



# Nedskrivning af entreprenørgarantier i konkurs



Kristian Skovgaard Larsen  
Partner, LL.M.



Thomas Høj Pedersen  
Partner, LL.M.



Jes A. Rosenvinge  
Partner



Lars Merrild Hareskov  
Partner



Alexander Grønlund  
Attorney, Senior Associate



Christopher Friis Christiansen  
Assistant Attorney

Bygge- og anlægsbranchen har i de seneste år oplevet en kraftig stigning i antallet af konkurser og toppede foreløbigt i 2023 med hele 1.282 erklærede konkurser. Da konkurserne ofte er forbundet med store tab, hvis de indtræder under et igangværende byggeri, har tendensen i stigende grad aktualiseret en belysning af de muligheder, der er for at sikre sig imod sådanne tab.

Derfor sætter DLA Piper i en artikelserie særligt fokus på konkurser i byggeriet. I denne artikel dykker vi ned i vilkårene i AB 18 om entreprenørgarantier, og hvordan den seneste praksis på området har kastet lys over den

procedure, som en bygherre skal følge for at undgå utilsigtet nedskrivning af entreprenørgarantien fra 15% til 10% i forbindelse med en entreprenørkonkurs.

I 2019 afsagde Højesteret en dom, der for flere praktikere har givet anledning til tvivl om, hvornår en entreprenørgaranti nedskrives, hvis entreprenøren går konkurs. De senere års praksis har bidraget med en tiltrængt og anvendelig afklaring af retstillingen i visse situationer, men den viser samtidig, at bygherre fortsat bør træde varsomt for at undgå utilsigtet nedskrivning af entreprenørgarantien.

## Entreprenørkonkurserne fører til store tab

Hvis entreprenøren går konkurs under et igangværende byggeri, er det sjældent, at konkursboet indtræder i entreprisekontrakten – dette særligt af to grunde. For det første fordi, konkursboet sjældent har tilstrækkelige midler til at færdiggøre arbejderne. For det andet fordi, konkursboet ved indtræden hæfter for skjulte fejl og mangler, hvilket i de fleste tilfælde vil udgøre en for stor risiko for konkursboet, set i forhold til det provenu, der kan oppebæres ved færdiggørelse af arbejderne.

Derfor er bygherre ofte nødsaget til at finde en ny entreprenør til at færdiggøre arbejderne og eventuelt udbedre fejl og mangler ved den konkursramte entreprenørs arbejder.

Dette er også baggrunden for, at entreprenørkonkurser næsten undtagelsesfrit medfører et tab for bygherre (eller total-/hovedentreprenør), idet der vil være en prisforskel mellem den oprindelige og den nye entreprisekontrakt. Dertil kommer også bygherres tab for forsinkelser i perioden op til konkursen, som ofte er forårsaget af entreprenørens vanskeligheder ved at opretholde den nødvendige bemanning, leverancer af byggematerialer og tilstrækkeligt materiel.

Bygherre kan ganske vist anmelde sådanne tab i konkursboet, men i praksis er dette ofte en stakket frist, eftersom der sjældent er midler i konkursboet til at udbetale en nævneværdig dividende til kreditorerne, og eftersom der kan gå måneder eller år, før kurator har opgjort konkursboet, og dividenden kan udbetales.

Entreprenørgarantien er derfor bygherres eller total- eller hovedentreprenørs eneste reelle mulighed for helt eller delvist at få dækket sit tab i anledning af entreprenørkonkursen, og dette endda inden for en overkommelig tidshorisont, jf. herom nedenfor.

## Entreprenørgarantien og fordelene med denne

Entreprenørgarantien indebærer nogle åbenlyse fordele for bygherre, eftersom den står til sikkerhed for alle økonomiske krav, der måtte udspringe af entreprisekontrakten, herunder eksempelvis forsinkelseserstatning eller dagbod, erstatning for fejl og mangler, samt tilbagebetaling af for meget udbetalt entreprisesum.

Disse og andre fordele ved at have en entreprenørgaranti omfatter blandt andet:

1. **Sikkerhed for entreprenørens opfyldelse:** Entreprenørgarantien sikrer, at entreprenøren opfylder sine økonomiske forpligtelser i henhold til entreprisekontrakten. Hvis entreprenøren ikke leverer som aftalt, kan bygherren anmode om udbetaling under garantien til hel eller delvis dækning af sit tab.

