

EKSTRAARBEJDER

Det Danske Selskab for Byggeret, 8. september 2021

DAHL

Udvalgte emner

1. Kontraktsarbejde eller ekstraarbejde?
2. Betaling
3. Tvist om ekstraarbejde



1. Kontraktsarbejde eller ekstraarbejde?

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

- Der foreligger et spørgsmål om fastlæggelse af *indholdet (eller omfanget) af den ydelse, entreprenøren har påtaget sig ved kontrakten.*
- Det må derfor først og fremmest afgøres på grundlag af *aftalen*, om der er tale om kontrakts- eller ekstraarbejder.
- Spørgsmålets besvarelse afhænger i første række af en *fortolkning* af det samlede kontraktsmateriale i lyset af hele aftalesituationen.
 1. Udbudsmaterialets indhold
 2. Entreprenørens indsigelsespligt
 3. Aftaleformens betydning
 4. Parternes adfærd

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 1: Udbudsmaterialets indhold

- Krav til klart og entydigt udbudsmateriale, jf. AB 18 § 4, stk. 2.
- Betydningen af generelle ansvarsfraskrivelse o.lign.

Udbudsmaterialet:

»Entreprenørens tilbud skal omfatte alt til udførelse af arbejdet, herunder alle bydelser, uanset om de er sædvanlige eller ej, og uanset om de fremgår af nærværende udbudsmateriale eller ej«

- Ligesom der er en tendens til at bortse fra totale ansvarsfraskrivelser (der ikke har en særlig baggrund), vil der være en tendens til at bortse fra sådanne generelle udsagn i udbudsmaterialet.
- Hvis udbudsmaterialet ikke opfylder klarhedskravet = taler for ekstraarbejder

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 1: Udbudsmaterialets indhold - tilbudslistens betydning

T:BB 2019.207 VBA: Støbning af lyskasse var kontraktsarbejde, selvom den ikke fremgik af tilbudslisten.

- Lyskasse til 22.500 kr. fremgik ikke af tilbudslisten
- Den fremgik af tegningsmaterialet og af de særlige betingelser
- *Voldgiftsretten finder, at det tydeligt fremgår af tegningsmaterialet og de særlige betingelser, at støbning af lyskasse skal være indeholdt i tilbuddet. Det kan ikke heroverfor tillægges afgørende betydning, at lyskassen ikke er medtaget i tilbudslisten. E kan derfor ikke få medhold i kravet om, at arbejdet skal honoreres som ekstraarbejde.*

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 1: Udbudsmaterialets indhold - grænseflader

T:BB 2020.95 VBA: Lyddug og lydfuger var kontraktsarbejde, selvom de ikke klart fremgik af tilbudslisten.

- E havde modtaget udbudsmateriale vedrørende murerentreprisen, gulventreprisen og apteringsentreprisen.
- Kontrakten omfattede alene murer- og gulventreprisen.
- Entreprenør krævede betaling for ekstraarbejder vedrørende lyddug, lydfuger og spartling.
- Voldgiftsretten fandt, at lyddug og lydfuger var kontraktsarbejde, uanset at lyddug ikke fremgik konsekvent af tilbudslisten. Udbudsmaterialet var udformet tilstrækkelig klart og entydigt, idet hvert ydelsesnummer i arbejdsbeskrivelsen angav, om udbuddet omfatter lyddug. Lydduge var også markeret på de tegninger, der refererede sig til de ydelsesnumre, der omfattede lyddug.
- Derimod var spartling vedrørende vinyl på vægge ekstraarbejde, da udbuddet *ikke* havde været tilstrækkeligt klart og entydigt. Det var usikkert, under hvilken entreprise spartling i overgangen mellem vinylen og den øverste del af væggene hørte under (uklar grænseflade).

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 1: Udbudsmaterialets indhold - uklarheder

T:BB 2020.505 VBA: E fik betaling for ekstraarbejde, bl.a. som følge af udbudsmangler. Andre krav anset for kontraktsarbejde.

