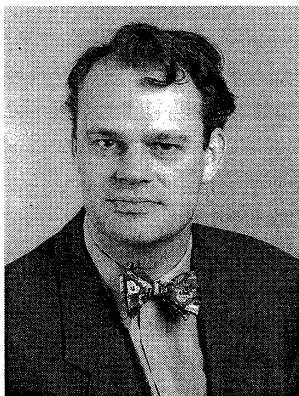


Behandlingen af entreprenørgarantier ved ophævelse af entreprisekontrakter

♦ Af advokat Bjørn Ryberg, Vistisen & Ryberg



I henhold til AB 92 § 6 skal entreprenøren som sikkerhed for opfyldelsen af sine kontraktlige forpligtelser stille en sikkerhed i form af en forsikrings- eller pengeinstitutgaranti (herefter kaldet "entreprenørgaranti").

Selv om det er et i høj grad praktisk relevant spørgsmål, hvad der skal ske med entreprenørgarantien i forbindelse med entreprisekontraktens ophævelse, synes spørgsmålet ikke at være behandlet i den juridiske litteratur eller i den offentligtgjorte retspraksis ved domstolene eller Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed.

Det var derfor særdeles velbegrundet, at professor, dr. jur. Halfdan Krag Jespersen, kom ind på spørgsmålet under et møde i Det Danske Selskab for Byggeret i november 1994.¹⁾

Ifølge Krag Jespersen følger det af elementære obligationsretlige grundsætninger,

- 1) at en misligholdende kontraktspart, der har givet sin medkontrahent anledning til at hæve

den mellem parterne indgåede kontrakt, er afskåret fra at støtte nogen form for retskrav på kontrakten,

- 2) at den hævende part ikke på tilsvarende vis er afskåret fra at støtte ret på den hævende kontrakt,
- 3) at bygherren derfor kan forlange entreprenørgarantien opretholdt, hvis det er bygherren, der hæver entreprisekontrakten, og
- 4) at bygherren omvendt må frigive garantien, dersom det er entreprenøren, der hæver kontrakten.

Selv om Krag Jespersen gav udtryk for den opfattelse, at hele problemstillingen er så elementær, at der end ikke er grund til at overveje andre resultater, vil jeg i det følgende tillade mig at fremkomme med mine overvejelser om, hvorledes man også kan anskue problemstillingen. Det er navnlig Krag Jespersens synspunkt nr. 1 og 4, der efter min opfattelse kunne tåle en ekstra tankemæssig bearbejdning.

De basale regler om virkningerne af ophævelse

AB 92 indeholder i sig selv meget lidt om virkningerne af ophævelse. Det er forudsat, at der i forbindelse med ophævelsen af entreprisekontrakten skal ske et økonomisk opgør mellem parterne. Med henblik på det økonomiske opgør foreskriver § 44, at der skal afholdes en registreringsforretning, hvor-

under omfanget og kvaliteten af det udførte arbejde registreres, og at bygherren i tilfælde, hvor det er ham, der har hævet, efter omstændighederne er berettiget til at benytte entreprenørens materialer og materiel.

Reglerne om virkningerne af entreprisekontraktens ophævelse, herunder de nærmere regler om hæveopgørets gennemførelse og entreprenørgarantiens skæbne, må således primært findes i de almindelige obligations- og entrepriseretlige regler.

Ophævelsesbeføjelsen er en gensidighedsbeføjelse, som ikke nødvendigvis forudsætter, at der foreligger et ansvarsgrundlag hos den misligholdende part, over for hvem der hæves.²⁾ Der vil erfaringsmæssigt ofte opstå et spørgsmål om erstatning i forbindelse med ophævelsen af en entreprisekontrakt. Da dette imidlertid principielt er uden betydning for selve hæveopgøret, vil jeg i det følgende i vidt omfang se bort fra denne misligholdelsesbeføjelse.

