

DOM

afsagt den 22. september 2014 af Vestre Landsrets 6. afdeling (dommerne Hanne Kildal, Hanne Aagaard og Lone Kudahl (kst.)) i ankesag

V.L. B-3301-12

EG Entreprenørforretning A/S
(advokat Tim Haarbo, Horsens)

mod

Part A A/S

(advokat Karsten Cronwald, Viborg)

Retten i Kolding har den 20. december 2012 afsagt dom i 1. instans (rettens nr. BS 5-1245/2011). Forud for afsigelsen af dommen afsagde byretten den 28. oktober 2011 i medfør af retsplejelovens § 253 kendelse om, at Part A A/S' påstand om afvisning ikke blev taget til følge. Kendelsen blev af Part A A/S kæret til Vestre Landsret, der ikke meddelte tilladelse til, at kendelsen blev indbragt særskilt for landsretten. Kæremålet blev derfor afvist.

Påstande

For landsretten har appellanten, EG Entreprenørforretning A/S, gentaget sin betalingspåstand for byretten.

Indstævnte, Part A A/S (herefter Part A A/S), har gentaget sin principale påstand for byretten om afvisning og har subsidiært påstået dommen stadfæstet.

EG Entreprenørforretning A/S har over for afvisningspåstanden principalt nedlagt påstand om, at landsretten skal nægte afvisningspåstanden fremsat under anken, og har subsidiært gentaget sin påstand for byretten om frifindelse over for afvisningspåstanden.

Forklaringer

Vidne 2 har afgivet supplerende forklaring for landsretten. Der er endvidere afgivet forklaring af **Vidne 3 (Tidl. Person 1)**.

Projekt 1 (Proj. 1)

Virksomhed 1 A/S (Virk. 1 A/S)

Vidne 3 har forklaret, at han er direktør i og medejer af EG Entreprenørforretning A/S. Selskabet blev stiftet for at færdiggøre de eksisterende projekter, der var i Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS, som gik konkurs, og hvor han og

Vidne 1 begge havde "penge i klemme". Han var indtrådt i Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS pr. 1. januar 2007. Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS havde tidligere udført opgaver for **Part A A/S**, og i april 2007 indledte de dialog med **Person 3** fra **Part A A/S** om projektet "**Proj. 1**". De fik hurtigt oplyst – vistnok af **Person 3** – at **Virk. 1 A/S** var "en tom skal" med en gæld på ca. 80 mio. kr. De aftalte derfor med **Person 3**, at der skulle faktureres direkte til **Part A A/S**. Dette blev aftalt allerede i 2007, og der skete løbende betaling af fakturaerne, indtil der i slutningen af 2008 begyndte at blive problemer med betalingerne, og i 2009 stoppede betalingerne helt. Den aftale, som blev indgået med **Part A A/S**, var identisk med den aftale, der oprindeligt var indgået med **Virk. 1 A/S**. De drøftede ikke specifikt, om AB 92 skulle være gældende i forholdet mellem Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS og **Part A A/S**. Der blev ikke lavet nogen skriftlig kontrakt med **Part A A/S**. Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS modtog ikke indsigelser fra **Part A A/S** i forhold til fakturaerne. I slutningen af 2008 begyndte der at være uro på byggepladsen, og **Virk. 2 A/S** indtrådte i projektet som ejer. I den forbindelse var der forhandlinger mellem **Virk. 1 A/S** og de forskellige entreprenører om mulige besparelser. I foråret 2009 skrev han til **Part A A/S**, at Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS ville standse arbejdet på projektet, hvis selskabet ikke fik betaling. I forsommeren 2009 deltog han i et møde i Viborg med **Person 5** og **Vidne 2**. De drøftede mulige rabatter, men de nåede ikke til enighed, og der blev således ikke aftalt en ordning med 20 % rabat. Han mener, at Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS udførte det sidste arbejde på projektet i maj 2009. Han ved ikke, hvorfor han stilede sit brev af 9. juni 2009 til **Virk. 1 A/S** i stedet for til **Part A A/S**. For ham var det "et fedt", om man skrev til

Virksomhed 2 A/S (Virk. 2 A/S)

