



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 24. august 2022

Sag BS-27896/2021-HJR
(2. afdeling)

Enemærke & Petersen A/S
(advokat Carsten Led-Jensen)

mod

Selskabet af 30. august 2002 A/S (tidligere Nordisk Pladeimport A/S)
(advokat Jan Presfeldt)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 8. afdeling den 23. juni 2021 (BS-14245/2019-OLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne, Hanne Schmidt, Kristian Korfits Nielsen og Søren Højgaard Mørup.

Påstande

Appellanten, Enemærke & Petersen A/S, har nedlagt påstand om, at indstævnte, Selskabet af 30. august 2002 A/S, skal betale 3.839.610,70 kr. med procesrente fra sagens anlæg den 23. november 2018.

Selskabet af 30. august 2002 A/S (i det følgende NPI) har nedlagt følgende påstande:

1. Stadfæstelse.
2. NPI bør i relation til den del af landsrettens dom, som er indbragt for Højesteret (renoveringsprojektet Elkærparken), tilkendes fulde sagsomkostninger til dækning af udgifter til syn og skøn og advokat for så vidt angår

(i) isoleret bevisoptagelse/syn og skøn forud for sagsanlæg, (ii) supplerende syn og skøn gennemført under sagsforberedelsen i landsretten og (iii) behandling af sagen for landsretten og Højesteret.

3. NPI bør i relation til den del af landsrettens dom, som ikke er indbragt for Højesteret (renoveringsprojekterne Brøndby Strand og Sundhedshuset), tilkendes fulde sagsomkostninger til dækning af udgifter til syn og skøn og advokat for så vidt angår (i) isolerede bevisoptagelser/syn og skøn forud for sagsanlæg, (ii) supplerende syn og skøn gennemført under sagsforberedelsen i landsretten og (iii) behandling af sagerne for landsretten.

Over for NPI's påstande 2 og 3 har Enemærke & Petersen nedlagt påstand om frifindelse.

Supplerende sagsfremstilling

Af NPI's montagevejledning vedrørende Megapan Windbreaker fra februar 2012 fremgår bl.a., at Megapan Windbreaker er "det helt rigtige valg af vindspærre", og at Megapan Windbreaker er "fremtidens vindspærre". Tilsvarende fremgår af montagevejledninger vedrørende samme produkt dateret den 31. januar og 30. juli 2013 og vedrørende MgO Windbreaker dateret den 14. januar 2014.

I datablade af 29. januar og 30. juli 2013 vedrørende Megapan Windbreaker er som i montagevejledningerne anført, at Megapan Windbreaker er det helt rigtige valg af vindspærre, og desuden, at Megapan Windbreaker har de "unikke egenskaber der er behov for ved en vindspærre." Tilsvarende fremgår af et datablad af 14. januar 2014 vedrørende MgO Windbreaker.

Af voldgiftsrettens kendelse i sagen mellem Byggeskadefonden, Enemærke & Petersen og ... Arkitekter A/S vedrørende Elkærparken fremgår, at skønsmændene Lars Tangaa Hansen og Mikael Østergaard under hovedforhandlingen forklarede bl.a., at der i perioden fra 2011 blev solgt rigtig mange m² MgO-plader. Ingen havde idé om, at pladematerialet afgav væske. Hvis der konstateredes vand på eller fra pladerne, fokuserede man på, om der var en utæthed i konstruktionen. Alle antog, at det var et godt og velegnet materiale. Derfor blev BYG-ERFA-bladet (21) 131227 udgivet den 27. december 2013. Indtil udgivelsen heraf fandtes der ingen godkendelser af MgO-plader i Danmark. Heller ikke ifølge BYG-ERFA-bladet var der foretaget undersøgelser af pladernes fugtafgivelse.

De samme skøns mænd havde i en sag vedrørende en bebyggelse i Helsingør af-givet en skønserklæring, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

”Nej, det kan ikke i efteråret 2012 betegnes som sædvanligt at sende plader til undersøgelse hos DTU, Teknologisk Institut eller andet med henblik på en undersøgelse af pladernes fugtsugende egenskaber, medmindre der var mistanke til det pågældende produkts fugttekniske egenskaber.”

Skønsmændene vedstod under hovedforhandlingen i voldgiftssagen vedrørende Elkærparken bl.a. dette svar og forklarede, at det ikke er sædvanligt, at leverandører undersøger materialer med hensyn til sorption. De har aldrig set dette. Det er sædvanligt, at leverandører undersøger for diffusionsåbenhed, Z-værdien.

