



BORGARTING LAGMANNSRETT

gjør vitterlig:

D O M

av 4. november 2002

i ankesak nr 01-04037 A/02 og 01-04038 A/02

Gjensidige Kredittforsikring AS m fl – Sommerfeldt-Colberg

Ankesak nr 01-04037 A/02:

Ankende part: Gjensidige Kredittforsikring AS
Prosessfullmektig: Advokat Helge A. Tryti

Motpart: Arild Sommerfeldt-Colberg
Prosessfullmektig: Advokat Harald Kjerschow

Ankesak nr 01-04038 A/02:

Ankende part: 1. Aker Byggentreprenør AS
2. Mal-Consult AS
Prosessfullmektig: Advokat Helge A. Tryti

Motpart: Arild Sommerfeldt-Colberg
Prosessfullmektig: Advokat Harald Kjerschow

Rettens medlemmer: 1 Lagmann Erik Melander, formann
2 Lagdommer Øystein Hermansen
3 Ekstraordinær lagdommer Kjell Gundelsby

Fagkyndige meddommere: 1 Anleggsleder Tore Støver
2 Anleggsleder Bjørn-Arne Kristiansen

Kan gjengis offentlig

Saken gjelder tvist i entrepriserforhold.

Arild Sommerfeldt-Colberg som byggherre og Aker Byggentreprenør Drift AS – senere også benevnt Aker - som entreprenør inngikk den 6. mai 1997 avtale om bygging av boligblokk med 12 leiligheter i Gamle Ringeriksvei 22, Bekkestua i Bærum kommune. Sommerfeldt-Colberg var også byggets arkitekt. Aker ble valgt som laveste anbud, og den endelige kontraktssummen i avtaledokumentet ble oppgitt til kr 9.349.652, inklusiv merverdiavgift. Det ble fastsatt bindende leveringsfrist 28. februar 1998.

Arbeidet startet opp i juni 1997. I brev av 29. januar 1998 til Aker skrev Sommerfeldt-Colberg bl a:

Fremdriftsplanen viser imidlertid at byggearbeidene skal løpe ut mai mnd. Fremdriftsplanen er dermed ikke akseptabel med en overskridelse av byggetiden på 3 mnd.

Blir bygget ferdigstillet etter denne fremdrift, vil dette utløse erstatningskrav for tappt inntekt/økte kostnader.

Vi vil i så tilfelle hevde forsettlig og/eller grov uaktsomhet fra entreprenørens side.

Spørsmålet om forsinkelse ble deretter tatt opp i byggemøter, og entreprenøren kommenterte forholdet også skriftlig i brev 5. mars 1998 til byggherren. Etter entreprenørens syn var byggherrens eget forhold en sentral årsak til at den tidligere avtalte ferdigstillelsesfrist var overskredet. Bl a ble anført at byggherren hadde levert mangelfullt tegningsmateriale.

Den 14. april 1998 sendte Aker brev til byggherren, med varsel om stans av byggearbeidene. Det ble vist til NS 3430 punkt 36. Det ble i brevet anmodet om et umiddelbart møte med sikte på å komme til en minnelig ordning. Forut for stansen hadde partene vært uenige om berettigelsen av avdrags- og tilleggsnotaer som entreprenøren hadde fremmet.

Sommerfeldt-Colberg bestred i brev 15. april 1998 at det forelå betalingsmislighold. Han framholdt videre:

Forøvrig viser vi til kontraktsfestet ferdigstillelse 28. 02.98. Vi har i byggeperioden mottatt 5 fremdriftsplaner som alle har sprukket etter tur. Den siste nr. 5 viser ferdigstillelse 22.05.98.

Når nå Geir Hopland uttaler at denne fremdriftsplan heller ikke vil bli overholdt, er det slutt på vår tillit til Dem.

Hvis ikke arbeidene på byggeplassen er gjenopptatt 16. april d. å. ser vi oss tvunget til å avslutte kontraktsforholdet.

I brev av 23. april 1998 hevet Sommerfeldt-Colberg kontrakten. Han bemerket bl a:

Av samtale med Geir Hopland 22. 04. 98 har jeg oppfattet at entreprenøren **ikke** akter å fullføre byggeoppdraget som ble undertegnet ved kontrakt 6.05.1997.

Vi anser da samarbeidet som opphørt.

På grunn av Deres vesentlige mislighold heves herved avtaleforholdet.

Den 6. mai 1998 foretok partene befaring i bygget, og det ble utarbeidet en statusrapport. Siktemålet var å komme til enighet om hvor langt byggearbeidene var kommet, og at dette skulle være grunnlag for avregning av utførte arbeider.

Aker sendte faktura med krav om sluttoppgjør den 12. mai 1998. Beløpet som ble krevet innbetalt innen 1. juni var på kr 691.757,10.

Aker innleverte oppbudsbegjæring 18. mai 1998, og skifteretten traff kjennelse om konkursåpning den påfølgende dag.

Sommerfeldt-Colberg bestred at entreprenøren hadde noe tilgodehavende. Konkursboet abandonerte kravet mot byggherren, og kreditorene Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS har overtatt kravet. Aker Byggentreprenør AS er morselskapet til Aker Byggentreprenør Drift AS, mens Mal-Consult AS er et datterselskap av Aker Byggentreprenør AS.

Etter at kontrakten med Aker var hevet, engasjerte byggherren Bauer & Bech Entreprenørforretning AS som hovedentreprenør for å få bygget fullført, og bygget sto ferdig ca 1. november 1998.

Sommerfeldt-Colberg mente at han hadde krav mot entreprenøren som følge av det påståtte kontraktsbruddet fra Akers side. Dette gjaldt særlig tap som følge av forsinkelsen med ferdigstillelsen, og utgifter til retting av påståtte feil og mangler fra entreprenørens side.

Som ledd i kontrakten mellom byggherren og entreprenøren hadde Gjensidige Kredittforsikring AS – senere også benevnt Gjensidige - stilt garanti overfor

Sommerfeldt-Colberg for entreprenørens kontraktsforpliktelser. I garantierklæringen av 7. august 1997 het det bl a:

Garantien gjelder for entreprenørens kontraktsforpliktelser, herunder morarenter og inndrivelsesomkostninger ved mislighold i utførelsestiden og reklamasjonstiden. Garantien i utførelsestiden gjelder også for entreprenørens ansvar for forsinket fullføring.

Garantien i utførelsestiden begrenses til

Kr 934.965,- som utgjør 10 % av kontraktssummen, for forhold som påberopes overfor entreprenøren senest ved overtagelsen av kontraktsarbeidet.

Garantien omfatter ikke eventuelle dagbøter.

Sommerfeldt-Colberg reiste sak mot Gjensidige i henhold til garantien ved stevning 8. mars 1999 til Asker og Bærum herredsrett. Han la ned påstand om at Gjensidige måtte dømmes til å betale garantibeløpet på 10 % av kontraktssummen, med tillegg av renter og omkostninger.

Gjensidige påsto seg frifunnet. Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS reiste samtidig sak mot Arild Sommerfeldt-Colberg, med krav om at han skulle betale til sammen kr 1 441 483,90, med tillegg av renter og omkostninger. Det ble gjort gjeldende at entreprenøren hadde dette til gode hos byggherren for leverte arbeider.

Asker og Bærum herredsrett avsa dom 12. oktober 2001, med slik domsslutning:

Sak 99-00596 A/01

1.

Gjensidige Kredittforsikring AS betaler til Arild Sommerfeldt-Colberg innen 2 – to – uker kr. 934.965,--nihundreogtrettifiretusennihundreogseksifem- kroner, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3,1. ledd – for tiden 12 – tolv – prosent årlig – fra 11. juli 1998 og til betaling skjer.

2.

Gjensidige Kredittforsikring AS betaler til Arild Sommerfeldt-Colberg innen 2 – to – uker kr. 279.555,-- -tohundreogsyttitusenfemhundreogfemtifem – kroner.

Sak 99-01016 A/01

1.

Arild Sommerfeldt-Colberg frifinnes.

2.

Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS betaler, en for begge og begge for en, til Arild Sommerfeldt-Colberg innen 2 – to – uker kr. 545.280,-- femhundreogførtifemtusentohundreogåtti – kroner.

