

Entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger ved bygherrens forsinkelser

Af Jacob C. Jørgensen*

1. INTRODUKTION

Projektforsinkelser kan give anledning til nogle af de mest komplekse entrepriseretlige tvister. Mens entreprisekontrakten typisk indeholder en dagbodsklausul, der effektivt eliminerer bygherrens udfordringer i relation til at bevise årsagsforbindelse og størrelse på de erstatningsberettigede tab, som entreprenørens forsinkelser har forårsaget, finder man næsten aldrig bodsklausuler, der løser entreprenørens tilsvarende bevismæssige udfordringer i tilfælde af bygherrens projektforsinkelser.¹

Nærværende artikel angår entreprenørens krav på dækning af de kapacitetsomkostninger, der er forbundet med driften af hans hovedkontor i en situation, hvor længerevarende udsættelser af aftalte ratebetalinger opstår som følge af forsinkelse på grund af forhold, som bygherren er kontraktuelt ansvarlig for eller bærer risikoen for.

Med kapacitetsomkostninger² henvises der i det følgende specifikt til de omkostninger, der er forbundet med driften af entreprenørens hovedkontor, herunder navnlig: husleje, bogholderi, leasing af it-udstyr, udgifter til hovedkontorets varme, el, vand, telefon, internet samt visse lønomkostninger.³

Kapacitetsomkostningerne *forøges* ikke på grund af bygherrens forsinkelse, og de kan heller ikke siges at være *spildte* eller være blevet *afholdt forges*, da de som sagt ikke er knyttede til det forsinkede projekt (som tilfældet f.eks. vil være med hensyn til lønudgifter til den ansvarlige projektleder eller licensudgifter til et software, der er anskaffet særligt med henblik på projektets udførelse).⁴

Entreprenørens kapacitetsomkostninger forbundet med hovedkontorets drift bliver normalt dækket af de udbetalinger, som entreprenørvirksomhedens samlede igangværende byggeprojekter

løbende genererer hen over et givet kalenderår; men når udbetalinger udebliver – enten fordi bygherren ganske enkelt ikke betaler til tiden (til trods for at byggeriet skrider fremad efter tidsplanen), eller fordi bygherren er skyld i projektforsinkelser, der udskyder færdiggørelsen af projektets milepæle og de dermed tilknyttede udbetalinger – »synker« kapacitetsomkostningerne til bunds i entreprenørens regnskab og forvandles til tab i form af et forværret resultat.

I dansk entrepriseret har man traditionelt været tilbageholdende med at tilkende entreprenøren kompensation for dennes kapacitetsomkostninger⁵, mens man i common law jurisdiktioner – når visse forudsætninger er opfyldt⁶ – generelt anerkender entreprenørens krav, der på engelsk benævnes »unabsorbed home office overhead«.

I det følgende vil udvalgte afgørelser fra navnlig engelske domstole⁷ angående entreprenørens krav på »unabsorbed home office overhead« blive analyseret med henblik på at vurdere, om koncepterne fra common law-verdenen vil kunne overføres til og anvendes i dansk entrepriseret inden for rammerne af AB 18/ABT 18 § 43 om bygherrens hæftelse ved forsinkelse.

2. ENTREPRENØRENS KRAV PÅ KAPACITETSOMKOSTNINGER I COMMON LAW

2.1 Engelsk ret

Entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger frembyder en række bevismæssige udfordringer, navnlig i relation til kvantificering, kausalitet og tabsbegrænsningsforpligtelsen.

* Advokat (H), LL.M. (Cantab.), FCI Arb, TEP, FIDIC Certified Adjudicator. En stor tak til lektor Sylvie Cavaleri, ph.d. for hendes gode råd og forslag i forbindelse med denne artikels tilblivelse.

1 Se herom Erik Hørlyck, »Entreprise – AB 18 med Kommentarer«, 8. udgave, 2019, (herefter »Hørlyck: Entreprise – AB 18«), s. 443. Se desuden Anders Jost Buch et al., »AB 18 – Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer«, 2020, s. 646-651. Danske voldgiftskendelser lempes dog i et vist omfang entreprenørens bevisbyrde, jf. f.eks. KfE 1981.61 VBA, hvori det udtales, at det må tages i betragtning, »at det altid er meget svært at dokumentere forsinkelsestabet«. Se også KfE 1978.189 VBA, hvor voldgiftsretten tilkendte en skønsmæssigt fastsat erstatning uden nærmere dokumentation. Se i samme retning KfE 2009.101 VBA, hvor der tilkendtes erstatning, selvom den fremlagte dokumentation fra entreprenøren var »meget ufuldstændig«. Se desuden om spørgsmålet Hørlyck: Entreprise – AB 18, s. 448-49 samt Torsten Iversen, »Erstatningsberegning i kontraktforhold«, 2000, s. 561-64.

2 I regnskabsmæssig teori også kendt som »generalomkostninger« eller »overhead«.

3 I »Arkitektkontrakten«, 1966, giver Jørgen Hansen, s. 106-107, en meget detaljeret beskrivelse af sådanne omkostninger i relation til arkitekthonorarer.

4 Der er almindelig enighed i teori og praksis om, at entreprenørens meromkostninger, som må afholdes på grund af bygherrens forsinkelse af projektet, herunder navnlig omkostninger til forlænget drift af byggepladsen, leje af eller afskrivninger på maskiner, lønomkostninger til ansatte på byggepladsen etc., kan kræves erstattet i tilfælde af bygherreforsinkelser, jf. hertil Torsten Iversen, »Entrepriseretten«, 2016, s. 542 ff., samt Hørlyck: Entreprise – AB 18 s. 448 ff.

5 Se Anders Jost Buch et al., »AB 18 – Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer«, 2020, s. 666 f. Se desuden Hørlyck: Entreprise – AB 18, s. 449, og Ole Hansen i TBB 2017, s. 638, der er omtalt nærmere under afsnit 3.1.

6 Entreprenørens krav i common law understøttes dog til tider af, at entrepriseaftalens definition af de omkostninger, som entreprenøren kan gøre krav på i tilfælde af bygherreforskyldte forsinkelser, specifikt omfatter »overhead« afholdt i forbindelse med entreprisens udførelse både på byggepladsen og uden for byggepladsen, jf. således f.eks. klausul 1.1.19 i FIDIC Conditions of Contract for Plant & Design Build (Yellow Book), 2017: »Costs means all expenditure reasonably incurred (or to be incurred) by the Contractor in performing the Contract, whether on or off the Site, including taxes, overhead and similar charges [...]«. En tilsvarende bestemmelse findes ikke i AB 18 eller ABT 18.