De samme skøns mænd havde i to sager vedrørende en bebyggelse i Slagelse afgivet en skønserklæring, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

”I perioden frem til december 2013, hvor produktet blev omtalt i Træ 68, den 27.12.2013, Byg-Erfa-erfaringsblad (21) 131227 udkommer og blåstempler MgO-produkter, er der et kraftigt stigende forbrug af disse plader og på et tidspunkt mellem 2010 og 27.12.2013 må MgO-plader betegnes som et gængs og anerkendt problemfrit produkt, idet BYG-ERFA blade udarbejdes på baggrund af opsamlede erfaringer, som afhænger af det beskrevne emnes anvendelsesomfang, kompleksitet samt en tidsfaktor, hvor MgO-pladerne havde et stort anvendelsesomfang på kort tid. Endvidere blev MgO-plader hyldevarer i alle større byggemarkeder relativt hurtigt...”

Skønsmændene vedstod under hovedforhandlingen i voldgiftssagen vedrørende Elkærparken bl.a. dette svar og forklarede, at når det besluttes at udgive et BYG-ERFA-blad, er man af den opfattelse, at der er tale om et anerkendt og problemfrit produkt. Dette er baseret på den stigende anvendelse af produktet op mod beslutningen om at udgive et BYG-ERFA-blad.

Det fremgår desuden af kendelsen, at skønsmændene fik forelagt bl.a. følgende svar fra den skønserklæring, som var afgivet af skønsmændene i sagen vedrørende Lilletoften:

”Spørgsmål KKL 11

...

Svar:

Som det fremgår af svaret på KKL 4 har MgO-plader været almindeligt anvendt siden 2010. Anvendelsen har efter skønsmændenes opfattelse omfattet anerkendte rådgivere, entreprenører og producenter, og markedsføringen har omfattet velanskrevne leverandører.

Spørgsmål KKL 12

...

Svar:

Så vidt det er skønsmændene bekendt havde ingen i branchen mistanke om, at de pågældende MgO-plader var fugtopsugende og -afgivende før end i efteråret 2014.”

Lars Tangaa Hansen, der var den ene af de to skønsmænd i sagen vedrørende Lilletoften, vedstod under hovedforhandlingen i voldgiftssagen vedrørende Elkærparken bl.a. disse svar, og Mikael Østergaard Hansen tilsluttede sig besvarelsenerne med den bemærkning og tilføjelse til svaret på spørgsmål KKL 11, at han stort set kan tiltræde svaret, men mange rådgivere var ikke klar over, hvad MgO var. MgO-pladerne var blevet anvendt siden 2010.

Endelig fik skønsmændene forelagt følgende uddrag af den forklaring, som var afgivet af skønsmændene i sagen vedrørende Lilletoften:

”Erik Brandt forklarede, at han ville fæste lid til oplysningerne i et datablad, selv om der var angivelse af de kemiske bestanddele i produktet. Han ville kun iværksætte undersøgelser på det grundlag, hvis han havde mistanke om, at der var noget galt. Lars Tangaa Hansen bekræftede, at han heller ikke ville iværksætte undersøgelse blot på grundlag af oplysningerne om kemiske bestanddele i pladerne.

Oplysningerne, der kom frem i 2015, om problemerne ved at anvende MgO-plader som udendørs vindspærreplader, kom som en stor overraskelse for hele byggebranchen, dvs. både for entreprenører og rådgivere og måske også for leverandørerne, hvoraf nogle havde indbygget dem i færdige tagkassetter. Ved udgivelsen af BYG-ERFA bladet i 2013 var der ikke nogen i de tekniske udvalg, der godkendte BYG-ERFA bladet, der tænkte over muligheden for fugtopsugning. Begge skønsmænd bekræftede, at de også selv kunne have overset det... Der kommer hver dag mange nye byggematerialer på markedet. MgO-plader blev i perioden 2010-14 markedsført og anvendt af anerkendte leverandører, entreprenører og tekniske rådgivere.”

Lars Tangaa Hansen vedstod under hovedforhandlingen i voldgiftssagen vedrørende Elkærparken dette uddrag af forklaringen fra sagen vedrørende Lilletoften, og Mikael Østergaard Hansen tilsluttede sig forklaringen. Lars Tangaa Hansen forklarede supplerende, at oplysningerne kom frem i slutningen af 2014. Mikael Østergaard Hansen forklarede, at han også ville have overset muligheden for fugtopsugning. Ingen mistænkte dette.

Forklaringer

Til brug for Højesteret er der afgivet forklaring af tidligere administrerende direktør for Enemærke & Petersen A og salgsmedarbejder ved STARK B samt supplerende forklaring af C.

C har supplerende forklaret bl.a., at Enemærke & Petersens største materialeleverandører var de fem landsdækkende trælasthandler, som de havde rammeaftaler med. I samråd med bygherrens arkitekt og ingeniør bestemte byggelederne og projektlederne, hvilke materialer der skulle indkøbes.

