Anvendelse af alternativ/vedvarende energi til opvarmning og ventilation samt automatik, skal være med til at begrænse det samlede tilførte forbrug samt bygningens Co2 aftryk*" jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081133.

På den anden side kan der argumenteres for, at klausulen kan anses for bindende, da realydelsen alligevel til en vis grad kan udledes. Eksempelvis er det angivet, at brugen af spild og råstoffer skal begrænses, og at der skal anvendes hygiejnisk begrundede processer. Selvom det ikke er klart, hvad der ligger i "at tilstræbe", kan det anføres, at entreprenøren skal præstere en ydelse, der består i at tage højde for de forskellige krav ved valg af materiale, metode mv. Der kan dermed argumenteres for og imod klausulens grad af bestemthed, og hvorvidt den kan anses som retligt forpligtende. Sammenholdes denne aftaleklausul med situationen i U 2002.1030 H, hvor Højesteret fandt, at aftalen var bindende, selvom der var mange udenforstående forhold, forekommer det ikke usandsynligt, at klausulen i punkt 3.3. kan anses som bindende. I denne forbindelse er det vigtigt at tage til indtægt, at der ikke stilles strenge krav i dansk ret til en aftales bindende virkning¹⁰². Til trods for bestemmelsens uklarhed må klausulen derfor anses som aftaleretligt bindende.

I umiddelbar forlængelse af punkt 3.3 i bilaget "*Leverandørens samfundsansvar – CSR*" fremgår endvidere følgende:

"Der lægges vægt på, hvad der er realistisk at opnå, når den bedste tilgængelige teknik benyttes, herunder mindre forurenende råvarer, processer og anlæg og de bedst mulige forureningsbekæmpende foranstaltninger".

Formuleringen om, at "*der lægges vægt på, hvad der er realistisk at opnå*" kan tolkes som, at graden af forpligtelserne ikke er fastlagte på forhånd, men at det derimod er et evalueringsspørgsmål, om og under hvilke forhold leverandøren opfylder forpligtelserne. I denne forbindelse er det værd at bemærke, at der er tale om standardvilkår, som er designet til at regulere flere forskellige aftaleforhold. Det er næppe sandsynligt, at de transaktioner, som vilkårene skal regulere, vil have enslydende genstande i kontrakterne henset til, at to byggerier sjældent vil være helt identiske. Dermed er der et naturligt behov for, at standardvilkårene formuleres bredt, hvis de skal kunne indgå i bygge- og anlægskontrakter, hvor kontrakternes genstande vil være af forskellige art. Til trods for, at der kan argumenteres for, at klausulen i "*Leverandørens samfundsansvar – CSR*" kan anses som et bindende løfte, kan formuleringen i punkt 3.3 udgøre et problem i det omfang, at der ikke også stilles klare krav til entreprenørens ydelse i hovedaftalen.

¹⁰² Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 151.

I denne forbindelse kan fremhæves udbuddet om "*Skolen på Islands Brygge - hovedentreprise*"¹⁰³, hvor der ikke i hovedentreprisekontrakten var indsat bestemmelser om bæredygtighed, men alene henvist til, at standardvilkårene indgår i kontraktens aftalegrundlag, og at entreprenøren skal overholde disse. I dette byggeri må entreprenøren derfor forlade sig på ordlyden i standardvilkårene, og fordi der ikke er andre bestemmelser i hovedentrepriseaftalen, der regulerer og specificerer kravene til bæredygtighed, kan der i praksis opstå fortolkningstvivl. Dette skyldes, at formuleringen potentielt kan medføre udfordringer undervejs i byggeriet, eksempelvis i forbindelse med bygherrens kvalitets sikring af projektet. I medfør af AB 18 har bygherren ret til at kassere arbejdet under sin kvalitetssikring af arbejdets gang, hvis ikke der er tale om kontraktmæssige arbejder, jf. AB 18 § 21, stk. 6. Formuleringen med, at "der lægges vægt på" udfordrer entreprenørens mulighed for at sikre "kontraktmæssige arbejder" i byggeriet, fordi det ikke er tydeligt, hvad der udgør et kontraktmæssigt arbejde, da dette afhænger af et skøn fra bygherren. Skønsmæssigheden indebærer, at der ikke er opstillet nogle målbare kriterier for, hvornår der foreligger en mangel ved arbejdet. Entreprenøren har ikke på samme måde mulighed for at imødekomme eventuelle tvister om, hvorvidt der foreligger misligholdelse ved arbejdet, da det ikke tydeligt fremgår, hvad der skal anses som misligholdelse. Et kontraktskrav, der overlader en skønsmæssig beføjelse til den ene part, optræder typisk i en længerevarende kontrakt, som en entrepriseaftale er et eksempel på. Dette skyldes, at det, der kontraheres om, er komplekst. Ved at der overlades et skøn til parterne, udskydes problemet med at fastlægge det nærmere indhold af kravet til et senere tidspunkt. Hvis kravet lægger op til, at der skal foretages et skøn med hensyn til den præcise opfyldelse, har parterne udskudt fastlæggelsen af indholdet til et senere tidspunkt end aftaleindgåelsen. Det er netop grundet ydelsens og aftalens kompleksitet, at parterne indgår i et længerevarende kontraktsforhold.

Derudover kan formuleringen "Der lægges vægt på, hvad der er realistisk at opnå", medføre andre fortolkningsmæssige udfordringer. Entreprenøren og bygherren kan eksempelvis have forskellige opfattelser af, "hvad der er realistisk at opnå". En mulig problematik kan ligge i, at en mindre entreprenørvirksomhed potentielt anser forpligtelsen opfyldt ved eksempelvis at inddrage bæredygtigt isoleeringsmateriale i et projekt, hvorimod en større entreprenørvirksomhed har mulighed for at lave flere

¹⁰³ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 050-122253.

og mere ambitiøse bæredygtighedstiltag i projektet. Ved at inddrage dette materiale i projektet, er det muligt, at en mindre entreprenørvirksomhed føler, at forpligtelserne er opfyldt på tilstrækkelig vis, hvorimod en bygherre muligvis ikke ville være af samme opfattelse.

Det er dermed ikke usandsynligt, at skønnet, som klausulen indebærer, kan medføre flere forskellige fortolkningstviser i praksis. Det er ikke tilfældet, at aftaleretten ikke accepterer, at der skal udøves et skøn med hensyn til den realdygtighed, der skal præsteres, men hvis der er ikke noget målbart kriterie i kravet, kan det skabe betydelig tvivl i situationer, hvor en part påstår mangler ved arbejdet, hvilket vil blive uddybet i specialets afsnit 4.1.1.

Et andet eksempel på en mere ubestemt klausul ses i et udbud fra Holbæk Kommune¹⁰⁴, som omfattede totalrådgivning i forbindelse med om- og tilbygning af Stestrup Skole. I totalrådgiveraftalen indgik et bilag benævnt ”*Bilag A.6: Holbæk Kommunes sociale klausuler*”. Af bilaget fremgår følgende:

“*Miljø*

Holbæk Kommune ønsker at medvirke til forebyggelse og tilpasning til klimaforandringerne og har bl.a. via klimaaftaler forpligtet sig til at reducere sit CO2-udslip med 2 % om året frem til år 2025. Klima skal derfor tænkes ind i fremtidige planer og projekter i kommunen – dette gælder også kommunens indkøb.

Kan et produkt erstattes af et andet produkt med mindre miljøbelastning bør dette altid ske, såfremt pris og kvalitet er tilsvarende. Endvidere overvejes om genbrugsprodukter kan anvendes.”

Det kan diskuteres, om klausulen er formuleret så vagt, at den overhovedet kan anses som bindende, i og med, at det ikke forekommer klart, hvad Holbæk Kommune forpligter kontraktsparten til, ved at indsætte ovenstående klausul i bilaget. Det, at klima skal “*tænkes ind i fremtidige planer og projekter*”, har i højere grad karakter af at være en hensigtserklæring end en kontraktuel forpligtelse¹⁰⁵. En

¹⁰⁴ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 185-446877.

¹⁰⁵ En formulering i et bilag fra Århus Kommune kan på samme vis anses som en hensigtserklæring frem for en reel kontraktuel forpligtelse, se punkt 7 i bilaget ”*Miljø- og energirigtigt byggeri Aarhus Kommune*” i udbuddet jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081134. Se endvidere samme type hensigtserklæring i byggesagsbeskrivelsens punkt 7.5 i et udbud fra KAB, offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse af 30. november 2020 med referencenummer ID: 2020-160812. Ligeledes kan henvises til udbud fra Amager ressourcecenter, hvor det fremgår af funktions- og materialebeskrivelsen, at ”*det er målsætningen, at faciliteterne opføres med en ambitiøs målsætning om energiforbrug...*” jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081133.

hensigtserklæring er en erklæring, der indeholder en oplysning om, hvad afgiveren agter, har planlagt eller har til hensigt at foretage sig, og er således ikke et løfte om, at afgiveren vil foretage den påtænkte handling¹⁰⁶. Derudover fremgår det af sidste del af klausulen, at *“kan et produkt erstattes af et andet produkt med mindre miljøbelastning bør dette altid ske”*. Det forekommer uklart, hvad der ligger heri, da det ikke er tydeligt af ordlyden, hvornår og under hvilke omstændigheder leverandøren er forpligtet til at skifte et produkt ud med et andet produkt, som er mindre miljøbelastende. Det i bilaget anførte om, at det skal *“overvejes om genbrugsprodukter kan anvendes”* fremstår også mere som en hensigtserklæring end en reel kontraktuel forpligtelse. Det, at et forhold skal “overvejes”, betyder, at der overlades et skøn til debitor i forbindelse med, hvilke materialer der skal vælges. Der bør dog ikke være overladt et ubegrænset valg for debitor. Såfremt det er bygherrens hensigt at opstille en klausul, som ikke giver anledning til fortolkningstvivl og som forpligter leverandøren, er det vigtigt at opstille nogle mere specifikke kriterier for, hvornår der foreligger kontraktmæssig opfyldelse, og hvilke konsekvenser ikke-korrekt opfyldelse vil have, således at debitors skøn ikke bliver uindskrænket.

En klausul, som ligeledes kan klassificeres som mere ubestemt i relation til kravet om bestemthed, er klausulen om indeklima, der fremgår af byggeprogrammet i et udbud fra Odense Kommune om opførelse af et nyt bo- og dagtilbud til borgere med autisme¹⁰⁷.

I byggeprogrammet fremgår følgende:

“7.4 Atmosfærisk indeklima

Materialevalg

For at opnå et tilfredsstillende atmosfærisk indeklima skal der tages hensyn til emissioner fra byggematerialer, inventar og andet, så disse påvirker det atmosfæriske indeklima mindst muligt.

....”

Formuleringen om, at der *“der skal tages hensyn til emissioner fra byggematerialer”*, udgør på samme måde som bilaget fra Holbæk Kommune en udfordring i forhold til aftalerettens bestemthedskrav, da forpligtelsens omfang ikke tydeligt fremgår. Ordlyden i klausulerne fra Holbæk Kommune og Odense Kommune er sammenlignelige til en vis grad, idet begge formuleringer har mere karakter

¹⁰⁶ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 92.

¹⁰⁷ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 045-109280.

af hensigtserklæringer, der ikke fastlægger en specifik forpligtelse for leverandøren¹⁰⁸. Konkret indebærer dette, at formuleringerne kan medføre udfordringer, når det kommer til materialevalg i projektet, i forbindelse med projekteringen. Begge klausuler har elementer af forpligtelser om materialevalg, men uden at det er klart angivet, hvornår og ud fra hvilke kriterier, man skal vælge et materiale fra eller til. Formuleringerne kan skabe tvivl i situationer, hvor et materiale er markedsført som genanvendeligt eller CO²-reducerende. Da klausulen fra Holbæk Kommune blot angiver, at det skal "overvejes", om et genbrugsmateriale skal anvendes i arbejdet eller ej, er spørgsmålet om materialevalg i projektet uafklaret i kontrakten. Samme problematik gør sig gældende i relation til klausulen fra Odense Kommune, fordi det ikke er udførligt angivet, hvornår man skal vælge et mindre CO²-belastende materiale men blot, at "der skal tages hensyn" hertil.

I lyset af ovenstående, kan disse klausuler fra henholdsvis Odense og Holbæk Kommune betragtes som "mere ubestemte" i forhold til resten af de behandlede klausulerne, og de kan formentlig ikke anses som bindende i aftaleretlig forstand. Hvis en klausul ikke kan anses som bindende i aftaleretlig forstand, medfører det selvsagt, at den pågældende leverandør ikke er forpligtet til at præstere ydelsen.

3.3.2 Sammenfatning

Det kan sammenfattes, at de tilstrækkeligt bestemt bæredygtighedsklausuler har til fælles, at de fremstår mere klare og præcise. Derudover har de mere bestemte bæredygtighedsklausuler til fælles, at de til en vis grad opstiller målbare kriterier for, hvornår en given forpligtelse må anses for opfyldt. De mere ubestemte klausuler er derimod ikke tydelige i forhold til, hvad forpligtelserne indebærer, hvilket kan medføre, at der i praksis opstår fortolkningstvív. Derudover er kendetegnet for nogle af de mere ubestemte klausuler, at de i højere grad ligner hensigtserklæringer end kontraktuelle forpligtelser. På baggrund af gennemgangen af klausulerne ses det, at der løbende forekommer formuleringer, som muligvis ikke lever op til kravet om bestemthed.

¹⁰⁸ Se endvidere formuleringen i bilaget "Miljø- og energirigtig byggeri i Århus Kommune" jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081134, hvor formuleringen i punkt 7 på samme måde ikke fastlægger en specifik forpligtelse for entreprenøren med hensyn til materialevalg.

3.4 Aftalefortolkning

3.4.1 Aftaleretlige redskaber til fortolkning

Selvom der foreligger et løfte, der opfylder kravet om bestemthed, og som dermed er bindende, kan der opstå tvister med hensyn til, hvad aftalen går ud på, og hvordan den skal forstås. Dette gælder i de situationer, hvor der er et relativt ubestemt krav i en aftale (der dog er bestemt nok til at være bindende), hvilket medfører, at aftalen skal fortolkes eller udfyldes¹⁰⁹.

Det er vanskeligt at opstille generelle regler for, hvordan en fortolkningstvist skal afgøres, idet tvisterne er meget forskelligartede og af detaljepræget karakter¹¹⁰. Der findes flere forskellige fortolkningsregler og metoder, som er formuleret i aftaleretlig teori og udledt af retspraksis, men kun dem, der findes relevante for specialet, vil i det følgende blive behandlet.

3.4.1.1 Subjektiv fortolkning

Udgangspunktet for fortolkning af en uklar aftale er, at det er parternes fælles forståelse af, hvad der er aftalt, som skal danne grundlag for selve fortolkningen. Dette følger af princippet om kontraktfrihed, hvorefter parterne i princippet kan aftale, hvad de vil¹¹¹. Udgangspunktet vil derfor være en subjektiv fortolkning, såfremt det kan dokumenteres, hvad parternes fælles forståelse med aftalen er¹¹². Det er dog ikke altid, at det er tydeligt at læse ud af en kontrakt, om der er en fælles forståelse med kontrakten, og i givet fald hvad den er. Det er heller ikke altid, at en fælles forståelse kan dokumenteres. I sådanne tilfælde må det overvejende mål med fortolkningen være at finde frem til en løsning, der er hensigtsmæssig og rimelig¹¹³. Hvis resultatet af fortolkningen bliver, at kontrakten stemmer overens med almindelig skik og brug, eller hvis den stemmer overens med praksis, er der fundet frem til en løsning, der som oftest tilgodeser parternes interesser, og som dermed er hensigtsmæssig og rimelig¹¹⁴. Den fælles forståelse med kontrakten kan især være vanskelig at udlede, når der er tale om de entrepriseretlige kontrakter. Når entrepriseaftaler indebærer både projektering og opførelse af en

¹⁰⁹ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 308.

¹¹⁰ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 65.

¹¹¹ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 232.

¹¹² Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 74.

¹¹³ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 233.

