

AB-udvalgets redegørelse for justeringer efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) har afgivet sin vejledende udtalelse den 28. november 2018.

AB-udvalget har herefter som planlagt overvejet, om den vejledende udtalelse giver udvalget anledning til at foretage justeringer i AB-systemets bestemmelser, se AB-udvalgets betænkning nr. 1570 af 21. juni 2018, s. 25, punkt B19, sidste afsnit.

AB-udvalget har noteret sig, at det efter udtalelsen er KFST's umiddelbare vurdering, at det ikke kan udelukkes, at nogle betingelser i AB 18 kan give anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder. KFST har samtidig peget på muligheden for et effektivitetsforsvar efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF, artikel 101, stk. 3, hvis de konkurrencefremmende virkninger overstiger de konkurrencebegrænsende. KFST har ikke foretaget en endelig vurdering heraf, men finder, at *"AB-udvalget overordnet har fremsat gode argumenter for, at AB 18 i sin helhed og de enkelte betingelser heri medvirker til at skabe et effektivt fungerende marked, og at der i det omfang, der vurderes at være en konkurrencebegrænsning, således er gode argumenter for et effektivitetsforsvar efter konkurrencelovens § 8, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 3."*

KFST har i udtalelsen givet 7 eksempler på betingelser i AB 18, som kan være betænkelige, og fremsat forslag om ændret udformning til AB-udvalgets overvejelse. AB-udvalget har gennemgået og drøftet de 7 eksempler og de foreslåede alternativer. Bilag 1 indeholder en sammenfatning af AB-udvalgets overvejelser herom, som i mere udbygget form har været meddelt KFST inden afgivelsen af udtalelsen af 28. november 2018.

KFST har endeligt anført i udtalelsen, at styrelsen ikke vil foretage sig yderligere i anledning af AB-udvalgets henvendelse.

Konkurrencestyrelsens traf den 21. juni 2000 afgørelse om AB 92 og ABT 93, hvor styrelsen meddelte parterne bag disse betingelser, at regelsættene ikke indeholder konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3. AB-udvalget bemærker, at der ikke med AB 18 er sket ændringer i henseende til de muligt konkurrencebegrænsende betingelser, som er af væsentlig betydning for den samlede vurdering af AB-betingelserne.

AB-udvalget har på denne baggrund fundet, at KFST's vejledende udtalelse ikke giver anledning til at foretage ændringer af AB-systemets bestemmelser.

Som det fremgår af kapitel L i betænkning 1570/2018 vil byggeriets parter af ressortministeriet blive indkaldt til et møde senest i 2023 med henblik på at undersøge behovet for ændringer i AB-systemet og eventuel nedsættelse af et udvalg. I denne forbindelse vil der indgå overvejelser om fremme af konkurrencen, der også indgik i kommissoriet ved den nu gennemførte revision af AB-systemet.

Bilag 1 til AB-udvalgets redegørelse for justeringer efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 28. november 2018 om AB 18

1. Generelle bemærkninger

AB-udvalget har noteret sig, at KFST konkluderer, at *"AB-udvalget overordnet har fremsat gode argumenter for, at AB 18 i sin helhed og de enkelte betingelser heri medvirker til at skabe et effektivt fungerende marked, og at der i det omfang, der vurderes at være en konkurrencebegrænsning, således er gode argumenter for et effektivitetsforsvar efter konkurrencelovens § 8, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 3"*.

AB-udvalget har endvidere noteret sig, at KFST ikke har foretaget en endelig vurdering heraf.

AB-udvalget bemærker, at KFST den 21. juni 2000 meddelte parterne bag AB 92 og ABT 93, at AB 92 og ABT 93 *"udgør aftaler i konkurrencelovens forstand, men at disse aftaler ikke indeholder konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3"*. Der er efter AB-udvalgets opfattelse ikke ved AB 18 sket ændringer i forhold til AB 92, der er af betydning for denne bedømmelse. Mange bestemmelser er reelt uændrede, hvilket også gælder en del af de bestemmelser, som KFST har fremdraget i den vejledende udtalelse, herunder bestemmelsen om voldgift. Retsgrundlaget og omstændighederne i øvrigt er heller ikke ændret. Selv om den vejledende udtalelse om AB 18 ikke indeholder en endelig vurdering, opfatter AB-udvalget ikke den vejledende udtalelse som en ændring i forhold til KFST's stillingtagen i 2000.