På den enkelte byggesag skulle man altid lave en procesopstart på det pågældende produkt – det være sig vinduer, gulve, vindplader osv. Det skulle igen være en proces med en opstilling – en mock-up – så man kunne vise, hvordan det så ud, og hvordan man havde læst projektet. Hvis man så ønskede at ændre på produkterne, kunne man forelægge det for bygherrens arkitekt og ingeniør, der så kunne godkende produkterne. Han tror, at det er nok bare at vise det i mock-up'en, hvis man ønsker at ændre noget, men han ved det ikke. Han har aldrig overværet sådan en forelæggelse. Man skulle lave mock-up i alle tilfælde og ikke kun, hvis man skulle ændre noget i forhold til projektet. Når det var godkendt, kunne man gå i gang.

Det var bygge- og projektlederen på det enkelte projekt, der lagde op til eventuelle ændringer i materialer eller lignende, og så drøftede de med deres divisionschef, om det var i orden. Divisionschefen var "direktøren" på den enkelte byggesag. Divisionschefen havde mange forskellige byggesager samtidig.

Han ved ikke, om der konkret blev afholdt projektopstartsmøde, hvor man drøftede materialer osv., inden man gik til bygherren og rådgiveren med eventuelle ændringer, men det burde man have gjort. Det var vedtaget internt hos Enemærke & Petersen, at man gjorde det på den måde for ikke at lave fejl.

På samtlige byggesager skulle der laves et kvalitetssikringsdokument med fotodokumentation for den løbende proces, som skulle arkiveres i 5 år. Deraf kan man se, hvilke produkter der blev brugt, og hvad der var godkendt. Produktblade vil fremgå heraf, hvis de forelå.

Angående Ds forklaring for voldgiftsretten i sagen om Lilletoften forklarede han, at D var projektleder på Lilletoften, men så vidt han ved, gik D ikke selv ud og undersøgte markedet for at finde en alternativ vindspærreplade. Så vidt han ved, blev D og E kontaktet af F på byggepladsen. F var agent for Megapan. Han kom med Megapan-pladen, som på daværende tidspunkt var alletiders. Den var let, billig og nem at håndtere. Han udleverede papirer om pladen.

Det var D og E, der traf beslutningen om at bruge Megapan-pladerne. De var henholdsvis projektleder og sektionsleder på Lilletoften. Han ved ikke, om de drøftede det med deres divisionschef. Han husker ikke, hvem der var divisionschef på sagen.

Han blev kontaktet af både E og D, der spurgte, om de kunne bruge Megapan-pladen. Han sagde, at det vidste han ikke, men at de skulle sørge for at få det undersøgt og få den godkendt af bygherrens arkitekt og ingeniør. Han var supportfunktionen, som skulle undersøge, hvor man kunne få pladen billigst.

Om mail af 11. november 2009 fra B ved STARK til ham med prisindikation på Megapan-plader, forklarede han, at han modtog mailen, fordi han havde bedt om prisindikationen. Han skulle indhente priser fra flere forskellige, men fordi D kendte B, ville D gerne, at han også spurgte ham.

Han er ikke enig i, at det var STARK, der kom på idéen med at anvende Megapan-plader som alternativ til andre vindspærreplader, som G forklarede for landsretten. Det var D og E, der kom på idéen.

I starten valgte Enemærke & Petersen at importere Megapan-plader direkte fra VC Wood i Belgien for at spare mellemløbet. Han var ikke involveret i at bestille pladerne. Det var byggelederne selv, der bestilte hos firmaet i Belgien.

Undervejs i projektet på Lilletoften skiftede man fra at købe direkte fra VC Wood til at bestille gennem Knud Larsen Byggecenter, fordi VC Wood ikke længere kunne håndtere bestillingerne. De skulle have forskellige mængder hver gang, og VC Wood kunne kun sende et helt lastvognstræk ad gangen, hvilket Enemærke & Petersen ikke kunne håndtere. De gik derfor over til at købe fra Knud Larsen Byggecenter. Det var F, der fortalte, at de ikke længere kunne købe direkte fra VC Wood, men at det skulle gå gennem en leverandør. De havde ikke indflydelse på, at det blev NPI. NPI solgte heller ikke direkte, men kun gennem trælasthandler, og så kunne de lige så godt vælge den trælasthandel, som var billigst.

D kendte både B hos STARK og H, som var afdelingschef i Knud Larsen Byggecenter. Knud Larsen Byggecenter var billigere end STARK, og derfor endte de med at købe derfra. Han ved ikke, hvorfor NPI valgte at sælge til Knud Larsen Byggecenter. NPI solgte til alle trælasthandler.

