

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 17. januar 2014 af Østre Landsrets 4. afdeling
(landsdommerne Michael Dorn, Karen Hald og Sune Dalgaard-Nielsen (kst.)).

4. afd. nr. B-830-13:

Atradius, Filial af Atradius Credit Insurance N.V. Holland
(advokat Niels Wive Kjærgaard)

mod

A/B Dokhuset ved

formand **Vidne 1**

(advokat Klaus Søborg Jørgensen)

Frederiksberg Rets dom af 1. marts 2013 (BS J-600/2012) er anket af Atradius, Filial af Atradius Credit Insurance N.V. Holland (herefter Atradius), med påstand om frifindelse, subsidiært stadfæstelse.

Indstævnte, A/B Dokhuset ved formand **Vidne 1** har for så vidt angår sin påstand 1 for byretten påstået stadfæstelse. Endvidere har A/B Dokhuset for landsretten gentaget sin påstand 2 om, at Atradius tilpligtes at anerkende, at garanti nr. 245.571 udstedt af Atradius den 28. december 2004 ikke er nedskrevet til mindre end 10 %, subsidiært 2 %, af entreprissummen.

Supplerende sagsfremstilling

Den omhandlede garantierklæring er blandt andet sålydende:

”På foranledning af: **RK Entreprise A/S**
...
Indestår vi herved over for **KS Dokhuset c/o Keops Development A/S**
... (bygherren)

som garant for betaling af indtil i alt **kr. 5.022.231,00**
...
som sikkerhed for opfyldelse af alle entreprenørens forpligtelser omfattende udførelse af:
Totalentreprise, Holbæk Havn.
Garantien påvirkes ikke af, at bygherren giver entreprenøren udsættelse med hensyn til opfyldelse af dennes forpligtelser.
Krav omfattet af garantien bortfalder ikke, selv om bygherren efter afleveringen udbetaler entreprisensummen eller dele deraf til entreprenøren.
...
II. Garantens nedskrivning og ophør (frigivelse)
A. Når aflevering har fundet sted, jf. ABT 93 § 28, nedskrives garantien til 10 % af entreprisensummen, jf. ABT 93 § 6, stk. 2.
B. 1 år efter afleveringstidspunktet nedskrives garantien til 2 %, jf. ABT 93 § 6, stk. 3. Dette gælder dog ikke, såfremt bygherren forinden over for entreprenøren skriftligt har fremsat krav om afhjælpning af mangler. I så fald nedskrives garantien, når manglerne er afhjulpet.
C. Garantien ophører 5 år efter afleveringstidspunktet, jf. ABT 93 § 6, stk. 4. Dette gælder dog ikke såfremt bygherren forinden over for entreprenøren skriftligt har fremsat krav om afhjælpning af mangler. I så fald ophører garantien, når manglerne er afhjulpet.”

K/S Dokhuset transporterede den 3. maj 2005 sine rettigheder i henhold til garantien til Sparekassen Sjælland. Sparekassen Sjælland har under ankesagen oplyst, at sparekassens krav i henhold til garantien ophørte ultimo 2006.

Der er under sagen fremlagt referater af møder vedrørende byggeriet afholdt henholdsvis den 10. august 2006, den 16. marts 2007, den 12. april 2007 og den 8. februar 2008 mellem repræsentanter for A/B Dokhuset og Keops Development A/S (herefter Keops) indeholdende mangellister. Der er endvidere fremlagt korrespondance med kommentarer til mødereferaterne og de udarbejdede mangellister. Der er enighed om, at RK Entreprise A/S (herefter RK Entreprise) ikke har deltaget i disse møder og ikke har fået kopi af referaterne.

Den 31. januar 2007 fremsendte **Person 2** fra Keops en e-mail med emnelinjen: ”Revideret 1 årsliste Dokhuset” til **Person 3** fra RK Entreprise, og det fremgik blandt andet af e-mailen, at RK Entreprise skulle rekvirere udbedring af fuger, rykke ”HSB” og

ellers igangsætte arbejdet ved en anden entreprenør samt rykke for dokumentation hos VVS vedrørende ventilindstilling.

