



Vores brancheteam har landets største team af advokater, der dækker alle områder inden for entrepriser. Vi er dedikerede branchespecialister, der leverer markedsorienteret rådgivning til bygge- og anlægsbranchen. I vores nyhedsbrev kan du læse om ny lovgivning, interessante afgørelser og nyttig viden for branchen.

## Voldgiftsretten: MgO-pladerne er en udviklingskade

Af: Tina Braad, Timm Braun og Esben Korsgaard Poulsen

I en ny kendelse af den 7. maj 2019 har voldgiftsretten afgjort, at en totalentreprenørs projektering og brug af MgO-plader i februar 2014 var en entrepriseretlig udviklingskade. Kendelsen medfører, at bygherrer bærer risikoen for pladernes utilsigtede svigt, hvis entreprenørens beslutning om materialevalget kan fastsættes til et tidspunkt efter den 27. december 2013.

Den frifundne totalentreprenør var under voldgiftssagen repræsenteret af Bech·Bruun.

### Baggrund

Forebyggelse af svigt i byggeriets materialer og udførelsesmetoder har siden 1980'ernes byggeskandaler om flade tage tiltrukket sig en stadigt større opmærksomhed, som nu igen er gjort aktuelt på grund af MgO-pladesagerne.

MgO-sagskomplekset omfatter et stort antal byggerier i Danmark, og sagerne

har deres fælles ophav fra marts 2015, hvor Byggeskadefonden offentligt advarede imod brugen af magnesiumholdige vindspærreplader.

MgO-pladerne havde på daværende tidspunkt været anvendt som vindspærreplader i danske byggerier siden 2010 i et skønnet omfang på 1-2 mio. m<sup>2</sup>. Pladerne er generelt uegnede, da undersøgelser har vist, at pladerne efter kort tid opsuger fugt ved en høj relativ luftfugtighed, hvorefter de afgiver saltholdigt væske, som nedbryder pladerne, forringer deres egenskaber og forårsager følgeskader på tilstødende bygningsdele, herunder i form af skimmelsvamp.

De samlede afhjælpningsomkostninger er skønnet til et milliardbeløb fordelt på et meget stort antal offentlige og private byggerier.

De to første MgO-kendelser fra 2017 og 2018 (T:BB 2017.779 og T:BB 2018.907) har begge udtalt, at MgO-plader generelt er uegnede som vindspærreplader i det danske klima, og at reglerne om udviklingskader ikke kan virke ansvarsfrigørende for entreprenøren, hvis materialevalget besluttes inden den 27. december 2013.

Indtil for nyligt har praksis ikke udtrykkeligt udtalt sig om risikofordelingen, hvis entreprenørens beslutning om anvendelse af pladerne er sket efter den 27. december 2013.

Den seneste kendelse af den 7. maj 2019, som er offentliggjort på Voldgiftsnævnets hjemmeside, udtaler, at en totalentreprenørs projektering og senere brug af MgO-pladerne i februar 2014 var en ansvarsfrigørende udviklingskade, og derfor måtte Byggeskadefonden selv bære omkostningerne forbundet med udskiftning af pladerne i et alment boligbyggeri.

Kendelsen blev afsagt af en udvidet voldgiftsret bestående af to fagdommere, to landsdommere og højesteretsdommer Jan Schans Christensen som voldgiftsrettens formand.

Kort tid inden kendelsens afsigelse den 7. maj 2019 blev der den 30. april 2019 afsagt kendelse i en anden MgO-sag. Kendelsen blev afsagt af en voldgiftsret på tre dommere og vedrørte et byggeri opført i hovedentreprisen, og derfor vedrørte den sag ikke spørgsmål om projekteringstidens viden. Derudover er kvalitetssikringsbekendtgørelsens betydning kun berørt i den seneste kendelse af den 7. maj 2019.