¹¹⁴ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 233.

bygning, vil projekteringen og de grundlæggende krav til bygningen ofte ikke ligge fast på tidspunktet for kontraktindgåelse, men de vil først senere i processen blive klarlagt. Entrepriseraftaler er ofte komplekse og detaljerede aftaler, hvorfor det kan give anledning til problemer at udlede en fælles forståelse. Det er svært for parterne at indse eller forstå indholdet i en kompleks aftale som en entrepriseaftale. I entrepriseforhold sker udvekslingen af ydelser ikke på én gang, som eksempelvis ved køb og salg af fast ejendom, men over en længere periode. Dette kan medføre en lang række ændringer undervejs, hvilket udfordrer fastlæggelsen af parternes subjektive forståelse af aftalen. Især i forhold til bæredygtighed kan det være vanskeligt at finde frem til, hvad aftaleparternes meninger eller hensigter med en bestemt klausul har været. Dette skyldes, at bæredygtighed ofte er svært at konkretisere, og at parterne ikke altid på forhånd ved, hvordan bæredygtighed skal inkorporeres i entrepriseprojektet.

Selvom det ikke er muligt at udlede en fælles forståelse af aftalen, kan der imidlertid være andre holdepunkter, som man ved fortolkningen kan gøre brug af, herunder hvad formålet med aftalen efter parternes opfattelse må have været¹¹⁵. Denne form for formålsfortolkning indebærer, at man i så fald lægger vægt på, hvad parterne *ville* have aftalt, ud fra en tankegang om, at parterne er fornuftige og hæderlige. Resultatet af fortolkningen bliver således, at aftalen får den praktiske betydning, som parterne havde forestillet sig¹¹⁶.

Formålsfortolkning anvendtes eksempelvis i TBB 2014.47 V. Denne sag handlede om et salg af en grund i Viborg. Viborg Kommune overdrog grunden til et spildevandsanlæg, men en lærer på Katedralskolen i Viborg påstod sig berettiget til at erhverve grunden som følge af en tinglyst rettighed på grunden fra 1920. Den tinglyste rettighed indebar, at lærerkredsen på Katedralskolen havde forkøbsret til grunden. Byretten frifandt Viborg Kommune. I begrundelsen anførte byretten i relation til tinglysningen, at *”formålet var således gennem lærerkredsens forkøbsret at skaffe Katedralskolens lærere bolig eller byggegrund i attraktive omgivelser nær deres bolig”*. Byretten lagde i begrundelsen vægt på, at den omtvistede grund i dag hverken er boligejendom eller byggegrund, og at spildevandsanlægget efter kommunalplanen er beliggende på offentligt område samt, at overdragelsen af grunden til spildevandsanlægget alene skyldtes nye lovregler. Der er var derfor ikke tale om et almindeligt salg på markedsvilkår. Landsretten stadfæstede denne afgørelse. Landsretten lagde vægt på de samme

¹¹⁵ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 234-235.

¹¹⁶ Gomard, Almindelig kontraktsret, s. 235.

elementer som byretten og anførte, at *“formålet med overdragelsen af ejendommen var imidlertid foranlediget af kommunens gennemførelse af vandsektorlovens krav om, at bl.a. aktiviteter forbundet med vand- eller spildevandsforsyning skulle overdrages til et kapitalsselskab”*. Både byretten og Landsretten vægtede således formålet med overdragelsen i de respektive afgørelser.

Et eksempel på et projekt, hvor formålsfortolknings kunne tænkes at benyttes til at afgøre en eventuel fortolkningstvist, er projektet fra Danmarks Tekniske Universitet (herefter benævnt DTU) om projektering og opførelse af bygning B313¹¹⁷. DTU udbød i 2020 opgaven om at opføre en ny bygning på universitetets campus i Lyngby i form af en konkurrencepræget dialog i medfør af udbudslovens §§ 67-72. I projektbeskrivelsen fremgår følgende vedrørende projektets vision:

“B313 skal bidrage til DTU’s ambition om at være front-runner for bæredygtig transformation og skal DGNB-certificeres til Guld. Herudover ønsker DTU synlige bæredygtige tiltag i bygningen, som eksempelvis bæredygtige alternativer til betonkonstruktion, der forsker og udvikler fremtidens bæredygtige teknologier.”

Det fremgår endvidere, at visionen for projektet skal udfoldes gennem *“ligeværdige pejlemærker”*, hvoraf bæredygtighed udgør et af disse pejlemærker. På baggrund af projektbeskrivelsen kan man argumentere for, at bæredygtighed indgår i projektets formål. Det er i denne forbindelse værd at bemærke, at fordi der er tale om en konkurrencepræget dialog, foreligger der ikke i udbudsmaterialet en beskrivelse af, hvordan det endelige resultat af projektet skal se ud, da konkurrencepræget dialog indebærer, at parterne forhandler om dette inden tilbudsafgivelsen. Der er af denne grund ikke indsat en bestemmelse om *“projektets formål”* i udkastet til hovedentrepriseaftalen, som er vedlagt udbudsmaterialet. Dette projekt kunne derfor være et eksempel på en entreprisekontrakt, hvor der kunne opstå en udfordring med at fastlægge en fælles forståelse for projektet i og med, at de specifikke krav på tidspunktet for kontraktindgåelse endnu ikke er fastlagt. Af denne grund kunne formålsfortolkning være relevant at anvende ved en eventuel kontraktuel konflikt.

Det overordnede formål med projektet er naturligvis at opføre en ny bygning på DTU’s campus i Lyngby. Af projektbeskrivelsen fremgår det imidlertid, at bæredygtighed er en væsentlig faktor heri og derudover, at visionen for projektet skal udfoldes blandt andet gennem bæredygtighed. Dette må

¹¹⁷ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 188-453124.

forstås som, at bygherren forventer, at bæredygtighed aktivt bliver inddraget som et forhold, der skal lægges vægt på ved projektering og udførelse af bygning B313, og at bæredygtighed dermed indgår som et formål i projektet.

Situationen i TBB 2014.47 V, hvor både byretten og Landsretten lagde vægt på, hvad formålet med overdragelsen af grunden var, kan sammenlignes med denne klausul fra DTU, hvilket taler for, at formålsfortolkning ville være anvendelig ved en eventuel fortolkningstvist. Ud fra projektbeskrivelsen fra DTU kan det anføres, at det reelle formål med entrepriseaftalen er at opføre en ny campusbygning, som er *bæredygtig*, til trods for, at dette ikke eksplicit fremgår af hovedaftalen.

Den subjektive fortolkning kan således sige at have forrang over for andre fortolkningsregler, men det kan imidlertid være vanskeligt at benytte den subjektive fortolkningsmetode ved fortolkning af entrepriseaftaler. Dette skyldes især, at det kan være vanskeligt at udlede en egentlig fælles forståelse mellem parterne i en entrepriseaftale, blandt andet på grund af aftalens kompleksitet. Det er derfor tvivlsomt, i hvor høj grad den subjektive fortolkning vil være anvendelig i entreprisekontrakter, som inkorporerer bæredygtighed, da det ikke er givet, at der mellem parterne foreligger en fælles forståelse af, hvilken betydning bæredygtighed skal have i aftalen.

3.4.1.2 Uklarhedsreglen

En af de grundlæggende regler inden for fortolkning af aftaler er *uklarhedsreglen*, også kaldet *koncipientreglen*. Uklarhedsreglen indebærer, at vagt udformede kontraktvilkår fortolkes imod affatteren af vilkåret, da det må ligge affatteren til last, at vilkåret er formuleret på en uklar måde¹¹⁸. Heri ligger princippet om ”klargørelsespligten“, hvorefter det kommer parten til skade, at denne ikke har sikret bevis for sin forståelse af teksten, når han har udformet vilkåret og desuden har været den nærmeste til at få klarlagt vilkåret¹¹⁹. Uklarhedsreglen indebærer tillige, at der ofte pålægges en restriktiv og indskrænkende fortolkning på klausuler, som ensidigt er udarbejdet til affatterens fordel, hvilket eksempelvis kunne være tilfældet med standardvilkår¹²⁰.

¹¹⁸ Lyng Andersen, Aftaler og mellemmand, s. 404.

¹¹⁹ Lyng Andersen, Aftaler og mellemmand, s. 406.

¹²⁰ Lyng Andersen, Aftaler og mellemmand, s. 430.

Det følger imidlertid af aftalelovens § 32, stk. 1, at en løftegiver ikke er bundet af en viljeserklærings uklarhed, hvis modtageren har eller burde have indset uklarheden. Uklarhedsreglens anvendelsesområde er derfor ikke omfattet af en situation, hvor erklæringens modtager (ofte affatterens kontraktspart) er blevet, eller burde være blevet, bekendt med uklarheden i klausulen. Denne grundsætning finder ligeledes anvendelse på entrepriseaftaler. Opstår der en situation, hvor der i en bygherres udbudsmateriale er en åbenbar uklarhed, vil leverandøren være forpligtet til at gøre opmærksom på uklarheden, og kan derfor ikke forlade sig på, at uklarhedsreglen vil blive lagt til grund ved en eventuel fortolkningstvist. Uklarhedsreglen kan derfor ses som et udgangspunkt for fortolkningen, men ikke en regel som uden undtagelse vil finde anvendelse¹²¹.

Et eksempel på en sag, hvor uklarhedsreglen fandt anvendelse, er TBB 2010.267, som angik en konflikt om opførelse af en betonelementmontage. I Fællesbetingelserne for entreprisen fremgik det, at *“alle bydelser, der naturligt hørte ind under arbejderne, skulle være medregnet i tilbuddet, også selvom de ikke var direkte nævnt i beskrivelsen”* (hermed menes beskrivelsen af opgaven, som var vedlagt i udbudsdokumenterne). Der opstod efterfølgende konflikt om, hvorvidt monteringen af nogle indvendige skillevægge i letbeton var ekstraarbejder, eller om de skulle anses som en naturlig del af kontraktsydelsen. Voldgiftsretten fandt, at monteringen af skillevæggene i letbeton måtte anses som ekstraarbejder, og at det kom bygherren til skade, at udbudsmaterialet ikke var klart formuleret på dette punkt. Voldgiftsretten anførte i overvejelserne, at bygherrens udbudsmateriale skal være *“udformet og opbygget logisk og let tilgængeligt med klare og fyldestgørende oplysninger om de i entreprisen indgåede komponenter”*. Uklarheden i aftalegrundlaget kom dermed bygherre til skade, da bygherren som affatter burde have sikret, at bestemmelsen blev udformet med tilstrækkelig klarhed.

TBB 2010.267 kan derudover siges at vise *“rækkevidden”* af entreprenørens pligt til at gøre opmærksom på uklarheder i udbudsmaterialet. I sagen fandt voldgiftsretten, at det ikke kunne føre til et andet resultat, at der havde været drøftelser om det samlede udbudsgrundlag mellem hovedentreprenøren og bygherren. I afgørelsen fremgår det, at der var drøftelser og meningsudvekslinger mellem parterne, som angik nogle fagbeskrivelser i udbuddet. Dette tyder på, at der har været usikkerhed om

¹²¹ Jf. Nedenfor under punkt 3.4.5 om loyalitetsforpligtelsen mellem bygherre og entreprenør.

de konkrete krav til entreprisen. Voldgiftsretten anførte, at selvom det havde været ønskeligt, at hovedentreprenøren havde *“gjort sig overvejelser om, hvordan de indvendige ikke bærende vægge skulle konstrueres”*, kunne hovedentreprenøren ikke hæfte for de manglende oplysninger i projektgrundlaget.

Voldgiftsretten fandt, at uklarheden i udbudsmaterialet kom bygherren til skade. I relation til leverandørens forpligtelse til at sige fra overfor åbenbare uklarheder, udtalte voldgiftsretten, at det ikke kunne føre til et andet resultat, *“at der mellem parterne havde været drøftelser og meningsudvekslinger om det samlede udbudsgrundlag”*. Voldgiftsrettens konklusion må forstås således, at *“drøftelser”* om udbudsmaterialet i sig selv ikke er tilstrækkeligt til, at entreprenøren kan siges at have sagt fra over for uklarheden. Ud fra denne betragtning kan man udlede, at entreprenøren tydeligt må påpege uklarheder i udbudsmaterialet. Hvis entreprenøren tydeligt siger fra, vil han ikke kunne forvente, at uklarheder fortolkes imod bygherren.

Et eksempel på en kontraktbestemmelse, hvor uklarhedsreglen potentielt kunne finde anvendelse ved fortolkningstvivl, er i forhold til de projekter, der inddrager Københavns Kommunes standardbilag *“Leverandørens samfundsansvar – CSR”* som en del af aftalen. Standardvilkårene er ensidigt udarbejdet af Københavns Kommune, og der kan argumenteres for, at vilkårene er udarbejdet *“til affat-terens fordel”*. Dette skal ses i sammenhæng med det ovenfor under specialets afsnit 3.2.2.4 anførte om, at bestemmelserne i standardvilkåret om bæredygtighed muligvis kan anses som vidtgående, idet leverandøren pålægges en forholdsvis byrdefuld ophævelsessanktion under nogle forudsætninger, hvor det ikke er klart, hvad der forventes af leverandøren. Da der ofte anlægges en restriktiv fortolkning af sådanne former for bilag, taler det for, at uklarhedsreglen kan finde anvendelse ved en eventuel fortolkningssituation vedrørende standardbilaget. Dertil kommer, at der ikke er forhold, der indikerer, at ordregiver (Københavns Kommune) har sikret sig bevis for sin forståelse af formuleringen af bæredygtighedsklausulen i punkt 3.3 i bilaget om bæredygtighed¹²². Hvis det skulle være tilfældet,

¹²² Ordlyden af punkt 3.3 i *“Leverandørens samfundsansvar - CSR”* er som citeret i specialets afsnit 3.2.2.4:

*“Leverandøren skal tilstræbe:
at forebygge og bekæmpe forurening af luft, vand, jord og undergrund samt vibrations og støjulemper;
at anvende hygiejnisk begrundede processer af betydning for miljøer og for mennesker;
at begrænse brugen af spild af råstoffer og andre ressourcer;
at fremme anvendelsen af renere teknologi; og
at begrænse problemer i forbindelse med bortskaffelse af affald.”*

at Københavns Kommune er i besiddelse af dokumenter, hvor det fremgår, hvad kommunens forståelse med formuleringen af bilagets punkt 3.3 er, er disse dokumenter imidlertid ikke vedlagt udbuddet. Alene af den grund kan man argumentere for, at uklarhedsreglen kan finde anvendelse på eventuelle fortolkningstvister, som udspringer af fortolkningstvivel om standardbilaget, da det kunne tyde på, at Københavns Kommune ikke har løftet "klargørelsespligten" over for potentielle tilbudsgivere.

Uklarhedsreglen er udtryk for et grundlæggende princip om fortolkning af aftaler, der også bruges i entrepriserelationer. Der er tale om en entrepriseretlig grundsætning, som kommer til udtryk i AB 18 § 4, stk. 2. Uklarhedsreglen kan potentielt finde anvendelse ved fortolkning af bestemmelser i standardbilag, men reglen kan imidlertid ikke bruges konsekvent i alle fortolkningstvister. Reglen bliver modificeret af, at entreprenøren er forpligtet til at gøre bygherren opmærksom på åbenbare uklarheder ved dennes udbudsmateriale, og hvis entreprenøren undlader at gøre opmærksom på dette, kan han ikke i efterfølgende fortolkningstvister gøre princippet om uklarhedsreglen gældende overfor bygherren. Derudover afhænger reglens anvendelse af de øvrige omstændigheder i udbuddet. Hvis der eksempelvis er udbudt en opgave, hvori der indgår en projekteringspligt for leverandøren, er det naturligt, at det udbudte materiale efterlader en vis uklarhed angående projekteringen. Der er set eksempler på, at det ofte er disse typer af kontrakter, der bliver udbudt, når bæredygtighed skal indgå som en del af projekteringsgrundlaget¹²³. Bæredygtighedsiltag i entrepriseopgaver vil derfor ofte medføre en vis grad af projektering som en del af entreprenørens ydelse, og dette medfører, at uklarhedsreglens effekt slækkes. Uklarhedsreglen kan derfor anses som et udgangspunkt for fortolkningen af entreprisaftaler om bæredygtighed, men det er tvivlsomt, om uklarhedsreglen altid vil kunne blive lagt til grund ved fortolkningstvister grundet naturen af de udbudte entreprisaftaler.

