



HØJESTERETS KENDELSE

afsagt fredag den 11. januar 2019

Sag BS-23892/2018-HJR

ARES Aulum A/S
(advokat Kristian Dalsgaard)

mod

A og B
(advokat Hanne Bruun Jacobsen)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten i Sønderborg den 8. december 2017 og af Vestre Landsrets 5. afdeling den 9. februar 2018.

Dommerne, Lene Pagter Kristensen, Lars Hjortnæs og Lars Apostoli, har deltaget i denne afgørelse.

Påstande

Kærende, ARES Aulum A/S, har principalt nedlagt påstand om, at indkærede, A og B, tilpligtes at betale et efter Højesterets skøn nærmere fastsat omkostningsbeløb til ARES Aulum A/S, ligesom de skal afholde samtlige de af parterne afholdte udgifter til syn og skøn på 40.500 kr., hvoraf 13.000 kr. dækker ARES Aulum A/S' betaling af honorar til skønsmanden, og 400 kr. dækker retsafgiften.

ARES Aulum A/S har subsidiært nedlagt påstand om, at hver part bærer egne omkostninger til advokatbistand i skønssagen, og de af parterne afholdte omkostninger til syn og skøn på i alt 40.500 kr. samt 400 kr. til dækning af retsafgift udredes endeligt af indkærede.

ARES Aulum A/S har mere subsidiært nedlagt påstand om, at hver part bærer egne omkostninger til advokatbistand i skønssagen, og at hver part bærer allerede afholdte omkostninger til skønsmanden, ligesom indkærede udreder gebyr, som er afholdt af indkærede.

Indkærede, A og B, har principalt nedlagt påstand om stadfæstelse af Vestre Landsrets kendelse af 9. februar 2018, subsidiært frifindelse, mere subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Sagsfremstilling

A og B erhvervede i 2009 ejendommen ... , X-by, som var opført af Kuben Byg A/S som bygherre og Jakobsen & Blindkilde A/S (nu ARES Aulum A/S) som hovedentreprenør.

I forbindelse med udskiftningen af gulvet i entréen konstaterede A og B, at der var vandindtrængning under gulvet ved fordøren, at kantbjælken under døren var rådnet væk, og at der var problemer med gulvvarmeslangernes placering.

A og B anmodede på den baggrund Retten i Sønderborg om tilladelse i medfør af retsplejelovens § 343 til isoleret bevisoptagelse i form af syn og skøn.

Ved kendelse af 21. september 2016 tog Retten i Sønderborg anmodningen om isoleret bevisoptagelse til følge.

Af skønserklæringen af 27. marts 2017 fremgår bl.a.:

"Svar på spørgsmål 3:

ad vandindtrængen og årsag

Ja – de stikprøvevis foretagne destruktive undersøgelser viste tegn på fugtphobning/vandindtrængen

...

Årsagen er efter skønsmandens opfattelse, at de monterede lysninger af træ ikke yder tilstrækkelig beskyttelse bl.a. som følge af, at træ ikke er et "fugtstabilt materiale" der, med den udsatte beliggenhed, "arbejder" meget som følge af ydre påvirkninger fra "vind og vejr".

ad udbedring og de skønnede udgifter hertil

Inddækninger af træ omkring døre og vinduer udskiftes til mere vejstabile zink- eller aluprofiler...

Udgifterne hertil skønnes at beløbe sig til ca. kroner 48.800,- incl. moms

...

Svar på spørgsmål 4:

Ved skønsforretningen blev oplyst, at der med "gulvvarmen" menes de i gulvkonstruktionen skjulte forsyningsrør til radiatorer på "niveau 1".

ad placering

Ja – de stikprøvevis foretagne destruktive undersøgelser viste, at varmerørerne er placeret på den "kolde side" af isoleringen ovenpå det mod det fri vendende uisolerede betondæk.

...

Nej – dette opfatter skønsmanden ikke som værende fagmæssigt korrekt uanset om der lukkes for varmen eller ej.

Er ej heller i overensstemmelse med bl.a. BR 2008 kap. 7.1

ad udbedring og de skønnede udgifter hertil

Udgifterne hertil skønnes at beløbe sig til ca. kroner 55.000,- incl. moms

...