- E skulle udføre bl.a. kloakering, dræning og etablering af vandforsyning med individuelle vandmålere til enkelte kolonihaver.
- Voldgiftsretten fandt, at der forelå (visse) udbudsmangler, og tilkendte E ekstrabetaling for nogle arbejder. Eksempelvis udtalte voldgiftsretten om jordarbejder, at *"[...] udbudsmaterialet, det løbende tilsyn mv. kunne optimeres. Udbudsmaterialet mangler således bl.a. en mere præcis angivelse af, hvorledes der skal forholdes med våd jord, hvorledes våd jord defineres mv. Hertil kommer, at det efter bevisførelsen er voldgiftsrettens vurdering, at der ikke fra R's side blev fulgt tilstrækkeligt op på de problemer, der viste sig bl.a. med hensyn til håndtering af våd jord. Det er forhold, som må komme [BH] til skade"*.
- E skulle efter aftalen holde udgravningen fri for vand, men krævede betaling for bortledning af vand. Voldgiftsretten: *"E kunne sige sig selv, at der skulle ske bortledning af vand".*
- Kvalitetssikringsprogram blev anset for en *naturlig del af en entreprise*, selvom der manglende prissætning heraf i tilbudslisten.

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 2: Entreprenørens indsigelsespligt

- UP: Projektfejl taler for ekstraarbejder
 - Projekteringsforpligtelsen påhviler BH.

- U: E har (i visse tilfælde) pligt til at oplyse/gøre indsigelse mod projektfejl
 - Prækontraktuelt - E skal gøre sig bekendt med ydelsen (caveat emptor).
 - Loyal oplysningsforpligtelse
 - E har i et vist omfang pligt til at rådgive BH, jf. AB 18 § 22, stk. 2 samt § 26, stk. 1.
 - En tilsidesættelse taler for kontraktsarbejde.

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 3: Aftaleformens betydning

- Traditionel entreprise
- Totalentreprise
- Mellempformer (Partnering, udbud på funktionskrav, E's faktiske projektering, tidligt udbud/skrabede projekter)
- *Tommelfingerregel:*
 - UP: Jo mere E påtager sig af projektering, jo mere taler for kontraktsarbejde.
 - U: Hvis fejl kan henføres til BH's forhold
 - F.eks. BH's vildledende oplysninger i udbud, jf. T:BB 2020.655 VBA.

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 3: Aftaleformens betydning

T:BB 2020.655 VBA: E fandtes at have påtaget sig projekteringsforpligtelse, men havde krav på ekstrabetaling som følge af udbudsmangler.

- HE og UE indgik i 2015 en aftale, hvorefter UE skulle projektere og dimensionere spær over en butik. Der opstod uenighed om projekteringsforpligtelsens omfang.
- UE krævede et tillæg på omkring kr. 2 mio. for ekstraarbejder (øget stålmængder med ca. 100 % ift., hvad der var forudsat ved tilbudsafgivelsen, tillæg for ændringer i svejsninger mv., tillæg for ekstraberegninger).
- Voldgiftsretten fandt, at UE havde påtaget sig projekteringen af gitterspærene, således som det fremgik af UE's tilbud. Voldgiftsretten fandt, at projekteringsforpligtelsen fremgik **tydeligt** af det samlede udbudsmaterialet. Dette var ikke blot en færdigprojektering, men en egentlig projektering af spærene på grundlag af udbudsmaterialet.
- Imidlertid fandt Voldgiftsretten, at der var **uklarhed** i en udbudstegning vedrørende detaljer på gitterspærene. Uanset at tegningen angav forbehold vedr. målfasthed mv., så indeholdte tegningen direkte vildledende oplysninger vedr. stålprofilernes spærhoved/fod, hvilket måtte anses for en uklarhed ved projekt materialet, jf. AB 92 § 2, stk. 2.

