

Ár 2016, föstudaginn 9. desember, er fundur haldinn í úrskurðarnefnd um viðskipti við fjármálafyrirtæki.

Mætt eru: Haukur Guðmundsson, formaður, Geir Arnar Marelsson, Hrannar Már Gunnarsson, Unnur Erla Jónsdóttir og Oddur Ólason.

Fyrir er tekið **mál nr. 48/2016:**

M
gegn
F

og kveðinn upp svohljóðandi

ú r s k u r ð u r :

I.

Málsmeðferð.

Málsaðilar eru M hér eftir nefndur sóknaraðili, annars vegar og F, hér eftir nefndur varnaraðili, hins vegar.

Málið barst úrskurðarnefndinni 9. september 2016, með kvörtun sóknaraðila, dags. sama dag. Með tölvupósti nefndarinnar 12. september 2016, var kvörtunin send varnaraðila og honum gefinn kostur á að tjá sig um hana og skýra sjónarmið sín. Svör varnaraðila bárust með bréfi, dags. 5. október 2016. Var bréfið sent sóknaraðila, með tölvupósti nefndarinnar, dags. 7. október 2016, og honum gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum sínum. Athugasemdir sóknaraðila bárust með tölvupósti, dags. 20. október 2016.

Málið var tekið fyrir á fundi nefndarinnar 9. desember 2016.

II.

Málsatvik.

Málsatvik eru þau að með ábyrgðaryfirlýsingu, útgefinni 19. janúar 2016, lýsti varnaraðili yfir að hann ábyrgðist sóknaraðila, sem verkkaupa, greiðslu á allt að 22.681.347 kr., sem tryggingu fyrir því að A hf., myndi inna af hendur samningsskyldur sínar, sem verktaki, við að steypa undirstöður, leggja grunnlagnir, steypa botnplötu og millibyggingu vörugæmsluhúss, sem hann var að reisa í samræmi við verksamnings hans og sóknaraðila frá 23. desember 2015, útboðslýsingu og önnur samningsgögn. Verktakinn, A hf., hvarf frá verkinu er bú hans var tekið til gjaldþrotaskipta með úrskurði héraðsdóms Reykjavíkur.

Með bréfi, dags. 23. mars 2016, tilkynnti lögmaður sóknaraðila varnaraðila að hann þyrfti væntanlega að gera kröfu á hendur honum grundvelli verkábyrgðaryfirlýsingarinnar vegna gjaldþrots verktakans og óskaði jafnframt eftir því að bankinn tæki afstöðu til þess hvort hann hygðist fá að yfirtaka verkið í samræmi við áskilnað í ábyrgðaryfirlýsingunni og jafnframt var því lýst að mikilvægt væri fyrir sóknaraðila að fá hið fyrsta skorið út því þar sem mikilvægt væri fyrir hann að þegar yrði fenginn nýr aðili til að ljúka verkinu. Með tölvupósti til lögmanns sóknaraðila hinn 29. mars 2016 staðfesti bankinn að hann myndi ekki nýta sér heimild sína til að taka yfir framkvæmdir

við verkið og í framhaldinu gerði sóknaraðili hinn 31. mars 2016 samning við B ehf. um yfirtöku á verksamningnum með samþykki skiptastjóra þrotabús A ehf.

Í kröfulýsingu sóknaraðila til skiptastjóra dags. 27. maí 2016 gerði hann grein fyrir tjóni sem hann hefði orðið fyrir vegna gjaldþrots A ehf. Þann 30. maí sendi hann varnaraðila kröfubréf, en þar gerði hann kröfu til þess að varnaraðili greiddi sér að fullu verkábyrgðina og vísaði til kröfulýsingarinnar þar sem hann sundurliðaði kröfu sína þannig að honum yrðu endurgreiddar 10.280.009 kr. úr búinu vegna umframgreiðslu miðað við framvindu, að honum yrðu greiddar samningsbundnar tafabætur í samtals 63 daga með 756.045 kr. fyrir hvern dag eða samtals 47.630.835 kr. og enn fremur að honum verði greiddar skaðabætur að fjárhæð 1.573.550 kr. vegna annars fjártjóns sem leitt hefði af vanefndum þrotamanns. Samtals nam lýst krafa sóknaraðila til skiptastjóra 59.491.394 kr. Með bréfi bankans til lögmanns sóknaraðila, dags. 29. júní 2016, tilkynnti bankinn að hann féllist á að greiða úr verkábyrgðinni bætur vegna umframgreiðslu og fjártjóns, samtals 11.860.559 kr. en aftur á móti hafnaði bankinn að greiða sóknaraðila vegna tafarbóta á þeim grundvelli að fjártjón hans vegna tafa á verkinu hafi ekki verið staðreynt. Með bréfi lögmanns sóknaraðila til bankans, dags. 13. júlí 2016, var afstöðu bankans mótmælt og þess krafist að hann myndi greiða stefnanda þá fjárhæð sem eftir stóð af ábyrgðinni, 10.820.788 kr. vegna tjóns sóknaraðila af töfum á verkinu, ásamt dráttarvöxtum og innheimtukostnaði.

