




Kort og konsist om vårens dommer fra  
Høyesterett

# HR-2022-1120-A | BYGGETIDSDOMMEN



NOREGS HØGSTERETT

**D O M**

sagd 7. juni 2022 av Høgsterett i avdeling med

dommer Jens Edvin A. Skoghøy  
dommar Henrik Bull  
dommar Wenche Elizabeth Arntzen  
dommar Ingvald Falch  
dommer Borgar Høgetveit Berg

**HR-2022-1120-A, (sak nr. 21-152318SIV-HRET)**  
Anke over Gulating lagmannsretts dom 1. juli 2021

Veidekke Entreprenør AS	(advokat Nils-Henrik Pettersson advokat Samuel Vegard Skrunes – til prøve)
Fellesforbundet (partshjelpar) Norsk Arbeidsmandsforbund (partshjelpar)	(advokat Edvard Bakke)
Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) (partshjelpar)	(advokat Nils-Henrik Pettersson)
mot	
Staten v/Samferdselsdepartementet	(Regjeringsadvokaten v/advokat Håvard Hansen Holdø) (Rettsleg medhjelpar: advokat Anne Hesjedal Sending)

- Hvilken betydning har det for kontraktens dagmulktbelagte frister at byggherren ikke har ivaretatt kravene til å avsette «*tilstrekkelig byggetid*» i byggherreforskriften
- Svar: Ingen
- Hvorfor?
  - Ikke grunnlag for tilsidesettelse med grunnlag i NL 5-1-2
  - Ikke grunnlag for tilsidesettelse med grunnlag i lojalitets- og effektivitetsprinsippet i EØS-avtalen art. 3
  - Ikke grunnlag for fristforlengelse etter NS 8406 pkt. 13.1 jf. 19.4
  - Ikke grunnlag for tilsidesettelse eller revisjon etter avtl. § 36

# HR-2022-1964-A | Flage Maskin



- Var det riktig å avvise en entreprenør som ikke hadde erfaring med kolonnekjøring med bruk av ledebil når dette var et kvalifikasjonskrav og entreprenøren ikke hadde oppgitt at man skulle støtte seg på en underentreprenør?
- Svar: Ja
- Hvorfor?
  - Entreprenøren måtte ut ifra det samlede konkurransegrunnlaget forstå at konkret erfaring med trafikkdirigering og bruk av ledebil var nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskravet
  - Dermed måtte det i tilbudet opplyses om at det skulle engasjeres en navngitt underentreprenør når ikke andre i eget selskap hadde den nødvendige kompetansen

# HR-2023-93-A | Doyén




- Innebærer entreprenørens utbedring erkjennelse etter reglene i foreldelsesloven § 14

## § 14. (Erkjennelse.)

Foreldelse avbrytes når skyldneren overfor fordringshaveren **uttrykkelig** eller **ved sin handlemåte** **erkjenner forpliktelsen**, så som ved løfte om betaling eller ved å betale rente.

- Svar: Tja
- Hvorfor?
  - Det kommer an på



NORGES HØYESTERETT

**D O M**

avsagt 12. januar 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster  
dommer Wenche Elizabeth Arntzen  
dommer Ingvald Falch  
dommer Cecilie Østensen Berglund  
dommer Borgar Høgetveit Berg

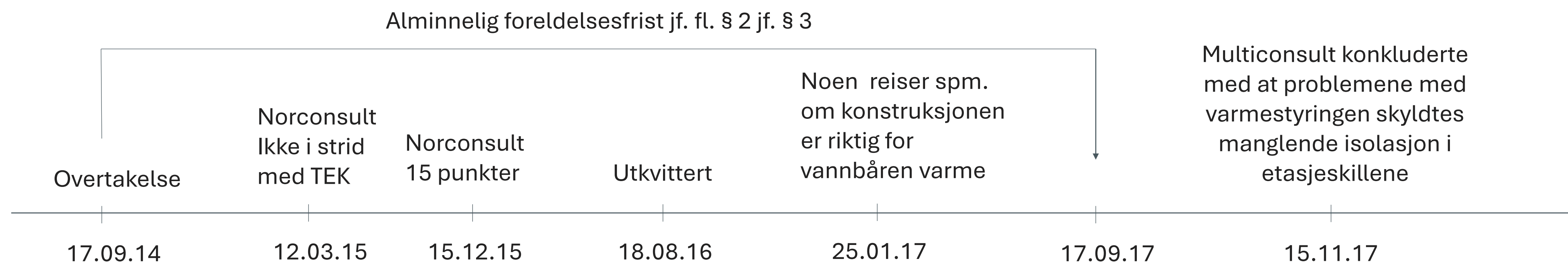
**HR-2023-93-A, (sak nr. 22-068245SIV-HRET)**  
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 3. mars 2022

Betonmast Innlandet AS	(advokat Hans Christian Brodtkorb – til prøve)
Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) (partshjelper)	(advokat Anne Cathrine Røed)
mot	
Frost Utvikling AS	(advokat Karoline Henriksen)

# HR-2023-93-A | Doyén

## ▪ Kort om faktum

- Fra overlevering og frem til oktober 2017 var det løpende problemer med varmereguleringen. Feil og mangler ved selve varmeanlegget ble forsøkt rettet, uten at det løste problemet.
- Senere viste det seg at det var mangelfull isolering i etasjeskillet som var problemet.



- Totalentreprenøren anførte at mangelskrav ved etasjeskillet var foreldet. Tidligere utbedringsforsøk på varmeanlegget var ikke å anse som en erkjennelse av mangler knyttet til isolasjon i etasjeskillet.

