



HØJESTERETS KENDELSE

afsagt onsdag den 16. december 2020

Sag BS-25526/2020-HJR

A
(advokat Stig Boe Krarup)

mod

TH Group ApS
(advokat Jesper Nørgaard)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten i Lyngby den 29. november 2019 (BS-32289/2019-LYN) og af Østre Landsrets 18. afdeling den 20. april 2020 (BS-10495/2020-OLR).

Dommerne Vibeke Rønne, Henrik Waaben og Jan Schans Christensen har deltaget i denne afgørelse.

Påstande

Kærende, A, har nedlagt påstand om, at skønserklæringerne i sagens bilag 6 og 7 ikke skal tillades fremlagt.

Indkærede, TH Group ApS, har påstået stadfæstelse.

Sagsfremstilling

Denne kæresag udspringer af en verserende sag, hvor TH Group ApS over for A har nedlagt påstand om erstatning for mangelfuldt arbejde, som A har udført som underentreprenør på et byggeprojekt, hvor TH Group var hovedentreprenør.

Forud for den verserende sag har der været en retssag mellem TH Group og projektets bygherre, der i landsretten blev afgjort forligsmæssigt.

Under sagen mellem TH Group og bygherre blev der efter reglerne i retsplejelovens kapitel 19 afholdt syn og skøn og udarbejdet skønserklæring af 13. juni 2017 (bilag 6) og supplerende skønserklæring af 10. april 2019 (bilag 7). Disse bilag ønsker TH Group nu fremlagt under sagen mod A.

Det er ubestridt, at skønserklæringerne er indhentet uden As medvirken, ligesom A hverken har været adciteret eller procestilvarslet i sagen mod bygherren.

A var på tidspunktet for arbejdets udførelse indehaver af den personligt ejede virksomhed X-firma v/A. Virksomheden var under konkurs, da sagen mellem bygherre og TH Group verserede.

Ved Retten i Lyngbys kendelse af 29. november 2019 blev det tilladt TH Group at fremlægge bilag 6 og 7. Som begrundelse herfor anførte retten følgende:

”De pågældende skønserklæringer er indhentet inden sagsanlægget og kan i udgangspunktet frit fremlægges, medmindre særlige omstændigheder i forhold til skønsmandens person eller omstændighederne ved deres tilblivelse kan føre til et andet resultat.

A har ikke fremsat indsigelser mod skønsmandens habilitet eller kompetence, eller vedrørende formuleringen af de spørgsmål og supplerende spørgsmål, der er stillet til skønsmanden i de omhandlede rapporter.

A har heller ikke gjort gældende, at skønsmanden skulle have begået fejl ved besvarelsen af spørgsmålene. At A er af den opfattelse, at skønsmanden ville have konkluderet anderledes, hvis han havde kunne fremlægge bilag og stillet supplerende spørgsmål ændrer ikke herpå, idet A under denne sag har mulighed for at fremlægge sådanne bilag og stille skønsmanden supplerende spørgsmål.

Det af A anførte i forhold til hans konkurs kan i lyset af ovenstående heller ikke føre til et andet resultat.”

A kærede afgørelsen til Østre Landsret, der den 20. april 2020 stadfæstede byrettens kendelse, idet kendelsen dog blev afsagt under dissens for så vidt angår begrundelsen. I landsrettens kendelse er anført bl.a.:

”Skønserklæringen (bilag 6) og den supplerende skønserklæring (bilag 7) er tilvejebragt i overensstemmelse med retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn under en tidligere retssag mellem TH Group ApS og en bygherre. Spørgsmålet er, om disse skønserklæringer kan fremlægges under denne retssag, som bl.a. angår TH Group ApS’ krav mod A for angivelige mangler ved arbejder, som X-firma v/A har udført som underentreprenør for TH Group ApS for den pågældende bygherre.

Dommerne Julie Arnth Jørgensen og Ulla Staal udtaler herefter: Bilag 6 og 7 er som nævnt tilvejebragt i overensstemmelse med retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn, og de er derfor ikke omfattet af retsplejelovens § 341 a, stk. 1, hvorefter en part som led i bevisførelsen som udgangspunkt kan fremlægge udtalelser og erklæringer om konkrete forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og andre sagkyndige.