Arkitekt **Vidne 2** har for Keops udarbejdet en oversigt over mangler fra 1-årsgennemgang den 17. januar 2008. I oversigten, der er udfærdiget i skemaform, indgår blandt andet en kolonne med kommentarer fra RK Entreprise og en kolonne med kommentarer fra Keops.

I en e-mail af 13. april 2008 til **Vidne 1** oplyste **Vidne 2** fra Keops, at han havde haft et afklarende møde med RK Entreprise om resterende mangeludbedring.

Keops tilbød den 28. maj 2008 A/B Dokhuset en kompensation på 840.000 kr. for forhøjet el-forbrug.

Den 26. juni 2008 fik **Vidne 1** fra Keops oplysning om, at RK Entreprise var i økonomiske vanskeligheder. Dagen efter oplyste **Vidne 2** ham om, at man fra Keops' side var færdig med de mangellister, der var aftalt med RK Entreprise, og at Keops havde mulighed for at trække på RK Entreprises garanti, hvis RK Entreprise "drejede nøglen om", forudsat at forsikring og advokat kom ind over. RK Entreprise gik efter det oplyste i betalingsstandsning den 1. juli 2008. I en e-mail af 30. juli 2008 oplyste **Vidne 2** **Vidne 1** om, at RK Entreprise var blevet erklæret konkurs, og at Keops da havde lavet de mangellister, som skulle afleveres "til garantiholderen samt RK Entreprise".

Vidne 2 meddelte den 17. august 2008 **Vidne 1** at Keops også havde finansielle problemer, og at han var blevet nødt til at standse alle de ting, som var iværksat. Keops blev erklæret konkurs den 16. juni 2009, og A/B Dokhuset anmeldte den 29. juni 2009 krav i konkursboet med i alt 3.475.000 kr. for henholdsvis kompensation vedrørende forhøjet elforbrug, manglende udbedring af fejl og mangler, opdeling af p-kælder, flytning af vand- og el-målere samt aftale om dækning af advokatomkostninger.

Vidne 1 rettede i juni 2009 henvendelse til **Vidne 2** for at få nærmere oplysninger om den garanti, som RK Entreprise havde stillet over for Keops. Via tidligere medarbejdere i Keops blev det bekræftet, at der skulle være en garanti, og A/B Dokhuset blev henvist til at rette henvendelse til kurator herom. Efter først forgæves at have rettet henvendelse til kurator i Keops' konkursbo, advokat Søren Aamann Jensen, og kurator i

RK Entreprises konkursbo, advokat Jørgen Elmer, med forespørgsel til en garanti med relation til A/B Dokhuset, fik A/B Dokhuset i april 2010 via en henvisning til Sparekassen Sjælland oplysninger om, at Atradius havde stillet den omhandlede garanti.

A/B Dokhuset anmodede herefter i brev af 15. april 2010 Atradius om udbetaling af garantien. Som svar anmodede Atradius A/B Dokhuset om dokumentation for transport af garantien fra K/S Dokhuset til A/B Dokhuset. Det er under sagen oplyst, at A/B Dokhuset herefter har forsøgt at få tiltransporteret garantien, og at kuratellet i Keops' konkursbo havde meddelt, at konkursboet var indstillet på at give transport i garantien. Transporten blev imidlertid ikke gennemført af andre årsager.

Atradius var indkaldt til en 5-årsgennemgang af A/B Dokhusets ejendom den 13. december 2010.

A/B Dokhuset har under sagen påpeget, at fem poster, som er anført på en mangelliste udarbejdet af ingeniørfirmaet **Virksomhed 1** i forbindelse med 5-årsgennemgangen, går igen fra de udarbejdede mangellister fra 1-årsgennemgangen og for eksempel figurerer på en oversigt udarbejdet i forbindelse med RK Entreprises konkurs, "Dokhuset stede lejligheder den 14.07.08 efter 1 års gennemgang samt diverse efterfølgende registreringer". De anførte punkter angår (1) problemer med varmt vand og el i Pakhusstræde 6 til højre, (2) brandtætning mellem rum, (3) mangelfuld isolering af gulve over kælder, (4) ingen stopning af vinduer og døre og (5) mangelfuld randisolering ved døre og vinduespartier.