# HR-2023-93-A | Doyén → Flertallet

- (42) Hvorvidt det foreligger en fristavbrytende erkjennelse, vil etter dette bero på en nærmere tolkning av skyldnerens utsagn og handlemåte. Avgjørende er om skyldneren «positivt og noenlunde klart» må anses å ha erkjent forpliktelsen. Det er ikke tilstrekkelig at skyldnerens handlemåte gir fordringshaveren rimelig grunn til å unnlate å ta fristavbrytende skritt. Det kreves at skyldnerens opptreden objektivt sett oppfattes som en erkjennelse.
- (47) Betonmast har anført at fordringens *art og omfang* må være *avklart* i tilstrekkelig grad før den kan erkjennes etter foreldelsesloven § 14.
- (48) Dette er jeg ikke enig i. Det står enhver fritt å erkjenne en hvilken som helst fordring, også de uavklarte. Om dette har skjedd vil derfor bero på en konkret tolkning av skyldnerens utsagn og handlemåte, etter de linjer jeg har skissert. Men dersom erkjennelsen ikke er uttrykkelig, kan det faktisk at fordringen er uavklart etter omstendighetene være et moment som tilsier at den ikke anses erkjent. Er situasjonen uavklart *kan* handlemåten bare være utslag av villighet til å bidra til avklaring av situasjonen og ansvarsforholdene.
- (51) Av dette følger at selv om leverandøren gjennom utbedringer anses å ha erkjent en mangel, så har leverandøren derved ikke uten videre erkjent andre tilgrensende mangler, og heller ikke erstatningskrav som måtte oppstå som en følge av mangelen. Erstatningsansvar krever ofte at tilleggsvilkår er oppfylt, for eksempel subjektiv skyld. I de tilfellene *kan* plikten til å utbedre mangelen erkjennes uten at plikten til å betale erstatning for den derved også erkjennes.

# HR-2023-93-A | Doyén → Flertallet

## Oppsummering

- (52) Dersom skyldneren – her entreprenøren – har påtatt seg og/eller igangsatt mangelsutbedring, kan det foreligge erkjennelse etter foreldelsesloven § 14 av forpliktelser som springer ut av mangelen. Avgjørende vil være om det ut fra handlemåten kan konstateres at skyldneren positivt og noenlunde klart har erkjent den aktuelle forpliktelsen. Det må foretas en samlet vurdering av alle relevante omstendigheter, herunder kontraktsforholdet og kommunikasjonen mellom partene.
- (53) At mangelens art og omfang er uavklart utelukker ikke slik erkjennelse, men dette kan etter omstendighetene tale mot å forstå handlemåten som en erkjennelse. Også den omstendighet at skyldneren har en utbedringsplikt uavhengig av ansvar – såkalt «hoppeplikt» – kan tale mot å forstå utbedringen som en ansvarserkjennelse. I tillegg kommer at en handlemåte som må tolkes som en erkjennelse av en mangel, ikke uten videre kan tolkes som en erkjennelse av ethvert erstatningskrav som mangelen måtte lede til.

# HR-2023-93-A | Doyén → Mindretallet

- (82) Førstvoterende har i avsnitt 52 og 53 en oppsummering av vurderingstemaet der det er spørsmål om en skyldner ved sin handlemåte har avbrutt foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 14 i tilfeller der det hevdes å foreligge en mangel. Jeg vil tilføye at etter mitt syn må ikke en erkjennelse nødvendigvis omfatte en aksept av årsaken til mangelen eller knytte seg til bestemte misligholdsbeføyelser. Videre mener jeg at hvis man faktisk forsøker å rette mangelen, er det nærliggende å forstå det som en erkjennelse av et mangelsansvar. Jeg viser her til Rt-2013-865, *bruktbil*, der Høyesterett la til grunn at en aksept av kravet om utbedring av feilen eller omlevering, normalt innebærer en erkjennelse av at kontraktsforpliktelsen ikke er levert som forutsatt. Foreldelsesfristen for utbedringskravet er da avbrutt. Slik jeg forstår Røed, *Foreldelse av fordringer* 2019 punkt 5.12.1, er hun av samme oppfatning. Her heter det at: «[d]ersom skyldneren uforbeholdent tilbyr seg å utbedre, rette eller omlevere en ytelse som fordringshaver har anført er mangelfull, må man normalt kunne legge til grunn at det foreligger en fristavbrytende erkjennelse ...».
- (83) Jeg kan ikke se at Rt-2007-1236 *bussbrann*, om at erkjennelse av en mangel ikke nødvendigvis avbryter foreldelsesfristen for andre mangler, utelukker en slik forståelse.
- (84) Ved en eventuell erkjennelse gjennom utbedring, må det tas stilling til hvor langt erkjennelsen rekker. Omfatter den kun kravet om utbedring, eller får erkjennelsen også betydning for fordringshaverens eventuelle andre krav som følger av misligholdet?
- (85) Som utgangspunkt mener jeg at i de tilfeller der et pengekrav er basert på mislighold av retteplikten, for eksempel erstatning for rettekostnader, er det nærliggende å forstå erkjennelsen slik at den normalt omfatter også dette. Som påpekt av Røed, punkt 5.12.3 er erstatningskravet da i praksis en konvertering av utbedringskravet. Jeg kan ikke se at Rt-2006-781, *eiendomssalg*, om plikten til å sørge for at en heftelse ble slettet i grunnboken, trekker i en annen retning. Som understreket av Høyesterett var kravene der så vesensforskjellige at erkjennelse av den ene forpliktelsen ikke samtidig kunne regnes som erkjennelse av den andre.
- (86) Dersom kravet på erstatning er basert på at det er utvist kvalifisert skyld, er jeg imidlertid enig med førstvoterende i at det ikke er en tilsvarende presumsjon for at erkjennelsen omfatter et erstatningsansvar. Om det er grunnlag for å konstatere erkjennelse også for et skyldansvar må vurderes konkret.