Skiptastjóri þrotabús A ehf. samþykki þann 25. ágúst lýsta kröfu sóknaraðila til dagsekta fyrir 23 daga með 17.389.035 kr. á þeim grundvelli að fyrir liggi með samkomulagi sóknaraðila og B ehf., sem gert var hinn 30. maí samhliða yfirtöku verksamningsins, að umsamin verklok, samkvæmt þeim samningi hafi verið umsamin 5. september í stað 12. ágúst eins og um var samið í upphaflegum verksamningi. Hefur sóknaraðili fallist á þá afstöðu og með því að eftirstöðvar verkábyrgðar bankans nema lægri fjárhæð ber honum að greiða hana að fullu.

Með bréfi sem barst úrskurðarnefndinni 5. október 2016 samþykkti varnaraðili að verða við kröfu sóknaraðila um greiðslu á eftirstöðvum verkábyrgðarinnar. Varnaraðili mótmælir hinsvegar kröfum sóknaraðila um dráttarvexti og málskostnað og gengur málið því til nefndarinnar um þær kröfur.

III.

Umkvörtunarefni.

Sóknaraðili krefst þess að varnaraðila verði gert að greiða sóknaraðila 10.820.788 kr. með dráttarvöxtum skv. 1. mgr. 6. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 58/2001 frá 30. júní 2016 til greiðsludags, auk málskostnaðar að fjárhæð 1.512.868 kr.

Sóknaraðili telur að taka beri kröfu hans um greiðslu eftirstöðva verkábyrgðarinnar til greina vegna þess að haldlaust sé fyrir varnaraðila að bera það fyrir sig að sóknaraðili þurfi að sýna fram á að hann hafi orðið fyrir sérstöku fjártjóni vegna gjaldþrots A ehf. og tafa á verkinu. Sóknaraðili byggir á því að túlka verði texta verkábyrgðar þeirrar sem varnaraðili hafi gefið út til sóknaraðila hinn 19. janúar 2016 þannig að hún nái til ábyrgðar á öllum kröfum sem sóknaraðili kunni að eignast á hendur A ehf. á grundvelli verksamnings aðila.

Sóknaraðili bendir á að með ábyrgðaryfirlýsingu bankans hafi hann ábyrgst greiðslu á allt að 22.681.347 kr. sem tryggingu fyrir því að verktakinn myndi inna af hendi samningsskyldur sínar samkvæmt verksamningnum. Fyrir liggi að verktakinn hafi ekki haldið sig við tímaáætlun verksins og hafi síðar orðið gjaldþrota. Samkvæmt ákvæðum verksamningsins og ákvæðum ÍST30:2012 eigi sóknaraðili rétt til

samningsbundinna tafabóta úr hendi verktakans. Almennt sé litið svo á að þegar samið sé um að verktaki skuli greiða tafabætur ef verk tefst þá hafi verið gengið út frá því við samningsgerð að tafir á verki leiði til fjártjóns fyrir verkkaupa en fyrirfram sé ákveðin fjárhæð þeirra, í stað þess að verkkaupi þurfi að sanna raunverulegt fjártjón sitt, eins og t.d. með matsgerð dómkvaddra manna, og jafnframt og ekki síst til þess að verkkaupi geti séð hverjar fjárhagslegar afleiðingar það hafi fyrir hann að skila ekki verki á tilsettum tíma í stað þess að vera í óvissu um fjárhæðina enda sé almenna reglan sú að þegar samið sé um tafabætur þá geti verkkaupi ekki krafist hærri bótagreiðslna þó hann geti sýnt fram á frekara tjón, sbr. grein 5.2.5. í ÍST30:2012. Sóknaraðili telur ákvæði í niðurlagi verkábyrgðaryfirlýsingarinnar um að sóknaraðili verði að sýna fram á „fjárhagslegt tjón“ verði að skoða í ljósi þessara almennu reglna um tafabætur og að hann hafi því sýnt fram á slíkt tjón sitt með vísan til samningsákvæðanna.