På det helt overordnede plan kan retsvirkningen af ophævelse beskrives derhen, at parternes forpligtelser til at opfylde kontrakten bortfalder.³⁾ Dersom ingen af parternes ydelser er blevet udvekslet, indebærer dette, at status quo blot skal opretholdes.⁴⁾ Såfremt der er sket hel eller delvis udveksling af parternes ydelser, er udgangspunktet for de almindelige obligationsretlige regler at skabe en tilstand, der i økonomisk henseende svarer til en hævet uopfyldt kontrakt.⁵⁾

Af dette korte resumé af de almindelige obligationsretlige regler om hæveopgøret fremgår det, at retsvirkningerne af en ophævelse som udgangspunkt er symmetriske, således at forstå, at virkningerne er de samme, uanset hvilken af parterne der hæver aftalen,⁶⁾ og at virkningerne af ophævelsen ikke er, at en eller flere af parterne er afskåret fra at støtte nogen form

for retskrav på aftalen.

Heraf følger, at Krag Jespersens synspunkter nr. 3 og 4 ikke kan være korrekte på samme tid, og at hans synspunkt nr. 1 ikke er korrekt.

Under punkt 3 og 4 vil jeg mere præcist beskrive behandlingen af entreprenørgarantier i forbindelse med ophævelse, idet jeg først redegør for retsstillingen i situationer, hvor entreprenøren endnu ikke har præsteret nogen del af sit arbejde, og derefter for situationer, hvor en del af entreprenørens arbejde er blevet præsteret på ophævelsestidspunktet.

Når der nedenfor under punkt 3 og 4 overvejende tales om bygherrens krav mod entreprenøren, er det en simpel konsekvens af, at entreprenørgarantier netop tjener til sikkerhed for sådanne krav og ikke for entreprenørens krav mod bygherren. I overensstemmelse med det ovenfor anførte om, at retsvirkningerne som udgangspunkt er de samme, uanset hvem der hæver, sondres der under punkt 3 og 4 ikke mellem situationer, hvor det er bygherren respektive entreprenøren, der hæver. De beskrevne retsvirkninger vedrører således begge situationer. I øvrigt forudsættes det i det følgende, at der er tale om berettiget ophævelse af entreprisekontrakten.⁷⁾

Virkningerne af ophævelse inden entreprenøren har udført nogen del af sit arbejde

Inden entreprenøren går i gang med sit arbejde, er det kun relevant at overveje det her behandlede spørgsmål vedrørende entreprenørgarantien, hvis entreprenøren allerede har udleveret garantens garantidokument til bygherren.

I den situation må bygherren kunne kræve sit eventuelle krav mod entreprenøren dækket af garantien, hvorefter den resterende

del af garantien skal frigives.

Dersom bygherren ikke har noget krav mod entreprenøren, må garantien med det samme frigives. Det vil normalt være tilfældet, når det er entreprenøren, der har hævet entreprisekontrakten.

Virkningerne af ophævelse efter at entreprenøren har præsteret en del af sit arbejde

Inden for entrepriseforhold gør der sig det særlige forhold gældende, at entreprenørens ydelse ikke lader sig tilbagegive, hvilket i et vist omfang fører til en fravigelse af de almindelige obligationsretlige regler om hæveopgøret.

Når ophævelsen sker, efter at entreprenøren har præsteret en del af sit arbejde, kan der således som udgangspunkt alene hæves med virkning for fremtiden.⁸⁾ Det indebærer blandt andet, at bygherren beholder resultaterne af arbejdet, at entreprenøren skal have betaling for det af ham udførte arbejde, og at parternes forpligtelser til at opfylde kontrakten alene bortfalder i relation til den del, der svarer til det arbejde, som entreprenøren endnu ikke har præsteret.

Det er klart, at bygherren vil kunne gøre sit eventuelle krav mod entreprenøren i forbindelse med hæveopgøret gældende under garantien på samme måde som ved en ophævelse inden påbegyndelsen af entreprenørens arbejde.