2. Bemærkninger til de 7 eksempler

AB-udvalget har gennemgået og drøftet de 7 eksempler på betingelser i AB 18, som efter KFST's opfattelse kan være konkurrenceretligt betænkelige, og som KFST derfor har foreslået, at AB-udvalget overvejer nærmere.

I nedenstående redegøres nærmere for udvalgets overvejelser vedrørende disse 7 eksempler.

a. Beløbsgrænse for hvornår entreprenøren skal stille sikkerhed (AB 18 § 9, stk. 1, 2. pkt.)¹

Udgangspunktet i AB 92 § 6 var, at entreprenøren skulle stille sikkerhed ved alle bygge- og anlægsarbejder, medmindre andet fremgik af udbudsmaterialet. Bestemmelsen er ændret i AB 18, så entreprenøren nu kun automatisk skal stille sikkerhed, hvis entreprisesummen overstiger 1 mio. kr., medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet.

AB-udvalget har overvejet KFST's forslag om at udforme bestemmelserne sådan, at bygherren for hver enkelt bygge- og anlægsopgave selv skal vurdere, om der skal være en beløbsgrænse og i givet fald af hvilken størrelse.

Bestemmelsen i AB 18 er tænkt som en vejledning til bygherrerne om, at det ved en entreprisesum under 1 mio. kr. ikke kan betale sig at kræve sikkerhedsstillelse, fordi omkostningerne overstiger fordelene, hvilket bygherrer og entreprenører har været enige om. Uden en sådan vejledning i kraft af gennemtænkte balancerede bestemmelser, vil parterne i konkrete byggesager selv skulle undersøge og vurdere, hvor en rimelig grænse går. Det vil fordyre og vanskeliggøre aftaleindgåelsen til skade for et effektivt virkende marked. Hertil kommer, at mindre forskydninger af grænsen for krav om sikkerhedsstillelse må antages at

¹ Den nærmere begrundelse for beløbsgrænsen i AB 18 § 9, stk. 1, 2. pkt. fremgår på s. 84 i betænkning 1570/2018.

være et konkurrenceparameter af begrænset eller ingen betydning. Efter udvalgets opfattelse vil det derfor ikke være hensigtsmæssigt at udforme bestemmelsen sådan, at bygherren selv skal fastsætte en beløbsgrænse.

AB-udvalget har derfor besluttet ikke at justere betingelserne på dette punkt.

b. Størrelsen af entreprenørens sikkerhedsstillelse (AB 18 § 9, stk. 3, 1. og 2. pkt., stk. 4 og stk. 5, 1. pkt.)²

c. Leverandøransvar (AB 18 § 12, stk. 5)³

d. Efterregulering af enterprisesummen i henhold til enhedspriser ved mer- eller mindrearbejder (AB 18 § 24, stk. 1, 2. og 3. pkt. og stk. 5, 2. pkt.)⁴

e. Ekstraordinære reguleringer (AB 18 § 35, stk. 2 og stk. 4, 1. og 2. pkt.)⁵

f. Entreprenørens afhjælpningspligt- og ret samt mangelsansvar (AB 18 § 49, stk. 1 og § 55, stk. 1)⁶

AB-udvalget har overvejet KFST's forslag om at udforme bestemmelserne sådan, at parterne for hver enkelt bygge- og anlægsopgave selv skal fastsætte dels den tidsmæssige udstrækning af leverandøransvaret (pkt. 3) og af entreprenørens afhjælpningspligt og -ret (pkt. 6), dels procentsatser for en eventuel sikkerhedsstillelse (pkt. 2) samt for regulering af enterprisesum efter enhedspriser (punkt 4) og efter ekstraordinære prisstigninger (punkt 5).

Bestemmelserne i AB 18 om ansvarsperioder, sikkerhedens størrelse, og prisregulering er fastsat ud fra, hvad branchens parter i fællesskab finder rimeligt ved en afvejning af modstående interesser.

Bestemmelserne udgør dermed dels en vejledning til bygherren om, hvad der vil være rimeligt at kræve, dels et fælles fundament til alle parter med henblik på at gøre tilbud sammenlignelige og skabe større forudsigelighed for alle parter i en bygge- og anlægsproces.