3.4.1.3 Minimumsreglen

Hvis et vilkår, der påfører den ene part en særlig forpligtelse, viser sig tvetydigt, falder man efter minimumsreglen tilbage på den forståelse, som er mindst tyngende for den forpligtede. Minimumsreglen kan ses som udslag af det aftaleretlige ligevægtshensyn, der blandt andet tilsiger, at man i tilfælde af berettiget tvivl om, hvorvidt den ene part skal præstere en ydelse uden særskilt vederlag,

¹²³ Jf. eksempelvis Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 188-453124 om udbud af en totalrådgiverkontrakt og Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 170-410517 om udbud af en totalentreprisekontrakt.

må se bort fra vilkåret¹²⁴. Dernæst kan reglen opfattes som et udslag af en bevisbyrde-regel, hvorefter den part, der hævder at have erhvervet ret ved aftale, selv må godtgøre dette¹²⁵.

I entrepriserforhold forekommer det som belyst ovenover, at udbudsmaterialet indeholder uklarheder. Dette kan komme bygherren til skade blandt andet i situationer, hvor bygherren påstår, at et arbejde må anses som værende en del af kontrakten og ikke ekstraarbejder eller i situationer, hvor bygherren påstår mangler ved arbejdet. I TBB 2001.413, som angik udbudsmangler, påstod bygherren, at der ikke var leveret kontraktsmæssigt. Entreprenøren havde afgivet tilbud på vinduer leveret som "*smig-skåret/lodret i karm*", hvilket blev accepteret af bygherren. Bygherren påstod efterfølgende, at entreprenøren havde påtaget sig at levere buede vinduer, og at entreprenøren derfor ikke havde leveret i overensstemmelse med aftalen. Bygherren fik ikke medhold, da udbudsmaterialet var mangelfuldt, og da bygherren burde have afklaret, hvad der skulle forstås ved det anvendte udtryk. Bygherren havde således ikke defineret ydelserne vedrørende vinduesleverancerne tilstrækkeligt præcist, "*da udbuddet var holdt i helt generelle vendinger*".

Bygherren havde i TBB 2001.413 ikke defineret ydelserne tilstrækkeligt præcist, hvorfor voldgiftsretten fandt, at entreprenøren ikke havde leveret en mangelfuld ydelse. Hvis en ydelse ikke er beskrevet konkret og holdt i generelle vendinger, kan der argumenteres for, at debitor har en betydelig valgfrihed med hensyn til udførelsen. Ved, at bygherren ikke har foreskrevet præcist, hvordan den pågældende forpligtelse skal udføres, har det formodningen for sig, at entreprenøren har en vis valgfrihed med hensyn til opfyldelse af kontrakten. Valgfriheden medfører ifølge minimumsreglen til, at entreprenøren har ret til at opfylde kontrakten på den måde, der er mindst indgribende for ham, da det er den mindst tyngende retsvirkning, der skal gælde efter minimumsreglen. Valget om kontraktmæssig opfyldelse tilkommer entreprenøren, hvor flere muligheder for rigtig opfyldelse af aftalen foreligger. Dette har især relevans for bæredygtighedsklausuler, da det er ofte forekommende, at ydelserne ikke er defineret præcist og konkret heri.

¹²⁴ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 332.

¹²⁵ Lynge Andersen og Madsen, Aftaler og mellemmand, s. 402.

I bilaget fra Århus Kommune, benævnt “*Miljø- og energirigtigt byggeri i Aarhus Kommune*”, som blev vedlagt som kontraktbilag i et udbud vedrørende opførelse af en ny skole i Gellerup¹²⁶, fremgår at:

“Der skal vælges vedligeholdelsesvenlige produkter. Undgå produkter, som efter en kort årrække skal udskiftes, fordi de ikke kan vedligeholdes”.

Kriteriet for, hvornår et produkt kan anses som *vedligeholdelsesvenligt* er ikke nærmere angivet, hvorfor det kan anføres, at leverandøren er overladt et skøn med hensyn til, hvilke produkter, der falder inden for begrebet. Formuleringen af klausulen fremstår generel, og kan derfor sammenlignes med situationen i TBB 2001.413, hvor udbuddet var formuleret i generelle vendinger. I tilfælde af, at ordregiveren påstår, at de af leverandøren leverede produkter ikke kan anses som “vedligeholdelsesvenlige”, og der således opstår en tvist herom, kan minimumsreglen formentlig bruges til at afklare tvisten. Herefter skal den mindst tyngende retsvirkning gælde, hvilket betyder, at leverandøren vil have ret til at opfylde kontrakten på den for ham mindst bebyrdende måde. I og med, at det kan anføres, at ordregiver ikke har defineret ydelsen tilstrækkeligt præcist i bæredygtighedsklausulen, kan det anføres, at det vil være nærliggende at benytte minimumsreglen, da ordregiveren må hæfte for en eventuel fortolkningstvist, ligesom tilfældet var i TBB 2001.413. Der kan argumenteres for, at der er et hensyn at tage til leverandøren, der ikke skal kunne pålægges en særlig forpligtelse, hvis vilkåret ikke fremstår præcist formuleret.

Forholdet mellem parterne i en entrepriseaftale fastlægges i større eller mindre grad, efterhånden som projektet skrider frem¹²⁷, og det er dermed ikke i ligeså høj grad muligt at udarbejde en klar og utvetydig aftale, som tilfældet er for andre slags aftaler. Det er derfor hyppigt forekommende, at der opstår tvister om entrepriseaftalens forskellige krav. Der kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, om minimumsreglen bør have en stor betydning i forhold til entrepriseaftaler. Det kan anføres, at minimumsreglen ikke tager højde for den kontekst, som entrepriseaftaler indgås i, da fortolkningsreglen siger, at hvis et vilkår er formuleret upræcist, fortolkes vilkåret i den retning der er mindst indgribende for den forpligtede. Da det ofte er forekommende i entrepriseaftaler, at aftalen er uklar på nogle punkter, og skal udfyldes efterhånden, kan det anføres, at der er brug for fortolkning, der også tager hensyn

¹²⁶ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 033-081134.

¹²⁷ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 109.

hertil. Der er således ikke kun et hensyn at tage til entreprenøren, som oftest vil være den forpligtede, hvilket minimumsreglen til en vis grad kan siges ikke altid at tage højde for.

Når der i en kontrakt er stillet et vagt krav, har det formodningen for sig, at der er overladt entreprenøren et vist skøn med hensyn til opfyldelsen af kontrakten. Dette skøn betyder efter minimumsreglen, at entreprenøren kan opfylde på den måde, der er mindst indgribende for ham. Minimumsreglen kan formentlig få en vis betydning for fortolkningen af bæredygtighedsklausuler, da de ofte fremstår mere eller mindre upræcise, og der dermed kan være et hensyn at tage til entreprenøren. På den anden side tager minimumsreglen formentlig ikke højde for entrepriseaftalers natur, og at kan være svært at undgå, at entrepriseaftaler indeholder vilkår, der ikke er helt udtømmende eller utvetydige.

3.4.1.4 Loyalitetsforpligtelsen mellem bygherre og entreprenør

Foruden de direkte pligter, der følger af aftalen og baggrundsretten, antages aftalen også at pålægge dens parter visse pligter om at tage hensyn til hinanden, selv om disse pligter ikke (nødvendigvis) er udtrykt i aftalen¹²⁸. Det er almindeligt anerkendt, at det til enhver tid påhviler aftalens parter at udvise en vis indbyrdes loyalitet¹²⁹. Loyalitetsforpligtelsen antages at have en særligt fremtrædende betydning i længerevarende aftaleforhold, som entreprisekontrakter et eksempel på¹³⁰. Sådanne kontrakter forudsætter en betydelig grad af samarbejde mellem parterne, da forholdene i forbindelse med aftalens opfyldelse kan ændre sig væsentligt i kontraktperioden¹³¹. Loyalitetsforpligtelsen i entrepriseforhold kommer til udtryk mange steder i AB-reglerne. Helt generelt fremgår det af AB 18 § 33, at parterne skal samarbejde loyalt, således at fejl, forsinkelser og fordyrelser undgås. Blandt andet skal bygherren, som tidligere nævnt, tilvejebringe et udbudsmateriale, der skal være entydigt formuleret, jf. AB 18 § 4, stk. 2, og entreprenøren er forpligtet til at gøre opmærksom på uklarheder i udbudsmaterialet.

Loyalitetsforpligtelsen kan angive en retning for fortolkningen af parternes forpligtelser. Parternes skærpede loyalitetsforpligtelse over for hinanden og hensynene hertil kan dermed påvirke resultatet

¹²⁸ Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 112.

¹²⁹ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 24

¹³⁰ Lyngø Andersen og Madsen, Aftaler og mellemmand, s. 449

¹³¹ Hansen og Ulfbeck, Lærebog i aftaleret, s. 24.

af fortolkningen. Loyalitetsforpligtelsen kan formentlig tilkendes en mere selvstændig betydning, når der er tale om fortolkningen af en entrepriseaftale end en anden form for aftale, som ikke kan anses som længerevarende. Loyalitetsforpligtelsen kan dermed få betydning ved fortolkningen af en bæredygtighedsklausul. Grundet loyalitetsforpligtelsen, der er særligt udtalt inden for entrepriserelationer, kan det anføres, at de almindelige fortolkningsregler får mindre betydning, end hvis der var tale om andre former for aftaler. Dette kan antages at gælde inden for minimums- og uklarhedsreglens anvendelsesområde.

Kapitel 4: Misligholdelsesbeføjelser og håndhævelse

4.1 Misligholdelse i entrepriseaftaler

Der foreligger misligholdelse, hvis der er tale om ikke-opfyldelse af en fordring, som ikke skyldes kreditors forhold¹³². Begrebet ikke-opfyldelse omfatter både debtors kontraktsbrud og dennes forsinkelse af arbejdet¹³³. Misligholdelse af en kontrakt omfatter derved både mangler ved det udførte arbejde, og hvis arbejdet bliver forsinket. Misligholdelse i form af forsinkelse kommer i AB 18 til udtryk i § 40, stk. 1, hvoraf det fremgår, at *''forsinkelse, som ikke giver entreprenøren ret til tidsfristforlængelse, er ansvarspådragende''*. For at der kan statuere forsinkelse, skal der foreligge en klar ydelse i kontrakten, der angiver præcist, hvornår der vil være tale om en rettidig aflevering af arbejdet, og det skal tydeligt fremgå, hvornår entreprenøren overskrider tidsfristerne, som er sat løbende under udførelsen af arbejdet¹³⁴.

I obligationsretten er en ydelse mangelfuld, hvis *''dens faktiske egenskaber ikke er, som de efter kontrakten skulle være''*¹³⁵. Det er imidlertid ikke alle bagateller eller mindre fejl ved ydelsens egenskaber, som kan anses som en mangel. Afgørelsen af, om der foreligger en mangel, beror på, hvordan ydelsens tilstand må siges at være på tidspunktet for risikoens overgang og på, hvad indholdet af kontrakten er¹³⁶. I entrepriserelationer er det tidspunktet for aflevering af arbejdet, der er afgørende for mangelsvurderingen jf. § AB 18 § 47, stk. 6.

¹³² Gomard, Obligationsret 2. del, s. 30.

¹³³ Gomard, Obligationsret 2. del, s. 28.

¹³⁴ Iversen, Entrepriseretten, s. 446.

¹³⁵ Gomard, Obligationsret del 1, s. 159.

¹³⁶ Gomard, Obligationsret 1. del, s. 159.

Den entrepriseretlige mangelsdefinition bygger på den obligationsretlige definition, og et afgørende aspekt heri er, at arbejdet skal være i overensstemmelse med de egenskaber, der er aftalt i kontrakten. Udgangspunktet for vurderingen af, om der foreligger en mangel, er derfor, hvad parterne har aftalt angående kravene til ydelsen. Hvis det ikke klart fremgår af kontrakten, hvad kravene til ydelsen er, falder man i mangelsvurderingen tilbage på, hvad der kan anses som sædvanligt. Der blev eksempelvis lagt vægt på, hvad der kunne anses som sædvanligt i TBB 2007.355. At der lægges vægt på, hvad der kan anses som sædvanligt, fremgår også af AB-reglernes mangelsbegreb, som fastlægger, at der foreligger en mangel ved det udførte arbejde, hvis arbejdet ikke er *’udført i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt eller i overensstemmelse med bygherrens eventuelle anvisninger’*, jf. AB 18 § 12, stk. 1. I forhold til mangler ved materialevalget følger det endvidere af § 12, stk. 1, 2. pkt., at materialer skal være af sædvanlig god kvalitet (medmindre der er anført en særlig beskaffenhed for materialernes kvalitet i entreprisekontrakten). Det kan imidlertid være vanskeligt at opstille nogle generelle parametre for, hvad der kan siges at være *’sædvanligt’* for bæredygtighedsklausuler. Dette er begrundet i, at der er tale om et relativt nyt fokusområde samt, at der ikke foreligger tilstrækkelig praksis på området. Det kan derfor være vanskeligt at sige, hvad der er *’sædvanligt’* for bæredygtighed i entrepriseforhold. Dette kan dog til en vis grad afhjælpes af, at der i entreprisekontrakterne henvises til standarder for bæredygtighed. Det kan overvejes, om sådanne standarder kan siges at være udtryk for, hvad der er *’sædvanligt’* for bæredygtighed. Et eksempel på, at en standard anvendes i en bæredygtighedsklausul, findes i udbuddet fra Danmarks Medie- og Journalisthøjskole¹³⁷, hvor der henvises til Naturstyrelsens standard for bæredygtige træmaterialer.

For så vidt angår bæredygtighedsklausuler er det nødvendigt, at der i kontrakten er taget stilling til, hvornår en ydelse kan anses som kontraktmæssig for, at det kan vurderes, om der foreligger en mangel ved arbejdet. Dette indebærer blandt andet, at der i kontrakten er indsat nogle målbare kriterier for, hvordan en entreprenør kan udføre arbejdet kontraktmæssigt. Som det ses ovenfor under punkt 3.3.1, er der flere bæredygtighedsklausuler, hvor kriterierne for, om en forpligtelse er opfyldt eller ej, ikke tydeligt fremgår¹³⁸. Konsekvensen heraf er, at det kan blive en udfordring at afgøre, om der foreligger korrekt opfyldelse af kontrakten, eller om der er tale om mangelfuldt arbejde. Hvis det, der er aftalt,

¹³⁷ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 170-410517.

¹³⁸ Se herunder behandlingen af klausulerne fra Holbæk Kommune og Odense Kommune.

er uklart eller kan forstås på mange forskellige måder, kan det være vanskeligt at bruge mangelsbegrebet, og der kan som følge heraf opstå tvister. Denne udfordring ved mangelsvurderingen rejser endvidere spørgsmålet om, hvorvidt bygherren i så fald kan gøre brug af misligholdelsesbeføjelser mod entreprenøren. Hvis det ikke er muligt at fastslå, om der foreligger misligholdelse, kan der selv sagt ikke gøres brug af misligholdelsesbeføjelser.

Foruden entreprenørens forpligtelse til at udføre arbejdet i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt eller i overensstemmelse med bygherrens anvisninger, skal entreprenøren også sørge for at kvalitetssikre sine ydelser i forbindelse med arbejdet, jf. AB 18 § 12, stk. 1, 3. pkt. Ifølge bemærkningerne til § 12 i Betænkningen for Almindelige betingelser i byggeri og anlæg¹³⁹ indebærer dette et krav om "sædvanlig" kvalitetssikring, og at de nærmere krav til entreprenørens kvalitetssikring bør præciseres i entrepriseaftalen. I forbindelse med kvalitetssikringen, er det nødvendigt, at entreprenøren sørger for at foretage tilstrækkelig dokumentation. Såfremt entreprenøren ikke sørger for at kvalitetssikre sine ydelser, udgør dette en mangel ved arbejdet. Hvis entreprenøren imidlertid sørger for undervejs i arbejdet at dokumentere sin kvalitetssikring, kan dette muligvis afhjælpe nogle af de tvister om mangler, der kan opstå senere i processen. Entreprenørens forpligtelse om kvalitetssikring optræder også ved projektgennemgangen, som efter AB 18 § 19, stk. 1 skal gennemføres, inden udførelsen af bygge- eller anlægsopgaven påbegyndes. Det fremgår af betænkningen til AB, at meningen med projektgennemgangen er at afdække og håndtere uklarheder og tvetydige forhold ved projekt materialet, inden arbejdet igangsættes¹⁴⁰. Det følger af AB 18 § 19, stk. 3, at alle parter skal medvirke loyalt til projektgennemgangen. Dette betyder, at såfremt entreprenøren opdager tvetydige forhold og uklarheder i forbindelse med kvalitetssikringen, er han forpligtet til at gøre de øvrige parter opmærksom på dette. På denne måde kan entreprenørens kvalitetssikring af bygherrens og den projekterende rådgivers projekt ligeledes bidrage til at afhjælpe tvister, som kan opstå på grund af uklare formuleringer af bestemmelser i projektet.