Det må som ubestridt lægges til grund, at bygherren i det væsentlige har udbedret de angivelige mangler, og at det derfor ikke længere er muligt at gennemføre syn og skøn.

Herefter, og da A under nærværende sag kan indkalde Bjarne Rasmussen, der har udarbejdet bilag 6 og 7, til at afgive vidneforklaring, jf. retsplejelovens kapitel 18 om vidner, finder vi, at der ikke er grundlag for at nægte de nævnte bilag fremlagt. Det bemærkes, at vi ikke herved har taget stilling til bilagenes bevisværdi.

Med denne begrundelse vil vi stadfæste byrettens kendelse.

Dommer Christian Wenzel udtaler:

Af bemærkningerne til retsplejelovens § 341 a (lovforslag nr. 20 af 5. oktober 2016 om ændring af retsplejeloven) fremgår bl.a.:

”Den foreslåede bestemmelse regulerer [...] fremlæggelse af sagkyndige erklæringer, der svarer til syn og skøn, dvs. som indebærer en besigtigelse og/eller beskrivelse samt vurdering af et konkret faktisk forhold, som er genstand for bevisførelse under sagen. Bestemmelsen angår således ikke sagkyndige erklæringer af generel karakter, der afgives uden konkret undersøgelse af genstande eller personer, ... Bestemmelsen angår kun ensidigt indhentede erklæringer, dvs. erklæringer, som er indhentet uden at inddrage modparten og eventuelt retten.

Det er uden betydning, hvem der har afgivet erklæringen.

De omhandlede erklæringer i bilag 6 og 7 omfatter besigtigelse og vurdering af et konkret faktisk forhold, som er genstand for bevisførelse under sagen, og er indhentet i en retssag, hvor A ikke var part. Da erklæringerne således i forhold til nærværende sag er tilvejebragt uden inddragelse af modparten, må de betragtes som ensidigt indhentede og omfattes af § 341 a, stk. 1. Jeg finder det uden betydning for denne vurdering, at erklæringerne er indhentet på baggrund af syn og skøn i en anden retssag.

Herefter, og da erklæringerne er indhentet inden sagsanlægget, finder jeg, at de skal tillades fremlagt.

Med denne begrundelse vil jeg stadfæste byrettens kendelse.”

Retsgrundlag

Retsplejelovens § 341 a, stk. 1, er sålydende:

”§ 341 a. Erklæringer om konkrete forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter, som en part inden sagsanlægget har indhentet hos sagkyndige, kan fremlægges som bevis, medmindre erklæringens indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse eller andre forhold giver grundlag for at fravige udgangspunktet. Har en part fremlagt en sådan erklæring, kan modparten under i øvrigt samme betingelser fremlægge en tilsvarende erklæring, selv om denne erklæring først har kunnet indhentes efter sagens anlæg.”

Retsplejelovens § 341 a blev indsat ved lov nr. 1725 af 27. december 2016. Lovforslaget blev fremsat den 5. oktober 2016. I de specielle bemærkninger til bestemmelsen hedder det bl.a. (Folketingstidende 2016-17, tillæg A, lovforslag nr. L 20, s. 20):

”Til nr. 6

Det foreslås, at der i retsplejeloven indsættes en ny § 341 a, der – sammen med den foreslåede § 209 a (lovforslagets § 1, nr. 4) – regulerer spørgsmålet om parter adgang til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer om konkrete faktiske forhold mv. til brug for bevisførelsen og fremlæggelse af juridiske responsa mv. om dansk ret til brug for den juridiske argumentation.

Det foreslås således med stk. 1, at det i overensstemmelse med nyere retspraksis fastsættes i loven, at ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer om konkrete tekniske, økonomiske eller lignende forhold som

udgangspunkt kan fremlægges til brug for bevisførelsen, hvis erklæringen er indhentet, før retssagen blev anlagt, dvs. før indgivelse af stævning, jf. stk. 1, 1. pkt. Det er ikke en betingelse, at der er begæret eller udmeldt syn og skøn efter reglerne herom. I praksis vil der dog normalt være tale om, at sådanne erklæringer fremlægges som grundlag for en syn- og skønsforretning, eventuelt begæret af modparten.