Det er bygherren, der ved udbud af bygge- og anlægsarbejder sætter rammen for arbejdet, herunder aftalevilkår. Dette gælder særligt ved offentlige udbud, hvor entreprenøren ofte i praksis har begrænset indflydelse på, hvilke vilkår der skal være gældende for arbejdet. Det betyder, at i det omfang ansvarsperioder, procentsatser, beløbsgrænser mv. ikke er fastsat i AB 18, er det bygherren, der fastsætter dem. Risikoen ved de af KFST foreslåede bestemmelser er, at disse vilkår kan blive fastsat urimeligt ved udbud, hvor bygherren sætter rammen for opgaven, fordi bygherren gerne vil sikre sig bedst muligt. Dette kan belaste

² Den nærmere begrundelse for AB 18 § 9, stk. 3, 4 og 5 fremgår på s. 85 i betænkning 1570/2018 og s. 69-71 i betænkning 1246/1993.

³ Den nærmere begrundelse for AB 18 § 12, stk. 5 fremgår på s. 97 i betænkning og s. 80-81 i betænkning 1246/1993.

⁴ Den nærmere begrundelse for AB 18 § 24, stk. 1 og 5 fremgår på s. 122-123 og s. 125-126 i betænkning 1570/2018 og på s. 88-89 i betænkning 1246/1993.

⁵ Den nærmere begrundelse for AB 18 § 35, stk. 2 og 4 fremgår på s. 143-144 på s. 143-144 i betænkning 1570/2018.

⁶ Den nærmere begrundelse for AB 8 § 49, stk. 1 og § 55, stk. 1 fremgår på s. 163 og s. 167 i betænkning nr. 1570/2018 og på s. 129 og s. 134-142 i betænkning 1246/1993.

entreprenørerne, herunder deres likviditet og mulighed for at give tilbud, hvilket kan både kan give højere priser og begrænse antallet af bydende og dermed konkurrencen.

Der er dog også bygge- og anlægsarbejder, der ikke sendes i udbud, eller som sendes i udbud, der ikke er underlagt udbudsreglerne, hvor entreprenøren i højere grad kan være med til at sætte rammen. I disse tilfælde kan tilbud fra en række entreprenører, hvor f.eks. sikkerhedens størrelse, procentsatser for prisregulering, ansvarsperioder og lignende indgår som konkurrenceparametre, blive svære at sammenligne. Det vil indebære et uforholdsmæssigt ressourceforbrug for alle parter og i sidste ende også kunne begrænse antallet af bydende.

For så vidt angår punkt b, c og f er der endvidere tale om bestemmelser, der med samme reale indhold også fandtes i AB 92⁷, som ifølge Konkurrencestyrelsens afgørelse af 21. juni 2000 *"ikke indeholder konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3"*.

AB-udvalget har derfor besluttet ikke at justere betingelserne på disse punkter.

g. Voldgift (AB 18 § 69, stk. 1)⁸

AB-udvalget har overvejet KFST's forslag om at udforme bestemmelserne sådan, at tvistløsning ved voldgift skal ske ved en af parterne aftalt voldgiftsinstitution i henhold til voldgiftslovens regler.

AB-udvalget bemærker, at voldgiftsloven efter sit indhold finder anvendelse på al voldgift også vedrørende tvister om bygge- og anlægsarbejder. Dette beror således ikke på en aftale om anvendelse af voldgiftslovens regler, og en aftale med dette indhold er derfor uden retlig betydning.

KFST bemærker, at behandling efter voldgiftslovens regler imødekommer nogle af de uhensigtsmæssigheder, der vil kunne opstå i flerpartssager. Dette beror imidlertid på en misforståelse. Det grundlæggende problem opstår, når en tvist, der berører flere parter end to, ikke kan løses under én sag, der omfatter alle de berørte parter.

Når tvisterne behandles under flere voldgiftssager, vil sagerne som udgangspunkt have forskellige dommerpaneler, udpeget af parterne i hver sag, og da forhandlingerne er fortrolige, vil dommerpanelet i én sag ikke have kendskab til oplysninger om de andre sager, herunder resultat og begrundelse. Man kan heller ikke anvende syn og skøn i én sag i de andre sager. Det betyder, at sagerne kan blive afgjort forskelligt, og at kostbare retsskridt som f.eks. syn og skøn, skal gentages i hver sag. Hvis en bygherre rejser krav mod en hovedentreprenør i anledning af en mangel ved arbejde, der er udført af en underentreprenør, vil hovedentreprenøren normalt rejse samme krav mod underentreprenøren. Hvis disse tvister ikke samles under én sag, men behandles ved to separate voldgiftssager, vil der skulle gennemføres separate syn og skøn i begge, hvilket fordobler skønsomkostningerne, der ofte er særdeles store. Og de to sager risikerer, at blive afgjort forskelligt, så hovedentreprenøren skal betale erstatning til bygherren for udbedring, mens underentreprenøren frifindes for hovedentreprenørens krav om nøjagtig samme erstatning.