7 Hovedparten af de refererede engelske domme er tilgængelige på: www.bailii.org.

Først og fremmest vil det kunne være vanskeligt for entreprenøren at føre bevis for, at tabsbegrænsningspligten er opfyldt. I denne forbindelse opstiller man i common law et krav om, at entreprenøren skal bevise, at hans mandskab, maskiner og andre ressourcer reelt var fastlåste i det forsinkede projekt og således ikke kunne flyttes til andre projekter, som kunne have genereret en omsætning, der kunne have dækket kapacitetsomkostningerne. I mangel af bevis for en reel og uundgåelig fastlåsning af ressourcer vil en bygherre, navnlig i perioder med høj aktivitet i byggebranchen, kunne få held til at føre bevis for, at entreprenørens tab kunne være begrænset eller måske helt undgået.⁸

Dette illustreres bl.a. i sagen *J.F. Finnegan Ltd. v. Scheffield City Council*, 43 Build L.R. 124 (Q.B. 1989), hvor entreprenøren, J.F. Finnegan, havde påtaget sig at reparere og renovere et antal huse for bygherren, Sheffield City Council, i henhold til en entreprisekontrakt baseret på standardvilkårene indeholdt i den engelske JCT 1963 Building Contract.

Entreprisen blev afsluttet med otte måneders forsinkelse. Entreprenøren fremsatte krav om kompensation for tab og ekstraomkostninger under henvisning til en række forsinkelser, som bygherren i vidt omfang havde anerkendt at bære ansvaret for. Sagen blev ført ved den engelske High Court, der bl.a. tog stilling til, om entreprenøren var berettiget til erstatning eller godtgørelse for kapacitetsomkostninger samt mistet fortjeneste. Af dommens præmisser fremgår det bl.a.:

»It is generally accepted that, on principle, a contractor who is delayed in completing a contract due to the default of his employer, may properly have a claim for head office or off-site overheads during the period of delay, on the basis that the work-force, but for the delay, might have had the opportunity of being employed on another contract which would have had the effect of funding the overheads during the overrun period«.

I praksis er det ofte den bevismæssige betingelse angående den mistede mulighed for at påtage sig alternativt arbejde, der volder de største vanskeligheder for entreprenøren. Dette illustreres i sagen *Walter Lilly & Company Limited v. Giles Patrick Cyril Mackay and DMW Developments Limited* [2012] EWHC 1773 (TCC), hvor retten udtalte:

»It is necessary for the contractor to prove on a balance of probabilities that if the delay had not occurred it would have secured work or projects which would have produced a return (over and above costs) representing a profit and/or a contribution to head office overheads.«

Under forudsætning af, at disse grundlæggende betingelser er opfyldt, tillader man ifølge engelsk retspraksis entreprenøren at gøre krav på kapacitetsomkostninger. I sagen *Alfred McAlpine Homes North Ltd. v. Property and Ltd Contractors Ltd*, 1995 76 BLR 59 opsummerer HH Judge Humphrey Lloyd, QC, den engelske juridiske teori på området som følger:

»The theory is that because the period of delay is uncertain and thus the contractor can take no steps to reduce its head office expenditure and other overhead costs and cannot obtain additional work, there are no means whereby the contractor can avoid incurring the continuing head office expenditure, notwithstanding the reduction in turnover as a result of the suspension or delay to the progress of the work. The reduced activity no longer therefore pays its share towards the overhead costs.«

[...]

The loss in question must be proved to have occurred. The delay in question must be shown to have caused the contractor to decline to take on other work which was available and which would have contributed to its overhead recovery. Alternatively, it must have caused a reduction in the overhead recovery in the relevant financial year or years which would have been earned but for that delay. The delay must not have had associated with it a commensurate increase in turnover and recovery towards overheads. The overheads must not have been ones which would have been incurred in any event without the contractor achieving turnover to pay for them. There must have been no change in the market affecting the possibility of earning profit elsewhere and an alternative market must have been available. Furthermore, there must have been no means for the contractor to deploy its resources elsewhere despite the delay. In other words, there must not have been a constraint in recovery of overheads elsewhere.«

I common law anerkendes det dog, at entreprenøren ikke kan afkræves en eksakt tabsopgørelse i relation til krav på kapacitetsomkostninger som betingelse for at få medhold i kravet, jf. hertil den canadiske sag *Bemar Construction (Ontario) Inc. v. Mississauga City*, [2004] O.J. no. 235, hvori det udtales:

»The fact that assessment is difficult is no ground for awarding nominal damages [...]. The broad general rule is that damages which are uncertain, contingent and speculative in their nature cannot be made a basis of recovery; but this rule against recovery of uncertain damages is directed against uncertainty as to the cause rather than as to the extent or measure [...]. There is no uncertainty as to cause in the instant case.«

Som nærmere beskrevet i de følgende afsnit foretager domstolene i common law-lande sædvanligvis den skønsmæssige udmåling af entreprenørens erstatning på grundlag af en formel. Det er i denne forbindelse ikke ligegyldigt, hvilken formel der anvendes. Entreprenøren skal sandsynliggøre, at den valgte formel frembringer et skønsmæssigt beregnet krav, der først og fremmest fremstår proportionalt og adækvat, og som desuden med rimelighed kan allokere til netop det projekt, der er blevet forsinket på grund af forhold, som bygherren bærer risikoen eller ansvaret for. I de følgende afsnit beskrives de tre mest brugte formler⁹: Hudson, Emden og Eichleay.

2.1.2 Hudsons formel

»Hudsons formel« stammer fra I.N. Duncan Wallaces entrepriseretsbog *»Hudson's Building & Engineering Contracts.«*¹⁰. Ifølge Hudsons formel opgøres et krav på kapacitetsomkostninger på baggrund af entreprenørens tilbud og forudsætter, at kapacitetsomkostningerne enten er direkte specificeret i tilbuddet som en procentdel af enterprisesummen eller kan beregnes som en difference mellem enterprisesummen og byggeomkostningerne. Heri ligger samtidig begrænsningen i mulighederne for at anvende formlen, idet den altså forudsætter, at kapacitetsomkostningerne klart kan udledes af entreprenørens konkrete tilbud.

Ved at opsplitte og fordele kapacitetsomkostningsbeløbet hen over den oprindeligt aftalte byggeperiode som et beløb f.eks. pr. dag eller pr. uge kan man beregne den andel af entreprenørens samlede kapacitetsomkostninger, som bygherren, der har forsinket projektet og derved udbetalingerne af enterprisesummen, kan gøres ansvarlig for.

