

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 23. oktober 2017 af Østre Landsrets 20. afdeling
(landsdommerne Tine Vuust, Henrik Bitsch og Mohammad Ahsan (kst.)).

20. afd. nr. B-2383-16:

Jyske Bank A/S

(advokat Thomas Krukov Jensen)

mod

Hoffmann A/S

(advokat Marc Walther Hansen, prøve)

Københavns Byrets dom af 28. september 2016 (BS 31C-218/2016) er anket af Jyske Bank

A/S med endelig påstand om frifindelse.

Indstævnte, Hoffmann A/S, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Det fremgår af protokollen fra stedeforretningen den 28. oktober 2013, at der var en række problemer med belægningen, og at nogle gangbroer lå i en lavere kote end projekteret, ligesom der var uenighed om valg af kunststofgræs til en boldbane og om ansvaret for forskellige mangler. Skønsmanden, landskabsarkitekt John Norrie, der var udmeldt af Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed, vurderede efterfølgende, at Hoffmann A/S havde betalt ca. 1,2 millioner kr. for meget til A A/S i forhold til, hvad

der på det tidspunkt var færdiggjort af entreprisen, og at restbeløbet til færdiggørelse udgjorde cirka 2,3 millioner kr.

Efter modtagelsen af advokat Birgitte Frølund's mail af 7. november 2013 udarbejdede B A/S' advokat, advokat Emil Geist, et udkast til en allonge til den oprindelige entreprisekontrakt, hvor parterne nu var B A/S og Hoffmann A/S, og hvor Jyske Bank fortsat var garantistiller, idet det anførtes, at den oprindelige garanti videreførtes.

Ved email af 3. december 2013 skrev advokat Jakob Tingskov fra advokatfirmaet Horten, der var kurator, til As advokat Michael Ziegler. Af denne mail fremgår bl.a.

"Jeg har noteret mig, at der er enighed om, at Jyske Bank ikke har forpligtet sig til at stille garantier for det nye B A/S entrepriser. .."

Ved udarbejdelsen af den endelige allonge af 17. december 2013 var bestemmelsen om garanti fra Jyske Bank ikke medtaget.

Jyske Bank A/S har før hovedforhandlingen for landsretten frafaldet sin oprindelige, principale på stand om afvisning samt en række for byretten og under ankesagens forberedelse for landsretten anførte anbringender.

Byrettens dom er af Jyske Bank A/S opfyldt for så vidt angår et beløb på 158.498,50 kr. med tillæg af renter. Spørgsmålet om berettigelsen af denne del af det af Hoffmann A/S rejste krav er af Jyske Bank A/S efter afsigelsen af byrettens dom indbragt for Voldgiftsnævnet for Bygge - og Anlægsvirksomhed, idet Jyske Bank A/S under voldgiftssagen påstår beløbet tilbagebetalt med tillæg af renter.

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet forklaringer af advokat Birgitte Frølund, Peter Petersen og Line Katrine Birkegaard.

Birgitte Frølund har forklaret bl.a., at hun repræsenterede Jyske Bank A/S og fik til opgave at arbejde med A A/S, der var i økonomiske vanskeligheder. Da selskabet var blevet erklæret konkurs, blev hun kurator i boet efter ønske fra Jyske Bank A/S. Hun repræsenterede derefter ikke Jyske Bank A/S, da kurator skal varetage alle kreditorers

interesser. Hendes mail af 7. november 2013 til advokat Emil Geist er udtryk for, at Jyske Bank A/S ikke ville lade garantien fortsætte for et nyt selskab styret af A. Boet accepterede, at det nye selskab, B A/S, kunne tage opgaverne ud af boet, men der var ikke garanti fra Jyske Bank A/S for betaling for de nye arbejder. Til gengæld gjaldt garantien fortsat for det hidtidige arbejde. Hun opfattede det første udkast til allonge til entreprenskontrakten således, at Hoffmann A/S forsøgte at "liste" en fortsat garanti ind i det nye aftalegrundlag, men dette blev ikke accepteret af Jyske Bank A/S og heller ikke af boet, hvilket afspejler sig i den endelige allonge af 17. december 2013. Jyske Bank A/S ville helst ud af deres garanti forpligtelser, men de kunne ikke frigøre sig fra den eksisterende garanti. Det er normalt, at der er en klientrelation til en af de store kreditorer, når man bliver kurator. Hun har ikke været på byggepladsen eller taget del i stadsforretningerne.