Dette kan kun løses, hvis parterne har aftalt, at tvisterne skal samles under én sag, en flerpartssag. En sådan aftale kan indgås, når situationen er opstået, men der er da risiko for,

⁷ Se henholdsvis s. 85, 97 samt 163 og 167 i betænkning 1570/2018.

⁸ Den nærmere begrundelse for AB 18 § 69, stk. 1 fremgår på s. 20-21, 179-180 samt 201 i betænkning 1570/2018 og s. 152-155 i betænkning 1246/1993.

at en eller flere parter afviser at indgå en sådan aftale. Derfor har AB-udvalget ønsket at sikre, at aftalen er indgået på forhånd. Voldgiftslovens regler er ikke til hinder for flerpartssager, men de foreskriver ikke, at tvisterne i sådanne tilfælde skal samles under én sag – det kræver som nævnt en aftale.

Sikkerhed for, at tvisterne kan samles under én sag, opnår man kun ved på forhånd at aftale voldgift ved et voldgiftsinstitut, hvor instituttet udpeger voldgiftsretten, og hvor instituttets procedureregler sikrer, at flere tvister – uanset indsigelser fra en part – kan samles under én sag, både ved oprindelig kumulation og ved efterfølgende adcitation. VBA's procedureregler sikrer dette. Det betyder, at hvis f.eks. en bygherre anlægger sag om erstatning for mangler, kan han ved voldgift efter VBA's regler anlægge sagen mod både sin entreprenør og sin rådgiver eller mod flere entreprenører ved oprindelig kumulation, hvis han mener, at de alle er ansvarlige, og hvis de alle har aftalt voldgift ved VBA. Hvis sagen er anlagt af en af entreprenørerne mod bygherren med krav om betaling af restentreprisesum, og bygherren i sit svarskrift rejser sit erstatningskrav som et modkrav, kan han tillige rejse kravet mod sin rådgiver og andre entreprenører ved efterfølgende adcitation af disse, der da inddrages som parter i den oprindelige sag. Og herefter kan de involverede rådgivere og entreprenører rejse adcitationssager mod de underrådgivere eller underentreprenører, som efter deres mening i givet fald er de ansvarlige. Som allerede tidligere anført er ca. en tredjedel af alle voldgiftssager ved VBA sådanne flerpartssager – og ved syn og skøn drejer det sig om ca. halvdelen.

En aftale om voldgift ved andre institutter løser ikke problemerne; der findes nemlig ikke nogen andre danske voldgiftsinstitutter med procedureregler, der indebærer, at parterne ved at aftale voldgiftsbehandling ved det pågældende institut sikrer sig, at flere tvister – uanset indsigelser fra en part – kan samles under én sag, både ved oprindelig kumulation og ved efterfølgende adcitation.

Efter AB-udvalgets opfattelse er der således tungtvejende argumenter for forankring af voldgift ved VBA.

Hertil kommer, at tvistløsning ved voldgift ikke kan bedømmes adskilt fra de øvrige tvistløsninger, som AB 18 indebærer, herunder bl.a. syn og skøn samt hurtig afgørelse, der er en særlig hurtig og billig voldgiftsbehandling på skriftligt grundlag. Også ved disse tvistløsningsformer sikrer AB 18 ved forankring ved VBA, at de kan bringes i anvendelse ved flerpartssager efter samme principper som for voldgift efter AB 18 § 69. Ved AB 18 etableres endvidere hurtig og billig tvistløsning ved mediation, mægling og beslutning om stillet sikkerhed. Alle disse tvistløsningsformer åbner mulighed for en gennemgribende forandring af tvistløsning i forbindelse med entrepriser og rådgivning. Hele komplekset indebærer mulighed for fagligt specialiseret tvistløsning, der er langt hurtigere og langt billigere end den i dag fremherskende, voldgift.

De alternative tvistløsningsmodeller forventes at blive af meget stor betydning og medføre betydelige fordele i form af nedsættelse af tvistløsningsomkostninger og langt hurtigere løsning af tvisterne med betydelige fordele for alle involverede, bygherrer, entreprenører og rådgivere. Hele branchen har været enige om værdien af dette og det er et af hovedpunkterne i AB-revisionen.