# Litt fra subsumsjonen

## E-posten i januar 2015

- (57) Den første klagen på at romtemperaturen var for høy, særlig på soverom, kom fra leilighet C34 vinteren 2014/2015. I den påfølgende e-postutvekslingen truet Frost med å engasjere egen rørlegger dersom Betonmast ikke tok tak i problemet. I e-post 26. januar 2015 svarte Betonmast:
- «... Betonmast Toten AS tar selvsagt ansvar for at feil og mangler blir utbedret så snart som mulig, ...
- Finner vi ikke ut av dette etter torsdagens befaring, så må vi nok søke hjelp hos noen rådgivende på varme/vent (jeg tror ikke det er noe feil med Vent) ...».
- (58) Selv om formuleringen er generell, er det nærliggende å forstå den slik at Betonmast her påtok seg å undersøke de *påberopte* feil og mangler og å utbedre dem. Men utsagnet kan etter min mening ikke tolkes så vidt at Betonmast erkjente det erstatningskravet lagmannsretten påla selskapet å dekke.
- (59) Sentralt for meg står at det siterte utsagnet ikke omhandler erstatningsansvaret, som her altså forutsetter at Betonmast har opptrådt grovt uaktsomhet. Dertil kommer at på dette tidspunktet forelå bare en begrenset reklamasjon, fra én leilighet. Betonmast hadde heller ikke undersøkt reklamasjonen nærmere, og mistanken var utelukkende rettet mot tekniske feil ved varmeanlegget.
- (64) Slik jeg ser det, kan de undersøkelsene og utbedringene som Betonmast utførte i perioden frem til høsten 2017 ikke fortolkes annerledes enn som en oppfølging av det innledende utsagnet jeg siterte fra e-posten i januar 2015. Selskapet hadde etter kontrakten plikt til å utbedre påberopte feil og mangler, og siktemålet var i hele perioden å avdekke og utbedre tekniske feil ved varmeanlegget. Den egentlige årsaken til, og dermed omfanget av, problemene med varmestyringen i leilighetene, var fremdeles ukjent for partene. Betonmasts handlemåte – utbedringsforsøkene – kan da ikke forstås som en noenlunde klar erkjennelse av selskapets aktuelle erstatningsansvar for manglene.
- (71) Frost har videre gjort gjeldende at selskapet hadde liten grunn til selv å avbryte foreldelsen så lenge Betonmast utbedret manglene. Også lagmannsretten synes i realiteten å ha lagt stor vekt på dette, idet Betonmast ikke på noe tidspunkt frem til høsten 2017 opptrådte på en måte som ga Frost grunn til å tro at utbedringsforsøkene var avsluttet eller oppgitt.
- (72) Som jeg refererte fra Rt-2015-678 *psykologspesialist*, er det *ikke avgjørende at skyldnerens opptreden gir fordringshaveren rimelig grunn til ikke å ta rettslige skritt*. Fordringshaveren må, etter en objektiv fortolkning, «positivt og noenlunde klart ... i ord eller handling» erkjenne fordringen. Når Betonmasts handlinger bedømmes etter denne normen, mener jeg at de ikke kan tolkes som en erkjennelse av det aktuelle erstatningskravet.

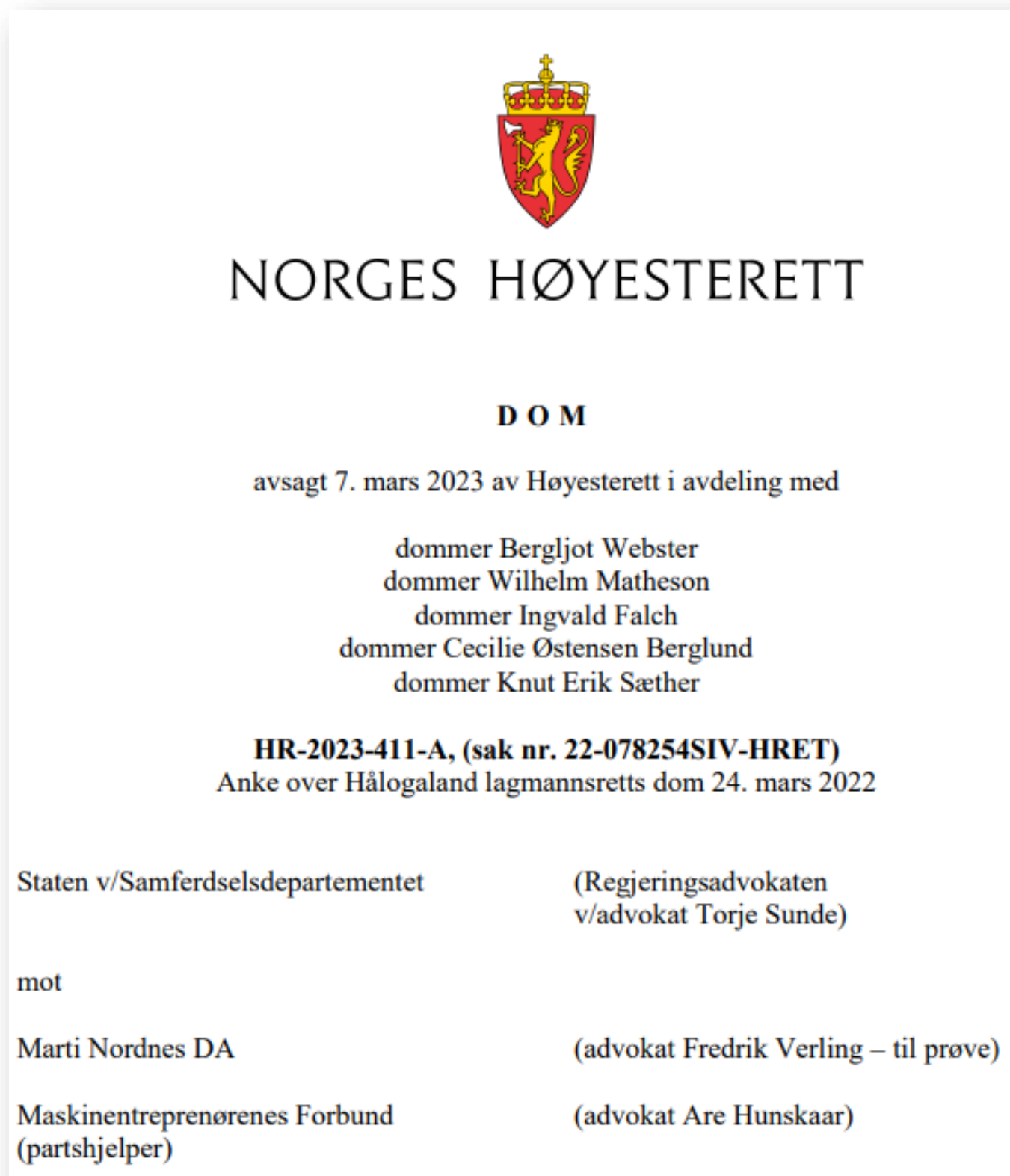
# Hvor er vi nå?