Svar på spørgsmål 5:

Nej – primært grundet den udsatte beliggenhed, hvilket også fremgår af BygErfa blad (21) 050928 samt BR 2008 kap. 4.6

ad udbedring og de skønnede udgifter hertil

Udgifterne hertil skønnes at beløbe sig til ca. kroner 426.000,- incl. moms

omfattende følgende forslag til udbedring:

- nedtagning eksist. træ-facadebeklædning m.v. lægges i depot for genopsætning
- uden på eksist. vindgipsplader monteres ny vindspærre som 4,5 mm Cembrit Windstopper Light jf. forslaget bilag 6.
- genopsætning nye trykimpr. 25 mm afstandslister
- nye fuger omkring døre og vinduer
- nye alulysninger/-sålbænke/-inddækninger ved døre og vinduer m.v. jf. principskitser bilag 2-3 og 5 idet det indskærpes, at sålbænk skal have "et godt fald" helt inde fra forkant vindueskarm jf. bilag 5.
- genmontering nedtaget træ-facadebeklædning, dog forventes at en del af den eksist. facadebeklædning svarende til sydfacaden er beskadiget og må kasseres. Der må således forventes at skulle leveres/monteres ny beklædning svarende til et areal på sydfacaden.

- Ny facadebeklædning malerbehandles 3 gange – øvrige facadebeklædninger 1 gang.

...”

Skønsmandens honorar for udarbejdelsen af skønserklæringen blev opgjort til 27.500 kr.

Den 23. juni 2017 traf Retten i Sønderborg bestemmelse om, at bemyndige Jakobsen & Blindkilde A/S' advokat til at fremsende supplerende spørgetema med bilag til skønsmanden, og sagen blev herefter udsat på en supplerende skønserklæring.

Af den supplerende skønserklæring af 20. august 2017 fremgår bl.a. følgende:

”Svar på spørgsmål SS IB:

Den på tegningen viste detalje er ikke helt retvisende i forhold til de faktiske forhold idet inddækningen rent faktisk ”dækker bedre” end hvad man umiddelbart kan få indtryk af på tegningen.

Det er endvidere skønsmandens opfattelse at

- selvom inddækningen var ført længere ned ad gavlen ville vindtrykket i visse tilfælde fortsat kunne presse vand op bagved inddækningen til ventilationsspalten.
- inddækningens primære funktion er at regnvandet fra den/de overliggende bygningsdele bliver ”ledt bort” fra den underliggende facade.

Evt. problem med vandindtrængning i ventilationsspalten skal løses på anden vis eksempelvis ved, at den bagvedliggende konstruktion (hulrum og vindgips) skal kunne ”tåle” der kommer vand ind i begrænset mængde.

Det er således herefter skønsmandens opfattelse, at der ikke er nogen umiddelbar årsagssammenhæng mellem den på tegning 1.800.19 viste inddækning og de aktuelle fugtproblemer.

Skønsmanden fastholder herefter sit tidligere svar på spørgsmål 3.

...

Svar på spørgsmål SS ID:

Ja – vægkonstruktionen er i princippet opbygget som en ”åben vægkonstruktion” jf. BygErfa blad 05 09 28. At facadebeklædningen er udført som en ”tæt konstruktion/beklædning” bestående af facadebrædder med fer og not (regnskærmen) er således ikke ensbetydende med, at konstruktionen skal betragtes som ”en lukket konstruktion”.

At facaden er udført som "en tæt facadebeklædning" giver således ingen anledning til ændring i besvarelsen [af] sp. 5 i skønsrapport af 21.04.2017

...

Svar på spørgsmål SS IF:

ad omfanget af "skader på nord- og østfacaderne"

Nej – skønsmanden har ikke ved skønsforretningen den 27. marts 2017 eller efterfølgende fysisk nærmere undersøgt hvorvidt der var skader på nord- og østfacaderne.

ad omfanget af "skader på vest- og sydfacaderne"

Nej – skønsmanden har ikke efterfølgende foretaget yderligere supplerende undersøgelser udover hvad der fremgår af skønsrapporten dateret 21. april 2017.

ad "ændre besvarelsen af spørgsmål 5"

Nej – skønsmanden vil dog for god ordens skyld medgive, at svaret bygger på en "udokumenteret formodning" som burde have været underbygget af flere stikprøver i såvel øst-, vest- og nordfacaden. Der gøres opmærksom på, at en stikprøvevis undersøgelse i "ensartede skjulte konstruktioner" altid vil være behæftet med en usikkerhed der kun kan afklares ved en fuldstændig frilægning af hele konstruktionen, så længe den egentlige skadesårsag ikke er entydigt fastslået.

ad "hvorvidt en partiel udskiftning/udbedring kan være tilstrækkelig"

Nej – en partiel udskiftning/forbedring er efter skønsmandens opfattelse ikke tilstrækkelig såfremt sagen drejer sig om hvorvidt de anvendte gipsplader ikke har været velegnede til formålet.