Derimod må det antages, at garantien ikke umiddelbart derefter skal frigives, selv om parternes forpligtelser med hensyn til opfyldelsen af den resterende del af entreprisekontrakten er bortfaldet.

Reglerne i AB 92 § 6 om nedskrivning og frigivelse af entreprenørgarantien er, at garantien automatisk nedskrives fra 15% af enterprisesummen til 10% af enterprisesummen efter gennemførelsen af afleveringen, at der et år efter afleveringen sker en yderlige-

re nedskrivning til 2% af enterprisesummen, og at garantien bortfalder helt fem år efter afleveringen.

Nedskrivningen til 2% og frigivelsen af garantien forudsætter dog, at entreprenøren har afhjulpet de mangler, som bygherren har reklameret over inden for de angivne tidspunkter for nedskrivningen henholdsvis frigivelsen.

Med andre ord skal entreprenørgarantien også tjene til sikkerhed for udbedring af mangler, der reklameres over inden for de første fem år efter afleveringen.

Man kunne hævde, at entreprenørens forpligtelse til at opretholde garantien bortfalder fra og med entreprisekontraktens ophævelse, idet den forpligtelse vedrører "fremtiden", og ophævelse sker "med virkning for fremtiden".

Et mere ædrueligt synspunkt er dog nok, at garantien må opretholdes i det omfang, den kan henføres til det arbejde, som allerede er præsteret, og som derfor er upåvirket af ophævelsen. Det vil sige, at garantien successivt skal nedskrives til 15%, 10% og 2% af den del af enterprisesummen, som entreprenøren har præsteret arbejde for.

Det kan med andre ord konkluderes, at Krag Jespersens synspunkt nr. 3 ikke er korrekt uden væsentlige modifikationer, og at hans synspunkt nr. 4 er forkert.

Man kan diskutere, hvornår garantien skal nedskrives til hvilke beløb, og hvornår den skal frigives helt.

Den registreringsforretning, der skal gennemføres i forbindelse med ophævelsen, har i visse forbindelser samme virkning som en aflevering.⁹⁾ Dette kunne tale for, at garantien efter gennemførelsen af hæveopgøret, herunder af registreringsforretningen, med det samme skal reduceres til 10% af den til den inden ophævelsen udførte arbejde svarende del af enterprisesummen.

Man kunne hævde, at garantien som konsekvens heraf skal nedskrives til 2% et år efter registreringsforretningen og helt frigives fem år efter registreringsforretningen.

Imidlertid hænger de i AB 92 § 6 foreskrevne tidspunkter for nedskrivningen og frigivelsen af garantien sammen med de i AB 92 §§ 37 og 38 foreskrevne 1-års eftersyn og 5-års eftersyn, hvilket må tillægges afgørende betydning i denne sammenhæng. Med andre ord skal nedskrivningen og frigivelsen først ske henholdsvis et og fem år efter den faktiske aflevering af byggeriet efter dets færdiggørelse ved en anden entreprenør.

I forbindelse med det ovenfor anførte vedrørende hæveopgøret, når entreprenøren har præsteret en del af sit arbejde, har jeg forudsat, at byggeriet efter ophævelsen fortsættes og færdiggøres af en anden entreprenør. Dersom det ikke sker, må tidspunktet for registreringsforretningen danne udgangspunkt for fastsættelsen af tidspunkterne for nedskrivningen til 2% og den endelige frigivelse, idet der ikke på noget tidspunkt vil ske en faktisk aflevering af det færdiggjorte byggeri.

Tre eksempler

De følgende tre eksempler har til formål at tydeliggøre konklusionerne.

I det omfang der kan være grund til tvivl med hensyn til løsningen af de forskellige spørgsmål, har jeg anvendt den løsning, som jeg anser for mest bæredygtig. Det drejer sig primært om de ovenfor drøftede spørgsmål om den successive nedskrivning af garantien.

Alle tre eksempler tager udgangspunkt i en entreprise med en enterprisesum på 10 mio. kr. hvor næstlaveste bud ved licitationen var på 10,2 mio. kr. Entreprenørgarantien er på 1,5 mio. kr.