2. **Sikkerhed for eventuelle meromkostninger:** Entreprenørgarantien dækker tabet, der er forbundet med, at bygherren er nødsaget til at antage en anden entreprenør til at færdiggøre den konkursramte eller ophævede entreprenørens arbejder.
3. **Likviditetsfordele:** Entreprenørgarantien reducerer bygherrens likviditetsbelastning forbundet med at afvente en voldgiftsrets kendelse om berettigelsen af et økonomisk krav mod entreprenøren. Der kan ofte opnås en udbetaling fra garantiselskabet i løbet af få uger efter fremsendelsen af en begrundet anmodning med dokumentation for de afholdte (mer)omkostninger, udgifter mv.
4. **Forbedret forhandlingsposition:** Det blotte forhold, at der eksisterer en entreprenørgaranti, giver bygherren *muligheden* for at anmode om en udbetaling af garantien (også populært kaldet "garantitræk"); denne mulighed kan ofte "skubbe" parterne i retning af et forlig om krav, der er uenighed om. Alternativet er, at bygherre anmoder om at få udbetalt garantien, hvilket begge parter kan have en interesse i at undgå.

## Entreprenørgarantien i AB 18

Entreprenørgarantien skal i henhold til AB 18 § 9 beløbsmæssigt svare til 15% af entreprisesummen uden moms, indtil afleveringen har fundet sted, hvorefter den automatisk nedskrives til 10%, dog med mulighed for at bygherren kan kræve nedskrivningen reguleret for værdien af ekstraarbejder. Når der er passeret 1 år efter afleveringen, nedskrives entreprenørgarantien yderligere til 2% af entreprisesummen, medmindre bygherren forinden har reklameret over mangler. Garantien ophører efter den samme mekanisme 5 år efter afleveringen.

Baggrunden for reglen om automatisk nedskrivning af entreprenørgarantien ved afleveringen er, at bygherren har mulighed for, og er fuldt berettiget til, at tilbageholde et forholds-mæssigt beløb i restentreprisesummen til sikkerhed for afhjælpning af fejl og mangler konstateret ved afleveringsforretningen. Det har med andre ord ikke været hensigten, at entreprenørgarantien i spændet mellem 15% og 10% skulle tjene som sikkerhed for entreprenørens pligt til at afhjælpe fejl og mangler, *efter* afleveringen har fundet sted.

## Automatisk nedskrivning giver problemer ved entreprenørkonkurser

Den netop omtalte regel om, at entreprenørgarantien automatisk nedskrives fra 15% til 10% ved afleveringen, giver i praksis ikke anledning til problemer, når den almindelige afleveringsprocedure i henhold til AB 18 følges med almindelig indkaldelse til- og gennemførelse af afleveringsforretning i henhold til AB 18 Kapitel F.

Retsstillingen er velbelyst i både AB 18 og i rets- og voldgiftspraksis.

AB 18 indeholder imidlertid ingen selvstændig regulering af, hvad der sker med entreprenørgarantien, hvis entreprenøren går konkurs *inden*, aflevering har fundet sted, og problemstillingen har hidtil kun været sporadisk behandlet i den juridiske litteratur og i rets- og voldgiftspraksis. Højesteret afsagde sidenhen en dom (U 2019.446 H), der indtil for nyligt måtte betragtes som den ledende dom på området, men som samtidig har givet anledning til mange diskussioner.

Sagen drejede sig om en underentreprisekontrakt, der den 23. oktober 2013 blev ophævet af hovedentreprenøren som følge af underentreprenørens væsentlige misligholdelse. Senere samme dag gik underentreprenøren konkurs, og der blev gennemført en stedeforretning den 28. oktober 2013.

Hovedentreprenøren indgik dernæst en underentreprisekontrakt med en ny underentreprenør, som også gik konkurs i marts 2015. Hovedentreprenørens advokat tog i marts 2015 forbehold for krav i henhold til den ophævede underentreprenørs entreprenørgaranti, og fremsatte den 28. juli 2015 krav under garantien.

Højesteret fandt under disse omstændigheder, at stedeforretningen den 28. oktober 2013 måtte sidestilles med en aflevering i relation til garantitekstens vilkår om automatisk nedskrivning ved aflevering, og dermed var entreprenørgarantien nedskrevet fra 15% til 10% på stedeforretningen den 28. oktober 2013.