Fortolkning (kontraktsarbejde eller ekstraarbejde)

Ad 4: Parternes adfærd

Ad 4: Parternes adfærd

- BH's passivitet = taler for ekstraarbejde
 - BH ved at E udfører ekstraarbejder, men siger intet, jf. T:BB 2005.599 VBA.
 - BH forholder sig ikke til E's fremsættelse af tillægsvederlag, jf. T:BB 2011.646 VBA.
- E's underretningspligt = tilsidesættelse taler for kontraktsarbejde.
 - T:BB 2008.305 VBA:
 - E havde "haft særlig forpligtelse til *på et tidligt tidspunkt at gøre klagerens rådgivere opmærksom* på tilfælde, hvor projektændringer eller -præciseringer ville medføre krav om ekstrabetaling".

Bevisbyrde

- Hvor klart er arbejdet ”ekstra”?
- Hvilken dokumentation kan E fremlægge?
- Hvornår rejste E kravet?
 - Er BH blevet ringere stillet ved, at E rejste kravet sent?
 - Hvor *undskyldeligt* er det, at E ikke rejste kravet tidligere end sket?



2. Betaling

Merbetaling

- Den deklaratoriske regel om regningsprincippet er fastholdt i AB 18 § 24, stk. 3
 - »ændringsarbejde [udføres] som regningsarbejde«, medmindre der træffes anden aftale.
 - Regningen skal specificere arbejdstimer, materialer og materiel, jf. stk. 4 (nyt).
- Princippet i KBL § 5 - fastlægger grænsen for kravet
 - BH skal betale, hvad E fordrer, for så vidt det ikke kan anses for ubilligt.
 - BH har bevisbyrden - i praksis forsøges med syn og skøn
- T:BB 2021.225 ff., at ”*entrepriserettens særlige karakter og de underliggende beskyttelseshensyn*” medfører at KBL’s principper på visse punkter modificeres.
 - Er det sandt?

Merbetaling

Bevisspørgsmål

T:BB 2019.207 VBA: Syn og skøn for at bevise ubillighed af krav på ekstraarbejder

- Ca. 50 aftalesedler på ekstraarbejder
- BH mente bl.a. at kravene var ubillige (ville bevise det ved syn og skøn)
- Skønsmand: stort set alle krav nedsat med ca. 50 %.
- Voldgiftsretten understregede, at den anså sig for »fuldt ud kompetent« til at tage stilling til regningskravene, idet der ved syn og skøn var tilvejebragt »et sikkert grundlag« herfor, men tilføjede, at den »ikke på nogen måde [havde] været bundet af skønsmandens vurderinger«
- E fik medhold i næsten alle krav.
- Viser kompleksiteten i bevisbyrden i entreprisforhold (modsat løsørekøb)

Moms

- Kan parterne aftale, at der ikke skal betales moms?
 - Ja - men aftalen er ugyldig.
 - Se T:BB 2018.512 VBA
 - Ekstraarbejder skulle berigtiges med ”sorte penge”. Denne aftale var ugyldig, men ikke den resterende del af aftalen.
 - Fint for BH, som ”skylder” penge; men E kan ikke gennemtvinge sit krav retsligt.

Moms

- Aftaleseddel på ekstraarbejder er sædvanligt:
 - BH godkender ikke altid ekstraarbejder.
 - E anmoder om betaling, men fakturerer ikke (BH har allerede afvist)
 - Begrundelse; likviditetsmæssig belastning.
 - Tvisten parkeres til senere, og anlægges på grundlag af aftaleseddel (uden faktura).
 - OBS på påstande i klageskrifter - har ofte medtaget renter af moms.

Moms

- UP efter momsloven: Faktura skal ske inden eller snarest efter leverancens afslutning.
 - Sker jo ikke ved omtvistede ekstraarbejder (her afventer E en kendelse, før faktura med moms udstedes).
- Entrepriseretlig sædvane, at E ikke fakturerer
 - Er sædvanen stridende mod DL 5-1-2 (lov og ærbarhed)?
 - Er det nødvendigt at kunne dokumentere krav i form af momsbelagte fakturaer som en egentlig procesforudsætning?
 - Nej, jf. U 2020.3670 H

Urimelige krav

AB 18 § 23, stk. 2:

”Entreprenøren har ret til at udføre en forlangt ændring, medmindre bygherren påviser særlige grunde til at lade andre udføre arbejdet, herunder at entreprenørens økonomiske krav for udførelsen ikke er rimeligt.”