Dette kompleks af tvistløsningsmodeller, herunder bl.a. hurtig afgørelse og beslutning om stillet sikkerhed, findes ikke ved noget andet tvistløsningsinstitut end VBA.

VBA er som tidligere nævnt ikke en almindelig virksomhed, men en institution af særegen art; VBA er en non profit organisation etableret af ressortministeren efter ønske fra hele byggebranchen som alternativ til domstolene. VBA ledes af en bestyrelse, der er udpeget af

ressortministeren for flertallets vedkommende efter indstilling fra branchens organisationer, dvs. bygherrer, entreprenører og rådgivere. Det er bestyrelsen, der fastsætter VBA's procedureregler. Gennem denne ordning får virksomhederne – som jo er brugerne af tvisteløsningsmodellerne og dem, der betaler for dem – afgørende indflydelse på den måde, de ordinære og alternative tvisteløsningsmodeller fungerer på, så de kan sikre, at det sker så godt, hurtigt og billigt som muligt. Endvidere er der ved VBA sikret en specialiseret voldgiftsbehandling målrettet mod byggeri og anlæg under medvirken af en stor kreds af erfarne fagdommere, der ud over faglig specialviden tillige har erfaring med tvistløsning i form af voldgift og alternative modeller.

I Norge og Sverige findes ikke en voldgiftsinstitution som VBA, der er målrettet løsning af tvister inden for byggeri. Det skyldes historiske grunde. Det forhold, at denne løsning derfor ikke er til rådighed i Norge og Sverige, er efter AB-udvalgets opfattelse ikke et argument for at afskaffe forankring af tvisteløsning ved VBA.

I øvrigt bemærkes, at det er sædvanligt forekommende, at standardbetingelser for et virksomhedsområde indeholder bestemmelser om tvistløsning ved voldgift forankret ved et bestemt voldgiftsinstitut. Som eksempel fra entreprisområdet kan nævnes FIDIC Red Book⁹, der henviser til International Chamber of Commerce (ICC) som tvisteløsningsorgan, og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardkontrakt for byggeri og anlæg som Offentlig-Privat Partnerskab med aftale om, at enhver tvist skal afgøres ved voldgift efter reglerne for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut¹⁰. Som eksempler fra andre virksomhedsområder kan nævnes AB Service 2003¹¹ og IT-standardkontrakterne (K01, K02 og K03)¹².

Også disse betragtninger må indgå i den samlede vurdering af de konkurrencemæssige aspekter.

Hertil kommer, at bestemmelsen med samme reale indhold også fandtes i AB 92¹³, som ifølge Konkurrencestyrelsens afgørelse af 21. juni 2000 *"ikke indeholder konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3"*.

AB-udvalget har derfor besluttet ikke at justere betingelserne på dette punkt.

⁹ FIDIC Red Book, The Construction Contract, er en standardkontrakt beregnet til hoved- og storentreprisearbejder udarbejdet af FIDIC, der er en international sammenslutning af ingeniører. I FIDIC Red Book clause 20.6 står bl.a. *"Unless otherwise agreed by both Parties: (a) the dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce"*.

¹⁰ Se § 16.6 i standardkontrakten, der findes på konkurrencestyrelsens hjemmeside https://www.kfst.dk/media/46199/kontrakt-nyanlaeg-privat-finansiering-mulighed-plit-til-offentlig-ejerskab-exit-1-11848424_1.pdf

¹¹ Se § 34, stk. 1, i AB Service 2003, der er almindelige betingelser for levering af serviceydelser udarbejdet af et udvalg nedsat af Økonomi- og Erhvervsministeriet.

¹² Se K02 pkt. 27.3.4 og K03 pkt. 37.3.4.2 i standardkontrakterne K02 og K03, der er udarbejdet af Digitaliseringsstyrelsen til brug for statslige institutioners indkøb af IT-systemer.

¹³ Se s. 201 i betænkning 1570/2018.

3. Afsluttende bemærkninger

Som det fremgår af kapitel L i AB-udvalgets betænkning nr. 1570 af 21. juni 2018 vil byggeriets parter af ressortministeriet blive indkaldt til et møde senest i 2023 med henblik på at undersøge behovet for ændringer i AB-systemet og eventuel nedsættelse af et udvalg. I denne forbindelse vil der indgå overvejelser om fremme af konkurrencen, der også indgik i kommissoriet ved den nu gennemførte revision af AB-systemet¹⁴.

¹⁴ Se betænkning 1570/2018, s. 6.