⁸ Bevisbyrden angående tabsbegrænsningspligten vil som udgangspunkt påhvile entreprenøren, men byrden vil – som i andre former for erstatningssager – kunne skifte undervejs i processen under påvirkning af de beviser, der føres fra parternes sider.

⁹ Ud over de beskrevne formler kan nævnes: Ernststrom, Manshul, Carteret og Allegheny formlerne, der kort er beskrevet i Martin Deeleys artikel *»Examination and Comparative Treatment of Home Office Overhead in Construction Delay Claims in Canada, the United States, Great Britain and Australia«*, som er tilgængelig her: https://mfacc.utoronto.ca/sites/files/difa/public/shared/Program/ResearchProjects/DIFA2005-Examination_and_Comparative_Treatment_of_Home_Office_Overhead_in_Construction_Delay_Claims_in_Canada_the_United_States_Great_Britain_and_Australia.PDF.

¹⁰ Formlen er nævnt første gang i bogens 10. udgave fra 1970, s. 599. Formlen er gengivet og omtalt i efterfølgende udgaver, jf. f.eks. bogens 13. udgave kapitel 6-070.

Entreprenørens krav på sunkne kapacitetsomkostninger beregnes på følgende måde efter Hudsons formel: Entreprenørens kapacitetsomkostninger samt profit i henhold til tilbuddet udtrykt i procent af den samlede budsum ($\gg a\%$) multipliceres med den oprindelige kontraktsum ($\gg b\%$) og divideres med den aftalte kontraktperiode udtrykt i f.eks. uger ($\gg c\%$). Herved fremkommer de allokerede kapacitetsomkostninger pr. uge ($\gg d\%$). Entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger ($\gg e\%$) beregnes herefter ved at multiplicere de allokerede kapacitetsomkostninger pr. uge ($\gg d\%$) med den bygherreforsinkede periode udtrykt i uger ($\gg f\%$).¹¹

2.1.3 Emdens formel

»Emdens formel«, der er en variant af Hudsons Formel, stammer fra Alfred C.R. Emdens entrepriseretsbog, »*Emden's Building Contracts and Practice*»¹², og indeholder følgende elementer:

Entreprenørens samlede kapacitetsomkostninger og profit udtrykt i procent af entreprenørens samlede årlige omsætning ($\gg a\%$) multipliceres med den oprindelige kontraktsum ($\gg b\%$), og resultatet divideres med den aftalte kontraktperiode udtrykt i f.eks. uger ($\gg c\%$). Herved fremkommer de allokerede kapacitetsomkostninger per uge ($\gg d\%$). Entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger ($\gg e\%$) beregnes herefter ved at multiplicere de allokerede kapacitetsomkostninger pr. uge ($\gg d\%$) med den bygherreforsinkede periode udtrykt i uger ($\gg f\%$).¹³

I modsætning til Hudsons formel, der ved beregningen af de allokerede kapacitetsomkostninger tager udgangspunkt i entreprenørens konkrete tilbud relateret til det forsinkede projekt, baserer beregningen af de allokerede kapacitetsomkostninger sig i Emdens formel på entreprenørens samlede årlige kapacitetsomkostningers samt profits procentvise andele af den samlede årlige omsætning, hvilket i praksis beregnes på grundlag af de(t) årsregnskab(er), der dækker den periode, hvorunder det forsinkede byggeprojekt er blevet udført.

I øvrigt skal baggrunden for, at såvel Hudsons formel som Emdens formel opererer med kapacitetsomkostninger samt profit søges i det forhold, at entreprenører i praksis ofte indsætter én procentsats i deres tilbud, som dækker begge disse poster.

2.2 USA

I flere andre common law-lande¹⁴ finder man afgørelser, hvori domstolene tilkender entreprenører en skønsmæssigt fastsat kompensation for kapacitetsomkostninger på grundlag af forskellige formler. Her skal blot nævnes et enkelt eksempel fra USA:

I sagen *Eichleay Corporation*, ASBCA No. 5183, 60-2 BCA (CCH) s. 2688 (1960), konkluderede Armed Services Board of Contract Appeals, at entreprenøren, Eichleay Corporation, var blevet forsinket af bygherrens afbrydelser og udsættelser af det i sagen omhandlede byggeprojekt, og at Eichleay Corporation ikke havde været i stand til at påtage sig alternative projekter under forsinkelsesperioden for derved at skabe omsætning, der kunne dække kapacitetsomkostningerne. På denne baggrund fastslog ankenævnet, at Eichleay Corporation var berettiget til en kompensation, der måtte udmåles skønsmæssigt på grundlag af en formel.

Sagen gav navnet til »Eichleay Formula«, der indeholder følgende elementer:

Værdien af entreprenørens faktureringer relateret til det forsinkede projekt ($\gg a\%$) divideres med entreprenørens samlede faktureringer i kontraktperioden ($\gg b\%$). Resultatet multipliceres med entreprenørens samlede kapacitetsomkostninger afholdt i kontraktperioden ($\gg c\%$), hvorved de kapacitetsomkostninger, der kan allokeres til det forsinkede projekt, fremkommer ($\gg d\%$). Herefter divideres de allokerede kapacitetsomkostninger ($\gg d\%$) med den faktiske byggeperiode (inkl. forsinkelsen) udmålt i f.eks. uger ($\gg e\%$), hvorved de ugentlige kapacitetsomkostninger for det forsinkede projekt fremkommer ($\gg f\%$). De ugentlige kapacitetsomkostninger ($\gg f\%$) multipliceres herefter med de ugers forsinkelse, som bygherren bærer ansvaret for ($\gg g\%$), hvorved entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger fremkommer ($\gg h\%$).¹⁵

3. ENTREPRENØRENS KRAV PÅ KAPACITETSOMKOSTNINGER I DANSK RET

3.1 Entrepriseretlige overvejelser

I modsætning til FIDIC indeholder hverken ABT 18 eller AB 18 (herefter sammen benævnt »AB«) en klar definition af de omkostninger, som entreprenøren kan gøre krav på i tilfælde af