Som begrundelse herfor anførte Højesteret, at underentreprenørens ret og pligt til at færdiggøre arbejderne ophørte ved hovedentreprenørens ophævelse, og at underentreprenørens arbejder derfor skulle anses for afsluttet i den stand, som blev konstateret ved stedeforretningen den 28. oktober 2013.

Dommen er blevet tolket sådan, at en stedeforretning i hvert fald *under de anførte omstændigheder* kan sidestilles med en afleveringsforretning i relation til garantitekstens vilkår om automatisk nedskrivning af entreprenørgarantien fra 15% til 10% ved aflevering. Denne retsstilling er imidlertid problematisk for bygherren, der normalt vil skulle sikre sit bevis for arbejdernes stade ved at gennemføre en (ofte langvarig) stedeforretning – og stedeforretningen fungerer samtidig som grundlag for, at bygherren kan vurdere prisdifferencetabet (opgjort som meromkostningerne) forbundet med færdiggørelsen.

Med andre ord foreligger bygherres bevis først *efter* nedskrivningen af entreprenørgarantien, hvilket har givet anledning til overvejelser om, hvorvidt bygherre allerede skal anmode om udbetaling under garantien *før* der ophæves overfor entreprenøren, eller *før* der gennemføres en stedeforretning, navnlig for at undgå utilsigtet nedskrivning af garantien fra 15% til 10%.

En sådan fremgangsmåde harmonerer dog dårligt med bygherrens grundlag for udbetaling under entreprenørgarantien, navnlig fordi bygherrens erstatningskrav netop udspringer af selve *ophævelsen*, og fordi *erstatningsopgørelsen* først kan udarbejdes med overvejende sikkerhed og præcision, når der er gennemført en stedeforretning, og der foreligger en stadeprotokol, der beskriver omfanget og kvaliteten af det udførte arbejde, jf. AB 18 § 63, stk. 3.

Ikke desto mindre er denne retsstilling blevet opretholdt i en utrykt sagkyndig beslutning af 6. oktober 2020, hvor den gennemførte stedeforretning igen blev sidestillet med en aflevering af entreprisen i relation til entreprenørgarantiens vilkår om automatisk nedskrivning fra 15% til 10%, selvom hovedentreprenøren i denne sag ikke formelt havde ophævet entreprisekontrakten med underentreprenøren.

Tilsvarende er blevet opretholdt i en sagkyndig beslutning af 20. januar 2023, trykt i TBB 2023.913 VBA.

## Nye sagkyndige beslutninger råder bod på retsstillingen

Der er imidlertid håb forude for bygherren, idet Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg øjensynligt også har været opmærksom på de u hensigtsmæssigheder, der er opstået i kølvandet på U 2019.446 H og de to

sagkyndige beslutninger, der nævnes ovenfor.

I fire nyere sager om sagkyndig beslutning er forhenværende højesteretsdommer og medlem af AB-udvalget Niels Grubbe derfor blevet udmeldt som sagkyndig, og disse beslutninger har i en vis udstrækning bidraget til en operationel afklaring af, hvordan bygherren skal agere for at undgå den utilsigtede nedskrivning:

1. **TBB 2023.627 VBA:** Sagkyndig beslutning af 10. februar 2022.
2. **G-3249 (utrykt):** Sagkyndig beslutning af 20. februar 2023.
3. **TBB 2023.983 VBA:** Sagkyndig beslutning af 19. juli 2023.
4. **TBB 2024.163 VBA:** Sagkyndig beslutning af 25. september 2023.

I **TBB 2023.627 VBA** havde bygherre anmodet om udbetaling af hele entreprenørgarantien den 1. juli 2022, hvilket var *efter*, der var gennemført stadesforretning, og fire dage efter modtagelsen af den *første* stadeopgørelse, der var ledsaget af en redegørelse af 31. august 2022 fra staderegistranten, men dog *inden* modtagelsen af den *endelige* stadeopgørelse. Under disse omstændigheder fandt den sagkyndige, at entreprenørgarantien ikke var nedskrevet fra 15% til 10%.