Selvom der foreligger et løfte, der opfylder kravet om bestemthed og således er bindende, kan der opstå tvister med hensyn til, hvad aftalen går ud på, og hvordan den skal forstås, hvilket er behandlet i specialets afsnit 3.4. Hvis det, der er aftalt, er uklart eller tvetydigt, og ikke kan fastlægges ved

¹³⁹ Betænkning 1570, Almindelige betingelser i byggeri og anlæg, 2018.

¹⁴⁰ Betænkning 1570, Almindelige betingelser i byggeri og anlæg, 2018, s. 113.

fortolkning, kan der opstå udfordringer med hensyn til at vurdere, om der foreligger misligholdelse af en kontrakt. Hvis det er muligt at udlede, hvilke krav, klausulen opstiller, og det kan bevises, at der foreligger en mangel, kan misligholdelsesbeføjelser komme på tale. En efterfølgende problemstilling er, om kontraktsbestemmelserne om bygherrens misligholdelsesbeføjelser er effektive til at imødekomme de problemer, som opstår ved, at klausulerne om bæredygtighed ikke bliver opfyldt.

I det følgende vil bygherrens misligholdelsesbeføjelser, der er knyttet op på bæredygtighedsklausulerne, blive undersøgt. I denne forbindelse undersøges det, om misligholdelsesbeføjelserne kan bruges som effektive redskaber til at imødekomme de problemer, som kan opstå ved ikke-korrekt opfyldelse af bæredygtighedsklausulerne.

4.2 Bygherrens misligholdelsesbeføjelser

4.2.1 Afhjælpning

Afhjælpning går ud på, at den mangel, der er påvist, elimineres af entreprenøren selv, ved at han udbedrer manglen, det være sig ved en omgørelse, en opretning eller en supplerings af det oprindeligt udførte arbejde¹⁴¹. I entrepriseretten gælder i almindelighed, at bygherrens primære beføjelse er krav om afhjælpning, jf. AB 18 §§ 48 og 49. Af AB 18 fremgår i § 48, at ”*entreprenøren har pligt og ret til at afhjælpe mangler, der påvises ved afleveringen*“. Entreprenøren har således både en afhjælpningsret og en afhjælpningspligt. Afhjælpningspligten gælder, når bygherren kræver, at entreprenøren foretager afhjælpning, hvor afhjælpningsretten gælder, når entreprenøren kræver at få lov til at foretage afhjælpning. Ved at afhjælpe mangler kan entreprenøren afværge misligholdelsesbeføjelser fra bygherren¹⁴².

I en lang række tilfælde vil bygherren og entreprenøren have en sammenfaldende interesse i, at konstaterede mangler udbedres, og at det bliver netop den entreprenør, der udførte arbejdet, som foretager

¹⁴¹ Iversen, *Entrepriseretten*, s. 612.

¹⁴² Gomard, *Obligationsret 2. del*, s. 89.

udbedringen¹⁴³. For den misligholdende entreprenør vil det være mindre omkostningsfuldt, at afhjælpningen foretages af denne i stedet for, at udbedringen foretages af en anden entreprenør for den misligholdende entreprenørs regning. For bygherren kan afhjælpningspligten indebære, at han får udbedret manglen hurtigt og vellykket, da han ikke er nødsaget til at antage en ny entreprenør. Det kan af denne årsag anføres, at afhjælpning som oftest vil være det mest effektive middel til at imødekomme problemer, som opstår ved, at der foreligger ikke-kontraktmæssig opfyldelse af en bæredygtighedsklausul, idet afhjælpning for begge parter ofte vil være mindst omkostningstungt og mere effektivt i relation til opfyldelse.

I et udbud fra VIA University College¹⁴⁴ er der i entreprisekontrakten indsat en beføjelse om afhjælpning. Det fremgår af bestemmelsen, at

“Ordregiver kan, hvor dette er praktisk muligt, kræve afhjælpning, medmindre det vil volde Leverandøren uforholdsmæssig omkostning eller væsentlig ulempe.”

Bestemmelsen er, foruden afhjælpningspligten, udtryk for offergrænseprincippet. Offergrænseprincippet indebærer, at entreprenøren ikke med kontraktsindgåelse har forpligtet sig til - inden for det aftalte vederlag - at overvinde en hvilken som helst hindring, der måtte dukke op undervejs¹⁴⁵. Der er således en grænse for, hvilke byrder leverandøren skal bære.

Hvis bygherren kommer igennem med, at leverandøren ikke har leveret kontraktmæssigt, kan det forekomme byrdefuldt for entreprenøren at foretage afhjælpning, hvis kravet, der er stillet i klausulen, er uklart. Grunden hertil er, at et krav, der ikke er konkret, kan medføre, at bygherrens forventning og entreprenørens forudsætning ligger langt fra hinanden ved arbejdets start. Hvis en kontraktsklausul om bæredygtighed indeholder uklare krav, kan det være vanskeligt for entreprenøren at udlede præcist, hvad der skal præsteres. Hvis forpligtelsens omfang ikke klarlægges undervejs i arbejdet, kan dette indebære, at entreprenøren skal afhjælpe betydelige mangler. Afhjælpningen kan dermed forekomme byrdefuld for entreprenøren set fra et økonomisk perspektiv. Offergrænseprincippet kan i en

¹⁴³ Iversen, Entrepriseretten, s. 646.

¹⁴⁴ Jf. Udbudsbekendtgørelses nr. 2021/S 076-193355. Beføjelsen om afhjælpning knytter sig til den klausul i kontrakten, som handler om bæredygtighed. Ordlyden i bæredygtighedsklausulen er behandlet oven for under punkt 3.3.1 jf. fodnote 92.

¹⁴⁵ Iversen, Entrepriseretten, s. 624.

sådan situation medføre, at afhjælpning ikke kan foretages. Dette taler imod, at afhjælpning er et effektivt middel til at løse problemer, der kan opstå ved, at entreprenøren ikke har opfyldt bæredygtighedsklausulen kontraktmæssigt.

Voldgiftsretten har lagt vægt på, hvorledes omkostningerne til udbedring af manglen, står i forhold til entreprisesummen. Dette var eksempelvis tilfældet i KfE 2001s.27VBA, som angik levering af et belyningsanlæg til en væddeløbsbane, hvor anlægget var mangelfuldt. Entreprisesummens værdi var 1,4 millioner kr., mens værdien af udbedringen af manglen var 1 million kr. Voldgiftsretten fandt, at selvom værdien af udbedringen var høj, set i forhold til entreprisesummen, og selvom bygherren kunne benytte anlægget på trods af manglen, forelå der ikke "*ganske særlige forhold*", hvorfor offergrænseprincippet ikke fandt anvendelse. Hvis byrden ved at foretage udbedring af manglen er lille, set i forhold til entreprisesummen, taler dette således imod, at offergrænseprincippet finder anvendelse. Hertil kan anføres, at i mange entrepriseprojekter, som inddrager krav til bæredygtighed, vedrører en forholdsvis lille del af entreprisen bæredygtighed. Bæredygtighed vil sjældent være en del af hovedydelsen i kontrakten, men oftere en mere "sekundær" forpligtelse, som entreprenøren skal opfylde. Hertil skal det haves for øje, at bæredygtighed i bygge- og anlægsopgaver stadig er under udvikling, og at denne udvikling formentlig vil fortsætte. Som det forholder sig lige nu, er markedet i bygge- og anlægsbranchen stadig forholdsvis umodent i forhold til bæredygtighed, og et udslag af dette kan være, at bæredygtighed ofte bliver en sekundær ydelse i kontrakterne. Dette indebærer, at udgifterne til afhjælpning ikke nødvendigvis vil være betydelige i forhold til entreprisesummen, hvilket taler imod, at offergrænseprincippet vil spille en rolle for klausulerne om bæredygtighed.

På den anden side skal der ved anvendelse af offergrænseprincippet tages hensyn til bygherrens interesse i, at aftalen opfyldes, jf. AB 18 § 51. Dette kan tale for, at offergrænseprincippet kan spille en rolle ved afhjælpning af mangler i forhold til bæredygtighedskrav. Ofte vil det have en stor betydning for bygherren, hvis projektet ikke lever op til de bæredygtighedskrav, han har sat i udbuddet, da nogle bygherrer konkurrerer på at være bæredygtige, og således bruger bæredygtighed aktivt i en kommerciel kontekst. Af denne grund vil det sandsynligvis være til stor gene for bygherren, hvis bæredygtighedskravene ikke efterleves, da dette i sidste ende ville kunne skade bygherrens omdømme og forretning.

Afhjælpningen kan således blive forhindret af offergrænseprincippet, hvis det vil medføre entreprenøren uforholdsmæssigt store udgifter at afhjælpe mangler i forhold til bæredygtighed. Det er dog tvivlsomt, om princippet vil spille en særlig rolle i forhold til bæredygtighed og mangler, der relaterer sig hertil. Såfremt princippet finder særlig anvendelse i relation til bæredygtighedsklausuler, vil dette formentlig betyde, at afhjælpning kan ses som en mindre effektiv beføjelse i forhold til at imødekomme problemer ved ikke-kontraktmæssig opfyldelse af bæredygtighedsklausuler.

I tilfælde, hvor princippet om offergrænsen indebærer, at entreprenøren ikke skal foretage afhjælpning, kan bygherre stadig få sin interesse i, at kontrakten opfyldes, tilgodeset i form af økonomisk kompensation. Dette kan gøres ved, at bygherre får et afslag i entreprisensummen, jf. AB 18 § 52, stk. 1, 2. pkt. Afslag i entreprisensummen indebærer, at bygherrens pengemæssige ydelse til entreprenøren bliver reduceret. På denne måde bliver bygherren økonomisk kompenseret for entreprenørens ikke-kontraktmæssige arbejde, men dette ændrer imidlertid ikke på, at der fortsat foreligger en mangel ved arbejdet, og indtil denne mangel udbedres, kan det udførte arbejde ikke blive anset som kontraktmæssigt. Afslag i entreprisensummen ville derfor kunne ses som en mulighed for, at bygherren bliver kompenseret for entreprenørens misligholdelse af kontrakten, men ikke som en egentlig løsning på problemet i forhold til manglen ved det udførte arbejde.

4.2.3 Ophævelse

Ved ophævelse af en aftale forstås, at en part ansvarsfrit bringer begge parter forpligtelser til at opfylde aftalen in natura til ophør ved meddelelse til den anden part på grund af denne andens misligholdelse af aftalen¹⁴⁶. Det følger af AB 18 § 59 litra c om bygherrens hæveret, at *”bygherren efter skriftligt påkrav til entreprenøren kan hæve entrepriseaftalen, hvis det udførte arbejde er af en sådan kvalitet, at bygherren har grund til at antage, at entreprenøren ikke vil være i stand til at fuldføre arbejdet uden væsentlige mangler”*.

I entrepriseforhold spiller hæveretten ingen væsentlig rolle, hvilket hænger sammen med, at ophævelse sædvanligvis vil være en alt for indgribende reaktion over for den misligholdende entreprenør,

¹⁴⁶ Gomard, Obligationsret 2. del, s. 115.

og at bygherrens interesser vil kunne tilgodeses i tilstrækkeligt omfang gennem andre misligholdelsesbeføjelser¹⁴⁷. I entrepriserforhold er det endvidere sjældent forsinkelse i sig selv og endnu sjældnere mangler i sig selv, der begrunder en ophævelse. Det er oftest en økonomisk uenighed, der fører til, at en af parterne hæver aftalen. Eksempelvis hvis bygherren nægter at betale et beløb, som entreprenøren mener at have krav på, hvorefter entreprenøren af denne grund vælger at standse arbejdet, og bygherren hæver aftalen¹⁴⁸. Det forekommer, at det i en entrepriseaftale er aftalt, at andre grunde, end de i AB 18 nævnte, kan berettige ophævelse fra bygherrens side. Parterne i entreprisekontrakten kan have truffet nærmere aftale om, under hvilke omstændigheder mangler eller forsinkelse skal være hævebegrundende misligholdelse. Dette var tilfældet i udbuddet fra VIA University College¹⁴⁹ vedrørende håndværkerydelser. I udkastet til rammeaftalen er der indsat en bestemmelse om bæredygtighed og hertil en bestemmelse om ophævelse. Af punkt 38 benævnt ”Miljø” fremgår blandt andet, at

“Leverandøren garanterer, at alt hvad der bliver leveret under nærværende rammeaftale, opfylder de til enhver tid gældende miljøregler, -love, -bekendtgørelser, EU-direktiver mv.”

Og

“Leverandøren skal ved produktion og levering af de af kontrakten omfattede ydelser arbejde på, at forebygge og bekæmpe forurening af luft, vand, jord og undergrund samt vibrations- og støjulemper, at anvende hygiejnisk begrundede processer af betydning for miljøet og for mennesker, at begrænse anvendelse og spild af råstoffer og andre ressourcer, at fremme anvendelsen af renere teknologi og at fremme genanvendelse og begrænse problemer i forbindelse med affaldsbortskaffelse. Der lægges herved vægt på, hvad der er opnåeligt ved anvendelse af den bedst tilgængelige teknik, herunder mindre forurenende råvarer, processer og anlæg og de bedst muligt forureningsbekæmpende foranstaltninger.”

Om ophævelse er anført, at

“Manglende overholdelse af bestemmelsen anses for at være væsentlig misligholdelse, hvilket berettiger Ordregiver til at ophæve rammeaftalen med omgående virkning”.

Bestemmelsen i rammeaftalen forekommer at gå videre end bestemmelserne i AB 18 om ophævelse. Ophævelse er i AB 18 § 59 litra d betinget af, at der foreligger væsentlig misligholdelse med hensyn

¹⁴⁷ Iversen, Entrepriseretten, s. 640.

¹⁴⁸ Iversen, Entrepriseretten, s.728.

¹⁴⁹ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 076-193355.

til forhold af afgørende betydning for bygherren. Af AB-betænkningen fremgår, at forhold af afgørende betydning for bygherren eksempelvis kan være "*entreprenørens manglende overholdelse af aftalte forpligtelser om samfundsansvar, herunder arbejdsklausuler og sociale klausuler*"¹⁵⁰. Enhver manglende overholdelse af bestemmelsen i rammeaftalens punkt 38 anses for at være væsentlig misligholdelse, hvilket forekommer mere vidtgående end bestemmelsen i AB 18, som kræver, at det vurderes, at misligholdelsen er væsentlig, og at der er tale om forhold af *afgørende* betydning. Væsentlighedsvurderingen er en totalbedømmelse, hvor man ikke blot kan tage hensyn til den objektivt konstaterbare afstand mellem det, der blev lovet og det, der blev præsteret, men hvor man også - blandt andet - må lægge vægt på, om der kan lægges den misligholdende kontraktspart noget til last¹⁵¹. Bestemmelsen om ophævelse i udbuddet fra VIA University College lægger dog ikke op til, at det er nødvendigt for bygherren at foretage en egentlig væsentlighedsvurdering, inden han gør brug af beføjelsen om ophævelse, idet alene "*manglende overholdelse af aftalen*" berettiger ophævelse. Med formuleringen "*manglende overholdelse af aftalen*" fastlægges en ret til at hæve aftalen, uanset hvordan denne manglende overholdelse optræder. Heroverfor står reglerne i AB-systemet, hvorefter der kræves særligt kvalificerede omstændigheder før bygherren er berettiget til at ophæve entrepriseaftalen. Af denne grund synes rammeaftalens bestemmelse om ophævelse at gå videre end bestemmelserne i AB 18.