Han kan godt huske, at Enemærke & Petersen købte PowerBoard-plader, men han husker ikke, hvilke projekter de blev brugt på. Han husker det sådan, at PowerBoard-pladerne kom på markedet umiddelbart efter, at de havde brugt Megapan-plader på Lilletoften. PowerBoard-plader var billigere end Megapan-plader, og de kunne ikke se forskel. De opfattede det som et tilsvarende produkt.

Enemærke & Petersen importerede selv PowerBoard-plader fra udlandet i hele containere, dvs. i stort omfang. Det var over halvdelen af PowerBoard-pladerne, der blev importeret fra udlandet.

De importerede til lager på Smedeland, fordi mange af de projekter, som Ene-mærke & Petersen havde på det tidspunkt, blev produceret på Smedeland og så monteret ude på de enkelte byggesager. De bestilte hele containere til de facaderenoveringer, de havde på Sjælland. Det var for dyrt at transportere dem til Fyn og Jylland. Der var et antal tusinde kvadratmeter i en container, og det tog ca. 6 uger at få hjem. Det kunne godt være et gæt, hvor meget de skulle bruge. De købte til lager, og så kunne de forskellige byggesager få dem derfra. Det var nok almindeligt kendt, at pladerne lå på Smedeland. Det drøftede man formentlig ved projektopstartsmøderne.

I starten havde han selv kontakten til PowerBoard og bestilte derfra til Smedeland. Siden blev det bl.a. en håndværksmester på Smedeland ved navn J, der sammen med byggelederne vurderede, hvor meget de skulle bruge og bestilte. Han ved ikke, om det konkret var J, som foretog bestillingerne, eller om der var en, der gjorde det for ham.

MgO-plader blev hurtigt den foretrukne vindspærreplade på markedet. Det var muligvis allerede i 2010 eller 2011, men han husker det ikke præcist. Derefter brugte Ene-mærke & Petersen generelt MgO-plader i stedet for de foreskrevne plader, hvis det blev godkendt af bygherren og dennes rådgivere.

MgO-pladerne var væsentlig billigere og lettere at forarbejde og montere. De havde divisionsmøder en gang i kvartalet, hvor de udvekslede erfaringer. Han tror, at det blev drøftet på de møder, at man godt kunne lide den type plade.

I 2012-2013 brugte man nok MgO-plader alle de steder, hvor det kunne lade sig gøre. Måske 90 % af facaderenoveringerne, hvor det kunne lade sig gøre. De ligestillede PowerBoard-pladerne med Megapan-pladerne, men de brugte langt flere PowerBoard-plader. De brugte måske 90 % PowerBoard-plader og 10 % Megapan-plader.

Bygge- og projektlederne ser hele tiden på økonomien. Både PowerBoard-pladen og Megapan-pladen havde fordele. Man forlod vindgipsplader, fordi de sugede vand, hvis der kom hul i dem, og så kom der skimmelsvamp. De havde altså ulemper, men også fordele. Fibercementpladerne var en hel del tungere – måske 50 % tungere – og dyrere. MgO-pladerne var klasse A-beklædning, dvs. at de var brandsikre, hvilket absolut var en fordel, når alle de elementer, der blev lavet på Smedeland, var lavet af træ. De anede ikke, at MgO-pladerne sugede fugt. De tænkte ikke på, om pladerne kunne stå udenfor i vejrlig. Alle plader skulle dog helst stå indendørs eller afdækkes med presenning.

Han har aldrig set produktmateriale udarbejdet af NPI. Hvis der er blevet indhentet produktmateriale til Elkærparken, så har det været gennem trælasthandlen, hvor Megapan-pladerne blev købt. Han ved ikke, om der blev indhentet

produktdatablade på Megapan-pladerne til brug for Elkærparken, men han tror det ikke. Pladerne var allerede afprøvet, og det var alment kendt hos Enemærke & Petersen, at man brugte den plade. Nogle af projektlederne indhentede generelt produktdatablade og andre gjorde ikke.

Anbringender

Enemærke & Petersen har for Højesteret anført navnlig, at NPI som importør og leverandør af de MgO-plader, der blev anvendt til byggeriet Elkærparken, er nærmest til at bære risikoen for og dermed de økonomiske konsekvenser af, at pladerne viste sig uegnede til anvendelse som vindspærreplader, der var det formål, som NPI markedsførte pladerne til.

Enemærke & Petersens krav mod NPI er baseret på, at NPI efter de i retspraksis udviklede regler om direkte krav kan gøres erstatningsansvarlig for det tab, som Enemærke & Petersen har lidt ved at udrede erstatning til Elkærparkens bygherre. Enemærke & Petersens krav for Højesteret er således ikke baseret på et ansvar efter produktansvarsloven, det i retspraksis udviklede produktansvar, indtrædelsessynspunkter eller reglerne om erstatning i kontrakt i øvrigt.