Sagens særegne forløb med først en foreløbig og dernæst en endelig stadeopgørelse medfører i sagens natur, at beslutningen ikke kan betragtes som generelt gældende for retsstillingen. Ikke desto mindre rykker sagen ved den hidtidige opfattelse, hvorefter nedskrivningen allerede fandt sted ved stadesforretningen. Det tillades nemlig bygherre at anmode om udbetaling fire dage efter modtagelsen af den første stadeopgørelse (dog før den endelige stadeopgørelse), uden at entreprenørgarantien var nedskrevet fra 15% til 10%.

I **G-3249** havde totalentreprenøren anmodet om udbetaling af hele den konkursramte underentreprenørs entreprenørgaranti den 2. januar 2022, efter der var gennemført stadesforretning den 13. november 2022, og efter stadeopgørelsen forelå den 6. december 2022. Forinden havde totalentreprenørens advokat den 17. oktober 2022 fremsendt en opgørelse med forbehold for at anmode om udbetaling med samtidig meddelelse om, at entreprenørgarantien ikke måtte nedskrives fra 15% til 10%.

Den sagkyndige udtalte generelt, at: *"Da situationen ved en stadesforretning først afklares med stadeopgørelsen, må man med "aflevering har fundet sted" sidestille modtagelsen af stadeopgørelsen, således at bygherren i snæver forbindelse hermed kan anmelde sit udbetalingskrav på grundlag af stadeopgørelsen, uden at det rammes af nedskrivningen."* (vores understregning).

I den konkrete sag var der (hen over jul og nytår) gået 13 arbejdsdage efter modtagelsen af den endelige stadeopgørelse af 6. december 2022, før totalentreprenøren anmodede om udbetaling under entreprenørgarantien. Under disse omstændigheder fandt den sagkyndige, at entreprenørgarantien var nedskrevet fra 15% til 10%.

Den sagkyndiges udtalelser viser imidlertid med tydelighed, at bygherren kan anmode om udbetaling under entreprenørgarantien *i snæver forbindelse med*, at stadeopgørelsen foreligger, uden anmodningen rammes af nedskrivningen fra 15% til 10%. Det kan udledes, at 13 arbejdsdage var for længe i G-3249.

I **TBB 2023.983 VBA** uddybede og udvidede den sagkyndige tillige begrebet *i snæver forbindelse med*, nemlig ved at udtale følgende: *"I den foreliggende sag anmeldte TE den 18. april 2023 et krav om udbetaling af hele garantien til dækning af et krav, opgjort på grundlag af stadeopgørelsen. Det skete i snæver forbindelse med modtagelsen af den endelige stadeopgørelse af 31. marts 2023 og Voldgiftsnævnets omkostningsopgørelse af 11. april 2023; nemlig 5 arbejdsdage efter"* (vores understregning).

Begrebet *i snæver forbindelse med* skal således ikke alene forstås i sammenhæng med stadeopgørelsen, men tillige med modtagelsen af omkostningsopgørelsen fra Voldgiftsnævnet, således at fristen først begynder at løbe ved modtagelsen heraf. Denne præmis fremstår velbegrundet al den stund, at bygherre foreløbigt afholder omkostningerne til gennemførelsen af stedeforretningen, men er berettiget til at tage disse omkostninger med i sin erstatningsopgørelse, og dermed under udbetalingen af entreprenørgarantien.

Samtidig bekræfter TBB 2023.983 VBA, at anmodning om udbetaling inden 5 arbejdsdage efter omkostningsopgørelsen fra Voldgiftsnævnet foreligger er rettidigt.

I **TBB 2024.163 VBA** gik entreprenøren konkurs den 25. april 2023, og bygherre sendte den 27. april 2023 en anmodning til kurator om, hvorvidt konkursboet ønskede at indtræde i entreprisekontrakten. Den 17. maj 2023 anmodede bygherre om udbetaling af hele entreprenørgarantien, og kurator meddelte den 22. maj 2023, at konkursboet ikke ville indtræde i entreprisekontrakten. Bygherre ophævede ikke entreprisen, og der blev ikke gennemført en stedeforretning eller udarbejdet en stadeopgørelse i forbindelse med konkursen.

