

## 2007-094 Tolkning av en forskuddsgaranti

Banken hadde overfor klagerne stilt en forskuddsgaranti på kr 150.000,- i forbindelse med at klagerne inngikk en kontrakt med en hytteentreprenør. Denne gikk konkurs mens hytta fortsatt var under oppføring. Det oppsto tvist mellom banken og klagerne om forskuddsbetalingen var avregnet ved senere foretatte innbetalinger. Nemnda fant at opplysningene i saken tilsa at forskuddet ikke var avregnet, og at banken pliktet å utbetale kr 150.000,- til klagerne. En anførsel om at det hadde funnet sted et debitorskifte, som ikke var godkjent av banken, førte ikke frem.

### I. Saksfremstilling

Den 27. juni 2005 inngikk klagerne en kontrakt som gjaldt kjøp av en tomtegrunn i ... kommune. Banken stilte ikke garanti for denne kontrakten, men en forskuddsgaranti for kontrakten mellom klagerne og entreprenøren ... Hytta AS som gjaldt oppføring av en hytte på tomten. Klagerne og ... Hytta AS inngikk en egen entreprenøravtale den 24. januar 2006. Det fremgår av forskuddsgarantien av 5. juli 2005 at garantibeløpet var kr 150.000,-. Den 27. juni 2005 undertegnet klagerne og ... Hytta AS en byggeklausul der det heter:

”Til sikkerhet for hyttekjøpsforpliktelsen, er kjøper forpliktet til umiddelbart og senest innen 14 dager etter signering av denne avtalen å innbetale NOK 150.000,- til konto ... tilhørende ... Hytta AS, ... (adr.) for oppføring av hytte. Kjøper er dog ikke forpliktet til å innbetale noe vederlag for hyttekjøp før kjøper har mottatt fullverdig bankgaranti eller lignende som skal sikre forskuddsinnbetalingen. Jfr. Bustadoppføringslova. Denne forskuddsinnbetalingen blir fratrukket – ved påbegynt materialleveranse av ... Hytta AS iht. avtalte betalingsbetingelser nærmere fastsatt i avtale om hyttekjøp (normalt ved faktura nr 2 ”materialleveranse og/eller oppstart montering/oppføring” av hytten). Formalisert og spesifisert avtale om hyttekjøp skal foreligge senest 3 måneder etter inngått tomtekjøpsavtale.”

Hytta ble påbegynt våren 2006 og var under oppføring da ... Hytta AS gikk konkurs den 28. juni 2006.

Saken gjelder spørsmålet om klagerne kunne gjøre noe krav gjeldende under garantien da ... Hytta AS gikk konkurs.

**Klagerne** fremholder at de har innbetalt vesentlig mer enn verdien av materialer og arbeid som var levert på konkurstidspunktet. Det vil foreligge et forskudd på ethvert tidspunkt hvor det er betalt inn mer enn verdien av det som er levert av materialer og arbeid. Faktura nr 73 er ikke et bevis på at det er foretatt en avregning. Forskuddsgarantien var gjeldende på

konkurstidspunktet, og manglende levering av materialer og arbeid i forhold til foretatte innbetalinger må dekkes av garantien.

Etter klagerens oppfatning kan ikke et forskudd avregnes før det er levert verdier på tomten som minst tilsvarer det beløp som forskuddet skal avregnes mot. Banken kan ikke hevde at det kun foreligger en forskuddsbetaling når det er innbetalt mer enn betalingsplanen tilsier.

Klagerne protesterte mot å betale fakturaen på kr 249.000,- datert 5. mai 2006. I denne fakturaen var det foretatt et fradrag på kr 150.000,-. På dette tidspunktet var det bare satt opp grunnmur, og det ble således krevd innbetalt vesentlig større beløp enn det som var tilført av verdier på tomten. Byggmesteren fikk ikke oppgjør fra ... Hytta AS. ... Hytta AS inngikk avtale med byggmesteren om at klagerne kunne betale for tømmeren til byggmesteren via klientkonto. Den videre innbetalingen ble foretatt til byggmesteren via advokat ... klientkonto. Det ble innbetalt til sammen kr 249.000,- til kontoen den 22. mai og 19. juni 2006. Det er ikke riktig som fremholdt av banken, at klagerne ved dette har foretatt et skifte av entreprenør og valgt bort bankgarantien. Det må være uten betydning for garantiens gyldighet at ... Hytta AS ba en underentreprenør om å gjøre jobben og ba klagerne foreta betaling direkte til ham.