Peter Petersen har forklaret bl.a., at han er afdelingschef for Hoffmanns A/S' afdeling i Næstved. De vandt entreprisen Kagshusene i 2011. Den omfattede 120 boliger, der skulle renoveres, og derudover skulle der etableres 33 nye tagboliger og udføres omfattende yderligere arbejder på fællesarealerne. Vidnets hovedopgave vedrørte tagboligerne, der i vidt omfang var tømrerarbejde. Hoffmann A/S kendte A i forvejen. Samarbejdet begyndte godt, men A fik problemer med leverancer af byggematerialer, hvilket formentlig skyldtes likviditetsproblemer. Han deltog ikke selv i stadsforretningen efter den første konkurs, det gjorde hans projektchef. Fællesområderne var ikke færdige, det "hang" lidt. Hoffmann A/S prøvede at hjælpe A, der lovede "guld og grønne skove", men i længden gik det ikke. Da hans første selskab gik konkurs, var det helt udelukket at aflevere byggeriet til bygherren alene på basis af det, der var færdiggjort på det tidspunkt. I december 2013 videreførte A entreprisen i et nyt regi, men efter kort tid opstod de samme problemer. Han havde tilsyneladende påtaget sig for mange opgaver, og hans folk blev i vidt omfang sendt til andre byggepladser. Da det nye selskab, B A/S, også gik konkurs, deltog han i den efterfølgende stadsforretning. Bygherren pressede nu Hoffmann A/S hårdt, så han fulgte sagen tæt for at få arbejdet gjort færdigt. Der var problemer med belægnings og mangler ved bl.a. bænke, borde, beplantninger og kunststofbanen. I sommeren 2015 fik Hoffmann A/S et samarbejde med Karise Anlæg, som Hoffmann A/S tidligere havde samarbejdet med, og de overtog færdiggørelsen, således at arbejdet i oktober 2015 kunne afleveres til bygherren. De valgte ikke dyre løsninger i den afsluttende fase, men måtte indgå nogle kompromisser. Hoffmann A/S er

ikke blevet afkrævet dagbod af bygherren, men det var tæt på. De har heller ikke selv krævet dagbøder af deres medkontrahenter.

Line Kathrine Birkemose har forklaret bl.a., at hun er landskabsarkitekt i rådgivningsvirksomheden Holmsgaard A/S. Hun havde tegnet den udvendige del af projektet Kagshusene og skulle også føre tilsyn med dets udførelse. Det var bl.a. beplægning foran boliger, parkeringspladser og beplantning. A A/S arbejdede langsomt. Hun ved ikke hvilke problemer, der var. Hun var med til en stedeforretning efter konkursen i efteråret 2013, hvor der manglede store dele af arbejdet ved de fleste af blokkene. Hun kunne ikke i oktober se, om arbejdet var udført korrekt, herunder om planterne var i vækst. Der manglede så meget, at der ikke på det tidspunkt kunne ske aflevering. Efter at det nye selskab, B A/S, var gået konkurs, var der også både væsentlige mangler ved det udførte arbejde og meget arbejde, der ikke var udført. Der var også en kunststofbane, der ikke var korrekt udført, og hvor der var anvendt et forkert materiale. Det lykkedes at afslutte arbejdet, da Hoffmann A/S fandt en ny underentreprenør. Projektet endte med ikke at blive helt som ønsket, men dog til beboernes tilfredshed.

Procedure

Parterne har procederet i det væsentlige i overensstemmelse med deres påstandsdokumenter for landsretten, hvoraf fremgår bl.a.:

Jyske Bank A/S

"Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand gøres følgende hovedanbringender gældende:

Denne sag vedrører alene, om (i) Garantien også indestår til sikkerhed for den Efterfølgende Entreprise, og (ii) Garantisummen er nedskrevet til DKK 158.498,50. Københavns Byret og Østre Landsret er rette værneting for denne sag.