- Hva skal til før det foreligger en erkjennelse?
  - Utsagn og handlemåte må tolkes
  - Det kreves at skylderens opptreden «objektivt sett oppfattes som en erkjennelse» (avsnitt 63)
- Innebærer det erkjennelse at entreprenøren utbedrer?
  - Ja, normalt en erkjennelse av (i alle fall) utbedringsansvar (avsnitt 46)
- Innebærer erkjennelse av noe at man har erkjent mer/alt?
  - Beror på «en nærmere tolking av skyldnerens opptreden» (avsnitt 49)
  - Flertallet: «selv om leverandører gjennom utbedringer anses å ha erkjent en mangel, så har leverandøren derved ikke uten videre erkjent andre tilgrensende mangler, og heller ikke erstatningskrav som måtte oppstå som følge av mangelen» (avsnitt 51)
  - Mindretallet: «Som utgangspunkt mener jeg at i de tilfeller der et pengekrav er basert på mislighold av retteplikten, for eksempel erstatning for rettekostnader, er det nærliggende å forstå erkjennelsen slik at den normalt omfatter også dette.» (avsnitt 85)

# Hva gjør vi nå?

- En ikke helt utypisk situasjon:
  - BH reklamerer på en mangel (fuktskade fasade, varmeregulering, lysregulering eller lignende)
  - Entreprenøren kommer på befaring og sier at dette skal vi fikse
  - BHs fagkyndige er tvilende til
    - entreprenørens beskrivelse av årsak, eller
    - entreprenørens utbedringsmetode
  - Entreprenøren sier at de kan akseptere at «garantitiden» (egentlig reklamasjonstiden) utvides eller at det gjøres en etterkontroll etter en periode
- Hvordan skal entreprenørens erkjennelse se ut?

# HR-2023-411-A | Avgiftsdommen



- Kan entreprenøren kreve vederlagsjustering for økt arbeidsgiveravgift?
- Svar: Nei
- Hvorfor?
  - Den inngår i avtalt indeks for indeksregulering
- Kan byggherren holde tilbake dagmulkt i entreprenørens vederlag ekskl. mva.?
- Svar: Ja
- Hvorfor?
  - Sånn har det vært siden 1976

# HR-2023-411-A | Avgiftsdommen → Tema nr. 1

- Marti Nordnes DA (del av sveitsisk konsern) leide arbeidskraft fra et slovakisk søsterselskap (Tucon) med norsk filial
- Arbeidsgiveravgift bestemmes av Stortinget og kan være geografisk differensiert
  - Filialen som leide ut arbeidskraft var registrert i Bærum og senere Oslo (14,1 % arbeidsgiveravgift) → hovedregel
  - Arbeidet ble utført i Kåfjord kommune (0 % arbeidsgiveravgift) → unntak for ambulerende virksomhet
- Problemet
  - Unntaket for ambulerende virksomhet var klarert med ESA i 2014
  - Etter klage ble unntaket til side av EFTA-domstolen i 2015 som ikke tilstrekkelig begrunnet statsstøtte
  - Fra 2016 måtte Tucon bruke satsen på 14,1 %
- Marti aksepterte å dekke den økte arbeidsgiveravgiften, og førte den videre mot SVV som KOE

# HR-2023-411-A | Avgiftsdommen → Tema nr. 1

## 23.1 Indeksregulering. Endring av offentlige gebyrer og avgifter

Er ikke annet avtalt, reguleres kontraktssummen etter bestemmelsene i NS 3405 – Bestemmelser om regulering av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale utgifter m.m., - totalindeksmetoden – med én kalendermåned som avregningsperiode.

Dette gjelder også regningsarbeider og tilleggsarbeider som skal utføres etter kontraktens enhetspriser.

Dersom tilbud gis under utførelsen, skal prisene i slike tilbud ikke prisreguleres med mindre annet avtales.

Endres offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale etter at entreprenøren inngav sitt tilbud, skal vederlaget justeres som følge av endringen uten tillagt merverdiavgift eller påslag for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.

# HR-2023-411-A | Avgiftsdommen → Tema nr. 1

- (53) Formålet med regulering av vederlaget, å opprettholde balansen i kontraktsforholdet, tilsier at den samme avgiftsøkningen ikke kompenseres både av en indeksregulering og en direkte regulering. Et tosporet system gjør det derfor nødvendig å **skille mellom avgiftsendringer som omfattes av indeksreguleringen, og avgiftsendringer som reguleres direkte etter fjerde ledd.**
- (54) Etter første ledd skal kontraktssummen, om ikke annet er avtalt, justeres i henhold til en annen standard, NS 3405. Den regulerer kontraktssummen for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser og sosiale utgifter. Dersom ikke annet er valgt, anvendes Statistisk sentralbyrås indeks for det fagområdet avtalen gjelder, jf. NS 3405 punkt 3.1 andre punktum. **I avtalen C3 punkt 8 har partene valgt Statistisk sentralbyrås «Byggekostnadsindeks for veganlegg, Fjelltunnel», der arbeidsgiveravgiften inngår. Innsatsfaktoren arbeidskraft er vektet med 33,3 prosent.**
- (55) Arbeidsgiveravgift inngår altså i indeksreguleringen etter NS 8406 punkt 23.1 første ledd. **Samtidig vil en eventuell innvirkning på indeksen i denne saken, slik lagmannsretten har lagt til grunn, bare gi en helt marginal kompensasjon for ekstraavgiften ved at særregelen for ambulering ble opphevet etter EFTA-domstolens dom i Kimek-saken. Det skyldes at bortfallet av særregelen, i motsetning til mer generelle endringer i satsen for arbeidsgiveravgift, ga seg meget små – om noen – utslag ved beregningen av indeksen.** Spørsmålet er om vederlaget av den grunn skal justeres for økt arbeidsgiveravgift også etter punkt 23.1 fjerde ledd eller etter C2 punkt 18.

