



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 1. marts 2013 i sag nr. BS J-600/2012:

A/B Dokhuset
Pakhusstræde 4,3.tv
4300 Holbæk
mod
Atradius Filial af Atradius Credit Insurance N.V Holland
Sluseholmen 8A
2450 København SV

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Sagen drejer sig om, hvorvidt A/B Dokhuset er indtrådt i rettighederne i henhold til en garanti stillet af Atradius overfor bygherren af den ejendom, som andelsforeningen overtog i 2005. Såvel bygherre som entreprenør efterfølgende erklæret konkurs.

Sagsøger har nedlagt følgende påstande:

- Påstand 1: Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøger er berettiget til at indtræde i og påberåbe samtlige rettigheder, herunder retten til at kræve udbetaling, relaterende til garanti nr. 245.571 udstedt af sagsøgte den 28/12-2004.
- Påstand 2: Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at garanti nr. 245.571 udstedt af sagsøgte den 28/12-2004 ikke er nedskrevet til mindre end 10 %, subsidiært 2 %, af entreprisensummen.

Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

Overfor sagsøgers påstand 1: Frifindelse.

Overfor sagsøgers påstand 2: Frifindelse, hvorhos sagsøger tilpligtes at anerkende, at garanti nr. 245.571 er ophørt; subsidiært nedskrevet til kr. 669.630,80.

Der er under sagen afgivet forklaring af **Vidne 1** og **Vidne 2**

Vidne 1 har forklaret, at han er formand for andelsboligforeningen A/B

Dokhuset. Det har han været siden stiftelsen i december 2004. Andelsboligforeningen overtog ejendommen i december 2005. De enkelte andelshavere mødte op på Keops' kontor og fik udleveret nøglen til deres lejligheder. Beboerne skulle selv lave lister over åbenlyse mangler. Listerne blev efterfølgende afleveret til Keops. Herefter blev udbedringer påbegyndt. Ved 1 års gennemgangen i januar 2007 bad Keops igen beboerne om lister over fejl og mangler, der så ville blive gennemgået.

Keops' advokat stod for alt papirarbejdet vedrørende stiftelsen af andelsboligforeningen. Der var ikke nogen advokat, der repræsenterede andelshaverne. Der var vist uenighed mellem Keops og RK – der var hovedentreprenør – om hvem, der skulle stå for udbedringerne. I maj 2007 stoppede deres kontakt hos Keops. Herefter kom **Vidne 2** på sagen for Keops i juni. Der blev herefter udbedret en hel del små mangler, men de mere grundæggende ting blev der ikke taget hånd om. Efter Keops var gået konkurs, fik de efter en del undersøgelser fundet ud af, hvem der var garantistiller på byggeriet.

Vidne 2 har forklaret, at han er uddannet bygningskonstruktør og oprindelig uddannet tømrer og snedker. Han blev involveret i sommeren 2007, hvor han blev hyret som konsulent af Keops til at stå for mangelsudbedring ved Keops' byggerier ved havnen i Holbæk. Der var sket en gennemgang af Dokhuset, og han skulle hjælpe med at finde ud af, hvad der egentlig manglede. Det var en "rodebutik" han overtog efter en ansat hos Keops, der var stoppet. Det skulle ske en gennemgang af mangler, der ikke var udbedret. Ingen anede, hvad der var lavet og ikke lavet.

Han drøftede med Keops og entreprenøren, om det var noget han kunne lave, noget entreprenøren RJK Entreprise eller Keops skulle lave, eller noget som kunne afvises. Der blev lavet meget af det. Han kommunikerede med direktøren i RJK **Person 1**; RJK gik konkurs i forsommeren 2008. Han stoppede over sommeren 2008. Der var da flere alvorlige punkter tilbage, blandt andet manglende isolering og trækgener. Der var ingen, der skrev til garantistiller, og der var vist problemer med at finde garantien overhovedet.