Dernæst kan der stilles spørgsmål ved, hvorvidt ophævelse vil være et effektivt middel til at løse problemet med, at leverandøren ifølge bygherren ikke har opfyldt kravene om bæredygtighed kontraktmæssigt. Hvorvidt bestemmelserne i henholdsvis rammeaftalen om håndværkerydelser for VIA University College er mere effektive end bestemmelserne om ophævelse i AB 18, forekommer tvivlsomt. Det er tydeligt, at en af intentionerne med bestemmelsen i rammeaftalen er at fremhæve vigtigheden af, at der tages højde for bæredygtighed i arbejdet. Det er endvidere sandsynligt, at det er bygherrens intention at skabe incitament hos entreprenøren til at overholde bestemmelserne.

Ophævelse vil dog, som ovenfor nævnt, ofte i entrepriseforhold have vidtrækkende konsekvenser, og vil ikke altid føre til en mere effektiv færdiggørelse af entreprisen. I KfE 1982.76 VBA fandt vold-

¹⁵⁰ Betænkning 1570, Almindelige betingelser i byggeri og anlæg, 2018, s. 171.

¹⁵¹ Iversen, Entrepriseretten, s. 640.

giftsretten, at ophævelse ikke kunne antages at føre til en hurtigere, men snarere til en senere færdiggørelse af entreprisen. Sagen angik forsinkelse på grund af blokade, som forårsagede opstartsvanskeligheder og gjorde, at arbejdet lå stille i nogle måneder. Ved vurderingen af, om der foreligger hævebegrundende misligholdelse, er det af betydning, om en ophævelse af kontrakten vil være særlig indgribende for entreprenøren, og om bygherrens behov for at kunne reagere over for den misligholdende entreprenør er tilgodeset i tilstrækkelig grad ved andre misligholdelsesbeføjelser¹⁵². Dette synspunkt blev der lagt vægt på i den omtalte dom KfE 1982.76 VBA. Voldgiftsretten fandt, at ophævelsen havde været et unødigt vidtgående skridt, da entreprenøren befandt sig i en meget vanskelig situation, og da det måtte være forudsigeligt, at afbrydelse af entreprisen kunne medføre et betydeligt tab for entreprenøren. På denne baggrund var ophævelsen uberettiget. Dommen illustrerer, at ophævelse i entrepriseforhold sjældent vil være det mest effektive middel i forhold til opfyldelsen af arbejdet, og at det ofte vil have betydelige konsekvenser for entreprenøren. Derudover skal bygherren i tilfælde af ophævelse antage en ny entreprenør til at færdiggøre arbejdet, hvilket også kan være meget ressourcekrævende. Derfor kan ophævelse næppe siges altid at være det mest effektive middel i entrepriseforhold, hverken økonomisk eller tidsmæssigt, hvilket heller ikke var tilfældet i KfE 1982.76 VBA.

Det er derfor tvivlsomt, om bygherrens ophævelse på baggrund af, at entreprenøren ikke har opfyldt bestemmelsen i rammeaftalen fra VIA University College, vil medføre et "bedre" resultat end ved eksempelvis at gøre brug af en beføjelse om afhjælpning. Det kan af denne årsag diskuteres, om en beføjelse om ophævelse kan anses som et effektivt middel til at imødekomme en ikke-kontraktmæssig opfyldelse af bæredygtighedsklausulen i rammeaftalen, men den nærliggende konklusion er overvejende benægtende.

4.2.4 Bod

Bygherren kan desuden anvende bod som misligholdelsesbeføjelse. Dette kan gøres i tilfælde, hvor det vil være svært for bygherre at præstere tilstrækkeligt bevis for omfanget af sit tab som følge af misligholdelse, hvor tabet er vanskeligt at opgøre, eller hvor det muligvis ikke kan lade sig gøre at

¹⁵² Iversen, Entrepriseretten, s. 730.

kræve tabet erstattet i sin helhed efter de almindelige erstatningsretlige regler¹⁵³. Bestemmelser om bod kan indsættes i en kontrakt som en sanktionsbestemmelse og ved at gøre dette, sikrer bygherren, at han kan modtage økonomisk kompensation som følge af kontraktsbrud. En aftale om bod forstås i almindelighed således, at bygherre kun kan kræve boden betalt i tilfælde af en misligholdelse, der er ansvarspådragende for debitor¹⁵⁴. Bod er en standardiseret erstatningsbeføjelse, og det følger af AB 18 § 40, stk. 6, at hvis der ikke er fastsat bod eller andre særlige sanktionsbestemmelser, opgøres bygherres krav efter dansk rets almindelige regler, herunder reglerne om erstatning. En bestemmelse om bod er altså en beføjelse for bygherre, der adskiller sig fra de øvrige beføjelser i den deklaratoriske ordning og standardbeføjelserne i AB-systemet såsom afhjælpning og ophævelse.

Det forudsættes som nævnt, at der skal være tale om ansvarspådragende misligholdelse fra debitor – entreprenøren - før, at bygherren kan kræve bod. Dette gælder også for dagbod for forsinkelse. Derudover er det en betingelse, at det er aftalt mellem parterne, at bod kan bruges som beføjelse i forholdet mellem bygherren og entreprenøren. I denne aftale skal det tydeligt fremgå, hvilken størrelse bodssatsen har og de nærmere omstændigheder for dagbodssatsens størrelse¹⁵⁵. Denne betingelse fremgår i TBB 2006.611. I denne sag kunne en bygherre ikke kræve dagbøder, idet det ikke var godtgjort, at der var vedtaget en størrelse for dagbøderne, og derfor havde bygherren ikke hjemmel til at beregne dagbøderne. Voldgiftsretten udtalte i denne forbindelse, at ”*vedtagelser om dagbod ... må have et sikkert aftalemæssigt grundlag for at kunne håndhæves*”.

For at bygherren kan bevare retten til at kræve dagbod, er det i litteraturen antaget, at princippet i købelovens § 27 ligeledes gælder for entrepriseforhold¹⁵⁶. Dette indebærer, at bygherren uden ugrundet ophold skal meddele entreprenøren, at han vil påberåbe sig forsinkelsen. Der stilles krav om, at bygherrens reklamation skal være klar, præcis og utvetydig, og at bygherren må gøre gældende, at forsinkelsen skyldes et ansvarspådragende forhold fra entreprenørens side¹⁵⁷. Hvis bygherren ikke reklamerer på tilstrækkelig vis, fortaber han som udgangspunkt retten til at kræve dagbod¹⁵⁸. Kravene

¹⁵³ Gomard, Obligationsret 2. del, s. 317.

¹⁵⁴ Gomard, Obligationsret 2. del, s. 317.

¹⁵⁵ Iversen, Entrepriseretten, s. 495.

¹⁵⁶ Iversen, Entrepriseretten, ss. 514-515.

¹⁵⁷ Iversen, Entrepriseretten, s. 514-515.

¹⁵⁸ Iversen, Entrepriseretten, s. 516.

til bygherres reklamation fremgår blandt andet i afgørelsen i TBB 2005.365, hvor voldgiftsretten udtalte, at *‘for at kunne få medhold i et kontraktligt begrundet krav om betaling af dagbøder, er det et ubetinget vilkår, at den part, som påstår en anden part i en byggesag tilpligtet at betale dagbøder, på et tidspunkt fremkommer med en utvetydig tilkendegivelse om, at der fra et nærmere specifikt angivet tidspunkt vil blive krævet betaling af dagbøder...’*.

Foruden betingelserne om, at dagbod skal være aftalt mellem parterne, og at bygherren skal reklamere på tilstrækkelig vis, er det derudover en betingelse for at kræve dagbod for entreprenørens ansvars- pådragende forsinkelse, at bygherren har foretaget en løbende notering af tidsfristoverskridelserne. Denne betingelse kommer til udtryk i kendelsen KfE 1996.47 VBA, hvori voldgiftsretten opstillede nogle generelle synspunkter vedrørende en bygherres mulighed for at kræve dagbøder. Voldgiftsretten udtalte, det *ikke* er muligt at kræve dagbod for overskridelse af mellemfrister, medmindre bygherren godtgør, at *‘de dagbodsudløsende mellemterminer er fastsat for at sikre overholdelsen af sådanne for byggeriet afgørende terminer, at der i så fald løbende er foretaget nøjagtige noteringer af overskridelser af fristerne med fradrag af eventuelle tidsfristforlængelser’*. Bygherren skal derudover godtgøre, at kontraktgrundlaget indeholder klar og utvetydig hjemmel for opkrævning af dagbøder.

I entrepriseforhold er det ikke unormalt, at der kræves bod for entreprenørens misligholdelse i form af forsinkelse. Det ses imidlertid også, at bestemmelser om bod knyttes op på de kontraktuelle krav om bæredygtighed, og at bygherren derfor er berettiget til at kræve bod som følge af mangler ved arbejdet. Dette ses blandt andet i et uddrag af en fagentreprisekontrakt mellem en totalentreprenør (5E Byg A/S) og en underentreprenør (Arkil A/S) om udførelse af en fagentreprise på projektet *‘Trælastholmen Nordhavn’*. I denne kontrakt er der indsat følgende bestemmelse:

‘I henhold til lokalplan nr. 499 miljøcertificeres området og bygninger i Trælastholmen efter DGBNB-ordningen. Entreprenøren er forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre byggeriet, således at den færdige bygning kan certificeres til DGNB Platin. Såfremt bygningen mod forventning kan certificeres til DGNB Guld i stedet for DGNB Platin, og såfremt dette helt eller delvist kan henføres til Entreprenørens forhold, er Entreprenøren forpligtet til at betale en kompensation på kr. 1.000.000,00 eksklusiv moms til Bygherren’.

Til trods for, at bestemmelsen stammer fra et uddrag af en kontrakt mellem 5E Byg A/S og Arkil A/S, må bestemmelsen forstås sådan, at *‘Entreprenøren’* er 5E Byg A/S, mens *‘Bygherren’* er AP ejendomme A/S, som er bygherren for hele projektet. Grunden til, at bestemmelsen kan læses således, er,

at det vil være totalentreprenøren og ikke underentreprenøren, der skal stå for at DGNB-certificere hele byggeriet. Arkil skal som underentreprenør levere en fagentreprise bestående i jord- og spunsarbejder, pælefundering og grundvandssænkning og vil således kun være ansvarlig for denne del. Det kan dermed lægges til grund, at det ikke er Arkil, der er ansvarlig for at DGNB-certificere hele byggeriet.

Til trods for, at der i TBB 2006.611, KfE 1996.54 VBA og TBB 2005.365 var tale om bod for ansvarspådragende forsinkelse, må kravet til, at bodens størrelse skal være tydeligt aftalt mellem parterne, kravet til påvisning af misligholdelse samt kravet til bygherrens reklamation alligevel siges at være gældende, hvis der skal kræves bod for mangelfuldt arbejde. Man kan argumentere for, at principperne i betingelserne ikke gør sig mindre gældende, blot fordi boden kræves på baggrund af en mangel i stedet for forsinkelse af arbejdet. Det fremgår af betænkningen til Almindelige Betingelser for byggeri og anlæg¹⁵⁹, at *”aftalen skal desuden klart angive dagboden, herunder hvordan den beregnes”*. Betingelsen om, at det skal oplyses, hvordan boden beregnes, må siges at varetage entreprenørens interesser, idet entreprenøren skal kunne danne sig en ide om, hvor stor en bod han eventuelt bliver mødt med i tilfælde af kontraktsbrud. Dette hensyn forekommer ikke mindre væsentligt i tilfælde, hvor boden skyldes en mangel frem for forsinkelse. For så vidt angår betingelsen om bygherrens reklamation fremgår det af betænkningen, at formålet med kravene hertil, er, *“at det står entreprenøren klart, at der vil påløbe dagbod, så entreprenøren kan overveje mulighederne for at forcere for at undgå det”*¹⁶⁰. Hensynet bag denne betingelse er altså, at entreprenøren skal have mulighed for at undgå boden, hvis det kan lade sig gøre for ham. Dette hensyn må siges at være gældende, uanset at boden kræves som følge af en mangel. Entreprenøren skal i så fald have mulighed for at imødekomme manglen og på den måde undgå at blive pålagt bod. Ud fra disse overvejelser vil det formentlig kunne lægges til grund, at betingelserne for at gøre dagbod gældende på baggrund af forsinkelse også finder anvendelse, når en bygherre skal kræve bod på baggrund af mangler ved arbejdet.

Dette indebærer, at der i bodsbestemmelserne, som gøres gældende som følge af mangelfuld opfyldelse af bæredygtighedskravene, skal opstilles nogle tydelige punkter for, *hvornår* boden falder (det

¹⁵⁹ Betænkning 1570, Almindelige betingelser til byggeri og anlæg, 2018, s. 154.

¹⁶⁰ Ibid.

tidsmæssige aspekt), og *hvorfor* det sker (hvornår er der tale om misligholdelse), for at bod kan siges at være effektiv som misligholdelsesbeføjelse.

Det fremgår imidlertid ikke tydeligt af bodsbestemmelsen i kontrakten mellem 5E Byg A/S (totalentreprenør) og Arkil A/S (underentreprenør), *hvornår* entreprenøren (5E Byg A/S) kan ifalde bod over for bygherren (AP Ejendomme A/S). Bestemmelsen fastslår, at hvis byggeriet alene kan certificeres til DGNB Guld i stedet for DGNB Platin – og hvis dette helt eller delvist skyldes entreprenørens forhold – er entreprenøren forpligtet til at betale 1.000.000 kroner i bod. En eventuel misligholdelse vil bestå i, at byggeriet kun kan certificeres til en lavere standard, end hvad der er aftalt. Formuleringen rejser imidlertid spørgsmål om, *hvornår* denne vurdering skal træffes. Det kan være, at vurderingen om misligholdelsen først træffes efter, at byggeriet er færdigt udført. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at det i løbet af processen kan ses, at certificeringen til DGNB Platin ikke kan opnås. Denne situation kunne eksempelvis foreligge, hvis projekt materialet ikke bliver præcertificeret, hvorfor bygherren allerede på dette tidspunkt ville kunne gøre brug af beføjelsen om bod.

Fordi det ikke er tydeligt af klausulen, *hvornår* i processen bygherren kan pålægge entreprenøren at betale bod, kan der rejses tvivl om beføjelsens effektivitet i forhold til at imødekomme de problemer, der kan opstå ved, at arbejdet ikke er kontraktmæssigt. Det kan udgøre en udfordring i forhold effektiviteten af misligholdelsesbeføjelsen, at det ikke er tydeligt, *hvornår* i processen entreprenøren kan ifalde bod. Bestemmelsen i kontrakten mellem 5E Byg A/S og Arkil A/S stemmer således ikke overens med voldgiftsrettens udtalelser i TBB 2005.365 om, "*at der fra et nærmere specifikt angivet tidspunkt vil blive krævet betaling...*". På baggrund af praksis, ville dette formentlig indebære, at voldgiftsretten ikke vil være tilbøjelig til at anerkende bygherrens krav om bod. Dermed kan det være svært for bygherren at komme igennem med en misligholdelsesbeføjelse om betaling af bod, og beføjelsens effektivitet og reelle virkning vil derfor blive begrænset.