# HR-2023-411-A | Avgiftsdommen → Tema nr. 1

- (60) Formålsbetraktningene jeg har gjort rede for, peker mot det samme resultatet. Utgangspunktet må være at samme kostnadsendring ikke skal medføre flere justeringer av vederlaget. Det tilsier at innsatsfaktorer som *etter sin art* fanges opp av indeksen etter første ledd, ikke i tillegg omfattes av fjerde ledd.
- (61) Jeg er ikke uten forståelse for at et slikt resultat kan oppfattes som urimelig av Marti. Endringen i arbeidsgiveravgiften i vår sak skiller seg fra mer ordinære justeringer av proSENTSatsen og fikk et særlig merkbart utslag slik man valgte å organisere tunnelarbeidet.
- (62) Det ligger imidlertid i indeksreguleringens natur at det typisk vil være større eller mindre avvik mellom det som blir kompensert og den ekstrautgiften som entreprenøren rent faktisk blir påført. Indeksen er basert på en gitt normalfordeling av ulike kostnadskategorier. Enkelte ganger vil det føre til at entreprenøren blir bedre stilt enn hva realiteten er, andre ganger omvendt. Å åpne opp for at den samme innsatsfaktoren kan omfattes av fjerde ledd i tillegg til første ledd, vil som jeg har påvist, redusere verdien av indeksreguleringen og lede til vanskelige avgrensningsspørsmål, slik lagmannsrettens dom illustrerer. Det taler med tyngde for at arbeidsgiveravgift ikke omfattes av fjerde ledd, selv om en endring bare marginalt kompenseres etter indeksreguleringen i første ledd. At arbeidsgiveravgift ikke omfattes av fjerde ledd synes også å være det rådende synspunktet i juridisk teori, men spørsmålet har ikke blitt drøftet ut fra den situasjonen som foreligger i saken her.
- (63) Jeg har etter dette kommet til at NS 8406 punkt 23.1 fjerde ledd ikke omfatter arbeidsgiveravgift. Det er da ikke grunn til å ta stilling til hvilke andre vilkår som kan



# HR-2023-411-A | Avgiftsdommen → Tema nr. 2

- (82) Siden 1976 har skattemyndighetene lagt til grunn at dagmulkt avgiftsrettslig skal bedømmes som prisavslag – altså som en reduksjon av vederlaget. Jeg viser til Finansdepartementets brev 8. januar 1976, inntatt i Skattedirektørens brev til fylkesskattesjefene 16. januar samme år. Brevet medførte en praksisomlegging, og ble begrunnet med at «innholdet og formålet med konvensjonsbøter kan variere, og at det ofte kan være like naturlig å anse en avtale om konvensjonalbot som en avtale om reduksjon av vederlaget som følge av forsinket levering». Etersom det etter omstendighetene kan være vanskelig å fastslå hvilken rettslig karakter konvensjonalbøter – altså dagmulkt – har, ville Finansdepartementet for tiden etter 1. januar 1976 «ikke ha noe å merke til at avgiftsmyndighetene ... legger til grunn at påløpt konvensjonalbot i alle tilfelle kan trekkes fra i avgiftsgrunlaget». Dette er senere fulgt opp i praksis, se for eksempel Merverdiavgifts-håndboken for 2022 side 427. Det skal altså ikke beregnes merverdiavgift på den delen av omsetningen som reduseres som følge av dagmulkt.
- (83) Det jeg har gjengitt, viser at Statens vegvesen har håndtert merverdiavgiftsspørsmålet på riktig måte. Dersom byggherren har rett til å holde tilbake det omstridte vederlagsbeløpet til dekning av påløpt dagmulkt, slik NS 8406 punkt 23.9 hjemler, kan byggherren også holde tilbake merverdiavgift på det tilbakeholdte beløpet.
- (84) Likviditetsbelastningen for entreprenøren kunne håndteres på den måten Marti gjorde, ved å utstede kreditnotaer slik at den inngående avgiften i oppgjøret tilsvarer det entreprenøren løpende får dekket av byggherren, jf. Prop. 1 LS (2020–2021) side 181. Jeg nevner at merverdiavgiftsforskriften, med virkning fra 1. januar 2023, i § 15-9-3 bestemmer at omtvistede krav som har grunnlag i tilvirkningskontrakter og hvor det er rimelig tvil om kreditor har rett på vederlaget, først skal oppgis i skattemeldingen for den termin kravet er avklart eller betalt.

# Hvor er vi nå?

- Avgift og gebyrer
  - Det må undersøkes om avgiften eller gebyret inngår i avtalt indeks
  - Hva med avtaler om fast pris?
- Dagmulkt
  - Entreprenøren fakturerer kr 100 ekskl. mva. + **kr 25 mva.** = kr 125 inkl. mva.
  - Byggherrens beregning = kr 100 ekskl. mva. – kr 10 i dagmulkt = kr 90 ekskl. mva. + **22,5 mva.** = kr 112,5 til betaling
  - Alt. 1: E betaler kr 25 til staten, men får bare 22,5 fra BH
  - Alt. 2: E sender kreditnota hvor man trekker av omtvistet dagmulkt, og betaler kr 22,5 til staten

# HR-2023-206-A | Perpetuum



NORGES HØYESTERETT

**D O M**

avsagt 31. januar 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg  
dommer Henrik Bull  
dommer Per Erik Bergsjø  
dommer Wenche Elizabeth Arntzen  
dommer Erik Thyness

**HR-2023-206-A, (sak nr. 22-071443SIV-HRET)**  
Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 11. mars 2022

Sørfold kommune  
Fauske kommune

(advokat Christian Henrik Prahll Reusch)

mot

Perpetuum Miljø AS

(advokat Kjersti Holum Karlstrøm – til  
prøve)

Norsk Industri (partshjelper)

(advokat Morten Goller)

- Har entreprenøren krav på erstatning når konkurransen blir avlyst på feil grunnlag hvis det senere viser seg at den også kunne ha vært avlyst på annet grunnlag?
- Svar: Nei
- Hvorfor?
  - Verdien av en ulovlig tildelt kontrakt har ikke erstatningsrettslig vern

# HR-2023-206-A | Perpetuum

- Konkurransen om en fireårig rammeavtale om tømming av slam fra private septikkanlegg
- Pris var eneste tildelingskriterium
- Det var to tilbydere i konkurransen: Perpetuum og Stokland
- Perpetuum ble ansett for å ha lavest pris
- Stokland klaget
- Konkurransen ble avlyst med begrunnelse at uklarhet knyttet til konkurranseform
- Stokland vinner den nye konkurransen og blir tildelt kontrakten
- KOFA slår fast at konkurransen ble avlyst uten saklig grunn
- Kommunen opprinnelig avlysningsgrunn var saklig, men kom også med en ny: Uklarheter i prisskjemaet