Sóknaraðili vísar til þess að það hafi verið tilætlan aðila að ábyrgðaryfirlýsingin hafi átt að ná til greiðslu samningsbundinna tafabóta ef skilyrði til greiðslu þeirra myndu stofnast í réttarsambandi sóknaraðila og verktakans. Þá sé réttur sóknaraðila til tafabóta úr hendi verktakans sé skýr og augljós og sé m.a. vísað til niðurstöðu skiptastjóra um greiðsluskuldbindinguna.

Hafi það verið tilætlan varnaraðila við útgáfu ábyrgðaryfirlýsingarinnar að hún ætti ekki að taka til áhættu vegna tafabóta, þá hefði það þurft að koma skýrt fram í ábyrgðaryfirlýsingunni, ekki síst í ljósi þess að yfirlýsingin hafi verið samin á grundvelli verksamnings en í honum sé hvergi getið um það að krafa um að verktaki setji tryggingu fyrir réttum efndum samningsins eigi ekki að ná til tafabóta sem kunna að falla til. Þá hafi texti ábyrgðaryfirlýsingarinnar verið saminn einhliða af varnaraðila og því beri að túlka honum í óhag ef talið sé að ákvæðin séu ekki skýr, sbr. t.d. Hæstaréttardómar í málum 1995, bls. 187 og 1998 bls. 76.

Nánar sundurliðar sóknaraðili kröfu sína með vísun til þess að samkvæmt grein 0.4.2 útboðsgagna sem hafi verið samningsgögn með verksamningi sóknaraðila og A ehf., dags. 23 desember 2015 og 7. kafla verksamnings, hafi verktakanum borið að standa sóknaraðila skil á tafabótum fyrir hvern almanaksdag sem það myndi dragast að hann myndi skila verki sínu. Fjárhæð tafabóta skyldi nema 0,2% af samningsfjárhæðinni fyrir hvern dag. Umsaminn samningsfjárhæð verksins hafi verið 378.022.443 kr. samkvæmt 11. kafla í verksamningnum. Umsamdar tafabætur hafi því verið 756.045 kr. fyrir hvern almanaksdag sem tafir yrði á verkinu. Sóknaraðili hafi reiknað sér tafabætur í 63 daga, samtals 47.630.835 kr. sem hann hafi sundurliðað og rökstutt nánar í kröfulýsingu sinni til skiptastjóra og í kröfubréfi til varnaraðila.

Sóknaraðili telur það engu skipta varðandi kröfu hans og úrlausn málsins fyrir úrskurðarnefndinni þó sóknaraðili hafi ekki mótmælt afstöðu skiptastjóra um að samþykkja einungis tafabætur fyrir 23. daga, þrátt fyrir framangreindan rökstuðning enda nemi fjárhæð tafabóta fyrir 23. daga hærri fjárhæð en þær eftirstöðvar verkábyrgðarinnar sem sóknaraðili krefji bankann um að greiða sér.

Sóknaraðili krefst þess að varnaraðili greiði sér dráttarvexti skv. 1. mgr. 6. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 30. júní 2016 en þann dag hafi verið liðinn mánuður frá því að lögmaður sóknaraðila krafði varnaraðila um greiðslu og sé vísað til 3. mgr. 5. gr. sömu laga um að frá og með þeim degi falli dráttarvextir á kröfuna. Þess sé krafist að varnaraðili greiði málskostnað lögmanns skv. 5. gr., sbr. 1. mgr. gjaldskrár C ehf. að fjárhæð 1.512.868 kr.

Loks skorar sóknaraðili á varnaraðila að leggja fram umsókn A hf. um verkábyrgðina og öll önnur gögn vegna afgreiðslu hennar.