Part A A/S eller **Virk. 1 A/S**. Da han den 23. september 2009 modtog opgørelsen fra **Vidne 2**, påførte han sine kommentarer i hånden og sendte dem til **Vidne 2**. Hans håndskrevne kommentarer er udtryk for, at han på det tidspunkt ville acceptere 20 % rabat på de fakturaer, der er sat flueben ved på oversigten. Det var dog en forudsætning for rabatten, at der skete betaling af beløbet på 403.190,86 kr., og at Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS kunne foretage varekøb hos koncernforbundne selskaber for beløbet på 200.982,99 kr. Han havde ikke før dette tidspunkt accepteret en rabat på 20 %. Når han på oversigten har anført, at "Der var aftalt 20 %" er det udtryk for, at han og **Vidne 2** umiddelbart forinden havde aftalt det telefonisk. Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS modtog ikke betaling af beløbet på 403.190,86 kr. Frem til Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS blev erklæret konkurs, foretog selskabet indkøb i de koncernforbundne selskaber, 2tal Entreprenørkørsel og **Virk. 3 A/S**. Forud for hans mail af 1. februar 2010 til **Vidne 2** var han blevet ringet op fra kontoret hos **Virk. 2 A/S**, som rykkede for betaling af nogle regninger til 2tal Entreprenørkørsel og **Virk. 3 A/S**. Han ringede derfor til **Vidne 2**, og de aftalte, at der kunne ske modregning af beløbene på ca. 78.000 kr. og 134.000 kr. under forudsætning af, at Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS fik betaling af 100.000 kr. plus 70.000 kr. i renter. Acontoindbetalingen på 500.000 kr. skete, for at Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS kunne betale sin gæld til de koncernforbundne selskaber. Han husker ikke, om han havde holdt møde med **Vidne 2** forud for den 2. marts 2009, og om det var før eller efter, at der var sket betaling af 80 % af fakturaerne 3319, 3322 og 3338.

Vidne 2 har supplerende forklaret, at alle entreprenørerne, der var involveret i projektet, i begyndelsen af 2009 blev indkaldt til møde, og der blev forhandlet rabataftaler på plads inden den 1. marts 2009. Der var i den forbindelse også drøftelser med **Vidne 3** fra Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS, og det blev aftalt, at der skulle gives 20 % rabat på alle åbentstående og fremtidige fakturaer. **Vidne 3** kan ikke have været i tvivl om aftalen. Fra den 2. marts 2009 skete der da også kun betaling af 80 %, og indtil arbejdet blev stoppet i juni 2009, horte han ingen indvendinger fra **Vidne 3** om størrelsen af betalingerne. Første gang, at **Vidne 3** nævnte, at Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS ikke kunne acceptere en ordning med 20 % rabat, var i brevet af 9. juni 2009. **Virk. 2 A/S** ejede på daværende tidspunkt 50 % af aktierne i **Virk. 3 A/S**, hvorimod 2tal Entreprenørkørsel ikke var koncernforbundet med **Virk. 2 A/S**. 2tal Entreprenørkørsel er en selvstændig vognmandsvirksomhed, som drives af **Person 5's** tidligere svigersøn. Det er

Virk. 2 A/S, der står for bogholderiet i **Virk. 3 A/S**, 2tal Entreprenørkørsel anvender samme bogføringssystem, og det er ham, der har udskrevet de fremlagte debitor-kontokort. Han ved ikke, om Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS havde handlet med **Virk. 3 A/S** og 2tal Entreprenørkørsel før den 31. maj 2009. Han kan ikke svare på, hvorfor kun tre af de omtvistede fakturaer er betalt med 80 %. Der var drøftelser om fakturaerne mellem **Person 5** og **Vidne 3**, og **Person 5** mente, at **Vidne 3** havde overfaktureret.

Procedure

EG Entreprenørforretning A/S har til støtte for sin påstand om, at afvisningspåstanden skal nægtes fremsat, anført, at EG Entreprenørforretning A/S har haft en berettiget forventning om, at synspunktet om, at sagen skal afgøres ved voldgift, ikke ville blive gjort gældende for landsretten. EG Entreprenørforretning A/S har i den forbindelse bl.a. henvist til, at **Part A A/S** i forbindelse med udfærdigelsen af ekstrakten ikke har anmodet om, at byrettens kendelse af 28. oktober 2011 skulle medtages i ekstrakten.