BH kan efter AB 18 vælge anden E, hvis økonomiske krav er urimelige - eller kan han?:

- Gælder ikke enhedsprisaftale, regningsarbejde, overslag etc.
- Gælder måske kun, hvis E giver (ubilligt) tilbud på ekstraarbejdet
 - Men bør være en betingelse, at E ved at det konkurrenceudsættes.
- OBS: BH er jo altid beskyttet mod ubillige krav!
- T:BB 2013.751 VBA om BH's uberettigede overladelse af ekstraarbejde til anden entreprenør; E's tilbud var ellers 33 % dyrere end ny E; E fik erstatning

Fortabelse af krav - adfærd/reklamation

- E skal ”snarest muligt” rejse krav:
 - § 19, stk. 8 (projektgennemgang)
 - § 25, stk. 1-4 (proces for ændringer)
 - § 26, stk. 2 (hindringer)

Fortabelse af krav - adfærd/reklamation

- Retsvirkningerne af tilsidesættelse af varslingsbestemmelser.
 - Om en parts tilsidesættelse af pligten til at give meddelelse om sit krav skal sanktioneres, reguleres af de almindelige passivitetsregler.
 - Manglende iagttagelse vil ikke i sig selv medføre rettighedsfortabelse.
 - Om en part skal lide rettighedsfortabelse pga. passivitet, vil efter fast praksis også afhænge af
 - om modparten *måtte vide*, at der bestod et krav,
 - om der var *klart grundlag* for kravet,
 - om resultatet er *rimeligt*, etc.
 - Reglerne vil derfor næppe medføre nogen væsentlig ændring af hidtidig praksis.
 - I NS 8405 (norsk standard) er der indført præklusive frister

Fortabelse af krav - slutopgørelse

Efter at bygherren har modtaget »en endelig og fuldstændig opgørelse, herunder over tilgodehavender for alle ekstraarbejder«, kan entreprenøren efter AB 18 § 36, stk. 5 »ikke fremkomme med yderligere krav - bortset fra sådanne, der er taget konkret forbehold om i slutopgørelsen«.

- Har slutopgørelsen overhovedet præklusiv virkning?
 - Kun et udgangspunkt.
 - Se eksempelvis T:BB 2016.419 VBA, hvor en underentreprenør havde fremsendt slutopgørelse den 31. maj 2012. Underentreprenøren krævede efterfølgende betaling for ekstraarbejder ved faktura af 14. november 2012. Voldgiftsretten udtalte, at slutopgørelsen medfører, at »kravene [på ekstraarbejder er] prækluderet, og voldgiftsretten tager derfor kun kravene i henhold hertil til følge i det omfang, de er anerkendt af [hovedentreprenøren]«.

Fortabelse af krav - slutopgørelse

- Undtagelser til den præklusive virkning. Momenter til vurdering:
 - E's konkrete forbehold (ej generelt, jf. T:BB 2016.419 VBA)
 - Forbehold skal følges op, jf. KFE 2008.425 VBA (sag først anlagt efter 5 år!)
 - Aftaler og adfærd - slutopgørelsens betydning ændres efterfølgende.
 - Se T:BB 2019.207 VBA - bygherren forlanger efterfølgende separate afregninger på kontrakts- og ekstraarbejder.
 - Bygherrens viden eller måtte-viden om entreprenørens krav og andre forhold.
Voldgiftsretten accepterer en efterfølgende fremsættelse af krav
 - når der er gået kort tid, og
 - når bygherren vidste eller må antages at have være bekendt med ekstraarbejderne.
 - Voldgiftsretten har således i et vist omfang modificeret den præklusive virkning af slutopgørelsen.