Þrátt fyrir svarbréf varnaraðila þar sem bankinn fellst á meginkröfur sóknaraðila telur sóknaraðili óhjákvæmilegt að málið gangi til nefndarinnar til að fá úrlausn um kröfu sóknaraðila um dráttarvexti og málskostnað.

Sóknaraðili telur að varnaraðila beri að greiða honum dráttarvexti skv. 1. mgr. 6. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 58/2001. Haldlausar séu þær mótbáru að sóknaraðili hafi ekki lagt til gögn til að staðreyna tjón. Vísað sé til þeirrar meginreglu bankaábyrgða að banka sé skylt að greiða út ábyrgð þegar krafist sé. Allar undantekningar frá því er lúti að efni þeirra gagna sem fylgja beri kröfu verði að skýra þröngt. Fyrir liggi að sóknaraðili hafi lagt til bankans öll gögn þegar krafan hafi verið sett fram hinn 30. maí 2016 og dráttarvextir falli því á kröfuna þegar mánuður sé liðinn frá þeim degi. Varnaraðila beri að greiða út ábyrgðina á grundvelli þeirra gagna og þá sé enn fremur mótmælt að einhverja þýðingu hafi í því sambandi að vísa til þess að bíða hefði átt eftir niðurstöðu skiptastjóra þrotabús A hf. um afstöðu búsins til kröfu sóknaraðila. Vísar sóknaraðili til reglna Alþjóðaverslunarráðsins um ábyrgðir, *Uniform Rules for Demand Guarantees*, þessu til staðfestu.

Fallist nefndin á með varnaraðila að hún hafi ekki heimild til að ákvarða málskostnað eins og krafist sé þá krefst sóknaraðili þess til vara varnaraðila verði gert að greiða sóknaraðila innheimtuþóknun skv. 11. gr. gjaldskrár C ehf. að fjárhæð 473.573 kr. eins og krafist hafi verið í bréfi til bankans frá 13. júlí 2016, en til þrautavara að fjárhæð 297.415 skv. leiðbeinandi reglum innanríkisráðuneytisins fyrir lögmenn um endurgjald sem þeim er hæfilegt að áskilja umbjóðendum sínum úr hendi skuldara vegna kostanaðar af lögnheimtu peningakröfu frá 26. apríl 2013. Byggir sóknaraðili á því að varnaraðili verði að bera ábyrgð á því að hafa í öndverðu neitað að greiða út alla ábyrgðina á grundvelli rangrar lögfræðilegrar niðurstöðu og þar með bakað sé bótaskyldu gagnvart sóknaraðila og beri að greiða honum eðlilega þóknun lögmanns við að innheimta eftirstöðvarnar.

IV.

Athugasemdir varnaraðila.

Í bréfi dags. 5. október 2016 kemur fram að varnaraðili hafi ákveðið að verða við kröfu sóknaraðila um greiðslu á eftirstöðvum verkábyrgðar Y, þ.e. 10.820.788 kr.

Varnaraðili mótmælir á hinn bóginn dráttarvaxtakröfu sóknaraðila og krefst þess að henni verði hafnað. Varnaraðili telur að upphafstími vaxta geti aldrei orðið fyrr en mánuði frá þeim degi er sóknaraðili sannanlega hafi lagt fram upplýsingar sem hafi staðreynt fjártjón hans vegna tafa á verkinu. Það hafi hann gert 9. september 2016 með kvörtun sinni til nefndarinnar, sbr. m.a. 9. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

Varnaraðili mótmælir einnig kröfu sóknaraðila um greiðslu málskostnaðar að fjárhæð 1.512.868 kr. og krefst þess að henni verði hafnað. Úrskurðarnefnd um viðskipti við fjármálafyrirtæki hafi hvorki samkvæmt samþykktum fyrir nefndina né öðrum samningum sem bankinn hafi undirgengist heimild til að ákvarða sóknaraðila málskostnað í málinu, sbr. t.d. úrskurði nefndarinnar í málum nr. 39/2014, 105/2013 og 172/2012 og til hliðsjónar dóm Hæstaréttar frá 7. apríl 2009 í máli nr. 444/2008.

V.

Niðurstaða.