## Voldgiftsrettens kendelse

Bygherren, der var en almen boligorganisation, udbød i november 2013 færdigprojektering og opførelse af 40 ungdomsboliger i totalentreprise.

Tilbudsgiveren, der senere blev antaget som totalentreprenør, indleverede sit tilbud med en vedlagt projektbeskrivelse den 2. december 2013, hvor det i en snittegning fremgik, at man påtænkte at anvende en MgO-plade af mærket Power Board-M som vindspærreplade.

Parterne indgik totalentreprisekontrakt i januar 2014, og totalentreprenørens myndighedsprojekt forelå den 7. februar 2014. Også i myndighedsprojektet fremgik det, at totalentreprenøren ville anvende Power Board-M som vindspærreplade, og umiddelbart herefter indkøbte totalentreprenøren pladerne den 19. februar 2014.

Byggeriet blev afleveret den 21. august 2014. I kølvandet på Byggeskadefondens offentlige advarsel den 6. marts 2015 reklamerede bygherren over totalentreprenørens brug af MgO-pladerne, hvilket totalentreprenøren afviste under påberøvelse af reglerne om udviklings-skader.

Byggeskadefonden anerkendte forholdet som en dækningsberettiget skade efter almenboliglovens regler, hvorefter Byggeskadefonden indtrådte i den almene bygherres eventuelle krav mod totalentreprenøren. Byggeskadefonden indledte herefter en voldgiftssag i december 2016, og hovedforhandlingen fandt sted i april 2019.

## Beslutningstidspunktet

Som det første skulle voldgiftsretten bestemme det konkrete tidspunkt, hvor totalentreprenøren havde udnyttet sit frie materialevalg og derved kunne siges at have truffet beslutning om anvendelse af MgO-pladerne.

Dette spørgsmål var relevant, fordi voldgiftsretten i MgO-kendelsen fra 2018 (T:BB 2018.907) udtalte, at der til vurdering af spørgsmålet om byggetidens viden må ske inddragelse af entreprenørens subjektive forhold på det tidspunkt, hvor et materialevalg besluttes. Hvis beslutningen i sagen var sket inden den 27. december 2013, fulgte det af 2018-kendelsen, at totalentreprenøren

# Den nye kendelse må forstås således, at begrebet "gennemprøvet" skal forstås på samme måde i både udviklingsrisikoens og kvalitetssikringsbekendtgørelsens forstand.

ikke kunne være fri for ansvar efter reglerne om udviklingsrisikoens.

Spørgsmålet var herefter, om totalentreprenørens materialevalg var besluttet allerede ved tilbudsafgivelsen den 2. december 2013 eller i forbindelse med totalentreprenørens projektering den 7. februar 2014.

Byggeskadefonden gjorde under sagen gældende, at beslutningstidspunktet skulle fastsættes til tilbuds dagen den 2. december 2013, da totalentreprenøren allerede i tilbuddets projektbeskrivelse havde påført teksten "8 mm Power Board-M" på en snittegning. Dette måtte efter Byggeskadefondens synspunkt sidestilles med en beslutning om materialets anvendelse.

Totalentreprenøren gjorde gældende, at den endelige beslutning om et materialevalg ikke kunne anses for truffet før den 7. februar 2014, hvor totalentreprenøren færdiggjorde sit myndighedsprojekt og straks derefter indkøbte MgO-pladerne.

I udbudsmaterialet fra november 2013 fremgik det, at de bydende entreprenørers tilbudsmateriale skulle vedlægges en projektbeskrivelse i form af et dispositionsforslag.

Et dispositionsforslag er i FRI & ARK's dagældende Ydelsesbeskrivelser fra 2012 defineret som et foreløbigt og udetaljeret projektmateriale i den tidlige forslagsfase, der blandt andet skal indeholde forslag til materialevalg. Dette blev, som det er sædvanligt i totalentreprise, suppleret af bestemmelser om, at totalentreprenøren skulle forestå udarbejdelsen af myndigheds- og hovedprojekterne samt projektopfølgning i udførelsesperioden, hvor totalentreprenøren

løbende i de enkelte projekteringsfaser på ny skulle genoverveje konstruktive valg.