Den sagkyndige bemærkede i den forbindelse følgende: *"BH ophævede ikke entrepriseforholdet som følge af konkursen, og der blev ikke gennemført en stedeforretning eller udarbejdet en stadeopgørelse i forbindelse med konkursen forud for den 17. maj 2023, hvor BH fremsatte udbetalingskravet over for G. Først ved boets meddelelse den 22. maj 2023 blev det afklaret, at boet ikke indtrådte i entrepriseforholdet. Der havde således ikke forud for garantitrækket den 17. maj 2023 været et forløb med konkursen, som måtte sidestilles med aflevering, jf. U 2019.446 H."*

Herefter fandt den sagkyndige, at entreprenørgarantien ikke var nedskrevet fra 15% til 10%. Præmisserne indikerer således, at bygherren skal træde varsomt ved på egen hånd at udarbejde en stadeopgørelse og fremsende denne til kurator, eftersom det ikke kan udelukkes, at kurator ved at tiltræde stadeopgørelsen kan udløse den automatiske nedskrivning af entreprenørgarantien fra 15% til 10%.

## Retsstillingen er endnu ikke fuldt afklaret

Ovenstående sagkyndige beslutninger har bidraget med en tiltrængt og anvendelig afklaring af retsstillingen for visse situationer. Ikke desto mindre bør bygherren eller total- eller hovedentreprenøren fortsat træde varsomt, hvis entreprenøren går konkurs, idet forløbet efter konkursen kan udfolde sig på mange forskellige måder, som hver især kræver sin egen faktiske og juridiske håndtering for at undgå utilsigtet nedskrivning af entreprenørgarantien.

F.eks. er det fortsat uafklaret, på hvilket tidspunkt der sker en automatisk nedskrivning af entreprenørgarantien i det tilfælde, hvor konkursboet tiltræder en stadeopgørelse, der er udarbejdet og fremsendt af bygherren. I dette scenarie kunne man for eksempel forestille sig, at den tiltrådte stadeopgørelse vil blive sidestillet med en stadeprotokol med den virkning, at entreprenørgarantien nedskrives automatisk fra 15 % til 10 % på

tidspunktet, hvor konkursboet tiltræder stadeopgørelsen, hvilket ikke nødvendigvis vil være tiltænkt fra bygherrens side.

## DLA Piper bemærker

Den stedfundne afklaring af retsstillingen om automatisk nedskrivning af entreprenørgarantierne i konkurs har bidraget med en - for bygherre - operationel fremgangsmåde, hvorefter bygherren i de i praksis oftest forekommende situationer kan indkalde den konkursramte entreprenør til en stadesforretning, og samtidig undgå utilsigtet nedskrivning af entreprenørgarantien fra 15% til 10%, så længe bygherren anmoder om udbetaling under entreprenørgarantien *i snæver forbindelse med modtagelsen af stadeopgørelsen og omkostningsopgørelsen.*

Begrebet *snæver forbindelse med* kan med udgangspunkt i den foreliggende praksis udlægges til, at 5 arbejdsdage (beregnet fra tidspunktet hvor omkostningsopgørelsen fra Voldgiftsnævnet foreligger) er *i snæver forbindelse med*, mens 13 arbejdsdage er for længe at vente, og at garantien derfor vil være nedskrevet.

Ikke desto mindre opererer bygherren under alle omstændigheder i et minefelt af faldgruber, hvor juridisk bistand vil være påkrævet, herunder til at udarbejde stadetema og gennemføre stadesforretningen og efterfølgende bistå med rettidig opgørelse af bygherrens erstatningskrav, samt udarbejdelse af anmodning om udbetaling under entreprenørgarantien.

Samtidig skal bygherren træde varsomt ved på egen hånd at udarbejde og fremsende egne stadeopgørelser, eftersom det endnu er uafklaret i praksis, om en sådan fremgangsmåde kan udløse den automatiske nedskrivning af entreprenørgarantien fra 15% til 10%, hvis kurator tiltræder opgørelsen. Endelig må det anbefales, at bygherren reagerer hurtigt ved entreprenørens konkurs, således at de nødvendige skridt iværksættes uden tab af rettigheder for bygherren, og uden utilsigtet nedskrivning af entreprenørgarantien.

*Hos DLA Piper rådgiver vi i alle aspekter vedrørende entrepris, herunder i relation til konkurser i byggeriet. Du er meget velkommen til at rette henvendelse til en af vores specialister for spørgsmål eller yderligere drøftelse, herunder hvis du selv sidder med en tvist eller en konkursramt entreprenør.*