- 11 Hudsons formel minder således på mange måder om den formel, som Erik Hørlyck opstiller på s. 453 i Hørlyck: *Entreprise – AB 18* vedr. entreprenørens krav på mistet dækningsbidrag efter AB 18/ABT 18 § 43, stk. 1, hvorefter entreprenørens kalkulerede dækningsbidrag multipliceres med den forlængede byggetid divideret med den kalkulerede byggetid. Hudsons formel kan illustreres med følgende regneeksempel: Entreprenørens tilbud udgør 10.000.000 kr. heraf udgør 1.000.000 kr. kapacitetsomkostninger og profit, svarende til 10 % af budsummen. Den aftalte entreprisum udgør 9.500.000 kr., og byggeperioden er aftalt til 52 uger. Bygherren forsinker projektet med 12 uger. Entreprenørens krav på sunkne kapacitetsomkostninger udgør herefter 219.228 kr. beregnet som følger: 10 % af 9.500.000 kr. = 950.000 kr. divideret med 52 uger = 18.269 kr. x 12 uger = 219.228 kr.
- 12 Butterworths, 1980.
- 13 Regneeksempel: Entreprenørens samlede årlige omsætning udgør 50.000.000 kr., hvoraf dækkede kapacitetsomkostninger og profit udgør 10.000.000 kr., svarende til 20 % af den samlede årlige omsætning. Den aftalte entreprisum, der relaterer sig til det forsinkede byggeprojekt, udgør 9.500.000 kr., og byggeperioden er aftalt til 52 uger. Bygherren forsinker også i dette eksempel projektet med 12 uger. Entreprenørens krav på sunkne kapacitetsomkostninger udgør herefter ved brug af Emdens formel 438.456 kr. beregnet som følger: 20 % af 9.500.000 kr. = 1.900.000 kr. divideret med 52 uger = 36.538 kr. x 12 uger = 438.456 kr.
- 14 En gennemgang af hoveddomme fra forskellige common law-lande findes i Martin Deeleys artikel, der er nævnt i fodnote 9.
- 15 Regneeksempel: Værdien af entreprenørens faktureringer relateret til det forsinkede projekt udgør (som i de to foregående eksempler) 9.500.000 kr., som divideres med entreprenørens samlede faktureringer i kontraktperioden på f.eks. 50.000.000 kr. Resultatet giver en faktor på 0,19, der viser, hvor meget det forsinkede projekt vægter i entreprenørens samlede regnskab (dvs. ca. 1/5). Denne faktor multipliceres herefter med entreprenørens samlede faste kapacitetsomkostninger afholdt i kontraktperioden på f.eks. 7.500.000 kr. (svarende til 15 % af den samlede omsætning). Resultatet på 1.425.000 kr., udgør de faste kapacitetsomkostninger, der kan allokeres til det forsinkede projekt. Herefter divideres de allokerede faste kapacitetsomkostninger (1.425.000 kr.) med den faktiske byggeperiode (inkl. forsinkelsen) på i alt 64 uger (52 uger iflg. entrepriseaftalen plus 12 ugers forsinkelse, som bygherren bærer risikoen for), hvorved de ugentlige faste kapacitetsomkostninger for det forsinkede projekt fremkommer, svarende til 22.266 kr./uge. Dette beløb multipliceres herefter med de ugers forsinkelse, som bygherren bærer ansvaret for (12 uger som i de foregående eksempler), hvorved entreprenørens krav på faste kapacitetsomkostninger på 267.192 kr. fremkommer.

bygherrens projektforsinkelser. Kapacitetsomkostninger eller »overhead« er således heller ikke specifikt nævnt som en erstatningspost i AB på samme måde som i FIDIC-vilkårene.¹⁶

Spørgsmålet om bygherrens ansvar for entreprenørens tab i tilfælde af forsinkelser er nærmere reguleret i § 43 i AB, der i stk. 1 fastsætter følgende regel:

»Hvis forsinkelsen skyldes

a) bygherrens forhold, og bygherren har udvist fejl eller forsømmelse, eller
b) anden entreprenørs ansvarspådragende forsinkelse, jf. § 40, stk. 1, eller anden aftaleparts ansvarspådragende forsinkelse, skal bygherren betale entreprenøren erstatning for det lidte tab.«

Såfremt entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger støttes på § 43, stk. 1 (der indholdsmæssigt svarer til § 27, stk. 1, i AB's forgængere, AB 92/ABT 93), og forudsat at dansk rets almindelige erstatningsbetingelser i øvrigt er opfyldt, herunder at entreprenøren har iagttaget sin tabsbegrænsningspligt, vil entreprenøren med held kunne gøre krav på kapacitetsomkostninger imod bygherren.¹⁷

Mindre klart forholder det sig dog, såfremt kravet støttes på en forsinkelse, som bygherren ikke decideret har været skyld i, men som er opstået på grund af forhold, som bygherren ifølge entreprisekontrakten bærer risikoen for, jf. sidste led af § 43, stk. 2, der fastslår:

»Hvis forsinkelsen skyldes

[...]

skal bygherren betale entreprenøren erstatning for det tab, entreprenøren lider ved forsinkelsen, bortset fra den fortjeneste, entreprenøren mister ved ikke at kunne udføre andre arbejder i forsinkelsesperioden, og lignende videregående tab.« (Fremhævelser tilføjet).

Bestemmelsen svarer indholdsmæssigt til AB 92/ABT 93 § 27, stk. 2. I Betænkning nr. 1570 af 21. juni 2018 om de Almindelige Betingelser (2018) (»Betænkningen«) udtales det således:

»Bestemmelsen svarer til AB 92 § 27, stk. 2, men begrundelserne for tidsfristforlængelse er skrevet ud med henblik på at lette læsningen. Samtidig er det præciseret, at entreprenøren har ret til erstatning for det tab, som entreprenøren lider ved forsinkelsen, bortset fra mistet fortjeneste ved ikke at kunne udføre andre arbejder i forsinkelsesperioden og lignende videregående tab. Ændringen fra godtgørelse til erstatning er sket for at rette den misforståelse

af bestemmelsen, som ordet godtgørelse har givet anledning til, idet AB 92 § 27, stk. 2, i realiteten er en bestemmelse om erstatning og ikke godtgørelse.«

Som det ses, giver bestemmelsen entreprenøren ret til erstatning for det tab, som bygherrens forsinkelse påfører ham, mens sidste led af § 43, stk. 2, specifikt afskærer entreprenørens krav på mistet fortjeneste fra andre projekter, som entreprenøren går glip af i forsinkelsesperioden og »lignende videregående tab«. Spørgsmålet er herefter, om kapacitetsomkostninger kan anses som en del af entreprenørens mistede fortjeneste ved ikke at kunne udføre andre arbejder i forsinkelsesperioden eller »lignende videregående tab«.

