



NYT

Andet kapitel om MgO-pladerne: Entreprenør fundet erstatningsansvarlig for sit materialevalg

En voldgiftsret nedsat af Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg har for nylig afsagt en ny principiel kendelse i MgO-sagskomplekset. Kendelsen adskiller sig fra den første kendelse fra juni 2017, idet entreprenøren i den nyeste sag måtte bære ansvaret for anvendelsen af uegnede MgO-plader som vindspærre i en let facadekonstruktion. Voldgiftsretten bidrager til retsudviklingen ved at præcisere, hvornår entreprenøren bærer risikoen for valg af byggematerialer, der efterfølgende viser sig uegnede. Selvom kendelsen skaber klarhed over udvalgte dele af de juridiske problematikker i MgO-sagskomplekset, udestår der fortsat uafklarede problemstillinger til pådømmelse i de kommende afgørelser.

MgO-plader blev introduceret på det danske marked omkring år 2010. MgO-pladerne vandt hurtigt stort indpas i byggebranchen, hvilket resulterede i, at pladerne anvendtes som vindspærreplader i lette facadekonstruktioner på et utal af især offentlige byggerier. I slutningen af 2014 viste det sig dog, at pladerne var uanvendelige som vindspærreplader, da pladerne er ustabile i det danske klima og opsuger fugt fra den omkringliggende luft – navnlig når den relative luftfugtighed er høj om vinteren – hvor MgO-pladerne afgiver fugten i form af saltholdige vanddråber, som opfugter og korroderer omkringliggende bygningsdele.

Som en konsekvens af MgO-pladernes uheldige egenskaber, forventes det, at næsten samtlige MgO-plader skal udskiftes på sigt.

Voldgiftsretten har i en ny principiel kendelse af 14. september 2018 for anden gang taget stilling til, hvem der skal bære ansvaret for anvendelse af MgO-plader.

Voldgiftsrettens kendelse

I den konkrete sag skulle bygherren have foretaget en omfattende facade-reovering på en rækkehusbebyggelse bestående af 25 boligblokke. Facadereoveringen omfattede bl.a. levering og montering af en let facadekonstruktion med vindspærreplader.

Bygherren havde til brug for reoveringen antaget en totalrådgiver samt en hovedentreprenør, der skulle forestå udførelsen af byggeriet.

Byggeriet blev udført i perioden 2012 – 2013 og blev afleveret den 29. april 2014 uden konstatering af mangler ved facaden. Først den 15. april 2015 reklamerede bygherren over for entreprenøren og rådgiveren på baggrund af mangler ved MgO-pladerne. Såvel entreprenøren som rådgiveren afviste bygherrens reklamation, og der indledtes voldgiftssag om erstatning for udgifter til afhjælpning af de opsatte MgO-plader.

Kravet mod hovedentreprenøren

Udgangspunktet er, at entreprenøren bærer ansvaret for, at de anvendte materialer ikke er som aftalt eller er af sædvanlig god kvalitet, jf. AB 92 § 30, stk. 2.

Dette udgangspunkt fraviges, hvis (i) bygherren har foreskrevet anvendelsen af et bestemt materiale, der efterfølgende viser sig at være uegnet, **eller** (ii) entreprenøren ved frit materialevalg godtgør, at materialerne efter byggetidens viden ansås som forsvarlige og fornuftige til formålet. Bygherren bærer med andre ord risikoen for, at senere udvikling afslører, at materialer efterfølgende viser sig at være uegnede til formålet ("udviklingsrisikoen").

Entreprenørens materialevalg og bygherrens godkendelse eller valg af produkt

Ved voldgiftsrettens vurdering af den første undtagelse, skulle der tages stilling til, om bygherren havde foreskrevet anvendelse af MgO-plader i byggeriet.

I projekt materialet var der oprindeligt foreskrevet anvendelse af vindgips som vindspærre, men entreprenøren var samtidig blevet tildelt et frit materialevalg, idet entreprenøren var berettiget til at vælge et ”eller dermed ligestillet materiale”.

Efter bevisførelsen lagde voldgiftsretten til grund, at entreprenøren i første omgang blot havde foreslået rådgiveren, at der skulle bruges en anden pladetype end vindgips. Det var først på et senere tidspunkt, i forbindelse med gennemgangen af en mock-up (prøve), at entreprenøren foreslog anvendelse af MgO-plader som et konkret alternativ. Dette blev godkendt, uden at der i den forbindelse var nogen særlig informationsudveksling eller dialog mellem rådgiveren og entreprenøren om materialet. Entreprenøren havde baseret sit forslag på det datablad om MgO-plader, som entreprenøren havde modtaget fra sin leverandør. Databladet var også til stede under gennemgangen af mock-up'en og blev formelt godkendt af rådgiveren i den forbindelse.

Efter voldgiftsrettens opfattelse udnyttede entreprenøren herved sin mulighed for frit materialevalg til at ændre materialet fra vindgips til MgO-plader, og materialeændringen blev godkendt af totalrådgiveren på bygherrens vegne.