Garantien indestår til sikkerhed for den Oprindelige Entreprise. Garantien inde- står ikke til sikkerhed for den Efterfølgende Entreprise, hvilket appellanten og- så afviste over for indstævnte i forbindelse med udkastet til Allongen.

Stedeforretningen for den Oprindelige Entreprise den 28. oktober 2013 skal betragtes som aflevering af den Oprindelige Entreprise. Appellanten har ikke bevisbyrden for, at stedeforretningen den 28. oktober 2013 skal sidestilles med en afleveringsforretning.

Tværtimod har indstævnte bevisbyrden for, at stedeforretningen ikke skal anses for en afleveringsforretning, og denne bevisbyrde har indstævnte ikke løftet.

Indstævnte gjorde ikke på stedeforretningen for den Oprindelige Entreprisen den 28. oktober 2013 gældende, at der var mangler ved den Oprindelige Entreprisen. Garantisummen blev derfor automatisk nedskrevet til DKK 792.492,50 på stedeforretningen for den Oprindelige Entreprisen den 28. oktober 2013. Som det mindre i det mere blev Garantisummen nedskrevet til DKK 792.492,50 den 11. december 2013, hvor indstævnte meddelte, at der ikke var konstateret mangler ved den Oprindelige Entreprisen. Mere subsidiært blev Garantisummen nedskrevet på et senere tidspunkt.

Herefter blev Garantisummen den 28. oktober 2014 (et år efter stedeforretningen for den Oprindelige Entreprisen) automatisk nedskrevet til DKK 158.498,50. Subsidiært blev Garantisummen nedskrevet til DKK 158.498,50 den 11. december 2014 (et år efter brevet af 11. december 2013). Mere subsidiært blev Garantisummen ved stedeforretningen for den Efterfølgende Entreprisen den 10. juni 2015 automatisk nedskrevet til DKK 158.498,50. Mest subsidiært blev Garantisummen nedskrevet til DKK 158.498,50 på et senere tidspunkt.

Indstævntes krav mod appellantens kan således ikke overstige den nedskrevne Garantisum, stor DKK 158.498,50.

Garantien nedskrives automatisk. Nedskrivningen forudsætter således ikke meddelelse eller accept fra indstævnte.

Det bestrides, at appellantens med betalingen af DKK 158.498,50 (under protest), har accepteret, at der som konsekvens af manglende anmodning om en sagkyndig procedure vedrørende berettigelsen af garantitrukket i medfør af AB 92 5 46 skal foretages betaling af det fulde beløb i overensstemmelse med indstævntes påstand."

Hoffmann A/S:

"Til støtte for den nedlagte påstand om stadfæstelse gøres det gældende, at Jyske Bank til fordel for Hoffmann og på vegne af A A/S ubestridt stillede en sædvanlig entreprenørgaranti på kr. 1.188.738,75.

Entreprenørgarantien er en betinget anfordringsgaranti, hvorefter beløb skal udbetales til Hoffmann efter anfordring fra Hoffmann inden 10 dage fra meddelelsens fremkomst til Jyske Bank, medmindre ...:

"... entreprenøren forinden over Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed har fremsat begæring om beslutning specielt med henblik på, om bygherrens udbetalingskrav er berettiget."

I henhold til AB92 § 6, stk. 2 består en stillet sikkerhed, indtil aflevering har fundet sted, eller indtil at Hoffmann meddeler Jyske Bank, at den stillede sikkerhed kan nedskrives. Entreprisen på Kagshusene har aldrig været afleveret af hverken A A/S eller af B A/S. En sådan meddelelse er endvidere aldrig givet af Hoffmann.

En stedeforretning er blot et almindeligt bevismiddel, hvortil der ikke i sig selv er knyttet retsvirkninger. En stedeforretning udgør ikke i sig selv en aflevering.

Jyske Bank er samlet set uden hjemmel til selvstændigt at foretage nedskrivning af garantien.

Twister om nedskrivning afgøres ved anlæggelse af voldgiftssag ved Voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg og ikke af de almindelige domstole, jf. voldgiftsaftalen i entreprenørgarantien.

Hoffmann fremsatte udbetalingsanmodning (garanti træk) den 28. juli 2015. Landsretten kan lægge til grund, at Hoffmanns udbetalingsanmodning opfylder formkravene til sådanne anmodninger, da Jyske Bank har anerkendt dette.