Der gælder i dansk entrepriseret et almindeligt og generelt princip, hvorefter underentreprenører kan ifalde erstatningsansvar direkte over for senere kontraktled, hvis det kan påvises, at den pågældende underentreprenør "har begået håndværksmæssige fejl". Dette princip må udstrækkes til ikke blot underentreprenører, men også leverandører og rådgivere, idet fejl begået af disse har samme skadespotentiale som underentreprenørernes fejl. Ansvarret omfatter bl.a. faglige fejl begået i forbindelse med beskrivelse af et produkts egenskaber og anvendelse, i hvert fald når det for leverandøren var eller burde være klart, at de pågældende oplysninger om produktens egenskaber ville blive videreformidlet til senere omsætningsled til brug for disse, jf. UfR 2012.2255 H. Hovedspørgsmålet i denne højesteretssag og i UfR 2002.249 H var, om en producent henholdsvis importør, der markedsfører et produkt som "nyt", "bedre", "fremtidens" i relation til en nærmere angiven anvendelse kan gøres ansvarlig for tab som følge af, at produktet efterfølgende viser sig uegnet til formålet.

Sager om direkte krav bedømmes efter dansk rets almindelige regler om erstatning uden for kontrakt. Der kræves således et ansvarsgrundlag, kausalitet og adækvans. Der er ikke grundlag for at betinge et direkte krav af grov uagtsomhed, og ansvarsstandarder er som i andre professionelle sammenhænge, om der er begået faglige fejl.

Den 25. oktober 2010 udarbejdede NPI sit første produktblad vedrørende MgO-pladerne. Herved stod NPI som afsender af en række faktiske oplysninger om pladernes egenskaber og anvendelse, jf. markedsføringslovens § 20, stk. 2, nr. 1,

og byggevarebekendtgørelsens § 3 og § 5. Det fremgik af dette datablad, at pladen var "multifunktionel", "vandfast og fugtafvisende", og at pladerne kunne anvendes som "dekurations- eller beklædningsplader både indvendigt og udvendigt". Produktnavnet blev ændret til "Megapan Windbreaker" i februar 2012, og af montagevejledningen af 1. februar 2012 vedrørende dette produkt fremgår bl.a., at pladen "med sin samling af unikke egenskaber [er] det helt rigtige valg af vindspærre", og at produktet er "fremtidens vindspærre".

NPI havde efter de anførte bestemmelser i markedsføringsloven og byggevarebekendtgørelsen pligt og derfor anledning til at lade MgO-pladerne teste for deres egnethed som vindspærreplader. NPI har begået faglige fejl ved ikke at foretage test til afdækning af pladernes evne til at absorbere fugt, herunder ved at få udført en sorptionskurve.

NPI's datablade og montagevejledninger var afgørende for Enemærke & Petersens beslutning om at anvende MgO-plader på projektet ved Elkærparken. NPI har begået faglige fejl i forbindelse med markedsføringen af selskabets MgO-plader. NPI måtte indse, at denne markedsføring kunne have betydning for Enemærke & Petersens beslutning om at anvende pladerne, og NPI er derfor erstatningsansvarlig for Enemærke & Petersens tab.

Det bestrides ikke, at Enemærke & Petersen også før projektet ved Elkærparken havde anvendt MgO-plader. Disse var indkøbt fra en udenlandsk leverandør, som havde oplyst, at pladerne var velegnede som vindspærre. Den opfattelse bibeholdt Enemærke & Petersen gennem hele det efterfølgende forløb, idet den blev entydigt bestyrket ved modtagelse af teknisk materiale fra NPI. Enemærke & Petersen indkøbte også MgO-plader af mærket Megapan fra danske byggecentre til andre projekter forud for Elkærparken. Disse plader var leveret af NPI, som var eneleverandør af Megapan-plader til det danske marked på daværende tidspunkt.

Det bestrides imidlertid, at det herudfra kan sluttes, at Enemærke & Petersen ville have anvendt pladerne, uanset om NPI havde udsendt sine datablade, og så meget desto mere, hvis databladene havde været retvisende i forhold til MgO-pladernes uanvendelighed som vindspærreplader.

Ved opførelsen af projektet ved Elkærparken blev beslutningen om at anvende MgO-plader truffet på baggrund af NPI's oplysninger om produktet, herunder ved bekræftelse og betryggelse af Enemærke & Petersens opfattelse af, at MgO-pladerne var anvendelige til formålet. Desuden vidste NPI, at pladerne blev indkøbt og anvendt som vindspærreplader. Hvis NPI havde foretaget de nødvendige undersøgelser af pladerne, kunne og burde NPI have gjort opmærksom på, at denne forventelige og sædvanlige brug af pladerne ikke var forsvarlig. NPI er herefter ansvarlig for Enemærke & Petersens tab.