Voldgiftsretten fandt det ikke godtgjort, at entreprenøren gav rådgiveren oplysninger om, at MgO-pladerne var et nyt produkt, eller at der i øvrigt forelå omstændigheder, som gav anledning til skærpet opmærksomhed. Voldgiftsretten fandt dermed, at entreprenøren var ansvarlig for manglerne ved MgO-pladerne uanset, at han ikke kendte eller burde kende til problemerne med pladerne.

På dette punkt adskiller kendelsen sig væsentligt fra den første kendelse fra juni 2017, som du kan [læse mere om her](#). I den første kendelse fandt voldgiftsretten, at rådgiveren netop havde godkendt entreprenørens forslag om anvendelse af MgO-plader som en projektændring, og desuden havde entreprenøren loyalt oplyst rådgiveren, at der var tale om et nyt produkt, som entreprenøren ikke havde erfaringer med. Det var derfor op til rådgiveren at vurdere, om MgO-pladerne var tilsvarende det produkt, som var foreskrevet i udbudsmaterialet.

Selvom det efter skønserklæringen kunne lægges til grund, at MgO-pladernes mangelfulde egenskaber kunne have været konstateret i 2013, havde ingen fagkyndige specialister offentliggjort sådanne vurderinger af MgO-pladernes egnethed.

Byggetidens viden og udviklingsrisiko

I sagen gjorde entreprenøren også den anden undtagelse om byggetidens viden gældende. Voldgiftsretten skulle derfor tage stilling til, om MgO-pladernes uegnethed kunne rubriceres som en udviklingsrisiko, som bygherren bar risikoen for.

Voldgiftsretten udtalte, at anvendelsen af MgO-pladerne i 2013 stadig var relativt ny. Voldgiftsretten anerkendte dog, at der havde været tale om en meget hurtig udvikling på markedet, og at pladerne i 2013 - 2014 formentlig udgjorde næsten hele markedet for vindspærreplader i de år. Skønsmændene udtalte desuden under voldgiftssagen, at det var blevet almindeligt blandt entreprenører at anvende MgO-plader. Voldgiftsretten slog på den baggrund fast, at anvendelsen af MgO-plader var blevet et gængs og anerkendt produkt.

Voldgiftsretten fandt imidlertid, at det tillige måtte være et krav for entreprenørens ansvarsfrigørelse, efter byggetidens viden, at der efter anvendelsen af det pågældende produkt er indhøstet sådanne erfaringer med produktets egenskaber og egnethed, at det kan anses for gennemprøvet, således at der kan siges at foreligge en viden, hvorefter produktet anses for forsvarligt og fornuftigt til formålet.

Voldgiftsretten præciserer herved, at entreprenøren ikke kan overvælte en udviklingsrisiko på bygherren, blot fordi materialerne var almindeligt anvendt og udgjorde et gængs og anerkendt pro-

dukt. Det er tillige et krav efter byggetidens viden, at materialerne er gennemprøvede.

Om dette krav udtalte voldgiftsretten, at MgO-pladerne kun havde været monteret under realistiske danske vinterforhold med høje relative fugtværdier i to-tre vintre, på det tidspunkt, i foråret 2013, hvor beslutningen om at anvende MgO-pladerne blev truffet.

Selvom det efter skønserklæringen kunne lægges til grund, at MgO-pladernes mangelfulde egenskaber kunne have været konstateret i 2013, havde ingen fagkyndige specialister offentliggjort sådanne vurderinger af MgO-pladernes egnethed.

Entreprenøren gjorde gældende, at der forud for udarbejdelsen af BYG-ERFA bladet 131227 - ”Vindspærre i facader - materialevalg og afdækning i byggeperioden”, i hvert fald et halvt år forud for offentliggørelsen, forelå den viden, som indholdet af erfaringsbladet var baseret på. Skønsmændene udtalte dog, at omtalen af MgO-pladerne i BYG-ERFA bladet ikke kunne anses som en blåstempling af MgO-pladerne, og at erfaringsbladet alene omtalte MgO-pladerne i en opremsning. Voldgiftsretten fandt ikke, at entreprenøren havde godtgjort, at der forud for offentliggørelsesdatoen af erfaringsbladet forelå omstændigheder vedrørende vurderinger af MgO-pladernes egnethed til anvendelse i dansk vinterklima, som entreprenøren kunne støtte ret på.

Voldgiftsretten fandt dermed, at hverken udviklingsrisiko eller byggetidens viden kunne begrunde, at bygherren skulle bære risikoen for MgO-pladernes mangelfulde egenskaber. Entreprenøren blev derfor fundet erstatningsansvarlig for udgifterne forbundet med udskiftningen af pladerne.