Sakens nærmere enkeltheter framgår av herredsrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Gjensidige Kredittforsikring AS har påanket herredsrettens dom i sak 99-00596 A/01, jf lagmannsrettens sak nr 01-04037 A/02. Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS har påanket herredsrettens dom i sak nr 99-01016 A/01, jf lagmannsrettens sak nr 01-04038 A/02. Arild Sommerfeldt-Colberg har tatt til gjenmæle i begge saker. Sakene er forenet til felles behandling og avgjørelse.

Ankeforhandling ble holdt i Oslo 1. – 8. oktober 2002. Gjensidige var representert ved prosessfullmektigen. For Aker og Mal-Consult møtte Geir Hopland, som er styreformann i Aker og styremedlem i Mal-Consult. Han avga forklaring. Arild Sommerfeldt-Colberg møtte også og forklarte seg. Det ble avhørt 7 vitner og foretatt slik dokumentasjon som framgår av rettsboken.

I forståelse med prosessfullmektigene var det satt av 6 dager til ankeforhandlingen. En omforenet framdriftsplan var framlagt ved advokat Trytis prosesskrift av 13. september 2002. Ved starten av nest siste rettsdag fremmet advokat Tryti likevel begjæring om at ankeforhandlingen skulle utvides med nok en rettsdag, med sikte på ytterligere dokumentasjon av skriftlig bevismateriale. Advokaten supplerte prosesskriftet slik at det var tilstrekkelig med ca to timers dokumentasjon fra hans side i denne forbindelse. Lagmannsretten besluttet å fastholde den tidligere plan m h t når bevisførselen måtte avsluttes.

De ankende parter la ned denne påstand:

Asker og Bærum herredsretts sak nr. 99-01016A/01 (Aker Byggentreprenør AS/Mal-Consult AS – Arild Sommerfeldt-Colberg):

1. Arild Sommerfeldt-Colberg tilpliktes å betale Mal-Consult AS/Aker Byggentreprenør AS kr 1.509.915,76,- med tillegg av morarenter fra den enkelte fakturas forfall til betaling skjer.
2. Arild Sommerfeldt-Colberg tilpliktes å betale sakens omkostninger for så vel herredsrett som lagmannsrett samt dekke andel av kostnader til fagkyndige meddommere.

Asker og Bærum herredsretts sak nr 99-00596 A/01 (Arild Sommerfeldt-Colberg – Gjensidige Kredittforsikring AS)

1. Gjensidige Kredittforsikring AS frifinnes.

2. Arild Sommerfeldt-Colberg tilpliktet å betale Gjensidige Kredittforsikring AS sakens omkostninger så vel for herredsrett som for lagmannsrett samt dekke andel av kostnader til fagkyndige meddommere.

Arild Sommerfeldt-Colberg har lagt ned slik påstand:

Asker og Bærum herredsretts sak nr. 99-00596 A/01 (Arild Sommerfeldt-Colberg – gjensidige Kredittforsikring AS):

1. Asker og Bærum herredsretts dom av 12. oktober 2001 stadfestes.
2. Gjensidige Kredittforsikring AS tilpliktet å betale Arild Sommerfeldt-Colbergs omkostninger for lagmannsrett inklusive andel av kostnader til sakkyndige meddommere med tillegg av morarenter.

Asker og Bærum herredsretts sak nr. 99-01016 A/01 (Aker Byggentreprenør AS/Mal-Consult AS - Arild Sommerfeldt-Colberg):

1. Asker og Bærum herredsretts dom av 12. oktober 2001 stadfestes.
2. Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS tilpliktet, en for begge og begge for en, å betale Arild Sommerfeldt-Colbergs omkostninger for lagmannsretten med tillegg av morarenter.

De ankende parter, Gjensidige, Aker og Mal-Consult, har for lagmannsretten i det vesentlige gjort gjeldende:

Gjensidige må frifinnes for kravet om erstatning. Dekningsområdet etter garantien er begrenset, og deler av kravet faller utenfor dekningsområdet. Det er heller ikke påvist noe økonomisk tap på byggherrens side. For øvrig krever garantien at byggherren påberoper de aktuelle forhold overfor entreprenøren "senest ved overtakelsen av kontraktsarbeidet". Dette innebærer at forholdene måtte vært påberopt innen 23. april 1998, subsidiært innen 6. mai 1998 da statusrapporten ble utarbeidet. Det er således for sent å fremme krav den 27. mai 1998.

NS 3430 punkt 2.36.3 gir entreprenøren rett til å stanse arbeidet ved "vesentlig betalingsmislighold." Dette må også omfatte *antesipert* mislighold. Akers stansing av arbeidene den 14. april 1998 var berettiget, på 5 separate grunnlag: Byggherren hadde misligholdt avdragsnotaer, og dessuten tilleggsnotaer. Det forelå videre manglende garantistillelse fra byggherren. Dessuten hadde Sommerfeldt-Colberg avvist å bestille tilleggsarbeider som var nødvendig for framdriften av prosjektet, noe som måtte anses som et antesipert mislighold. Det femte grunnlag vil være en kumulasjon av de fire øvrige grunnlag, dersom ett punkt isolert ikke er tilstrekkelig til å begrunne stansingen.

Når det gjelder avdragsnotaene, vises til at disse var redigert i samsvar med anbudsbeskrivelsens poster. Det var en differanse mellom det som var fakturert og

betalt på ca kr 193.000 etter den delvise betaling av avdragsnota nr 10, som forfalt 30. mars 1998. Sommerfeldt-Colberg var ikke berettiget til å tilbakeholde dette beløp. På bakgrunn av de tidligere uttømmende diskusjoner om kreditnotaene, kunne det ikke med rette hevdes at det var uklarheter i avdragsnotaen. Uansett var det åpenbart uholdbart å holde tilbake kr 131.732 av beløpet. Det var således et stort beløp som ble holdt tilbake over lengre tid, jf at det gikk ca 3 uker fra forfall av denne faktura til stansingen skjedde. På stansingstidspunktet var det for øvrig ennå ikke fremmet reklamasjoner på feil og mangler ved det utførte arbeidet, så slike forhold var ikke motiverende for den unnlatte betaling fra byggherrens side. Betalingsmisligholdet må etter omstendighetene anses vesentlig.

Også når det gjaldt tilleggsnotaene forelå det vesentlig betalingsmislighold. Entreprenøren hadde ved kontrakten ikke påtatt seg noe ansvar ut over de prisbærende postene i anbudet. I rørkapittelet er det ingen prisbærende poster. Innledningsvis under post 2201 "Rørleggerarbeider" er det ført opp en rundsum ("RS"), men denne knytter seg bare til selve tilkoplingen til det offentlige nett. Uttalelsen om at "(d)et skal utføres komplett rørleggerarbeider til bygget", er bare en orienterende tekst. Det samme gjelder uttalelsen under den generelle tekst i post 2202 om at "(i)nnvendige bunnledninger utføres som for utvendige ledninger". Eventuelle uklarheter om hva som er prisbærende poster må gå ut over byggherren, som har formulert anbudsbestemmelsene.

Dersom rørarbeidene skulle ha gått over til å være entreprenørens ansvar, ville konsekvensen vært at anbudet her hadde gått over til å være en totalentreprise, og med fullt prosjekteringsansvar for entreprenøren. Slik kan kontrakten ikke tolkes. Det vises for øvrig til at NS 3430 er en del av avtalevilkårene. Denne omhandler kontrakter hvor byggherren er ansvarlig for fullprosjekteringen. Slik anbudet er formulert, er denne standard opphøyet slik at standarden har prioritet foran anbudets generelle bestemmelser. Første avsnitt i punkt B. 2.0 i anbudet, om "anbudsgrunnlaget" – der det heter at anbudet omfatter de arbeider som framgår av tegningen selv om disse arbeidene ikke uttrykkelig er beskrevet, der det i beskrivelsesteksten er henvist til tegninger eller der det framgår av teksten at tegningene er nødvendige for å kunne prissette en post riktig - kan således ikke tolkes slik at entreprenøren har påtatt seg ansvar ut over prisbærende poster.

Konsekvensen er at Sommerfeldt-Colberg ikke hadde rett til å unnlate å betale tilleggsfaktura nr 7 og 8, og dette var isolert sett tilstrekkelig grunn til å stanse byggearbeidene.

Også andre tilleggsfakturaer var misligholdt av byggherren. Når det gjelder tilleggsfaktura nr 1 anføres at entreprenøren har ca kr 20 000 utestående. Byggherren mottok dokumentasjon på ekstra utkjørte masser, og var uberettiget til ikke å betale. Også i tilknytning til andre tilleggsfakturaer har Sommerfeldt-Colberg gjort uberettigete fradrag, idet han ikke har tatt hensyn til at massene er låst etter kontrakten.