Landsrettens sagsomkostningsafgørelse er i overensstemmelse med retsplejelovens § 312. Afgørelsen må læses i sammenhæng med de øvrige dele af dommen, herunder navnlig landsrettens vurdering af, at NPI bar et betydeligt (med-)ansvar for anvendelsen af de uegnede MgO-plader på byggerierne. Det må endvidere være tillagt betydning, at sagens væsentligste tvistepunkt var af principiel karakter og måtte formodes at blive retningsgivende for byggebranchens håndtering af et hyppigt forekommende delspørgsmål vedrørende det retlige efterspil om brugen af MgO-pladerne, ligesom det må være tillagt betydning, at NPI havde vidtløftiggjort sagen. Sagsomkostningerne skal i givet fald fastsættes med udgangspunkt i en sagsgenstand på 6.839.610,70 kr.

NPI har for Højesteret anført navnlig, at Enemærke & Petersen var den første entreprenørvirksomhed i Danmark til at finde på, stille forslag om og anvende Megapan MgO-plader som vindspærre i facaderenoveringsprojekter. Pladerne blev første gang anvendt i 2010 på projektet Lilletoften i Skovlunde og efterfølgende anvendt på tre andre facaderenoveringsprojekter, herunder projektet Elkærparken. NPI var underleverandør til XL-Byg Grønvold & Schou A/S, hvorfra Enemærke & Petersen købte MgO-plader til Elkærparken.

Fra juli til oktober 2010 markedsførte NPI MgO-pladerne på grundlag af det oprindelige produktblad fra VC Wood. I oktober 2010 udarbejdede NPI et produktblad, der i al væsentlighed havde samme indhold som VC Woods oprindelige produktblad. Frem til februar 2012 markedsførte NPI ikke Megapan MgO-plader som vindspærreplader, og det fremgår ikke udtrykkeligt af produktbladene, at pladerne var anvendelige som vindspærreplader. NPI begyndte først at sælge og markedsføre pladerne som vindspærreplader efter at have udført supplerende tekniske undersøgelser, brandtest mv., og udarbejdede den første montagevejledning i februar 2012. Først i et produktblad af 29. januar 2013 beskrev man pladerne som vindspærreplader. På grund af leverandørskifte udarbejdede NPI den 14. januar 2014 et produktblad, som i voldgiftskendelsen er benævnt "MgO-Windbreaker" og samtidig montagevejledningen hertil. Det er under voldgiftssagen fejlagtigt lagt til grund, at Enemærke & Petersen var i besiddelse af produktbladet for "MgO-Windbreaker" i december 2012, og at det var dette produktblad, der blev sendt til bygherrerådgiverens godkendelse senest i forbindelse med gennemgang og godkendelse af mock-up'en for Elkærparken i marts/april 2013.

Enemærke & Petersen har ikke godtgjort, at der er grundlag for et direkte krav mod NPI som underleverandør og importør/grossist efter reglerne om erstatningsansvar uden for kontrakt, herunder at der foreligger et kvalificeret ansvarsgrundlag eller andre særlige omstændigheder, som forudsat i højesteretspraksis og den juridiske litteratur. Enemærke & Petersen har heller ikke godtgjort, at et eventuelt mangelskrav ikke eller kun med vanskelighed kunne være

gennemført over for Enemærke & Petersens aftalepart XL-Byg Grønvold & Schou. Tværtimod burde et eventuelt erstatningskrav alene have været rejst mod XL-Byg, som er et økonomisk solidt og forsikringsdækket byggemarked. Enemærke & Petersen har endvidere ikke godtgjort, at NPI's salg og markedsføring af Megapan MgO-plader i tillid til VC Woods produktoplysninger og tekniske dokumentation samt egne supplerende interne og eksterne undersøgelser udgør et retsbrud i form af et kvalificeret ansvarspådragende forhold, hvilket er og bør være en forudsætning for et direkte krav inden for løsøreomsætningen.

Det bestrides ikke, at NPI kunne have fået udført undersøgelser af MgO-pladernes fugtmæssige egenskaber ved høj fugtighed, herunder i form af udførelse af en sorptionskurve, og derved have opdaget pladernes fugtopsugning og afgivelse af saltholdig væske ved høje luftfugtigheder, men der var ikke noget, der gav NPI anledning til mistanke om, at Megapan MgO-pladerne ikke var egnede som vindspærre i facader.

Som forklaret af skønsmændene i voldgiftssagen vedrørende Lilletoften var der ingen i byggebranchens normfastsættende tekniske udvalg, der tænkte på muligheden for, at MgO-pladerne kunne være fugtsugende, og begge skøns mænd bekræftede, at de selv kunne have overset det. Det blev også tiltrådt af skønsmanden i denne sag. Det kunne derfor ikke kræves, at NPI fik foretaget en sorptionsundersøgelse.