Et andet problem i forhold til beføjelsens effektivitet er, at boden i forholdet mellem 5E Byg A/S og AP Ejendomme A/S har karakter af at være engangsydelse, og boden kan altså ses som en standardiseret erstatning for mangelfuld opfyldelse. Dette kan forstås sådan, at den standardiserede erstatning træder i stedet for opfyldelse af selve ydelsen. Der er ikke i bæredygtighedsklausulen indsat en forpligtelse om afhjælpning. I denne forbindelse er det værd at bemærke, at bæredygtighedsklausulen regulerer aftaleforholdet mellem bygherren (AP Ejendomme A/S) og totalentreprenøren (5E Byg

A/S), selvom klausulen er indsat i kontrakten mellem totalentreprenøren og underentreprenøren (Arkil A/S). Det kan derfor ikke vides, om der i aftaleforholdet mellem bygherren og totalentreprenøren er indsat en yderligere misligholdelsesbeføjelse om afhjælpning. Hvis det lægges til grund, at der ikke er indsat en bestemmelse om afhjælpning i tillæg til bestemmelsen om bod, kan man stille spørgsmålstegn ved misligholdelsesbeføjelsens effektivitet. Godt nok bliver bygherren økonomisk kompenseret for entreprenørens mangelfulde arbejde, men dette ændrer ikke ved, at byggeriet stadig kun kan certificeres til DGNB Guld i stedet for DGNB Platin. Hvis bygherren er opsat på, at det endelige byggeri skal kunne certificeres til DGNB Platin, vil han efterfølgende være nødt til, enten at få et krav igennem om, at den oprindelige entreprenør skal udbedre manglen, eller han skal antage en ny entreprenør til at gøre dette. Uanset hvilken løsning der vælges, vil dette være omkostningstungt for bygherren, fordi det både kræver tidsmæssige og økonomiske ressourcer. Dette taler for, at misligholdelsesbeføjelsen om bod ikke kan siges at være mere effektiv i forhold til at opnå et endeligt, kontraktmæssigt byggeri, som kan certificeres til DGNB Platin.

Kriteriet om, at det skal være tydeligt, *hvorfor* der pålægges en entreprenør bod, kan siges at blive udfordret i en entrepriseaftale, som er vedlagt i et udbud fra Københavns Kommune¹⁶¹. I entrepriseaftalen fremgår det i relation til overholdelse af standardbilaget, at:

''Entreprenøren skal overholde Københavns Kommunes klausul om leverandørens samfundsansvar (CSR) (bilag B).

Hvis Entreprenøren ikke overholder klausulens afsnit 3, ifalder Entreprenøren en bod på 10.000 kr. per påbegyndt arbejdsdag, indtil overtrædelsen er bragt til ophør.''

Bilaget, som bestemmelsen referer til, er behandlet ovenfor under punkt 3.3.1. Det fremgår heraf, at det ikke er tydeligt, hvilke målbare kriterier, der opstilles i bilaget. Problemet med dette er, at det i så fald kan være svært at for entreprenøren at forudse, *hvorfor* han bliver pålagt at betale bod for mangelfuldt arbejde, da det ikke tydeligt, hvornår der foreligger en mangel ved arbejdet. På samme måde som ved bodsbestemmelsen mellem AP Ejendomme A/S og 5E Byg A/S, kan der med denne klausul foreligge en udfordring i relation til bygherres mulighed for at få kravet om bod anerkendt ved voldgiftsretten. Voldgiftsrettens udtalelser i KfE 1996.47 VBA kan bruges som eksempel på, at det skal være tydeligt, hvornår der foreligger misligholdelse, for at bygherren kan komme igennem med et

¹⁶¹ Jf. Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 028-068130.

krav om betaling af bod. Som ovenfor citeret, udtalte voldgiftsretten, at der *“løbende skal være foretaget nøjagtige noteringer af overskridelserne af fristerne”*. Denne sætning er udtryk for, at det skal være klart hvornår, der foreligger misligholdelse fra entreprenørens side. Dette må ligeledes være gældende for bæredygtighedsklausulerne og dermed for, om bygherren kan kræve bod af entreprenøren. Det fremgår ikke tydeligt med klausulen fra Københavns Kommune, hvorfor bygherren kan kræve bod, og derfor vil det formentlig være svært for bygherren at få voldgiftsretten til at anerkende et krav om bod for mangelfuld opfyldelse af bæredygtighedsbestemmelserne i kontraktbilaget, hvilket taler imod beføjelsens effektivitet.

4.3 Håndhævelse

4.3.1 Fuldbyrkelse af bæredygtighedsklausuler

Opstår der konflikt om, hvorvidt der foreligger mangler ved entreprenørens ydelse, kan bygherren få afgjort dette spørgsmål ved de civile domstole. Finder de civile domstole, at der foreligger en mangel, kan bygherren vælge at kræve afhjælpning af manglen. Entreprenøren kan dermed ved dom tilpligtes at opfylde sine forpligtelser i kontrakten *in natura*. Hvis entreprenøren ikke efterkommer dommen om naturalopfyldelse, vil bygherren være berettiget til – med fogedrettens godkendelse – at lade arbejdet udføre af en anden efter reglerne i retsplejelovens kapitel 48.

Kapitel 48 i retsplejeloven omfatter de situationer, hvor en kreditor, hvis krav ikke drejer sig om penge men i stedet er en fordringsret eller en tinglig ret, har brug for fogedrettens assistance for at få gennemtvunget sin ret *in natura*¹⁶². Udgangspunktet i dansk ret er, at en kreditor under det civile søgsmål vil kunne vælge mellem at kræve dom til naturalopfyldelse eller dom for sit erstatningskrav som følge af manglende naturalopfyldelse.

Der er intet til hinder for, at der kan afsiges dom til naturalopfyldelse i sager om værksleje- og entrepriseforhold¹⁶³. I tilfælde, hvor den domfældte efter, at der er afsagt dom til naturalopfyldelse, ikke

¹⁶² Gomard, Fogedret, s. 251.

¹⁶³ Gomard, Fogedret, s. 259.

opfylder dommen frivilligt, og dommen skal tvangsfuldbyrdes, opstår spørgsmålet imidlertid, hvordan dette kan ske i praksis. En dom om præstation af en ydelse, som har karakter af et arbejde eller et arbejdsresultat, kan i stedet i medfør af RPL § 529, stk. 1 fuldbyrdes ved, at fogedretten tillader, at domhaveren – rekvirenten – lader andre udføre arbejdet og derefter får foretaget udlæg på sædvanlig måde hos rekviritus for sine – af fogedretten godkendte – udgifter¹⁶⁴. Fogedretten kan på denne måde kapitalisere rekvirentens interesse i at få dommen efterlevet. Det er fogedretten, som skal fastsætte størrelsen af pengebeløbet¹⁶⁵.

I U 2002.199 V blev det fastslået, at fogedretten har kompetence til at fastsætte *‘det beløb, som udlæg kan foretages for’* i medfør af bestemmelsen i RPL § 529, stk. 1. Vestre Landsret udtalte dog i denne sag, at der i medfør af RPL § 529, stk. 1 alene skal tages hensyn til udgifter, som har været *‘nødvendige eller i hvert fald rimelige’*. Der kan opstå udfordringer med dette i relation til bæredygtighedsklausulerne, da en del af klausulerne er formuleret på en vag og til dels ubestemt måde. Dette kan udgøre en udfordring i forhold til fogedrettens kapitalisering af bygherrens interesse i aftalens opfyldelse in natura. Det kan være en udfordring at kapitalisere et krav, hvori forpligtelsernes omfang er angivet mindre præcist. Det kan eksempelvis være tilfældet, at kontrakten – ud fra bygherrens synspunkt - skal opfyldes ved brug af nogle materialer, som er meget miljø- og vedligeholdelsesvenlige, og som muligvis ville være dyrere for entreprenøren at inddrage i byggeriet end *‘sædvanlige’* materialer, som på normal vis ville blive brugt til en lignende type opgave. Hvis det ikke er specificeret i kontrakten, hvilke bæredygtige materialer, som skal indgå som en del af forpligtelsen i bæredygtighedsklausulen, kan det være en udfordring at omsætte forpligtelsen til et pengekrav, som størrelsesmæssigt svarer til det, som bygherren havde forventet. Det kan derfor være en udfordring at afgøre, hvilke udgifter, der er *‘nødvendige’* og *‘rimelige’*, og dermed hvilke udgifter, som skal danne grundlag for udlægget, på baggrund af nogle vage forpligtelser i bæredygtighedsklausulerne.

Gennemtvangelse af bygherrens krav om naturalopfyldelse ved brug af de civilretlige regler kan på denne måde udgøre et håndhævelsesproblem for bygherren, da bæredygtighedsklausulerne i mange tilfælde ikke opstiller nogle konkrete og specifikke forpligtelser, som kan kapitaliseres. Kapitalisering af kravet bliver således et fuldbyrdelsesproblem, når kapitaliseringen skal foretages af fogedretten.

¹⁶⁴ Gomard, Fogedret, s. 259.

¹⁶⁵ Gomard, Fogedret, s. 263.

Hvis den civile domstol kapitaliserer bygherrens krav som led i den almindelige mangelsbedømmelse, vil der imidlertid ikke foreligge problemet med værdiansættelse af kravet i fogedretten.

Det kan diskuteres, om fogedretten er det bedste middel til at fastsætte det beløb, der kan foretages udlæg for. Dette skyldes, at der gælder nogle særskilte regler for bevisførelse i fogedretten. Adgangen til at føre bevis i en fogedsag er mere begrænset, end hvis der var tale om et civilt søgsmål. RPL § 597 fastslår, at udgangspunktet for bevisførelse i fogedretten består i dokumentbevis eller partsforklaring, hvorimod der i civilretten gælder flere muligheder for bevisførelse. Hvis bevismidlerne i fogedretten ikke er tilstrækkelige til at finde frem til en korrekt værdiansættelse, kan det overvejes, om denne værdiansættelse i stedet skal foretages ved de civile domstole. Af denne grund kan der argumenteres for, at de civile domstole er bedre egnet til at foretage værdiansættelsen og dermed kapitalisere bygherrens interesse i aftalens opfyldelse *in natura*.

Det kan overvejes, om dette fuldbyrdelsesproblem vil have en praktisk relevans, da der sjældent opstår et behov for at gennemtvinge naturalopfyldelse i entrepriseforhold. Dette skyldes, at samarbejdsforholdet mellem bygherren og entreprenøren typisk vil have lidt så meget skade, når tvisten ender med en retssag, at bygherren ikke ønsker at den samme entreprenør foretager afhjælpning af manglen¹⁶⁶. Når en uoverensstemmelse mellem bygherren og entreprenøren ender i retten, er parterne typisk blevet så uenige, at de ikke ønsker at fortsætte samarbejdsforholdet. Derfor vil bygherren ofte i stedet vælge at antage en ny entreprenør til at udføre resten af arbejdet¹⁶⁷. Ud fra denne praktiske betragtning kan det derfor tænkes, at fuldbyrdelsesproblematikken som ovenfor beskrevet ikke bliver aktuel, da der sjældent vil opstå et behov for at gennemtvinge og i den forbindelse kapitalisere et krav om naturalopfyldelse. Der er imidlertid eksempler på, at voldgiftsretten pålægger entreprenøren at opfylde *in natura*, herunder KfE 1995.106 VBA. Det kan derfor ikke altid antages, at bygherren ikke vil have et behov for at gennemtvinge et krav om naturalopfyldelse, hvorfor kapitaliserings- og fuldbyrdelsesproblematikken alligevel kan få praktisk relevans.

¹⁶⁶ Buch, *Entrepriseretlige mangler*, s. 172.

¹⁶⁷ Buch, *Entrepriseretlige mangler*, s. 172.

Kapitel 5: Hvordan kan de kontraktuelle udfordringer, som bæredygtighedsklausuler kan medføre, imødekommes?

5.1 Målbarhed

Bæredygtighed er som tidligere omtalt et fænomen, der er under udvikling. Bæredygtighed bliver i større grad indarbejdet i byggeprojekter, og det er tydeligt at se, at mange offentlige myndigheder og private virksomheder har et ønske om at bygge mere bæredygtigt. Dette kan ses i udbudsmaterialer og i kontrakter, som stiller krav til certificeringer, bæredygtige materialer mv. Imidlertid kan det være en udfordring at inkorporere bæredygtighed i et projekt, fordi der er tale om et fænomen, der endnu ikke er så langt i udviklingen, at der eksisterer fælles begreber og standarder (til eksempelvis materialer). Dette medfører, at det kan være vanskeligt at formulere krav til bæredygtighed i en kontrakt på en præcis og utvetydig måde, og derfor ses der eksempler på kontraktkrav om bæredygtighed, der fremstår mere eller mindre ukonkrete. Som det er blevet belyst i specialets kapitel 3 og 4, får bæredygtighedsklausuler ofte karakter af at være vage og upræcise, hvilket skal ses i sammenhæng med det netop anførte om, at der mangler erfaring på området.

Klausulernes vage og generelle udformning kan medføre kontraktuelle udfordringer, hvilket blandt andet sker fordi, det ofte ikke tydeliggøres, hvordan effekten af bæredygtighedstiltagene i klausulerne skal *måles*. Hvis det eksempelvis blot er angivet, at der stilles krav om, at der skal bruges et materiale, der er CO²-venligt, kan formuleringen skabe udfordringer, da det ikke kan måles, hvornår dette krav kan anses som opfyldt. Målbarheden spiller således en væsentlig rolle i forhold til at bevise, hvornår forpligtelsen i klausulen er opfyldt, og dermed for vurderingen af, om der foreligger en mangel ved det udførte arbejde eller ej. Målbarheden har derfor også betydning for, om en bygherre kan komme igennem med et krav om en misligholdelsesbeføjelse over for entreprenøren. Derudover har målbarheden betydning for bygherrens fuldbyrdelse af et krav på naturalopfyldelse ved fogedretten.

I vurderingen af, om en klausul kan siges at være tilstrækkelig målbar, indgår flere elementer. Et grundlæggende element er, at man fysisk skal kunne måle resultatet af bæredygtighedstiltagene i klausulen. Er der eksempelvis et ønske fra bygherren om, at byggeriet maksimalt må udlede en nærmere angivet mængde CO², eller at materialerne i byggeriet skal være CO²-neutrale, må det i klausulen formuleres på en sådan måde, at parterne efterfølgende kan måle, om dette krav er opfyldt. I nogle

af de behandlede bæredygtighedsklausuler er der indsat en formulering om, at der skal anvendes særskilte, certificerede materialer "såfremt det er muligt"¹⁶⁸. Hvis en formulering som denne ikke knyttes op på et målbart kriterie, kan det blive en udfordring at vurdere, om bæredygtighedsklausulen i praksis bliver opfyldt. Heri ligger også det element, at effekten bør kunne *dokumenteres*, da det bliver en del lettere for bygherren at vurdere, om kravet i bæredygtighedsklausulen er opfyldt, hvis effekten af klausulen kan dokumenteres i praksis.

Bygherrens forventninger til, hvad "bæredygtighed" indebærer i hvert enkelt entrepriseprojekt, bør også inddrages i entreprisekontrakten. Hvis bygherren skriver i entreprisekontrakten, at der skal være fokus på bæredygtighed, er det vigtigt, at det specificeres, hvad der menes hermed. Entreprenøren vil have lettere ved at opfylde forpligtelserne i klausulerne kontraktmæssigt, hvis han kan tage udgangspunkt i bygherrens forudsætninger for, hvad der ligger i begrebet "bæredygtighed". Dette hænger sammen med, at det tydeligt skal fremgå af kontrakten, hvornår der er tale om kontraktmæssig opfyldelse. I praksis vil det naturligvis ikke være let for bygherren på forhånd at imødegå alle udfordringer, som potentielt kunne resultere i en mangel ved arbejdet allerede på tidspunktet for kontraktindgåelse. Ved at inkorporere bygherrens forventninger til bæredygtighed i kontrakten, får entreprenøren et mere solidt grundlag for at vurdere, hvornår arbejdet afviger fra disse forudsætninger. Det bliver på denne måde lettere for entreprenøren og bygherren at måle, hvornår arbejdet kan anses som kontraktmæssig.

I de behandlede klausuler vil vurderingen af, om der foreligger en mangel ofte afhænge af et skøn¹⁶⁹. En vagt formuleret klausul overlader en skønsbeføjelse til parterne med hensyn til vurderingen af, hvornår der foreligger retmæssig opfyldelse af kontrakten. Dette kan medføre tvister, da parterne kan have forskellige opfattelser af, hvad der er "retmæssig opfyldelse" af kontrakten. Hvis det bliver indsat i klausulen, at effekten og resultatet af bæredygtighedsforpligtelsen skal kunne måles i praksis, og hvordan dette skal gøres, vil bygherrens mangelsvurdering kunne knyttes op på nogle målbare

¹⁶⁸ Jf. ovenfor under punkt 3.3.1 om PensionDanmarks Bæredygtighedsprogram.