Ja – en partiel udskiftning/udbedring er en mulig løsning såfremt "det kun" drejer sig om at afhjælpe konstaterede skader opstået som følge af en entydig fastslået skadesårsag.

Udgifterne til en udbedring af de ved skønsforretning 1 og 2 aktuelt konstaterede (lokale) fugtskader skønnes at beløbe sig til ca. kroner 42.300,- incl. moms.

...

Svar på spørgsmål SS II:

ad "en frostfri rørføring, såfremt der lukkes for energitilførslen"

Nej

ad "om sikring af frostfrie vandinstallationer forudsætter en energitilførsel"

Ja"

Skønsmanden anførte i sit fremsendelsesbrev af 20. august 2017, hvorved han fremsendte den supplerende skønserklæring, bl.a., at der ikke forekom fugtskadedt vindgips i de høje facadepartier uden dør- og vinduespartier, selv om ventileringen mellem facadebeklædningen og vindgipspladen var væsentligt ringere der end i de facadepartier, hvor dør- og vinduespartierne forekom. Han foreslog derfor, at fokus skulle flyttes fra, om vindgipspladen var af den ene eller anden type, og om det i stedet var den åbne ventilationsspalte under glasafskærmningen og sålbænkene, som var problemet.

Skønsmandens honorar for udarbejdelsen af den supplerende skønserklæring blev opgjort til 13.000 kr.

Ved kendelse af 8. december 2017 bestemte Retten i Sønderborg, at skønsindstævnte, Jakobsen & Blindkilde A/S, skulle betale 47.900 kr. i sagsomkostninger til skønsrekvirenterne, A og B. Af rettens begrundelse fremgår følgende:

"Efter en gennemgang af skønsrapport og supplerende skønsrapport er det rettens vurdering, at skønsrekvirenten har sandsynliggjort, at der er mangler ved monteringen af døre, vinduer, gulvvandsslanger samt delvist mangler ved opbygningen af ydervæggene på ejendommen ..., X-by. Skønsrekvirenten har den 4. oktober 2017 på baggrund af skønserklæringen anlagt sag mod skønsrekvirenten med påstand om betaling af 529.800 kr. Retten finder herefter og efter indholdet af skønserklæringen ikke, at det umiddelbart kan udelukkes, at skønsrekvirenten har et retligt grundlag for et krav imod skønsindstævnte, og retten finder herefter grundlag for at pålægge skønsindstævnte at betale sagsomkostninger til skønsrekvirenten jf. retsplejelovens § 343, stk. 3.

Der har været afholdt et telefonmøde, og der har været afholdt én skønsforretning under deltagelse af parternes advokater. Efter en samlet vurdering af omfanget af bevisoptagelsen samt de hermed forbundne processkrifter finder retten, at skønsindstævnte skal betale 47.900 kr. i sagsomkostninger til skønsrekvirenten. Beløbet er fastsat således, at 27.500 kr. dækker skønsrekvirentens betaling af honorar til skønsmanden, 400 kr. dækker retsafgiften og 20.000 kr. dækker udgiften til advokatbistand."

Jakobsen & Blindkilde A/S kærede Retten i Sønderborgs kendelse af 8. december 2017 til Vestre Landsret, som den 9. februar 2018 stadfæstede byrettens afgørelse med følgende begrundelse:

”Efter indholdet af skønserklæringerne tiltrædes det, at det er sandsynliggjort, at der er mangler ved det udførte arbejde på ejendommen, og at det ikke kan udelukkes, at A og B som følge heraf kan gøre et krav gældende mod Jakobsen & Blindkilde A/S, Entreprenørfirma. Det tiltrædes herefter, at der er grundlag for at pålægge Jakobsen & Blindkilde A/S, Entreprenørfirma, at betale sagsomkostninger til A og B, jf. retsplejelovens § 343, stk. 3. Det, som Jakobsen & Blindkilde A/S, Entreprenørfirma, har anført for landsretten, kan ikke føre til et andet resultat.