# HR-2023-206-A | Perpetuum

- (47) Som jeg straks kommer tilbake til, anser jeg det etter norsk rett som mest naturlig å vurdere dette som et spørsmål om erstatningsrettslig vern, og ikke som et spørsmål om årsakssammenheng som EFTA-domstolens begrunnelse bygger på. Slik jeg ser det, må imidlertid det sentrale her være resultatet. EØS-retten stiller krav om mulighet for erstatning, men det er som den store hovedregel overlatt til nasjonal rett å ta stilling til om erstatningen skal bygge på positiv eller negativ kontraktsinteresse.
- (50) Ansvar et begrenses imidlertid tradisjonelt ut fra visse ytterligere krav til årsakssammenhengen. For det første må den årsaksfaktoren skadevolderen hefter for, være så vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den. For det annet må årsakssammenhengen være adekvat. I dette siste ligger at skaden må ha vært påregnelig, og at den ikke er en for fjern og avledet følge av den skadevoldende begivenheten.
- (51) Jeg ser det slik at disse kravene sjelden vil ha praktisk interesse i anskaffelsessakene. Oppdragsgiveren vil være så sentral i hendelsesforløpet at vesentlighetskravet er oppfylt. At en tilbyder går glipp av en kontrakt som følge av feil fra oppdragsgiverens side, vil normalt hverken være upåregnelig eller en for fjern og avledet følge til at det er naturlig å knytte ansvar til den. Også i vår sak er disse rettslige kravene til årsakssammenhengen oppfylt.
- (52) Kommunene anfører at uvesentlighetslæren og adekvanskravet må suppleres med et vilkår om at det hypotetiske hendelsesforløpet må være lovlig. Jeg finner ikke noe grunnlag i rettskildene for et slikt syn. Betydningen av at det ville ha vært ulovlig å tildele kontrakten til Perpetuum, må etter mitt syn vurderes som et spørsmål om fortjenestetapet er erstatningsrettslig vernet.
- (53) Når det gjelder det generelle innholdet i kravet til erstatningsrettslig vern, viser jeg til HR-2017-2352-A avsnitt 36–37 hvor det påpekes at den overordnede problemstillingen er om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse, og at dette beror på en bred helhetsvurdering.

# HR-2023-206-A | Perpetuum

- (59) Det er fra Perpetuums side innvendt at en kontrakt ikke blir ugyldig selv om den er inngått i strid med anskaffelsesreglene, og at det samme bør gjelde for kravet om erstatning basert på forventningen om å få en kontrakt. Jeg er ikke enig i dette. **At en faktisk inngått kontrakt er privatrettslig bindende selv om inngåelsen var i strid med anskaffelsesregelverket, kan etter min mening ikke begrunne at det også bør etableres erstatningsrettslig vern for en kontrakt som faktisk ikke er inngått, og som det etter regelverket heller ikke var adgang til å inngå.**
- (60) Perpetuum har videre gjort gjeldende at behovet for effektiv sanksjonering av anskaffelsesreglene taler for å tillate krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Anførselen bygger på at muligheten for erstatning for negativ kontraktsinteresse ikke gir tilstrekkelige incentiver til å overholde reglene fordi erstatningsbeløpene da ofte vil være så små at tilbyderne ikke ser seg tjent med å fremme krav, samtidig som en slik sanksjon uansett ikke er særlig tyngende for oppdragsgiverne.
- (61) Det er nok slik at den preventive effekten av retten til erstatning vil variere med hvor store erstatningsbeløp som blir tilkjent. Men etter mitt syn kan **prevensjonshensynet ikke veie så tungt at det kan tilkjennes erstatning for tap som bygger på en forventning om å få en kontrakt som ikke lovlig kunne ha vært inngått. Reparasjonshensynet er tilstrekkelig ivaretatt ved erstatning for den negative kontraktsinteressen – kostnader påført som følge av ansvarsbetingende feil.** Tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse, fjerner man seg etter mitt skjønn for langt fra tradisjonell norsk erstatningsrettslig tankegang.
- (62) Min konklusjon er etter dette at det ikke kan kreves erstatning for tap av fortjeneste knyttet til kontrakt uavhengig av om kontrakten lovlig kunne ha vært inngått basert på den utlysningen som faktisk forelå.

# Hvor er vi nå?

S A N D S

Rett24

Annonserer Ledig

Byggeindustrien bygg.no Les Byggeindustrien

Nå er vi aldri langt unna. Last ned vår nye app.