Det foreslås i stk. 1, 2. pkt., at modparten i de tilfælde, hvor den anden part fremlægger en ensidigt indhentet erklæring, som er fremskaffet før sagsanlægget, kan fremlægge en ensidigt indhentet "moderklæring", dvs. en erklæring om de samme forhold, selv om det først har været muligt at indhente moderklæringen efter sagsanlægget.

Formålet hermed er navnlig at stille parterne lige med hensyn til deres muligheder for at etablere et udbygget og oplyst grundlag for skønsforretningen og for efter behov at redegøre for deres syn på de omtvistede spørgsmål over for skønsmanden. Adgangen til at fremlægge en "moderklæring" er dog ikke begrænset til tilfælde, hvor der skal foretages syn og skøn, men gælder generelt i tilfælde, hvor modparten er blevet bekendt med den ensidigt indhentede erklæring så sent, at der ikke har været mulighed for at indhente "moderklæringen" før sagsanlægget, eller hvor det i øvrigt helt indtil sagsanlægget har fremstået så uvist for modparten, om stævning ville blive indgivet, at det ville være urimeligt at lægge vægt på, at modparten rent tidsmæssigt kunne have nået at indhente "moderklæringen" før sagsanlægget.

...

Den foreslåede bestemmelse regulerer – ligesom den foreslåede § 209 a (lovforslagets § 1, nr. 4) – fremlæggelse af sagkyndige erklæringer, der svarer til syn og skøn, dvs. som indebærer en besigtigelse og/eller beskrivelse samt vurdering af et konkret faktisk forhold, som er genstand for bevisførelse under sagen.

...

Bestemmelsen angår kun ensidigt indhentede erklæringer, dvs. erklæringer, som er indhentet uden at inddrage modparten og eventuelt retten.

Det er uden betydning, hvem der har afgivet erklæringen.

Anvendelsen af kriteriet "forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter" i stk. 1 indebærer alene en afgrænsning over for juridiske responsa om dansk ret, jf. stk. 2. Der kan således være tale om erklæringer om ethvert faktisk forhold, som sagen angår, og bestemmelsen omfatter dermed f.eks. lægeerklæringer, erklæringer fra tekniske rådgivere og økonomiske analyser, eksempelvis om prisniveauer eller markeds-mæssige konsekvenser af visse dispositioner.

...

Bestemmelsen i stk. 1 indebærer, at det ikke er til hinder for at fremlægge en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring, at dens bevisværdi ofte kan være ret begrænset netop på grund af, at den er ensidigt indhentet. En part kan således som udgangspunkt fremlægge alt, som har dannet baggrund for sagsanlægget eller den nedlagte påstand, men i overensstemmelse med retspraksis foreslås det, at retten dog kan nægte fremlæggelse af de omhandlede erklæringer og "moderklæringer", hvis erklæringens indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse eller andre forhold giver grundlag for at fravige det klare udgangspunkt. Retten må afgøre konkret, om dette er tilfældet.

Erklæringens indhold vil navnlig tale imod fremlæggelse, hvis indholdet er klart irrelevant for sagen. Derimod vil det være uden betydning, at erklæringens indhold ikke kun er "teknisk", men også omfatter en vurdering (et skøn). Det vil også være uden betydning, at erklæringen angår de samme forhold, som et udmeldt syn og skøn skal dreje sig om.

Omstændighederne ved erklæringens tilblivelse vil f.eks. tale imod fremlæggelse, hvis erklæringen må anses for at være faktisk eller videnskabeligt uvederhæftig eller lignende ("bestillingsarbejde"), således at den er helt uden bevismæssig værdi. Selve det forhold i sig selv, at der er en nær tidsmæssig sammenhæng mellem partens modtagelse af den sagkyndige erklæring og sagsanlægget, er uden betydning, idet det netop er karakteristisk for indhentelse af sagkyndige erklæringer som led i forberedelsen af et sagsanlæg, at parten måske nok kan være overbevist om at have et krav, men har behov for at undersøge, om det kan bevises, og hvor stort kravet er."