Generelt vises til at alle tilleggsfakturaer ble diskutert på byggemøter, og begge parter forholdt seg til andre rutiner enn det som framgikk av anbudsreglene når det gjaldt bestilling av tilleggsarbeider. Enkelte endringer er betalt av byggherren uten protest, mens andre har han avvist uten holdbart grunnlag. Den omstendighet at byggherren i henhold til NS 3430 punkt 28.2 kan gi skriftlig pålegg om endringer, og at entreprenøren bare har plikt til å utføre endringen dersom han mottar skriftlig pålegg fra byggherren, kan ikke få betydning for nærværende sak, idet partene som nevnt fulgte andre rutiner enn standarden legger opp til. Framgangsmåten i NS 3430 punkt 28.3 ved uenighet om hvorvidt det foreligger en endring kan av samme grunn ikke begrense Akers adgang til å stanse arbeidene som følge av manglende betaling av omtvistede endringsarbeider.

Manglende garantistillelse fra byggherren berettiget Aker til stans i arbeidene. Byggherren skulle stilt garanti for sine kontraktsforpliktelser i h t NS 3430 punkt 13.1, jf punkt 13.3. Avtalen ga her intet unntak fra denne garantistillelsesplikt. Det må anses som mislighold fra byggherrens side ikke å stille garanti, eventuelt foreligger det antesipert mislighold. Uansett må bestemmelsene om rett til stansing omfatte slike forhold.

Antesipert mislighold gir god nok grunn for stansing, jf Helge Jakob Kolrud: Kommentar til NS 3430 (1992) s 330 som likestiller antesipert mislighold med et aktuelt mislighold som hevningsgrunn. Det samme må gjelde ved stansing, jf Kolrud s 348. Byggherrens manglende bekreftelse på at han ikke ville betale beløpet på ca kr 430 000 på posten for interne rør var et antesipert og vesentlig mislighold. Et annet tilfelle av antesipert mislighold var at byggherren den 30. januar 1998 meddelte at han krever erstatning i stedet for dagmulkt, på et helt uholdbart grunnlag. Det var da ca 1 måned igjen til avtalt ferdigstillelse, og erstatning forutsetter for øvrig grov uaktsomhet. Et tredje tilfelle av antesipert mislighold var at Sommerfeldt-Colberg krevde erstatning for angivelig feilplassert mur, selv om murens riktige plassering ikke var inntegnet og byggherren heller ikke hadde reagert mens muren var under oppføring.

Sommerfeldt-Colbergs hevning av kontrakten var uhjemlet. Hevningen må vurderes på grunnlag av det som ble anført i hevningsbrevet. Som eneste hevningsgrunn ble det vist til at entreprenøren ikke ville gjenoppta arbeidet, og at stansingen var uberettiget.

Slutfakturaen fikk ikke som konsekvens at kravene i henhold til de tidligere utsendte tilleggsfakturaene falt bort. Systemet til Norsk Standard 3430 er basert på at byggherren ikke skal være i tvil med hensyn til hvilke krav som rettes mot ham. Det kan ikke være et absolutt krav å gjenta tilleggsfakturakravene i slutfakturaene. Det kunne i dette tilfellet ikke være noen tvil hos byggherren om at entreprenørens krav i henhold til tilleggsnotaene fortsatt ble opprettholdt, selv om disse krav ikke var gjentatt i slutfakturaen. Det vises bl a til at byggearbeidene ble stanset, nettopp med den

begrunnelse at byggherren hadde unnlatt å betale, herunder poster for tilleggsarbeider. Rettspraksis viser for øvrig at det må foretas en totalvurdering m h t virkningen av at slutfakturaen ikke er fullstendig, jf Rettens Gang 1998 s 909.

Slutfakturaen må anses akseptert av Sommerfeldt-Colberg. Fristen for innsigelser etter NS 3430 punkt 31.3 løp ut 30. juni 1998, og fristen er preklusiv. Brevet som er framlagt i saken, og som er datert 27. mai 1998 er aldri mottatt av entreprenøren. Dato er påført med hånd, og brevet mangler adresselapp. Sannsynligvis er brevet aldri sendt. Dersom det er sendt, er det sendt til feil rettssubjekt. Entreprenøren var på det tidspunkt gått konkurs, noe byggherren kjente til. Man må altså se bort fra denne "reklamasjonen". Subsidiært – dersom reklamasjonen skal aksepteres som rettidig - anføres at det ikke er grunnlag for å ta til følge de framsatte innsigelser. Byggherren har redusert verdien av tilkjørte materialer med kr 150 000, noe det ikke er grunnlag for. Entreprenøren har levert materialer for kr 300 000, og dette må byggherren betale for. Det vises for øvrig til at dagmulktkravet først ble fremmet i august 2001, noe som er altfor sent.

Dersom retten skulle komme til at entreprenørens stansing av arbeidene var uhjemlet, har byggherren rett til å få erstattet *fullførings* kostnadene. Andre kostnader dekkes ikke, idet det da kreves grov uaktsomhet. Entreprenøren har her ikke opptrådt grovt uaktsomt, verken ved kontraktsinngåelsen eller ved gjennomføringen av arbeidene. Ingen graverende feil og mangler foreligger. Heller ikke innebærer forsinkelsen i seg selv grov uaktsom opptreden. NS 3430 og avtalen mellom partene har regler om dagmulkt, og så lenge forsinkelsen kan møtes med en slik reaksjon er det ikke grunnlag for erstatning. Man kan ikke forfekte grov uaktsomhet så lenge man kunne kreve den avtalte konvensjonalbot.

Subsidiært anføres at byggherren ikke har lidt noe tap som følge av et eventuelt mislighold fra entreprenørens side. Det er bare nødvendige kostnader som kan kreves erstattet. Byggherren har selv ansvar for fordyrende løsninger. Stensrud & Stensrud AS anslo i brev av 20. mai 1998 omkostningene ved ferdigstillelse til kr 2,5 millioner eksklusiv merverdiavgift. Det ble tatt forbehold om ytterligere beløp til oppretting av feil og mangler. I statusrapporten av 6. mai er det angitt mindre enn 40 timer for oppretting av feil og mangler. Denne rapport må ha preklusiv virkning. De ankende parter aksepterer likevel at manglene kan settes til kr 30 000. Resultatet innebærer at byggherren har hatt relevante utgifter til prosjektet med i alt ca kr 7,9 millioner, noe som er ca kr 1,37 millioner mindre enn kontraktssummen med Aker. Noe tap er således ikke påløpt.

Forsinkelseskostnadene var ikke så store at det kan føre til en annen konklusjon på tapsspørsmålet. De ankende parter skal ikke svare for at fullføringsarbeidene først kom i gang igjen i juni 1998, og da med kun noen få arbeidere. Byggherren hadde for øvrig en rentefordel ved at ca 4 millioner kroner av kontraktssummen sto ubetalt i forsinkelsesperioden.

Det framlagte "byggeregnskapet" kan ikke legges til grunn. Revisors vitneforklaring gir heller ikke grunnlag for å anse det påståtte tap for sannsynliggjort. Han bekreftet at Sommerfeldt-Colberg Invest AS hadde et annet byggeprosjekt som løp parallelt, og mange av bilagene i "byggeregnskapet" kan referere seg til det prosjektet. Mange bilag mangler leveringsadresse, og retten vet ikke hva bilagene nærmere refererer seg til. Bilagene kan også innebære standardhevninger og tilleggsarbeider. Noen bankavstemning er heller ikke foretatt. Det vises for øvrig til at de ankende parter forgjeves har framprovosert kontraktene som byggherren har inngått for ferdigstillelsen. Også for andre tapsposter er kontrakter forgjeves framprovosert. Det vises særskilt til husleiekontraktene. Tapte husleie kan uansett ikke kreves for en så lang periode som 8 måneder.

Dagmulktkrav er for sent framsatt. Det vises for øvrig til at partene avtalte dagmulktsats på bare kr 760 pr dag. Uansett kan byggherren ikke kreve erstatning før hevningstidspunktet.

Ankemotparten, Atle Sommerfeldt-Colberg, har for lagmannsretten i det vesentlige gjort gjeldende:

Herredsrettens dom er korrekt, og må stadfestes.