Landsretten kan endvidere lægge til grund, at det er ubestridt, at entreprenørgarantien på tidspunktet for Hoffmanns udbetalingsanmodning den 28. juli 2015 fortsat var gældende og fortsat stod til sikkerhed for ethvert af Hoffmanns krav mod A A/S. Det er således alene berettigelsen af Hoffmanns krav samt garantisummens størrelse på dette tidspunkt, som parterne er uenige om.

Som garantistiller for A A/S har det i henhold til AB92 § 6, stk. 7 samt garantibestemmelserne påhvilet Jyske Bank at indbringe Hoffmanns formgyldige og kvalificerede garanti-træk til Voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg inden for 10 dage fra udbetalingsanmodningens fremkomst, såfremt Jyske Bank ønskede at undgå en ubetinget forpligtelse til at foretage udbetaling af det af Hoffmann krævede beløb.

Jyske Bank har ubestridt og erkendt forsømt at indbringe denne udbetalingsanmodning for voldgiftsnævnet. Jyske Bank har som følge heraf fortabt sine muligheder for at gøre indsigelser mod garantitrækket og er derfor forpligtet til at foretage betingelsesløs udbetaling i henhold til Hoffmanns garantitræk.

Det gøres derfor gældende, at Jyske Bank har handlet i strid med både AB92, § 6, stk. 7 og egne garantibestemmelser ved ikke at foretage udbetaling af det af Hoffmann påståede beløb i henhold til udbetalingsanmodning (garantitræk, ...). Jyske Bank skal derfor i overensstemmelse med reglerne i AB92 og egne garantibetingelser ubetinget foretage udbetaling af det beløb, som Hoffmann har anmodet om udbetaling af.

Jyske Bank er således forpligtet til at foretage betingelsesløs udbetaling i henhold til Hoffmanns udbetalingsanmodning herunder det fulde krævede beløb heri på kr. 915.465,29 og ikke blot det beløb på kr. 158.498,50, som Jyske Bank har udbetalt til Hoffmann under sagens behandling ved landsretten.

Særligt om Jyske Banks frifindelsepåstand:

Jyske Banks anbringender til den af Jyske Bank nedlagte frifindelsepåstand er af materiel og indholdsmæssig karakter og vedrører reelt berettigelsen af Hoffmanns krav samt garantisummens størrelse.

Det gøres gældende, at sådanne anbringender af materiel karakter henhører til behandling Voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg, jf. parternes voldgiftsaftale, hvorefter alene det formelle spørgsmål vedrørende:

"...spørgsmål om udbetaling under garantien ..."

er henlagt til behandling ved de almindelige domstole.

Enhver anfægtelse fra Jyske Banks side af de beløb, som gøres gældende mod garantien, herunder at i) garantien alene kan danne grundlag for fyldestgørelse af et mindre beløb end det krævede, ii) at Hoffmann har fortabt kravet ved at udvise passivitet, iii) at Hoffmanns krav i stedet skal rettes mod sikkerhedsstillelsen for den "Efterfølgende Entreprisekontrakt", iv) at opgørelsen af Hoffmanns krav ikke er korrekt mv. må således afgøres ved en voldgiftssag og ikke ved landsretten – eventuelt i den voldgiftssag, som Jyske Bank allerede har anlagt sideløbende med nærværende landsretssag, jf. bilag O.

For god ordens skyld skal det dog meddeles, at Hoffmann bestrider disse materielle anbringender fra Jyske Bank.

I forholdt til spørgsmålet om entreprenørgarantiens nedskrivning bemærkes, at dette efter fast praksis tillige henhører under voldgiftsretten. Selv hvis Jyske Bank inden for 10-dages fristen havde indbragt garantitrækket ved en sagkyndig beslutning efter AB92 § 46, ville den sagkyndige ikke kunne realitetsbehandle spørgsmålet om nedskrivning af garantien, da den sagkyndige jf. AB92 § 46 alene kan træffe beslutning om "... udbetaling af den stillede garanti".

De almindelige domstole kan følgelig heller ikke træffe afgørelse herom, da dette henhører under voldgiftsretten. Alene spørgsmål om udbetaling under garantien er underlagt de almindelige domstole, jf. parternes voldgiftsaftale.