Derudover indeholdt udbudsmaterialet ikke andre krav til vindspærrepladerne, herunder krav om CE-mærkning, da det alene var nævnt, at totalentreprenøren skulle anvende "anerkendte materialer".

Voldgiftsretten fandt ikke, at totalentreprenørens angivelse af MgO-pladerne i sit tilbud udgjorde en beslutning i udviklingsrisikoens forstand, da totalentreprenøren i henhold til udbudsmaterialets bestemmelser også på den anden side af tilbudsafgivelsen og aftaleindgåelsen kunne udnytte sit frie materialevalg og kræve ændringer af det tidligere påtænkte materiale.

Dette synspunkt blev bekræftet af bygherrens egen rådgiver under hovedforhandlingen, hvor bygherrerådgiveren i sin forklaring oplyste, at han ikke ville have reklameret over totalentreprenørens anvendelse af et andet materiale end tilbudt, hvis blot det anvendte materiale overholdt udbudsmaterialet og ikke var kvalitetsmæssigt ringere end beskrevet i tilbuddet.

Derfor kunne totalentreprenørens oplysning om pladerne i tilbuddet af den 2. december 2013 ikke udstrækkes til at udgøre andet end en foreløbig materialeangivelse. Voldgiftsretten udtalte herefter, at projekteringstidspunktet i udviklingsrisikoens forstand måtte være tidspunktet for den endelige beslutning om materialevalget, hvilket konkret blev fastsat til den 7. februar 2014.



## MgO-pladerne som en udviklingsskade

I den anden MgO-kendelse fra 2018 (T:BB 2018.907) udtalte voldgiftsretten generelt, at reglerne om udviklingsskader kan virke ansvarsfritagende for entreprenøren, hvis der på beslutningstidspunktet er indhøstet sådanne erfaringer med MgO-pladernes egenskaber og egnethed, og at de kan anses for sådan gennemprøvet, at der kunne siges at foreligge en viden, hvorefter pladerne ansås for forsvarlige og fornuftige til formålet.

En sådan ansvarsfritagende viden forelå ikke i T:BB 2018.907, hvor entreprenøren udnyttede sit frie materialevalg i foråret 2013. MgO-pladerne var dog i foråret 2013 anvendt i en så udbredt grad, at der allerede dengang var tale om et gængs og anerkendt, men ikke gennemprøvet, produkt.

I de to nye kendelser af den 30. april og 7. maj 2019 udtalte voldgiftsretten, at den ansvarsfritagende viden var til stede efter den 27. december 2013, hvor BYG-ERFA offentliggjorde sit erfaringsblad (21) 131227.

BYG-ERFA virker efter retningslinjer understøttet af blandt andet Byggeskedefonden, Teknologisk Institut og Statens Byggeforskningsinstitut, og har til formål at indsamle, bearbejde og formidle byggetekniske erfaringer, hvilket i praksis sker i form af udgivelsen af erfaringsblade.

I den gældende kvalitetssikringsvejledning er BYG-ERFA's erfaringsblade defineret som en del af alment teknisk

fælleseje, hvilket er summen af praktiske erfaringer for, hvad der forstås ved god projekteringskik og god håndværksmæssig skik.

Det nu annullerede erfaringsblad (21) 131227 omhandler håndteringen af vindspærrematerialer med henblik på at forebygge fugtskader i byggeriet, og det er kortfattet, men specifikt, nævnt, at der kan anvendes magnesiumbaserede pladematerialer.