Efter min opfattelse falder krav på kapacitetsomkostninger efter en almindelig sproglig og regnskabsmæssig fortolkning ikke ind under begrebet »mistet fortjeneste« (selvom entreprenører ved tilbudsafgivelse som nævnt ofte anfører »profit and overhead« under ét tillæg angivet i procent af den samlede budsum).¹⁸

Hverken Betænkningen eller AB 92-Vejledningen udtaler sig dog klart om spørgsmålet. I AB 92-Vejledningen til § 27, stk. 2, hedder det blot:

»Den godtgørelse, der skal ydes, relaterer sig til dokumenterede udgifter, der er en følge af selve forsinkelsen, dvs. f.eks. entreprenørens stilstandsudgifter, men ikke tabt fortjeneste ved ikke at kunne påtage sig andet arbejde.«

Bemærkningerne i AB 92-Vejledningen og i Betænkning nr. 1246/1993 til § 15, stk. 5, der angår bygherrens forpligtelser over for entreprenøren i tilfælde af entreprisens afbestilling (og som ifølge Betænkningen indholdsmæssigt svarer til § 26, stk. 4, i AB), giver muligvis en vis fortolkningsstøtte.¹⁹ AB 92/ABT 93 § 15, stk. 5, indeholder bl.a. følgende regel:

»Godtgørelsen omfatter ikke entreprenørens mistede fortjeneste ved ikke at fuldføre arbejdet, men alene det øvrige tab, entreprenøren lider.«

AB 92-Vejledningen indeholder følgende udtalelse i relation til denne bestemmelse:

»Denne godtgørelse omfatter udgifter til entreprenørens overflodiggjorte produktionskapacitet (maskiner, arbejdskraft mv.) på byggepladsen og på entreprenørens kontor [...]«²⁰ (Fremhævelse tilføjet).

¹⁶ Se således klausul 1.1.19 i FIDIC Conditions of Contract for Plant & Design Build (Yellow Book), 2017: »Costs means all expenditure reasonably incurred (or to be incurred) by the Contractor in performing the Contract, whether on or off the Site, including taxes, overhead and similar charges [...]«.

¹⁷ Jf. hertil Hørlyck: Entreprise – AB 18, s. 453-54, med henvisninger til KfE 1981.61 VBA, KfE 1984.101 VBA, TBB 2007.440 VBA samt KfE 2015.75 VBA. Se også bemærkningerne til § AB 92 § 27, stk. 1, på s. 49-50 i Vejledning nr. 22 af 31/01/1994 (»AB 92-Vejledningen«), der er tilgængelig her: <https://www.retsinformation.dk/eli/mt/1994/22> samt bemærkningerne i Betænkning nr. 1246/1993: https://www.elov.dk/media/betaenkninger/betaenkning_fra_udvalget_til_revison_af-almindelige_betingelser_for_arbejder_og_leverancer_i_bygge-og_anlaegsvirksomhed_af_1972-ab72-.pdf

Fra ældre litteratur kan desuden nævnes »Entreprise- og licitationsbetingelser«, 3. udgave, 1982, s. 211, hvori Erik Hørlyck under henvisning til den dagældende AB 72 § 20 anfører, at entreprenøren bør kunne gøre krav på »Mistet dækningsbidrag som følge af længere tids beslaglæggelse af produktionsressourcerne«. I »Entrepriseretlige Noter«, 1990, uddyber Erik Hørlyck synspunktet: »Såvel i stk. 1-situationen som i stk. 2-situationen kan entreprenøren derfor kræve sit mistede dækningsbidrag erstattet, naturligvis forudsat at de frigjorte produktionsressourcer ikke kunne have været anvendt produktivt på andre opgaver og derved have indtjent et dækningsbidrag. [...]«.

¹⁸ Se i denne forbindelse »Tillægsbetingelser for projektudvikling i bygge- og anlægsvirksomhed (APP Projektudvikling)« § 4, hvorefter »Entreprenørens tilbud på projektudviklingen (første tilbud) skal indeholde oplysning om entreprenørens timepris for deltagelse i projektudviklingsfasen, jf. § 9, samt om det procenttillæg til styring, administration og fortjeneste, som entreprenøren vil beregne sig af udførelsesudgifterne, når entreprenøren efter afslutning af projektudviklingsfasen skal afgive tilbud på udførelse af bygge- og anlægsarbejdet, jf. § 4, stk. 4.« (Fremhævelse tilføjet).

¹⁹ AB 92/ABT 93 § 15, stk. 5, er erstattet af § 26, stk. 4, i AB, der bl.a. fastslår: »Ved afbestilling skal bygherren betale entreprenøren erstatning for det tab, entreprenøren lider ved afbestillingen, bortset fra den fortjeneste, entreprenøren mister ved ikke at fuldføre arbejdet.« I Betænkningen udtales det som følger i relation til bestemmelsen: »Bestemmelsen svarer i det væsentlige til AB 92 § 15, stk. 5, men er ændret således, at bygherren skal betale entreprenøren erstatning for det tab, som entreprenøren lider ved afbestillingen, i stedet for godtgørelse. Bestemmelsen er fortsat en erstatningsregel, og det er med ændringen fra »godtgørelse« til »erstatning« ikke tilsigtet at stramme grundlaget for, hvornår der skal betales erstatning. Erstatningen omfatter som hidtil ikke entreprenørens mistede fortjeneste ved ikke at fuldføre arbejdet.«

²⁰ Se s. 38 i AB 92-Vejledningen og s. 90 i Betænkning 1246/1993. Se desuden i samme retning § 52, stk. 2, i ABR 18, der indeholder følgende bestemmelse om rådgiverens ret til erstatning i tilfælde af bygherrens udskydelse af projekter: »Hvis bygherren udskyder løsningen af en opgave,

Det synes på denne baggrund nærliggende at antage, at entreprenøren i tilfælde af entreprisens *afbestilling* med held vil kunne kræve kompensation for kapacitetsomkostninger efter AB 92/ABT 93 § 15, stk. 5, i det omfang det kan godtgøres, at omkostningerne angår *overflødiggjort* kapacitet. Det samme må med nogen grad af sikkerhed også antages at gælde efter § 26, stk. 4, i AB, idet man med bestemmelsen i AB som nævnt ikke har tilsigtet nogen indholdsmæssig ændring af den hidtil gældende § 15, stk. 5.

Efter min opfattelse bør § 26, stk. 4, fortolkes ud fra betragtninger om, at entreprenøren generelt set må antages at have begrænsede muligheder for i praksis at opnå omsætning fra alternative projekter svarende til den omsætning, som det afbestilte projekt skulle have genereret i den planlagte byggeperiode. På denne baggrund har man i AB-systemet anerkendt entreprenørens interesse i at kunne opnå en vis kompensation for udgifter afholdt til *overflødig* kapacitet på såvel byggepladsen som »på entreprenørens kontor«, i tilfælde af bygherrens *afbestilling* af byggeprojektet.