Gjensidiges anførsel om at byggherren skulle ha påberopt de aktuelle forhold overfor entreprenøren senest ved overtakelsen av kontraktsarbeidet, og at det ikke har skjedd her, er en ny anførsel som må settes ut av betraktning av prosessuelle grunner. Uansett er anførselen uholdbar materielt sett.

Byggherren er berettiget til å kreve erstatning fra entreprenøren og garantisten, særlig som følge av at forsinkelsen fra entreprenørens side var vesentlig og derved ga grunnlag for hevning av kontrakten. Sommerfeldt-Colberg har således motkrav overfor entreprenøren som langt overstiger garantibeløpet med tillegg av de krav som de ankende parter pretenderer å ha.

Byggherrens hevningsrett er uavhengig av om stansingen fra entreprenørens side var berettiget. Motkravene/erstatningskravene er gjort gjeldende i byggherrens brev av 27. mai 1998 til garantisten og bobestyreren, og er derved framsatt tidsnok.

Med hensyn til forsinkelsen vises til at byggherren aldri har forlenget ferdigstillelsesfristen, som var 28. februar 1998. NS 3430 punkt 17.5 bestemmer at entreprenøren må gi skriftlig varsel ved krav om fristforlengelse, og varsel skal gis uten ugrunnet opphold. I motsatt fall tapes retten til fristforlengelse. I denne saken ble det ikke sendt noe slikt varsel fra entreprenørens side. Det er for øvrig ikke påvist konkrete forhold som gjør at forsinkelsen kan bebreides byggherren. Når det gjelder

taktegningene, anføres at byggmesteren burde ha klart å bygge taket basert på det foreliggende tegningsmaterialet. For øvrig var Sommerfeldt-Colberg tilgjengelig når det var behov for hans bistand. Uansett medførte ikke problemer med taktegninger noen forsinkelse av betydning for saken.

Det var helt urealistisk å tro at Aker ville maktet å ferdigstille bygget innen utgangen av mai 1998, slik det ble hevdet før stansingen skjedde. Både Sommerfeldt-Colberg og Jonny Mollerud – som var formann hos entreprenøren – har betegnet bygget som ”halvferdig”. Dette er muligens noe i underkant av den faktiske situasjon. Det vises imidlertid til at entreprenøren bare hadde fakturert ca 5,9 millioner kroner av kontraktssummen på kr 9,3 millioner. Videre vises til at bygget faktisk ble ferdig først 1. november 1998, med firmaet Bauer & Beck som den vesentlige entreprenør. Bauer & Beck hadde god framdrift i arbeidet.

Det er ikke korrekt at det var stansingen isolert sett som begrunnet hevningen. Varselbrevet fra byggherren viser at forsinkelsen ble påberopt.

Byggherren har protestert korrekt mot slutfakturaen i h t NS 3430 punkt 31.3. Brevet av 27. mai 1998 ble sendt entreprenøren. I byggherrens annet brev av samme dato til bobestyreren og garantisten ble det også tatt forbehold med hensyn til størrelsen på det endelige erstatningskravet. Erfaringsmessig blir det klart fordyrende å fullføre slike prosjekter etter hevning, jf Viggo Hagstrøm: Entrepriserett – Utvalgte emner s 69.

Det framlagte ”byggeregnskapet” må legges til grunn ved erstatningsutmålingen. Dette støttes av revisors forklaring. Han har gjennomgått materialet med hensyn til 95 % av summen, uten å ha funnet feil. Ankende parters anførsel m h t at kostnadene kan referere seg til andre prosjekter er ubegrunnet og ren spekulasjon. I alt har prosjektet kostet ca 12, 4 millioner kroner, altså omtrent det samme som høyeste anbud da Aker konkurrerte.

Når det gjelder byggherrens erstatningskrav, anføres at økte kostnader ved utbyggingen er beregnet til kr 2 421 172, mens saksbehandling for arkitekt og ekstra arbeid med pristilbud, anbud og befaringer med nye entreprenører er beregnet til kr 305 000. Omkostningene ved oppretting av feil og mangler må på bakgrunn av bevisførselen fastsettes skjønnsmessig til ca kr 750 000.

Byggherren har også hatt et netto rentetap som følge av merkostnadene, selv om det må tas hensyn til sparte renter. Det aksepteres at innskuddsrente, og ikke lånerente, legges til grunn. Det vises til at den økte finansieringen er dekket av egenkapital. Rentetap for perioden 1. november 1998 til 1. november 2002 er beregnet til kr 858 420.

I tillegg må byggherren få erstattet tapt husleie ved den forlengede byggetiden. Dette er beregnet til kr 920 000, og baserer seg på den leie som Sommerfeldt-Colberg fikk fra 1.

november 1998. Det er også grunnlag for erstatning på grunn av verdireduksjon som følge av feil. Flere feil ville blitt ekstremt kostbare å rette opp, og er derfor ikke rettet. Det gjelder bl a skjeve betongvegger, stedvis åpent elektrisk anlegg, rør som kommer opp i golv i soverom. Disse poster kan kreves erstattet fordi entreprenøren har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt, jf NS 20.2 siste ledd. Det er utvist grov uaktsomhet med hensyn til manglende framdrift. Også ved manglene er det utvist grov uaktsomhet. Dessuten innebærer entreprenørens stansing av arbeidene et forsettlig eller grovt uaktsomt kontraktsbrudd som gir grunnlag for erstatning.

Subsidiært, dersom retten skulle komme til at entreprenøren i utgangspunktet har krav på erstatning, må det legges til grunn at tilleggsfakturaene fra 1997 i hovedsak er akseptert, jf at de også ble betalt. Det forholder seg annerledes med de tilleggsfakturaer som entreprenøren fremmet i mars 1998. Mange av disse arbeider lå tilbake i tid, jf bl a fundamentering og bunnledninger. Allerede av den grunn at entreprenøren ikke overholdt varslingsplikten i NS 3430 punkt 17.5, har han ikke krav på dekning av slike utgifter. Med hensyn til bunnledningene anføres for øvrig at dette var omfattet av anbudet. Det vises bl a til post 2201 i anbudsbeskrivelsen. Det er ikke korrekt at NS 3430 har fått en "opphøyet" status i kontrakten, slik de ankende parter hevder.

For tilleggsfaktura nr 2, 6 og 14 foreligger erkjennelse fra de ankende parter om at det må gjøres fradrag. Det vises til advokat Jens Petter Bulls brev av 11. november 1998 til ankemotpartens advokat.

Når det gjelder fundamenteringen, vises til at entreprenøren utførte denne på en annen måte enn beskrevet i anbudsgrunnlaget, og byggherrens krav om fradrag er berettiget. Spørsmålet om endrede mengder ble tatt opp i byggemøte nr 2, og det kom ikke noen innvending fra entreprenøren mot referatet fra byggemøtet.

Samlet sett har Sommerfeldt-Colberg betalt mer enn han pliktet på tilleggsfakturaene. I alt har han betalt kr 378 276. Når det tas hensyn til fradrag som må gjøres for det som er fakturert for mye, har han betalt kr 106 311 for mye på tilleggsfakturaene.

Slutfakturaen må omfatte samtlige krav fra entreprenøren, jf NS 3430 punkt 31.1 annet og tredje ledd. Kravene i tidligere framsatte tilleggsfakturaer som ikke er medtatt i slutfakturaen, er således bortfalt.

Byggherren har innen fristen protestert mot slutfakturaen. Det vises til brev av 27. mai 1998 til Aker Byggentreprenør Drift AS. Brevet er korrekt avsendt, og det må være avgjørende, jf avtaleloven § 40. De innvendinger som ble framsatt i brevet var berettigede.

Når det gjelder entreprenørens stansing av arbeidene den 14. april 1998, anføres at den er uhjemlet. Det forelå ikke vesentlig betalingsmislighold fra byggherrens side. Mange

krav som entreprenøren hadde framsatt var uberettigede. Det vises bl a til at entreprenøren ikke hadde reist innvending mot det som var besluttet i byggemøtene og at kravene på flere punkter var for sent framsatt i forhold til bestemmelsene i NS 3430. Det må videre tas hensyn til at det var avdekket mangler ved entreprenørens arbeid, og at dette måtte ha betydning for omfanget av entreprenørens krav. Endelig må det være av betydning at byggherren på stansingstidspunktet hadde betalt for mye for materialer og rigg. Entreprenøren måtte selv ha risikoen for sitt standpunkt om at det forelå vesentlig betalingsmislighold som skulle tilsi stansing.