Under afhjemlingen oplyste skønsmændene, at erfaringsbladet ansås som en blåstempling af MgO-pladerne, fordi BYG-ERFA's respektive teknikergrepper, der behandler udkast til erfaringsblade, nøje overvejer hvert komma, inden erfaringsbladet udgives. Er der i øvrigt en berettiget tvivl om et materiales egnethed, beskrives materialet ikke i et erfaringsblad. Det var derfor ikke en forhastet eller uovervejede handling, at erfaringsbladet specifikt nævnte MgO-plader som et muligt, og dermed egnet, vindspærremateriale.

Voldgiftsretten fandt derfor, at BYG-ERFA's udgivelse af erfaringsbladet den 27. december 2013 medførte, at der efter denne dato forelå en tilstrækkelig ansvarsfritagende viden i udviklingsrisikoens forstand.

Dette fandt desuden støtte i brancheorganisationen Træinformations samtidige udgivelse af publikationen TRÆ 68 Facadeelementer, som også nævner MgO-plader som et egnet plademateriale, ligesom at produktdatabladet for

Power Board-M heller ikke indeholder oplysninger om pladernes uegnethed.

Som følge heraf var totalentreprenøren ikke ansvarlig for brugen af MgO-pladerne, da dette udgjorde en risikooverførende og ansvarsfritagende udviklingsskade.

## Kvalitetssikringsbekendtgørelsens betydning

Sagens sidste spørgsmål vedrørte, om totalentreprenøren alligevel trods ansvarsfriheden efter byggetidens viden ifaldt et erstatningsansvar som følge af overtrædelse af reglerne i kvalitetssikringsbekendtgørelsen.

En tidligere udgave af kvalitetssikringsbekendtgørelsen var specifikt vedtaget mellem bygherren og totalentreprenøren. I bekendtgørelsen fremgår det, at byggeriet skal opføres ved anvendelse af gennemprøvede enkeltdele, og som illustreret i den første MgO-kendelse (T:BB 2017.779) kan det være ansvarspådragende, hvis den ansvarlige entreprenør eller rådgiver undlader at indhente bygherrens oplyste samtykke til anvendelse af et ikke-gennemprøvet materiale.

Byggeskedefonden gjorde i relation hertil gældende, at et "gennemprøvet" materiale i udviklingsrisikoens forstand ikke uden videre kan sidestilles med, at materialet også er gennemprøvet i kvalitetssikringsbekendtgørelsens forstand. Byggeskedefonden gjorde derfor gældende, at totalentreprenøren ifaldt et selvstændigt ansvar, fordi totalentreprenøren ikke havde oplyst bygherren om brugen af MgO-pladerne, udover at materialet fremgik af myndighedsprojektet.

Dette synspunkt blev afvist af voldgiftsretten. I kendelsens kortfattede begrundelse om kvalitetssikringsreglerne henviste voldgiftsretten til, at MgO-pladerne var gennemprøvede i udviklingsrisikoens forstand, og derfor handlede totalentreprenøren ikke ansvarspådragende ved at undlade at oplyse bygherren yderligere om MgO-pladerne.

Byggeskedefondens synspunkt er ikke tidligere behandlet i rets- og voldgiftspraksis. Den nye kendelse må forstås således, at begrebet "gennemprøvet" skal forstås på samme måde i både udviklingsrisikoens og kvalitetssikringsbekendtgørelsens forstand.

## Bech-Bruuns kommentarer

Den nyeste voldgiftspraksis om MgO-pladerne har været længe ventet af branchen til at sætte klare pejlemærker for, hvorvidt entreprenører og rådgivere ifalder et ansvar for brugen af MgO-plader efter den 27. december 2013. Byggeriets parter har nu med de seneste kendelser fået et mere tydeligt billede af retstilstanden til brug for andre sager.