Efter forløbet og omfanget af den isolerede bevisoptagelse tiltrædes det, at Jakobsen & Blindkilde A/S, Entreprenørfirma, er pålagt at betale sagsomkostninger til A og B med i alt 47.900 kr. som sket.”

Procesbevillingsnævnet har ved brev af 21. juni 2018 meddelt Jakobsen & Blindkilde A/S tilladelse til at kære Vestre Landsrets kendelse af 9. februar 2018 til Højesteret.

Parternes synspunkter

ARES Aulum A/S har til støtte for den principale påstand anført navnlig, at syn og skøn er begæret afholdt af indkærede for at søge afklaret, hvem der i givet fald kan være ansvarlig for påberåbte fejl og mangler ved ejendommen ..., X-by. De fejl, som er konstateret ved afholdelsen af syn og skøn, er ikke udført af kærende. Det afholdte syn og skøn har derfor ikke været nødvendigt i forhold til kærende. Indkærede har valgt ikke at inddrage de udførende underentreprenører eller rådgivere på byggeriet i skønssagen, selv om dette ville være naturligt. Hverken Retten i Sønderborg eller Vestre Landsret har forholdt sig til, hvorvidt der materielt er et retligt grundlag for at kunne rette kravet mod kærende. De konstaterede skader må tilskrives arbejder, som udelukkende er udført af kærendes underentreprenører, og der kan derfor ikke rettes et krav mod kærende.

Hvis indkærede indtræder i bygherrens rettigheder, må kravet mod kærende anses for forældet, idet der efter AB 92 § 36 gælder en absolut reklamationsfrist på 5 år efter aflevering.

Det indfører en omvendt bevisbyrde-regel, når sagsomkostninger pålægges en skønsindstævnt ud fra vurderingen, at det ikke (umiddelbart) kan udelukkes, at der er fejl og mangler, hvilket ikke bør ske ved fastsættelse af omkostninger efter retsplejelovens § 343, stk. 3, og i hvert fald ikke, når krav alene støttes på springende regres. Fastsættelse af omkostninger til en part efter retsplejelovens § 343, stk. 3, bør ikke fastsættes efter, hvad en part vælger at udtage stævning for, og som ikke finder støtte i den endelige skønserklæring.

Retten i Sønderborg har ved kendelse af 21. september 2016 om, at anmodningen om isoleret bevisoptagelse skulle tages til følge, ikke samtidig taget stilling til spørgsmålene om forældelse, springende regres og rette sagsøger.

Kærende må anses for at have fået medhold eller mest medhold ved det afholdte syn og skøn, idet udgifterne til udbedring af de påberåbte mangler efter den supplerende skønsrapport er meget lavere end anført i den oprindelige skønsrapport, og indkærede bør derfor tilpligtes at betale sagsomkostninger til kærende. Der er ikke belæg for at statuere, at indkærede har fået medhold ved det afholdte syn og skøn. Hverken Retten i Sønderborg eller Vestre Landsret har særskilt taget hensyn til, at skønsmanden i den supplerende skønserklæring meget væsentligt modificerede det, han havde anført i sin oprindelige skønserklæring. I den oprindelige skønserklæring fremgik det af besvarelsen af spørgsmål 5, at de skønnede udgifter til udbedring var 426.000 kr. inkl. moms, men i den supplerende skønserklæring fremgik det af besvarelsen af spørgsmål SS IF, at disse i stedet skønnedes at være ca. 42.300 kr. inkl. moms. Den supplerende skønserklæring ændrede dermed på vurderingen af omfanget af de begåede faglige fejl og de anslåede udbedringsomkostninger.

ARES Aulum A/S har til støtte for den subsidiaire påstand anført navnlig, at indkærede bør pålægges at betale kærendes omkostninger til indhentelse af den supplerende skønsrapport, eftersom indhentelsen af denne har været et nødvendigt og adækvat skridt i sagen, og at den afholdte omkostning hertil har bevirket, at omfanget af de påberåbte mangler er blevet bedre belyst, samt at udbedringsomkostningerne er anslået væsentligt lavere end oprindeligt, hvorfor det er rimeligt, at denne udgift udredes af de indkærede.

ARES Aulum A/S har til støtte for den mere subsidiaire påstand anført navnlig, at det forhold, at der var anlagt retssag, i sig selv bør medføre, at kærende ikke pålægges sagsomkostninger ved skønssagen, idet der under retssagen sker en nærmere prøvelse af indkæredes krav. Dette vil sikre, at der træffes en bedre og mere korrekt omkostningsafgørelse. Retten burde have truffet bestemmelse om, at der foreløbigt ikke tilkendes sagsomkostninger.