Lovforslaget bygger på et udkast fra Retsplejelovrådet, der findes i betænkning nr. 1558/2016. Retsplejelovrådet har på s. 58 i betænkningen bl.a. anført følgende:

”Samlet set tilslutter rådet sig således den udvikling, der har fundet sted i retspraksis, hvorefter det nu som udgangspunkt tillades parterne som led i bevisførelsen at fremlægge sagkyndige erklæringer mv., som de har indhentet forud for sagsanlægget, uanset om der er mulighed for syn og skøn efter sagsanlægget.”

Anbringender

A, har anført navnlig, at skønserklæringerne i bilag 6 og 7 er indhentet til brug for en anden retssag mellem TH Group og bygherre, uden at han har medvirket eller været procestilvarslet.

Han har således på ingen måde kunnet udøve sædvanlige partsbeføjelser, herunder stille supplerende spørgsmål, kommentere bilagsmateriale og processkrifter eller fremlægge nye beviser af betydning for besvarelsen af spørgsmålene.

Han har heller ikke haft lejlighed til at deltage ved skønsforretningerne, således at han kunne redegøre for sine opfattelser og betragtninger omkring det udførte arbejde.

Ved UfR 2003.1936 Ø bestemte Østre Landsret, at skønserklæringer indhentet under en sag, hvor en part ikke var repræsenteret, ikke kunne tjene som bevis i en senere sag mod denne part. Dette flugter med det almindelige princip om retten til kontradiktion.

Det er ikke muligt at gennemføre et nyt syn og skøn, og hvis bilagene tillades fremlagt vil retstilstanden være, at man som hovedentreprenør blot kan undlade at adcitere eller procestilvarsele underentreprenøren og vente til de påberåbte mangler er udbedret af bygherren, hvorefter hovedentreprenøren kan indtale krav om fuld regres over for underentreprenør, som vil stå sagesløs over for de bevisstærke skønserklæringer, idet det ikke længere er muligt at genbesigtige de påberåbte mangler ved ejendommen og stille supplerende spørgsmål til skønsmanden.

Man kan ikke reparere på den manglende mulighed for genbesigtigelse af ejendommen med de påberåbte mangler ved at indkalde skønsmanden som vidne, da skønsmanden næppe kan huske de præcise forhold omkring ejendommens stand for ca. 3 år siden.

Skønserklæringerne er ikke ensidigt indhentede erklæringer og kan derfor ikke tillades fremlagt med henvisning til retsplejelovens § 341 a. Retsplejelovens § 341 a forudsætter, at den anden part i sagen kan fremlægge en tilsvarende ensi-

digt indhentet erklæring, hvilket ikke længere er muligt. Anvendes bestemmelsen i denne sag, vil man kunne omgå de processuelle regler for indhentelse af syns- og skønserklæringer.

Kravet er alene anmeldt i konkursboet. Kurator i konkursboet har sluttet boet efter konkurslovens § 143, hvorfor kurator ej heller har taget stilling til, hvorvidt det anmeldte krav blev bestridt, jf. herved konkurslovens § 130 og § 131.

Han har i dag ikke længere adgang til de dokumentbeviser, som vil kunne påvise, at arbejdet er udført korrekt og i henhold til gældende instrukser fra indkærede, idet kærende med rette antog, at den manglende processtilvarsling under sagens behandling ved by- og landsret indebar, at han ikke skulle forvente at blive mødt med et regreskrav.

TH Group ApS, har anført navnlig, at bevisførelsen som udgangspunkt er fri.

Bilag 6 og 7 er ikke ensidigt indhentede erklæringer indhentet efter sagens anlæg. Der er tværtimod tale om to erklæringer, der er indhentet før sagens anlæg, hvorfor bilagene bør tillades fremlagt. Dette fremgår bl.a. af UfR 2004.1402 Ø.