Idet entreprenøren – på samme måde som i den rene afbestillingssituation – ved lange bygherreforårsagede projektforsinkelser (med udskudte ratebetalinger til følge i de opståede stilstandsperioder) i løbet af regnskabsåret vil gå glip af omsætning, som han ellers havde en berettiget forventning om at kunne generere ved brug af den til projektet allokerede produktionskapacitet, synes det nærliggende at antage, at henvisningen til »*lignende videregående tab*« i § 43, stk. 2, i hvert fald ikke automatisk bør afskære entreprenørens adgang til at kræve erstatning for kapacitetsomkostninger, når forudsætningerne herfor i øvrigt er opfyldt.

Det fremførte synspunkt er vistnok på linje med den generelle holdning i den danske juridiske teori, når kravet angår *forøgede* kapacitetsomkostninger og *projektspecifikke* omkostninger relateret til driften af entreprenørens hovedkontor, jf. hertil Ole Hansen, der i artiklen »*Bygherrens ansvar og hæftelse for forsinkelse – entreprenørens krav på erstatning og godtgørelse*«, optrykt i TBB 2017.638 opsummerer de forskellige teoretiske synspunkter om spørgsmålet og konkluderer som følger:

»Den andel af entreprenørens udgifter til hovedkontor og andre faste omkostninger, der kan henføres til bygherrens forsinkelse, må derfor være omfattet af godtgørelseskravet efter § 27, stk. 2. I den forbindelse vil der selvsagt blive stillet krav til entreprenøren om at bevise den krævede årsagssammenhæng, og der foreligger så vidt ses endnu ikke afgørelser, hvor spørgsmålet har været påkendt, og hvor denne bevisbyrde er anset for løftet.« (Fremhævelse tilføjet).

Ole Hansen konkluderer imidlertid som følger med hensyn til entreprenørens faste omkostninger:

»Det er også klart, at entreprenøren som en del af et godtgørelseskrav efter § 27, stk. 2, kan medtage de byggepladsrelaterede udgifter, som han har afholdt i forsinkelsesperioden, men det er usikkert i hvilket omfang entreprenørens faste omkostninger kan kræves betalt.« (Fremhævelse tilføjet).

På tilsvarende måde udtaler Erik Hørlyck i Hørlyck: Entreprise – AB 18²¹:

efter at rådgiveren har påbegyndt løsningen, uden at udskyldelsen skyldes rådgivers forhold, har rådgiveren ret til betaling af honorar for det allerede udførte arbejde og dækning af de udgifter, som rådgiveren får i anledning af, at opgaven udskydes, herunder **løn til overflødiggjort arbejdskraft og leje af overflødiggjorte lokaler**. Rådgiveren er pligtig at søge disse udgifter begrænset mest muligt.« (Fremhævelse tilføjet).

21 Hørlyck: Entreprise – AB 18, s. 449. Se desuden Torsten Iversen, »Entrepriseretten«, 2016, s. 542, og samme forfatter i »Erstatningsberegning i kontraktforhold«, 2000, s. 561 ff.

22 Så vidt ses, foreligger der alene én nyere trykt afgørelse, der specifikt angår et krav på »indirekte omkostninger til kontorhold mv.« rejst med hjemmel i AB 92 § 27, stk. 2, jf. TBB 2014.773 VBA, hvor voldgiftsretten imidlertid afviste kravet under henvisning til manglende bevis for et tab, idet det fremhævedes, at bygherrens betaling for udførte ekstraarbejder efter voldgiftsrettens opfattelse måtte anses for at have dækket entreprenørens »generelle kontorholdsomkostninger i den forlængede byggetid«. I enkelte afgørelser tilkendes entreprenøren et »administrationshonorar«, der muligvis dækker sunkne kapacitetsomkostninger, se således f.eks. TBB 2012.683 VBA og KfE 2013.9 VBA. I sidstnævnte kendelse tilkendtes entreprenøren en skønsmæssig godtgørelse på 500.000 kr. for administration i forbindelse med en bygherreforsinkelse på 27 uger.

»**Kapacitetsomkostninger (faste omkostninger) vil normalt ikke kunne indgå, men kan det sandsynliggøres i tilstrækkeligt omfang, at forøgede kapacitetsomkostninger (faste omkostninger) er en del af**« det tab, entreprenøren lider ved forsinkelsen«, er der ikke principielt noget til hinder for at medtage disse omkostninger«. (Fremhævelse tilføjet).

Som påpeget af Ole Hansen tegner dansk voldgiftspraksis dog ikke noget klart billede af, om og i givet fald under hvilke forudsætninger samt i hvilken udstrækning kapacitetsomkostninger kan kræves erstattet.²² De foreliggende kendelser er først og fremmest præget af en sammenblanding af tabsposter, en generel regnskabsmæssig begrebsforvirring og uklarhed angående spørgsmålet om, hvorvidt kravet kan rejses som et godtgørelseskrav eller alene som et erstatningskrav. Mens sidstnævnte problemstilling med præciseringen af ordlyden i AB § 43 nu må anses for at være elimineret, henstår det fortsat som uklart, hvilke betingelser en entreprenør skal opfylde efter dansk ret for at få medhold i et krav på kapacitetsomkostninger, herunder særligt hvilke krav der i praksis bør stilles til bevis for tab og til kravets kvantificering.

I de følgende afsnit vil disse spørgsmål blive undersøgt nærmere med afsæt i de i common law-udviklede principper angående bevis og kvantificering, der er beskrevet ovenfor under afsnit 2.

3.2 Erstatningsretlige og bevismæssige overvejelser

3.2.1 Tabet

Generelt vil det i forhold til at føre bevis for tab formentlig udgøre en udfordring for entreprenøren, at der i den del af enterprisesummen, som er forbundet med driften af byggepladsen (f.eks. udgifter til leje af skurvogne, stillads, maskiner, løn til mandskab og stilstandsomkostninger til underentreprenører) i praksis meget ofte vil være indregnet et procenttillæg til dækning af kapacitetsomkostninger og profit.

I disse tilfælde vil bygherren relativt let kunne føre bevis for, at byggepladsomkostningerne i forsinkelsesperioden er blevet faktureret til kostpris plus et tillæg, og at entreprenøren derfor allerede vil få kompensation for kapacitetsomkostninger, når omkostningerne til forlænget drift af byggepladsen kræves betalt under henvisning til listepriserne indeholdt i entreprenørens tilbud, der normalt vil indgå som en del af entreprisekontrakten.