Hvorvidt entreprenøren ville være ansat som ansvarsfri, hvis entreprenørens materialevalg var truffet efter udgivelsen af det pågældende BYG-ERFA blad, henstår som uafklaret. Det må forventes, at retsstillingen og betydningen af BYG-ERFA bladet vil blive fastslået i kommende kendelser i MgO-sagskomplekset.

Kravet mod totalrådgiveren

I forbindelse med entreprenørens forslag om at bruge MgO-plader fik rådgiveren anledning til at gennemgå produktbladet, hvoraf der fremgik en række anprisninger om MgO-pladernes egenskaber. Det fremgik dog ikke af databladet, at der var tale om et nyt produkt.

På baggrund af skønserklæringen fandt voldgiftsretten, at rådgivere og entreprenører som udgangspunkt kan lægge de oplysninger til grund, der fremgår af et produkts datablad. Eftersom der ikke forelå omstændigheder, der gav rådgiveren anledning til skærpet opmærksomhed, havde rådgiveren ikke handlet ansvarspådragende ved ikke at orientere bygherren om, at materialet var nyt og ugenoprøvet.

Det er interessant at bemærke, at alle materialer ifølge udbudsmaterialet skulle være CE-mærkede. Bygherren gjorde således gældende, at rådgiveren havde handlet ansvarspådragende ved at godkende MgO-pladerne, selvom de ikke var CE-mærkede. Det bemærkes

i den forbindelse, at skønsmanden under sagen udtalte, at en CE-mærkning ikke ville have afdækket MgO-pladernes uegnethed. Det må derfor antages, at bygherrens anbringende blev ført ud fra samme tankegang som i den første MgO-kendelse, hvor voldgiftsretten pålagde rådgiveren ansvar for ikke at have overholdt kvalitetssikringsbekendtgørelsen, som netop pålagde rådgiveren at orientere bygherren om nye og uprøvede materialer. Da bygherren ikke var blevet oplyst om, at MgO-pladerne var nye og uprøvede, kunne det ikke afvises, at bygherren ville have fravalgt MgO-pladerne, hvis han var blevet oplyst herom.

Voldgiftsretten afviste dog at tage stilling til bygherrens anbringende i sagen, eftersom synspunktet først var blevet fremsat umiddelbart inden hovedforhandlingen. Voldgiftsretten tog således ikke stilling til, om den manglende CE-mærkning i sig selv udgjorde en misligholdelse af rådgiveraftalen, og spørgsmålet fremstår derfor uafklaret. Havde voldgiftsretten behandlet anbringendet, må det formodes, at rådgiverens eventuelle erstatningsansvar ville afhænge af, om bygherren kunne sandsynliggøre, at man ville have fravalgt materialet på grund af den manglende CE-mærkning.

Bech Bruuns kommentarer

Voldgiftsrettens kendelse bringer os nærmere på en afklaring af de betingelser, der stilles til entreprenøren for at blive ansvarsfritaget efter byggetidens viden. Retsstillingen er således nu den, at et materiale ikke bare skal være anerkendt og anvendt, men også gennemprøvet.

Kendelsen efterlader en anelse uklarhed om, hvornår et produkt kan anses for at være gennemprøvet. Voldgiftsret-

ten lægger udtrykkeligt vægt på faktorer som længden af perioden, hvorved materialet er blevet anvendt, samt omfanget af eventuelle faglige undersøgelser. Det henstår dog som uafklaret, om der foretages faglige vurderinger og undersøgelser af materialer, eller om alene gængs anvendelse over en længere, relevant periode alene kan betyde, at materialet anses for gennemprøvet.

Samlet set må kendelsen opfattes som en skærpe af entreprenøransvaret og en tilsvarende lempelse af ansvaret for rådgiveren. Det skyldes, at rådgiveren, men ikke entreprenøren, med databladet i hånden kan lægge til grund, at MgO-pladerne var egnede og anvendelige til formålet. Forskellen på entreprenøren og rådgiveren bliver dermed, at entreprenøren burde have vist, at materialet var nyt og uprøvet, hvorimod rådgiveren ikke havde grund til at vide dette.

Kendelsen må forventes at få betydning for fremtidige byggerier, idet entreprenører formentlig vil være påpasselige med at foreslå nye og alternative materialer eller metoder, såfremt det ikke er åbenbart, at materialet eller metoden er gennemprøvet. I værste tilfælde kan dette have en negativ betydning for innovationen og kreativiteten i dansk byggeri.

Det endelige udfald af retsstillingen kendes dog først endegyldigt, når de øvrige MgO-kendelser foreligger.

Har du spørgsmål til nyhedsbrevet, er du velkommen til at kontakte en af vores specialister på området. Du kan også rette henvendelse til din sædvanlige kontaktperson hos Bech-Bruun.



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



Christoffer Hornslet
Advokat
T +45 72 27 35 59
E chho@bechbruun.com



Marie Munck Kristiansen
Advokatfuldmægtig
T +45 72 27 36 78
E mmk@bechbruun.com