Parternes synspunkter

Sagsøger har i sit påstandsdokumenet gjort gældende:

at den omhandlede garanti udgøres af en sædvanlig entreprenørgaranti

- omfattende alle entreprenørens forpligtelser relaterende til byggeriet, herunder eventuelle mangler,
- at det såvel generelt som konkret måtte anses for et forventeligt forhold for sagsøgte at ejendommen ville blive videresolgt,
- at de retslige principper om cession (indtrædelsesret) medfører, at en garanti som den omhandlede følger ejendommen, hvorfor en køber af ejendommen således indtræder i rettighederne til at påberåbe sig garantien,
- at sagsøgte, eller andre parter, retsstilling ikke bliver forringet som følge af sagsøgers indtrædelse,
- at der ikke kan stilles krav om en egentlig formel transporterklæring,
- at sagsøger konsekvent har fastholdt synspunktet om cession, og at sagsøgers forsøg på at opnå en formel transporterklæring ikke ændrer på berettigelsen heraf,
- at sagsøger er berettiget til at påberåbe sig garantien, og
- at sagsøgte ikke har villet anerkende sagsøgers rettigheder i relation til garantien, hvorfor nærværende søgsmål – herunder afholdelsen af de hermed forbundne omkostninger – er blevet nødvendiggjort.
- at der er dokumenteret omfattende mangler ved det omhandlede byggeri,
- at sagsøger, jf. de ad påstand 1 påberåbte anbringender, kan identificeres med ”bygherre”, og således med rette kan indtræde i bygherres rettigheder i henhold til garantien,
- at garantiens henvisninger til ”bygherre” må forstås således, at sagsøger med rette kan træde i stedet herfor, eksempelvis i relation til fremsættelse af krav om afhjælpning af mangler,
- at det kan lægges til grund, at der overfor entreprenøren på gyldig måde blev fremsat krav om afhjælpning af mangler inden 1 år efter afleveringstidspunktet, og at disse mangler ikke er afhjulpet,
- at sagsøgte derfor ikke har godtgjort, at den omhandlede garanti med rette har kunnet nedskrives fra 10 % til 2 % af enterprisesummen,
- at det i alle tilfælde kan lægges til grund, at der indenfor 5 år fra afleveringstidspunktet på gyldig måde blev fremsat krav om afhjælpning af mangler, og at disse mangler ikke er afhjulpet, og
- at sagsøgte derfor i alle tilfælde ikke har godtgjort, at den omhandlede

garanti med rette har kunnet nedskrives fra 2 % til 0 % af entreprisesummen (ophør).

Sagsøgte har i sit påstandsdokumentet gjort gældende at:

Sagsøgte har stillet Arbejdsgarantien på foranledning af RK Entreprise A/S, som totalentreprenør, ("Entreprenøren") til sikkerhed for opfyldelse af Entreprenørens forpligtigelser overfor K/S Dokhuset, som bygherre ("Bygherren"/"Garantibeneficianten").

Det gøres gældende, at sagsøgte ikke har noget retsforhold til sagsøger, når Arbejdsgarantien er stillet overfor Bygherren, og når Bygherrens rettigheder i henhold til Arbejdsgarantien ikke er overdraget til sagsøger.

Det er ubestridt, at Bygherrens rettigheder i henhold til Arbejdsgarantien ikke er overdraget til sagsøger.

Sagsøger ville kun kunne indtræde i og påberåbe sig rettigheder i henhold til Arbejdsgarantien efter en overdragelse af Arbejdsgarantien fra Bygherren til sagsøgte (og sagsøger ville i givet fald ikke have erhvervet bedre ret end Bygherren, jf. princippet i gældsbrevslovens § 27).

Sagsøger kan ikke rejse direkte krav mod sagsøgte ud fra princippet om cession (indtrædelsesret). Det bestrides således, at sagsøger kan indtræde i Bygherrens rettigheder i henhold til Arbejdsgarantien, ligesom det bestrides, at sagsøger kan identificeres med Bygherren.