Avtalen om dagmulkt må forstås slik at det kan kreves kr 7 600 pr dag, jf NS 3430 punkt 20.2. I kontraktens punkt 5 er denne oppgitt til kr 760 pr dag, men dette beror på en skrivefeil. Byggherren hadde således her krav på dagmulkt med kr 7 600 pr dag.

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som herredsretten, og skal bemerke:

Saken står i all hovedsak i samme stilling som for herredsretten, og lagmannsretten kan også langt på vei slutte seg til herredsrettens premisser.

Atle Sommerfeldt-Colberg hevet kontrakten ved brev av 23. april 1998 til Aker Byggentreprenør Drift AS. Han viste til NS 3430 punkt 34.1, som i punkt 1 lyder:

Byggherren har rett til å heve kontrakten dersom entreprenøren vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser, eller det er klart at vesentlig mislighold vil inntre, og forholdet ikke har blitt rettet etter skriftlig varsel fra byggherren innen en rimelig frist fastsatt av byggherren.

De ankende parter har anført at hevningen bare var begrunnet med at entreprenøren hadde stanset arbeidene. Lagmannsretten kan ikke forstå hevningsbrevet på en slik måte. Brevet må for øvrig tolkes på bakgrunn av det som tidligere hadde foregått mellom partene. Det vises bl a til at Sommerfeldt-Colberg i rekommandert brev av 29. januar 1998 hadde påpekt at framdriften ikke var akseptabel, og at det var aktuelt å kreve erstatning for forsinkelsen. Senere, i brev av 15. april 1998, viste byggherren bl a til at det var kontraktsfestet ferdigstillelse 28. februar samme år, at heller ikke siste framdriftsplan ville bli overholdt, og byggherren konkluderte med at det var slutt på tilliten til entreprenøren. Det kan ikke være tvilsomt at en sentral begrunnelse for hevningen var at entreprenøren hadde utvist vesentlig mislighold av sine kontraktsforpliktelser, ved den forsinkelsessituasjonen som forelå. Den utløsende årsak til beslutningen om hevning synes imidlertid å ha vært entreprenørens stansing.

Lagmannsretten er som herredsretten kommet til at det forelå en vesentlig forsinkelse som berettiget til hevning av kontrakten. Bygget skulle stå ferdig 28. februar 1998, og det var beregnet en byggetid på ca 9 måneder. Da hevningen skjedde den 23. april, var arbeidene stanset, og det sto mye igjen før bygget var ferdig. Etter bevisførselen må legges til grunn at det ikke var realistisk for entreprenøren å ferdigstille bygget før etter

fellesferien 1998. Det vises bl a til at statusrapporten av 6. mai 1998 viser at mange arbeider gjensto, og at faktureringen også viser at en vesentlig del av arbeidene ennå ikke var utført. Det vises også til at bygget faktisk først sto ferdig 1. november 1998, etter at Bauer & Bech Entreprenørforretning AS ble engasjert for ferdigstillingen. Dette firma holdt en god framdrift i arbeidet.

Lagmannsretten konkluderer med at avtalt ferdigstilling var overskredet med ca 1 ½ måned på hevingstidpunktet, og at det da måtte påregnes en forsinkelse på i alt minst 6 måneder i forhold til avtalt tid.

Etter lagmannsrettens syn er det entreprenøren som må ta ansvaret for forsinkelsen. Som herredsretten bemerker, gikk prosjektet feil helt fra starten av. Først i begynnelsen av juni 1997 ble byggingen igangsatt. Byggelederen fungerte svakt og ble skiftet ut midt i prosjektet. Styringen var mangelfull. Det må også legges til grunn at bemanningssituasjonen ikke var optimal med sikte på ferdigstilling innen den avtalte frist. For entreprenøren måtte det også etter hvert bli klart at prosjektet ville bli et tapsprosjekt, noe som – sammen med entreprenørens store økonomiske problemer – også må antas å ha medvirket til at større ressurser ikke ble satt inn for å ferdigstille prosjektet.

De ankende parter har gjort gjeldende at det var problemer med rasjonell drift på grunn av dårlig tegningsmateriale fra Sommerfeldt-Colberg. Lagmannsretten kan ikke se at denne anførsel kan føre fram. På bakgrunn av det materiale som ble presentert for lagmannsretten må det legges til grunn at tegningsmaterialet i alt hovedsak var et godt grunnlag for entreprenøren til å utføre sitt arbeid. Det er heller ikke dokumentert at det var nevneverdige forsinkelser med tegninger som kan anses som årsak til entreprenørens manglende framdrift. Riktignok tok det noe tid før entreprenøren fikk det materialet som var ønsket for tak-konstruksjonen, men dette forhold har samlet sett ikke vært av vesentlig betydning for framdriften av prosjektet. Lagmannsretten går da ikke inn på spørsmålet om Sommerfeldt-Colberg kan kritiseres for håndteringen av tak-spørsmålet.

Stansingen av arbeidene i april 1998 medførte naturlig nok en ytterligere forsinkelse av prosjektet. Et sentralt tvistetema i saken er om denne stansingen fra entreprenørens side var berettiget. Etter NS 3430 punkt 36 kan entreprenøren med 24-timers skriftlig varsel stanse utførelsen "ved vesentlig betalingsmislighold". Entreprenøren har selv risikoen for at betingelsene for stansing er til stede. Dersom vilkårene ikke er oppfylt, har byggherren rett til å gjøre misligholdsvirkninger gjeldende som følge av eventuell uberettiget stans.

Lagmannsretten finner at stansen var uberettiget, og entreprenørens stansing må ses som et forsettlig kontraktsbrudd.

De ankende parter har som ett av grunnlagene for stansing anført at byggherren hadde misligholdt avdragsfakturaene. Lagmannsretten viser til at det hadde vært flere diskusjoner mellom partene under byggetiden om berettigelsen av kravene etter avdragsnotaene. Det ble bl a avholdt to særmøter mellom partene i januar og februar 1998 for å gjennomgå faktureringen, med sikte på å få bedre oversikt og å komme til enighet om tidligere fakturaer som byggherren mente til dels ikke var korrekte. Entreprenøren hadde for øvrig utstedt to kreditnotaer på henholdsvis kr 176 413 og kr 612 987. Sistnevnte var datert 31. desember 1997, men utstedt i februar 1998, etter særmøte nr 2 den 6. februar.

I referatet fra dette særmøtet heter det bl a :

Faktureringsliste nr 1. ble gjennomgått.
Dobbeltoppføring av poster strykes.
Ikke utførte arbeider skal ikke oppføres på faktureringslistene.
Utførte ikke fakturerte arbeider ble gjennomgått.
Det var stort sett enighet om hva som nå faktureres, og hvordan tiltakshavers sikkerhetsprosent tas med i oversikten.

Det ble også etter dette diskusjon om faktureringen. Partene utvekslet sine synspunkter i brev av henholdsvis 27. februar og 5. mars 1998.

Det er avdragsnota nr 10 av 10. mars 1998 som partene tvistes om i forhold til spørsmålet om betalingsmislighold på avdragsnotaer som grunnlag for stansingen. Den var på totalt kr 1 033 888,-, og med betalingsfrist 30. mars 1998. Vedlagt fakturaen fulgte en nærmere spesifisering. Sommerfeldt-Colberg bemerket i brev av 27. mars 1998 til entreprenøren at han utbetalte kr 829 658. Resten – kr 194 230 inklusiv merverdiavgift - var fratrasket, dels fordi det etter byggherrens syn gjaldt poster i anbudet som var utgått, ikke utført eller som skulle gå i fradrag. Om hoveddelen av det beløp som ikke ble utbetalt – kr 131 732 eksklusiv merverdiavgift – bemerket byggherren følgende:

Poster fra kontrollskjema.
Disse har vi tidligere sjekket ut som betalt. Det er mulig at disse poster inngår i kreditnotaene, men da kreditnotaene ikke er spesifisert med hvilke poster disse inneholder har vi ikke oversikt. Vennligst spesifiser kreditnotaene så vi kan få avsluttet postene.
Inntil vi har oversikt utstår betaling.