Efter forudgående bestilling fik Enemærke & Petersen leveret de første Megapan MgO-plader til Elkærparken fra XL-Byg den 31. januar 2013. Dette skal sammenholdes med, at det første produktblad, som NPI udarbejdede, hvor MgO-pladerne blev markedsført som vindspærreplader, er dateret den 31. januar 2013.

Enemærke & Petersen har ikke godtgjort, at Megapan MgO-pladernes uhenigtsmæssige egenskaber ved anvendelse som vindspærre udgør en retligt relevant mangel i relation til NPI, at NPI's salg og markedsføring af MgO-pladerne, herunder produktmateriale, som følge af Enemærke & Petersens forudgående viden, adfærd og dispositioner, har virket bestemmende for beslutningen om at anvende Megapan MgO-plader, og at der dermed er den fornødne årsagssammenhæng og påregnelighed. Herunder har Enemærke & Petersen ikke – på trods af processuel opfordring hertil – fremlagt nogen form for dokumentation for, at Enemærke & Petersen har modtaget, været i besiddelse af eller videregivet produktmateriale udarbejdet af NPI til de respektive bygherrerådgivere. Det bør tillægges processuel skadevirkning.

Uanset om Enemærke & Petersen traf beslutning om at anvende Megapan MgO-plader som vindspærre i Elkærparken i november/december 2012 eller i

marts/april 2013, skete det på et tidspunkt, hvor Enemærke & Petersen havde besluttet at anvende – eller i praksis anvendte – MgO-plader som det foretrukne vindspærreprodukt, og i øvrigt på et tidspunkt, hvor det er ubestridt, at MgO-plader af forskellige fabrikater havde overtaget hele markedet for vindspærreplader.

Enemærke & Petersen har ikke godtgjort at have lidt et erstatningsrelevant tab. Et eventuelt erstatningskrav bør bortfalde eller nedsættes væsentligt som følge af Enemærke & Petersens egen skyld og/eller accept af risiko, henset til Enemærke & Petersens forudgående produktkendskab, viden, adfærd og dispositioner.

Landsretten har uden begrundelse ophævet sagsomkostningerne i forholdet mellem Enemærke & Petersen og NPI på trods af, at landsretten frifandt NPI vedrørende samtlige tre byggeprojekter. Samtidig tilkendte landsretten XL-Byg 250.000 kr. i sagsomkostninger, selv om XL-Byg kun var sagsøgt – og blev frifundet – i ét byggeprojekt og ikke deltog aktivt i syn og skøn. Det er ikke i overensstemmelse med de gældende principper for tilkendelse af sagsomkostninger til den vindende part, jf. retsplejelovens § 312, stk. 1, udmålingspraksis og almindelige ligerets- og ligebehandlingsprincipper. NPI har ikke vidtløftiggjort sagen. Tværtimod har Enemærke & Petersen forlænget og forsinket sagen væsentligt. NPI har haft udlæg til isoleret bevisoptagelse (syn og skøn) og supplerende syn og skøn i landsretten for i alt 222.760 kr. Det bør ved udmåling af sagsomkostninger for så vidt angår Brøndby Strand og Sundhedshuset desuden lægges til grund, at NPI som den vindende part har opnået medhold i et beløb på i alt 19,6 mio. kr.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstilling

I årene 2010-2014 blev såkaldte MgO-plader, der består af bl.a. magnesiumoxid og magnesiumklorid, anvendt som vindspærre i byggerier i Danmark. I løbet af efteråret 2014 blev der konstateret fugtproblemer i forbindelse med MgO-plader, og det viste sig, at MgO-plader er uegnede som vindspærre under danske klimaforhold.

Sagen angår, om entreprenørvirksomheden Enemærke & Petersen A/S, der ved et renoveringsprojekt vedrørende Elkærparken i Tune anvendte MgO-plader i 2013 og 2014, kan kræve erstatning af Selskabet af 30. august 2002 A/S (NPI) for udgifter i forbindelse med, at Enemærke & Petersen har måttet udskifte MgO-pladerne på byggeriet i Elkærparken med andre vindspærreplader. Enemærke & Petersen anvendte i byggeriet MgO-plader af mærkerne Megapan Windbreaker og MgO Windbreaker købt hos XL-Byg Grønvold & Schou A/S, som havde købt pladerne hos importøren NPI.

Direkte krav

Enemærke & Petersen har for Højesteret gjort gældende, at NPI har handlet ansvarspådragende i forbindelse med markedsføring og salg af MgO-plader, og at NPI er erstatningsansvarlig over for Enemærke & Petersen efter principperne om direkte krav.