A og B har til støtte for påstandene anført navnlig, at baggrunden for afholdelse af isoleret bevisoptagelse var at få klarlagt, hvorvidt der var begået fagmæssige fejl ved byggeriet, hvilket blev bekræftet ved det gennemførte syn og skøn, og indkærede skal derfor anses for at være den part, som har fået medhold. Det afgørende for spørgsmålet om sagsomkostninger er, hvilken part der har fået medhold i forhold til resultatet af bevisførelsen. Afgørelsen træffes i overensstemmelse med, hvad der almindeligvis gælder ved fordeling af sagsomkostninger. Formålet med at vurdere dette spørgsmål kan ikke varetages ved afgø-

relsen af den efterfølgende retssag, men alene ved en særskilt omkostningsafgørelse. Spørgsmålet om sagsomkostningerne vil i tilfælde af, at kærende vinder hovedsagen, kunne medtages under omkostningsspørgsmålet i hovedsagen, jf. U 2018.611 V. Det var nødvendigt at afholde syn og skøn, da kærende bestred, at der var begået fagmæssige fejl. Den supplerende skønserklæring ændrede ikke på omfanget af de begåede faglige fejl eller udbedringsomkostningerne. Vurderingen af, om indkærede har et krav mod kærende, og i givet fald størrelsen heraf, skal vurderes under hovedsagen og ikke i forbindelse med en omkostningsafgørelse, hvor der ikke har været relevant bevisførelse.

I forbindelse med en omkostningsafgørelse efter retsplejelovens § 343, stk. 3, er det ikke relevant at vurdere, om sagen i stedet skulle have været ført mod underentreprenører, eller om der er indtrådt forældelse mv. Det er heller ikke relevant at vurdere, om de konstaterede fejl udgør retlige mangler eller ej. Der skal derfor ikke ske en egentlig prøvelse af det retlige grundlag, men derimod en prøvelse af, om det umiddelbart kan udelukkes, at der er et retligt grundlag. Såfremt der i omkostningsafgørelsen foretages en sådan vurdering, vil det være i strid med princippet om retskraft, da Retten i Sønderborg allerede ved kendelse af 21. september 2016 foretog den vurdering, at det ikke kunne udelukkes, at der var grundlag for at rejse krav mod kærende. Hvis kærende var uenig i denne vurdering, burde kærende have kæret denne kendelse, men det har kærende ikke gjort.

Retten kan efter retsplejelovens § 343, stk. 3, ikke undlade at træffe afgørelse om omkostningerne ved en isoleret bevisoptagelse, når en efterfølgende retssag er anlagt, medmindre parterne har aftalt dette. Den afholdte isolerede bevisoptagelse har alene vedrørt sagens fakta, som ikke har ændret sig i forhold til, hvem et krav vil kunne rettes mod.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår for Højesteret spørgsmålet om fordeling af omkostninger i anledning af syn og skøn afholdt efter anmodning fra A og B, som efter det oplyste har anlagt sag mod ARES Aulum A/S på grundlag af skønserklæringerne.

Efter retsplejelovens § 343, stk. 3, træffer retten bestemmelse om betaling af omkostningerne ved bevisoptagelsen, medmindre parterne har aftalt andet.

Det må lægges til grund, at formålet med den isolerede bevisoptagelse var at få belyst, om der var begået fagfejl ved det omhandlede byggeri.

Af de grunde, som landsretten har anført, tiltræder Højesteret, at resultatet af det gennemførte syn og skøn må anses for at støtte A og Bs synspunkter om mangler ved det udførte arbejde på ejendommen. Herefter, og da det ikke kan udelukkes, at A og B som følge heraf kan gøre krav gældende mod ARES

Aulum A/S, tiltræder Højesteret, at ARES Aulum A/S skal betale omkostningerne ved bevisoptagelsen.

De indsigelser, som ARES Aulum A/S har gjort gældende om, at A og B ikke har et retligt grundlag for at gøre ansvar gældende over for ARES Aulum A/S, kan ikke føre til, at fordelingen af omkostningerne ved bevisoptagelse i stedet skal fastsættes i forbindelse med den anlagte retssag.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens kendelse.

THI BESTEMMES:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal ARES Aulum A/S betale 5.000 kr. til A og B. Det idømte beløb skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.