Aker har under ankeforhandlingen medgitt at innsigelsene fra byggherren på enkelte punkter kanskje var berettiget. Imidlertid mener Aker at det uansett ikke kunne være grunn til å stille spørsmål ved hoveddelen av det tilbakeholdte beløp – kr 131 732 - særlig sett på bakgrunn av den gjennomgang av faktureringen partene hadde på særmøtene tidligere samme år.

Lagmannsretten kan ikke gi de ankende parter medhold i at den manglende betalingen av deler av avdragsfakturaen kunne berettige stansingen. Sommerfeldt-Colbergs reaksjon på fakturaen framsto ikke som en nektelse av å betale, men som en anmodning om å få ytterligere opplysninger for å kunne kontrollere kravet. Blant annet sett på bakgrunn av de uklarheter som det tidligere hadde vært mellom partene med hensyn til faktureringen og hva anbudet omfattet, kunne det etter lagmannsrettens syn ikke innvendes noe mot at byggherren ba om en nærmere redegjørelse fra entreprenøren før det aktuelle beløp eventuelt ble betalt. Entreprenørens reaksjon med å stanse arbeidet var da ingen akseptabel måte å svare på, og kontraktsstridig.

De ankende parter har også gjort gjeldende at stansingen var berettiget på grunn av misligholdte tilleggsnotaer. Heller ikke denne anførsel kan føre fram. Uenigheten om tilleggsnotaene gjelder i hovedsak ulike oppfatninger med hensyn til hvilke arbeider som var omfattet av anbudet, og om hva som nærmere ble avtalt under byggeprosessens gang.

Lagmannsretten viser her innledningsvis til anbudsdokumentet, som i punkt 3 bestemmer at NS 3430 gjelder "med de endringer som fremgår av avtaledokumentets pkt. 8 C". I punkt 8 heter det:

Under henvisning til NS 3430 pkt. 4.1 avtales:

- A. Avtaledokument.
- B. Entreprenørens anbud.
- C. Anbudets kontraktsvilkår.
- D. Anbudets beskrivelse og mengdefortegnelse.
- E. Anbudstegninger.
- F. Norsk Standard 3430.

Lagmannsretten viser videre til NS 3430 punkt 4.2 om tolkingsregler, hvor det i annet avsnitt heter:

For øvrig gjelder yngre bestemmelser foran eldre, spesielle bestemmelser foran generelle og bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten foran standardiserte bestemmelser.

Lagmannsretten bemerker at den ikke finner det tvilsomt at de spesielle bestemmelsene som særskilt framgår av anbudsvilkårene ved eventuell motstrid gjelder foran de generelle bestemmelsene i standarden.

Et sentralt tvistetema er rørleggerarbeider og bunnledninger. De ankende parter gjør gjeldende at dette ikke er prisbærende poster i anbudet, og at vi her står overfor tilleggsarbeider som byggherren må betale særskilt for. Lagmannsretten kan ikke si seg

enig i det. I anbudsbeskrivelsen under post 2201 Rørleggerarbeider framgår at det skal utføres komplett rørleggerarbeider til bygget. Det er ikke grunnlag for å forstå beskrivelsen slik at RS-posten knytter seg bare til selve tilkoplingen til det offentlige nettet, slik de ankende parter hevder. Av anbudsbeskrivelsen framgår for øvrig spesielt at "(i)nnvendige bunnledninger utføres som for utvendige ledninger." Også "prosjektering av anlegget" er avtalt, som en RS-post, jf under post 2202. Partene må kunne avtale en slik løsning på særskilte poster uten at det derved er grunnlag for å hevde at entreprisen er gått over til å bli en totalentreprise med fullt prosjekteringsansvar. Lagmannsretten tilføyer for øvrig at det i anbudet post B.2.0 Anbudsgrunnlaget heter bl a:

Dersom det er henvist til en eller flere tegninger i beskrivelsesteksten, eller det fremgår av teksten at tegningene er nødvendige for å kunne prissette en post riktig, omfatter anbudet de arbeider som fremgår av tegningen, selv om disse arbeidene ikke uttrykkelig er beskrevet.

Videre er anbyder i samme punkt pålagt å varsle arkitekten umiddelbart dersom anbyderen oppdager mangler eller uklarheter i anbudsgrunnlaget som har betydning for bl a prissettingen.

Lagmannsretten viser til at arbeidet med bunnledninger ble utført av entreprenøren høsten 1997, og uten å følge de prosedyrer som NS 3430 punkt 28 foreskriver for det tilfelle at entreprenøren er uenig i byggherrens standpunkt om at arbeidet omfattes av kontrakten. Entreprenøren var kjent med byggherrens standpunkt om at arbeidene var omfattet av anbudet. Først i mars 1998 ble arbeidet fakturert. Rett til å kreve betaling for eventuell endring var da uansett tapt, jf NS 3430 punkt 28.3 om virkningen av entreprenørens manglende reaksjon.

Lagmannsretten bemerker at det heller ikke er grunnlag for å konkludere med at byggherren har misligholdt betalingen med hensyn til andre omtvistede tilleggsfakturaer. Byggherren har i all hovedsak fulgt anbudsreglenes prosedyrer med hensyn til endringsarbeider. Entreprenøren har på sin side ikke inngitt noen formelle protester i h t NS 3430 punkt 28 før igangsetting av arbeidet, og retten til eventuelt å kreve betaling ved tilleggsnotaene som først ble fremmet senere, er prekludert.

Lagmannsretten viser for øvrig til at det jevnlig ble holdt byggemøter, og at Sommerfeldt-Colbergs referater fra disse møtene ikke ble møtt med innsigelser fra entreprenøren. Retten viser bl a til at det av byggemøtereferatet 6. august 1997 framgår at massekontroll var utført og at entreprenøren hadde kontrollregnet masser, priser og utregninger og funnet disse i orden. Det ble også protokollert at massene m h t forskalingen og parkett skulle reguleres. Først utover i 1998 – etter at tvisten mellom partene ble synliggjort – kom det innsigelser mot byggemøtereferater. Dette kan imidlertid ikke tillegges vekt i denne sammenheng.

Det må konkluderes med at det ikke er grunnlag for å hevde at byggherrens manglende betaling av tilleggsfakturaene innebærer et betalingsmislighold som skulle berettigge til stansing av arbeidene. Entreprenørens måte å gå fram på ved uenighet med byggherren m h t endringsarbeider er for øvrig som nevnt regulert i NS 3430 punkt 28. Lagmannsretten finner etter omstendighetene ikke grunn til å gå nærmere inn på de enkelte tilleggsfakturaer.

De ankende parter har videre som stansingsgrunnlag påberopt manglende garantistillelse fra byggherrens side. Heller ikke denne anførsel kan føre fram. Etter NS 3430 punkt 13.3 skal byggherren stille sikkerhet – om ikke annet er avtalt – for oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser på 15 % av kontraktssummen. Etter punkt 13.3 første ledd annet punktum er ikke entreprenøren forpliktet til å starte utførelsen før han har mottatt byggherrens sikkerhetsstillelse.

Arild Sommerfeldt-Colberg hevder at det ble avtalt at det ikke skulle stilles garanti. Han har vist til at spørsmålet ble tatt opp under kontraktsforhandlingene mellom Aker og ham, og at entreprenøren ble orientert om at hele kostnadsbeløpet for utbyggingen var satt inn på konto i bank. Prosjektleder Sørstumoen kontrollerte at dette stemte, og ga uttrykk for at det da ikke var behov for noen garanti. Sommerfeldt-Colberg har nærmere redegjort for forholdet i brev av 26. september 1998 til sin advokat. De ankende parter har bestridt at noen slik avtale ble inngått, men har ikke ført Sørstumoen som vitne. Lagmannsretten viser videre til at entreprenøren ikke etterlyste garanti før oppstart i 1997 eller under arbeidets videre gang. Først etter at tvisten oppsto har garantispørsmålet blitt brakt på bane. Etter lagmannsrettens syn taler det foreliggende materialet klart for at det ble avtalt at byggherren ikke skulle stille garanti. Lagmannsretten peker for øvrig på at entreprenøren da heller ikke begrunnet stansingsvarselet med at det manglet garanti.

Som et ytterligere grunnlag for stansingen har de ankende parter gjort gjeldende at det foreligger antesipert mislighold fra byggherrens side. Det er særlig tre forhold som er framhevet: at byggherren ikke ga bekreftelse på at han ville betale for innvendige rør, som hadde en kostnad på ca kr 430 000, at byggherren fremmet uberettiget krav på erstatning for angivelig feilplassert forstøtningsmur samt at byggherren på et angivelig uholdbart grunnlag i januar 1998 varslet om at det ville bli krevet erstatning for forsinkelser.