Klagerne bestrider å ha signert eller mottatt noen betalingsplan fra ... Hytta AS. Det ble heller ikke undertegnet noen betalingskontrakt da byggmesteren nektet å gjøre dette på grunn av den økonomiske situasjonen som ... Hytta AS var i.

Det var bankens prosessfullmektig ... Fordringsforvaltning AS som ba klagerne om å få innhentet en takst pr konkurstidspunktet. Denne taksten er relevant dokumentasjon for krav under forskuddsgarantien.

**Banken** fremholder at det i herværende sak ikke foreligger en forskuddsbetaling. Etter bankens oppfatning kan det kun sies å foreligge en forskuddsbetaling hvis det kan dokumenteres at det er blitt innbetalt mer enn det som faktisk er levert i henhold til fakturaer og betalingsplan. Klagerne har ikke dokumentert at så er tilfelle.

Når det oppføres boliger som omfattes av bustadoppføringslova (buofl.), antas det å være ganske vanlig at en forskuddsgaranti (bustadoppføringslova § 47) dekker alle innbetalinger som foretas inntil oppføringen er gjennomført. I denne saken har banken lagt til grunn at det var avtalt at det fra tidspunktet for betaling av faktura nr 2 skulle skje et skifte i form av at det skulle skje en overgang fra en forskuddsbetalingsordning til en "ytelse mot ytelse"-ordning. Dette fremgår blant annet av kontraktene mellom partene. Banken har derfor vurdert saken slik at det ikke lenger var krav om en forskuddsgaranti etter buofl. § 47 tredje ledd, idet den avtalte ordning da var innenfor buofl. § 47 første ledd bokstav a, ved at det ble avtalt samsvar mellom arbeid/materialer og det som var betalt.

Det er fremlagt en takst pr 5. juli 2006 som indikerte en differanse på kr 197.000,- mellom de betalinger som klagerne hadde foretatt, kr 630.000,-,

og verdien av tilførte materialer og arbeid, kr 433.000,-. Differansen kan skyldes at den løpende egenkontrollen under ytelse mot ytelse-ordningen gikk dårlig eller at materialer og arbeid har vært for høyt priset. Idet det ikke lenger gjaldt en forskuddsgaranti, er denne differansen byggherrens risiko.

Bankklagenemnda har forespurt banken om den er av den oppfatning at det etter levering av materialer på byggetomten var tilført verdier tilsvarende 65 % av kontraktssummen. Idet banken er kjent med at betalingsplanen ikke var underskrevet av partene og er opplyst ukjent for klagerne, har en fra bankens side vært tilbakeholden med å hevde at det ble fulgt en plan med bestemte prosentsatser.

Imidlertid setter klagerens brev av den 21. april 2007 saken i et annet lys. I brevet opplyses det at en faktura nr 4, på kr 249.000,-, som ifølge fakturateksten inneholdt tilbakebetalingen av forskuddet, aldri ble betalt til ... Hytta AS. I tillegg opplyses det at de to påfølgende fakturaene på henholdsvis kr 130.000,- og kr 119.000,- ble betalt til utførende byggmester.

Banken betviler og bestrider således at det inngått en avtale med ... Hytta AS om skifte av betalingsmottaker. Det må således sies å foreligge et avtalebrudd fra klagerens side i forhold til ... Hytta AS og uansett et brudd på de forutsetninger om partsforholdet som banken la til grunn ved garantiutstedelsen. Banken har ikke samtykket i et personskifte av hoveddebitor. På denne måten valgte klagerne bort den garantien som kun ble stilt for det forskuddet som ble innbetalt til ... Hytta AS og for ... Hytta ASs kontraktsforpliktelse. Garantien må anses opphørt, jf blant annet Carsten Smith, Garantikrav og garantistvern, annen utgave s 368, om personskifte i hovedforholdet.