Procedure

Parterne har for landsretten i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

Atradius har herudover anført, at det vil være i strid med konkurslovens lighedingsprincip og i visse tilfælde også imod konkurslovens omstødsregler, hvis A/B Dokhuset kunne gøre krav gældende under garantien uafhængigt af K/S Dokhusets konkursbo. Det er endvidere ikke hensigten, at arbejdsgarantien skal sikre senere erhververe mod en overdragere insolvens. Arbejdsgarantien skal sikre beneficianten mod hovedmandens insolvens, og hovedmanden er entreprenøren. AB 92/ABT 93-garantier er således standarddokumenter inden for entrepriseretten og altså stillet på ens vilkår uanset, om det er et byggeri eller

anlæg, som måske – måske ikke – bliver videreoverdraget. Arbejdsgarantier i henhold til AB 92/ABT 93 stilles således med samme ordlyd, uanset hvilken type byggeri eller anlæg, der er tale om, og uanset om det er private eller offentlige bygherrer. Byrettens præmis om, at det er hovedreglen, at der ved nybyggeri sker overdragelse af ejendommen ved ejendommens færdiggørelse er simpelthen ikke rigtig.

For så vidt angår den fremlagte transporterklæring til Sparekassen Sjælland og Atradius' notering heraf henledes opmærksomheden på, at såvel den generelle mulighed for, at en byggherre kan transportere en arbejdsgaranti til tredjemand, som den konkrete transport netop bekræfter Atradius' anbringende om, at arbejdsgarantien ikke automatisk kommer til at gælde i forhold til den, der senere erhverver ejendommen. Hvis der skulle ske automatisk overdragelse af arbejdsgarantien til en senere erhverver af ejendommen, vil der opstå ganske uoverskuelige prioritetskonflikter, hvis der også er givet regulær transport på bygherrens krav mod entreprenøren og på arbejdsgarantien til tredjemand, for eksempel bygherrens bank.

A/B Dokhuset har herudover anført, at den fremlagte transporterklæring til Sparekassen Sjælland og Atradius' notering heraf ikke har betydning for A/B Dokhusets ret til at indtræde i rettighederne relaterende til garantien, men illustrerer blot og understøtter, at rettighederne i relation til garantien kan transporteres/overføres, uden at Atradius derved lider retstab, hvilket således tillige understøtter, at garantien kan påberåbes uden egentlig transporterklæring. Det er endvidere ikke A/B Dokhusets risiko, at afleveringstidspunktet ikke kan defineres helt præcist, eller at tidspunktet og forløbet omkring 1-årsgennemgangen ikke kan defineres helt præcist. Det kan lægges til grund, at der inden for et år efter afleveringstidspunktet over for entreprenøren blev fremsat krav om afhjælpning af en række mangler, herunder i forhold til stopning af vinduer og døre, træk under vindues-/dørpartier/randisolering, isolering af gulve i stueetage over kælder og elforbrug. Opgørelsen og udbedringen af de ved 1-årsgennemgangen konstaterede mangler var fortsat igangværende i sommeren/efteråret 2008. RK Entreprise var aktivt involveret i afhjælpningen af mangleme og modtog reklamationer i henhold hertil. Udbedringen gik i stå i sommeren/efteråret 2008, og mangleme blev ikke fuldt ud afhjulpet og består i betydeligt omfang fortsat i dag, jf. herved registreringer ved 5-årsgennemgangen i december 2010. Det er hverken i henhold til ABT 93 eller i henhold til garantidokumentet et krav for opretholdelse af garantien, at der reklameres direkte over for garanten (Atradius). A/B Dokhuset har på fornøden vis fastholdt de påberåbte mangler, og A/B Dokhuset skal ikke lide retstab

som følge af, at såvel entreprenøren som sælgeren gik konkurs. A/B Dokhuset havde endvidere ikke viden om, hvem garanten var, og opnåede således først i foråret 2010 grundlag for at påberåbe sig garantien over for Atradius.

Landsrettens begrundelse og resultat

Parterne er enige om, at der ikke er sket transport af den omhandlede garanti til A/B Dokhuset. Uanset karakteren og formålet med en byggegaranti af den omhandlede art finder landsretten ikke grundlag for at antage, at en sådan garanti automatisk er omfattet af en videreoverdragelse af ejendommen, i dette tilfælde fra K/S Dokhuset til A/B Dokhuset. Spørgsmålet er herefter, om A/B Dokhuset på andet grundlag er indtrådt i retten til at gøre garantien gældende mod Atradius.