Lagmannsretten kan heller ikke her gi de ankende parter medhold. Byggherren har ikke på noen av de påberopte punkter opptrådt på en slik måte at stansing var berettiget. Med hensyn til rørarbeidene, bemerkes at byggherren adekvat har forholdt seg til sin forståelse av anbudet og ikke funnet grunnlag for entreprenørens krav om betaling av rørarbeidene som tilleggsarbeider. Lagmannsretten kan ikke se at entreprenørens krav her er berettiget. Et eventuelt krav ville uansett ikke ført fram, jf at de aktuelle arbeider er utført uten at entreprenøren fulgte prosedyrereglene i NS 3430 punkt 28. Med hensyn

til kravet på angivelig feilplassert forstøtningsmur bemerkes at det er uenighet mellom partene med hensyn til om entreprenøren her gjorde noen feil. Det kan ikke ses at byggherrens reaksjon på forholdet var kritikkverdig, og forholdet kunne i ethvert tilfelle ikke berettige til stansing av arbeidene. Lagmannsretten kan endelig ikke se at det var kritikkverdig av byggherren å varsle krav om erstatning for forsinkelser allerede i januar 1998. Det vises særlig til den utvikling byggeprosjektet hadde med hensyn til framdriften.

De ankende parter kan heller ikke høres med at de ulike påberopte grunnlag *samlet* kan gi grunnlag for å anse stansingen for berettiget. Konklusjonen må bli at stansingen innebar et vesentlig mislighold fra entreprenørens side. Forholdet må anses som forsettlig.

På bakgrunn av dette hadde byggherren rett til å heve kontrakten med hjemmel i NS 3430 punkt 34.1, idet entreprenøren vesentlig hadde misligholdt sine kontraktsforpliktelser. Det vises for så vidt til forsinkelsessituasjonen som innebar et vesentlig mislighold, jf bemerkningene tidligere i dommen. Men også den uhjemlete stansingen ga, i den situasjon som forelå, et berettiget hevningsgrunnlag.

Lagmannsretten er enig med herredsretten i at entreprenørens mislighold er erstatningsbetingende, jf NS 3430 punkt 34.1.2 bokstav c og d. Lagmannsretten bemerker at det også forelå mangler ved utførelsen av bygget som ga grunnlag for å kreve erstatning, og viser for så vidt til bemerkningene nedenfor. Kravet om erstatning er fremmet i tide.

Lagmannsretten er som herredsretten kommet til at Sommerfeldt-Colbergs berettigete erstatningskrav overstiger det krav som de ankende parter har gjort gjeldende med tillegg av garantibeløpet. Det er da også tatt hensyn til at Sommerfeldt-Colberg allerede har fått utbetalt kr 15 000 i dividende fra entreprenørens konkursbo. Etter omstendighetene er det da ikke tilstrekkelig grunn til å ta standpunkt til berettigelsen av de ulike kravspostene som Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult har fremmet i saken mot byggherren. Lagmannsretten bemerker likevel at byggherren har reist innsigelser mot slutfakturaen av 12. mai 1998 i tide etter NS 3430 punkt 31.3. Fristen utløp den 30. juni 1998. Det er ikke grunn til å betvile Sommerfeldt-Colbergs opplysning om at han sendte det framlagte brevet av 27. mai 1998. Det må også være fristavbrytende at brevet ble sendt til det selskap som hadde sendt slutfakturaen, dvs "Aker Byggentreprenør Drift AS c/o Aker Byggentreprenør as". At det i mellomtiden var åpnet konkurs i boet til Aker Byggentreprenør Drift AS stiller ikke forholdet i et annet avgjørende lys.

Når det gjelder Sommerfeldt-Colbergs krav på erstatning for fullføringskostnadene, bemerkes at det framlagte "byggeregnskapet" i det alt vesentlige må legges til grunn. På bakgrunn av bevisførselen for lagmannsretten, herunder vitneforklaringen fra

ankemotpartens revisor, er det ikke grunn til å betvile at utgifter til andre byggeprosjekter ikke er tatt med her. At det i et så vidt omfattende materiale likevel er kommet med enkelte fakturaer som ikke hører hjemme i saken, er medgitt av Sommerfeldt-Colberg. Dette røkker likevel ikke ved lagmannsrettens syn om at materialet i all hovedsak er korrekt. Det tilføyes at det ikke er holdepunkter for å anta at Sommerfeldt-Colberg bevisst har forsøkt å trekke inn andre utgiftsposter enn det som gjelder det aktuelle bygget.

De ankende parter har vist til brev av 20. mai 1998 fra Stensrud & Stensrud AS til byggherren, og anført at dette viser at kravet for økte kostnader er altfor høyt. Lagmannsretten kan ikke se at dette brevet kaster noe vesentlig lys over forholdet. Riktignok er det i brevet oppgitt et beløp på kr 2,5 millioner eksklusiv merverdiavgift i relasjon til "restarbeidene". Det er imidlertid opplyst at dette bare er et anslag, og at det er uaktuelt å inngå på en fastprisavtale, da "utført arbeide er beheftet med en rekke feil og mangler". Lagmannsretten bemerker for øvrig at det må påregnes ikke ubetydelige ekstraomkostninger når byggherren skal engasjere ny entreprenør etter en hevning, bl a fordi en ny entreprenør lett vil måtte anse sitt engasjement som økonomisk mer usikkert når han skal overta et delvis ferdig prosjekt. Den løsning Sommerfeldt-Colberg her valgte, med å engasjere Bauer & Bech Entreprenørforretning AS, og at arbeidet i det alt vesentlige ble utført som regningsarbeid, kan det ikke reises innvending mot.

Lagmannsretten finner det ikke godtgjort at erstatningskravet fra byggherren omfatter arbeider og løsninger som innebærer en standardhevning. Riktignok ble det på enkelte punkter valgt andre løsninger enn det som var opprinnelig avtalt med Aker, men dette gjelder helt uvesentlige forhold. Samlet sett legges til grunn at kravet for fullføringskostnader gjelder arbeid med samme standard på løsninger som anbudet med Aker forutsatte.

Også kostnadene med retting av feil og mangler kan kreves erstattet. Partene er uenige om omfanget av manglene. De ankende parter har særlig gjort gjeldende at det ikke er store mangler, bl a under henvisning til statusrapporten av 6. mai 1998. Det er vist til at en rekke forhold som der er omtalt, ikke gjelder feil og mangler, men derimot arbeider som ennå ikke var utført. Videre har de ankende parter vist til at det i statusrapporten er oppgitt mindre enn 40 timer for oppretting av feil og mangler.

Lagmannsretten kan ikke se at de tidsangivelser som er angitt i statusrapporten utgir seg for å være en fullstendig oversikt over antatt tid til utbedring av samtlige feil og mangler. På bakgrunn av bevisførselen må legges til grunn at det samlet sett var betydelige feil og mangler som medførte vesentlige kostnader til oppretting. Det vises herunder til vitneforklaringene fra Roger Viland og Erik Piene. Lagmannsretten slutter seg i all hovedsak til herredsrettens vurdering på side 23-24. Det bemerkes imidlertid at det for avgjørelsen av saken ikke er grunn til å skille mellom kostnader som er gått med til oppretting og kostnader til fullføring av arbeider som ikke var utført av Aker. Begge

poster er erstatningsmessige. Og som tidligere bemerket, er det ikke grunnlag for å betvile at byggherren har hatt økte omkostninger til ferdigstillelsen i den størrelsesorden som er oppgitt.

Lagmannsretten finner også at ankemotparten må gis medhold i kravet på dekning av utgifter til saksbehandlingen i forbindelse med den forlengede byggetid, samt for arbeid med pristilbud, anbud og befaringer med den nye entreprenøren. Også Sommerfeldt-Colbergs arbeid som arkitekt i forbindelse med fullføringen av bygget kan kreves dekket med hjemmel i NS 3430 punkt 34.1.2 bokstav c. Disse utgiftene til saksbehandling m v er oppgitt til samlet kr 305 000, basert på en timepris på kr 532. Som herredsretten bemerker, ble det nødvendig med et omfattende arbeid for Sommerfeldt-Colberg m h t å administrere ferdigstillelsen. Lagmannsretten finner at kravet må aksepteres.

