



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 29. november 2013 i sag nr. BS 10H-3919/2012:

Sagsøger [redacted] A/S

Adresse 1 [redacted]
3600 Frederikssund
mod
Tryg Garantiforsikring A/S
Klausdalsbrovej 601
2750 Ballerup

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 6. december 2012, vedrører om [redacted] Sagsøger [redacted] A/S, er berettiget til udbetaling af et beløb under en entreprenørgaranti, som sagsøgte, Tryg Garantiforsikring A/S, har stillet over for sagsøger.

Sagsøgerens påstand er, at sagsøgte tilpligtes at betale sagsøger 526.000 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg.

Sagsøgtes påstand er frifindelse.

Oplysningerne i sagen

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

Sagsøgeren [redacted] indgik som hovedentreprenør på et byggeri en aftale underskrevet den 3. januar 2011 henholdsvis den 10. februar 2011 med Virksomhed A/S 1 [redacted] som underentreprenør. Aftalen omfattede udførelse af el-arbejder for 6.544.000 kr. ekskl. moms. Virksomhed A/S 1 [redacted] var i følge aftalen forpligtet til at stille sikkerhed i form af garanti for et beløb svarende til 15 % af kontraktsummen. Med hensyn til garantiens udformning henvistes der i aftalen til AB 92 § 6, stk. 1 og 2. Af den i anledning heraf af Tryg Garantiforsikring stillede garanti af 24. marts 2011 fremgår blandt andet:

"Garanti nr. [redacted] Anonymiseret

ENTREPRENØRGARANTI i medfør af AB 92 § 6 med 5-års mangelsansvar (byggearbejder m.v.)

På foranledning af:

Aut. El-Installatør
Virksomhed A/S 1 [redacted]

Adresse 2

4050 Skibby

Indestår vi herved overfor:

Sagsøger A/S

Adresse 1

3600 Frederikssund

Som garant for betaling af indtil i alt **DKK 981.600,00**
Skriver DKK ni-otte-et-seks-nul-nul 00/100

som sikkerhed for opfyldelse af alle entreprenørens forpligtelser i henhold til entreprisekontrakt/accept/tilbud omfattende udførelse af: **El-arbejde i forbindelse med opførelse af 72 nye plejeboliger, Vej 1, Rudersdal Kommune, 2850 Nærum.**

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."

Virksomhed A/S 1 fremsendte under arbejdets udførelse en række fakturaer til Sagsøgeren med opkrævning af beløb svarende til det udførte arbejde med fradrag af det ved forrige faktura opkrævede beløb. Ved den sidste faktura af 27. august 2012 blev opkrævet 669.000 kr. svarende til differencen mellem entreprisensummen på 6.544.000 kr. og tidligere faktureret a conto beløb på 5.875.000 kr. Der er enighed mellem parterne om, at det tidligere fakturerede beløb retteligt udgjorde 6.401.000 kr., og at Sagsøgeren som betalte den pågældende faktura, dermed har udbetalt 526.000 kr. for meget til Virksomhed A/S 1.

Virksomhed A/S 1 blev taget under konkursbehandling den 17. oktober 2012.

Sagen er efter aftale mellem parterne anlagt ved de almindelige domstole og ikke Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed.

Forklaringer

Der er under hovedforhandlingen afgivet forklaring af Vidne 1

Vidne 1 har forklaret blandt andet, at han er bygningsingeniør og projektchef hos Sagsøgeren. Det projekt, som sagen vedrører, var hans første opgave som projektchef. Forud herfor var han projektleder i samme virksomhed. Som projektchef har han det økonomiske og projekteringsmæssige ansvar for byggeriet. Han indgik aftalen med Virksomhed A/S 1 om udførelse af en underentreprise. Der var ingen problemer med samarbej-

det eller arbejdets udførelse. Sidst i forløbet ønskede Virksomhed A/S 1 for at kunne betale sine leverandører, at Sagsøgeren betalte nogle regninger tidligere end forudsat i de aftalte betalingsvilkår. Det skete således 3-4 gange, at Sagsøgeren foretog a conto-betaling til Virksomhed A/S 1 tidligere end forudsat. Sagsøgeren opnåede på den baggrund en kontantrabat. Vidnet har godkendt anmodningerne om a conto-udbetaling fra Virksomhed A/S 1. Ved anmodning om a conto-betaling udfyldte Virksomhed A/S 1 en skriftlig anmodning herom, idet Virksomhed A/S 1 udfyldte et skriftligt bilag til kontrakten til brug herfor. Vidnet godkendte disse begæringer og returnerede dem til Virksomhed A/S 1. Virksomhed A/S 1 indsendte sin betalingsanmodning til sagsøgers bogholderi, som tastede den ind, hvorefter den lå på hans skærm til godkendelse. Hver faktura blev godkendt af to personer, vidnet og den daværende direktør, Person 1. Han skrev sit nummer Anonym på fakturaen som godkender. De skrev ikke på fakturaen, at direktøren havde godkendt. Dette var i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde. I forbindelse med godkendelse af udbetalingerne til Virksomhed A/S 1 herunder slutafregningen af 27. august 2012, kontrollerede han, at beløbet svarede til den procentmæssige udførelse af arbejdet. I forbindelse med godkendelsen af udbetaling i henhold til slutfakturaen kontrollerede han ikke, om det anførte tidligere begærede a conto beløb svarede til summen af de faktisk udbetalte a conto beløb, og han konstaterede ikke, at oplysningen om, at der tidligere var udbetalt 5.875.000 kr. a conto, var forkert. Fejlen blev opdaget, efter beløbet var betalt, i forbindelse med, at der blev lavet en slutopgørelse.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument, hvoraf fremgår blandt andet:

- "at sagsøger dokumenterbart har betalt 526.000 kr. for meget i forhold til den aftalte entreprisensum, som følge af en fejl begået af Virksomhed A/S 1
- at sagsøger i en situation hvor der er betalt for meget, i henhold til de obligationsretlige grundsætninger (jfr. Gomard, Obligationsret 3. del, 2. udgave, 2009, ved Torsten Iversen, side 190 og 191), har et tilbagesøgningskrav mod konkursboet ASX 4050 A/S
- at tilbagesøgningskravet ved at dette støttes på den indgåede entreprisekontrakt er omfattet af den af sagsøgte i medfør af AB 92 § 6 stillede entreprenørgaranti, jfr. herved bl.a. TBB2010.78, hvor Retten som en generel præmis udtalte "at det følger af en naturlig sproglig forståelse af bestemmelsen i ABT 93 § 6, stk. 7, at den stillede sikkerhed tjener til opfyldelse af alle krav, der gøres gældende i anledning af entreprisen" og

at den af sagsøgte påberåbte afgørelse, TBB2012.110, ikke ses at være relevant for nærværende sag, idet afgørelsen omhandler udbetaling af garantibeløb trods kendskab til mangler."

Tryg Garantiforsikring har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument, hvoraf fremgår blandt andet:

- Det er Sagsøgeren som hovedentreprenør og byggestyrende, der til enhver tid skal vide, hvad der er udbetalt af entreprisensummen til underentreprenørerne, og hvad der til enhver tid står som udebiteret restentreprisensum. Det er en elementær del af byggeøkonomistyringen.
- Årsagen til fejludbetalingen er svigt hos Sagsøgeren, da Sagsøgeren var fuldt bekendt med, at der ultimo august 2012 kun var kr. 143.000 ekskl. moms til debitering på entreprisen. Ikke desto mindre udbetalte Sagsøgeren kr. 669.000 ekskl. moms som restentreprisensum.
- Fejlen bliver så meget mere graverende, som der foreligger en kontinuerlig række betalingsgodkendelse fra "godkender 1" Anonym. Den til enhver tid værende ufakturerede restentreprisensum har således været kendt.
- Den af Tryg stillede garanti dækker efter sit indhold forhold, der skyldes Virksomhed A/S 1's udførelse af sin entreprise. Garantien dækker, uanset fejlfakturering fra Virksomhed A/S 1's side, ikke fejlagtige udbetalinger, der skyldes svigt, in casu åbenbare svigt, i Sagsøgerens interne godkendelsesprocedure.
- Ud fra almindelige garanti- og kautionsretlige principper kan svigt, der skyldes den sikrede selv, ikke gøres gældende under en entreprenørgaranti, jf. delvis analogt TBB 2012.110.
- Af de anførte grunde skal Tryg frifindes."

Rettens begrundelse og afgørelse

Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at udbetalingen af beløbet på 526.000 kr. skyldtes en vildfarelse hos Sagsøgeren, herunder som følge af Virksomhed A/S 1's fejlbehæftede opkrævning, og at Sagsøgeren derfor har et tilbagesøgningskrav mod Virksomhed A/S 1, som nu er under konkursbehandling.

Det fremgår af entreprisekontrakten, at parterne har aftalt anvendelse af AB 92, herunder for så vidt angår Virksomhed A/S 1's forpligtelse til at stille garanti over for Sagsøgeren. Det fremgår endvidere af ordlyden af garantidokumentet, at der er tale om en garanti i medfør af AB 92 § 6.

Af AB 92, § 6, stk. 8, fremgår:

"Sikkerheden tjener til fyldestgørelse af alle krav, som bygherren

har i anledning af aftaleforholdet, herunder krav vedrørende eventuelle ekstraarbejder og tilbagebetaling af for meget udbetalt entreprisenum".

I betænkning nr. 1246/1993 fra Udvalget til revision af Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB72), s. 72f, almindelige bemærkninger til forslag til AB 92, er der anført følgende om bestemmelsen:

"...Sikkerheden dækker alle konnekse krav, dvs. alle krav, der udspringer af det konkrete aftaleforhold. Ved en entreprenørkonkurs (eller andet økonomisk sammenbrud) dækker sikkerheden også bygherrens tilbagebetalingskrav i anledning af eventuelt for store udbetalinger.

Reglen om, at sikkerheden også tjener til fyldestgørelse af tilbagebetalingskrav, som bygherren har i anledning af for meget udbetalt entreprisenum, kan imidlertid ikke anvendes som et middel til at forstrække entreprenøren med likviditet på garantens bekostning. Reglen gælder kun egentlige fejlagtige udbetalinger og lignende."

På baggrund heraf er Tryg Garantiforsikring i det foreliggende tilfælde, hvor der efter bevisførelsen er tale om en fejlagtig udbetaling, forpligtet til at udbetale et beløb under garantien til dækning heraf. Det forhold, at den sikrede selv, Sagsøgeren, har begået fejl i forbindelse med udbetalingen af beløbet, kan under de foreliggende omstændigheder ikke føre til et andet resultat.

Sagsøgers påstand tages derfor til følge.

Sagsøgte skal i sagomkostninger til sagsøger betale 52.940 kr., hvoraf 12.940 kr. vedrører retsafgift, og 40.000 kr. vedrører udgifter til advokatbistand ekskl. moms. Ved fastsættelsen af udgifter til advokatbistand er der udover sagens værdi henset til sagens karakter og omfang, herunder at hovedforhandlingen blev afviklet på 2 timer.

Thi kendes for ret:

Tryg Garantiforsikring A/S skal inden 14 dage til Sagsøgeren betale 526.000 kr. med procesrente fra den 6. december 2012 samt 52.940 kr. i sagsomkostninger.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Glostrup, den 29. november 2013.

Anonymiseret, kontorfuldmægtig