Eksempel nr. 1 – bygherrens ophævelse før arbejdets iværksættelse

Entreprenøren går konkurs kort tid efter indgåelsen af entreprisekontrakten, og konkursboet indtræder ikke i kontrakten, hvorefter bygherren hæver. Bygherren indgår herefter en ny entreprisekontrakt om enterprisesens udførelse for 10,2 mio. kr. med den næstlavest bydende ved licitationen.

Bygherren har som følge af meromkostningen ved at få en anden entreprenør til at udføre entreprisen et krav på 0,2 mio. kr. mod entreprenøren. Dette krav kan gøres gældende under garantien. Den resterende garanti på 1,3 mio. kr. skal bygherren frigive straks efter opgørelsen af kravet mod entreprenøren.

Eksempel nr. 2 – entreprenørens ophævelse under arbejdet – byggeriet opgives af bygherren

Entreprenøren hæver entreprisekontrakten på grund af manglende betalinger fra bygherren. På det tidspunkt har entreprenøren udført 30% af entreprisen og modtaget betaling af 20% af enterprisesummen. Byggeriet bliver opgivet af bygherren.

Entreprenøren har et krav mod bygherren bestående af 1 mio. kr. for udført men ikke betalt arbejde samt efter omstændighederne erstatning for bygherrens misligholdelse.

Bygherren kan ikke gøre krav gældende under garantien, og straks efter registreringsforretningen skal garantien nedskrives til 10% af det beløb, der er udført arbejde for før ophævelsen, det vil sige til 10% af 3 mio. kr. eller 0,3 mio. kr.

Et år efter registreringsforretningen skal garantien nedskrives til 2% af 3 mio. kr., det vil sige til 60.000 kr., og fem år efter registreringsforretningen bortfalder ga-

rantien helt, medmindre der fremsættes krav over for entreprenøren inden for de nævnte frister.

Eksempel nr. 3 – bygherrens ophævelse under arbejdet – byggeriet færdiggøres af en anden entreprenør

Entreprenøren går konkurs efter at have udført 30% af entreprisen, og konkursboet indtræder ikke i kontrakten, hvorefter bygherren hæver den. Bygherren indgår herefter en ny entreprisekontrakt med den næstlavest bydende ved licitationen om enterprisesens færdiggørelse for 8 mio. kr.¹⁰⁾ I forbindelse med færdiggørelseskontrakten stiller den nye entreprenør over for bygherren en ny entreprenørgaranti på 1,2 mio. kr.

Entreprenøren har et krav mod bygherren bestående af 1 mio. kr. for udført men ikke betalt arbejde. Heroverfor står bygherrens krav på meromkostningerne ved at lade en anden entreprenør færdiggøre entreprisen. Dette krav udgør ligeledes 1 mio. kr., således at de to krav udligner hinanden. Derudover har bygherren krav vedrørende sine omkostninger i forbindelse med registreringsforretningen med videre, i alt 0,2 mio. kr.

Bygherren kan gøre kravet på 0,2 mio. kr. gældende under garantien. Den resterende garanti på 1,3 mio. kr. skal med det samme nedskrives til 10% af det beløb, der er udført arbejde for før ophævelsen, det vil sige til 10% af 3 mio. kr. eller 0,3 mio. kr.

Et år efter den nye entreprenørs faktiske aflevering af entreprisen skal garantien nedskrives til 2% af 3 mio. kr., det vil sige til 60.000 kr., og fem år efter afleveringen bortfalder garantien helt, medmindre der fremsættes krav over for entreprenøren inden for de nævnte frister.

Afsluttende bemærkninger

Retsvirkningerne af en ophævelse

er som udgangspunkt symmetriske i den forstand, at de er de samme, uanset hvilken af parterne, der vælger at hæve aftalen.