Arbejdsgarantien (bilag 1) er stillet direkte overfor en navngiven bygherre, og vedrører en konkret afgrænset ydelse, som er beskrevet i en entreprisekontrakt mellem hovedmanden (Entreprenøren) og beneficianten (Bygherren).

Den ydelse, som sagsøgte yder er, reelt en (tabs-)kaution, hvorfor sagsøger ikke indtræder i rettighederne i henhold til Arbejdsgarantien efter principperne om direkte krav. Det forhold, at det muligvis måtte være forventeligt for sagsøgte, at ejendommen ville blive videresolgt af Bygherren ændrer ikke herpå.

Det bestrides, at Arbejdsgarantien "følger" ejendommen eller er tilbehør til ejendommen.

Arbejdsgarantien "følger" entreprisekontrakten mellem Bygherren og Entreprenøren, idet baggrunden for at Arbejdsgarantien stilles netop er, at Bygherren har villet sikre sig mod Entreprenørens insolvens (eller anden misligholdelse fra Entreprenørens side).

Det fremgår endvidere af Hans Helge Beck Thomsen, "Kautions og Garanti samt andre solidariske skyldforhold", 2. udgave, 2008, side 155, at

"Udgangspunktet er, at en kreditors kautionsfordring er en særskilt, betinget fordringsret, der som sikkerhedsret knytter sig som et accessorium til kreditors hovedfordring."

Hovedfordringen i forhold til Arbejdsgarantien er entreprisekontrakten mellem Bygherren og Entreprenøren og ikke ejendommen som salgsgenstand.

Sagsøgte gør sammenfattende gældende, at sagsøger ikke kan kræve udbetaling under Arbejdsgarantien.

Sagsøgte gør endvidere gældende, at Arbejdsgarantien er ophørt, idet Bygherren ikke på noget tidspunkt har fremsat krav om afhjælpning af mangler over for Entreprenøren, og da der nu er forløbet 5 år fra afleveringstidspunktet, jf. Arbejdsgarantiens punkt II.C (bilag 1).

Sagsøgers fremsættelse af krav over for sagsøgte i april 2010 ændrer ikke herpå, når sagsøger, som beskrevet netop ovenfor, netop ikke er bygherre i henhold til Arbejdsgarantien (bilag 1) og ikke har fået overdraget rettighederne hertil fra Bygherren.

Det skal fremhæves, at synspunktet ikke blot er et formelt synspunkt, men også et reelt synspunkt, idet der meget vel kan foreligge aftaler mellem Bygherren og Entreprenøren, der afgør de eventuelle mangelindsigelser, som Bygherren måtte have haft overfor Entreprenøren.

Såfremt retten mod forventning måtte finde, at sagsøger kan identificeres med Bygherren i henhold til Arbejdsgarantien, og Arbejdsgarantien derfor ikke er ophørt, gøres det gældende, at Arbejdsgarantien er ophørt, subsidiært nedskrevet til kr. 669.630,80, svarende til 2 % af enterprisesummen, som følge af manglende reklamation overfor Entreprenøren i henhold til Arbejdsgarantien.

Sagsøgte gør i den forbindelse gældende, at Entreprenøren (netop) er entreprenør i Arbejdsgarantiens forstand, og at der ikke over for Entreprenøren og heller ikke overfor sagsøgte som garant er fremsat krav om afhjælpning af mangler inden 1 år eller inden 5 år efter afleveringstidspunktet.

Sagsøger henviser til bilag 18-31 som dokumentation for, at sagsøger har foretaget reklamation i henholdt til Arbejdsgarantien. Ingen af de fremlagte bilag indeholder imidlertid en reklamation overfor Entreprenøren. De fremlagte bilag vedrører derimod alle

korrespondance, reklamationer m.v. mellem sagsøger og Bygherren v/ Keops Development A/S.