¹⁶⁹ Jf. Ovenfor under punkt 3.3.1 om udbuddet fra Københavns Kommune ved Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 050-122253 samt udbuddet fra Holbæk Kommune ved Udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 185-446877 og udbuddet fra Odense Kommune ved Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 045-109280.

kriterier. Det er på den måde muligt at måle, om resultatet af arbejdet i praksis er, hvad der blev forudsat i kontrakten. Dette kan bidrage til, at mængden af tvister reduceres, hvorfor begge parter vil kunne drage fordel af, at bæredygtighedsklausulen er gjort målbar i kontrakten. En målbar bæredygtighedsklausul gør det endvidere nemmere for bygherren at komme igennem med krav om misligholdelsesbeføjelser. Mangelsbedømmelsen bør derfor tage afsæt i nogle på forhånd opstillede, målbare kriterier.

For at gøre en bæredygtighedsklausul mere målbar, er det således afgørende, at 1) effekten af bæredygtighedstiltagene skal kunne måles, 2) effekten skal kunne dokumenteres og 3) det skal fremgå klart og præcist af kontrakten, hvornår arbejdet kan anses som kontraktmæssig opfyldelse.

5.2 Vigtigheden af den prækontraktuelle fase

Foruden vigtigheden af, at en bæredygtighedsklausul er gjort målbar i entreprisekontrakten, kan det have et positivt udbytte, hvis bygherren inden kontraktindgåelse gør sig overvejelser om, hvordan bæredygtighedstiltagene i klausulerne bedst kan føres ud i praksis.

En del udfordringer kan opstå ved, at bygherren ikke er klar over, hvilket endeligt produkt han ønsker at stå tilbage med, når entreprisen er afsluttet. I mange tilfælde vil dette resultere i, at bygherren udbyder en totalentreprenørkontrakt, hvor totalentreprenøren skal projektere størstedelen af projektet. Hvis bæredygtighed bliver inddraget allerede ved kontraktindgåelse må bygherren overveje, i hvilket omfang bæredygtighed skal spille en rolle, og efterfølgende sørge for, at det indgår i projekteringen. Denne tilgang stiller nogle krav til bygherrens overvejelser i den prækontraktuelle fase. Hvis bygherren eksempelvis ved, at han ønsker at stille krav om bæredygtighed i de materialer, der skal bruges i byggeriet, må det undersøges hvordan og under hvilke omstændigheder, disse materialer kan gøres til en del af de kontraktuelle forpligtelser.

Undersøgelserne i den prækontraktuelle fase kan også have betydning for projektgennemgangens effektivitet. Projektgennemgangen, som skal gennemføres efter AB 18 § 19, stk. 1, vil formentlig komme til at forløbe mere glidende, hvis bygherren i den prækontraktuelle fase har gjort sig overvejelser om, hvordan bæredygtighed skal inddrages i projektet. Som tidligere nævnt, er formålet med projektgennemgangen at afdække og håndtere uklarheder og tvetydige forhold ved projektet, materialet,

inden arbejdet igangsættes. Mange af de udfordringer, som bæredygtighedsklausulerne medfører, ville derfor potentielt kunne imødekommes i projektgennemgangen. Hvis bygherren imidlertid ikke i den præ-kontraktuelle fase har gjort sig overvejelser om, hvilken rolle bæredygtighed skal spille i projektet, vil effekten af projektgennemgangen mindskes. Hvis bygherren først senere i processen finder ud af, at han har specifikke ønsker til bæredygtighedstiltagenes inkorporering i projektet, vil det ikke under projektgennemgangen være muligt at imødekomme eventuelle uklarheder og tvetydige forhold i projektet.

Hvis udgangspunktet er, at bygherren ikke er klar over, hvordan bæredygtighed skal inkorporeres i kontrakten, kan det være en god mulighed at starte allerede på markedsundersøgelsesniveau med at finde ud af, hvad markedet kan tilbyde i relation til bæredygtige løsninger i byggeriet. Markedsundersøgelser i den prækontraktuelle fase kan især være relevante, når bygherren vælger at gøre brug af DGNB-certificeringsordningen. I mange af de bygge- og anlægsprojekter, som specialet har taget udgangspunkt i, ses det, at bæredygtighedstiltag fremtræder i form af DGNB-certificeringen¹⁷⁰. Certificeringsordningen er udarbejdet på en sådan måde, at entreprenøren selv kan fastlægge, hvilke bæredygtighedstiltag, der skal indgå i byggeriet for at opnå den pågældende DGNB-status. Bygherren kan dog i et vist omfang sætte nogle minimumskrav til, hvordan certificeringen skal opnås, som det eksempelvis ses i PensionDanmark Ejendommers Bæredygtighedsprogram. Hvis der er indsat en bestemmelse i en entreprisekontrakt om, at byggeriet skal certificeres til en vis DGNB-status, som ikke fastlægger særskilte elementer af bæredygtighed, kan det være et udtryk for, at bygherren ikke er klar over, hvilke bæredygtigheds løsninger, markedet kan tilbyde. I værste tilfælde kan dette resultere i, at bygherren ved aflevering står tilbage med et produkt, som måske ikke var det, han i virkeligheden forventede, fordi han først senere i processen finder ud af, om der er specifikke løsninger, han ønskede indført i byggeriet.

Hvis en bygherre allerede i den prækontraktuelle fase kan lægge sig fast på, hvad "bæredygtighed" skal have af relevans og vægt i byggeriet, og hvis bygherren på dette stadie har gjort sig overvejelser

¹⁷⁰ Jf. eksempelvis Udbudsbekendtgørelses nr. 2020/S 188-453124, Udbudsbekendtgørelses nr. 2020/S 170-410517, Udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 085-220064, PensionDanmark Ejendommers Bæredygtighedsprogram og projekt mellem AP Ejendomme A/S og Per Aarsleff A/S, hvori det er oplyst, at en byggeopgave er blevet præcertificeret til DGNB Sølv.

om, hvilke løsningsmuligheder bæredygtighed kan optræde i, kan det være med til at imødekomme nogle af de fortolkningsvanskeligheder, som kan opstå undervejs i projekterings- og udførelsesfasen. Når bygherren benytter sig af DGNB-certificeringsordningen, kan undersøgelserne i den prækontraktuelle fase forhåbentlig også medvirke til, at bygherren i sidste ende også står tilbage med det produkt, som han havde forventet fra arbejdets begyndelse.

5.3 Nye samarbejdsformer i entrepriseforhold

En udfordring i forbindelse med bæredygtighed i bygge- og anlægsopgaver er, at det kan være svært at skabe incitament til at inddrage bæredygtige løsninger i arbejdet. Grunden hertil er formentlig, at bæredygtighed er et dynamisk fænomen, der har været under udvikling igennem mange år. Det er derfor svært at fastlægge, hvad der er sædvanligt på området, hvilket medfører at parterne påtager sig en risiko ved at inddrage bæredygtighed i et byggeprojekt. Risikoen består i, at det er svært at forudse, hvad de langsigtede konsekvenser af nye løsninger kan være. Risikoen ved at benytte nye, bæredygtige løsninger i form af materialer, certificeringer mv., kan derfor have den konsekvens, at parterne er tøvende med hensyn til at inkorporere bæredygtighed i entrepriseopgaver.

For at skabe større incitamentet til at gennemføre bæredygtige løsninger, kan det overvejes, om der bør ske ændringer i de traditionelle samarbejdsformer i entrepriseforhold, eksempelvis ved at udfordre den traditionelle risikodeling mellem bygherren og entreprenøren, hvor entreprenøren har risikoen for arbejdets udførelse indtil afleveringen, jf. AB 18 § 27, stk. 1. Hvis en entreprenør gentagne gange oplever, at der opstår kontraktuelle konflikter grundet bæredygtighedsklausulernes udformning, er det ikke usandsynligt at forestille sig, at entreprenørens incitament til at påtage sig enterpriseopgaver, hvori bæredygtighed indgår som en kontraktlig forpligtelse, daler.

Som beskrevet ovenfor kan der opstå udfordringer i forhold til at inkorporere bæredygtighed i entrepriseopgaven, hvis bygherren ikke er klar over, hvilket endeligt produkt han ønsker at stå tilbage med, når entreprisen er afsluttet. Dette hænger sammen med, at det er vanskeligt at fastlægge, hvad der kan anses som "sædvanlige løsninger" inden for bæredygtighedstiltag i bygge- og anlægsopgaver. Bygherren kan derfor have svært ved at læne sig op ad tidligere projekter og få inspiration herfra. Det er ikke svært at forestille sig, at der med den stigende grad af bæredygtighedstiltag i byggeriet, vil opstå et behov for nye løsninger, eksempelvis når der gøres brug af genbrugsmaterialer. Hvis nye løsninger

skal inkorporeres i entrepriserne, er det ikke utænkeligt, at der kan opstå tvivl om, hvordan resultatet af disse nye løsninger kommer til at se ud, og hvordan effekten kommer til at være i praksis. Samme problematik forelå i nogle af MgO-sagerne, hvor bygherren efter princippet om "byggetidens viden" bær risikoen for udviklingskader ved de anvendte MgO-plader¹⁷¹. Bygherren kan, ud fra denne betragtning, muligvis være tilbageholdende med at anvende nye løsninger i forhold til bæredygtighed i byggerier. Denne udfordring vil potentielt blive imødekommet, hvis parterne indgår i en samarbejdsmodel, hvor begge parter deler risikoen for bæredygtighed i entrepriseprojekterne. Hvis risikoen for nye løsninger derfor ikke bliver lagt på enten den ene eller den anden kontraktspart, og hvis parterne i stedet bærer risikoen ligeligt, kan der opstå mulighed for, at flere aktører "tør" gøre brug af nye løsninger. Grunden hertil er, at eventuelle fejl ved løsningerne vil blive mindre omkostningstunge for hver enkel af parterne, da den økonomiske byrde deles op.

En mere ligeligt fordelt risiko, hvor både bygherren og entreprenøren bærer risikoen for fejl og mangler i projekterings- og udførelsesfasen, ville derfor muligvis øge entreprenørers incitament til at påtage sig entrepriseopgaver, hvor bæredygtighedstiltag bliver en del af de kontraktuelle forpligtelser samt øge bygherrens incitament til at gøre brug af nye løsninger. Hermed skabes et grundlag for i højere grad at tænke bæredygtighed ind i fremtidens bygge- og anlægsprojekter.

Ideelt set ville en lige risikodeling være anvendelig i entreprisekontrakter, men det kan imidlertid være svært at få en sådan fordeling til at have effekt i praksis. Det kan være en udfordring, at et byggeprojekt ofte er omfattende og komplekst. Komplexiteten medfører ofte, at der sker ændringer undervejs i byggeriet, og det kan derfor være svært at gøre brug af en på forhånd fastlagt aftale om risikodeling, når der undervejs i byggeriet opstår forhold, som ikke har været muligt at forudsætte på tidspunktet for kontraktindgåelse. Med dette tænkes især på, at der kan være omstændigheder undervejs i processen, som indebærer, at de oprindelige valg af materialer og valget om, hvem der skal levere disse materialer, måske skal ændres. Det kunne være tilfældet i forbindelse med et valg om, at entreprenøren skulle levere et givent materiale, men grundet omstændighederne bliver materialet i stedet en byggeherreleverance. Hvis der sker ændringer af denne karakter, kan det virke vanskeligt og omstændigt, hvis parterne i et byggeprojekt skulle holde sig til den på forhånd fastlagte aftale om

¹⁷¹ Jf. Eksempelvis kendelserne TBB 2019.369 og TBB 2019.677.

en lige risikodeling. Ud fra et praktisk perspektiv ville en aftale om lige risikofordeling nok kun kunne finde anvendelse ud fra en forudsætning om, at alle dele af projekteringen og udførelsen kommer til at foregå som planlagt.

5.4 Politiske og regulatoriske hjælpemidler til at konkretisere bæredygtighed

De vanskeligheder, der kan opstå ved at skulle formulere klare og præcise krav om bæredygtighed i en kontrakt, skal desuden ses i sammenhæng med de offentlige myndigheders indkøbspolitikker, der ofte indeholder vage og generelle krav til bæredygtighed¹⁷². Hvis det politiske sigte om at bidrage til mere bæredygtigt byggeri ikke kombineres med en øget konkretiseringsgrad, kan der opstå problemer med at få kravene inddraget i de projekter, der udbydes af myndighederne.

Tanken bag indkøbspolitikkerne er, at kommuner og regioner skal basere deres udbud på baggrund af de krav, der stilles i indkøbspolitikkerne. Bæredygtighedskravene til byggeri og anlæg i indkøbspolitikkerne skal derfor danne rammen for de bygge- og anlægsopgaver, der sendes i udbud af den offentlige sektor. Indkøbspolitikkerne trækker imidlertid også tråde over i den private sektor. Hvis der udbydes en bygge- og anlægsopgave om en hovedentreprise, skal hovedentreprenøren sørge for at antage underentreprenører til udførelse af entreprisen. Hvis der er stillet krav om bæredygtighed i udbuddet af hovedentreprisen, skal hovedentreprenøren sørge for at stille krav til underentreprenøren om, at underentreprenørens tilbud skal leve op til de krav, bygherren har stillet i udbudsmaterialet. Bæredygtighed bliver derfor en del af konkurrencen ned i kæden mellem hovedentreprenøren og efterfølgende underentreprenører. Underentreprenørerne konkurrerer således på de vilkår og betingelser, som stammer fra det offentlige indkøbspolitikker. På denne måde griber det offentlige indkøbspolitikker ind i den private sektor, hvormed bæredygtighed som konkurrenceparameter bliver udbredt i hele branchen. Derfor er det vigtigt, at kravene, der er opstillede i indkøbspolitikkerne bliver udarbejdet med en vis konkretiseringsgrad således, at nogle af de problemer, der kan opstå ved vagt formulerede bæredygtighedskrav, imødekommes allerede på dette stadie.

¹⁷² Se eksempelvis uddrag fra Frederiksberg Kommune og Københavns Kommunes indkøbspolitikker ovenfor i kapitel 2.

En måde, hvorpå nogle af udfordringerne, der er belyst i specialet, kan imødekommes, er, ved gennem lovgivning at påbyde de offentlige myndigheder og den private sektor at opfylde krav til bæredygtighed. Dansk entrepriseret er hovedsageligt ulovreguleret, men der findes en række offentligretlige love, som har særlig betydning for bygge- og anlægsvirksomhed, herunder Byggeloven og Bygningsreglementet. Bestemmelserne i Byggeloven og Bygningsreglementet skal sikre, at et byggeri udføres og indrettes tilfredsstillende, når det kommer til sikkerheds-, sundheds- og energimæssige forhold. Bygningsreglementet er en bekendtgørelse, som specificerer kravene, der stilles i Byggeloven¹⁷³. Der ses generelt ikke mange eksempler på krav om bæredygtighed i byggelovgivningen. Dog er det med det nye Bygningsreglement fra den 1. februar 2021 påbudt, at hvis man skal renovere en helårsbolig, skal vinduerne være med 3-lags glas, hvilket er af hensyn til energibesparelse. Ved hjælp af byggelovgivningen kan der kræves højere standarder for byggeriet.

Spørgsmålet bliver hermed, hvorfor det ikke i større omfang påbydes at bygge bæredygtigt i byggelovgivningen. Grunden hertil er formentlig, at markedet endnu ikke er modent til sådanne lovgivningsmæssige krav, da markedet ikke er konkurrencedygtigt i forhold til bæredygtighed¹⁷⁴. Lovgivningsmæssige krav til bæredygtighed kan betyde, at omsætningen i byggesektoren presses ned, da markedet for bæredygtigt byggeri stadig er under udvikling og bæredygtighed endnu ikke er et hyppigt benyttet konkurrenceparameter. Dette kan ses i de byggeprojekter, der bliver udbudt. De færreste udbud har bæredygtighed som tildelingskriterier og dermed som konkurrenceparameter¹⁷⁵. Der eksisterer altså formentlig ikke endnu et konkurrencedygtigt marked for bæredygtighed i byggebranchen, der ville kunne bære lovgivningsmæssige krav til at bygge mere bæredygtigt. Af denne grund ville dét at indføre bæredygtighedskrav ved hjælp af byggelovgivningen formentlig ikke være et effektivt middel til at få mere bæredygtighed ind i byggeriet og til at imødekomme de kontraktuelle udfordringer, der kan opstå i den forbindelse. Det er derfor vigtigt, at udviklingen af bæredygtighed i entreprisopgaver går hånd i hånd med markedets udvikling, fordi markedet skal kunne understøtte de politiske tiltag om bæredygtighed, som bliver indført i bygge- og anlægsbranchen.