Part A A/S har heroverfor anført, at påstanden om afvisning er fremsat i ankesvarskriftet, og at EG Entreprenørforretning A/S ikke kan have fået en berettiget forventning om, at synspunktet om voldgift var frafaldet. Det er i den forbindelse uden betydning, at **Part A A/S** ved en fejl ikke har været opmærksom på, at byrettens kendelse af 28. oktober 2011 ikke var medtaget i ekstrakten. Det bemærkes i den forbindelse, at **Part A A/S'** kæreskrift af 11. november 2011 vedrørende afvisningspåstanden er medtaget i ekstrakten.

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

EG Entreprenørforretning A/S har vedrørende afvisningspåstanden yderligere anført, at sagen er en inkassosag, hvorfor den falder uden for Voldgiftsrettens kompetence, jf. AB 92 § 47.

Part A A/S har heroverfor anført, at der er tale om en tvist, der hører under Voldgiftsrettens kompetence.

Landsrettens begrundelse og resultat

Part A A/S har i sit ankesvarskrift nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært frifindelse. Det er ikke angivet i ankesvarskriftet, hvilke anbringender **Part A A/S** ønsker at gøre gældende for landsretten, herunder hvilke synspunkter afvisningspåstanden støttes på. For byretten var påstanden om afvisning fremsat under henvisning til, at sagen skal afgøres ved voldgift, og EG Entreprenørforretning A/S findes hverken efter indholdet af ankesvarskriftet eller efter sagens øvrige oplysninger – herunder om det iværksatte kæremål vedrørende afvisningspåstanden – at have fået en berettiget forventning om, at **Part A A/S'** synspunkt om, at sagen skal afgøres ved voldgift, ikke ville blive gjort gældende under ankesagen. Det forhold, at byrettens kendelse af 28. oktober 2011 ikke var medtaget i ekstrakten, kan ikke føre til et andet resultat. EG Entreprenørforretning A/S' påstand om, at afvisningspåstanden skal nægtes fremsat tages derfor ikke til følge.

Ved afgørelsen af om sagen skal afgøres ved voldgift – og dermed afvises fra de almindelige domstole – skal der i første række tages stilling til, om der er indgået en aftale mellem parterne om voldgiftsbehandling. Det følger af acceptbrevet af 3. september 2007 mellem de oprindelige parter i entrepriseaftalen (Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS og **Virk. 1 A/S**), at AB 92 – med nogle nærmere angivne præciseringer, til- og fraskrivelse – er gældende for entreprisen. Det lægges i den forbindelse til grund, at AB 92 § 47 om voldgiftsbehandling var gældende mellem de oprindelige parter.

Af de grunde, som byretten har anført i dommen, tiltrædes det også efter bevisførelsen for landsretten, at **Part A A/S** har accepteret at være betalingsdebitor på den pågældende entreprise. Ved debitorskiftet er **Part A A/S** indtrådt i **Virk. 1 A/S'** retsstilling, og der er efter bevisførelsen, herunder **Vidne 3's** forklaring for landsretten, ikke grundlag for at fastslå, at aftalevilkåret om AB 92, herunder § 47 om voldgiftsbehandling, ikke skulle være gældende efter debitorskiftet. EG Entreprenørforretning A/S er efter at have købt fordringen mod **Part A A/S** i marts 2010 fra Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS under konkurs på tilsvarende måde indtrådt i Ejstrup-Gludsted Entreprenørforretning ApS' retsstilling i forhold til **Part A A/S**, herunder aftalevilkåret om AB 92.

På denne baggrund, og da brevet af 23. september 2010 fra **Part A A/S'** daværende

advokat ikke kan anses for en accept af en procesaftale om, at sagen kan behandles ved de almindelige domstole, og da sagen efter sin karakter hører under Voldgiftsrettens kompetence, tager landsretten **Part A A/S'** principale påstand om afvisning til følge.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal EG Entreprenørforretning A/S betale sagsomkostninger for begge retter til **Part A A/S** med i alt 70.000 kr. til udgifter til advokatbistand.

Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens omfang.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Sagen mellem EG Entreprenørforretning A/S og **Part A A/S** afvises.

EG Entreprenørforretning A/S skal betale sagens omkostninger for begge retter til **Part A A/S** med 70.000 kr.

Det idømte sagsomkostningsbeløb, der forrentes efter rentelovens § 8 a, skal betales inden 14 dage.

Hanne Kildal

Hanne Aagaard

Lone Kudahl
(kst.)