Í tölvupósti dags. 5. október lýsti varnaraðili því yfir að hann hafi ákveðið að verða við kröfu sóknaraðila um greiðslu á eftirstöðvum verkábyrgðar Y, þ.e. 10.820.788

kr. Ágreiningur aðila lýtur því aðeins að því hvort varnaraðila beri að greiða sóknaraðila dráttarvexti frá 30. júní 2016 og málskostnað að fjárhæð 1.512.868 kr.

Í málinu liggur fyrir kröfubréf sóknaraðila, dags. 30. maí 2016, ásamt þeim gögnum sem því fylgdu. Fæst ekki séð að á því tímamarki hefði verið unnt að styðja kröfuna öðrum og betri gögnum um tjón sóknaraðila en þá var teft fram. Samkvæmt upphaflegum verksamningi skyldi framkvæmdum lokið 12. ágúst 2016 og var því ekki komið að því tímamarki að sem dagsektir skyldu miðast við. Þarf hér að leggja á það mat hvort skilmálar ábyrgðarinnar stóðu til þess að sóknaraðili gæti krafist útgreiðslu hennar með því að vísa til þeirra tafa sem væntanlega myndu hljóta af vanefndum hins gjaldþrota félags á verksamningnum. Telur nefndin í þessu samhengi að vanefndir félagsins á að greiða dagsektir fyrir tafir leiði almennt til sömu greiðsluskyldu og aðrar vanefndir. Var því þarflaust að sýna fram á sérstakt fjártjón af töfunum, en kjarni málsins að þessu leyti er sá hvort nægilega hafi verið sýnt fram á tafir vegna vanefnda af hálfu félagsins.

Í kröfulýsingunni sem fylgdi kröfubréfinu er því ítarlega lýst að verktakinn hafi verið 6 vikum á eftir áætlun við gjaldþrotið og það stutt gögnum og vísunum í verkfundargerðir. Þessa kröfugerð þarf að bera saman við lýsingu ábyrgðarinnar sjálfrar um skilyrði þess að hún verði greidd út. Í ábyrgðinni segir „*Verkkaupi getur krafist F um greiðslu ábyrgðarfjárhæðarinnar að einhverju eða öllu leyti, án undangengins dómsúrskurðar, telji hann það nauðsynlegt til að ljúka verki eða verkhluta eða bæta galla sem fram hafa komið á verki verktaka. Einnig til greiðslu á hverskonar kostnaði sem verkkaupi verður fyrir vegna vanefnda verktaka á ákvæðum verksamningsins.*“ Þetta orðalag, sem vísar í eigið mat verkkaupa á nauðsyn þess að ganga að ábyrgðinni, felur að mati nefndarinnar í sér að verkkaupinn getur krafist útgreiðslu við þær aðstæður að verktakinn er orðinn gjaldþrota og teft er fram rökstuddu mati á að tjón hans, m.a. vegna tafa á verkinu, nemi hærri fjárhæð en ábyrgðinni. Það komi hins vegar í hlut verktakans, eða í þessu tilfelli þrotabús hans, að freista þess að krefja verkkaupann um það sem talið er að hann hafi þannig fengið ofgreitt. Verður því fallist á það með sóknaraðila að varnaraðila beri að greiða honum dráttarvexti skv. 1. mgr. 6. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 30. júní 2016, eða mánuði eftir að lögmaður sóknaraðila krafði varnaraðila um greiðslu.

Sóknaraðili krefst einnig málskostnaðar vegna vinnu lögmanns við að halda málinu fram gagnvart nefndinni. Úrskurðarnefnd um viðskipti við fjármálafyrirtæki hefur samkvæmt samþykktum fyrir nefndina enga heimild til að ákvarða sóknaraðila málskostnað í þessu máli og verður að hafna þessari kröfu eins og hún er fram sett. Í því felst á hinn bóginn engin afstaða til þess hvort sóknaraðili kunni að eiga rétt til þess að varnaraðili greiði honum áfallinn innheimtukostnað.

Ú r s k u r ð a r o r ð:

Varnaraðili, F, skal greiða sóknaraðila dráttarvexti frá 30. júní 2016 af 10.820.788 kr. frá 30. júní 2016 til þess dags er krafan var greidd.

Reykjavík, 9. desember 2016.

Haukur Guðmundsson

Geir Arnar Marelsson
Unnur Erla Jónsdóttir

Hrannar Már Gunnarsson
Oddur Ólason