Bortset herfra må det forventes, at en dansk voldgiftsret i vurderingen af entreprenørens krav på kapacitetsomkostninger – på samme måde som med næsten alle andre krav i enterprisesager – vil lægge helt afgørende vægt på udfaldet af en eventuel skønssag. I praksis vil entreprenøren dog nok kun i sager om meget store krav på kapacitetsomkostninger være indstillet på at afholde de omfattende omkostninger, som et syn og skøn-involverende revisorer uundgåeligt vil indebære. Alternativt må entreprenøren ty til at fremlægge regnskaber og budgetter samt konkrete opgørelser over faste lønomkostninger, husleje mv. samt cashflowanalyser relateret til det forsinkede projekt for derigennem at bevise eksistensen og størrelsen af kravet.

Uanset hvordan entreprenøren søger at føre bevis, må det forventes, at en dansk voldgiftsret – på samme måde som engelske og amerikanske dommere – vil tildele en skønsmæssigt fastsat erstatning, der i lyset af den generelle usikkerhed, som præger kravets kvantificeringen, må forventes at blive konservativt udmålt.²³ Der ses ikke i denne sammenhæng at være hindringer i vejen for at anvende en formel efter dansk ret, men såfremt den valgte formel sammenblander profit og kapacitetsomkostninger, som tilfældet er i relation til Hudsons og Emdens formler, vil der kunne opstå problemer på grund af reglen i AB § 43, stk. 2, der jo specifikt udelukker krav på mistet fortjeneste. Bortset herfra bør valget af formel frem for alt styres af, hvilken beregningsmetode der frembringer et resultat, som fremstår proportionalt og rimeligt i forhold til forsinkelsens årsager og udstrækning.

3.2.2 Ansvarsgrundlag

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et krav på kapacitetsomkostninger forudsætter culpa, eller om kravet tillige med held kan rejses efter AB § 43, stk. 2, under henvisning til forsinkelser opstået på grund af forhold, bygherren blot bærer *risikoen* for (som tilfældet f.eks. kan være i relation til forsinkelser, der opstår som følge af langsomme myndighedsbehandling), henvises der til bemærkningerne ovenfor under afsnit 3.1.

3.2.3 Kausalitet og tabsbegrænsningspligten

Entreprenøren skal bevise, at hans kapacitetsomkostninger på en ikke-upåregnelig måde er forblevet udækkede på grund af bygherrens projektforsinkelse. Kravet hviler således på princippet om beskyttelsen af entreprenørens positive opfyldelsesinteresse, dvs. entreprenørens ret til at blive stillet økonomisk – specifikt cashflowmæssigt – som om kontrakten var blevet behørigt opfyldt.

Tabet opgøres følgelig ved at sammenligne entreprenørens faktiske regnskabsmæssige resultat med det hypotetiske bedre resultat, som han kunne have opnået, såfremt projektet havde genereret det budgetterede og planlagte cashflow uden de forsinkelser, som bygherren bærer ansvaret for.

Kravet til bevis for kausalitet er vanskeligt at opfylde, fordi entreprenøren – ud over at føre bevis for, at bygherren bærer ansvaret for selve projektforsinkelsen – også skal føre bevis for, at hans ressourcer reelt var bundet i det forsinkede projekt, og at denne ressourcebinding fratog ham muligheden for at påtage sig alternative projekter, som han ellers kunne have sikret, jf. hertil KfE 2013.9, hvor voldgiftsretten så vidt ses lagde afgørende vægt på, at entreprenørens medarbejdere ikke kunne have arbejdet på nogen af entreprenørens andre arbejdspladser i forsinkelsesperioden.

Der vil i relation til kausalitetsbetingelsen kunne opstå et spørgsmål med hensyn til nøjagtigt, hvilke ressourcer det forsinkede byggeprojekt påstås at have fastlåst, hvorfor ressourcerne ikke blot kunne flyttes til andre byggeprojekter, samt om der overhovedet var andre byggeprojekter, som entreprenøren kunne have sikret sig.

For en udførende entreprenørvirksomhed vil det normalt være tilstrækkeligt at vise, at de håndværkere og maskiner, der fysisk var mobiliseret til projektets byggeplads, henset til den usikkerhed, der ofte vil være forbundet med at forudse forsinkelsens

udstrækning, ikke med rimelighed kunne kræves demobiliseret og flyttet til andre projekter. En demobilisering og flytning af mandskab og maskiner vil navnlig fremstå urimelig og uhensigtsmæssig, hvor der er tale om internationale entreprenører, der ikke har andre projekter i det geografiske område, hvor det forsinkede projekt udføres. De bevismæssige krav vil dog selv sagt ikke volde de helt store vanskeligheder, såfremt entreprisekontrakten eller bygherren udtrykkeligt pålægger entreprenøren at stå »standby«, mens byggeriet er suspenderet, f.eks. med henblik på at drage omsorg for den opførte del af byggeriet samt de byggematerialer, maskiner mv., der findes på byggepladsen.

Mere besværligt bliver det måske, hvis der er tale om en totalentreprenør, som primært er »contracting«, dvs. udførende via underentreprenører og leverandører, som han påtager sig at koordinere. For denne type totalentreprenører er den relevante ressource først og fremmest likviditet og kreditfaciliteter, der anvendes til at betale underentreprenører, til at foretage indkøb af byggematerialer og til at stille garantier. Herudover består ressourcerne i ingeniører, planlæggere, »project managers«, procurementeksperter, financial controllers, logistikeksperter, jurister og site managers med forskellige tekniske specialer. En stor del af disse menneskelige ressourcer vil imidlertid være at finde på entreprenørens hovedkontor, hvor man lettere vil kunne argumentere for, at deres arbejdsindsats kan overføres til alternative projekter i forsinkelsesperioden.

Totalentreprenøren vil dog ofte kunne pege på, at den manglende frigivelse eller nedskrivning af garantier stillet under hans kreditfacilitet (»bond line«)²⁴ til brug for det forsinkede byggeprojekt udgør en afgørende hindring imod at afgive tilbud og indgå aftaler med andre bygherrer.

Som allerede nævnt er det i common law en afgørende forudsætning for med held at gøre krav på kapacitetsomkostninger, at entreprenøren formår at føre bevis for at være gået glip af alternative projekter på grund af fastlåsnings af hans ressourcer i det bygherreforsinkede projekt. Denne betingelse skal ses i lyset af, at bygherrens projektforsinkelse – al den stund byggeprojektet ikke decideret afbestilles – alene *udskyder* entreprenørens ratebetalinger. Entreprenøren vil derfor, når entreprisen er afleveret, og de sidste rater af den aftalte faste entreprisensum er udbetalt, isoleret set have svært ved at føre bevis for, at han har lidt et tab, idet han jo har fået den aftalte sum penge for at udføre den aftalte entreprise.