Som altovervejende udgangspunkt har en aftale kun retsvirkninger for dens parter, medmindre - bortset fra retsbrudstilfælde - ganske særlige forhold giver grundlag for at fravige dette udgangspunkt.

To dommere udtaler (Karen Hald og Sune Dalgaard-Nielsen):

For at fastholde udgangspunktet i denne sag taler, at garantien alene er stillet som sikkerhed for opfyldelse af alle entreprenøren, RK Entreprises, forpligtelser, men ikke for Keops' eller K/S Dokhuset' insolvens. Hvis Keops og K/S Dokhuset ikke var henholdsvis erklæret konkurs og ophørt, kunne A/B Dokhuset således gøre sit mangelkrav gældende mod Keops/K/S Dokhuset som sælger. A/B Dokhuset kunne endvidere have sikret sig transport i den omhandlede garanti, enten i forbindelse med købet af ejendommen eller på et senere tidspunkt. En transport havde således været mulig, selvom A/B Dokhuset indtil 2006 skulle stå tilbage for Sparekassen Sjællands rettigheder i henhold til transport fra K/S Dokhuset.

For at antage, at der foreligger sådanne ganske særlige forhold, at udgangspunktet skal fraviges, taler navnlig, at A/B Dokhuset ikke har mulighed for at rette sit krav i anledning af de ubestridte mangler mod andre end Atradius, efter at både RK Entreprise og Keops/K/S Dokhuset er erklæret konkurs. Endvidere ville Keops/K/S Dokhuset både før og efter konkursen frit kunne have transporteret sine rettigheder i henhold til garantien til A/B Dokhuset, og det beror efter det oplyste på en række andre omstændigheder, at dette ikke er sket. Det er således tilfældigt for Atradius, at det ikke er beneficianten i henhold til

garantien, der har gjort kravet gældende. Atradius ville således opnå en ugrundet berigelse, såfremt A/B Dokhuset i den foreliggende situation ikke kunne indtræde i Keops'/K/S Dokhusets ret til at gøre krav gældende i henhold til garantien.

Efter en samlet afvejning af disse hensyn, og da der ikke er holdepunkter for at antage, at identiteten på beneficieren i henhold til garantien havde nogen betydning for Atradius, finder disse dommere, at der er grundlag for at fravige det anførte udgangspunkt. Med denne begrundelse tiltræder vi, at A/B Dokhusets påstand 1 er taget til følge.

For så vidt angår A/B Dokhusets påstand 2 finder vi det efter indholdet af den e-mail, der blev sendt til RK Entreprise den 31. januar 2007, og som ikke ses fulgt op af efterfølgende skriftlige henvendelser til RK Entreprise, sammenholdt med de senere påberåbte og langt mere omfattende mangler, ikke godtgjort, at bygherren forinden 1 år efter afleveringstidspunktet skriftligt har fremsat krav om afhjælpning af de nu påberåbte mangler over for entreprenøren som foreskrevet i garantiens punkt II B. Herefter tiltræder vi, at garantien er nedskrevet til 2 %.

En dommer udtaler (Michael Dorn):

Efter sit indhold er den omhandlede garantierklæring alene afgivet over for K/S Dokhuset c/o Keops Development A/S. Der er hverken efter kautionsretlige regler eller principper om indtrædelsesret grundlag for at anse garantien som afgivet til fordel for eller som overdraget til A/B Dokhuset. Denne dommer stemmer derfor for at tage Atradius' påstand om frifindelse til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Atradius skal herefter, jf. retsplejelovens § 313, stk. 1, betale delvise sagsomkostninger for landsretten til A/B Dokhuset med i alt 62.500 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokatbi-stand inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet er der taget hensyn til sagens værdi, forløb og udfald.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal appellanten, Atradius, Filial af Atradius Credit Insurance N.V. Holland, betale 62.500 kr. til indstævnte, A/B Dokhuset ved formand **Vidne 1**

Det idømte betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den