NPI importerede fra 2010 MgO-plader til Danmark og udarbejdede i efteråret 2010 et produktblad, hvoraf det fremgår, at Megapan er en byggeplade, som er vandfast og fugtafvisende samt fugtbestandig, at den er egnet som beklædningsplade både indvendigt og udvendigt, og at den er velegnet til ekstreme og aggressive miljøer med store udsving i temperatur og luftfugtighed. Produktbladets oplysninger svarer i det væsentlige til et produktblad fra den belgiske leverandør VC Wood.

Efter bevisførelsen, herunder forklaringen fra C, som var indkøbschef i Enemærke & Petersen, må det lægges til grund, at MgO-plader fra forskellige leverandører hurtigt blev den foretrukne type vindspærreplade på markedet, og at det muligvis allerede var i 2010 eller 2011.

I februar 2012 udarbejdede NPI en montagevejledning til byggepladen, der nu blev solgt under navnet Megapan Windbreaker. I montagevejledningen er det anført, at Megapan Windbreaker er egnet som vindspærre. Dette fremgår også af produktblade og montagevejledninger, som blev udarbejdet efter 2012. Fra slutningen af 2013 solgte NPI en lignende plade under navnet MgO Windbreaker, der også blev betegnet som en vindspærre i bl.a. et produktblad.

På grundlag af de nævnte oplysninger måtte en køber fra februar 2012 kunne forvente, at pladerne kunne anvendes som vindspærre i byggerier i Danmark.

Som nævnt var MgO-pladerne imidlertid uegnede som vindspærre under danske klimaforhold. Det er ubestridt, at NPI kunne have fået udført undersøgelser af MgO-pladernes fugtmæssige egenskaber ved høj fugtighed, herunder i form af udførelse af en sorptionskurve, og derved have opdaget pladernes fugtopsugning og afgivelse af saltholdig væske ved høje luftfugtigheder.

Det fremgår af kendelsen i voldgiftssagen mellem Enemærke & Petersen og Byggeskadefonden vedrørende Elkærparken, at skønsmændene var enige om, at der i perioden fra 2011 blev solgt mange MgO-plader, og at ingen havde idé om, at pladematerialet afgav væske. Alle antog, at det var et godt og velegnet materiale. Oplysningerne om problemerne ved at anvende MgO-plader som udendørs vindspærreplader kom som en stor overraskelse for hele byggebranchen.

I BYG-ERFA-erfaringsblad (21) af 27. december 2013 "Vindspærre i facader – materialevalg og afdækning i byggeperioden" omtales bl.a. vindspærre udført i magnesiumbaseret plademateriale.

Skønsmændene har under voldgiftssagen forklaret, at der ikke ved udgivelsen af BYG-ERFA-bladet i 2013 var nogen i de tekniske udvalg, som godkendte BYG-ERFA-bladet, der tænkte over muligheden for fugtopsugning. Skønsmændene har begge forklaret, at de også selv kunne have overset denne mulighed.

Efter det anførte finder Højesteret, at det må lægges til grund, at det var almindeligt at anvende MgO-plader som vindspærre, allerede inden NPI begyndte at markedsføre og sælge MgO-plader som egnede til dette formål. Det må endvidere lægges til grund, at ingen i branchen – heller ikke de sagkyndige, som udarbejdede BYG-ERFA-bladet – tænkte over muligheden for fugtopsugning, og der var derfor ingen, der undersøgte, om pladerne optog fugt og afgav saltholdig væske under danske klimaforhold, herunder ved at få udført en sorptionskurve.

Højesteret finder herefter, at det ikke er godtgjort, at NPI har udvist sådanne forhold, at der er grundlag for, at Enemærke & Petersen i medfør af principperne om direkte krav kan kræve erstatning for de udgifter, som Enemærke & Petersen har haft ved at udskifte MgO-pladerne på byggeriet i Elkærparken med andre vindspærreplader.

Højesteret stadfæster derfor landsrettens dom.

Sagsomkostninger for Højesteret

Sagsomkostningerne for Højesteret fastsættes til dækning af advokatudgift med 200.000 kr.

Sagsomkostninger for landsretten

Sagen drejede sig for landsretten foruden Elkærparken om to andre byggeprojekter. NPI blev frifundet for de krav, som Enemærke & Petersen havde fremsat vedrørende alle tre byggerier. Landsretten bestemte, at parterne skulle bære egne omkostninger.

Højesteret finder ikke grundlag for at fravige det almindelige udgangspunkt, hvorefter den tabende part skal betale sagsomkostninger til den vindende part. Enemærke & Petersen skal herefter i sagsomkostninger for landsretten betale 722.760 kr. til NPI. Heraf er 500.000 kr. til dækning af advokatudgifter, og 222.760 kr. til dækning af udgifter til syn og skøn.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Enemærke & Petersen A/S betale 922.760 kr. til Selskabet af 30. august 2002 A/S.

Det idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.