Hvis man i lyset af ovenstående (og i betragtning af, at entreprenøren generelt bærer den kommercielle risiko for, at ordrebogen ikke er tilstrækkeligt fuld) lægger til grund, at entreprenøren ikke havde nogen realistiske muligheder for at sikre sig alternative byggeprojekter, uanset ressourcebindingen i det forsinkede projekt, står det klart, at kapacitetsomkostningerne ville være opstået uanset bygherrens projektforsinkelse og de deraf udskudte ratebetalinger. Med andre ord vil entreprenøren uden bevis for at have mistet muligheden for at sikre sig alternative projekter, ikke kunne bevise årsagsforbindelse imellem bygherrens forsinkelse af byggeprojektet og det lidt tab (i form af et

²³ Se hertil TBB2008.418, hvor voldgiftsretten tilkendte hovedentreprenøren en skønsmæssigt udmålt godtgørelse på 3 mio. kr., som bl.a. skulle dække øgede administrationsudgifter. Voldgiftsretten bemærkede, at »udmålingen af en sådan skønsmæssig godtgørelse må ske med betydelig forsigtighed, således at godtgørelsen med sikkerhed ikke overstiger det tab, som [hovedentreprenøren] i perioden har haft [...]«.

²⁴ Kreditfaciliteten er grundlaget for de tre gængse typiske totalentreprenørgarantier: »Advance Payment Guarantee«, som sikrer bygherren imod totalentreprenørens misbrug af forudbetalinger, »Performance Guarantee«, svarende til den garanti, som totalentreprenøren stiller efter § 9 i AB, samt den såkaldte »Warranty Bond«, der bl.a. sikrer bygherren imod totalentreprenørens misligholdelse af pligten til at udbedre mangler i mangelfhjælpsperioden.

regnskabsmæssigt resultat forværret af kapacitetsomkostningerne), idet tabet jo under alle omstændigheder ville være opstået.

På denne baggrund vil man med nogen grad af sikkerhed også efter dansk ret pålægge entreprenøren at bevise, at ressourcebindingen i det forsinkede projekt har medført mistede muligheder for at sikre omsætning fra alternative entreprisegaver. Entreprenøren vil i denne sammenhæng risikere at stå over for en vanskelig bevismæssig opgave, der svarer til de udfordringer, skadelidte står over for i andre typer af sager, hvor der søges erstatning for »*loss of a chance*«.

I praksis vil entreprenøren formentlig søge at løfte sin bevisbyrde ved at fremlægge budgetter, forespørgsler fra faste kunder, og udbudsmateriale vedr. projekttyper, der figurerer på entreprenørens referenceliste eller generelt falder inden for hans gebet. Hvor store krav der med rimelighed kan stilles til bevisernes styrke, kan næppe beskrives generelt. Formentlig bør man i sager, hvor en bygherre helt åbenlyst har forhalet et stort byggeprojekt i lange perioder uden lodig grund og uden hensyntagen til entreprenøren, og hvor væsentlige dele af entreprenørens ressourcer har været bundet, lempe kravene til entreprenørens bevis for »*loss of a chance*«.

Tabsbegrænsningspligten vil næppe i sig selv udgøre nogen større udfordring, idet en entreprenør, der har formålet at føre bevis for ressourcebindingen, samtidig har ført bevis for, at tabet ikke kunne være begrænset eller afværget ved at påtage alternative projekter i forsinkelsesperioden.

4. KONKLUSIONER

Dansk ret har i de seneste årtier været udsat for en ganske intens påvirkning af common law. Navnlig på M&A-området og det finansieringsretlige område har common laws juridiske koncepter, termer og de meget detaljerede kontraktformer for længst erstattet dansk rets løsninger.

Også på det entrepriseretlige område har common law igennem de seneste årtier påvirket os. FIDIC-kontrakterne har for længst sneget sig ind og erstattet AB-vilkårene flere steder i den danske byggebranche, og koncepter som »*float*«, »*concurrency*« og »*knock for knock*« (i maritime projekter) er i dag gængse.

Selv på det processuelle plan har common law påvirket os, ikke mindst under indflydelse af den internationale voldgiftsret, der i de seneste år har åbnet vores øjne for brugen af »*party-appointed experts*«, »*discovery*«, »*witness statements*«, »*post hearing briefs*« etc.

Det er på denne baggrund ikke overraskende, at nye bevisformer til tider dukker op i danske entreprisetvister. Man skal således ikke ret langt tilbage i VBA's historie for at konstatere, at ekspertrapporter med udførlige analyser af projektets »*critical path*«, der i dag udgør et ganske almindeligt bevis i større sager om forsinkelser, var et ukendt fænomen.

Efter min opfattelse er der hverken i AB 18 § 43, stk. 2, eller i dansk ret som sådan hindringer for, at entreprenører kan rejse krav kapacitetsomkostninger efter den model, der kendes fra common law-verdenen. Der må dog, på samme måde som i engelsk og amerikansk ret, stilles endog ganske høje krav til entreprenørens bevis, herunder særligt til bevis for de(t) mistede alternative projekt(er) samt til fastlåsningen af ressourcerne i det forsinkede projekt.

Selv hvis entreprenøren formår at føre det fornødne bevis, hvilket oftest vil fordrer afholdelsen af syn og skøn, må det forventes, at en dansk domstol eller voldgiftsret (der typisk har en dansk dommer som formand) vil gå frem med stor forsigtighed og udmåle erstatningen for kapacitetsomkostninger ganske konservativt på samme måde som med stort set al erstatningsudmåling i danske ret.

De bevismæssige udfordringer og udsigten til en erstatning udmålt efter »danske standarder« vil formentlig begrænse danske entreprenørers lyst til at forfølge krav på kapacitetsomkostninger. Særligt vil risikoen for at komme til at hæfte helt eller delvist for omkostningerne forbundet med syn og skøn, der i praksis ofte vil kræve to eller tre revisorers arbejde, kunne få selv de mest hårdkogte entreprenører til at afstå fra at forfølge kravet. Det er således nok mest sandsynligt, at krav på kapacitetsomkostninger primært vil tiltrække sig interesse i større entreprisesager, hvor entrepriseraftalen ikke specifikt regulerer problemstillingen.²⁵

²⁵ I installationskontrakter, der indgås i forbindelse med offshore-vindprojekter, løses problemet sædvanligvis ved, at bygherren i kontrakten med installationsfartøjets reder (der svarer til entreprenøren i et byggeprojekt) aftaler en fast dagsrate, som betales for hver dag, projektet forsinkes af forhold, som bygherren bærer ansvaret for, som f.eks. vejrlig og uforudsete havbundsforhold. Dagsraten dækker dels omkostningerne forbundet med driften af fartøjet og indeholder desuden normalt et beløb til dækning af en del af rederiets faste kapacitetsomkostninger.