Det gøres derfor gældende, at landsretten ikke skal realitetsbehandle disse materielle indsigelser fra Jyske Banks side. Ethvert spørgsmål om det materielle grundlag for garantitrækket henhører under voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg.

Ved "under protest" at anerkende at være forpligtet til at skulle betale kr. 158.498,50 til Hoffmann, gøres det gældende, at Jyske Bank reelt har anerkendt at være forpligtet til at betale det fulde beløb i udbetalingsanmodningen på kr. 915.465,29, idet garantisummens størrelse ikke er et domstolsanliggende men i stedet et anliggende for voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg, voldgiftsklausulen i entreprenørgarantien.

Der skal således ske udbetaling af det Hoffmann fulde påkrævede beløb nu, hvorefter en voldgiftssag endeligt må afklare parternes materielle uenigheder. Udbetalingen under en entreprenørgaranti er reelt alene en foreløbig likviditetsafgørelse, da udbetalingen i sig selv ikke afgør parternes endelige, materielle retsstilling."

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen vedrører udbetaling under en 5-årig entreprenørgaranti, som Jyske Bank A/S den 30. september 2013 i overensstemmelse med AB 92 § 6 stillede over for bygherren Hoffman A/S til opfyldelse af A A/S' forpligtelser som entreprenør i henhold til en entreprisekontrakt af 22. maj 2012.

Det er under sagen for landsretten ubestridt, at betingelserne i den stillede garanti, jf. AB92 § 6, stk. 7, for udbetaling i henhold til garantien var opfyldt, da Hoffmann A/S den 28. juli 2015 anmodede om en sådan udbetaling, og Jyske Bank A/S har i konsekvens heraf under sagens forberedelse for landsretten frigivet et beløb svarende til 2% af enterprisesummen i henhold til garantien.

Spørgsmålet er herefter, om Jyske Bank A/S var forpligtet til at udbetale et større beløb i henhold til garantien.

Jyske Bank A/S har til støtte for sin frifindelsespåstand i første række gjort gældende, at stedeforretningen den 28. oktober 2013 må anses for en afleveringsforretning med den virkning, at Jyske Bank A/S i overensstemmelse med garantiens bestemmelser herom var berettiget til at foretage nedskrivning af garantisummen til 2% efter et år.

Landsretten finder på baggrund af garantiteksten, hvorefter "spørgsmål om udbetaling under garantien" er undtaget fra aftalen om voldgift, at landsretten er rette værneting for på- dømmelse af spørgsmålet om berettigelsen af den foretagne nedskrivning.

Det lægges efter indholdet af "Allonge til Entrepriskontrakt" af 12. december 2013 til grund, at Hoffmann A/S efter ophævelsen den 23. oktober 2013 af entrepriseforfattalen med A A/S indgik aftale med B A/S om færdiggørelse af kontrakten. Ved stedeforretningen den 28. oktober 2013 blev det på grundlag af tilbudslisten fastslået, hvilket arbejde der var udført af A A/S inden ophævelsen, og der blev anslået et restbeløb til færdiggørelse af projektet.

Herefter findes risikoen for hændelig skade på det af A A/S udførte arbejde at være overgået til bygherren i forbindelse med stedeforretningen, der således

havde virkning som en afleveringsforretning i relation til garantiens bestemmelser om nedskrivning.

På denne baggrund, og da den af Jyske Bank A/S stillede garanti ikke omfattede arbejde udført af andre end A A/S, tages bankens frifindelsespåstand til følge.

Hoffmann A/S skal betale delvise sagsomkostninger for begge retter til Jyske Bank A/S med i alt 118.480 kr.

Beløbet omfatter 18.480 kr. til dækning af retsafgift af det vundne beløb på 756.957,79 kr. samt 100.000 kr. til forholdsmæssig dækning af advokatomkostninger. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til, at Jyske Bank A/S har betalt en del af garantibeløbet til Hoffmann A/S og har frafaldet væsentlige indsigelser, efter at sagen er anket til landsretten.

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

Jyske Bank A/S frifindes.

I sagsomkostninger for begge retter skal Hoffmann A/S inden 14 dage betale 118.480 kr. til Jyske Bank A/S.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.