Silje Grimseth Ullebust (t.v.) og Marie Braadland. Foto: Grette

## Innlegg: Høyere terskel for erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelser?

**ANBUD 365**  
Holder deg oppdatert om offentlige anskaffelser

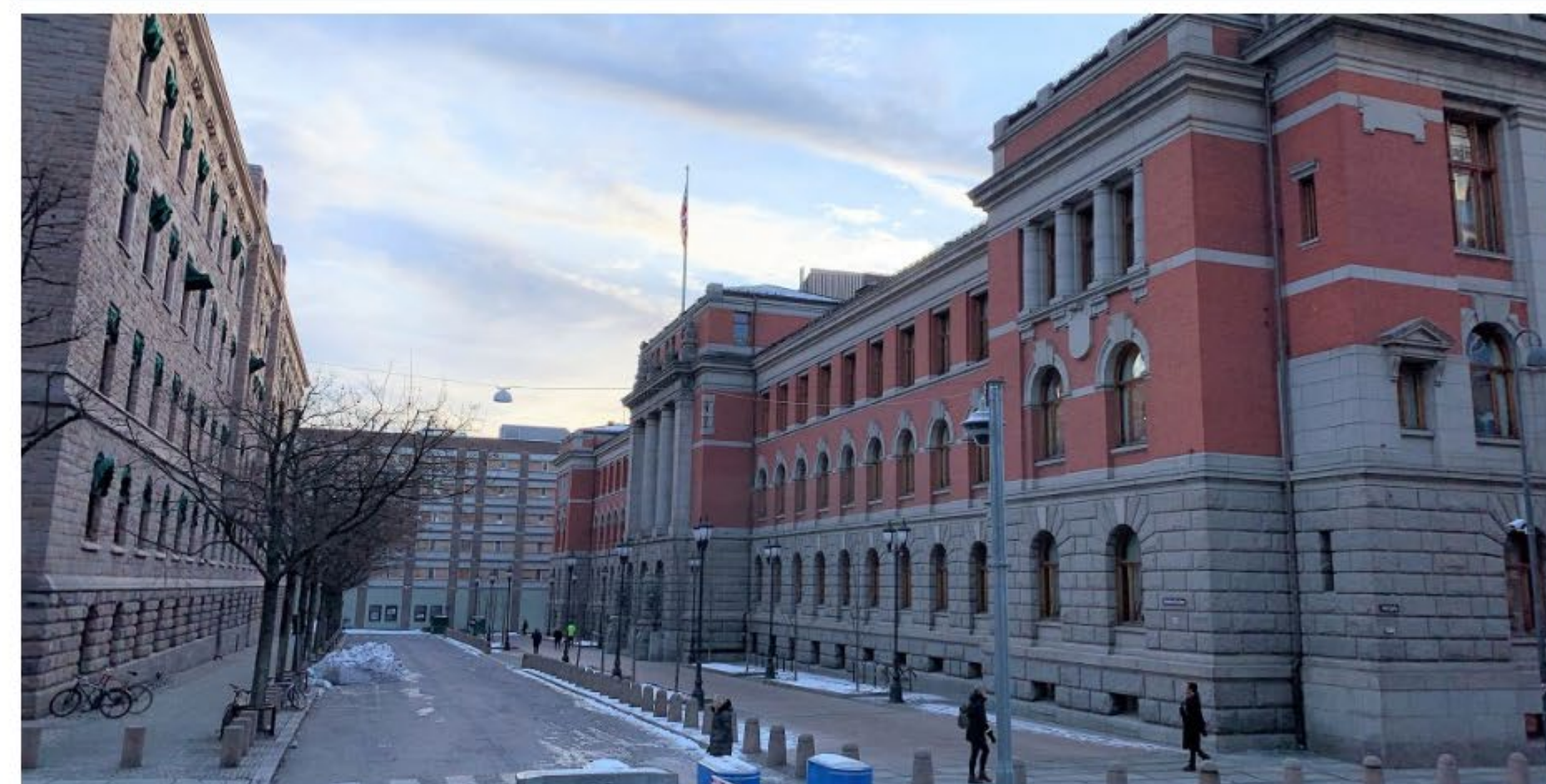
FORSIDE BRANSJER INTERNASJONALT FAGKONFERANSER NYTT OG NYTTIG FRA ANSKAFFELSESRETTEN ANSKAFFELSESPODDEN

## Behov for en praksisendring etter ny avklaring fra Høyesterett?

JUS Abonnement gir deg:  
**Over 500 timer med etterutdanning**

Få tilgang her

JUS JURISTENES  
UTDANNINGSSENTER



(Foto: Kjetil Kolsrud)

## Kalldusj for industri og leverandører etter anskaffelses-tap i Høyesterett

– Konsekvensen av dommen er at det for leverandørmarkedet blir svært utfordrende å håndheve brudd på anskaffelsesregelverket, sier SANDS-partner Kjersti Holum Karlstrøm.

# HR-2023-534-A | Slemdal skole



## NORGES HØYESTERETT

### D O M

avsagt 24. mars 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster  
dommer Kristin Normann  
dommer Espen Bergh  
dommer Kine Steinsvik  
dommer Knut Erik Sæther

**HR-2023-534-A, (sak nr. 22-089903SIV-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 27. april 2022

Backe Stor-Oslo AS

(advokat Nils-Henrik Pettersson)

mot

Elektro-Kontakten AS

(advokat Rolf Wilhelm Markussen – til  
prøve)

- Skal plunder og heft telle med når man beregner antatt vederlag for defensiv forsering?
- Svar: Ja
- Hvorfor?
  - Fordi det er en del av kostnaden ved forsering



# HR-2023-534-A | Slemdal skole

## NS 8417

### 33.8 Forsering ved uberettiget avslag

Hvis totalentreprenøren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan TUE velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. TUE har ikke en slik valgrett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

## HR-2023-534-A | Slemdal skole

- (37) Det er på det rene at vurderingen etter punkt 33.8 skal skje ut fra situasjonen før forseringen iverksettes. Videre brukes begrepet «må antas». Det stilles dermed krav om et forsvarlig estimat, men ikke mer enn det. Det faktiske vederlaget som TUE har krav på etter gjennomført forsering, kan være høyere eller lavere enn det som ble antatt på forhånd. Jeg viser i denne sammenheng til Rt-1999-878, på side 883–884. Denne avgjørelsen gjaldt en tidligere standardbestemmelse om defensiv forsering.

# HR-2023-534-A | Slemdal skole

- (56) Ved tolkningen av denne typen standarder må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, se HR-2020-228-A avsnitt 50 med videre henvisninger. Ordlyden er likevel ikke avgjørende alene. Som fremhevet i Rt-2010-961 avsnitt 44 må ordlyden blant annet leses i lys av de formålene bestemmelsen skal ivareta, og andre reelle hensyn.

## *Ordlyden og bestemmelsens formål*

- (57) Den sentrale formuleringen for det spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til, er «vederlaget for forseringen» i første ledd andre punktum.
- (58) Etter mitt syn er det ut fra ordlyden mest naturlig å forstå dette begrepet slik at det omfatter et estimat over det samlede tilleggsvederlaget som totalunderentreprenøren vil ha krav på som følge av forseringen. Ordlyden gir i seg selv ikke holdepunkter for å holde utenfor enkelte deler av de totale merkostnadene som oppstår. Dette gjelder selv om det er tale om merkostnader som etter standarden og i praksis er klassifisert på en særskilt måte.