Til slutt vil banken påpeke at det av klagerne fremlagte vedlegget til e-post av den 31. mai 2006, kan leses slik at det på tidspunktet før overgangen til byggmesterens videreføring for det meste var samsvar mellom betaling og avtalt leveranse fra ... Hytta AS.

Bankklagenemndas sekretariat har bedt banken opplyse når den første gang så betalingsplanen og byggeklausulen. Begge disse dokumentene var vedlegg til kontrakten av 27. juni 2005 og lå derfor til grunn for bankens garantiutstedelse.

\*\*\*\*\*

Klagen forstås slik at klagerne krever at banken utbetaler kr 150.000,- tillagt renter etter forsinkelsesrenteloven.

## II. Bankklagenemndas begrunnelse

I juni 2005 inngikk klagerne en avtale med entreprenøren ... Hytta AS om oppføring av en fritidsbolig. Banken stilte i juli 2005 en forskuddsgaranti på kr 150.000,- for de forpliktelser som entreprenøren hadde i anledning av klagernes betaling av det avtalte forskuddet på kr 150.000,-. Hytta var fortsatt under oppføring da ... Hytta AS gikk konkurs den 28. juni 2006, og partene i klagesaken tvistes om forskuddsbetalingen er avregnet.

I henhold til en udatert betalingsplan som banken ble forelagt, men som klagerne bestrider å ha sett, skulle forskuddet avregnes ved betalingen av den andre fakturaen. Bankklagenemnda legger til grunn at klagerne betalte de tre første fakturaene fra entreprenøren uten at det ble foretatt noen avregning. I den fjerde fakturaen, datert 5. mai 2006, var det angitt at det skulle foretas en avregning på kr 150.000,-. Denne regningen ble ikke betalt fordi klagerne mente at det ble krevd et vesentlig større beløp enn de verdier som var tilført tomten. Nemnda legger til grunn at klagerne deretter, den 22. mai og den 19. juni 2006, betalte to regninger direkte til underentreprenøren via klientkonto for hans arbeid. Ifølge klagernes e-post av 31. mai 2006 til ... Hytta AS var dette akseptert av hovedentreprenøren.

Bankklagenemnda finner at oppstillingen i e-posten av 31. mai 2006 og øvrige opplysninger fra klagerne tilsier at forskuddet på kr 150.000,- ikke er avregnet. Det fremgår riktignok av den fjerde fakturaen at det i denne regningen er foretatt en avregning. Ettersom klagerne ikke betalte denne regningen, men betalte direkte til underentreprenøren for det arbeidet som han utførte, kan det ikke ses å være sannsynliggjort at forskuddet er fratrukket. Banken er bedt om å dokumentere at avregning likevel er foretatt, men har kun henvist til den fjerde fakturaen.

Nemnda er etter dette kommet til at klagerne kan gjøre krav gjeldende under garantien. Banken har fremholdt at det foreligger et debitorskifte som banken ikke har godkjent og at bankens forutsetninger om partsforholdet er brutt. Nemnda bemerker at klagerne ikke kan anses å ha skiftet hoveddebitor. Bruddet i betalingskanalene for et relativt begrenset arbeid kan ikke anses som en bristende forutsetning for garantistillelsen. Nemnda bemerker generelt at et slikt direkte oppgjør i enkelte tilfeller kan være nødvendig for å sikre verdier når hovedentreprenøren er på konkursens rand, og en bolig under oppføring for eksempel ikke har kommet under tak. I nærværende sak var slikt oppgjør uansett akseptert av hovedentreprenøren.

Uttalelsen er enstemmig.

### **III. Bankklagenemndas konklusjon**

Banken er forpliktet til å utbetale klagerne kr 150.000,- tillagt renter etter forsinkelsesrenteloven.

Oslo, den 10. september 2007

Viggo Hagstrøm    Stig B. Andersen

Erik Bøhn    Jo Gjedrem

Anne Sofie Faye-Lund