MgO-sagskomplekset er dog endnu ikke endegyldigt afsluttet, da der fortsat udestår spørgsmål i både typiske og atypiske hændelsesforløb. Her kan det blandt andet fremhæves, at entreprenøren i en række tilfælde vil kunne være ansvarsfri, hvis rådgivers godkendelse af et materialeforslag har været så intensiv, at godkendelsen kan sidestilles med en projektændring, som det også var tilfældet i den første MgO-sag (T:BB 2017.779). Ligeledes er det ikke afklaret, om entreprenøren helt eller delvist ifalder et ansvar i de sager, hvor byggeriet afleveres efter den 6. marts 2015, men hvor brugen af MgO-plader er besluttet på et tidligere tidspunkt.

Afslutningsvis skal det som noget helt centralt fremhæves, at den entrepriseretlige definition af den ansvarsfritagende "viden," der nævnes i alle MgO-kendelserne, endnu er meget uklar. Det er med andre ord uvist, hvor få eller mange bidrag i den tekniske faglitteratur, der skal være til stede på beslutningstidspunktet, før entreprenøren er ansvarsfri efter reglerne om udviklingsrisikoen.

Det må dog under alle omstændigheder fastslås, at voldgiftsrettens anvendelse af det entrepriseretlige vidensbegreb er lempeligere, end hvad der blandt andet kendes i produktansvars- og forsikringsretten, hvor der kun statueres ansvarsfrihed, når det på vurderingstidspunktet ikke ville være muligt at konstatere manglerne ved brug af anerkendte undersøgelsesmetoder. Havde voldgiftsretten anvendt et synonymt krav til en ansvarsfritagende viden, ville MgO-pladerne uanset BYG-ERFA's erfaringsblad ikke kunne udgøre en udviklingsskade.

MgO-sagskomplekset er derfor endnu ikke afsluttet, og praksis vil i de næste år give yderligere pejlemærker for de generelle regler om byggetidens viden.

## Bech-Bruun takker ja til forfatterskab på "ABR 18 med kommentarer"

Efter opdrag fra DJØF Forlag har partner Claus Berg påtaget sig forfatterskabet til "ABR 18 med kommentarer".

ABR 18 (Almindelige Betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed) regulerer alle væsentlige vilkår for aftaler om arkitekt- og ingeniør-rådgivning, herunder samarbejde med entreprenører, rådgiveransvar, forsikring, ophavsret, konfliktløsning m.m.

ABR 18 trådte i kraft 1. januar 2019 som led i den omfattende reform af byggeriets standardvilkår, som også omfatter AB18 og ABT 18.

"ABR 18 med kommentarer" vil være på hylderne i begyndelsen af 2020, og bogen forventes at blive et standardværk på området.

Bech-Bruun, og ikke mindst Claus Berg, glæder sig til at komme i gang med den prestigefyldte opgave.

### Vores team

Bech-Bruun har landets største og mest komplette team af advokater specialiseret inden for entrepriseret. Teamet dækker hele byggeriets værdikæde (offentlige og private bygherrer, entreprenører, leverandører, tekniske rådgivere m.fl.) og har dyb indsigt i og lang erfaring med rådgivning om bygge- og anlægsprojekter af enhver art.



**Claus Berg**  
Partner  
T +45 72 27 35 25  
E berg@bechbruun.com



**Jens Hjortskov**  
Partner  
T +45 72 27 34 44  
E jeh@bechbruun.com



**Torben Brøgger**  
Partner  
T +45 72 27 34 66  
E tb@bechbruun.com



**Håkun Djurhuus**  
Partner  
T +45 72 27 33 44  
E djur@bechbruun.com



**Henrik Valdorf**  
Partner  
T +45 72 27 35 77  
E hvh@bechbruun.com



**Tina Braad**  
Partner  
T +45 72 27 33 21  
E tbr@bechbruun.com



**Carsten Pedersen**  
Partner  
T +45 72 27 34 32  
E cpe@bechbruun.com



**Anne Bergholt Sommer**  
Partner  
T +45 72 27 33 61  
E ase@bechbruun.com



**Eivind Einersen**  
Specialistadvokat  
T +45 72 27 33 10  
E eie@bechbruun.com