Det er helt sædvanlig praksis, at det er muligt at stille supplerende spørgsmål til en skønsmand, selv om forholdet er udbedret. Skønsmanden har besigtiget forholdene på ejendommen ikke mindre end tre gange og har endvidere oplyst, at han kan modtage supplerende spørgsmål og dermed svare på kærendes eventuelle supplerende spørgsmål. A kan således varetage sine interesser ved at stille supplerende spørgsmål til skønsmanden. Retten må herefter tillægge skønserklæringerne den bevismæssige værdi, som retten finder, erklæringerne har.

TH Group har ikke været forpligtet til at processtilvarse A. De krav, som er fastslået i den første skønserklæring af 13. juni 2017, var i henhold til konkurslovens regler herom undergivet kurators fordringsprøvelse, hvorfor A hverken skulle adciteres eller procesunderrettes under den afholdte syns- og skønsetretning eller under retssagen verserende mellem TH Group og bygherrerne.

Det er ikke i strid med kontradiktionsprincippet at tillade bilag 6 og 7, da A har mulighed for at gøre sig bekendt med sagen i sin helhed, tage stilling til de fremsatte krav, fremkomme med egne beviser og i øvrigt fremsætte argumenter samt ikke mindst stille supplerende spørgsmål til skønsmanden.

Højesterets afgørelse i UfR 2011.1607/1 H finder analog anvendelse i nærværende sag.

A har trods opfordringer hertil ikke fremlagt de påståede afgørende beviser, som han anfører at ville have fremlagt, før skønserklæringernes udarbejdelse.

Hvis skønserklæringerne ikke tillades fremlagt, vil TH Group reelt blive frataget sine almindelige partsbeføjelser og retsgarantier, idet TH Group derved mister muligheden for at fremlægge afgørende beviser, der kunne medføre retstab for TH Group.

Skønserklæringerne kan tillades fremlagt under henvisning til retsplejelovens § 341 a, da der ikke er nogen materiel forskel på skønserklæring og ensidigt indhentede erklæring, idet de begge drejer sig om en undersøgelse og vurdering af et vist konkret og faktisk forhold.

Højesterets begrundelse og resultat

Denne kæresag udspringer af en sag om, hvorvidt TH Group ApS har krav på erstatning i anledning af mangelfuldt arbejde udført af A som underentreprenør for TH Group ApS.

Skønserklæringen af 13. juni 2017 (sagens bilag 6) og den supplerende skønserklæring af 10. april 2019 (sagens bilag 7) er indhentet efter reglerne i retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn til brug for en retssag mellem TH Group som hovedentreprenør og den pågældende bygherre, og hvor A ikke var part.

Der er tale om sagkyndige erklæring, der er udarbejdet efter besigtigelse, og som omfatter beskrivelse samt vurdering af konkrete faktiske forhold, der er genstand for bevisførelse under denne sag. Erklæringerne er udarbejdet forud for anlægget af nærværende sag og uden inddragelse af A.

Højesteret er på denne baggrund enig med landsrettens mindretal i, at spørgsmålet om, hvorvidt skønserklæringerne skal tillades fremlagt, skal behandles efter reglerne i retsplejelovens § 341 a.

Erklæringerne er indhentet inden sagsanlægget. Det følger af retsplejelovens § 341 a, stk. 1, at sådanne erklæring kan fremlægges som bevis, medmindre erklæringens indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse eller andre forhold giver grundlag for at fravige udgangspunktet.

Højesteret finder, at der ikke i nærværende sag er grundlag for at fravige udgangspunktet. Højesteret lægger ved denne vurdering til grund, at A har mulighed for at stille spørgsmål til den skønsmænd, der har afgivet erklæringerne.

Der er ikke herved taget stilling til erklæringernes bevisværdi.

Med denne begrundelse stadfæstes landsrettens kendelse.

THI BESTEMMES:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

I kæremålsomkostninger for Højesteret skal A betale 5.000 kr. til TH Group ApS. Sagsomkostningsbeløbet skal betales inden 14 dage efter afsigelse af denne kendelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.