Det gøres gældende, at reklamation over for Bygherren, som jo er garantibeneficiant, ikke kan erstatte en reklamation overfor Entreprenøren i henhold til Arbejdsgarantien.

Det bestrides i forlængelse heraf, at Bygherren kan identificeres med Entreprenøren i relation til Arbejdsgarantiens bestemmelser om reklamationer over mangler og om garantiens nedskrivning og ophør.

Eftersom der således hverken er reklameret over for Entreprenøren, som er den forpligtede i henhold til entreprisekontrakten, eller over for sagsøgte, som garant, er Arbejdsgarantien 1 år efter afleveringen nedskrevet til et beløb svarende til 2 % af entreprisensummen og derefter ophørt 5 år efter afleveringstidspunktet.

Det følger derudover af almindelige entrepriseretlige regler, at en bygherre skal fremsætte krav overfor entreprenøren (og garanten) indenfor rimelig tid. Dette er heller ikke sket, hvorfor Arbejdsgarantien også af denne grund er bortfaldet.

Sagsøgte gør sammenfattende gældende, at sagsøger ikke uden at have transport i Arbejdsgarantien kan påberåbe sig garantibeneficiantens rettigheder i henhold til Arbejdsgarantien, og at Arbejdsgarantien under alle omstændigheder er ophørt som følge af, at Bygherren ikke har reklameret rettidigt og korrekt over for Entreprenøren, eller over for sagsøgte som garant, hverken indenfor 1 år eller indenfor 5 år efter afleveringstidspunktet.

Rettens begrundelse og afgørelse

Det fremgår af oplysningerne i sagen, at garantien blev stillet den 28. december 2004. Det fremgår af indholdet af garantien, at der er tale om en garanti for 5 års mangelsansvar, og at garantien ifølge dennes punkt II C ophører 5 år efter afleveringstidspunktet. Det fremgår endvidere af sagens oplysninger, at ejendommen, som garantien drejer sig om, blev afleveret i december 2005. Samtidig hermed blev ejendommen overdraget til sagsøger.

Sagsøger anmeldte krav i henhold til garantien overfor sagsøgte den 15. april 2010. Kravet mod sagsøgte er således fremsat mindre end fem år efter ejendommens aflevering. Det fremgår af garantiens punkt II B, at garantien 1 år efter afleveringen nedskrives til 2 procent, jf. ABT § 93, § 6, stk. 3, hvis der ikke er sket anmeldelse inden for et år efter afleveringen. Der er således efter garantien alene krav på betaling af 2 procent.

Sagsøgte har gjort gældende, at garantien kun gælder i forhold til den, som garantien er stillet i forhold til, og ikke automatisk er en del af videreoverdragelsen, når den færdige ejendom overdrages. Dette synspunkt findes at være i strid med karakteren og formålet med en byggegaranti. Det må anses for hovedreglen, at der ved nybyggeri sker overdragelse af ejendommen til en køber ved ejendommens færdiggørelse. Det må derfor – når andet ikke udtrykkeligt fremgår af garantien - lægges til grund, at garantien automatisk kommer til at gælde i forhold til den, der erhverver ejendommen.

Sagsøger er derfor berettiget til betaling af de 2 procent i henhold til garantien, og der vil derfor være at give sagsøger medhold i dennes mest subsidiære påstand.

Henset til sagens resultat skal hver part bære egne sagsomkostninger.

Thi kendes for ret.

Sagsøgte, Astradius, Filiial af Astradius, Credit Insurance N.V., tilpligtes at anerkende, at sagsøger, A/B Dokhuset, er berettiget til at indtræde i og påberåbe sig samtlige rettigheder, herunder retten til at kræve udbetaling relaterende til garanti nr. 245.571, idet garantien dog er nedskrevet til 2 procent.

Ingen af parterne betaler sagsomkostninger til hinanden.

Dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten på Frederiksberg, den 1. marts 2013.

Anonymiseret