I de praktisk mest relevante tilfælde, hvor entreprisekontrakten hæves under udførelsen af entreprisen, har ophævelsen alene virkning for fremtiden. Det indebærer, at entreprenørgarantien må opretholdes, at garantien i forbindelse med hæveopgøret dog skal nedskrives forholdsmæssigt, og at reglerne i AB 92 om nedskrivning og bortfald af garantien efter omstændighederne må tillempes de ændrede forhold.

Som det fremgår af ovenstående, har der været god grund til at overveje rigtigheden af de af Krag Jespersen fremførte synspunkter – såvel vedrørende de "elementære" obligationsretlige grundsætninger som vedrørende de deraf dragne konklusioner. Krag Jespersens synspunkter nr. 1 og 4 er således forkerte, og hans synspunkt nr. 3 er ikke korrekt uden væsentlige modifikationer.

For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at de i artiklen drøftede spørgsmål vedrørende den successive nedskrivning og frigivelsen af entreprenørgarantien fem år efter afleveringen ikke blev drøftet under det i indledningen omtalte møde i Det Danske Selskab for Byggeret.

Noter

- 1) Krag Jespersen var formand for det udvalg, der stod for udarbejdelsen af AB 92.
- 2) Bernhard Gomard, Obligationsret 2. del, s. 31 og 91 f, Hans Henrik Vagner, Entrepriseret 2. udg., s. 137 og 184, og Erik Hørlyck, Entreprise og Licitation 4., udg. s. 341 ff og 353.
- 3) Bernhard Gomard, Obligationsret 2. del, s. 31 og 91.
- 4) Bernhard Gomard, Obligationsret 2. del, s. 111.
- 5) Bernhard Gomard, Obligationsret 2. del, s. 111.
- 6) Dette udelukker naturligvis ikke, at to af aftaleparterne aftaler, at retsvirkningerne af ophævelse i forskellige

henseender skal være forskellige alt efter, hvilken af parterne, der hæver aftalen. Bygherrens i AB 92 § 44, stk. 5, beskrevne adgang til at benytte entreprenørens materiel og materialer, når entreprisekontrakten hæves af bygherren, er et eksempel herpå.

- 7) Dersom en entreprisekontrakt uberettiget ophæves af en part, gør den pågældende sig skyldig i væsentlig anticiperet misligholdelse, som vil berettigede den anden part til at hæve entreprisekontrakten. En uberettiget ophævelse fra den ene part i en entreprisekontrakt vil med andre ord resultere i den anden parts berettigede ophævelse, som det i denne artikel anførte om entreprenørgarantiers stilling ved berettiget ophævelse vil finde anvendelse på.
- 8) Bernhard Gomard, Obligationsret 2. del, s. 125, Hans Henrik Vagner, Entrepriseret 2. udg., s. 137 og 143, og Erik Hørlyck, Entreprise og Licitation 4. udg., s. 349 f. Det er omtvistet, om bygherrens ophævelse af entreprisekontrakter i

særlige tilfælde kan ske med virkning også for det præsterede arbejde, jf. Hans Henrik Vagner, Entrepriseret 2. udg., s. 137 og Erik Hørlyck, Entreprise og Licitation 4. udg., s. 349 ff. Dels fordi der er tale om et ret omtvistet spørgsmål af relativt akademisk karakter, dels fordi der synes at være enighed om, at det klare udgangspunkt er ophævelse med virkning for fremtiden alene, har jeg fundet det mindre relevant at gå ind i en drøftelse af entreprenørgarantiens stilling i en situation, hvor der hæves med virkning også for allerede præsteret arbejde.

- 9) Hans Henrik Vagner, Entrepriseret 2. udg., b10 s. 143.
- 10) Omkostningerne ved at lade en entreprenør færdiggøre en entreprise, der er påbegyndt af en anden entreprenør er altid relativt høje. Derfor er der i eksemplet valgt et beløb, som overstiger 70% af den næstlavest bydendes tilbud, hvilket beløb ville have udgjort 7,14 mio. kr.