# HR-2023-534-A | Slemdal skole

- (59) En slik forståelse støttes av sammenhengen med punkt 33.8 andre ledd. Her brukes formuleringen «hva forseringen antas å ville koste». Dette **må naturlig oppfattes som alle merkostnader som er en følge av forseringen**. Det er ingen holdepunkter for at formuleringen i andre ledd er ment å forstås annerledes enn begrepet «vederlaget for forseringen» i første ledd andre punktum.
- (60) Den forståelsen som etter mitt syn er best i samsvar med ordlyden, støttes av formålet med første ledd andre punktum. **Regelen går ut på at totalentreprenøren – selv om han urettmessig har nektet å forlenge fristen – ikke skal måtte akseptere en forsering som medfører risiko for uforholdsmessig høye kostnader for ham. Dette formålet tilsier at alle typer merkostnader – alle kostnader som ikke vil oppstå dersom forsering ikke iverksettes – skal medregnes**. Som jeg har påpekt, stilles det likevel ikke krav om mer enn et forsvarlig estimat.
- (61) Elektro-Kontakten har vist til at **forsering og ineffektiv drift er regulert i forskjellige bestemmelser i standarden.**
- (62) Det følger av det jeg har gjennomgått, at forsering anses som en endring. Retten til vederlagsjustering, blant annet som følge av endringer, følger av punkt 34. Under dette punktet reguleres vederlagsjustering som følge av ineffektivitet i sammenheng med øvrige grunnlag for justering. Punkt 34.1.3 gjelder, i tillegg til justering på grunnlag av ineffektivitet, økte utgifter til kapitallytelse, rigging, drift og nedrigging. Som jeg har påpekt, følger det av punkt 34.2.2 andre ledd at vederlagsjusteringen ved krav på grunnlag av ineffektiv drift skal skje etter de alminnelige reglene i 34.3 og 34.4 – enhetspriser eller regningsarbeid – så langt disse passer.
- (63) **Når tilleggsvederlaget uansett skal fastsettes etter reglene i punkt 34, blir det etter mitt syn ikke treffende å si at forsering og ineffektiv drift er regulert i forskjellige bestemmelser.** Slik jeg ser det, gir punkt 33.8 en rett til defensiv forsering, men regulerer ikke beregningen av tilleggsvederlaget. Ut fra dette har jeg vanskelig for å se at systematikken i kapittel 33 taler avgjørende for Elektro-Kontaktens standpunkt.

# HR-2023-534-A | Slemdal skole

- (67) Etter mitt syn kan andre reelle hensyn ikke gi grunnlag for en annen løsning enn den som etter mitt syn følger av ordlyden i punkt 33.8 og formålet med bestemmelsen.
- (68) Jeg ser at merkostnader som følge av ineffektiv drift i praksis kan være vanskeligere å beregne enn andre merkostnader, og at det kan være vanskelig å skille mellom ineffektiv drift som skyldes en besluttet forsering, og ineffektiv drift som uansett ville inntrådt i forbindelse med forsinkelser som er inntrådt. Dette kan likevel ikke være avgjørende innvendinger.
- (69) Jeg viser i denne sammenheng til at det avgjørende etter bestemmelsen er om kostnadene «må antas» å overstige den angitte grensen. Som påpekt er det tilstrekkelig med et forsvarlig estimat – det kreves ikke noen nøyaktig beregning. Og når det, som i dette tilfellet, er klart for totalunderentreprenøren at forsering vil lede til merkostnader som følge av ineffektiv drift, vil det ikke være i samsvar med formålet med bestemmelsen hvis disse helt kunne unntas ved beregningen etter punkt 33.8.

# Hvor er vi nå?

- Plunder og heft skal inkluderes i beregningen av defensiv forsering
- Nøyaktig beregning kreves ikke – forsvarlig *estimat*
- Det faktiske vederlaget kan være både høyere og lavere
- Er lagmannsrettens tanke fortsatt riktig?

Lagmannsretten er som nevnt i noe tvil, men har kommet til at de beste grunner taler for at anslåtte kostnader til plunder og heft ikke skal trekkes inn i beregningen av vederlaget for forseringen etter punkt 33.8. I tillegg til det som allerede er nevnt, viser lagmannsretten til avgjørelsen i Rt-1999-878, hvor Høyesterett i tilknytning til tolkningen av den dagjeldende forholdsmessighetsbegrensningen i NS 3430 punkt 17.6 fremhevet at bestemmelsen «er en regel som tilgodeser entreprenøren i en situasjon der byggherren begår kontraktsbrudd ved å avslå krav på fristforlengelse. Dette må få betydning for tolkingen». Lagmannsretten forstår dette slik at Høyesterett la til grunn at en eventuell tolkningstvil om bestemmelsens rekkevidde må gå i favør av entreprenøren, som er satt i en vanskelig situasjon ved å ha fått avslått et berettiget krav om fristforlengelse.

Slik lagmannsretten ser det, vil også en tolkning av punkt 33.8 hvor anslåtte fremtidige kostnader til plunder og heft inkluderes, kunne slå urimelig og tilfeldig ut. En entreprenør som lojalt vurderer og varsler om at det også kan påløpe kostnader for plunder og heft ved en forsering, vil ved dette stilles svakere enn en entreprenør som først fremmer et slikt krav i etterkant av forseringen, slik som kontrakten punkt 34.1.3 åpner for. Slik lagmannsretten ser det, må den forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter punkt 33.8 også hensynta at EK risikerte både intervensjon og et eventuelt erstatningsansvar, jf. kontrakten punkt 2.7.5 og 2.7.8. Dette tilsier i seg selv at det ikke kan trekkes snevre grenser for retten til å velge å sette i verk forseringstiltak.

# LB-2021-174007 | Grønland barnehage

- Om entreprenøren har tapt sitt krav fordi stevning er innsendt for sent
- Behandlet av Høyesterett 21.03.23



## Twisteloven

### § 18-3. Når andre virkninger av saksanlegg inntreer og opphører

(1) De virkninger som følger av annen lovgivning av at søksmål er reist, inntreer når prosesskrivet som reiser saken eller inndrar kravet, er sendt, slik at fristen er avbrutt etter domstolloven § 146. For krav som settes fram i rettsmøte, inntreer virkningen når kravet settes fram.

(2) Når foreldelse er avbrutt ved forliksklage, opphører denne virkningen dersom stevning, eller eventuelt forliksklage, ikke er sendt til retten innen ett år fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken.

(3) Hvis søksmålet avvises eller ellers ender uten dom, og saksøkeren ikke er vesentlig å bebreide for dette, er virkningen etter første ledd fortsatt i kraft hvis kravet reises i nytt søksmål innen tre måneder fra kjennelsen ble forkynt for saksøkeren. Mot oversitting av tremånedersfristen kan det ikke gis oppfriskning.

Lagmannsrettens vurdering →

Takk for meg



Tor André Farsund Ulsted

*Partner*

Telefon +47 55 30 10 06

Mobil +47 970 83 275

E-post tau@sands.no