¹⁷³ Iversen, Entrepriseretten, s. 53.

¹⁷⁴ Jf. specialets kapitel 2.

¹⁷⁵ Der er dog enkelte eksempler på projekter, hvor bæredygtighed var tildelingskriterium, herunder en tilbudsindhentning fra ATP Ejendomme A/S om nedrivning på Jagtvej. Bæredygtighed blev vægtet med 50 % i projektet.

En mulighed, hvormed lovgivningsmæssige tiltag eventuelt ville få en positiv effekt på det nuværende marked, kunne være, hvis der blev indført en "gulerod" for de bygherrer, som inddrager bæredygtighed i deres entreprisekontrakter. Et eksempel på en sådan gulerod kunne være, at der i lovgivningen stilles et krav om, at CO²-udslippet ved et nybyggeri skal reduceres, og hvis bygherrerne formår dette, vil de blive givet en skattemæssig fordel. På denne måde kunne de tiltag sat i lovgivningen udgøre et incitament for bygherrerne til at nå de pågældende krav, hvilket kunne medføre, at tiltagene ville få effekt i markedet.

En anden måde, hvormed man kan løse nogle af problemerne, som er belyst i specialet, er ved at udvikle standarder og fælles begreber. Manglen på fælles begreber og mål hæmmer udviklingen af bæredygtighed inden for byggeriet. Bygningsreglementet indeholder allerede i dag nogle krav, som knytter sig til elementer af bæredygtighed, men de er ikke tilstrækkelige til at definere et bæredygtigt byggeri som helhed¹⁷⁶. Frem for at påbyde folk at bygge bæredygtigt gennem lovgivning, hvilket muligvis vil have en negativ effekt på omsætningen i byggebranchen på nuværende tidspunkt, er det muligt, at udviklingen af standarder om bæredygtighed kan medvirke til at løse nogle af de kontraktuelle udfordringer. Udviklingen af en stærk bæredygtighedsstandard vil på sigt kunne implementeres i Bygningsreglementet og på den måde gøres obligatorisk for alle. For nylig er der introduceret en frivillig bæredygtighedsklasse¹⁷⁷, som har til formål at fremme byggebranchens muligheder for at levere bæredygtige produkter og løsninger til byggeriet. Denne bæredygtighedsklasse kan muligvis bidrage til at sætte en standard for fremtidige krav i Bygningsreglementet. På den måde kan standarden i sidste ende gøres obligatorisk for alle. Der er et behov for klare definitioner af krav om bæredygtighed, og standardiseringer af bæredygtigheds løsninger kan bidrage til at skabe en løsning på dette.

¹⁷⁶ Rapport: "Frivillig bæredygtighedsklasse i bygningsreglementet" af juni 2018 udarbejdet af byggebranchen og publiceret af INNObyg, s. 4.

¹⁷⁷ www.baeredygtighedsklasse.dk.

5.5 Ændring af kontraktsretten

Foruden de kontraktuelle og regulatoriske løsninger, kunne noget tyde på, at en ændring af kontraktsretten vil kunne løse de udfordringer, der opstår ved det modsætningsforhold, der er mellem bæredygtighedsklausulernes generelle udformning og kontraktsrettens krav. Den klassiske kontraktsret er designet til at håndtere andre former for kontrakter end længerevarende kontrakter. Oprindeligt blev kontraktsretten udviklet til at håndtere enkelte kontrakter om køb og salg af handelsvarer, og der kan af den grund argumenteres for, at den konventionelle kontraktsret ikke er det bedste middel til at håndtere kontrakter, hvori bæredygtighed indgår¹⁷⁸. Dette hænger sammen med, at det i længerevarende entreprisekontrakter ikke nødvendigvis er givet på tidspunktet for indgåelse af kontrakten, hvordan og i hvilken form, bæredygtighed skal indgå i projektet. Den måde at indgå aftaler på, der især er kendetegnende for moderne aftaler, herunder længerevarende kontrakter, har udfordret den klassiske kontraktsret, hvorfor der kan argumenteres for, at den klassiske kontraktsret ikke er ”designet” til at håndtere sådanne kontrakter. Det kan på denne baggrund anføres, at der er et behov for en ændret og mere moderniseret kontraktsret.

Hvis aktørerne i branchen imidlertid formår at standardisere bæredygtighed, således at det bliver nemmere at vurdere, hvad der er ”sædvanligt” i branchen, vil det muligvis ikke være nødvendigt med en ændring af den klassiske kontraktsret. Hvis bæredygtighed bliver standardiseret, bliver det nemmere at konkretisere bæredygtighedsklausulerne i entreprisekontrakterne, og derved udforme nogle klausuler, som opnår en tilstrækkelig bestemthed til både at være bindende og også målbare. Hvis dette formås, vil der ikke på samme måde eksistere et modsætningsforhold mellem bæredygtighedstiltag i enterpriseretlige kontrakter og de grundlæggende krav i kontraktsretten. Behovet for en ændring af den klassiske kontraktsret, som bedre håndterer kontrakter, hvori bæredygtighed indgår, vil dermed blive mindre.

¹⁷⁸ Hansen og Ulfbeck, Sustainability in an unsustainable Contract Law, s. 190.

Kapitel 6: Konklusion

Overordnet set kan det konkluderes, at bæredygtighedsklausulerne udfordrer kravene i kontraktsretten, idet de ofte er vagt formulerede og ikke indeholder målbare kriterier for, hvornår der er tale om kontraktmæssig opfyldelse. Det vage og udefinerbare i klausulerne optræder fra aftalens indgåelse til, at man gennemtvinger kravet, og den kontraktuelle forpligtelse er dermed en udfordring hele vejen igennem kontraktsforløbet.

Bæredygtighedsklausuler optræder ofte i standardvilkår, og som udgangspunkt udfordrer sådanne standardvilkår ikke de almindelige krav til vedtagelse af standardvilkår. Det kan derfor konkluderes, at der ikke vil foreligge særlige problemer i forhold til at anse standardvilkårene om bæredygtighed som vedtaget i entrepriseaftalen.

Det aftaleretlige krav om bestemthed er afgørende for, at en aftale kan anses som bindende. Det kan konkluderes, at bæredygtighedsklausulerne gennemgående udfordrer kravet om bestemthed. Dette gælder især de klausuler, der har mere karakter af at være hensigtserklæringer end egentlige kontraktuelle forpligtelser. Der kan ved disse klausuler stilles spørgsmålstejn ved, om de er tilstrækkeligt bestemte til at være bindende. Det kan konkluderes, at størstedelen af de indsamlede klausuler kan anses for bindende selvom, at klausulerne i større eller mindre omfang fremstår uklare og tvetydige.

Selvom en klausul opfylder kravet til bestemthed og dermed kan anses som bindende i aftaleretlig forstand, kan klausulen give anledning til tvivl med hensyn til, hvad den går ud på, og hvordan den skal forstås. I dette tilfælde kan aftaleretlige redskaber til fortolkning benyttes til at klarlægge det nærmere indhold i klausulen. Specialet inddrager og behandler den subjektive fortolkningsmetode, uklarhedsreglen og minimumsreglen, og det kan samlet konkluderes, at brugen af de inddragne fortolkningsmetoder til en vis grad kan benyttes til at fastlægge forpligtelserne i klausulerne. Derudover kan det konkluderes, at brugen af fortolkningsmetoderne vanskeliggøres af de kendetegn, der er ved entrepriseaftaler, herunder deres kompleksitet. Loyalitetsforpligtelsen, som er skærpet i entrepriseforhold, kan angive en retning til fortolkningen af uklare bæredygtighedskrav.

Det kan konkluderes, at for at kunne statuere misligholdelse i en entrepriseaftale, er det nødvendigt, at det kan udledes af kontrakten, hvornår en ydelse kan anses som kontraktmæssig. Ved misligholdelsesvurderingen tages der udgangspunkt i, hvad der er aftalt i kontrakten. Hvis ydelsen i kontrakten

er uklar eller tvetydig, falder man tilbage på, hvad der kan anses som 'sædvanligt' inden for det pågældende område. Det konkluderes, at det ikke er muligt at fastlægge, hvad der er 'sædvanligt' for bæredygtighed, hvorfor der kan opstå vanskeligheder i forhold til at konstatere, om der foreligger misligholdelse af kontrakten, såfremt kontraktskravet er upræcist. Klausulens formulering har dermed også betydning for bygherrens mulighed for at komme igennem med misligholdelsesbeføjelser.

Det kan konkluderes, at afhjælpning som udgangspunkt kan anses som den mest effektive misligholdelsesbeføjelse i forhold til mangler ved bæredygtighedsklausuler. Afhjælpningen kan blive forhindret af offergrænseprincippet, hvilket vil gøre beføjelsen om afhjælpning mindre effektiv i forhold til at imødekomme problemer ved ikke-kontraktmæssig opfyldelse af bæredygtighedsklausuler. Det kan konkluderes, at offergrænseprincippet nok ikke vil spille en særlig rolle i forhold til bæredygtighedsklausuler. Derudover kan det konkluderes, at en beføjelse om ophævelse i entreprisekontrakter, hvori der er opstillet bæredygtighedsklausuler, kan anses som mindre effektiv, da ophævelse oftest vil have vidtrækkende konsekvenser for entreprenøren og typisk også være omkostningstungt for bygherren. Det kan konkluderes, at bod kan anses som en effektiv beføjelse til at imødegå problemerne ved ikke-kontraktmæssig opfyldelse af bæredygtighedsklausuler, såfremt det er klart angivet i kontrakten, hvornår og hvorfor entreprenøren pålægges en sanktion om betaling af bod.

Hvis der foreligger en mangel, og bygherren har krav på afhjælpning, kan bygherren få fastslået dette krav ved de civile domstole. Hvis entreprenøren derefter ikke opfylder sine forpligtelser efter kontrakten in natura, kan bygherren ved fogedrettens hjælp få udgifterne til udbedringen dækket af entreprenøren. Hvis den civile domstol ikke har foretaget værdiansættelsen, er det fogedretten, der skal foretage værdiansættelsen, hvilket kan udgøre et problem, da det er vanskeligt at kapitalisere mange af kravene om bæredygtighed grundet deres vage udformning. Det kan således konkluderes, at bæredygtighedsklausulernes udformning kan være en udfordring i forhold til at få fuldbyrdet et krav om opfyldelse af klausulen in natura.

Det kan overordnet konkluderes, at problemerne ved bæredygtighedsklausulernes udformning opstår allerede i forhold til kravene til aftalens bindende virkning og problemerne videreføres igennem hele kontraktsforløbet til, at kontraktskravet skal håndhæves.

Der er opstillet løsninger til de kontraktuelle udfordringer, som er behandlet undervejs i specialet. Løsningsmulighederne kan deles op i kontraktuelle løsninger og politiske og regulatoriske løsninger. For så vidt angår de kontraktuelle løsninger, kan det konkluderes, at der er et behov for at gøre brug af diverse praktiske og ordlydsmæssige tiltag, når en bæredygtighedsklausul skal udformes som en kontraktuel forpligtelse, således at klausulerne i mindre grad skaber udfordringer i forhold til de kontraktsretlige krav. For så vidt angår regulatoriske løsninger, kan det konkluderes, at lovgivningsmæssige krav om bæredygtighed ikke nødvendigvis vil have en positiv effekt i forhold til at få flere aktører til at bygge mere bæredygtigt. Dette skyldes, at markedet i byggebranchen endnu ikke er modent til, at der opstilles sådanne krav i lovgivningen. Det kan derudover konkluderes, at der er et behov for fælles begreber om bæredygtighed. En måde at udvikle disse begreber på, er ved at udvikle standarder. Det konkluderes, at løsninger i form af standarder vil bidrage til at skabe nogle fælles rammer om bæredygtighed, som kan imødekomme nogle af de problemer, der opstår, når bæredygtighed skal omsættes til kontraktuelle krav.

Litteraturliste

Regelgrundlag

- Bekendtgørelse om bygningsreglement (2018), BEK nr. 1399 af 12/12/2019 af Transport- og Boligministeriet
- Lov nr. 965 af 26.06.2020 - Klimaloven
- Beslutningsforslag nr. B220, fremsat den 9. marts 2021 i Folketingstidende Tillæg A

Aftalevilkår og betænkninger

- Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 2018 (AB 18)
- Betænkning afgivet af AB-udvalget til revision af AB 92, ABR 89 og ABT 93, nr. 1570, Trafik- Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018

Retspraksis

Kendelser om fast ejendom:

KfE 1982.76 VBA

KfE 1995.106 VBA.

KfE 1996.47 VBA

KfE 2001s.27VBA

Ugeskrift for Retsvæsen:

U 1972.50 H

U 2002.199 V

U 2002.1030 H

U 2009.967 H

U 2017.2272 V

U 2016.3808 SH

Tidsskrift for Bolig- og Byggeret:

TBB 2001.413

TBB 2005.365

TBB 2006.611

TBB2007.355

TBB 2010.267

TBB 2014.47 V

TBB 2018.795 V

TBB 2019.369

TBB 2019.677

Utrykt:

Østre Landsrets dom af 30. januar 2019, sagsnummer: BS-17987/2018-OLR

Litteratur

- Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016
- Buch, Anders Vestergaard, *Entrepriseretlige mangler – kravene til entreprenørens ydelse*, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2007
- Bryde Andersen, Mads, *Grundlæggende aftaleret – Aftaleretten I*, 4. udgave, Gjellerup, 2013
- Gomard, Bernhard; Godsk Pedersen, Hans Viggo og Ørgaard, Anders, *Almindelig kontraktsret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015
- Gomard, Bernhard, *Fogedret*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997
- Gomard Bernhard, *Obligationsret – 1. del*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.
- Gomard, Bernhard, *Obligationsret – 2. del*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.
- Hansen, Ole og Ulfbeck, Vibe, *Lærebog i aftaleret*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- Hansen, Ole, *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Iversen, Torsten, *Entrepriseretten*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016
- Jørgensen, Stig, *Kontraktsret*, 1. bind, Juristforbundets forlag, 1971
- Lyng Andersen, Lennart og Bo Madsen, Palle, *Aftaler og mellemmand*, 5. udgave, Forlaget Thompson A/S, 2006
- Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan m.fl., *Skriftlig jura - den juridiske fremstilling*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2013

Artikler

- Ulfbeck, Vibe and Hansen, Ole, *Sustainability Clauses in an unsustainable Contract Law?*, De Gruyter, European Review of Contract Law, 2020, Volume 16, Issue 1, s. 186-205
- Mitkidis, Katerina, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2014 #1, s. 3
- Hansen, Ole, *Formkrav og frister i entreprisekontrakter*, TBB2012.238

Vejledninger

- Vejledning om den frivillige bæredygtighedsklasse, 2020, udarbejdet af Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen.

Andet:

- *The Global Status Rapport 2017 – Towards a zero-emission, efficient, and resilient buildings and construction sector*, 2017, udarbejdet af the International Energy Agency (IEA) og fundet på: [https://www.worldgbc.org/sites/default/files/UNEP%20188_GABC_en%20\(web\).p](https://www.worldgbc.org/sites/default/files/UNEP%20188_GABC_en%20(web).p)
- *Bæredygtighedsrapport 2021 – Et overblik over udbredelsen af bæredygtighedstiltag i byggeriet*, 2020, udarbejdet af Byggefakta A/S og fundet på: <https://www.byggefakta.dk/rapporter/baeredygtighedsrapport>
- *Frivillig bæredygtighedsklasse i Bygningsreglementet*, juni 2018, udarbejdet af byggebranchen, publiceret af INNObyg og fundet på: https://www.innobyg.dk/media/75595/frivillig-baeredygtighedsklasse-br-18_final-rapport.pdf