Fortabelse af krav - slutopgørelse

T:BB 2019.207 VBA: Fremsendt slutopgørelse udelukkede ikke, at E kunne kræve betaling for ekstraarbejder

- BH havde insisteret på at få separate fakturaer for kontrakts- og ekstraarbejder.
- E fremsende ”slutopgørelse” kun indeholdende kontraktsarbejder.
- BH gjorde gældende, at E derved havde fortabt krav på ekstraarbejder.
- VBA: Ej mistet krav på ekstraarbejder ved at fremsende slutopgørelse på kontraktsarbejder.

Fortabelse af krav - rådgivers fuldmagt

- Fuldmagt efter AB 18 § 28, stk. 2/ABR 18 § 26, stk. 2.

Byggeledelsen er legitimeret/bemyndiget til på bygherrens vegne at forlange eller indgå aftale om ændring i arbejdet samt om forandring i aftalen med hensyn til pris, tid og sikkerhed som følge deraf med en merbetaling på højst 50.000 kr. for hver ændring og en fristforlængelse på højst 5 arbejdsdage for hver ændring. Hvis bygherren ikke har udpeget en byggeledelse, er fagtilsynet legitimeret/bemyndiget i samme omfang.

- Dog højst 5 % af enterprisesummen i alt!

Fortabelse af krav - Rådgivers fuldmagt

Aftalelovens § 25

”Den [R], der optræder som fuldmægtig for en anden [BH], indestår for, at han har fornøden fuldmagt. Oplyser han ikke, at han havde sådan, eller at hans retshandel er godkendt af den opgivne fuldmagtsgiver eller af andre grunde er bindende for denne, skal han erstatte den skade, tredjemand [E] lider ved, at retshandelen ikke kan gøres gældende mod den opgivne fuldmagtsgiver [BH].

Stk. 2. Denne bestemmelse kommer ikke til anvendelse, når tredjemand [E] vidste eller burde vide, at den [R], som foretog retshandelen, ikke havde fornøden fuldmagt. Ej heller kommer den til anvendelse, når den, som foretog retshandelen, handlede i henhold til en fuldmagt, der var ugyldig eller uvirksom af grunde, som han var uvidende om, og som tredjemand ikke kunne påregne, at han vidste besked om.”

Fortabelse af krav - Rådgivers fuldmagt

Rådgivers ansvar efter AFTL § 25

- Hvis R handler som *falsus procurator*, dvs. uden eller uden for fuldmagten, er han ansvarlig efter AFTL § 25.
- Negativ kontraktsinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse i aftalen med BH
- E har intet erstatningskrav, hvis han er i ond tro, sml. U 1970.908 V ("tids-studiedommen")

AFTL § 25, stk. 2, 1. pkt. → stor risiko for E, som udfører arbejder udover fuldmagtens grænser.



3. Tvist om ekstraarbejde

Hurtig afgørelse om ekstraarbejder

- Voldgiftslovens § 18:
 - *”Parterne skal behandles lige, og hver part skal have fuld lejlighed til at fremføre sin sag.*

- AB 18 § 68 (hurtig afgørelse - proces):
 - 10 arbejdsdage til at afgive svar, jf. stk. 4
 - 5 arbejdsdage til replik/duplik, jf. stk. 4
 - Opmand kan foretage besigtigelse, jf. stk. 5

 - % syn og skøn, % parts- og vidneforklaring.

Hurtig afgørelse om ekstraarbejder

§ 68, stk. 9 (om E's ret til betaling for ændringer, jf. stk. 1, litra c):

”En hurtig afgørelse har som en voldgiftskendelse bindende virkning for sagens parter. Afgørelsen skal opfyldes senest 8 uger efter, at den er truffet. Afgørelsen kan indbringes for voldgift efter § 69 senest 8 uger efter, at den er truffet, og der træffes da ved voldgiften endelig afgørelse om tvisten. Hvis der ikke anlægges voldgiftssag inden fristens udløb, bliver afgørelsen herefter endelig.”

- Tvivlsomt om en hurtig afgørelse vil være eksigibel, hvis en part afskæres fra at fremføre sin sag, jf. Voldgiftslovens § 18.