Sommerfeldt-Colberg har også krevet dekket rentetap med kr 858 420. Det er tap grunnet økt finansiering. Beregningen er knyttet til merkostnadene til entreprenør, og renter er beregnet fra bygget sto ferdig og fram til 1. november i år, som antatt oppgjørstidspunkt. Det er fra ankemotpartens side akseptert at det er innskuddsrentesatsen som skal legges til grunn, idet bygget rent faktisk ikke ble lånefinansiert. Etter NS 3430 punkt 34.1.2 kan merutgifter til finansiering kreves erstattet. Lagmannsretten finner at tapsposten er berettiget, men at det også må tas hensyn til at byggherren hadde en rentebesparelse i 1998 ved at byggeomkostningene kom senere enn forutsatt i anbudet med Aker. En viss reduksjon må gjøres i det rentekrav som er fremmet fra byggherren. Da det for løsningen av ankesaken ikke er nødvendig å fastsette beløpet eksakt, tar ikke lagmannsretten standpunkt til det nøyaktige beløp.

Byggherren har videre krevet erstatning for tapte husleieinntekter, med i alt kr 920 000. Dette gjelder tap som følge av at bygget kunne utleies først 8 måneder senere enn beregnet, som følge av Akers mislighold. Det er opplyst at det er tatt hensyn til at en av leilighetene ble solgt. Lagmannsretten finner at kravet må tas tilfølge med hjemmel i NS 3430 punkt 34.1.2 bokstav d. På bakgrunn av de framlagte opplysninger finner lagmannsretten at kravets størrelse er tilstrekkelig sannsynliggjort. Den omstendighet at det ikke er framlagt husleiekontrakter tilsier ingen annen konklusjon.

En ytterligere post som kreves erstattet i medhold av samme bestemmelse, er tap som følge av at bygget er verdireduert på grunn av feil fra Akers side. Det ble begått en rekke feil som byggherren valgte å unnlate å rette opp, idet opprettingskostnadene på disse punkter ville bli for store. Lagmannsretten finner at også dette kravet er berettiget. Lagmannsretten viser særlig til den dokumentasjon, bl a med bilder, som er framlagt fra Bauer & Bech Entreprenørforretning, samt til vitneforklaringene fra Viland og Piene. Feilene gjelder bl a skjeve betongvegger, rør som er feilplassert, stedvis åpent elektrisk anlegg og lecavegger med kuldebro. Størrelsen av beløpet må fastsettes skjønnsmessig.

Det er også krevet dagmulkt med kr 273 600, for til sammen 36 dager basert på dagmulksats kr 7 600. Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå nærmere inn spørsmålet om kravet kan føre fram, da Sommerfeldt-Colbergs berettigede krav på de øvrige punkter overstiger kravet fra Aker med tillegg av garantibeløpet i forhold til Gjensidige. Det bemerkes likevel at dagmulksatsen på kr 760 som er nevnt i anbudet må gå foran det høyere beløp etter NS 3430 punkt 20.2. Partene er uenige om det nevnte beløp på kr 760 beror på en skrivefeil. Denne uklarhet må imidlertid gå ut over ankemotparten.

Lagmannsretten er som herredsretten kommet til at Sommerfeldt-Colberg kan gjøre krav gjeldende mot Gjensidige i h t garantien av 7. august 1997, og at garantibeløpet på kr 934 965 i sin helhet kan kreves utbetalt. Garantien gjelder for entreprenørens kontraktsforpliktelser ved mislighold i utførelsestiden og reklamasjonstiden. I utførelsestiden gjelder den også for entreprenørens ansvar for forsinket fullføring. Som det framgår av lagmannsrettens bemerkninger ovenfor, overstiger byggherrens tap med hensyn til det som faller innenfor garantiens dekningsområde langt det maksimumsbeløp som kan kreves av garantisten.

Gjensidige har gjort gjeldende at kravet er påberopt for sent. Det er vist til at byggherren må påberope de aktuelle forhold overfor entreprenøren "senest ved overtakelsen av kontraktsarbeidet", og at det her betyr senest 23. april, subsidiært 6. mai 1998. Lagmannsretten er enig med ankemotparten i at denne anførsel er fremmet for sent, jf at den først kom under ankeforhandlingen. Lagmannsretten vil likevel tilføye at anførselen uansett ikke kan føre fram. Varsel overfor entreprenøren om at det ville bli krevet erstatning for bl a økte kostnader ved forsinkelse ble gitt allerede i brev av 29. januar 1998. Hevning av kontrakten ble meddelt den 23. april 1998, og i brev av 27. mai 1998 til Gjensidige og til bobestyreren ble nærmere konkretisert hvilket omfang erstatningskravet hadde. Dette er klart i tide.

Herredsrettens dom i begge saker blir etter dette å stadfeste. Lagmannsretten er også enig i herredsrettens omkostningsavgjørelse, jf tvml § 180 annet ledd og hovedregelen i tvml § 172 første ledd.

Ankene har vært forgjeves, og i samsvar med hovedregelen i tvml § 180 første ledd må de ankende parter dømmes til å betale saksomkostninger til Sommerfeldt-Colberg. Det foreligger ikke særlige omstendigheter som tilsier unntak.

Advokat Kjerschow har framlagt omkostningsoppgave på i alt kr 564 660, inklusive merverdiavgift, med tillegg av utgifter til meddommerne. Beløpet inkluderer salær med kr 360 000, reiseutgifter m v med kr 2 500, utgifter til vitner med kr 53 360 samt

dekning av partens egne omkostninger med kr 148 800. Det er opplyst at beløpet fordeles likt på de to ankesakene, dvs kr 282 330 på hver, med tillegg av omkostningene til meddommerne.

Lagmannsretten bemerker at salærkravet er høyt. Imidlertid har arbeidet for prosessfullmektigen blitt omfattende, også som følge av at ankesakene er lagt bredt an av de ankende parter. Lagmannsretten finner etter omstendighetene at kravet må aksepteres som "nødvendige" utgifter etter tvml § 176 første ledd.

Lagmannsretten aksepterer også kravet på dekning av utgifter til vitnene, og kravet på kr 148 800 til Sommerfeldt-Colbergs eget arbeid. De innvendinger som er fremmet av de ankende parter mot dette kan ikke føre fram. Med hensyn til dekning av partens egen arbeidsinnsats, slutter lagmannsretten seg til herredsrettens begrunnelse på side 29 – 30 i dommen. Det tilføyes at det tilkjente beløp på kr 148 800 ikke innebærer dobbel erstatning, idet erstatningspostene for Sommerfeldt-Colbergs saksbehandling m h t fullføringen av bygget ikke er inkludert i saksomkostningskravet.

Når det gjelder utgiftene til meddommere, bemerkes at oppnevningen skjedde i både de ankende parter og ankemotpartens interesse, og at både de ankende parter og ankemotparten er ansvarlige overfor lagmannsretten for utgiftene, jf tvml § 169 første ledd. Det er da også fra begge sider innbetalt forskudd på kr 25 000. Godtgjøringen til meddommerne vil bli fastsatt etter at dommen er avsagt. Samtlige utgifter til meddommerne vil endelig måtte dekkes av de ankende parter, jf tvml § 171 in fine. Utgiftene fordeles med en halvdel på hver ankesak.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

Asker og Bærum herredsretts sak nr 99-00596 A/01:

1. Herredsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Gjensidige Kredittforsikring AS til Arild Sommerfeldt-Colberg 282 330 – tohundreogåttitotusentrehundreogtretti – kroner, innen to uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 12 – tolv – prosent årlig rente, fra utløpet av oppfyllelsesfristen og til betaling skjer. I tillegg betaler Gjensidige Kredittforsikring AS halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommere, etter nærmere oppgave.

Asker og Bærum herredsretts sak nr 99-01016 A/01:

1. Herredsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS, en for begge og begge for en, til Arild Sommerfeldt-Colberg 282 330 – tohundreogåttitotusentrehundreogtretti – kroner, innen to uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 12 – tolv – prosent årlig rente, fra utløpet av oppfyllelsesfristen og til betaling skjer. I tillegg betaler Aker Byggentreprenør AS og Mal-Consult AS, en for begge og begge for en, halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommere, etter nærmere oppgave.

Erik Melander

Øystein Hermansen

Kjell Gundelsby

Bjørn A Kristiansen

Tore Støver

Bekreftes for
førstelagmannen:

